

**LA CONVENTION DES NATIONS UNIES POUR LA PROTECTION
DE TOUTES LES PERSONNES CONTRE LES DISPARITIONS FORCÉES :
LES ENJEUX JURIDIQUES D'UNE NEGOCIATION EXEMPLAIRE**

Première partie : les dispositions substantielles *

Olivier de FROUVILLE **

Professeur à l'Université de Montpellier I

« Nous remplaçons le terme “instrument” par celui de Convention. Nous adoptons le principe d'un organe de suivi autonome, le Comité contre les disparitions forcées. [...] Je vous demande maintenant d'adopter tacitement ce texte, tel que modifié. » Des secondes interminables s'écoulèrent. Un silence absolu régnait dans la salle XII du Palais des Nations, à Genève. Aucune pancarte ne se leva. Tous restaient comme pétrifiés. Le Président ralluma son micro et, avec une voix où l'on pouvait clairement sentir l'émotion percer, déclara adoptée la *Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*.

Une grande émotion saisit la salle entière. Il y eut du mouvement dans les rangs des ONG. Les associations de familles de disparus, particulièrement, ne purent attendre plus longtemps pour s'embrasser. Et aussi pour pleurer, dans un mélange de joie – parce que le coup de marteau donné par le Président représentait l'aboutissement de 25 années de luttes inlassables aux Nations Unies – et de désespoir, parce que, pour beaucoup, ressurgissait à ce moment précis l'image de celui ou de celle qui leur avait été enlevé brutalement et qu'ils n'avaient jamais revus depuis.

Ainsi s'acheva cette journée du jeudi 22 septembre, dans les rires et les larmes mêlés. Des déclarations générales furent prononcées. Le dernier jour de session, le vendredi 23, leur fut tout entier consacré. Au terme de cette dernière journée, le Président du Groupe de travail – le représentant permanent de la France, l'Ambassadeur Bernard Kessedjian – conclut en ces termes : « Un triple Non a été affirmé ici : Non au silence, Non à l'oubli, Non à l'impunité ! »

*

* La deuxième partie de l'article sera publiée dans le prochain numéro de la revue (n° 7, janvier - décembre 2007).

** En tant que chargé de mission de la Fédération internationale des Ligues des Droits de l'Homme (F.I.D.H.), l'auteur a représenté cette organisation dans le Groupe de travail de la Commission des droits de l'Homme chargé de rédiger un texte juridiquement contraignant pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, de janvier 2003 à septembre 2005. Il s'exprime toutefois ici à titre personnel.

Les disparitions forcées sont à « l'ordre du jour » de la communauté internationale depuis 1974, date de la « découverte » du phénomène au Chili. Pendant une première période, tout le problème a été de savoir comment qualifier juridiquement cette pratique, faute d'incrimination spécifique en droit interne ou en droit international.

Quatre instances ont joué un rôle fondamental à cet égard : le Groupe de travail sur les disparitions forcées de la Commission des droits de l'Homme, le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies et la Commission et la Cour interaméricaine des droits de l'Homme¹. L'apport principal de ces organes a consisté à montrer que les disparitions pouvaient s'analyser comme une violation complexe des droits de l'Homme, impliquant la violation de plusieurs droits de l'Homme reconnus en droit international : le droit à la liberté (ou droit de ne pas être détenu arbitrairement), le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique, le droit à ne pas être soumis à la torture ou à des traitements inhumains ou dégradants et le droit à la vie. En procédant de la sorte, il devenait possible d'engager la responsabilité des États pour des disparitions forcées, sur le fondement des conventions générales en matière de droits de l'Homme, comme le Pacte international sur les droits civils et politiques et la Convention interaméricaine des droits de l'Homme².

Mais cette approche est apparue limitée. De toute évidence, les disparitions présentaient une spécificité qui faisait qu'il était impossible d'en appréhender tous les aspects par l'intermédiaire des droits de l'Homme, ou même de certaines incriminations pénales en droit interne comme « l'enlèvement » ou la « séquestration ». De là naît l'idée d'élaborer des instruments qui traiteraient spécialement de ce phénomène. Dès 1988, la Commission interaméricaine des droits de l'Homme présente à l'Assemblée générale de l'OEA un projet de convention sur les disparitions, finalement adopté en 1994³. Sur le plan universel, les choses sont plus difficiles et il est décidé de procéder par étape, en suivant la méthode utilisée pour la torture, la phase déclaratoire précédant la phase conventionnelle. Un premier processus de rédaction aboutit donc en 1992, avec l'adoption par l'Assemblée générale de la *Déclaration pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées ou involontaires*⁴. Sur cette base sont entrepris de nouveaux travaux, dans un cadre informel, en vue de mettre au point un projet de convention. En 1996, le résultat de ces travaux est présenté par l'expert français Louis Joinet à la Sous-Commission des droits de l'Homme. Le texte est examiné pendant deux

¹ La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme était au départ beaucoup plus limitée, elle ne s'est vraiment développée qu'à partir de la fin des années 90, avec les affaires turques, sans être toujours « à la hauteur des enjeux » : v. Emmanuel Decaux, « La problématique des disparitions forcées à la lumière des articles 2 et 3 de la CEDH », in Catherine-Amélie Chassin (ed.), *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

² Sur la jurisprudence internationale en matière de disparitions forcées, voir le bilan effectué par Manfred Nowak dans son rapport sur *le cadre international actuel en matière pénale et de droits de l'homme pour la protection des personnes contre les disparitions forcées ou involontaires, conformément au paragraphe 11 de la résolution 2001/46 de la Commission*, doc. E/CN.4/2002/71, ci-après « rapport Nowak ».

³ *Interamerican Convention on the Forced Disappearance of Persons*, (A-60), adoptée à Belem di Para, Brésil, le 9 juin 1994, lors de la 24^{ème} session ordinaire de l'Assemblée générale de l'O.E.A. Entrée en vigueur le 28 mars 1996. En juin 2007, la Convention était ratifiée par douze Etats. Ci-après : « la Convention IADF » ou « ConvIADF ».

⁴ Rés. 47/133, adoptée le 18 décembre 1992 par consensus. Ci-après : « la Déclaration de 1992 » ou « la Déclaration ».

ans au sein du Groupe de travail sur l'administration de la justice puis adopté en août 1998 par la Sous-Commission qui le transmet à la Commission⁵. Ce projet de convention constitue un texte complet et innovant⁶. Il reprend et, parfois, améliore et complète les principes établis dans la Déclaration, quant à la définition des disparitions, quant à leur incrimination sur le plan national et international, quant à la prévention, la répression et la réparation des disparitions forcées. Mais surtout, il assortit la reprise de ces principes d'un mécanisme de mise en œuvre, sous la forme d'un Comité contre la disparition forcée.

Pendant deux ans, le texte est soumis pour commentaire aux Etats⁷. Puis en 2001, la France prend l'initiative de présenter un projet de résolution à la Commission prévoyant la création d'un groupe de travail intergouvernemental chargé d'examiner le texte et de faire rapport à la Commission. Plusieurs Etats émettent des réserves. Celles-ci sont essentiellement de deux ordres. Certains Etats contestent en effet l'utilité même de la rédaction d'un texte sur la question. Ils estiment que la question est suffisamment bien couverte par le droit positif. Qui plus est, ils souhaitent que la Commission mette un terme à ses activités de « standard-setting » : pour eux, il faudrait se concentrer sur l'application des droits, plutôt que de dépenser de l'énergie à l'élaboration de nouvelles normes. D'autant plus que plusieurs expériences récentes ou en cours constituent, selon eux, de mauvais précédents⁸. D'autres Etats ne sont pas contre, en soi, l'élaboration d'un nouvel instrument sur la question des disparitions, mais ne veulent pas entendre parler d'un nouvel organe de contrôle, à l'heure où précisément on cherche les moyens de simplifier le système des comités conventionnels.

La résolution finalement adoptée en 2001⁹ constitue donc un compromis. Le principe de la création d'un groupe de travail est accepté. Mais celui-ci ne se réunira qu'en 2003. En attendant, un expert sera nommé en vue d'étudier « le cadre international actuel en matière pénale et de droits de l'homme pour la protection des personnes contre les disparitions forcées ou involontaires », cela pour déterminer si, vraiment, le droit international présente certaines « lacunes » qu'il conviendrait de combler. L'expert nommé, le professeur Manfred Nowak, remet à la Commission en 2002 un rapport

⁵ Rés. 1998/25 du 26 août 1998.

⁶ V. le texte, annexé au document E/CN.4/Sub.2/1998/19 (rapport du Groupe de travail sur l'administration de la justice de la Sous-Commission des droits de l'Homme lors de sa 50^{ème} session). Pour une présentation, se reporter à l'article de Federico Andreu, « The draft international convention on the protection of all persons from forced disappearance. Impunity, Crimes against humanity and forced disappearance », *I.C.J. Review*, n° 62-63, Geneva, September 2001, ainsi qu'à la contribution de Wilder Tayler dans le même numéro de la revue. Ci-après : « le projet de convention de la Sous-Commission » ou « le projet de convention ».

⁷ V. rés. de la Commission 1999/38 du 26 avril 1999 et 2000/37 du 20 avril 2000 et doc. E/CN.4/2001/69, avec les commentaires des Etats et des ONG.

⁸ Deux expériences en particulier servent de repoussoir : le *Protocole facultatif à la Convention contre la torture*, négocié pendant dix ans dans des conditions extrêmement difficiles et finalement adopté par l'Assemblée générale après un vote (rés. 57/199 du 18 décembre 2002) ; et la *Déclaration sur le droit et la responsabilité des individus, groupes et organes de la société de promouvoir et protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales universellement reconnus* (rés. 53/144 du 9 décembre 1998) dont la durée de négociation a été tout particulièrement longue pour un acte non conventionnel : treize ans ! Là encore, les dernières années furent marquées par des stratégies d'obstructions de la part de certains membres qui contribuèrent à ralentir considérablement les travaux et à décourager bon nombre de délégations.

⁹ Rés. 2001/46 du 23 avril 2001, adoptée sans vote.

extrêmement complet qui met en lumière un certain nombre de lacunes¹⁰. Cette même année, la Commission confirme la création du Groupe de travail dans sa résolution 2002/41 du 23 avril 2002. Elle décide toutefois que le mandat du Groupe sera de rédiger non pas une « convention » mais un « instrument normatif juridiquement contraignant », périphrase bizarre pour éviter de se prononcer sur le statut précis de l'instrument et ménager ainsi la position des Etats qui souhaiteraient que le texte soit un simple « protocole facultatif » au Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) ou à la Convention contre la torture (CAT). Qui plus est, le Groupe ne sera pas chargé de rédiger un texte à partir du projet transmis par la Sous-Commission mais plutôt « *sur la base de la Déclaration adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 47/133, à la lumière des travaux de l'expert indépendant et en tenant compte, entre autres, du projet de convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées transmis par la Sous-Commission [...]* » (paragraphe 13 de la résolution, nous soulignons).

Le Groupe a tenu sa première session de deux semaines du 6 au 17 janvier 2003¹¹. Lors de la 59^{ème} session de la Commission, il a obtenu l'autorisation de se réunir à nouveau pendant dix jours au cours de la période intersessionnelle suivante, tandis que le Président était invité à « entreprendre des consultations informelles avec toutes les parties intéressées pour préparer la prochaine session ». En conséquence de quoi, le Groupe se réunit à deux reprises : lors d'une réunion informelle d'une semaine, du 1^{er} au 5 septembre 2003 (ci-après « la session informelle de 2003 » ou « la session informelle »), puis lors d'une deuxième session formelle, à nouveau de deux semaines, du 12 au 23 janvier 2004¹². A sa 60^{ème} session, la Commission a autorisé le Groupe à tenir deux sessions formelles – la première de dix jours et la seconde de cinq jours – du 4 au 8 octobre 2004 et du 31 janvier au 11 février 2005 (troisième et quatrième sessions formelles), l'objectif étant de parvenir à remettre un rapport final à la 61^{ème} session de la Commission¹³.

Entre les sessions, le président était autorisé par la Commission à mener des consultations informelles. Celles-ci, tant bilatérales que multilatérales, permirent d'aplanir un grand nombre de problèmes et d'avancer considérablement le travail à la session de janvier, sans pour autant que le Groupe ne soit en mesure de conclure à ce stade. Plusieurs problèmes paraissaient encore insurmontables¹⁴. Il fallut donc obtenir de la Commission une « rallonge » de deux semaines, pour une cinquième session formelle, du 12 au 23 septembre 2005, afin de conclure définitivement la négociation¹⁵. En tout, la

¹⁰ « Rapport Nowak », cité *supra*, note n° 2.

¹¹ V. *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*, doc. E/CN.4/2003/71, ci-après « rapport annuel de 2003 ». Lorsqu'on citera par la suite les rapports annuels du Groupe, on ne mentionnera plus le titre du rapport, toujours identique.

¹² V. rés. de la Commission 2003/38 du 23 avril 2003. Les résultats de ces deux sessions sont consignés dans le rapport annuel du Groupe de 2004 : E/CN.4/2004/59.

¹³ V. rés. 2004/40 du 19 avril 2004.

¹⁴ Les travaux de ces deux sessions se retrouvent dans le rapport du Groupe de 2005 : E/CN.4/2005/66.

¹⁵ V. rés. 2005/27 du 19 avril 2005. Les travaux de cette dernière session sont retranscrits dans le rapport du Groupe pour 2006 : E/CN.4/2006/57.

négociation au sein du Groupe de travail dura donc environ deux ans et sept mois : un record aux Nations Unies !

Le contexte diplomatique n'était pourtant pas favorable. Au début de la négociation, plusieurs facteurs pouvaient laisser penser que la négociation serait difficile : la réticence à tout nouvel exercice de *standard setting*, dont on a déjà parlé plus haut ; l'accent mis, depuis le 11 septembre 2001, sur les impératifs de la lutte contre le terrorisme et le « mauvais exemple » donné par les démocraties, et en particulier les Etats-Unis d'Amérique lancés eux-mêmes dans une pratique nouvelle de disparition forcée¹⁶ ; mais aussi la conviction, chez un certain nombre d'Etats, d'être confronté à un problème essentiellement latino-américain et qui plus est appartenant au passé.

Il fallut beaucoup de force de conviction et de pédagogie pour renverser ces tendances et la première session fut essentiellement consacrée à des discussions assez générales, durant lesquelles les Etats latino-américains, les ONG et les « experts » conviés aux discussions s'employèrent à démontrer que l'on avait bien affaire, aujourd'hui, à une technique de répression répandue dans toutes les régions du monde. Les positions d'un certain nombre d'Etats ont donc évolué pendant les négociations, mais on peut relever un certain nombre de grandes tendances.

Le GRULAC (Groupe des Etats d'Amérique latine et des Caraïbes) joua le rôle de locomotive pendant toute la négociation. La position du Groupe était clairement en faveur d'une nouvelle convention dotée d'un organe de suivi autonome. Quelques désaccords secondaires persistaient parmi les membres, sans toutefois jamais entamer l'unité de façade autour d'une position résolument militante. La dynamique de ce groupe était conduite par quelques Etats, eux-mêmes confrontés dans le passé à une pratique massive de disparitions forcées : Argentine, Chili, Uruguay, Guatemala, Mexique, Bolivie, Brésil. Tout en restant en retrait, Cuba appuyait fermement la démarche. Certaines délégations étaient représentées par d'anciens opposants aux dictatures, comme l'argentin Rodolfo Matarollo, devenu sous-secrétaire d'Etat aux droits de l'Homme.

WEOG (le Groupe des Etats d'Europe de l'Ouest *et autres*, c'est à dire les Etats-Unis, le Canada, l'Australie et la Nouvelle-Zélande) était en revanche profondément divisé. Les Etats-Unis se révélèrent d'emblée extrêmement réticents, comme on peut l'imaginer. Les Européens eux-mêmes n'avaient pas de position commune, au-delà d'une approbation très générale de la démarche, menée par l'un des leurs. Certains Etats appuyaient activement le projet, comme l'Italie ou la Grèce, ou même l'Espagne et la Suisse, avec certaines nuances. Mais d'autres, comme l'Allemagne ou les Pays-Bas, multipliaient les objections et les arguties juridiques de toutes sortes, manifestant ainsi une franche hostilité au projet. Le Royaume-Uni rejoignait quant à lui sur beaucoup de points la position américaine. Enfin, le Canada adoptait une attitude ambivalente, tantôt en étant à l'origine de propositions audacieuses, tantôt en se faisant le porte-parole de préoccupations partagées notamment par leur grand voisin.

¹⁶ V. en particulier le rapport de l'organisation Human Rights Watch : *Ghost prisoner. Two years in Secret CIA Detention*, February 2007, vol. 19, n° 1 (G) : <http://hrw.org/reports/2007/us0207/us0207web.pdf>.

S'il existe encore sur le papier, le Groupe de l'Europe de l'Est est aujourd'hui très hétérogène à l'ONU. Les Etats se répartissent grosso modo entre ceux qui demeurent sous l'influence directe ou indirecte de la Fédération de Russie et les Etats qui soit ont intégré l'Union européenne, soit ont entrepris des négociations ou sont entrés dans un processus d'adhésion à l'UE. Quelques Etats est-européens intégrés à la dynamique de l'Union ont participé aux réunions de manière ponctuelle, comme la Pologne, la République tchèque ou l'Estonie.

Quant à la Russie, elle a bien évidemment été un acteur important de la négociation, avec une démarche globalement critique, tout en soutenant certaines thématiques importantes pour elle sur un plan politique, comme la question des acteurs non étatiques.

Le groupe asiatique était représenté par ses poids lourds : Chine, Inde, Pakistan, Indonésie, Iran. Il était globalement critique à l'égard du projet de texte, sans toutefois ne jamais manifester aucune volonté de blocage.

Même positionnement d'ensemble pour le Groupe africain, qui semblait uni au début de la négociation et dont la voix était portée par quelques ténors – Afrique du Sud, Algérie et Angola. L'objectif était de toute évidence de restreindre au maximum la portée du texte. Mais cette unité de façade se fissura lorsque le Maroc vint apporter, au milieu de l'exercice et par la voix de son ambassadeur, son appui résolu et militant au projet de texte. Il était démontré, à partir de ce moment, que le Groupe africain ne ferait pas corps derrière ses leaders, et en particulier derrière l'Algérie et l'Angola, ce qui affaiblissait la position de ces derniers.

Aux côtés des Etats se trouvaient bien entendu les ONG qui, après avoir été à l'origine du projet, en accompagnèrent la rédaction. Essentiellement deux sortes d'ONG étaient présentes : les associations de familles de disparus, représentées notamment par leurs fédérations régionales, la FEDEFAM (Fédération latino-américaine des organisations de familles de détenus disparus) et l'AFAD (Fédération asiatique des Familles de disparus), ainsi que la toute jeune et encore balbutiante Coalition euro-méditerranéenne contre les disparitions forcées, représentée essentiellement par sa composante algérienne, le Collectif des Familles de disparus en Algérie ; les ONG internationales de défense des droits de l'Homme, généralistes, mais travaillant sur la question des disparitions forcées depuis de nombreuses années, à savoir Amnesty International, la Commission internationale des Juristes, la FIDH, Human Rights Watch, la FIACAT et l'APT¹⁷. Les premières transmettaient essentiellement leur expérience concrète de la disparition forcée, à travers des témoignages souvent très émouvants. Elles faisaient également part de leurs choix quant à un certain nombre d'orientations que devrait prendre le texte sur tel ou tel aspect. Les secondes étaient plus directement partie à la négociation du texte et exprimaient des positions fondées à la fois sur leur expérience et sur leur expertise juridique. Les deux catégories d'ONG n'étaient cependant pas séparées : de nombreuses

¹⁷ Trois ONG se situaient en dehors de cette classification binaire : le Comité international de la Croix Rouge, qui dispose d'un statut d'observateur aux Nations Unies ; l'Assemblée générale des droits humains, représentée par Horacio Ravenna, ancien conseiller juridique de FEDEFAM, et jouant plutôt un rôle d'expertise ; et un réseau régional d'ONG africaines, encore en construction, le Réseau Africain contre les Disparitions Forcées ou RADIF.

réunions de coordination et de débats eurent lieu entre toutes les ONG tout au long de la négociation. Enfin, les ONG s'organisèrent pour rédiger quasi-quotidiennement des comptes rendus de séance, diffusés le jour même ou le lendemain sur une liste électronique, ouverte à tous les participants à la négociation et à toutes les personnes ou organisations intéressées et ne pouvant être présentes à Genève¹⁸.

Les travaux du Groupe de travail furent dirigés de main de maître par l'Ambassadeur Bernard Kessedjian. De l'avis général, on n'a jamais vu, à Genève, une négociation de *standard setting* aussi bien et aussi rapidement menée. Le Président fit sienne la stratégie proposée par les ONG – et notamment la Commission internationale des juristes, par la voix de Federico Andreu – d'une division des travaux du groupe en deux phases : discussion conceptuelle dans un premier temps, discussion textuelle dans un second temps ; priorité aux questions substantielles sur les questions procédurales. Fut également reprise l'idée d'intégrer à la discussion des « experts », chargés d'éclairer les délégations sur un certain nombre de problèmes de fond et de jouer éventuellement un rôle de médiation ou de facilitateurs sur certains problèmes difficiles¹⁹. C'est ainsi que Louis Joinet participa à toutes les sessions du Groupe, en tant qu'ancien rapporteur du projet de convention de la Sous-Commission. De même, participèrent activement aux discussions et aux négociations Manfred Nowak, comme expert indépendant, auteur du rapport sur les « lacunes » du droit international ; des membres du Groupe de travail de la Commission sur les disparitions forcées (Stephen J. Toope, puis Darko Götlicher et enfin le nouveau président du Groupe, Santiago Corcuera Gabezut) ; et, lors de la troisième session du Groupe (octobre 2004), le professeur Abdelfattah Amor, en sa qualité de président du Comité des droits de l'Homme.

Sur cette base, la première session de janvier 2003 fut l'occasion de survoler l'ensemble des problèmes et de percevoir les grands équilibres, à l'occasion d'un débat général, puis d'une discussion à vocation pédagogique autour de Manfred Nowak et de son rapport et enfin d'un débat articulé autour d'un « projet de guide de discussion » distribué par le Président et mentionnant dans l'ordre les différents points à aborder.

Lors de la session informelle de septembre, le Président fit distribuer aux participants un « document de travail proposé par le Président » reprenant le plan du « guide de discussion », mais y ajoutant des « idées », c'est à dire non pas des projets de rédaction, mais bien des éléments de substance permettant de préfigurer une rédaction future.

¹⁸ Ces comptes rendus constituent un complément utile aux rapports annuels du Groupe, dans la mesure où ces derniers ne mentionnent que rarement les noms des délégations dont les propositions sont citées. Les comptes rendus rédigés par les ONG permettent donc d'avoir, dans un certain nombre de cas, une vision plus claire des négociations et des équilibres en présence. Bien entendu, ces comptes rendus ne sont pas des documents officiels, mais on peut estimer néanmoins qu'ils sont en général fiables, notamment lorsqu'on prend le soin de les recouper avec les informations issues du rapport annuel, ainsi qu'avec les notes personnelles prises par l'auteur et avec les autres documents distribués en séance. Ces comptes rendus seront donc utilisés par la suite, dans l'analyse de chacune des dispositions de la Convention. On s'y référera de la manière suivante : compte rendu de la première session (janvier 2003), 8 janvier 2003. Malheureusement, les documents ne sont pas toujours correctement paginés, ce qui empêche de donner une référence plus précise.

¹⁹ Cette participation est explicitement prévue par les résolutions définissant le mandat du groupe et citée *supra*.

Pendant une petite semaine, le Groupe aborda l'ensemble des thèmes mentionnés dans le document de travail.

Ainsi le Président se trouvait-il en état, lors de la deuxième session du Groupe en janvier 2004, de présenter cette fois une ébauche de texte, qui servit de base aux discussions²⁰. Celle-ci abordèrent successivement la question de l'organe de suivi, puis les différents chapitres substantiels, à raison environ d'un par demi journée. D'importantes consultations suivirent cette session et plusieurs textes furent transmis aux délégations, cela jusqu'à la session d'octobre 2004 (troisième session), où un nouveau « document de travail » fut distribué, contenant le projet auquel le Président avait abouti en juin 2004 à l'issue de ses consultations²¹. La session fut divisée en deux, avec dans un premier temps la question de l'organe de suivi, en présence du président du Comité des droits de l'Homme, le professeur Abdelfattah Amor et dans un second temps un passage en revue des onze premiers articles substantiels du projet.

La quatrième session de janvier-février 2005 fut la session décisive : elle permit d'accomplir des progrès immenses sur un grand nombre de points, sur la base d'une « compilation de propositions » en date du 27 janvier 2005, puis d'un nouveau projet de texte distribué comme document de séance, qui fut à plusieurs reprises modifié et réédité durant la session²². Durant la première semaine, le Groupe fit une première lecture de l'ensemble du texte. Une proposition consolidée fut alors rédigée pendant le week-end, donnant ainsi lieu à une deuxième lecture pendant la deuxième semaine. A l'issue de ces deux semaines de travail intensif, il ne restait qu'un certain nombre de problèmes pendants, dont quatre identifiés comme particulièrement difficiles par le Président.

Ces quatre problèmes furent abordés en premier lors de la cinquième et dernière session de septembre 2005 : une semaine entière fut donc consacrée à la question des acteurs non étatique, au problème du « droit de savoir » et de ses restrictions, à la question – la moins difficile, en fait – de la clause fédérale, mise en avant par la Chine, et enfin au thème, laissé pour la fin, des fonctions de l'organe de suivi et de la nature de cet organe. La deuxième semaine fut dédiée à la relecture du texte, article par article, sur la base d'un nouveau « document de travail »²³.

Si l'on met à part l'Ambassadeur Kessedjian lui-même, personne n'aurait pu dire avec certitude, au début de cette cinquième session, que ce serait bien la dernière. Mais l'enthousiasme et la conviction du Président étaient communicatifs. Et sa méthode de négociation efficace.

Au grand étonnement des diplomates genevois, le Président annonça dès le début de l'exercice qu'il négocierait « sans crochet ». Dans la plupart des négociations normatives à l'ONU, les propositions alternatives soumises par les délégations sont juxtaposées les unes aux autres dans le document de travail qui sert de référence durant les travaux. Une

²⁰ Document de travail en date du 1^{er} décembre 2003.

²¹ Doc. portant la cote : E/CN.4/2004/WG.22/WP.2, en date du 13 septembre 2004.

²² Doc. « proposition de la présidence » portant la cote E/CN.4/2005/WG.22/MISC.15.REV.1 du 11 février 2005 et REV.2 du 18 février 2005.

²³ Doc. E/CN.4/2005/WG.22/WP.1, daté du 18 février 2005.

telle technique permet de maintenir une certaine transparence de l'exercice et de favoriser une vision d'ensemble des propositions, ce qui permet le cas échéant de faciliter les compromis par l'intervertissement, la fusion, ou encore l'élimination croisée des expressions entre crochets. Mais il s'agit également d'une technique propre à une certaine conception du consensus, compris essentiellement comme un impératif, le recours au vote étant quasiment exclu, ce qui conduit très souvent les acteurs à rechercher le plus petit dénominateur commun. Dans cette recherche, le Président de séance agit comme un facilitateur : il enregistre les propositions des différentes parties prenantes et propose, le cas échéant, des solutions de consensus. Or il était évident dès le départ que l'Ambassadeur Kessedjian souhaitait jouer un rôle plus actif et plus directif. Son style dans l'organisation des débats marquait cette volonté de ne pas être seulement à la disposition des délégations, mais de leur imposer un rythme et une méthode : ainsi, c'est avec une certaine surprise que plusieurs délégués virent le Président les interrompre au milieu de leur intervention, au prétexte qu'ils étaient hors sujet ; tandis que d'autres se voyaient parfois, poliment mais fermement, refuser la parole...

L'élaboration du texte se fit donc essentiellement sur la base des propositions de textes préparées par le Président et son équipe de la Mission française : d'abord un « guide de discussion », puis un « document de travail » contenant un certain nombre d'« idées » et enfin une multitude de projets de texte, rédigés et modifiés en fonction des propositions, des objections et des remarques des uns et des autres. Chacune de ces versions était le fruit d'un arbitrage du Président et d'une réflexion de sa part sur les propositions en présence qui, tout en respectant certaines exigences, seraient de nature à réunir le consensus. Ainsi, certaines propositions faites en séance se voyaient d'emblée écartées et n'étaient jamais reflétées dans le document de travail, parce qu'elles étaient jugées trop éloignées du consensus. Le rapport annuel seul permettait d'en garder la trace, signalant ainsi la position isolée de tel ou tel participant.

Cette manière d'opérer inlassablement une synthèse personnelle des positions des différents acteurs a eu incontestablement pour effet de marginaliser les positions radicales ou minoritaires et par conséquent d'en favoriser la disparition progressive, pour faire émerger des positions communes autour de formulations parfois audacieuses. Lors de la dernière session du Groupe, les Etats opposés au processus étaient isolés et divisés : le coût politique d'une opposition déclarée semblait donc beaucoup plus élevé que le bénéfice que chacun de ces Etats pouvait en escompter. Aussi, aucun d'entre eux n'osa-t-il bloquer le consensus : au moment crucial, comme on l'a décrit au début de cette étude, aucun n'osa lever sa pancarte pour dire qu'il n'était pas en faveur de l'adoption de la Convention et de sa transmission à la Commission. En revanche, ces mêmes Etats exprimèrent leur opposition totale ou simplement leurs points de désaccords à travers les déclarations générales, prononcées à la toute fin de l'exercice, et parfois répétées dans les étapes ultérieures de l'adoption²⁴.

²⁴ V. les « déclarations générales » reproduites dans l'annexe II du rapport E/CN.4/2006/57 : Etats-Unis (v. notamment note ci-dessous), Fédération de Russie qui réserve sa position sur le projet de convention « dans son ensemble, jusqu'à ce qu'elle ait eu l'opportunité de consulter ses autorités » et République arabe syrienne qui, de la même manière, met « une réserve sur tout le projet d'instrument ». V. également les déclarations de l'Inde et du Japon, comportant un certain nombre de réserves. Puis, au stade de l'adoption par le Conseil des droits de l'Homme, les déclarations du Japon, du Royaume-Uni, du Canada et du Sri Lanka :

Cette technique de négociation prouva donc son efficacité à la fois en termes de construction du consensus et en termes de rapidité. Certains Etats ont pu avoir l'impression qu'on leur avait quelque peu forcé la main, mais aucun n'exprima le sentiment d'avoir été floué²⁵.

Evidemment, on ne peut imaginer qu'une telle technique eût pu être utilisée avec succès, n'eût été la personnalité du Président qui, avec un mélange d'autorité et d'amabilité, a su charmer et mettre à l'aise l'ensemble des délégués. Il est en tout cas certain qu'elle parvint à convaincre des diplomates qui, pour la plupart, avaient suivi les travaux du Groupe depuis le début et connaissaient donc bien les différentes facettes du dossier. L'absence de *turnover* dans le personnel diplomatique fut également une des causes déterminantes du succès du Groupe de travail, là où trop de négociations internationales voient leur personnel changer d'années en années, avec tout ce que cela implique comme pertes, non seulement sur le plan de la connaissance et de l'expérience acquise, mais également sur le plan des relations humaines nouées pendant ces longues heures de travail, un facteur qui, pour être secondaire, n'a rien de négligeable.

*

La lutte des familles de disparus n'a pas trouvé son aboutissement ultime le 23 septembre. Ne serait-ce que parce que l'adoption par le groupe de travail d'un texte définitif – tout en constituant une étape déterminante – ne représentait pas la fin du processus au sein des Nations Unies. Le « circuit » ordinaire de l'élaboration normative impose l'endossement successif du texte par plusieurs organes : d'abord l'organe ayant créé le groupe de travail, à savoir la Commission des droits de l'Homme des Nations Unies, puis l'organe de tutelle de cette dernière, le Conseil économique et social, et enfin l'Assemblée générale des Nations Unies, sachant que la plupart des résolutions présentées en plénière doivent auparavant avoir été adoptées par l'une des commissions de l'Assemblée, en l'occurrence par la troisième Commission, chargée des affaires sociales, humanitaires et culturelles.

Or rien ne s'est exactement passé comme prévu pour le projet de convention, qui a été pris dans les remous provoqués par le raz-de-marée réformateur qui a finalement englouti

A/HRC/1/SR.21, 29 juin 2006 (après-midi) ; devant la Troisième Commission de l'Assemblée générale, les déclarations du Canada, des Etats-Unis, du Royaume-Uni, des Philippines, de la Nouvelle-Zélande, du Danemark et du Japon : A/C.3/61/SR.45, 13 novembre 2006 (après-midi) ; et enfin, devant l'Assemblée générale, la déclaration du Royaume-Uni : A/61/PV.82, 20 décembre 2006 (matin). Le contenu de ces différentes déclarations sera abordé dans l'étude des différentes dispositions de la Convention.

²⁵ V. à cet égard l'appréciation des Etats-Unis sur la méthode, contenue dans leur déclaration générale reproduite en annexe II du rapport E/CN.4/2006/57, p. 48 : « [...] comme nous l'avons déjà dit, pour élaborer un document susceptible de recueillir l'adhésion du plus grand nombre possible d'Etats parties, les négociations concernant un traité devraient être mûrement réfléchies, posées et prudentes et permettre à tous les représentants d'exprimer pleinement leurs vues, et mettre tout en œuvre pour parvenir à un texte consensuel applicable dans tous les systèmes juridiques. Nous regrettons que, bien souvent, le rythme des négociations, entre autres facteurs, ait conduit à un document qui comporte des dispositions auxquelles les Etats-Unis d'Amérique n'adhèrent pas, et au sujet desquelles ils ont émis des réserves [...] ».

la Commission des droits de l'Homme et fait apparaître simultanément un Conseil des droits de l'Homme, île presque vierge sur laquelle tout était à reconstruire.

Il s'en est fallu de peu que la convention, posée en attente sur le bureau de la Commission, ne soit engloutie avec elle. Et il a fallu toute l'opiniâtreté des ONG et d'un certain nombre d'Etats pour la sauver des eaux. Quelle ne fut pas en effet la consternation des ONG et des Etats « pilotes » d'apprendre que la dernière session de la Commission (la 62^{ème}) ne serait qu'une session « procédurale », uniquement destinée à opérer la passation de pouvoir avec le futur Conseil²⁶. En tout, la Commission ne siégea que quatre séances et n'adopta qu'une seule résolution : la résolution 2006/1 intitulée « Conclusion des travaux de la Commission des droits de l'Homme » et ayant essentiellement pour objet de « renvoyer » tous les rapports qui étaient adressés à la Commission au futur Conseil des droits de l'Homme, « afin qu'il en poursuive l'examen à sa première session en juin 2006 »²⁷. Parmi les rapports visés en annexe figurait notamment celui du Groupe de travail...

Certains Etats opposés au projet virent dans ce transfert une belle occasion de le faire sombrer. Le Conseil devait tenir sa première session en juin et la première chose qui attirait l'attention des délégués genevois était l'énorme chantier procédural qui s'ouvrait devant eux avec, entre autres, la construction *ex nihilo* d'une nouvelle procédure d'« examen périodique universel » exigée par la résolution 60/251 de l'Assemblée générale instituant le Conseil, mais également le réexamen et « au besoin », l'amélioration et la rationalisation de « tous les mandats, mécanismes, fonctions et attributions de la Commission des droits de l'Homme », comme le prévoyait aussi cette résolution. Au milieu de cet océan, rien de plus facile que de perdre de vue une petite convention ballottée par les vagues et de prétendre après coup qu'en matière de disparitions forcées, tout était encore à négocier... Pour éviter que le processus d'adoption ne se transforme en Odyssée, un grand nombre de moyens furent donc développés pour attirer l'attention sur le projet de convention. Les ONG exercèrent un lobby tous azimuts, matérialisé notamment par une « Lettre ouverte aux Etats membres du Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies », signée par des dizaines de personnalités de par le monde, au premier chef desquels Robert Badinter, Simone Veil, Nigel Rodley, Louis Joinet, Manfred Nowak, Emmanuel Decaux, etc.²⁸ La lettre fut remise solennellement au Président du nouveau Conseil, l'Ambassadeur mexicain Luis Alfonso De Alba, lors d'un « événement parallèle » tenu en marge du Conseil et qui avait également pour objectif de lancer officiellement la campagne « *Convention now ! Respect the right not to be disappeared.* » De son côté, l'Ambassadeur Kessedjian multiplia les contacts pour appuyer l'adoption de son projet, notamment à l'occasion d'un voyage à Genève à l'occasion duquel il rencontra la Haut-Commissaire aux droits de l'Homme, Mme Louise Arbour.

Ces efforts furent couronnés de succès. Le Président du Conseil avait invité les ONG, à travers la Conférence des ONG (CONGO), à présenter des noms de défenseurs des droits

²⁶ V. rés. ECOSOC 2006/2, *Mise en œuvre de la résolution 60/251 de l'Assemblée générale*, 22 mars 2006.

²⁷ V. le rapport annuel de la Commission E/CN.4/2006/122 et E/2006/23, p. 1.

²⁸ La lettre est disponible sur le site extranet de la première session Conseil, accessible depuis <http://www.ohchr.org>.

de l'Homme appelés à intervenir à la fin du « segment de Haut-niveau » au début de la session. Parmi les noms proposés par les ONG et acceptés par le Président et le Bureau figurait celui de Marta Ocampo de Vasquez, mère et grand mère de disparus, membre fondatrice des Mères de la Place de Mai, qui avait participé aux travaux du Groupe de travail en tant que Présidente de FEDEFAM. Marta raconta son histoire et appela le Conseil à adopter sans plus tarder le projet de Convention²⁹. La salle fut saisie d'une grande émotion. Il était évident que, face au discours d'une mère qui avait souffert et combattu pendant des années pour qu'une convention soit adoptée, toute argutie procédurale semblait indécente. L'adoption de la Convention fut également évoquée par un certain nombre de ministres des affaires étrangères, présents lors du « segment de haut niveau », parmi lesquels ceux de l'Argentine, du Chili, de l'Uruguay, du Japon et bien sûr de la France. Le ministre français, Philippe Douste Blazy organisa une conférence de presse, à laquelle assistèrent également des représentants d'autres pays³⁰. Finalement, l'Ambassadeur Kessedjian présenta le rapport du Groupe de travail le 27 juin, en le dédiant à « Martha Vasquez, Grand mère de la place de mai » – qui fut longuement applaudie – « et à toutes les victimes des disparitions forcées »³¹. Deux jours plus tard, le 29 juin 2006, le nouvel représentant permanent de la France auprès des Nations Unies à Genève, l'Ambassadeur Jean-Maurice Ripert, présenta le projet de résolution déjà soutenu par 58 Etats. A la suite de plusieurs autres interventions, certaines manifestant un soutien total et d'autres un soutien nuancé par quelques réserves, la résolution fut adoptée par consensus, au grand soulagement de tous les « amis de la Convention » présents dans la salle³².

Ce consensus était une grande victoire : malgré les réticences très fortes d'un certain nombre d'Etats, l'atmosphère et la résolution qui avaient prévalu au sein du Groupe de travail demeuraient.

Il restait cependant encore deux étapes à surmonter : la troisième Commission de l'Assemblée générale, puis l'Assemblée générale elle-même. Or, pour y arriver, il fallait d'abord franchir l'Atlantique et, sinon changer d'institution, du moins de « maison » : New-York n'est pas Genève. Pas le même personnel diplomatique, pas les mêmes *us et coutumes*, pas la même sensibilité aux questions de droits de l'Homme. Même si les instructions viennent en principe des capitales, il aurait été présomptueux de dire que la Convention était arrivée à bon port... Tous les amis de Convention se remirent par conséquent au travail. Du 16 au 20 octobre 2006, une délégation d'associations de familles de disparus se déplaça à New-York pour rencontrer plusieurs délégations et s'assurer en particulier que les plus réticentes ne rompraient pas le consensus en demandant un vote³³. Dans un communiqué de presse du 3 novembre, le Groupe de travail sur les disparitions forcées du Conseil appela l'Assemblée générale à adopter

²⁹ V. A/HRC/1/SR.8, compte rendu analytique de la 8^{ème} séance, 22 juin 2006, §§ 73 et suiv.

³⁰ Le ministre français cosigna par ailleurs, avec le Ministre argentin des affaires étrangères, M. Jorge Taiana, une tribune qui parut en France dans le journal « La Croix » et en Suisse dans « Le Temps » : http://www.franceonu.org/article.php3?id_article=972.

³¹ <http://www.delegfrance-onu-geneve.org/kiosque/actualite/disparitions-forcees/kessedjian-cdh-juin2006.htm>.

³² V. A/HRC/1/SR.21, *Summary record of the 21st Meeting* et résolution 1/1 du Conseil, *Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*.

³³ V. le communiqué de presse : http://www.fidh.org/article.php3?id_article=3723.

rapidement le texte. Finalement, le 13 novembre, la troisième Commission adopta sans problème le projet de résolution présenté par la France, non sans qu'une fois encore, plusieurs Etats expriment leur réserve ou bien encore leur interprétation du texte annexé à la résolution³⁴. Enfin, étape ultime, un scénario semblable se reproduisit devant l'Assemblée générale le 20 décembre 2006. C'est la Présidente de l'Assemblée, Mme Al-Khalifa, du Barheïn, qui présenta le projet. Un débat s'ensuivit, marqué par le témoignage bouleversant de l'Ambassadeur du Chili, mais finalement troublé par la résurgence intempestive de la querelle entre le Japon et la Corée du Nord au sujet des citoyens japonais enlevés par la République démocratique et populaire...³⁵

Comme cela avait déjà été annoncé devant la troisième Commission : la cérémonie de signature eut lieu dans la joie et la bonne humeur, le 6 février 2007, à Paris.

*

On ne peut que se réjouir de l'adoption d'un texte qui présente incontestablement de grandes qualités : il s'agit d'un texte très complet, si l'on met à part quelques lacunes regrettables sur lesquelles on reviendra. A aucun moment les normes qui y sont posées ne tombent en dessous de standards existants. Le texte les dépasse même sur un certain nombre de points, participant à cet égard au développement du droit international coutumier.

Il s'agit ici de rendre compte de la portée générale de ce texte et de ses avancées les plus significatives. On examinera tout d'abord les dispositions substantielles (I), puis on envisagera la procédure de mise en œuvre et le débat sur le statut de l'instrument (II), avant de d'étudier le Préambule et les clauses finales de la convention (III)^{***}.

I - LES DISPOSITIONS SUBSTANTIELLES

Le plan général de la partie substantielle de la Convention a peu varié depuis le début des travaux du Groupe de travail jusqu'à leur conclusion. On doit se souvenir que le Groupe n'était pas censé travailler sur la base du projet de convention de la Sous-Commission, mais seulement en « tenir compte ». En fait, le Président s'est très directement inspiré du projet de convention pour rédiger, dès la première session du Groupe en janvier 2003, son « guide de la discussion » puis son premier « document de travail ». En premier lieu vient la question de la « définition » de la disparition forcée, autrement dit les éléments constitutifs de cette violation des droits de l'Homme composite (B). Mais, au cours des travaux, cette question est passée au second rang dans le plan de l'instrument, au profit de la reconnaissance d'un nouveau droit de l'Homme : le droit de ne pas être soumis à une

³⁴ V. A/C.3/61/SR.45, *compte rendu analytique de la 45^{ème} séance*, 13 novembre 2006.

³⁵ V. A/61/PV.82.

^{***} Les points II et III seront traités dans la deuxième partie de l'article, publiée dans le prochain numéro de la revue (n° 7, janvier - décembre 2007).

disparition forcée (A). Une fois ces problèmes fondamentaux abordés, la Convention établit des normes dans quatre domaines. Tout d'abord, la réglementation pénale, elle-même abordée sous trois angles différents : les incriminations afférentes à la disparition forcée et devant être intégrées dans le droit national (C) ; la protection contre l'impunité, avec des questions aussi problématique que la prescription ou l'amnistie (D) ; l'organisation des poursuites au niveau national (E) ; et l'organisation de la coopération internationale entre Etats pour la répression des disparitions forcées (F). Après la répression, la Convention se penche sur la dimension préventive, en fixant notamment certaines règles relatives à la détention des personnes (G). Puis vient un long article consacré à la définition de la notion de victime et aux droits des victimes (H). Et enfin, la question de la soustraction d'enfants à l'occasion d'une disparition forcée (I).

A. - Droit de ne pas être soumis à une disparition forcée (art. 1^{er})

C'est la première innovation du texte et non des moindres. Le libellé de l'article 1 paragraphe premier a été calqué sur la formule élégante et solennelle des articles 3 (droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de la personne), 4 (interdiction de l'esclavage et de la servitude) et 5 (interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants) de la Déclaration universelle des droits de l'Homme :

« Nul ne sera soumis à une disparition forcée »

Ce droit est rendu indérogable aux termes du paragraphe 2, repris directement de l'article 2, par. 2 de la Convention contre la torture :

« Aucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, qu'il s'agisse de l'état de guerre ou de menace de guerre, d'instabilité politique intérieure ou de tout autre état d'exception, ne peut être invoquée pour justifier la disparition forcée. »

La reconnaissance d'un nouveau droit indérogable faisait partie des recommandations de Manfred Nowak dans son rapport sur les lacunes du droit international³⁶. Elle n'était contenue ni dans la Déclaration de 1992, ni dans le projet de convention de la Sous-Commission. On peut pourtant considérer qu'elle allait de soi, à partir du moment où il était accepté que les disparitions forcées constituaient une violation particulièrement grave de plusieurs droits de l'Homme, comme cela ressort de dispositions de la Déclaration de 1992³⁷ mais également de la jurisprudence internationale³⁸. L'inclusion

³⁶ V. E/CN.4/2002/71, p. 34, § 76.

³⁷ L'article premier de la Déclaration dispose : « 1. Tout acte conduisant à une disparition forcée constitue un outrage à la dignité humaine. Il est condamné comme étant contraire aux buts de la Charte des Nations Unies et comme constituant une violation grave et flagrante des droits de l'homme et des libertés fondamentales proclamés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, et réaffirmés et développés dans d'autres instruments internationaux pertinents. 2. Tout acte conduisant à une disparition forcée soustrait la victime de cet acte à la protection de la loi et cause de graves souffrances à la victime elle-même et à sa famille. Il constitue une violation des règles du droit international, notamment celles qui garantissent à chacun le droit à la reconnaissance de sa personnalité juridique, le droit à la liberté et à la sécurité de sa personne et le droit de ne pas être soumis à la torture ni à d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Il viole en

des disparitions forcées dans la liste des crimes pouvant être qualifiés de crimes contre l'humanité au titre du Statut de Rome créant la Cour pénale internationale allait également dans ce sens³⁹.

Entendu par le groupe de travail lors de sa première session, Manfred Nowak avait réitéré cette proposition⁴⁰. Elle ne fut toutefois réintroduite dans le projet par le Président que dans la perspective de la troisième session (octobre 2004) du groupe de travail, avec la formulation suivante : « Nul ne peut être soumis à une disparition forcée »⁴¹. Et c'est la Grèce qui proposa de revenir à une formulation calquée sur celle de la prohibition de la torture, proposition qui fut acceptée sans difficulté⁴².

B. - Définition

La Déclaration de 1992 ne contenait pas de définition de la disparition forcée à proprement parler, dans la mesure où celle-ci avait été, à titre de compromis, reléguée au Préambule et travestie en une sorte de description du phénomène⁴³. Ce texte n'en constituait pas moins une référence, qui servit d'ailleurs de source d'inspiration pour la rédaction de l'article II de la Convention interaméricaine⁴⁴, l'article 1^{er} du projet de convention⁴⁵, ainsi que pour l'article 7 § 2 i) du Statut de Rome⁴⁶.

outré le droit à la vie ou le met gravement en danger. »

³⁸ V. l'analyse à laquelle procède Manfred Nowak dans son rapport, *op. cit.*, pp. 11 et suiv.

³⁹ Sur les disparitions forcées comme incrimination, v. O. de Frouville, « Les disparitions forcées », in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet, *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, pp. 377-386.

⁴⁰ V. compte rendu de la première session (janvier 2003), 7 janvier 2003 et rapport annuel de 2003, E/CN.4/2003/71, § 26.

⁴¹ V. par exemple le document de travail présenté par le Président : E/CN.4/2004/WG.22/WP.2, en date du 13 septembre 2004.

⁴² V. compte rendu de la 3^{ème} session (octobre 2004), 7 octobre 2004 et rapport pour 2005, E/CN.4/2005/66, §§ 26-27.

⁴³ L'alinéa 3 du Préambule est rédigé comme suit : « L'Assemblée générale [...] *Profondément préoccupée* de constater que, dans de nombreux pays, des disparitions forcées ont lieu, souvent de façon persistante, en ce sens que des personnes sont arrêtées, détenues ou enlevées contre leur volonté ou privées de toute autre manière de leur liberté par des agents du gouvernement, de quelque service ou à quelque niveau que ce soit, par des groupes organisés ou par des particuliers, qui agissent au nom du gouvernement ou avec son appui direct ou indirect, son autorisation ou son assentiment, et qui refusent ensuite de révéler le sort réservé à ces personnes ou l'endroit où elles se trouvent, ou d'admettre qu'elles sont privées de liberté, les soustrayant ainsi à la protection de la loi. »

⁴⁴ Art. II ConvIADF : « *For the purposes of this Convention, forced disappearance is considered to be the act of depriving a person or persons of his or their freedom, in whatever way, perpetrated by agents of the state or by persons or groups of persons acting with the authorization, support or acquiescence of the state, followed by an absence of information or a refusal to acknowledge that deprivation of freedom or to give information on the whereabouts of that person, thereby impeding his or her recourse to the applicable legal remedies and procedural guarantees.* »

⁴⁵ Art. 1^{er} § 1 du projet de convention : « Aux effets de la présente Convention, on entend par disparition forcée la privation de liberté d'une personne, sous quelque forme ou pour quelque motif que ce soit, causée par des agents de l'Etat ou par des personnes ou des groupes de personnes qui agissent avec l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement de l'Etat, suivie de l'absence d'information, ou du déni de la reconnaissance de la privation de liberté ou d'information, ou de la dissimulation du sort réservé à la personne disparue ou du lieu où elle se trouve. »

⁴⁶ V. art. 7 § 2 i) du Statut de Rome : « 2. Aux fins du paragraphe 1 : [...] i) Par "disparitions forcées de

Cette dernière disposition fut toutefois à l'origine d'une partie des difficultés que rencontra le Groupe de travail pour élaborer sa propre définition.

Un des problèmes les plus difficiles auquel le groupe eut à faire face était de définir le statut de la notion de « soustraction de la personne disparue à la protection de la loi », un membre de phrase apparaissant dans la définition donnée par la Déclaration et dans celle du Statut de Rome, mais sous deux formes très différentes (1).

Il y eut également de grands débats sur la manière dont on exprimerait, dans le futur instrument, le fait que les disparitions, lorsqu'elles sont commises dans certaines circonstances, peuvent être qualifiées de crime contre l'humanité. Là encore, l'ombre du Statut planait. Fallait-il en reprendre les termes ou dégager une définition originale ? (2)

Une autre difficulté, majeure, était elle aussi en partie liée à la définition de Rome, mais pas seulement. Il s'agissait d'un débat plus large, aux dimensions à la fois juridique et politique, qui touchait à la question de savoir si, parmi les auteurs de disparitions forcées, on pouvait compter des personnes privées n'agissant pas sous le contrôle de l'Etat : c'était le débat dit des « acteurs non étatiques » (3).

Enfin on doit évoquer rapidement un dernier problème – qui a été beaucoup plus facilement résolu – relatif à la définition des formes de privation de liberté visées par la définition (4).

1. - Le statut de la « soustraction à la protection de la loi » (art. 2)

Dans le texte de la Déclaration, la soustraction de la personne disparue à la protection de la loi est décrite comme une *conséquence* résultant de la combinaison entre la privation de liberté et le déni de cette privation, ou encore le refus de fournir des informations à propos du sort de la personne privée de liberté. Les auteurs du Statut Rome procédèrent à une double modification sur ce point. D'abord ils firent passer cette condition du statut de *conséquence* à celui d'un élément moral de l'infraction. Ensuite ils ajoutèrent à cette condition une dimension supplémentaire, à caractère temporel : l'idée de soustraction de la loi *pour une période prolongée*. On passa de « les soustrayant ainsi à la protection de la loi » à « *dans l'intention de soustraire à la protection de la loi pendant une période prolongée* ».

C'est à dire que selon le Statut de Rome, la preuve de la disparition forcée exige la preuve d'un dol spécial, par opposition au dol général qui caractérise toute infraction pénale intentionnelle : autrement dit, pour prouver qu'un accusé a commis une disparition forcée, il faut non seulement prouver qu'il a agi avec intention et connaissance⁴⁷ de priver

personnes", on entend les cas où des personnes sont arrêtées, détenues ou enlevées par un Etat ou une organisation politique ou avec l'autorisation, l'appui ou l'assentiment de cet Etat 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. »

⁴⁷ Pour reprendre la règle générale fixée par l'article 30 du Statut, qui connaît toutefois certaines exceptions.

une personne de sa liberté en refusant par la suite d'admettre que cette personne était privée de liberté, mais il faut *de surcroît* prouver que l'auteur avait l'intention de soustraire la personne à la protection de la loi pendant une période prolongée⁴⁸.

Au sein du groupe de travail, la discussion porta très vite sur le statut de la condition, par référence à la définition de Rome. Dans le document de travail porté à l'attention des délégations lors de la session informelle de septembre 2003, le Président la faisait figurer en tant que *conséquence* et ne reprenait pas la restriction temporelle. Un certain nombre de délégations proposèrent à l'inverse que cette condition acquiert le statut d'un élément intentionnel, arguant du fait qu'en droit interne, un élément d'intentionnalité était nécessairement requis pour constituer une infraction pénale⁴⁹. Parmi ces délégations certaines estimaient également qu'il était nécessaire d'inclure la notion de « période prolongée », de manière à distinguer entre les disparitions forcées et les situations « dans lesquelles un Etat refuse légitimement de communiquer des informations sur le sort d'une personne pendant un certain délai »⁵⁰.

Les deux propositions rencontrèrent une vive opposition. La première était absurde, puisque sous prétexte de spécifier que l'infraction était intentionnelle, elle revenait à ajouter un élément supplémentaire à l'infraction sous la forme d'un dol spécial⁵¹. La seconde était extrêmement dangereuse : en l'acceptant, on risquait de compromettre l'ensemble de l'exercice, puisqu'on aurait admis qu'un Etat puisse, pendant un certain temps, « soustraire » une personne à la « protection de la loi », c'est à dire nier sa personnalité juridique en la rendant inexistante au regard de la loi⁵².

La discussion se compliqua encore lorsqu'une troisième position fit son apparition au sein du groupe de travail, qui consistait à faire de la « soustraction à la protection de la loi », non pas un élément intentionnel, mais un élément *matériel* supplémentaire⁵³. Pour essayer de trouver un compromis, la France proposa plutôt de transférer l'élément d'intentionnalité (sans la dimension temporelle) de la définition vers la disposition posant l'obligation pour les Etats d'incriminer la disparition en droit interne⁵⁴. Mais cette

⁴⁸ Ce type de dol spécial se retrouve par ex. dans la définition du génocide, sous la forme de l'intention spécifique de *destruction d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel*. Sur les éléments constitutifs du crime de disparition forcée dans le cadre du Statut de Rome, v. les *Eléments des crimes*, adoptés par l'Assemblée des Etats parties, rapp. de la 1^{ère} session de l'Assemblée, 3-10/09/2002, ICC-ASP/1/3, p. 126.

⁴⁹ V. par ex. les interventions de la Suisse et du Japon lors de la session informelle de septembre 2003, compte rendu du 2 septembre 2003, qui proposent d'aligner la définition sur celle du Statut de Rome. De même, Japon et Malaisie, lors de la 2^{ème} session formelle, compte rendu du 13 janvier 2004.

⁵⁰ Rapport du groupe pour 2005, E/CN.4/2005/66, § 24. V. Allemagne, Chine, Etats-Unis, la Suisse (avec une certaine souplesse), compte rendu de la session informelle (septembre 2003), 2 septembre 2003 ; Allemagne, Etats-Unis, l'Inde, Malaisie et Suède lors de la 2^{ème} session formelle (janvier 2004), 13 janvier 2004.

⁵¹ Argument soutenu notamment avec beaucoup de constance par la CIJ, résumé dans le rapport de 2004, E/CN.4/2004/59, § 25 et dans le rapport de 2005, E/CN.4/2005/66, § 25.

⁵² V. les interventions de la CIJ et de la FIDH, lors de la session informelle de septembre 2003, compte rendu du 2 septembre 2003. Et l'opposition exprimée par la Bolivie, le Brésil et la Belgique le même jour. De même en janvier 2004 : France, Chili, Uruguay, Belgique.

⁵³ V. le résumé de la discussion dans le compte rendu de la 4^{ème} session (janvier-février 2005), 31 janvier 2005. En l'occurrence, la position en faveur d'un élément matériel supplémentaire était exprimée par le Japon et l'Egypte (qui proposait par ailleurs de mettre cet élément en exergue en le plaçant en début de phrase).

⁵⁴ V. compte rendu de la 3^{ème} session (octobre 2004), 7 octobre 2004. La proposition française reformulait le

solution ne recueille pas le consensus. Au bout d'un moment, la discussion tournait en rond.

Le compromis qui permit de sortir de l'ornière fut trouvé par la présidence, qui proposa aux délégations une formulation à l'« ambiguïté constructive ». Il s'agissait de conférer au texte une certaine neutralité. Autrement dit, le texte devait rester silencieux sur le statut du dernier élément de la définition : chacun pourrait ainsi l'interpréter à sa guise⁵⁵. Le compromis réside donc dans une virgule énigmatique, qui sépare le dernier élément des autres, le privant ainsi de tout lien logique a priori avec ceux-ci :

« Aux fins de la présente Convention, on entend par disparition forcée, l'arrestation, la détention, l'enlèvement ou toute autre forme de privation de liberté [...] suivie du déni de la reconnaissance de la privation de liberté ou de la dissimulation du sort réservé à la personne disparue ou du lieu où elle se trouve, *la soustrayant à la protection de la loi.* » (Nous soulignons).

Si « l'ambiguïté constructive » a permis de surmonter un obstacle qui paraissait au départ insurmontable, elle réalise essentiellement un accord sur le désaccord. A savoir que chaque Etat est évidemment libre de son interprétation au regard de cet élément. Certaines délégations n'ont d'ailleurs pas manqué d'énoncer, en fin d'exercice, leur manière de concevoir cet élément⁵⁶.

2. - *Le débat sur les acteurs non étatiques (art. 3)*

Dans la Déclaration de 1992 et dans la Convention interaméricaine, la définition de la disparition forcée est liée à la qualité de l'auteur de l'acte. C'est à dire qu'il ne peut y avoir « disparition forcée » qu'à la condition que l'acte soit imputable à l'Etat. Dans le Préambule de la Déclaration il est par exemple écrit que les victimes de disparitions sont privées de liberté « par des agents du gouvernement, de quelque service ou à quelque niveau que ce soit, par des groupes organisés ou par des particuliers, qui agissent au nom du gouvernement ou avec son appui direct ou indirect, son autorisation ou son assentiment ».

paragraphe 1 de l'article 2 comme suit : « Tout Etat partie prend les mesures nécessaires pour que la disparition forcée, telle qu'elle est définie à l'article 1^{er}, constitue une infraction au regard de son droit pénal, *lorsqu'elle est commise intentionnellement.* »

⁵⁵ V. rapport E/CN.4/2005/66, § 23 et compte rendu de la 4^{ème} session (janvier-février 2005), 31 janvier 2005.

⁵⁶ V. rapport E/CN.4/2006/57 le résumé des déclarations de la Chine, de l'Egypte, du Royaume-Uni, des Etats-Unis, du Canada, et aussi du Président. Noter en particulier, dans l'annexe II du même document, la déclaration de l'Inde : « L'ambiguïté constructive présente dans la définition de la disparition forcée ne facilite pas les choses, car elle aboutit à l'existence de deux normes différentes de preuve pour le même crime : l'une est énoncée dans l'instrument à l'examen, l'autre dans le Statut de Rome. L'absence des éléments de l'intention et de la connaissance dans la définition ne contribuera pas à faciliter la charge de la preuve, sachant que la *mens rea* est un élément constitutif essentiel de tout acte criminel. Une proposition concernant l'état d'esprit ou la connaissance est indispensable pour poser la définition de tout crime et aurait due être incluse dans cette définition. » V. aussi : les déclarations faites lors de l'adoption de la Convention par le Conseil des droits de l'Homme, doc. A/HRC/1/SR.21, 29 juin 2006 (après-midi) : Japon, Royaume-Uni et Canada ; les déclarations faites devant la 3^{ème} Commission de l'Assemblée générale, doc. A/C.3/61/SR.45, 13 novembre 2006 (après-midi) : Canada, Inde, Royaume-Uni, Japon ; la déclaration du Royaume-Uni faite lors de l'adoption du texte par l'Assemblée générale, doc. A/61/PV.82, 20 décembre 2006 (matin).

Dans la première hypothèse, l'acte est accompli par un agent de l'Etat ayant officiellement cette qualité dans l'ordre juridique interne. Dans la seconde, l'acte est accompli par un individu ou par un groupe privé.

En principe, l'Etat ne peut être tenu responsable des actes des personnes privées. Il existe toutefois un certain nombre de cas d'attribution qui sont décrits en détail dans les articles 5, 8, 9, 10 et 11 des articles de la Commission du droit international sur la *Responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*⁵⁷ et qui sont résumés dans la Déclaration par les termes « ou avec son appui direct ou indirect, son autorisation ou son assentiment » : dans ces hypothèses, l'acte, bien qu'accompli par un individu ou une personne privée, est en fait attribuable à l'Etat.

La question qui s'est posée, dans le cadre du processus de rédaction de la Convention, est de savoir s'il était possible de dépasser ces hypothèses et d'envisager qu'une disparition forcée puisse être commise par un individu ou un groupe privé – c'est à dire un « acteur non étatique » – n'agissant pas sous le contrôle ou avec l'assentiment d'un Etat. Dans son rapport Manfred Nowak se demandait ainsi « si une définition aussi étroite doit être maintenue. Dans de nombreux Etats, notamment en Colombie, on constate que ceux qui commettent des actes aboutissant à des disparitions forcées sont des fonctionnaires du Gouvernement, des acteurs agissant indirectement pour le compte de l'Etat, comme les membres des escadrons de la mort ou des forces dites d'autodéfense, mais aussi les mouvements de guérilla, les groupes paramilitaires qui combattent le Gouvernement et les bandes criminelles organisées, agissant souvent dans le cadre d'infractions liées à la drogue. Comme tous les faits qui accompagnent le crime sont dissimulés par définition, il est souvent très difficile de savoir si les auteurs ont agi avec ou sans « l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement de l'Etat »⁵⁸.

La question se posait d'autant plus après l'adoption du Statut de Rome sur la Cour pénale internationale qui, dans son article 7 § 2 i), prévoit que les disparitions forcées peuvent être commises « par un Etat ou une organisation politique ou avec l'autorisation, l'appui ou l'assentiment de cet Etat ou de cette organisation » (nous soulignons).

Sur le plan de la technique juridique, rien ne s'opposait à ce que le futur instrument prévoit des obligations incombant aux Etats *en lien* avec des disparitions forcées commises par des acteurs non étatiques. Ce type de schéma est en effet bien connu en droit international général. Le premier exemple classique en est l'obligation de *due diligence* qui pèse sur tout Etat, en vertu du droit coutumier, à l'égard des ressortissants étrangers qui se trouvent sur ce territoire, et qui implique une double obligation de

⁵⁷ Cf. Annexe de la rés. 56/83 de l'Assemblée générale : Articles 5 (comportement d'une personne ou d'une entité exerçant des prérogatives de puissance publique), 8 (comportement sous la direction ou le contrôle d'un Etat), 9 (comportement en cas d'absence ou de carence des autorités officielles), 10 (comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre), 11 (comportement reconnu et adopté par l'Etat comme étant le sien).

⁵⁸ E/CN.4/2002/71, § 73. Sur ce sujet, v. O. de Frouville, « L'attribution d'un fait à l'Etat - Les personnes privées », in P. Bodeau, J. Crawford, A. Pellet, S. Szurek (dir.), *Le droit de la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, à paraître.

prévenir les actes affectant les droits fondamentaux de ces ressortissants, et de poursuivre et punir les auteurs de tels actes.

Mais il existe aussi des obligations plus spécifiques, prévues par de nombreuses conventions internationales. Ainsi l'État partie aux conventions de Vienne sur les relations diplomatiques et consulaires assume-t-il un certain nombre d'obligations positives de protection à l'égard des locaux, du personnel et des archives des missions diplomatiques et consulaires contre toute atteinte qui pourrait leur être infligée, y compris par des personnes privées⁵⁹. De même, en vertu de la Convention pour l'élimination de la discrimination raciale, les États parties s'engagent notamment à « ne pas encourager, défendre ou appuyer la discrimination raciale pratiquée par une personne ou une organisation quelconque » (art. 2 § 1 b) ou encore à « interdire la discrimination raciale pratiquée par des personnes, des groupes ou des organisations et y mettre fin » (art. 2 § 1 d). Parmi les derniers exemples en date, le *Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés* contient des dispositions relatives aux actes accomplis par des « groupes armés distincts des forces armées d'un État » et aux obligations de l'État en relation avec ces actes⁶⁰.

Il n'y a donc aucun obstacle théorique à la prise en compte, dans une convention internationale en matière de droits de l'Homme, d'actes accomplis par des personnes privées, pourvu que cette prise en compte ait pour objet de préciser les obligations des États en relation avec ces actes.

Il n'en reste pas moins que l'adoption de ce schéma dans le cas des disparitions forcées posait des problèmes politiques considérables. Tout d'abord, pour des raisons historiques : lorsque les disparitions forcées furent identifiées en tant que technique de répression par les ONG latino-américaines au milieu des années 70, elles constituaient

⁵⁹ V. à cet égard l'arrêt de la Cour internationale de Justice du 24 mai 1980 dans l'*Affaire du personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, *Rec. C.I.J.* 1980, p. 29, § 58.

⁶⁰ Préambule, § 11 : « Condamnant avec une profonde inquiétude l'enrôlement, l'entraînement et l'utilisation — en deçà et au-delà des frontières nationales — d'enfants dans les hostilités par des groupes armés distincts des forces armées d'un État, et reconnaissant la responsabilité des personnes qui recrutent, forment et utilisent des enfants à cet égard. » — Art. 4 : « 1. Les groupes armés qui sont distincts des forces armées d'un État ne devraient en aucune circonstance enrôler ni utiliser dans les hostilités des personnes âgées de moins de 18 ans. 2. Les États parties prennent toutes les mesures possibles pour empêcher l'enrôlement et l'utilisation de ces personnes, notamment les mesures d'ordre juridique voulues pour interdire et sanctionner pénalement ces pratiques. 3. L'application du présent article est sans effet sur le statut juridique de toute partie à un conflit armé. » — Art. 6 : « 1. Chaque État partie prend toutes les mesures — d'ordre juridique, administratif et autre — voulues pour assurer l'application et le respect effectifs des dispositions du présent Protocole dans les limites de sa compétence. [...] 3. Les États parties prennent toutes les mesures possibles pour veiller à ce que les personnes relevant de leur compétence qui sont enrôlées ou utilisées dans des hostilités en violation du présent Protocole soient démobilisées ou de quelque autre manière libérées des obligations militaires. Si nécessaire, les États parties accordent à ces personnes toute l'assistance appropriée en vue de leur réadaptation physique ou psychologique et de leur réinsertion sociale. » — Art. 7 : « 1. Les États parties coopèrent à l'application du présent Protocole, notamment pour la prévention de toute activité contraire à ce dernier et pour la réadaptation et la réinsertion sociale des personnes qui sont victimes d'actes contraires au présent Protocole, y compris par une coopération technique et une assistance financière. Cette assistance et cette coopération se feront en consultation avec les États Parties concernés et les organisations internationales compétentes. »

indiscutablement un instrument de la terreur d'Etat. De sorte que pour la grande majorité des ONG latino-américaines, représentées au sein de la FEDEFAM, la disparition forcée est liée de manière consubstantielle à l'Etat. L'expérience asiatique est beaucoup plus hétérogène : en Indonésie, aux Philippines ou en Chine, les disparitions forcées sont là aussi le fait de l'Etat. Mais au Sri Lanka ou au Cachemire, les deux parties au conflit s'en sont rendues coupables. Pour autant, après un débat interne difficile, la Fédération Asiatique des Familles de Disparus (AFAD) a décidé, par solidarité avec la FEDEFAM, de conserver un mandat limité aux disparus du fait de l'Etat, sans pour autant rejeter les associations de familles de disparus du fait des acteurs non étatiques.

Une autre difficulté politique résidait dans le risque d'instrumentalisation par certains Etats. A la Commission des droits de l'Homme, à partir du milieu des années 90, on vit se développer une campagne menée par des Etats comme la Colombie, le Mexique ou le Pérou et tendant à insister sur la nécessité, pour les organes de droits de l'Homme, de prendre en compte les « violations des droits de l'Homme » commises par des groupes armés ou des « terroristes ». Depuis, l'argument s'est banalisé : lorsqu'un gouvernement est confronté à un conflit interne ou à des attaques terroristes, il cherche à s'exonérer de sa responsabilité en matière de droits de l'Homme en recherchant la reconnaissance, sur le plan international, de l'existence d'atteintes équivalentes de la part du groupe irrégulier qu'il combat. Ces dernières années, la Russie a revendiqué cette position, face aux attaques des « terroristes » tchéchènes.

Face à ces difficultés, les auteurs du projet de convention de la Sous-Commission avaient renoncé à faire figurer les acteurs non étatiques comme auteurs potentiels d'une disparition forcée. L'article premier reprenait une formulation équivalente à celle du Préambule de la Déclaration. Mais un paragraphe 2 cherchait à résoudre le problème en partie, sous la forme d'une clause de non préjudice, qui laisserait aux Etats qui le souhaiteraient la liberté d'étendre la définition aux acteurs non étatiques :

« Cet article est sans préjudice de tout autre instrument international ou de toute loi nationale qui contient ou peut contenir des dispositions de portée plus large. »

Dans ce contexte, le Groupe de travail chargé de rédiger la future convention était partagé entre deux exigences : celle d'étendre autant que possible le champ d'application de la convention, pour permettre une protection optimale de toutes les victimes ; mais aussi celle de ne pas se prêter à une instrumentalisation par les Etats, qui ne manqueraient pas d'invoquer les disparitions forcées commises par les acteurs non étatiques pour tenter de s'exonérer de leur propre responsabilité.

Répondre simultanément à ces deux exigences impliquait d'abord de maintenir une certaine distinction entre les disparitions forcées commises par les Etats et les actes équivalents ou semblables accomplis par des acteurs non étatiques. Il était important, pour se préserver de toute instrumentalisation par les Etats, que les deux types d'actes ne soient pas placés sur un pied d'égalité. Ce débat renvoyait à la place de la disposition relative aux acteurs non étatiques : cette mention devait-elle figurer dans la définition principale, ou être insérée dans une disposition séparée ? Il posait également le problème du terme à utiliser : fallait-il reprendre celui de « disparition forcée » ou parler plutôt d'actes équivalents ou semblables ?

Il fallait ensuite déterminer quelles conséquences juridiques allaient s'attacher à la mention des acteurs non étatiques comme auteurs potentiels de disparitions forcées (ou d'actes équivalents). Voulait-on imposer des obligations à ces acteurs ? Ou seulement aux Etats en relation avec des actes accomplis par ces entités privées ? Mais dans ce cas, quel type d'obligations seraient visées ? Etait-il possible d'imposer à l'Etat, pour des actes commis par des groupes, des obligations absolument équivalentes à celles pesant sur lui en lien avec des actes accomplis par ses agents ?

Enfin, comment désigner juridiquement les « acteurs non étatiques » ? Fallait-il reprendre le terme d'« organisations politiques » utilisé par le Statut de Rome ? Ou emprunter au vocabulaire du droit international humanitaire en utilisant la notion de « groupes armés » ?

Toutes ces questions firent l'objet de longues et difficiles négociations au sein du Groupe de travail. D'emblée, le principe même de l'inclusion d'une référence aux « acteurs non étatiques » divisa le groupe de travail⁶¹. Quant au libellé de la disposition à inclure sur ce sujet, il resta en discussion jusqu'à la dernière session du Groupe.

La solution de compromis à laquelle est finalement parvenu le Groupe consiste en une combinaison de deux articles. L'article 2 établit la définition de la disparition forcée en conservant le lien entre celle-ci et la qualité étatique de l'auteur, tel que ce lien existait dans la Déclaration de 1992 et dans la Convention interaméricaine. Puis vient un article 3, libellé comme suit :

« Tout Etat partie prend les mesures appropriées pour enquêter sur les agissements définis à l'article 2 commis par des personnes ou des groupes de personnes agissant sans l'autorisation, le soutien ou l'acquiescement de l'Etat et pour traduire les responsables en justice. »

Ainsi la distinction est-elle bien établie : la succession des deux articles fait apparaître clairement qu'en principe, *la disparition forcée* en tant que telle est un acte attribuable à l'Etat⁶². D'autant plus que ce terme n'est utilisé que dans l'article 2, mais pas dans l'article 3. Dans ce dernier, il est seulement fait mention des « agissements définis à

⁶¹ V. compte rendu de la session informelle (septembre 2003), 2 septembre 2003. Se prononçaient contre : la Russie, l'Argentine, la Chine, les Etats-Unis, le Japon et la Suède. Étaient en faveur : l'Algérie, le Canada, la Grande-Bretagne, l'Inde, le Pakistan, le Pérou et la Turquie. La FIDH fut la seule ONG à s'exprimer sur le sujet à ce stade, en défendant – en séance et à travers un document de travail distribué à l'ensemble des participants – l'élargissement du champ de protection de l'instrument par l'inclusion d'une obligation pour l'Etat de prendre toutes les mesures « que l'on peut raisonnablement attendre de lui pour prévenir et réprimer les disparitions forcées » commises par des agents non étatiques.

⁶² La proposition russe, par exemple, signifiait exactement le contraire. Elle consistait soit à supprimer toute référence aux acteurs dans la définition, soit à signifier dans la phrase l'indifférence de la qualité de l'auteur, comme suit : « Aux fins [du présent instrument], on entend par disparition forcée, l'arrestation, la détention, l'enlèvement ou toute autre forme de privation de liberté commise par des agents de l'Etat ou par des personnes ou des groupes de personnes qui agissent *avec ou sans* l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement de l'Etat, suivi du déni [...] » (Nous soulignons). V. doc. E/CN.4/2005/WG.22/Divers.1 datée du 3 février 2005. V. les réactions suscitées par cette proposition lors de la 3^{ème} session (octobre 2004), compte rendu du 7 octobre 2004.

l'article 2 »⁶³. On peut se dire que, sur le plan juridique, cela revient strictement au même. Mais dans ce débat, la dimension symbolique l'a d'une certaine manière emporté sur la rigueur juridique : pour la FEDEFAM et un certain nombre de gouvernements latino-américains, notamment, l'important était de ne pas utiliser le terme « disparition forcée », quitte à s'y référer par renvoi.

Plusieurs délégations demandèrent à ce que l'article 3 soit déplacé à la fin du texte⁶⁴. Mais sa « visibilité », en début de texte, faisait partie du compromis pour les Etats qui souhaitaient insister sur l'importance des disparitions forcées commises par des acteurs non étatiques⁶⁵.

Les obligations mentionnées pèsent exclusivement sur l'Etat, à l'exclusion de toute entité privée. On demeure ainsi sans conteste dans le cadre conceptuel des droits de l'Homme, sans déborder sur le territoire du droit international humanitaire : seuls les Etats sont ici redevables des obligations posées par la convention. Pour autant, ces obligations sont-elles absolument équivalentes à celles qui s'imposent au regard des actes commis par des agents de l'Etat ou sous le contrôle de l'Etat ? Deux réponses à cela.

La première concerne *la nature de l'obligation* : l'Etat a l'obligation de prendre « les mesures appropriées ». Le terme « approprié » a été substitué au dernier moment au terme « nécessaire »⁶⁶ et permet de parvenir à un certain équilibre entre deux approches opposées, la première prônant l'équivalence, en terme de nature et de degré, des obligations⁶⁷ et la seconde approche se fondant sur la notion de *due diligence*, telle que transposée dans le domaine des droits de l'Homme, pour défendre l'idée d'obligations adaptées aux circonstances de chaque espèce⁶⁸.

⁶³ Lors de la dernière session du groupe (5^{ème}), le Président avait fait la proposition suivante : « Tout Etat partie prend les mesures nécessaires pour enquêter sur les disparitions forcées commises par des personnes ou des groupes de personnes agissant sans l'autorisation, le soutien ou l'acquiescement de l'Etat et pour traduire les responsables en justice ». La Grèce a proposé de remplacer « disparitions forcées » par « actes décrits à l'article 2 », proposition qui a immédiatement remporté l'adhésion de l'Uruguay, des Etats-Unis, de la Belgique, du Mexique, ainsi que de la CIJ, parlant également au nom d'Amnesty International et de Human Rights Watch. V. compte rendu de la 5^{ème} session (septembre 2005), 12 septembre. V. aussi rapport E/CN.4/2006/57, § 13.

⁶⁴ V. notamment la proposition de la France, qui traitait la question à travers une clause de non-préjudice, incluse dans les dispositions finales : « La présente convention est sans préjudice des mesures adaptées que les Etats parties doivent raisonnablement prendre pour sanctionner les disparitions forcées accomplies par des groupes de personnes autres que celles visées à l'article 1^{er}. » V. compte rendu de la 3^{ème} session (octobre 2004), 7 octobre 2004 et compte rendu de la 4^{ème} session, 31 janvier 2005 et rapport E/CN.4/2005/66, § 32.

⁶⁵ V. en ce sens la réponse négative faite, lors de la 5^{ème} session, par le Président à la Finlande, qui souhaitait déplacer le texte « après l'article 4 ». Compte rendu de la 5^{ème} session, lundi 19 septembre.

⁶⁶ Sur proposition du Japon, appuyé par la Chine. Le Japon proposait également d'ajouter en fin de phrase un « conformément au droit interne » qui n'a pas été retenu. V. compte rendu de la 5^{ème} session (septembre 2005), 12 septembre 2005 et rapport E/CN.4/2006/57, § 14.

⁶⁷ V. la proposition de Manfred Nowak en date du 3 février 2005 (E/CN.4/2005/WG.22/Divers.1) : « Lorsque les actes définis à l'article 1 sont commis par des personnes ou groupes de personnes agissant sans l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement de l'Etat, les obligations des Etats parties contenues aux articles [...] s'appliquent également à ces actes. » (Nous soulignons).

⁶⁸ V. la proposition de la FIDH en date du 3 février 2005, E/CN.4/2005/WG.22/Divers.1 : « Art. 2 § 2 – Lorsque les agissements définis à l'article premier sont le fait de personnes ou de groupes de personnes n'ayant pas l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement de l'Etat, les Etats parties prendront toutes les mesures que l'on peut raisonnablement attendre d'eux, compte tenu des circonstances, pour en prévenir la commission

Ensuite, l'éventail des obligations de l'Etat en lien avec les actes des personnes privées a été réduit au minimum : dans le libellé actuel, seules sont visées les obligations d'enquêter et de « traduire les responsables en justice », là où un certain nombre de propositions alternatives contenaient une référence à tous les articles de la convention établissant des obligations transposables, en particulier toutes les obligations liées à la répression des disparitions forcées⁶⁹.

Enfin, la définition des acteurs concernés a été évitée par une formule négative : sont concernées toutes les personnes ou tous les groupes de personnes qui agissent *sans* l'autorisation de l'Etat, etc... sous entendu toutes les personnes qui ne sont pas visées dans l'article 2⁷⁰. On pourrait se demander à cet égard si l'article n'étend pas abusivement le champ d'application de l'instrument, en incorporant les crimes de droit commun comme l'enlèvement ou la séquestration. Dans l'appréciation qu'en fera le juge ou – en cas de transposition, le législateur – le renvoi aux « agissements définis à l'article 2 » devrait suffire à indiquer que les auteurs de la convention ont entendu viser uniquement

et en sanctionner pénalement les auteurs, conformément aux articles [2 à 15 bis et 23 à 25] du présent instrument. V. aussi le document de travail de la FIDH sur ce sujet : <http://www.fidh.org/IMG/pdf/nge31072003f.pdf>. On retrouve la même idée dans la proposition conjointe de douze Etats du groupe latino-américain, à l'initiative de l'Argentine, en date du 4 février 2005 (v. doc. E/CN.4/2005/WG.22/Divers.4) ainsi que la proposition de la Belgique (E/CN.4/2005/WG.22/Belgique.1) du 9 février 2005 et enfin dans une proposition de la présidence en date du 11 février 2005 (E/CN.4/2005/WG.22/MISC.16).

⁶⁹ La proposition du Président présentée lors de la 3^{ème} session (octobre 2004) et discutée lors de la 4^{ème} session (janvier-février 2005) constituait un point de départ beaucoup plus restrictif. Elle prenait la forme d'un article 2, contenant deux paragraphes : « 1. Tout Etat partie prend les mesures nécessaires pour que la disparition forcée, telle qu'elle est définie à l'article premier, constitue une infraction au regard de son droit pénal. 2. Tout Etat partie prend des mesures équivalentes lorsque les agissements définis à l'article premier sont le fait de personnes ou de groupes de personnes n'ayant pas l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement de l'Etat. » Cela signifiait que la seule obligation qui pesait sur l'Etat vis-à-vis des actes accomplis par les acteurs non étatiques était de les incriminer (puisque l'expression « mesures équivalentes » ne pouvait logiquement se rapporter qu'au paragraphe précédent). Les propositions soumises par Manfred Nowak et par la FIDH se référaient explicitement aux articles jugés transposables, à savoir presque tous les articles, à l'exception de ceux relatifs à la prévention des disparitions, et notamment les règles applicables à la détention. Cela comprenait notamment l'obligation de réparation, point qui souleva l'objection de certaines délégations de pays en développement. La proposition de l'Argentine citait directement les obligations visées dans l'article : « prévenir ces actes, enquêter de manière adéquate, juger et sanctionner pénalement les responsables par des peines commensurables à l'extrême gravité de ce crime et protéger les victimes, sans préjudice de l'application, le cas échéant, des sanctions prévues pour les violations graves du droit international humanitaire. »

⁷⁰ Les premières discussions ont montré qu'était vaine toute tentative pour qualifier de manière positive les « personnes » ou « groupes de personnes » visées. La proposition faite par le Président lors de la 2^{ème} session de reprendre les termes « organisation politique », utilisés dans le Statut de Rome, n'a pas recueilli le consensus. V. le projet d'article 1^{er} contenu dans le document de travail en date du 1^{er} décembre 2003 et le compte rendu de la 2^{ème} session (janvier 2004), 13 janvier 2004 et rapport E/CN.4/2004/59, §§ 29-30 et 39. Plusieurs autres dénominations furent mises en avant comme celle de « groupe organisé » (Canada) ou encore celle de « organisations ou groupes qui ont le contrôle effectif d'une partie du territoire de l'Etat », inspirée du droit international humanitaire... C'est la raison pour laquelle les propositions suivantes de la présidence s'orientent vers une formule négative et surtout, vers la rédaction d'une clause autonome, de manière à ne pas affecter la définition de la disparition forcée *en tant que telle*. V. compte rendu de la 2^{ème} session (janvier 2004), 19 janvier 2004 et les « propositions de présidence » en date du 22 janvier 2004, c'est à dire à l'issue de la deuxième session.

des actes *assimilables* aux disparitions forcées et non pas des crimes dits de « droit commun ».

En définitive, la solution adoptée par le Groupe de travail permet d'étendre le champ de la protection accordée par la future convention, sans pour autant remettre en cause l'idée selon laquelle les disparitions forcées sont d'abord et avant tout, aujourd'hui comme hier, l'instrument d'une terreur d'Etat.

3. - Le problème de la définition des disparitions forcées comme crime contre l'humanité (art. 5)

En 2003, au moment où le Groupe a commencé ses travaux, il n'était pas sérieusement contesté que les disparitions forcées puissent être qualifiées de crimes contre l'humanité.

Cela avait été admis dès 1983 par l'Assemblée générale de l'OEA dans sa résolution 666 (XIII-0/83)⁷¹ et depuis lors, cette qualification avait été reprise par tous les instruments internationaux relatifs aux disparitions forcées. Certes, la Déclaration des Nations Unies de 1992 restait évasive sur le sujet⁷², mais l'idée était nettement présente dans la Convention IADF⁷³ de 1994, dans le projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, rédigé par la Commission du droit international⁷⁴ et, plus récemment encore, dans le Statut de Rome portant création de la Cour pénale internationale (v. *infra*). Elle fut donc logiquement reprise dans le projet de convention de la Sous-Commission (*id.*).

Le principe même de cette qualification ne fut donc pas discuté. Ce qui le fut, c'est la définition de la notion de crime contre l'humanité elle-même, autrement dit à la détermination des conditions aux termes desquelles un crime peut recevoir la qualification de crime contre l'humanité – mais aussi l'opportunité d'insérer une disposition contenant cette qualification et la fonction d'une telle disposition dans l'instrument.

Sur le premier point — et si l'on s'en tient au crime de disparition forcée — les instruments internationaux cités plus haut ne retiennent pas tous les mêmes critères.

La résolution 666 (XIII-0/83) de l'Assemblée générale de l'OEA qualifie de crime contre l'humanité la pratique des disparitions forcées *per se* : autrement dit, tout acte de

⁷¹ Résolution 666 (XIII-0/83) « Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights », 18 novembre 1983, in Rapport annuel de la Commission interaméricaine, OEA/Ser.L/V/II.63, 24 septembre 1984.

⁷² La Déclaration se borne en effet à évoquer la question dans le paragraphe 4 de son Préambule, à travers une formule qui n'établit pas vraiment une qualification, mais plutôt un jugement de valeur : « [la] pratique systématique [des disparitions forcées] est de l'ordre du crime contre l'humanité » (nous soulignons).

⁷³ Préambule, paragraphe 6 : « Reaffirming that the systematic practice of the forced disappearance of persons constitutes a crime against humanity ».

⁷⁴ Art. 18 : « On entend par crime contre l'humanité le fait de commettre, d'une manière systématique ou sur une grande échelle et à l'instigation ou sous la direction d'un gouvernement, d'une organisation ou d'un groupe, l'un des actes ci-après : [...] i) La disparition forcée de personnes ».

disparition forcée peut être considéré, aux termes de ce texte, comme un crime contre l'humanité.

La Déclaration et la Convention IADF établissent un critère plus exigeant puisqu'elles introduisent le critère de *systematicité*. Le projet de la Sous-Commission est rédigé dans le même esprit, mais ajoute le critère de *massivité* comme alternative à la *systematicité*, en s'inspirant du *Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité* rédigé par la C.D.I. L'article 3 § 1 de ce projet de convention énonce ainsi :

« La pratique systématique ou massive des disparitions forcées constitue un crime contre l'humanité ».

Un élément psychologique nouveau est par ailleurs inséré au paragraphe 2 du même article :

« Les auteurs présumés d'un crime visé aux articles premier et 2 de la présente Convention et les autres participants présumés à un tel crime, sont poursuivis pour crime contre l'humanité s'ils savaient ou auraient dû savoir que leur acte faisait partie d'une pratique systématique ou massive de disparitions forcées, même lorsque leur participation a eu un caractère limité. »

Quant au Statut de Rome, il donne, dans son article 7 paragraphe 1, une définition générale de la notion de crime contre l'humanité, applicable à tous les crimes énoncés dans ce même paragraphe. Cette définition combine plusieurs critères complexes :

« Aux fins du présent Statut, 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 : [...] i) Disparitions forcées de personnes ».

Dès le début de l'exercice de négociation, un clivage est apparu entre les délégations quant à la position à adopter au regard de la définition du Statut de Rome. Un premier groupe d'Etats et d'ONG souhaitaient reprendre les critères énumérés à l'article 7 du Statut⁷⁵. Venaient ensuite les Etats qui ne souhaitaient pas qu'on mentionne la question des disparitions forcées comme crime contre l'humanité⁷⁶, et les Etats qui étaient prêts à admettre cette mention, mais uniquement dans le Préambule⁷⁷. Enfin, un dernier groupe

⁷⁵ V. compte rendu de la session informelle (septembre 2003), 2 septembre 2003 : Australie, Belgique, Canada, Norvège, Pays-Bas, Suède, ainsi que l'Allemagne. C'était également la position de la FIDH, mais pour des raisons différentes, expliquées dans un document de travail distribué en séance : <http://www.fidh.org/IMG/pdf/disp31072003f.pdf>. Selon la FIDH, la définition de l'article 7 représenterait une reflet fidèle de la définition du crime contre l'humanité en droit international coutumier. Par la suite, le Canada, la Norvège et la Suède ont adopté une position plutôt hostile à toute mention : v. compte rendu de la 2^{ème} session (janvier 2004), 19 janvier 2004.

⁷⁶ *Id.* : Inde, Japon, Grande-Bretagne.

⁷⁷ Ce fut notamment la position constante des Etats-Unis, d'ailleurs énoncée lors de la dernière lecture : v. rapp. annuel E/CN.4/2006/57 § 104. V. aussi la position exprimée par l'Angola, l'Algérie, la Fédération de Russie, la Chine et l'Inde lors de la 3^{ème} session (octobre 2004) à propos de la proposition du Président de nouvel art. 2bis.

de délégation – recoupant d’ailleurs en partie le précédent – était favorable à cette mention (dans le Préambule ou dans le corps du texte), à condition toutefois qu’on ne reprenne pas telle quelle la formulation du Statut de Rome⁷⁸.

Dans le projet de convention, l’insertion d’une telle disposition était associée essentiellement à – et avait pour objet principal – l’obligation pour les Etats d’incriminer les disparitions forcées comme crime l’humanité dans leur ordre interne⁷⁹. Très rapidement, il est apparu évident que cette idée – soutenue essentiellement par les ONG avait très peu de chances d’être reprise, compte tenu des positions nécessairement contradictoires des Etats parties et des Etats non parties au Statut de Rome : les uns, en effet, étaient tenus d’intégrer le Statut dans leur ordre interne et ne souhaitaient donc pas qu’un autre texte leur impose une obligation semblable, à moins que la définition de l’infraction ne fût exactement identique ; les autres étaient opposés à toute définition qui, précisément, aurait pu ressembler de près ou de loin à celle contenue dans le Statut. Il a donc été décidé pratiquement dès le départ que la disposition aurait un caractère essentiellement déclaratoire, qu’elle se bornerait à confirmer que les disparitions forcées, dans certaines circonstances, sont qualifiables de crime contre l’humanité. Restait à trouver un accord sur la définition.

Le compromis s’est construit sur la base d’une proposition de Human Rights Watch et de la CIJ, consistant à reprendre la formule contenue dans le projet de la Sous-Commission, en y ajoutant un renvoi aux « conséquences prévues par le droit international »⁸⁰. Le Président prit appui sur cette référence au « droit international » pour proposer que le nouvel instrument n’ajoutât rien dans ce domaine au droit international existant. La mention du crime contre l’humanité apparaîtrait à la fois dans le Préambule et dans le corps du texte, comme *pour mémoire*, impliquant ainsi que le problème juridique de la définition et du régime du crime contre l’humanité était traité ailleurs en droit international⁸¹. De même, sur le plan de la mise en œuvre, seul un mécanisme de renvoi était prévu : le futur organe de suivi transmettrait les situations impliquant des disparitions forcées comme crimes contre l’humanité à une autre autorité (*cf. infra* à propos de l’article 34).

Ce raisonnement explique en grande partie l’allure tautologique de l’article 5 :

« La pratique généralisée ou systématique de la disparition forcée constitue un crime contre l’humanité tel que défini dans le droit international applicable et entraîne les conséquences prévues par le droit international applicable. »

⁷⁸ C’était notamment la position de l’Argentine, du Costa Rica et, pour les ONG, de la CIJ et Human Rights Watch. V. la discussion lors de la 2^{ème} session (janvier 2004), 19 janvier 2004. Pour ces délégations, la formulation de Rome était insuffisante et trop restrictive dans sa portée.

⁷⁹ V. art. 5 § 1 : « Les Etats parties s’engagent à adopter les mesures législatives nécessaires pour qualifier la disparition forcée telle que définie à l’article premier de la présente Convention, et le crime contre l’humanité visé à l’article 3 de la présente Convention comme des crimes autonomes [...] ».

⁸⁰ Doc. E/CN.4/2004/WG.22/Misc.32, en date du 19 janvier 2004, projet d’article 2 (bis) : « La pratique [généralisée] ou systématique de la disparition forcée constitue un crime contre l’humanité et entraîne les conséquences prévues par le droit international. » V. le compte rendu du 19 janvier 2004.

⁸¹ V. compte rendu de la journée du 19 janvier 2004 et dans le compte rendu de la 3^{ème} session (octobre 2004), le 7 octobre 2004. V. aussi le rapport de 2005, E/CN.4/2005/66, §§ 36-38 pour les dernières mises au point.

Pourtant l'article n'est pas absolument tautologique dans la mesure où, tout en renvoyant à la définition du crime contre l'humanité « dans le droit international applicable », il définit lui-même cette notion en précisant les circonstances dans lesquelles une disparition forcée peut être qualifiée de crime contre l'humanité : lorsqu'il existe une « pratique généralisée ou systématique » de la disparition forcée. En ce sens, il n'est pas certain que l'article 5 n'ait aucune incidence sur le droit international applicable.

Le Canada a soutenu cette position jusqu'à la fin, non sans pertinence : pour cet Etat, le Groupe aurait adopté une définition indûment restrictive du crime contre l'humanité par rapport à celle de Rome : aux termes de cette dernière, un seul acte peut être qualifié de crime contre l'humanité à partir du moment où il s'inscrit dans le cadre d'une « attaque généralisée ou systématique contre une population civile ». L'article 5, en revanche, exige le constat d'une « pratique massive ou systématique », c'est à dire d'une multiplicité d'actes raccordés les uns aux autres⁸².

En définitive, l'article 5 n'ajoute rien en ce domaine aux obligations des Etats parties. Il ne fait pas, en particulier, obligation aux Etats d'incriminer les disparitions forcées comme crime contre l'humanité dans leur ordre interne. Il constitue plutôt un simple rappel que les disparitions forcées sont, dans certaines circonstances, qualifiables de crimes contre l'humanité. Ce rappel est utile, même si la formulation n'est pas des plus heureuses. Cependant, la clause de sauvegarde de l'article 37 suffit a priori à préserver les « dispositions plus favorables »⁸³. Une déclaration interprétative, faite au moment de la ratification par les Etats les plus scrupuleux permettra, le cas échéant, de faire disparaître toute ambiguïté⁸⁴.

4. - *Les différentes formes de privation de liberté (art. 2)*

La *privation de liberté* d'une personne est une expression générique qui recouvre une grande variété de techniques et de régimes juridiques en droit national : la détention, l'emprisonnement, l'enfermement (dans un hôpital, par exemple), l'assignation à résidence, les arrêts, la détention *incommunicado*... sans compter toutes les formes de détention illégales, en dehors du cadre juridique existant. C'est la raison pour laquelle la Déclaration de 1992, la Convention IADF et le projet de convention utilisent le terme

⁸² V. le résumé de la déclaration du Canada dans le rapport 2006, E/CN.4/2006/57, § 105.

⁸³ V. la déclaration du Président reflétée dans le rapport E/CN.4/2006/57, § 106 : « Le Président a noté que le texte était neutre et qu'il n'affaiblissait en aucun cas le droit international relatif aux crimes contre l'humanité. Il visait plutôt à préserver celui-ci. En outre, l'article 27, en vertu duquel les instruments plus protecteurs doivent s'appliquer, constituait une garantie importante à cet égard. Le Président a enfin souligné que l'article 5 ne créait pas d'obligations nouvelles pour les Etats d'adhérer à certains instruments ou de modifier leur législation nouvelle. »

⁸⁴ Lors de la dernière lecture du texte, l'Irlande et le Canada ont fait des déclarations à cet effet : v. E/CN.4/2006/57, § 107. V. aussi les déclarations du Canada devant le Conseil des droits de l'Homme (A/HRC/1/SR.21), puis du Canada et de la Nouvelle-Zélande devant la Troisième Commission de l'Assemblée générale (A/C.3/61/SR.45). V. enfin les déclarations des Etats-Unis consignées dans le rapport E/CN.4/2006/57 et de manière plus détaillée dans le document A/HRC/G/1.

générique, quitte à l'associer à certaines formes de privation de liberté à titre d'illustration⁸⁵.

Le Statut de Rome prend le contre-pied de cette démarche à travers une formule qui s'avère une fois de plus beaucoup plus restrictive que les précédentes, puisqu'elle se borne à décrire la disparition forcée comme intervenant dans « les cas où des personnes sont arrêtées, détenues ou enlevées », sans y ajouter la mention de la notion de « privation de liberté ». De cette manière, la liste apparaît exhaustive.

La proposition initiale du Président – contenue dans son document de travail qui servit de base aux discussions de la session informelle de septembre 2003 – se situait exactement à l'opposé de la définition de Rome, puisqu'elle ne mentionnait *que* l'expression générique. Dès septembre 2003, un certain nombre d'Etats déclarèrent préférer la formulation du Statut de Rome⁸⁶. Ils furent contrés par d'autres délégations, qui insistèrent sur la nécessité de retenir une formule large, seule manière de déjouer l'imagination des Etats en matière de répression⁸⁷.

Lors de la deuxième session du Groupe, en janvier 2004, d'autres Etats proposèrent de limiter la notion de privation de liberté en parlant de « détention illégale » ou de « privation de liberté illicite ». La proposition fut toutefois assez fermement rejetée, y compris par le Président qui expliqua que l'illégalité de l'acte provenait de l'accumulation des différents éléments du crime, et non de l'illicéité de la privation de liberté : ainsi une disparition forcée peut très bien trouver son origine dans une détention légale⁸⁸.

Finalement, une solution de compromis fut esquissée par le Royaume-Uni avant d'être reprise par la présidence et intégrée dans le projet de texte présenté lors de la quatrième session du groupe (janvier-février 2005) : elle consiste – selon le principe qui avait été retenu dans la Déclaration – à énumérer différentes formes de privation de liberté, auxquelles on ajoute la formule générique « toute autre forme de privation de liberté » pour indiquer le caractère non exhaustif de l'énumération⁸⁹. C'est la formule qui a été

⁸⁵ La Déclaration parle de « personnes [qui] sont arrêtées, détenues ou enlevées contre leur volonté ou privées de toute autre manière de leur liberté ». L'article II de la Convention IADF dispose que « forced disappearance is considered to be the act of depriving a person or persons of his or their freedom, in whatever way ». Et le projet de convention, dans son article 1^{er}, assimile la « disparition forcée » à « la privation de liberté d'une personne, sous quelque forme ou pour quelque motif que ce soit ».

⁸⁶ V. compte rendu de la session informelle (septembre 2003), 2 septembre 2003 : le Japon, l'Espagne et les Etats-Unis. Haïti craignait de son côté que la formule « privation de liberté sous quelque forme que ce soit » ne puisse être comprise comme recouvrant également les privations de liberté « volontaires » (clôture monastique ?) A cela, Louis Joinet répond que c'est précisément pour éviter ce type d'interprétation que l'on parle de disparitions non seulement involontaires mais aussi « forcées ». V. aussi les propositions du Japon, du Royaume-Uni et des Etats-Unis lors de la deuxième session du groupe, en janvier 2004 : compte rendu, 13 janvier et 19 janvier 2004. De même, lors de la 3^{ème} session (octobre 2004), les interventions du Japon, du Canada le 6 octobre 2004 ; du Canada le 7 octobre et, le même jour, les propositions de la présidence.

⁸⁷ *Id.* L'Uruguay, le Mexique, la Grèce et la Suisse se sont exprimés dans ce sens.

⁸⁸ V. les propositions faites par la Russie et la Ligue des Etats arabes, ainsi que la réponse de la FIDH : compte rendu de la 2^{ème} session (janvier 2004), 13 janvier 2004. Nouvelle proposition du Ghana dans le même sens, le 19 janvier, et réponse du Président.

⁸⁹ V. compte rendu de la 2^{ème} session (janvier 2004), 19 janvier et 20 janvier 2004 et les rapports annuels du

finalement retenue dans le texte définitif : « [a]ux fins de la présente Convention, on entend par « disparition forcée » l'arrestation, la détention, l'enlèvement ou toute autre forme de privation de liberté ».

C. - Incriminations

1. - *Les disparitions forcées comme crime autonome en droit interne (art. 4)*

La première question qui se posait était de savoir si l'instrument devait faire obligation aux Etats parties de créer, dans leur législation nationale, une nouvelle incrimination autonome de disparition forcée. Le projet de convention de la Sous-Commission, de même que la Convention IADF, allaient dans ce sens. Un assez grand nombre d'Etats étaient au départ opposés à cette idée, au motif que leur législation nationale aurait déjà permis de réprimer efficacement les disparitions forcées à l'aide d'infractions « connexes », comme la torture, l'enlèvement ou la séquestration⁹⁰. Un certain nombre d'autres Etats, ainsi que les ONG dans une intervention conjointe, rappelèrent qu'une argumentation semblable avait été défendue lors de l'élaboration de la CAT, ce qui avait abouti à l'adoption d'une rédaction ambiguë sur ce point, puisque l'article 4 § 1 de la Convention dispose simplement que « [t]out Etat partie veille à ce que *tous les actes de torture* constituent des infractions au regard de son droit pénal », ce qui n'équivaut pas à exiger que la « torture » constitue en tant que telle une infraction pénale. Pour autant, le Comité contre la torture avait toujours interprété cette disposition comme obligeant les Etats à modifier leur législation pour y introduire une nouvelle infraction autonome⁹¹. A cela s'ajoutait le fait que le Groupe de travail sur les disparitions forcées de la Commission des droits de l'Homme interprétait l'article 3 de la Déclaration de 1992 comme faisant peser sur les Etats une obligation de qualifier les disparitions forcées comme crime autonome en droit interne⁹².

Ces arguments rallièrent la Présidence⁹³ et une majorité d'Etats au sein du Groupe de travail. Un argument supplémentaire, explicité par la France, était que l'absence d'incrimination autonome rendrait impraticable la mise en œuvre de certaines dispositions de la Convention, en particulier les dispositions relatives à la prescription, en

Groupe E/CN.4/2004/59, §§ 20-21 et E/CN.4/2005/66, §§ 19 et 20.

⁹⁰ La discussion est reflétée dans le rapport E/CN.4/2004/59, §§ 49-52. V. compte rendu de la 1^{ère} session du groupe (janvier 2003), 9 janvier 2003 : Russie, Suisse, Canada, Japon. De même compte rendu de la session informelle (septembre 2003) : Chine, Etats-Unis, Inde, Russie. Certaines délégations proposèrent de reprendre la formulation de l'article 4 § 1 de la CAT : Allemagne, Etats-Unis, Grande-Bretagne, Pays-Bas.

⁹¹ V. également E/CN.4/2004/59, §§ 49-52 et compte rendu du 9 janvier 2003 : Argentine, Costa Rica, France, Uruguay, Mexique, Louis Joinet, une intervention conjointe de la CIJ, Human Rights Watch, la FIDH, l'APT, FEDEFAM et l'AFAD et une intervention séparée d'Amnesty International.

⁹² L'article 3 de la Déclaration de 1992 dispose : « Tout Etat prend des mesures législatives, administratives, judiciaires et autres mesures efficaces pour prévenir et éliminer les actes conduisant à des disparitions forcées sur tout territoire relevant de sa juridiction. » Pour l'interprétation du Groupe, v. son rapport E/CN.4/1996/38, para. 58-68.

⁹³ V. rapport E/CN.4/2004/59, § 52 : « La Présidence a toutefois considéré que la définition du crime de disparition forcée comme infraction autonome était l'un des points essentiels du futur instrument, dont découlent un grand nombre de dispositions contenues par ailleurs dans celui-ci. »

ce qu'elles étaient étroitement articulées au caractère continu du crime de disparition forcée (cf. *infra* sur l'article 8)⁹⁴. Finalement, le Président tint bon, l'article 4 de la Convention exprime clairement l'obligation qui pèse sur les Etats :

« Tout État partie prend les mesures nécessaires pour que la disparition forcée constitue une infraction au regard de son droit pénal. »

La conclusion du texte aurait pu facilement atterrir sur cette disposition. Elle est parmi celle qui ont suscité les oppositions les plus vives, y compris au moment de la seconde lecture et de l'adoption du texte, ce qui peut laisser penser que, si les Etats en question ratifient un jour la Convention, cette disposition fait partie de celles à propos de laquelle ils formuleront une réserve⁹⁵.

2. - La détermination des personnes pénalement responsables (art. 6)

Le Groupe de travail a mis un certain temps à parvenir à une formulation satisfaisante sur ce point, qui permette de refléter à peu près toutes les formes de responsabilité individuelles. La Déclaration ne comportait aucune disposition sur ce sujet. La Convention IADF se bornait à envisager, dans une formule lapidaire, la perpétration directe, la tentative et la complicité⁹⁶. Le projet de convention présentait en revanche une solution plus complète. Son article 2 prévoyait la punition des « auteurs » et « autres participants au crime de disparition forcée » ainsi qu'à un certain nombre d'autres actes, présentés sous la forme d'infractions formelles, mais recouvrant également, pour certains, des formes spécifiques de responsabilité⁹⁷. Par ailleurs, l'article 9 prévoyait la responsabilité du supérieur hiérarchique, mais selon la formule classique intégrée dans le Protocole n° I aux Conventions de Genève et reprise dans les statuts des tribunaux *ad hoc* sur l'ex-Yougoslavie et le Rwanda⁹⁸.

⁹⁴ V. compte rendu de la 3^{ème} session (octobre 2004), 7 octobre 2004.

⁹⁵ V. les déclarations faites lors de la dernière lecture du texte, reflétées dans le rapport E/CN.4/2006/57, §§ 100-103 et dans l'Annexe II « Déclaration générale » : Etats-Unis, Chine, Iran, Inde. Il est intéressant que voir que ces Etats ont formulé leur opposition sous la forme d'une « déclaration interprétative ». Le Président a toutefois, à l'égard de la déclaration des Etats-Unis « considéré qu'il était difficile d'accepter une telle interprétation », ce qui revient à dire que la position américaine, si elle devait s'exprimer lors de la ratification du texte, devrait être qualifiée de réserve. V. aussi la déclaration du Japon devant le Conseil des droits de l'Homme (A/HRC/1/SR.21) et la note verbale des Etats-Unis contenant leurs réserves (A/HRC/1/G/1).

⁹⁶ Art. I, b. Conv. IADF : « The States Parties to this Convention undertake : [...] b. To punish within their jurisdictions, those persons who commit or attempt to commit the crime of forced disappearance of persons and their accomplices and accessories. »

⁹⁷ Art. 2 du projet de convention : « 1. Sont punis les auteurs et les autres participants au crime de disparition forcée visés à l'article premier de la présente Convention, ainsi que les auteurs et les autres participants aux actes ci-après : a) l'instigation, l'aide ou l'incitation à la perpétration du crime de disparition forcée ; b) la conspiration ou la collusion en vue de commettre un crime de disparition forcée ; c) la tentative de commission d'un crime de disparition forcée ; d) la dissimulation d'un crime de disparition forcée. 2. Est également sanctionné le fait de ne pas agir, conformément à ses obligations juridiques, pour empêcher une disparition forcée. »

⁹⁸ Art. 9 § 3 du projet de convention : « Le fait que le crime de disparition forcée ait été commis par un subordonné n'exonère pas ses supérieurs de leur responsabilité pénale s'ils ont omis de faire usage des pouvoirs dont ils étaient investis pour empêcher sa commission ou pour le faire cesser, alors qu'ils possédaient des informations qui leur permettaient de conclure que le crime était en train de se commettre ou pouvait être commis. » Sur la responsabilité du supérieur hiérarchique en général, v. A. CASSESE,

Les propositions initiales du Président sur le sujet révélèrent une certaine confusion entre formes de responsabilité, infractions formelles et motifs d'exonération de la responsabilité⁹⁹. La session de septembre permit de remettre un peu d'ordre dans les concepts et d'aboutir à une proposition plus structurée dans la perspective de la deuxième session du Groupe¹⁰⁰. Mais des réticences nombreuses demeuraient. Les Etats ne parvenaient pas à se mettre d'accord sur les différentes formes de responsabilité et notamment sur les modalités de la complicité¹⁰¹. Les deux infractions formelles énumérées (tentative et entente) suscitaient également des doutes, en particulier l'entente en vue de commettre une disparition forcée – notion inconnue dans de nombreux droits nationaux¹⁰². Enfin, la proposition du Président sur la responsabilité du supérieur hiérarchique était contestée au nom du « compromis » trouvé dans l'article 28 du Statut de Rome. Il faut en effet rappeler que cette dernière disposition distingue deux régimes de responsabilité du supérieur hiérarchique : celui applicable au supérieur militaire, avec des critères souples facilitant l'engagement de la responsabilité, figurant dans le paragraphe a) ; et celui applicable aux « relations entre supérieur hiérarchique et subordonnés non décrites au paragraphe a) » – c'est à dire notamment au supérieur civil – avec des critères plus stricts d'engagement de la responsabilité¹⁰³.

Plusieurs Etats souhaitaient insérer purement et simplement la formulation de l'article 28 dans la Convention¹⁰⁴. D'autres étaient réticents à cette idée, principalement parce qu'ils jugeaient trop laxistes les principes gouvernant la responsabilité du supérieur militaire, estimant qu'ils revenaient à établir une forme de responsabilité automatique ou objective¹⁰⁵.

Une nouvelle proposition du Président, lors de la troisième session du Groupe (octobre 2004) restructurait fondamentalement l'alinéa sur les formes de responsabilité tout en

International Criminal Law, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 203 et suiv.

⁹⁹ V. le *Document de travail proposé par le Président*, en date du 1^{er} décembre 2003, présenté en vue de la session informelle de septembre 2003.

¹⁰⁰ V. le *document de travail* du 1^{er} décembre 2003, article 3 : « Tout Etat partie prend les mesures nécessaires pour punir : a) les auteurs d'une disparition forcée et ceux qui s'en rendent complices, soit en ordonnant, sollicitant ou encourageant la commission ou la tentative d'une telle infraction en apportant leur aide, leur concours ou toute autre forme d'assistance, y compris en fournissant les moyens de cette commission ou de cette tentative, b) la tentative de disparition forcée, c) l'entente en vue de commettre une disparition forcée, d) le supérieur hiérarchique qui : (i) savait ou, en raison des circonstances et des informations dont il disposait, aurait dû savoir qu'un subordonné placé sous son autorité ou son contrôle effectifs était en train de commettre ou sur le point de commettre une disparition forcée, et qui : (ii) n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour empêcher ou faire cesser la disparition forcée, ou pour en réprimer l'exécution ou en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquêtes ou de poursuites. »

¹⁰¹ V. rapport E/CN.4/2004/59, § 53-54.

¹⁰² V. Allemagne, compte rendu de la 3^{ème} session (octobre 2004), 8 octobre 2004. D'une manière plus générale, le même jour, la Russie, appuyée par l'Éthiopie et la Chine proposa reprises qu'une clause de conformité à la loi nationale soit insérée dans la disposition, proposition qui fut rejetée quant à son principe par le Président.

¹⁰³ Sur ce point, v. notamment A. de Andrade, « *Les supérieurs hiérarchiques* », in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet, *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, pp. 201-210 et part. p. 209.

¹⁰⁴ V. rapport E/CN.4/2005/66, § 43.

¹⁰⁵ V. compte rendu de la 3^{ème} session (octobre 2004), 8 octobre 2004 : intervention de l'Inde. Rapport E/CN.4/2004/59, § 56 et rapport E/CN.4/2005/66, § 42 *in fine*.

conservant le contenu et – de manière déconcertante – prenait le contrepied de la proposition précédente sur la responsabilité du supérieur en retenant cette fois une formule tirée du b) de l'article 28 du Statut¹⁰⁶.

Il était nécessaire de trouver le point d'équilibre ! *In fine*, l'article 6 § 1 constitue un compromis satisfaisant¹⁰⁷. Le 1-a) énumère de manière synthétique les principaux modes de participation directe à l'infraction :

- « 1. Tout Etat Partie prend les mesures nécessaires pour tenir pénalement responsables au moins
- a) Toute personne qui commet une disparition forcée, l'ordonne ou la commandite, tente de la commettre, en est complice ou y participe ; »

On évite ainsi le débat sur les formes de complicité, ici décrites de manière générale par l'idée de « complicité » et de « participation », tandis que la complicité pour avoir ordonné ou « commandité » est spécifiquement mentionnée. Au titre des infractions formelles, seule la tentative a été retenue. On perd en revanche la notion d'« entente ».

Les b) et c) constituent une formule de compromis élégante pour régler le problème de la responsabilité pour omission du supérieur hiérarchique. La solution consiste à reprendre les critères de la responsabilité les plus stricts dans le b), en assortissant cette disposition d'un c), établissant une clause de non préjudice en faveur des régimes plus « élevés » applicables à la responsabilité du supérieur militaire, clause qui a notamment pour effet de rendre l'article 6 compatible avec l'article 28 du Statut de Rome¹⁰⁸. Plusieurs Etats ont toutefois tenu à rappeler cette nécessaire compatibilité lors de l'adoption de la Convention¹⁰⁹.

- « 1. Tout Etat partie prend les mesures nécessaires pour tenir pénalement responsable au moins : [...]
- b) Le supérieur qui :

¹⁰⁶ V. rapport E/CN.4/2004/59, § 57 et doc. E/CN.4/2004/WG.22/WP.2 en date du 13 septembre 2004, art. 3 du projet de texte : « Tout Etat partie prend les mesures nécessaires pour poursuivre et punir ceux qui commettent ou concourent à commettre une disparition forcée. 1. Sont punis : a) Les auteurs d'une disparition forcée et ceux qui s'en rendent complices ; b) La tentative de disparition forcée ; c) L'entente en vue de commettre une disparition forcée. 2. Sont également punis : a) Ceux qui ordonnent ou encouragent la commission ou la tentative d'une telle infraction, ceux qui en facilitent la commission ou la tentative en apportant leur aide, leur concours ou toute autre forme d'assistance, y compris en fournissant les moyens de cette commission ou de cette tentative ; b) Le supérieur qui : i) Savait que ses subordonnés commettaient ou allaient commettre une disparition forcée ou a délibérément négligé de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement ; et qui ii) N'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour empêcher ou faire cesser la disparition forcée, ou pour en réprimer l'exécution ou en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquêtes et de poursuites. »

¹⁰⁷ Esquissée lors de la quatrième session (janvier-février 2005) et améliorée pendant la cinquième session (septembre 2005). V. rapport E/CN.4/2006/66, § 43.

¹⁰⁸ Clause issue à l'origine d'une proposition de l'Argentine, de l'Italie, du Chili et du CICR : doc. E/CN.4/2005/WG.22/Divers.6, en date du 10 février 2005.

¹⁰⁹ V. les déclarations de la Nouvelle-Zélande et des Pays-Bas reflétées dans le rapport du Groupe : E/CN.4/2006/57, § 108 et 110. V. aussi déclaration du Canada devant le Conseil des droits de l'Homme (A/HRC/1/SR.21), du Canada, des Philippines et de la Nouvelle-Zélande devant la Troisième Commission de l'Assemblée générale (A/C.3/61/SR.45).

- 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 qui
- 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. »

3. - *L'encadrement des peines (art. 7)*

La Déclaration de 1992, la Convention IADF et le projet de convention prévoient un encadrement des peines tenant en deux points : *l'obligation* pour l'Etat de prévoir dans sa législation nationale l'imposition d'une peine pour le crime de disparition forcée qui soit « appropriée » et qui par ailleurs tienne compte « de son extrême gravité » ; la *possibilité* pour l'Etat de prévoir « des circonstances atténuantes pour ceux qui, ayant pris part à des actes conduisant à des disparitions forcées, auront contribué à ce que les victimes de ces actes soient retrouvées vivantes ou qui auront volontairement donné des informations permettant de connaître le sort qui leur a été réservé »¹¹⁰. A ces deux éléments, le projet de convention en ajoutait un, plus problématique : « La peine de mort ne peut en aucun cas être prononcée ».

La proposition initiale du Président reprenait à peu près les mêmes idées hormis la thématique de la peine de mort et en y ajoutant l'idée de circonstances aggravantes, pouvant être prévues « lorsque le crime est perpétré à l'encontre d'une personne particulièrement vulnérable »¹¹¹. Par ailleurs, la proposition parlait de peines proportionnées à « la gravité » du crime et non à son « extrême gravité » comme les textes précédents, reprenant en cela la formule de l'art. 4 § 2 de la CAT. Sur ce dernier point, le Brésil proposa de réintroduire le terme « extrême » lors de la deuxième session du groupe, en janvier 2004¹¹². Quant aux circonstances aggravantes/atténuantes, quelques Etats préféreraient qu'il n'en soit pas fait mention dans la convention, ou alors avec un renvoi à la législation nationale, de manière à ce que la Convention ne vienne pas contrarier celle-ci¹¹³. Le Mexique proposa à l'opposé que la liste des « personnes

¹¹⁰ On reprend ici les termes de la Déclaration. Les dispositions en question sont les suivantes. Déclaration de 1992, art. 4 ; Conv. IADF, art. III ; projet de convention, art. 5. La première idée était déjà présente dans l'article 4 § 2 de la CAT : « Tout Etat partie rend ces infractions passibles des peines appropriées qui prennent en considération leur gravité ». Les textes sur la disparition forcée ajoutent le terme « extrême » pour qualifier la gravité.

¹¹¹ V. le Document de travail proposé par le Président en vue de la session informelle (septembre 2003) puis le Document de travail en date du 1^{er} décembre 2003.

¹¹² V. compte rendu de la 2^{ème} session (janvier 2004), 13 janvier 2004. Proposition retenue, en dépit de l'opposition du Japon.

¹¹³ V. compte rendu de la 2^{ème} session, 13 janvier 2004 : Canada, Etats-Unis et de manière plus souple,

vulnérables » soit précisée, en mentionnant explicitement les enfants et les femmes enceintes¹¹⁴. Quelques jours après cette discussion, le Président fit une proposition de texte qui reprenait notamment les propositions du Brésil et du Mexique¹¹⁵ et qui fut par la suite brièvement discutée lors de la 3^{ème} session du Groupe, en octobre 2004. En fait, le Président coupa pratiquement court à tout débat, en considérant son projet d'article 4 comme « négocié à fond »¹¹⁶. Mais il proposa lui-même deux modifications renforçant encore l'article, la première consistant à rajouter le terme « le crime de » avant « disparition forcée » dans le premier paragraphe et la seconde pour insérer les termes « Sans préjudice d'autres procédures pénales » au début de l'alinéa b) du paragraphe 2, c'est à dire avant l'énumération des circonstances aggravantes¹¹⁷. Ainsi, il est précisé que les circonstances aggravantes retenues au moment de la fixation de la peine associées à la reconnaissance de la culpabilité pour crime de disparition forcée n'excluent pas l'engagement d'autres procédures pénales, par exemple pour « meurtre » en cas de décès de la personne.

Lors de la dernière session du Groupe, en septembre 2007, il fut simplement décidé d'ajouter les personnes handicapées à la liste des « personnes vulnérables » du paragraphe 2 b). Le Canada déclara que, pour sa part, il interprétait cette disposition de telle sorte que les circonstances atténuantes ne puisse jamais conduire à une amnistie de fait ou permettre l'impunité¹¹⁸. *In fine*, l'article 7 du texte définitif est donc très satisfaisant. On peut toutefois noter une lacune par rapport au texte proposé par la Sous-Commission dans son projet de 1998 : l'interdiction de la peine de mort. Cette question a été abordée au début de la négociation. Dès le début, les positions ont été très tranchées, comme on pouvait s'y attendre¹¹⁹. Ces positions reproduisaient le débat qui se déroulait alors chaque année devant la Commission des droits de l'Homme, au sujet de la résolution européenne relative à l'abolition de la peine de mort, toujours adoptée aux termes d'un vote¹²⁰. Pour cette raison, le Président – bientôt suivi par l'ensemble des

Belgique.

¹¹⁴ V. compte rendu de la 2^{ème} session, 13 janvier 2004 et rapport E/CN.4/2004/59, § 60.

¹¹⁵ V. compte rendu de la 2^{ème} session, 20 janvier 2004 et rapport E/CN.4/2004/59, § 61. Le projet d'article 4 qui en résulte est contenu dans le Document de travail en date du 13 septembre 2004, préparé en vue de la 3^{ème} session du Groupe de travail : E/CN.4/2004/WG.22/WP.2. : « 1. Tout Etat partie rend la disparition forcée passible de peines appropriées qui prennent en compte son extrême gravité. 2. Tout Etat partie peut prévoir : a) Des circonstances atténuantes, notamment en faveur de ceux qui, impliqués dans la commission d'une disparition forcée, auront contribué efficacement à la récupération en vie de la personne disparue ou auront permis d'élucider des cas de disparitions forcées ou d'identifier les auteurs d'une disparition forcée. b) Des circonstances aggravantes, notamment en cas de décès de la victime ou envers ceux qui se sont rendus coupables d'une disparition forcée à l'encontre de femmes enceintes, de mineurs ou d'autres personnes particulièrement vulnérables. »

¹¹⁶ V. compte rendu de la 3^{ème} session (octobre 2004), 8 octobre 2004.

¹¹⁷ V. rapport E/CN.4/2005/66, § 45 et, pour le texte tel que modifié, v. par ex. l'article 7 contenu dans la proposition de la Présidence en date du 18 février 2002, doc. E/CN.4/2005/WG.22/MISC.15.Rev.2.

¹¹⁸ V. rapport E/CN.4/2006/57, §§ 111-112. V. aussi les déclarations du Canada et de l'Equateur devant le Conseil des droits de l'Homme (A/HRC/1/SR.21) et la déclaration du Canada devant la Troisième Commission de l'Assemblée générale (A/C.3/61/SR.45).

¹¹⁹ V. compte rendu de la 1^{ère} session (janvier 2003), 13 janvier 2003, l'intervention conjointe d'Amnesty International, la FIDH et Human Rights Watch et la réponse de l'Algérie.

¹²⁰ V. E. Decaux, « La peine de mort, nouvel enjeu des relations internationales », *Annuaire Français des Relations Internationales*, vol. III, 2002, pp. 196-214.

délégations – a jugé que cette question ne devait pas être traitée dans l'instrument, car elle concernait un débat qui avait lieu dans une autre enceinte¹²¹.

« 1. Tout État partie rend le crime de disparition forcée passible de peines appropriées qui prennent en compte son extrême gravité.

2. Tout État partie peut prévoir :

- a) Des circonstances atténuantes, notamment en faveur de ceux qui, impliqués dans la commission d'une disparition forcée, auront contribué efficacement à la récupération en vie de la personne disparue ou auront permis d'élucider des cas de disparitions forcées ou d'identifier les auteurs d'une disparition forcée ;
- b) Sans préjudice d'autres procédures pénales, des circonstances aggravantes, notamment en cas de décès de la personne disparue ou envers ceux qui se sont rendus coupables d'une disparition forcée à l'encontre de femmes enceintes, de mineurs, de personnes handicapées ou d'autres personnes particulièrement vulnérables. »

D. - Protection contre l'impunité

L'absence de toute poursuite et de toute punition des criminels est très souvent associée à la pratique des disparitions forcées, comme à d'autres formes de violations graves des droits de l'Homme. Ces violations sont commises dans des périodes d'extrême tension, de troubles internes, voire de conflit armé. Elles constituent l'instrument d'une terreur organisée, pensée, calculée et dirigée contre la population civile, soupçonnée d'être étroitement mêlée aux forces de la subversion. Aussi les auteurs de disparitions forcées ne sont-ils pas punis, mais bien souvent honorés. Et lorsque le régime politique change ou que les tensions s'apaisent, il n'est pas rare que le nouveau gouvernement cherche une issue favorable à la transition à travers des mesures de pardon, comme la grâce ou l'amnistie. Or l'impunité des auteurs de violations graves des droits de l'Homme non seulement viole le droit à la justice des victimes, mais favorise également la perpétuation des violations en encourageant les criminels à récidiver. Ces mécanismes de l'impunité ont été analysés en détail dans les rapports de Louis Joinet, en tant que rapporteur spécial de la Sous-Commission des droits de l'Homme sur la lutte contre l'impunité¹²². La future convention sur les disparitions forcées se devait de tirer les conclusions de ces analyses en intégrant un certain nombre de règles pour faire en sorte ce que la nouvelle incrimination de disparition forcée ne puisse pas être rendue inefficace et inefficace du fait de mesures nationales accordant l'impunité. Sur ce point, les négociations s'achèvent sur un bilan nuancé. Plusieurs règles sont effectivement consacrées, mais d'autres ont été

¹²¹ V. compte rendu de la 3^{ème} session (octobre 2004), 8 octobre 2004, la question de l'Arabie saoudite et la réponse du Président qui estime que le débat sur l'inclusion de la peine de mort dans l'instrument est clôt.

¹²² V. not. le *rapport intérimaire sur la question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme, établi par MM. Guissé et Joinet* : E/CN.4/Sub.2/1993/6, et le *rapport final révisé établi par M. Louis Joinet* : question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (civils et politiques), E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1. V. aussi le *rapport de l'experte indépendante chargée de mettre à jour l'Ensemble de principes pour la lutte contre l'impunité, Diane Orentlicher*, E/CN.4/2005/102/Add.1.

laissées de côté par le Groupe de travail. Sont donc successivement abordés par la Convention : l'excuse de l'ordre reçu (1), la question de la prescription (2) et le respect du droit à un procès équitable lors du jugement des auteurs de disparitions forcées (3). Cette dernière thématique s'est toutefois imposée en lieu et place de celle – plus difficile – du jugement par les tribunaux militaires. Ont en revanche été laissés de côté la question – pourtant centrale – de l'amnistie (4), le problème des immunités (5) et la pratique de l'octroi de l'asile aux auteurs de disparitions forcées (6).

I. - L'excuse de l'ordre reçu (art. 6 § 2)

Le principe selon lequel l'ordre reçu par un supérieur de commettre un crime grave n'est pas un motif d'exonération de la responsabilité pénale est bien établi en droit international¹²³, même si le Statut de Rome y apporte une inflexion pour les crimes de guerre¹²⁴. La CAT le reprenait dans son article 2 § 3¹²⁵. La proposition initiale du Président reproduisait le libellé de cette dernière disposition en substituant « une disparition forcée » à « la torture »¹²⁶. Mais cette formulation était moins large que celle qui avait été retenue dans l'article 6 § 1 de la Déclaration de 1992¹²⁷. La première phrase de cette disposition a été réintroduite dans les propositions du Président lors de la quatrième session formelle (janvier-février 2005)¹²⁸.

C'est cette version qui figure aujourd'hui dans le texte, comme paragraphe 2 de l'article 6 (dont le premier concerne la responsabilité par omission du supérieur hiérarchique) :

« 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 formulation aborde le problème de l'ordre reçu sous l'angle du droit de la responsabilité et des circonstances exonératoires. Mais la deuxième phrase de l'article 6 § 1 de la Déclaration apportait un complément important, en posant une norme primaire positive régissant le comportement des éventuels exécutants : « Toute personne recevant un tel ordre ou une telle instruction a le droit et le devoir de ne pas s'y conformer ».

Cette dernière dimension a été réintégrée dans la Convention, mais au titre de la prévention, dans l'article 23 consacré à la formation du personnel civil ou militaire chargé de l'application des lois (cf. *infra*).

¹²³ On le trouve formulé notamment dans l'article 8 du Statut du Tribunal international de Nuremberg : « Le 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. » V. aussi art. 7 § 4 du Statut du TPIY et 6 § 4 du Statut du TPIR.

¹²⁴ V. l'article 33 du Statut.

¹²⁵ Article 2 § 3 CAT : « L'ordre d'un supérieur ou d'une autorité publique ne peut être invoqué pour justifier la torture. »

¹²⁶ V. le projet d'article 6 contenu dans le document de travail en date du 1^{er} décembre 2003, préparé en vue de la 2^{ème} session du Groupe (janvier 2004).

¹²⁷ « Aucun ordre ou instruction émanant d'une autorité publique, civile, militaire ou autre ne peut être invoqué pour justifier une disparition forcée. Toute personne recevant un tel ordre ou une telle instruction a le droit et le devoir de ne pas s'y conformer. »

¹²⁸ V. les propositions en date du 6 février 2005 : doc. E/CN.4/2005/WG.22/MISC.15

Le seul Etat à s'être opposé à la consécration de cette norme sont les Etats-Unis, qui ont estimé que « l'impossibilité d'invoquer des ordres supérieurs [...] pourrait injustement exposer des militaires et des membres des forces de l'ordre non prévenus à d'éventuelles poursuites pour des actes dont ils ne savaient pas ou ne pouvaient pas savoir qu'ils étaient interdits. »¹²⁹ Dès lors, les Etats-Unis ont déclaré interpréter l'article 6 § 2 « comme n'entraînant pas la responsabilité pénale de celui ou celle qui n'était pas conscient de participer à la commission d'une disparition forcée. »¹³⁰

2. - La prescription (art. 8)

Le problème de la prescription ne se posait pas pour les disparitions forcées pouvant être qualifiées de crimes contre l'humanité : car l'imprescriptibilité de ce type de crime est aujourd'hui bien établie en droit coutumier¹³¹, ce que nul ne contestait¹³². Il s'agissait plus généralement, sur ce point, de savoir si une référence à la notion de crime contre l'humanité serait ou non insérée dans l'instrument¹³³. Le problème ne se posait pas non plus pour les Etats qui n'appliquent pas de prescription pour les crimes graves, comme c'est le cas pour le meurtre dans un grand nombre d'Etats des Etats-Unis.

Une fois ces hypothèses écartées, il fallait éviter l'effet pervers de la prescription qui, dans un certain sens, incite à la commission d'une disparition forcée, puisque l'auteur d'une privation de liberté illicite suivie d'une exécution sommaire a tout intérêt à ce que personne ne retrouve le corps, et cela jusqu'à ce que le délai de prescription se soit écoulé.

Dans cette perspective, il était important de tirer toutes les conséquences du caractère *continu* du crime de disparition forcée.

La notion de fait à caractère continu a été codifiée par la Commission du droit international dans ses *articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*, endossés par l'Assemblée générale dans sa résolution 56/83. L'article 14 de ce texte est intitulé : « Extension dans le temps de la violation d'une obligation internationale ». Son paragraphe 2 stipule :

« La violation d'une obligation internationale par le fait de l'Etat ayant un caractère continu s'étend sur toute la période durant laquelle le fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale. »

¹²⁹ V. déclaration des Etats-Unis retranscrite dans l'Annexe II du rapport E/CN.4/2006/57, p. 48.

¹³⁰ E/CN.4/2006/57, § 109.

¹³¹ V. notamment P. Poncela, « L'imprescriptibilité », in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet, *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, pp. 887-895 et A. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, Chap. 172, pp. 316-319.

¹³² V. rapport E/CN.4/2003/71, § 43 : « L'imprescriptibilité des disparitions forcées qui constituent des crimes contre l'humanité a été soulignée. »

¹³³ V. *supra* I. – B. - 3.

Le principe est donc bien établi en droit international aujourd'hui, ainsi que ses conséquences juridiques, notamment en terme de compétence *ratione temporis* des juridictions internationales¹³⁴.

Dans l'affaire *Blake*, la Cour interaméricaine s'est ainsi reconnue compétente pour connaître des conséquences et des faits liés à une disparition forcée ayant débutée en 1985, alors même que l'Etat défendeur, le Guatemala, n'avait accepté la compétence contentieuse de la Cour qu'en 1987, « avec la réserve que les seuls cas soumis à cette compétence soient exclusivement ceux survenus postérieurement à la date de dépôt ». La Cour a jugé que la réserve l'empêchait de connaître des questions d'imputabilité de la disparition au gouvernement, au moment où elle avait eu lieu – c'est à dire en 1985 – mais qu'en raison du caractère continu du crime, elle était autorisée à connaître des « effets » continus de la disparition forcée (et des faits survenus en lien avec la disparition forcée) après la date de ratification¹³⁵.

L'article 17 de la Déclaration de 1992 est tout entier consacré à cette question. Le paragraphe premier rappelle le caractère continu du crime de disparition forcée¹³⁶. Le paragraphe 2 pose le principe selon lequel la prescription relative aux actes de disparitions forcées doit être suspendue aussi longtemps qu'il n'existe pas de recours effectif disponible, au sens de l'article 2 du Pacte international sur les droits civils et politiques. Enfin, le paragraphe 3 prévoit que « [s]'il y a prescription des actes conduisant à des disparitions forcées, le délai de prescription doit être de longue durée et en rapport avec l'extrême gravité du crime. »

La Convention interaméricaine reprend la première idée (crime continu), mais pas la deuxième (suspension du délai de prescription). Elle fait par ailleurs – plus explicitement que la Déclaration – de l'imprescriptibilité du crime de disparition forcée la règle, et de la prescription de longue durée l'exception¹³⁷. L'article 16 du projet de convention va encore plus loin dans cette logique, en imposant l'imprescriptibilité pour la disparition forcée, le régime de prescription ne pouvant s'appliquer qu'aux modalités de participation à l'infraction autres que celle de la commission directe (c'est à dire l'incitation, la complicité, la tentative...) Encore ce régime est-il grevé de conditions inspirées de l'article 17 de la Déclaration (délai le plus long prévu dans la législation nationale, le délai ne commence à courir qu'à partir du moment « où le sort de la personne disparue ou

¹³⁴ V. les commentaires de la C.D.I. sur l'article 14 in Rapport de la Commission du droit international, 53^{ème} session (2001), A/56/10, pp. 146 et suiv. et not. §§ 9-11.

¹³⁵ Cour I.A.D.H., *Blake case, preliminary objections*, judgement of July 2, 1996, §§ 29-40.

¹³⁶ Art. 17 § 1 : « Tout acte conduisant à une disparition forcée continue d'être considéré comme un crime aussi longtemps que ses auteurs dissimulent le sort réservé à la personne disparue et le lieu où elle se trouve et que les faits n'ont pas été élucidés. »

¹³⁷ Article III de la Convention : « ... This offence shall be deemed continuous or permanent as long as the fate or whereabouts of the victim has not been determined. » Article VII : « 1. Criminal prosecution for the forced disappearance of persons and the penalty judicially imposed on its perpetrator shall not be subject to statutes of limitations. 2. However, if there should be a norm of a fundamental character preventing application of the stipulation contained in the previous paragraph, the period of limitation shall be equal to that which applies to the gravest crime in the domestic laws of the corresponding State party. »

le lieu où elle se trouve est établi avec certitude »¹³⁸ ; la prescription est suspendue « aussi longtemps que l'efficacité des recours n'aura pas été rétablie »).

Au sein du Groupe de travail, la discussion s'engagea d'emblée sur un texte moins radical. L'imprescriptibilité du crime contre l'humanité n'y était pas mentionnée¹³⁹. Pour concilier les Etats qui estimaient cette mention nécessaire¹⁴⁰ et les Etats qui y étaient hostiles, le Président proposa un compromis sous la forme d'une clause de « non préjudice » renvoyant à l'article 5¹⁴¹. Celui-ci dispose, rappelons-le, que « [l]a pratique généralisée ou systématique de la disparition forcée constitue un crime contre l'humanité tel que défini dans le droit international applicable *et entraîne les conséquences prévues par le droit international applicable* » (nous soulignons). La clause de non-préjudice de l'article 8 signifie par conséquent que pour ce qui concerne les disparitions forcées comme crime contre l'humanité, les « conséquences prévues par le droit international applicable »... s'appliquent, comme convenu à l'article 5¹⁴² !

Sur la durée de la prescription, la première proposition du Président reprenait la formule du projet de convention : le délai « le plus long prévu dans la législation nationale »¹⁴³. Mais pour plusieurs Etats cette formule était trop rigide. Ils lui préféraient l'idée de « proportionnalité » par rapport à la gravité du crime¹⁴⁴. Lors de la 2^{ème} session (janvier 2004), la Suisse proposa que le délai « soit long et proportionné à la gravité du crime commis »¹⁴⁵. L'idée fut reprise et légèrement modifiée par la Présidence dans sa proposition du 20 janvier 2004, avec un délai « de longue durée et proportionnée à l'extrême gravité de cette infraction », formule rappelant l'article 17 § 3 de la Déclaration. Bien que critiquée par quelques Etats¹⁴⁶, c'est cette formule que l'on retrouvera dans le texte définitif.

Sur la question de la suspension de l'écoulement du délai de prescription en l'absence de recours effectif, plusieurs Etats manifestèrent leur opposition déterminée à cette idée, en particulier l'Angola, la Chine et le Japon¹⁴⁷. Le consensus devait passer par un compromis dont la Suisse esquissa la forme : il s'agissait d'évoquer le droit à un recours

¹³⁸ Comme dans la Conv. IADF, le caractère continu du crime est également mentionné dans la disposition relative à l'incrimination, à savoir ici l'art. 5 : « ... Ce crime est considéré comme continu ou permanent tant que le sort de la victime ou le lieu où elle se trouve n'a pas été établi avec certitude. »

¹³⁹ V. le Document de travail proposé par le Président en vue de la session informelle de septembre 2003 et le projet d'article 5 contenu dans le Document de travail en date du 1^{er} décembre 2003, ayant servi de base aux discussions de la 2^{ème} session (janvier 2004).

¹⁴⁰ V. compte rendu de la 2^{ème} session du Groupe (janvier 2003), 14 janvier : Chili.

¹⁴¹ L'article 8 commence ainsi : « Sans préjudice de l'article 5, 1. Tout Etat partie qui applique un régime de prescription [...] »

¹⁴² V. rapport E/CN.4/2005/66, § 50.

¹⁴³ V. Document de travail proposé par le Président dans la perspective de la session informelle de septembre 2003 et Document de travail en date du 1^{er} décembre 2003, ayant servi de base aux discussions de la 2^{ème} session.

¹⁴⁴ V. compte rendu de la session informelle (septembre 2003), 3 septembre 2003 : Allemagne, Grande-Bretagne, Etats-Unis, Chine. De même compte rendu de la 2^{ème} session (janvier 2004), 20 janvier 2004 : Egypte. Et rapport E/CN.4/2004/59, § 64.

¹⁴⁵ Proposition en date du 14 janvier 2004. V. compte rendu du 15 janvier 2004.

¹⁴⁶ V. notamment Egypte dans le compte rendu de la discussion du 20 janvier 2004 et le Mexique lors de la 3^{ème} session (octobre 2004), 8 octobre 2004.

¹⁴⁷ V. compte rendu de la 3^{ème} session (octobre 2004), 8 octobre 2004.

effectif de manière positive¹⁴⁸. Plutôt que de s'appuyer sur l'absence potentielle de recours effectif, insister sur l'obligation pour l'Etat de garantir un recours effectif. Le paragraphe 2 de l'actuel article 8 se lit en conséquence de la manière suivante :

« Tout Etat partie garantit le droit des victimes de disparition forcée à un recours effectif pendant le délai de prescription. »

On peut douter que cela revienne exactement au même que le paragraphe 2 de l'article 17 : l'idée de suspension n'est qu'implicite, là où elle était explicite. Elle n'est qu'impliquée par le libellé de l'article pris dans son contexte : on peut en effet comprendre *a contrario* comme signifiant que si l'Etat ne respecte pas son obligation de garantir un recours effectif, *alors* la prescription ne peut pas être opposée aux victimes. Reste que l'avantage d'une telle formulation consiste en la reconnaissance solennelle du droit à un recours effectif des victimes.

Restait le problème du caractère continu de la disparition forcée et, en conséquence, de la définition du point de départ du délai de prescription. La Déclaration posait une double condition : cessation de la dissimulation du sort réservé à la personne et du lieu où elle se trouve *et* faits « élucidés », ce dernier terme étant emprunté à la terminologie utilisée par le Groupe de travail de la Commission des droits de l'Homme sur les disparitions forcées. Le projet de convention allait dans la même direction, mais en posant une alternative, le point de départ de la prescription étant fixé « à compter du moment où le sort de la personne disparue *ou* le lieu où elle se trouve est *établi avec certitude*. » (Nous soulignons).

La première proposition du Président s'inspirait du projet de convention, tout en simplifiant la formule : « Tout Etat partie prend les mesures nécessaires pour qu'à l'égard de la disparition forcée, le délai de prescription de l'action pénale : [...] b) commence à courir à compter du jour où le sort de la personne disparue est connu avec certitude. »¹⁴⁹ Mais certains Etats, comme la Suisse, la Chine, la Norvège, la Suède, la Grande-Bretagne, l'Inde, le Japon ou les Etats-Unis, trouvaient ces formules trop contraignantes au regard de leur droit interne¹⁵⁰. Parmi ces Etats, certains proposaient de substituer la notion beaucoup plus vague de « cessation » du crime, effectivement ouverte à toutes les interprétations possibles¹⁵¹. Le risque était de voir certains Etats considérer que la disparition forcée « cessait », par exemple, au moment de la date estimée de la mort de la

¹⁴⁸ *Id.* et rapport E/CN.4/2005/66, § 49.

¹⁴⁹ V. Document de travail en date du 1^{er} décembre 2003, art. 5.

¹⁵⁰ V. notamment le compte rendu de la session informelle de septembre 2003, 3 septembre 2003.

¹⁵¹ V. à cet égard la proposition de la Suisse, en date du 14 janvier 2004, à laquelle se sont ralliés l'Egypte, l'Autriche, les Etats-Unis et le Royaume-Uni : « Tout Etat partie prend les mesures nécessaires pour qu'à l'égard de la disparition forcée, le délai de prescription de l'action pénale : [...] b) Commence à courir à compter du jour [où] le crime de disparition forcée cesse. » (doc. E/CN.4/2004/WG.22/Misc.4). V. aussi le compte rendu de la 2^{ème} session, 14, 15 et 20 janvier 2004. L'Allemagne avait au début de la négociation une position encore plus radicale, puisqu'elle proposait que le délai de prescription commence à courir au moment de la perpétration des faits ! S'opposant par ailleurs à la création d'une incrimination autonome, elle considérait que la question serait de toute façon réglée par les différents droits internes, par renvoi aux différents délais de prescriptions associés aux crimes constituant la disparition forcée. V. compte rendu de la 1^{ère} session (janvier 2003), 10 janvier 2003.

personne disparue, ce qui ferait rétroactivement démarrer le délai de prescription à cette date, au risque qu'il soit écoulé au moment de la découverte du corps¹⁵².

Après plusieurs tentatives infructueuses de la Présidence et de quelques Etats¹⁵³, la formule de compromis qui figure dans l'actuel article 8 § 1 consiste à conserver la notion unique de « cessation », mais en précisant qu'elle doit être interprétée à la lumière du caractère spécifique de la disparition forcée *en tant que crime continu*¹⁵⁴. Ceci exclut par avance toute tentative de contourner les effets juridiques attachés à ce caractère continu de l'infraction :

« Sans préjudice de l'article 5,

1. Tout État partie qui, à l'égard de la disparition forcée, applique un régime de prescription, prend les mesures nécessaires pour que le délai de prescription de l'action pénale : [...]

b) Commence à courir lorsque le crime de disparition forcée cesse, compte tenu de son caractère continu. »

Lors de l'adoption de l'article, les Etats-Unis déclarèrent « ne pas pouvoir soutenir la disposition [...] étant donné, entre autres, leur système fédéral ». Quant au Canada, il rappela que cette disposition ne devait pas « être utilisée pour permettre l'impunité » et souligna que la prescription ne devait pas être autorisée pour les disparitions forcées constitutives de crime contre l'humanité. Enfin, Cuba déclara que l'instrument aurait dû consacrer l'imprescriptibilité des disparitions forcées et prévoir la responsabilité de l'Etat pour avoir « favorisé, ouvertement ou pas, la perpétration de disparitions forcées dans d'autres Etats¹⁵⁵ ».

¹⁵² V. le débat autour de la proposition suisse du 14 janvier 2004 : compte rendu de la 2^{ème} session, 15 puis 20 janvier 2004. La Belgique, notamment, souligna que la proposition suisse ne faisait qu'« énoncer une évidence » - à savoir que la prescription commence au moment où le crime cesse - sans pour autant dire à partir de quel moment le crime cesse. FEDEFAM rappela également qu'après vingt ans passées à rechercher leurs proches, les familles de disparus ne savaient toujours pas à quel moment le crime avait cessé. L'Algérie proposa que le délai de prescription commence à courir « à compter du jour où le sort de la personne disparue est établi », formule retenue par le Président à titre provisoire.

¹⁵³ V. la proposition du Président, en date du 20 janvier 2004 (E/CN.4/2004/WG.22/Misc.38) : « Tout Etat partie qui, à l'égard de la disparition forcée, applique un régime de prescription, prend les mesures nécessaires pour que le délai de prescription de l'action pénale : [...] b) ne commence pas à courir tant que les auteurs de la disparition forcée dissimulent le sort réservé à la personne disparue et le lieu où elle se trouve, et que les faits n'ont pas été élucidés. » (les italiques correspondent aux changements proposés) ; et la proposition d'article 5 modifié du Président contenue dans le document de travail en date du 13 septembre 2004, soumis en vue de la 3^{ème} session du Groupe (octobre 2004) (doc. E/CN.4/2004/WG.22/WP.2), qui représente une tentative de concilier les propositions suisse et algérienne : « b) Commence à courir lorsque le crime de disparition forcée cesse et que le sort de la personne disparue est établi. » V. la discussion sur cette proposition, dans le compte rendu de la 3^{ème} session (octobre 2004), 8 octobre 2004. Et rapport E/CN.4/2004/59, § 67. V. aussi la proposition intéressante de la France, doc. E/CN.4/2005/WG.22/MISC.8, en date du 1^{er} février 2005 : « b) Commence à courir lorsque le crime de disparition forcée cesse *dans tous ses éléments.* »

¹⁵⁴ V. rapport E/CN.4/2005/66, §§ 47-48.

¹⁵⁵ Rapport E/CN.4/2006/57, §§ 114-116. V. aussi les déclarations du Canada devant le Conseil des droits de l'Homme (A/HRC/1/SR.21) et la Troisième Commission de l'Assemblée générale (A/C.3/61/SR.45).

3. - Les règles applicables au jugement des auteurs de disparitions forcées (art. 11 § 3)

L'article 16 § 2 de la Déclaration de 1992 stipulait que les auteurs présumés d'un acte de disparition forcée « ne peuvent être jugés que par les juridictions de droit commun compétentes, dans chaque Etat, à l'exclusion de toute autre juridiction spéciale, notamment militaire. » Le principe était également repris dans l'article IX de la Convention interaméricaine sur les disparitions forcées et dans l'article 10 § 1 du projet de convention de la Sous-Commission.

Ce faisant, ces textes tiraient toutes les conséquences de la jurisprudence des organes internationaux de protection des droits de l'Homme relative aux exigences du droit à un procès équitable et du droit à un recours effectif. Dans de nombreux cas concrets, ces organes avaient en effet pu constater que le jugement par les tribunaux militaires était utilisé pour imposer l'impunité des auteurs de violations graves des droits de l'Homme¹⁵⁶. Le projet d'Ensemble des principes actualisé pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité prend d'ailleurs acte de cette réalité dans son principe 29 « Restrictions à la compétence des tribunaux militaires »¹⁵⁷.

A partir de 2000, un processus normatif a été engagé au sein de la Sous-Commission des Nations Unies, en vue d'encadrer l'usage par les Etats des tribunaux militaires. En 2005, le Rapporteur de l'étude, le professeur Emmanuel Decaux, a présenté à la Sous-Commission un *Projet de principes sur l'administration de la justice par les tribunaux militaires*. Le principe 9 est intitulé « Jugement des auteurs de violations graves des droits de l'homme » et dispose :

« En 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 extrajudiciaire, les disparitions forcées, la torture et poursuivre et juger les auteurs de ces crimes. »¹⁵⁸

Dès le début de l'exercice – et comme sur la question de l'amnistie – la présidence n'a pas semblé convaincue par la nécessité d'aborder cette question de front dans le futur instrument. Et force est de constater qu'elle n'a pas été d'une grande aide par la suite, cédant vite aux instances des Etats opposés à la condamnation des tribunaux militaires pour juger des auteurs de disparitions forcées (Inde, Pakistan, Etats-Unis, Suisse...)¹⁵⁹. Dans la première proposition de la présidence, en septembre 2003, il n'est question que du respect par le tribunal – quelle que soit la nature de celui-ci – des principes du droit à

¹⁵⁶ V. les nombreux exemples cités par F. Andreu-Guzman, *Military Jurisdiction and International Law. Military Courts and Gross Human Rights Violations (vol. 1)*, Genève, C.I.J., 2004.

¹⁵⁷ Principe 29 : « La compétence des tribunaux militaires doit être limitée aux seules infractions spécifiquement militaires commises par des militaires, à l'exclusion des violations des droits de l'homme qui relèvent de la compétence des juridictions ordinaires internes ou, le cas échéant, s'agissant de crimes graves selon le droit international, d'une juridiction pénale internationale ou internationalisée. ». V. E/CN.4/2005/102/Add.1.

¹⁵⁸ V. E. Decaux, *Question de l'administration de la justice par les tribunaux militaires*, E/CN.4/2006/58.

¹⁵⁹ V. compte rendu de la 1^{ère} session (janvier 2003), 13 janvier 2003 et rapport E/CN.4/2003/71, § 47.

un procès équitable¹⁶⁰. Cette formule « souple » est jugée favorablement par les Etats-Unis, l'Inde et la Chine¹⁶¹. Par la suite, un relèvement du standard sera tenté, comme en témoigne une proposition contenue dans le document de travail en date du 1^{er} décembre 2003, qui évoque le jugement par « une juridiction de droit commun »¹⁶². Mais l'idée de départ est rétablie dans le document réunissant les « propositions de la présidence » pour la session de janvier 2004¹⁶³ – et elle sera maintenue par la suite, malgré les protestations continues des ONG et d'un certain nombre d'Etats, notamment latino-américains¹⁶⁴. La version finale qui figure au paragraphe 3 de l'article 11 contient quelques améliorations par rapport au texte de base¹⁶⁵, mais il n'en demeure pas moins qu'il se borne, finalement, à garantir à l'auteur présumé d'une disparition le droit à un procès équitable, au lieu d'interdire une forme de jugement susceptible de lui assurer l'impunité :

« 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 bénéficiera d'un procès équitable devant une cour ou un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi. »

4. - *La question de l'amnistie*

L'article 18 de la Déclaration de 1992 dispose :

« 1. Les auteurs et les auteurs présumés d'actes visés au paragraphe 1 de l'article 4 ci-dessus [tout acte conduisant à une disparition forcée] ne peuvent

¹⁶⁰ « Idée » contenue dans le Document de travail du Président préparé en vue des consultations informelles.

¹⁶¹ V. compte rendu de la session informelle (septembre 2003), 3 septembre 2003.

¹⁶² Projet d'art. 11 § 3 : « Toute personne soupçonnée d'avoir commis une disparition forcée est jugée par une juridiction de droit commun qui offre des garanties de compétence, d'indépendance et d'impartialité et qui respecte les garanties du procès équitable ».

¹⁶³ La « compilation » établie par la présidence en date du 14 mai 2004 fait état de la proposition suivante, à l'article 10 § 3 : « Toute personne poursuivie pour une disparition forcée est jugée par une juridiction indépendante et impartiale, établie par la loi, et qui respecte les garanties du procès équitable ».

¹⁶⁴ V. compte rendu du 3 septembre 2003 : intervention de la CIJ, au nom également d'Amnesty International, de la FIDH et de Human Rights Watch ; compte rendu de la 2^{ème} session (janvier 2004), 15 janvier 2004, discussion à propos du projet d'article 11 ; compte rendu de la 3^{ème} session (octobre 2004), 8 octobre 2004, art. 11 : à l'Argentine, qui propose de revenir à la prohibition des juridictions militaires, le Président répond qu'une telle proposition remet en cause le consensus. V. aussi les rapports du Groupe E/CN.4/2004/59, §§ 91-93 et E/CN.4/2005/66, §§ 58-60.

¹⁶⁵ Le document de travail distribué lors de la 3^{ème} session (octobre 2004) contient deux paragraphes, intégrés dans le projet d'article 11 : un paragraphe 3 modifié qui stipule que « [t]oute personne poursuivie pour une disparition forcée est jugée par une juridiction compétente, indépendante et impartiale, établie par la loi, et qui respecte les garanties du procès équitable. » ; et un paragraphe 4 nouveau : « Toute personne poursuivie pour une disparition forcée bénéficie de la garantie d'un traitement équitable à tous les stades de la procédure. » Puis une nouvelle proposition est faite dans la perspective de la 4^{ème} session (janvier-février 2005), qui fusionne les deux paragraphes (proposition reproduite dans le rapport E/CN.4/2005/66, § 57) : « Toute personne poursuivie pour une infraction de disparition forcée bénéficie de la garantie d'un traitement équitable à tous les stades de la procédure. En cas de procès, les crimes de disparition forcée sont portés devant une juridiction compétente, indépendante et impartiale, établie par la loi. » Pendant la session, l'Italie proposa de réintroduire l'idée du bénéfice d'un « procès équitable » dans la deuxième phrase : v. compte rendu de la 4^{ème} session, 9 février 2005, art. 11.

bénéficiaire d'aucune loi d'amnistie spéciale ni d'autres mesures analogues qui auraient pour effet de les exonérer de toute poursuite ou sanction pénale.

2. Dans l'exercice du droit de grâce, l'extrême gravité des actes conduisant à des disparitions forcées doit être prise en considération. »

Le projet de convention de la Sous-Commission comprenait un article 17 qui allait dans le même sens¹⁶⁶.

Dans le cadre du Groupe de travail, la discussion s'est d'emblée mal engagée sur ce sujet, les propositions de la présidence se situant dès le départ très en retrait par rapport à la Déclaration de 1992. Alors que plusieurs délégations avaient insisté, lors de la première session du Groupe, sur la nécessité de ne pas descendre en dessous du standard fixé par la Déclaration, le document de travail proposé par le Président lors de la deuxième session, en septembre 2003, posait le principe selon lequel « [l]es mesures de grâce, d'amnistie et autres mesures de clémence ne privent pas les victimes de la possibilité d'obtenir réparation ». Sous cette forme, la proposition relevait du pléonasme, dans la mesure où l'amnistie n'affecte, en principe, que la qualification pénale du comportement visé, à l'exclusion des conséquences qui en découlent en terme de responsabilité civile. Autrement dit, la proposition du Président ne constituait en aucune manière une défense contre l'amnistie des disparitions forcées. Au contraire, elle légitimait d'une certaine manière l'usage répréhensible qui en avait été fait dans le passé et que l'article 18 de la Déclaration cherchait à contrer : à savoir l'amnistie des crimes, avant même que leurs auteurs n'aient été identifiés et condamnés par la justice pénale.

Un certain nombre de délégations dénoncèrent ces insuffisances et proposèrent de revenir au texte de 1992¹⁶⁷. D'autres firent part de leur hostilité plus ou moins grande et de leur opinion selon laquelle l'amnistie pouvait parfois être un facteur utile de réconciliation nationale¹⁶⁸.

Lors de la deuxième session formelle (janvier 2004), le Président revint avec une proposition de rédaction qui, tout en prenant en compte certaines critiques, demeurait de toute évidence en dessous du standard de la Déclaration de 1992, en ce qu'elle n'englobait pas la garantie du droit à la justice des victimes :

« Article 7 – Tout Etat partie s'assure que les mesures de grâce, d'amnistie et les autres mesures analogues dont peuvent bénéficier les auteurs ou les personnes soupçonnées d'avoir commis une disparition forcée, n'aient pas pour effet

¹⁶⁶ Art. 17 : « 1. Les auteurs ou auteurs présumés ainsi que les autres participants au crime de disparition forcée ou aux actes visés à l'article 2 de la présente Convention ne peuvent bénéficier d'aucune mesure d'amnistie ni d'autres mesures analogues qui auraient pour effet de les exempter de toute poursuite ou sanction pénale. 2. L'extrême gravité du crime de disparition forcée doit être prise en considération pour l'octroi de la grâce, laquelle ne peut être accordée que pour des raisons humanitaires, après qu'une condamnation a été prononcée à l'encontre de la personne responsable de l'un quelconque des actes visés à l'article 2 de la présente Convention. »

¹⁶⁷ V. compte rendu de la session informelle (septembre 2003), 3 septembre 2003 : Argentine, Belgique, Suisse, Mexique, Brésil. Dans le même sens, les interventions des ONG : Human Rights Watch au nom également d'Amnesty International, la CIJ et la FIDH, puis la FEDEFAM et l'AFAD.

¹⁶⁸ *Id.* : Afrique du Sud, Algérie, Etats-Unis, Thaïlande.

d'empêcher l'exercice d'un recours effectif pour l'obtention d'une réparation. Est notamment garanti, en toute circonstance, le droit d'obtenir des informations exactes et complètes sur le sort des personnes disparues. »

Les discussions sur ce thème lors de la troisième session furent extrêmement vives¹⁶⁹. Beaucoup de délégations gouvernementales estimèrent que la proposition du Président constituait une régression par rapport à l'état du droit international. Deux propositions alternatives furent déposées, l'une émanant de deux ONG (la CIJ et Human Rights Watch)¹⁷⁰ et l'autre de la Suisse¹⁷¹. Elles visaient à rétablir l'équilibre atteint dans la Déclaration de 1992. Mais le Président resta campé sur ses positions et proposa plusieurs solutions alternatives qui reproduisaient en fait, sous une forme différente, sa proposition initiale¹⁷². A partir de ce moment, les relations entre la présidence et les ONG devinrent tendues, à tel point que les ONG prirent l'initiative de publier un communiqué de presse conjoint pour exprimer « leur vive préoccupation quant au droit à la justice des victimes de disparitions forcées »¹⁷³.

En même temps, plusieurs Etats prirent la défense de la proposition de la présidence, en considérant qu'elle reflétait correctement le principe selon lequel il était parfois nécessaire de recourir à l'amnistie¹⁷⁴.

Le Président ne laissa guère le choix aux Etats et aux ONG favorables à la prohibition de l'amnistie : à partir du moment où il refusait de prendre clairement partie pour le droit à la justice face aux délégations qui défendaient le principe de l'amnistie, il devenait impossible d'espérer qu'une disposition respectant, au minimum, le standard fixé par la Déclaration puisse être adopté. Dès lors, plusieurs Etats et la plupart des ONG estimèrent que la seule issue était de demander que cette question ne figurât pas dans le futur instrument¹⁷⁵.

¹⁶⁹ V. compte rendu de la deuxième session (janvier 2004), 14, 15 et 20 janvier. Le rapport du Groupe de travail s'en fait – même faiblement – l'écho : v. doc. E/CN.4/2004/59, §§ 73-80.

¹⁷⁰ Proposition en date du 14 janvier 2004, E/CN.4/2004/WG.22/Misc.8 : « Tout Etat partie s'assure que les auteurs ou les personnes soupçonnées d'avoir commis une disparition forcée ne bénéficient d'aucune mesure d'amnistie ni d'autres mesures analogues qui auraient pour effet de les exempter de toute poursuite ou sanction pénale, avant qu'ils soient jugés, et le cas échéant, condamnés. Est notamment garanti, en toute circonstance, le droit à un recours et à obtenir réparation ainsi que le droit d'obtenir des informations exactes et complètes sur le sort des personnes disparues. »

¹⁷¹ Faite en salle, v. le compte rendu du 20 janvier 2004 : « Tout Etat partie s'assure que les mesures de grâce, d'amnistie et les autres mesures analogues dont peuvent bénéficier les auteurs ou les personnes soupçonnées d'avoir commis une disparition forcée n'aient pas pour effet : - de les exempter de toute poursuite ou sanction pénale avant qu'ils ne soient jugés, et le cas échéant, condamnés ; - d'empêcher l'exercice d'un recours effectif pour l'obtention d'une réparation. »

¹⁷² V. compte rendu du 20 janvier 2004.

¹⁷³ « Neuf organisations expriment leur vive préoccupation quant au droit à la justice pour les victimes de disparitions forcées », communiqué du 20 janvier 2004. http://www.fidh.org/article.php3?id_article=461.

¹⁷⁴ V. compte rendu du 21 janvier 2004 : Algérie et Chine.

¹⁷⁵ V. compte rendu des 20 et 21 janvier 2004 : Argentine, Suisse, Russie, Etats-Unis, Commission internationale des Juristes. L'estocade est portée par la Suisse qui propose formellement la suppression de l'article 7, appuyée par la suite par l'AFAD, FEDEFAM et le Royaume-Uni. Le Mexique tenta en vain de revenir en arrière.

C'est la solution qui, finalement, réunit le consensus au sein du Groupe : l'article 7 fut supprimé et les éléments qui concernaient le droit à réparation et le droit à la vérité furent réintégrés dans l'article 24, relatif au droit des victimes¹⁷⁶.

De la même manière que la conclusion heureuse de la Convention doit être mise en grande partie à l'actif de la France, la manière dont la question de l'amnistie a été traitée au sein du Groupe de travail doit être inscrite à son passif. Il est difficile de déterminer avec certitude les raisons qui ont motivé cette attitude. On peut toutefois avancer deux hypothèses. La première est que la France, à travers son Ambassadeur, a considéré, au regard tant de son propre passé – marqué par les guerres coloniales et la pratique des disparitions forcées¹⁷⁷ – que de la situation actuelle prévalant en Algérie, qu'il n'était pas opportun pour elle d'adopter une position offensive sur cette question. La seconde réside dans la conviction, énoncée plus ou moins explicitement par le Président, que le principe de la prohibition des amnisties pour les crimes graves de droit international n'avait pas nécessairement à être traité dans le cadre de la future Convention, à partir du moment où le développement et la codification de ce principe étaient susceptibles d'être effectués dans d'autres enceintes.

Il est certain, de ce point de vue, que le processus d'émergence d'une norme coutumière en la matière n'est pas spécifiquement rattaché à la question des disparitions forcées. En fait, on assiste depuis le milieu des années 90 et plus encore depuis le début du 21^{ème} siècle, à un mouvement normatif d'ensemble tendant à faire en sorte que les crimes graves en droit international ne puissent pas rester impunis. C'est dans le cadre de ce mouvement qu'il convient de resituer les développements, en particulier jurisprudentiels, allant dans le sens d'une prohibition des amnisties¹⁷⁸.

Ces développements sont d'ores et déjà intégrés dans la pratique du Secrétariat des Nations Unies, comme en témoigne, parmi d'autres exemples, la position prise par le Secrétaire général dans son rapport sur l'établissement d'un tribunal spécial pour le Sierra Leone : « Tout en reconnaissant que l'amnistie est une notion juridique acceptée et représente un geste de paix et de réconciliation à la fin d'une guerre civile ou d'un conflit armé interne, l'Organisation des Nations Unies a toujours affirmé qu'elle ne pouvait être accordée en ce qui concerne les crimes internationaux, comme le génocide, les crimes contre l'humanité ou autres violations graves du droit international humanitaire »¹⁷⁹. En vertu de cette déclaration de principe, le Statut du Tribunal comprend un article 10 aux termes duquel « la grâce [en anglais : *an amnesty*, ndla] accordée à une personne relevant de la compétence du Tribunal spécial pour ce qui est des crimes visés aux articles 2 à 4 du présent Statut ne fait pas obstacle à l'exercice des poursuites »¹⁸⁰.

¹⁷⁶ V. compte rendu du 22 janvier 2004 et rapport E/CN.4/2004/59, §§ 73-80. V. également le compte rendu de la 3^{ème} session (octobre 2004), 8 octobre 2004 : le Président constate qu'aucune délégation ne conteste la suppression de l'article 7.

¹⁷⁷ V. à ce sujet l'enquête de Marie-Monique Robin, *Escadrons de la mort. L'école française*, Paris, La Découverte, 2004, en part. pp. 105-109.

¹⁷⁸ V. en particulier Comité des D.H., constatations sur la comm. n° 322/1988, *Hugo Rodriguez c/ Uruguay*, doc. CCPR/C/51/D/322/1988 et Cour I.A.D.H., *Barrios Altos Case (Chumbipuma Aguirre et al. c/ Pérou)*, arrêt du 14 mars 2001.

¹⁷⁹ Rapport du 4 octobre 2000, doc. S/2000/915, § 22.

¹⁸⁰ Dans son arrêt *Prosecutor c. Morris Kallon et Brima Bazzy Kamara, Decision on Challenge to*

En 2004, dans son étude sur la question de l'impunité, Mme Diane Orentlicher conclut, aux termes d'un recensement de la pratique allant dans le sens de la prohibition des amnisties :

« L'évolution de la situation en Argentine, en Sierra Leone et dans d'autres pays montre que par prudence ainsi que par principe, les États résistent aux demandes d'amnistie qui constituent des violations de leurs obligations internationales même si le contexte ne leur permet pas d'engager immédiatement des poursuites. »¹⁸¹

Sur le plan national, une décision marquante a notamment été adoptée par la Cour suprême du Chili qui, dans son arrêt rendu le 17 novembre 2004 dans l'affaire *Sandoval*, a décidé qu'une loi d'amnistie ne pouvait faire obstacle à la détention et à la condamnation de l'auteur d'une disparition forcée, en raison du caractère par essence continu de ce crime¹⁸².

Plus récemment, en Côte d'Ivoire, l'ordonnance présidentielle portant amnistie en date du 12 avril 2007 exclut du champ de l'application de l'amnistie prononcée un certain nombre d'infractions contenues dans le code pénal ivoirien parmi lesquelles les « crimes et délits contre le droit des gens et les crimes et délits contre le personne », autrement dit toutes les violations graves des droits de l'Homme¹⁸³. On peut toutefois encore relever des pratiques contraires, comme celle de l'Algérie qui, avec la Charte pour la paix et la réconciliation nationales établit l'impunité en droit des membres des forces de sécurité qui ont conçu et mené la campagne de disparitions forcées lancée contre la population civile dans le cadre de la lutte contre le terrorisme¹⁸⁴.

En dernier lieu, sur le plan international cette fois, le Groupe de travail des Nations Unies sur les disparitions forcées a adopté en novembre 2005, lors de sa 77^{ème} session, un « commentaire général » extrêmement substantiel sur l'article 18 de la Déclaration¹⁸⁵.

Le processus de construction d'une règle coutumière poursuit donc son cours, indépendamment des débats qui ont eu lieu au sujet de la Convention contre les disparitions forcées.

Jurisdiction : Lomé Accord Amnesty, 13 mars 2004, la Chambre d'appel de la Cour spéciale pour le Sierra Leone a confirmé que l'amnistie conférée aux accusés en vertu des accords de Lomé ne l'empêchait pas d'exercer sa juridiction, tirée du droit international.

¹⁸¹ E/CN.4/2004/88, B – Droit à la justice, §§ 24-32, ici § 32.

¹⁸² *Juan Contreras Sepulveda y otros (crimen) casacion fondo y forma*, Corte Suprema, 517/2004, Resolucion 22267 commentaire par F. Lafontaine, *Journal of International Criminal Justice*, 2005, vol. 3, pp. 469-484.

¹⁸³ V. Ordonnance n° 2007-457 du 12 avril 2007 portant amnistie.

¹⁸⁴ V. le texte de la Charte, en annexe du Décret présidentiel n° 05-278 du 9 Rajab 1426 correspondant au 14 août 2005 portant convocation du corps électoral pour le référendum du jeudi 29 septembre 2005 relatif à la réconciliation nationale, *Journal officiel de la République algérienne*, n° 55, 10 Rajab 1426-15 août 2005, p. 3.

¹⁸⁵ V. le rapport du Groupe, E/CN.4/2006/56, § 49.

C'est la raison pour laquelle plusieurs ONG ont rappelé, dans leur communiqué de presse conjoint publié après la conclusion des travaux du Groupe de travail, qu'elles veilleraient « à ce que [la Convention] puisse être interprétée de manière évolutive, à la lumière des développements du droit international dans le domaine de la lutte contre l'impunité, en particulier s'agissant de l'interdiction de l'amnistie des crimes graves de droit international »¹⁸⁶.

5. - Les immunités

Cette question était étroitement associée, dans l'esprit des inspirateurs non gouvernementaux de la Convention, à celle des tribunaux militaires. Dans l'un et l'autre cas, il s'agit de décréter l'impunité des criminels par un artifice juridique. Le phénomène visé est celui des immunités de juridiction qui sont accordées par l'Etat à certains de ses agents, et qui constitue un obstacle procédural à toute poursuite en matière pénale et au jugement de la personne protégée¹⁸⁷. La Déclaration de 1992, la Convention interaméricaine et le projet de convention contiennent à cet égard des dispositions semblables. Par exemple, l'article 16 § 3 de la Déclaration dispose « Aucun privilège, immunité ou dispense spéciale n'est admis dans de tels procès, sans préjudice des dispositions énoncées dans la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques »¹⁸⁸. Le deuxième membre de phrase permet de préciser que seules sont visées les immunités accordées par les Etats de manière arbitraire, et non celles qui résultent du droit international et ont pour objet la protection des diplomates. Dès la première session du Groupe de travail, les Etats-Unis ont manifesté leur opposition à cette disposition, en arguant du fait qu'elle empêcherait la pratique de certaines immunités transactionnelles, accordées par la justice, par exemple, à des criminels repentis qui accepteraient de fournir certaines informations ou de témoigner dans d'autres procès¹⁸⁹.

Cet argument a semblé convaincre le Président, puisque le document de travail présenté pour servir de base aux discussions de la session informelle de septembre 2003 ne mentionnait plus cette question. A cette session, les débats se sont surtout focalisés, pour ce qui est de la question de l'impunité, sur les problèmes de prescription et d'amnistie, autrement plus controversées. Si bien que l'omission du Président est passée presque inaperçue. Seul le Canada a tenté à plusieurs reprises de revenir sur cette question, mais sans succès¹⁹⁰.

¹⁸⁶ « Un grand pas vient d'être franchi dans la lutte contre les disparitions forcées », 23 septembre 2005 : http://www.fidh.org/article.php3?id_article=2684.

¹⁸⁷ V. not. sur ce sujet : Micaela Frulli, « Le droit international et les obstacles à la mise en œuvre de la responsabilité pénale pour crimes internationaux », in A. Cassese, M. Delmas-Marty, *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Paris, PUF, 2002, pp. 215-253.

¹⁸⁸ V. aussi Conv IADF, art. IX et projet de convention art. 10 § 2.

¹⁸⁹ V. compte rendu de la première session (janvier 2003), 10 janvier 2003 et premier rapport du Groupe, E/CN.4/2003/71, § 48.

¹⁹⁰ V. proposition faite lors de la 4^{ème} session (janvier-février 2005), compte rendu, 9 février 2005, dans le cadre de la discussion sur l'article 6. La proposition écrite était celle d'un article 3 bis, « basé sur l'article 27 du Statut de Rome » : « This instrument shall apply equally to all persons without any distinction based on official capacity. In particular, official capacity as a Head of State or Government, a member of a Government or parliament, an elected representative or a government official shall in no case exempt a person from criminal responsibility under this instrument, nor shall it, in and of itself, constitute a ground for reduction of sentence. Immunities or special procedural rules which may attach to the official capacity of a

6. - *Le refus d'octroyer l'asile*

Une manière d'assurer l'impunité à un auteur de disparition forcée peut consister, pour un Etat, à lui octroyer l'asile, qu'il s'agisse de l'asile territorial « étatique », ou de l'asile conventionnel en application de la Convention de Genève de 1951 sur le statut de réfugié.

On sait toutefois que cette dernière convention contient, dans son article 1-F, une « clause d'exclusion » qui permet de rendre les dispositions de la Convention non applicables pour des personnes « dont on aura des raisons sérieuses de penser » qu'elles ont commis des crimes graves (crime contre la paix, crime de guerre, crime contre l'humanité ou crime de droit commun commis en dehors du pays d'accueil) ou des « agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies »¹⁹¹.

C'est ce raisonnement que tentent de retranscrire l'article 15 de la Déclaration de 1992 et l'article 14 du projet de convention, de deux manières différentes¹⁹².

D'emblée, le document de travail soumis par la présidence en septembre 2003 se faisait l'écho de ces dispositions à travers une formule simple : « Le responsable d'une disparition forcée ne peut pas bénéficier de l'asile ou du statut de réfugié ».

Lors de la première et de la deuxième session, la Suisse, l'Allemagne et le Royaume-Uni exprimèrent des doutes sur l'opportunité d'introduire une telle disposition, qui aurait pu, selon elles, affaiblir la protection accordée par la Convention de Genève. La Suisse proposa de retranscrire simplement la formule de l'article 1-F de la Convention¹⁹³. Aussi le document discuté lors de la deuxième session formelle du groupe (janvier 2004) introduit une nouvelle proposition de la présidence, ainsi formulée dans un article 8 : « Tout Etat partie considère la disparition forcée comme un crime grave de droit commun au sens de l'article 1 F b) de la Convention relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951. » Cela n'était guère satisfaisant, dans la mesure où la disparition forcée était classée

person, whether under national or international law, shall not bar Parties to this instrument from exercising jurisdiction over such a person in accordance with this instrument. »

¹⁹¹ V. aussi dans le même esprit l'article 1 § 2 de la *Déclaration sur l'asile territorial* (résolution 2312 (XXII) de l'Assemblée générale, 14 décembre 1967) ; le Principe 7 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* (résolution 3074(XXVIII) de l'Assemblée générale, 3 décembre 1973) ; et le Principe 26 de *l'Ensemble de Principes pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité* (in rapport final de Louis Joinet, rapporteur spécial, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, Annexe II, et pour la version mise à jour par l'experte indépendante Diane Orentlicher, E/CN.4/2005/102/Add.1.)

¹⁹² L'art. 15 de la Déclaration dispose : « Le fait qu'il y ait des raisons sérieuses de croire qu'une personne a pris part à des actes d'une extrême gravité mentionnés au paragraphe 1 de l'article 4 ci-dessus pour quelques motifs que ce soit, doit être pris en considération lorsque les autorités compétentes de l'Etat décident ou non d'accorder l'asile. » Et l'article 14 du projet de convention dispose : « La disparition forcée n'est pas considérée, aux fins de l'asile et du refuge, comme une infraction politique ou connexe à une infraction politique. Les Etats parties à la présente Convention n'accordent pas l'asile diplomatique ou territorial, ni le statut de réfugié, à des personnes dont on a des raisons sérieuses de penser qu'elles ont participé à une disparition forcée ».

¹⁹³ V. compte rendu de la première session (janvier 2003), 13 janvier 2003 et compte rendu de la première session informelle (septembre 2003), 3 septembre 2003 (not. pour la proposition suisse).

d'office dans la catégorie des « crimes graves de droit commun » (autrement dit le b) de l'art. 1-F) ce qui semblait exclure sa qualification en tant que crime contre l'humanité (c'est à dire le a) de l'art. 1-F)¹⁹⁴. Pendant la troisième session, un consensus se forma donc progressivement pour que cette question soit laissée à l'application du droit international général. Le Président prit acte de ce consensus et décida de supprimer l'article 8¹⁹⁵.

E. - Poursuites au plan national

La Convention fixe les règles applicables aux tribunaux nationaux pour poursuivre et juger les auteurs de disparitions forcées ou d'infractions connexes (1). Elle reconnaît par ailleurs un droit de dénoncer le crime de disparition forcée, auquel correspond une obligation corrélative de l'Etat d'enquêter (2).

1. - Etablissement de la compétence pénale et jugement (art. 9, 10, 11 § 1 et 2)

Ces dispositions s'inspirent des articles 5, 6 et 7 de la Convention contre la torture et, dans une moindre mesure, des articles IV et VI de la Convention IADF. Les idées principales étaient présentes dès le premier document de travail de la présidence. Durant la négociation, il a toutefois été nécessaire de batailler contre des propositions d'amendements qui auraient constitué une régression par rapport au langage agréé de la Convention contre la torture.

Ces batailles ayant été victorieuses, on trouve aujourd'hui dans la Convention des dispositions qui reprennent globalement ce langage agréé, en y apportant toutefois, sur certains points, certaines améliorations.

L'article 9 énumère les différents fondements sur la base desquels un Etat peut établir sa compétence à l'égard d'un auteur de disparition forcée. Au paragraphe premier viennent les titres de compétence classiques : compétence territoriale (a) ; compétence personnelle active (b) ; compétence personnelle passive (c)¹⁹⁶. Puis le paragraphe 2 consacre le principe de la compétence universelle, dans sa version étroite, à savoir que l'Etat est compétent pour connaître d'un crime de disparition forcée « quand l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur tout territoire relevant de sa juridiction » et cela quelle que soit

¹⁹⁴ V. dans le même sens la proposition de la Suisse, formulée le 14 janvier 2004 (doc. E/CN.4/2004/WG.22/Misc. 7) : « Ne pourra être considéré comme réfugié au sens de l'article 1Fb de la Convention relative au statut des réfugiés de 1951, celui qui aura commis un crime de disparition forcée en dehors du pays d'accueil avant d'être admis comme réfugié. »

¹⁹⁵ V. compte-rendu de la 2^{ème} session (janvier 2004), 15 janvier 2004 et rapport E/CN.4/2004/59, § 81.

¹⁹⁶ Sur ce dernier point, une tentative avait été faite par la présidence en janvier 2004 (2^{ème} session) pour supprimer le membre de phrase « et que cet Etat partie le juge approprié » qui préserve l'opportunité des poursuites et qui figure à l'art. 5 § 1c) de la CAT. Mais la résistance de plusieurs Etats (Egypte, Etats-Unis, Suède...) a conduit le Président à revenir en arrière. V. compte rendu de la 2^{ème} session (janvier 2004), 14 janvier 2004. La version définitive a été acquise lors de la 4^{ème} session du Groupe (janvier-février 2005), malgré des propositions en sens contraire de la Grèce et du Mexique. V. compte rendu de la cinquième session, 9 février 2005, après midi et le rapport E/CN.4/2005/66, § 53.

sa nationalité, la nationalité de la victime et le territoire sur lequel le crime a été commis¹⁹⁷. Dans ce cas, le principe *aut dedere, aut judicare* s'applique : à savoir que l'Etat se voit imposer une alternative, qui consiste à juger (voir l'article 11) ou extraditer. Sur ce point, la Convention innove en intégrant deux éléments qui n'existaient pas au moment de l'adoption de la Convention contre la torture. A l'extradition vers un autre Etat sont en effet venus s'ajouter deux nouvelles possibilités : la « remise » à un autre Etat, dans le cadre d'un accord international entre plusieurs Etats – bien évidemment, c'est le mandat d'arrêt européen qui est ici implicitement visé ; la « remise » à une « juridiction pénale internationale », une hypothèse que l'on ne peut plus considérer comme conjoncturelle depuis l'entrée en vigueur du Statut de Rome en 2002 et l'établissement de la Cour pénale internationale. Dans les premières versions du texte, il était seulement dit que l'Etat concerné pouvait « remettre » le suspect à un autre Etat : Louis Joinet, suivi par la France et la FIDH ont insisté pour qu'il soit précisé que cette remise devait se faire « conformément aux obligations internationales » de l'Etat, pour éviter de donner l'impression que l'on pourrait reconnaître la légalité de certaines tentatives pour contourner la procédure d'extradition, comme les enlèvements suivis d'un transfert illégal du suspect sur le territoire de l'Etat qui souhaite le juger¹⁹⁸. Par ailleurs, les Etats-Unis, l'Algérie et l'Inde, notamment, ont insisté jusqu'à la fin pour que la remise par l'Etat à une « juridiction pénale internationale » s'entende d'une juridiction « dont [l'Etat] a reconnu la compétence ». On a du mal à voir dans cet ajout autre chose qu'une prise de position politique, destinée à manifester l'opposition de ces Etats à la CPI. Il est en effet évident, sur le plan juridique, qu'un Etat peut être tenu de remettre un suspect à une juridiction internationale, sans pour autant avoir « reconnu la compétence » de cette dernière au sens classique : d'une part, tous les Etats ont l'obligation de coopérer avec les juridictions pénales *ad hoc* créées par le Conseil de sécurité et, dans ce cadre, de répondre positivement aux demandes de remises qui leur sont adressés par ces juridictions ; d'autre part, la compétence de la CPI peut être établie à l'égard d'une personne non ressortissante d'un Etat partie, à partir du moment où le crime a lui-même été commis sur le territoire d'un Etat partie ou encore lorsque la compétence de la Cour est établie par une saisine du Conseil de sécurité (comme c'est le cas de la situation au Darfour, sur le territoire du Soudan, qui n'est pas partie au Statut). Ainsi, la Cour pourrait très bien être amenée à demander la remise d'une personne se trouvant sous le contrôle d'un Etat non partie¹⁹⁹. Enfin, de telles opérations de remises peuvent également être fondées sur un accord *ad hoc* de coopération entre la Cour et un Etat non partie qui n'aurait pas, de ce fait, « reconnu la compétence » de la Cour²⁰⁰. Jusqu'au bout les ONG – et en particulier la FIDH – ont tenté de faire valoir ces arguments, mais sans succès, ce

¹⁹⁷ Il est intéressant de noter que le seul Etat qui se soit frontalement opposé jusqu'à la fin à cette disposition sont les Etats-Unis. Dans leur déclaration finale, placée en annexe II du rapport du Groupe, cet Etat rappelle en effet son « objection persistante concernant les termes "se trouve" sur tout territoire sous sa juridiction, figurant au paragraphe 2 de l'article 9 » (E/CN.4/2006/57, p. 49).

¹⁹⁸ V. compte rendu de la 3^{ème} session (octobre 2004), 8 octobre 2004 et le rapport E/CN.4/2004/59, § 84.

¹⁹⁹ V. les art. 12 et 13 du Statut et, à propos du Darfour, la décision de la Chambre préliminaire I du 27 avril 2007, *Situation au Darfour (Soudan). Affaire Le Procureur c. Ahmad Muhammad Harun (« Ahmad Harun ») et Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman (« Ali Kushayb »)*, *Décision relative à la requête déposée par l'Accusation en vertu de l'article 58-7 du Statut*, n° ICC-02/05-01/07.

²⁰⁰ V. l'art. 87 § 5 du Statut.

qui montre bien, d'une certaine manière, que l'insistance sur ce membre de phrase était essentiellement politique²⁰¹.

Il ne faut toutefois pas s'inquiéter de cet écart : en tout état de cause, les Etats restent liés par leurs obligations, qu'elles émanent des résolutions du Conseil de sécurité ou du Statut de Rome, et il est douteux qu'un Etat puisse jamais être amené à invoquer l'article 11 de la Convention pour tenter de s'y soustraire.

Le dernier paragraphe de l'article 9 est une clause de non-préjudice que l'on retrouvait déjà dans la CAT (art. 5 § 3). Elle a ici été améliorée dans sa formulation, pour apaiser la méfiance des ONG, qui craignaient qu'elle ne puisse être invoquée par certains Etats pour donner la priorité à leur procédure pénale nationale et exclure de ce fait l'exercice de la compétence universelle. Le terme « supplémentaire » a donc été ajouté, de sorte que la clause se lit désormais : « La présente Convention n'écarte aucune compétence pénale *supplémentaire* exercée conformément aux lois nationales », ce qui écarte effectivement toute ambiguïté.

L'article 10 de la Convention concerne l'obligation pour tout Etat « sur le territoire duquel se trouve une personne soupçonnée d'avoir commis un crime de disparition forcée » d'assurer sa détention. L'inquiétude provenait ici de la pratique de certains Etats – et particulièrement de la France – consistant à faciliter l'évasion de certains suspects après leur arrestation et leur mise en examen, à la faveur d'une mise en liberté provisoire. Une telle pratique est d'une certaine manière facilitée – sinon autorisée – par le langage de la Convention contre la torture, selon laquelle la détention et les autres mesures prises pour s'assurer de la présence du suspect ne peuvent être maintenues « que pendant le délai nécessaire à l'engagement de poursuites pénales ou d'une procédure d'extradition ». A l'issue de difficiles tractations, pour la plupart informelles, on peut considérer que cette difficulté est résolue par la formulation adoptée par la Convention, qui prévoit que la détention et les autres mesures ne peuvent être maintenues « que pendant le délai nécessaire pour s'assurer de [la présence du suspect] lors des procédures pénales, de remise ou d'extradition ». Il est désormais clair que la présence du suspect doit être assurée pendant toute la durée de la procédure, ce qui exclut des mesures de liberté provisoire permettant la fuite prématurée du suspect.

Pour le reste, l'article 10 et l'article 11 de la Convention restent fidèles aux articles 6 et 7 de la Convention contre la torture, en tout cas pour l'essentiel. Ainsi l'Etat partie qui a établi sa compétence procède « immédiatement à une enquête préliminaire ou des investigations » - les termes « ou des investigations » ont été ajoutés, pour donner plus de flexibilité aux Etats au regard de leurs procédures pénales²⁰² – et informe tous les autres Etats concernés, c'est à dire tous les autres Etats qui auraient également pu établir leur compétence au titre de l'article 9. Par ailleurs, le droit à la protection consulaire – déjà reconnu par l'article 6 § 3 de la CAT – est à nouveau consacré au paragraphe 3 de l'article 10. Enfin, l'article 11 § 1 prévoit que l'Etat « soumet l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale » lorsqu'il n'extrade pas la personne, ou

²⁰¹ V. rapport E/CN.4/2005/66, § 58.

²⁰² V. rapport E/CN.4/2006/57, § 119.

ne la remet pas à un autre Etat « conformément à ses obligations internationales », ou ne la remet pas à une juridiction internationale « dont il a reconnu la compétence ». Dans ce cadre, le paragraphe 2 du même article prévoit que les autorités nationales compétentes « prennent leur décision dans les mêmes conditions que pour toute infraction de droit commun » et que les standards de preuve appliqués ne seront pas moins rigoureux pour une procédure engagée au titre de la compétence universelle que pour une procédure fondée sur des titres classiques de compétence (territoriale, personnelle passive ou active).

2. - Droit de porter plainte et obligation de mener une enquête (art. 12)

Les idées principales de l'article 12 étaient, là aussi, déjà présentes dans les articles 12 et 13 de la CAT²⁰³. Mais encore une fois, la Convention apporte des améliorations substantielles.

Il s'agit essentiellement de faire obligation aux autorités compétentes d'ouvrir rapidement une enquête après qu'une disparition forcée a eu lieu. Cette enquête peut être ouverte sur plainte ou *proprio motu*. A cet effet, il est fait obligation aux « autorités compétentes » d'ouvrir une telle enquête « lorsqu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une personne a été victime d'une disparition forcée » (art. 12 § 2)²⁰⁴. Il est par ailleurs reconnu « à quiconque alléguant qu'une personne a été victime d'une disparition forcée le droit de dénoncer les faits devant les autorités compétentes ». Dans l'article 13 CAT, seule la « personne qui prétend avoir été soumise à la torture » se voyait reconnaître ce droit. Il était logique que, compte tenu de la nature de la disparition, ce droit soit accordé à d'autres que la personne disparue qui, par définition, se trouve dans l'impossibilité de dénoncer les faits. On en arrive toutefois ici à une formulation très large, qui constitue en fait une *actio popularis*, puisqu'aucun intérêt à agir de même qu'aucun lien particulier avec la victime ne sont exigés. Sur ce point, la Convention suit l'article 11 § 1 du projet de convention²⁰⁵ et va au-delà de la Déclaration qui, dans son article 13 réservait ce droit de dénonciation à « toute personne disposant d'informations ou pouvant invoquer un intérêt légitime ».

L'article 13 CAT prévoyait certaines mesures de protection du plaignant et des témoins. L'article 13 de la Déclaration détaillait plus avant cette obligation dans son paragraphe et y ajoutait, en son paragraphe 5, une obligation de sanction à l'encontre de tout mauvais

²⁰³ L'article 12 de la CAT faisait obligation aux Etats parties de « veille[r] 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 » et l'article 13 assurait « à toute personne qui prétend avoir été soumise à la torture sur tout territoire sous la juridiction le droit de porter plainte devant les autorités compétentes dudit Etat qui procéderont immédiatement et impartialement à l'examen de sa cause ». Par ailleurs « [d]es mesures seront prises pour assurer la protection du plaignant et des témoins contre tout mauvais traitement ou toute intimidation en raison de la plainte déposée ou de toute déposition faite ».

²⁰⁴ La formulation est plus claire que celle de l'article 12 de la CAT, car il est dit ici que cette obligation s'impose « même si aucune plainte n'a été officiellement déposée », un membre de phrase qui n'apparaissait pas dans l'article 12, mais qui est en revanche repris clairement de l'article 13 § 1 de la Déclaration et de l'art. 11 § 1 du projet de convention.

²⁰⁵ « Toute Etat partie assure à toute personne alléguant qu'une personne a été victime d'une disparition forcée le droit de dénoncer les faits... » (nous soulignons).

traitement, acte d'intimidation ou de représailles ou autres formes d'ingérences. Le projet de convention reprenait ces deux principes (protection et sanction) et y ajoutait l'obligation spécifique de relever les auteurs présumés et autres participants au crime de disparition forcée de leurs fonctions officielles pendant l'enquête (art. 11 § 7). La Convention établit quant à elle, plus généralement, une obligation de protection « du plaignant, des témoins, des proches de la personne disparue et de leurs défenseurs ainsi que ceux qui participent à l'enquête, contre tout mauvais traitement ou toute intimidation *en raison* de la plainte déposée ou de toute déposition faite », qui couvre toute la durée de la procédure (art. 12 § 1, nous soulignons). Par ailleurs, l'Etat partie se voit reconnaître l'obligation de prendre « les mesures nécessaires pour prévenir et sanctionner les actes qui entravent le déroulement des enquêtes ». Dans ce cadre, l'Etat « s'assure notamment que les personnes soupçonnées d'avoir commis un crime de disparition forcée ne sont pas en mesure d'influer sur le cours des enquêtes par des pressions et des actes d'intimidation ou de représailles exercées sur le plaignant, les témoins, les proches de la personne disparue et de leurs défenseurs ainsi que ceux qui participent à l'enquête ».

On peut considérer que cette dernière obligation générale englobe, sans la spécifier, celle de relever, le cas échéant, les présumés responsables de la disparition de leurs fonctions officielles²⁰⁶.

La Déclaration et le projet de convention prévoyaient que la dénonciation devrait être présentée à une « autorité de l'Etat compétente et indépendante » (art. 13 § 1 Déclaration, art. 11 § 1 projet de convention). Au sein du groupe de travail chargé de rédiger la Convention, cette idée d'indépendance de l'autorité a presque immédiatement suscité l'objection d'un certain nombre d'Etats, ainsi que de la présidence : la crainte était que la Convention ne puisse être interprétée que comme obligeant les Etats à mettre en place une institution spécifique sur le plan national, une sorte d'autorité administrative indépendante spécialement chargée de cette question. Il était évident que cela poserait des problèmes, notamment aux Etats qui souhaitaient ratifier sans pour autant connaître ou avoir connu un problème de disparitions forcées sur le sol national. Or, si l'on ne voulait pas créer d'autorité spéciale, la conduite de l'enquête échoirait nécessairement aux autorités de droit commun, à savoir, dans la plupart des Etats, les enquêteurs (police ou gendarmerie) sous la direction du procureur ou du juge d'instruction. L'autorité en question ne semblait donc pas pouvoir être systématiquement qualifiée d'« indépendante ». Malgré les nombreuses propositions faites, notamment par les ONG, pour réinsérer ce critère, la Convention se borne par conséquent à parler des « les autorités compétentes »²⁰⁷.

²⁰⁶ C'est d'ailleurs l'interprétation qu'en a donné le Président : v. compte rendu de la session informelle (septembre 2003), 3 septembre 2003. Dès la première session du Groupe, la Chine avait manifesté son hostilité à cette disposition en faisant valoir que la suspension d'agents de très hauts niveaux pouvait exiger la mise en œuvre de procédures constitutionnelles. V. Compte rendu de la première session (janvier 2003), 14 janvier 2003 et rapport du Groupe de travail pour 2003, E/CN.4/2003/71, § 79.

²⁰⁷ V. remarque de la CIJ, compte rendu de la 1^{ère} session (janvier 2003), 14 janvier 2003, « autorité chargée du contrôle » ; proposition d'Amnesty International, soutenue par la CIJ et la FIDH, ainsi que la proposition du Canada de parler d'autorité « impartiale », plutôt qu'indépendante, compte rendu de la 4^{ème} session (janvier-février 2005), 1^{er} février 2005, art. 12 ; proposition de la Suisse, compte rendu de la 2^{ème} session (janvier 2004), 14 janvier 2004, art. 12. Et v. rapport E/CN.4/2004/59, § 95 et E/CN.4/2005/66, § 62.

Une fois saisie, l'autorité devait, selon la Déclaration et le projet de convention, procéder « immédiatement et impartialement à une enquête approfondie ». Cette obligation a été infléchie dans la Convention, sans inconvénient majeur toutefois : il est simplement prévu désormais que les autorités compétentes « examinent rapidement et impartialement l'allégation *et, le cas échéant*, procèdent sans délai à une enquête approfondie et impartiale » (art. 12 § 1, nous soulignons).

Mais les difficultés les plus grandes avaient trait aux moyens conférés à cette ou à ces « autorité(s) » nationale(s). Sur ce point, la Déclaration et le projet de convention allaient très loin puisqu'ils faisaient obligation à l'Etat de veiller à ce que l'autorité compétente « dispose des pouvoirs et des ressources nécessaires pour mener l'enquête à bien, y compris les pouvoirs nécessaires pour obliger les témoins à comparaître et obtenir la production des pièces pertinentes ainsi que pour procéder immédiatement à une visite sur les lieux »²⁰⁸.

Le premier document de travail du Président ne reprenait aucun de ces éléments. L'idée était de s'en tenir au maximum au langage agréé de la CAT. Mais l'insistance des ONG et d'un certain nombre d'Etats conduisirent le Président à réintégrer ces éléments dans le projet présenté lors de la 2^{ème} session du groupe (janvier 2004)²⁰⁹.

Dans les négociations ultérieures, le principe de l'accès à la documentation ne fut pas remis en question²¹⁰. Mais le restant des pouvoirs de l'autorité fut âprement discuté. Le Président accepta, sur la proposition de plusieurs Etats, de ne pas mentionner le pouvoir de faire comparaître les suspects et les témoins²¹¹. Quant au pouvoir d'accès aux lieux de détention, certains Etats y voyaient un risque sérieux pour le droit au domicile et à la vie privée ! Une première proposition consistait à distinguer entre les « lieux officiels de détention », auxquels l'autorité aurait un accès inconditionnel, et les autres lieux « où il y a des motifs raisonnables de croire que la personne disparue est présente », auxquels l'autorité ne pourrait accéder que sur autorisation judiciaire²¹². Finalement, le principe de l'autorisation judiciaire fut retenu pour l'ensemble des lieux (bien que la distinction soit conservée entre les lieux de détention et les « autres lieux »), ceci pour tenir compte de la volonté de certains Etats – et notamment de l'Espagne – de préserver leur système de détention *incommunicado*. Pour rendre cette restriction acceptable, on précisa cependant – sur la suggestion d'une ONG – que la juridiction saisie est dans l'obligation de statuer

²⁰⁸ Le projet de convention reprenait les mêmes obligations, avec beaucoup plus de détails aux paragraphes 2 et 3 de l'art. 11.

²⁰⁹ V. l'intervention de la FIDH, appuyée en partie par la Suisse, compte rendu de la session informelle (septembre 2003), 3 septembre 2003, « IV. Poursuites sur le plan national » et le Document de travail du Président en date du 1^{er} décembre 2003.

²¹⁰ Il faut toutefois noter que lors de l'adoption de la Convention par le Conseil des droits de l'Homme (v. doc. A/HRC/1/SR.21), puis par la Troisième Commission de l'Assemblée générale (v. doc. A/C.3/61/SR.45), le Canada déclara interpréter cette disposition comme « permettant aux Etats de garantir aux autorités menant une enquête l'accès à la documentation pertinente et à toute autre information non contrôlée par l'Etat, sur autorisation préalable de l'autorité judiciaire lorsque nécessaire. »

²¹¹ V. rapport E/CN.4/2005/66, proposition d'article 12 et résumé des débats au § 64.

²¹² V. la proposition figurant dans le rapport E/CN.4/2005/66, § 61.

« le plus rapidement possible »²¹³. Le risque est en effet que les autorités profitent de ce délai pour « déménager » le prisonnier.

L'obligation d'enquêter qui pèse sur l'Etat et sur l'autorité compétente n'est pas limitée géographiquement. C'est un acquis important des textes sur la disparition forcée – et en particulier de la Convention – par rapport à la CAT. Celle-ci limitait l'obligation d'enquête de l'autorité – sur plainte ou *proprio motu* – aux actes de torture « commis sur tout territoire sous » la juridiction de l'Etat partie. Aucune limite de ce type n'est imposée en matière de disparition forcée : l'Etat a donc l'obligation d'enquêter sur des cas de disparition forcée qui ont été commis à l'étranger. Il s'agit là d'un point qui facilitera certainement, dans la pratique, l'exercice par l'Etat des différents titres de compétence extra-territoriale qu'il tient de la Convention (compétence personnelle passive ou active et compétente universelle).

La Déclaration et le projet de convention intégraient respectivement dans leurs articles 13 et 11 une obligation d'enquêter « tant qu'on ne connaît pas le sort réservé à la victime d'une disparition forcée » et l'obligation de communiquer les résultats de l'enquête « à toutes les personnes concernées à moins que cela ne compromette une instruction en cours »²¹⁴. Ces deux questions ont été considérées sous l'angle du droit des victimes à la vérité. Nous en reparlerons donc sous cette rubrique (v. *infra* H. – 2.).

F. - Coopération internationale

Cette thématique renvoie à deux questions qui sont traitées dans la plupart des conventions touchant au droit pénal international : la réglementation de l'extradition d'une part (1) et les règles applicables à l'entraide judiciaire. La spécificité de la Convention, sur ce dernier point, est d'ajouter à cette entraide un volet proprement humanitaire (2).

I. - La réglementation de l'extradition (art. 13)

Tous les traités récents ayant une portée pénale comportent un ensemble de dispositions plus ou moins identiques visant à faciliter l'extradition entre les Etats parties des auteurs d'infractions prévues par le traité. Le projet de convention de la Sous-Commission reprenait à cet égard presque mot pour mot les dispositions de l'article V de la Convention IADF, divisé en six paragraphes. Le premier fait obligation aux Etats parties de ne pas considérer les disparitions forcées comme une infraction politique aux effets de l'extradition, sachant que, très souvent, les lois internes relatives à l'extradition prévoient une exception à l'obligation d'extrader dans cette hypothèse²¹⁵. Les quatre paragraphes

²¹³ V. compte discussion et remarque de la FIDH, compte rendu de la 4^{ème} session (janvier-février 2005), 1^{er} février 2005, art. 12, al. 3.

²¹⁴ Ici ce sont les formulations des par. 6 et 4 de l'art. 13 de la Déclaration qui sont reprises.

²¹⁵ V. en France le fameux arrêt du Conseil d'Etat, Ass. 3 juillet 1996, *Koné*, in M. Long et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 15^{ème} éd., p. 745.

suivants ont pour objet de faire de la convention une base juridique suffisante pour l'extradition des auteurs de disparitions forcées :

- la convention joue un rôle *interprétatif* en ce qu'elle autorise les Etats parties à considérer que la disparition forcée est incluse au nombre des crimes qui donnent lieu à l'extradition dans tout traité d'extradition conclu entre eux ;
- elle joue un rôle *prospectif* en obligeant les Etats à inclure le crime de disparition au nombre des cas qui justifient l'extradition dans tout traité d'extradition qu'ils souscrivent ;
- elle joue un rôle *supplétif* :
 - pour les Etats parties qui assujettissent l'extradition à l'existence d'un traité mais qui ne sont pas liés par un traité d'extradition avec l'autre Etat partie dont ils reçoivent une demande d'extradition et
 - pour les Etats parties qui n'assujettissent pas l'extradition à l'existence d'un traité.

Dans ces deux cas, la convention fait office de base juridique en droit interne pour l'extradition.

Enfin, le dernier paragraphe prévoit que l'extradition reste régie par le droit interne de l'Etat requis.

En soi, ces six paragraphes représentaient déjà une réglementation plus riche que celle de l'article 8 de la Convention contre la torture, qui omet les deux premières dispositions. Leur transposition n'a pas posé de grands problèmes au groupe de travail.

Dès le départ, le document avait repris les idées principales, à savoir la « dépolitisation » de l'infraction de disparition forcée et la convention comme base juridique pour l'extradition. Deux objections furent assez rapidement écartées. En janvier 2003, les Etats-Unis proposèrent – sans succès – d'autoriser la non extradition des nationaux, selon une formulation reprise de l'article 5 du Protocole additionnel à la Convention sur les droits de l'enfant relatif à la vente d'enfants, à la prostitution des enfants et à la pornographie mettant en scène des enfants du 25 mai 2000²¹⁶. En septembre 2003, le Mexique, la Belgique et la Suisse, ainsi que la CIJ, proposèrent d'inclure une disposition relative à la non extradition vers un pays qui pratiquerait la peine de mort. La proposition provoqua une levée de bouclier de la part des Etats-Unis, de la Chine et de la Russie. Pour calmer le jeu, le Président imposa progressivement l'idée selon laquelle la future convention ne devrait pas traiter de la question de la peine de mort. A quoi la Suisse répondit qu'elle serait obligée de faire une réserve sur ce point²¹⁷.

²¹⁶ V. compte rendu de la première session (janvier 2003), 13 janvier 2003. Il s'agit du paragraphe 5 de l'article 5 qui dispose : « Si une demande d'extradition est présentée au motif d'une infraction visée au paragraphe 1 de l'article 3, et si l'Etat requis n'extrade pas ou ne veut pas extradier, à raison de la nationalité de l'auteur de l'infraction, cet Etat prend les mesures voulues pour saisir ses autorités compétentes aux fins de poursuites. »

²¹⁷ V. compte rendu de la session informelle (septembre 2003), 4 septembre 2003.

Ce même Etat attira l'attention sur les dispositions équivalentes – mais plus complexes – de la Convention de Palerme contre la criminalité transnationale organisée. S'appuyant sur cette remarque, le texte fut enrichi, dans le projet présenté en janvier 2004, d'un nouveau paragraphe 7 transposé du paragraphe 14 de l'article 16 de la Convention de Palerme, prévoyant des causes de non extradition en cas de risque de poursuites ou de punition à caractère discriminatoire. La Russie proposa de supprimer cet ajout. Tandis que le Brésil et la Suisse souhaitaient modifier le paragraphe pour rendre non exhaustive la liste des motifs de discrimination. Le Président se retrancha sur le caractère « agréé » de cette disposition pour refuser l'une et l'autre des propositions²¹⁸. Un an après, en janvier 2005, la Suisse et la Grande-Bretagne obtinrent quand même une modification, consistant à s'inspirer de l'article A § 2 de la Convention de Genève sur les réfugiés de 1951 pour ajouter, parmi les motifs de discrimination, « l'appartenance à un certain groupe social ». La Chine exprima sa réserve compte tenu du caractère « trop large » d'une telle formulation, mais celle-ci fut finalement retenue dans le texte définitif²¹⁹.

2. - L'entraide judiciaire et l'entraide humanitaire (art. 14 et 15)

La plupart des traités internationaux à dimension pénale comportent des dispositions plus ou moins détaillées concernant l'entraide judiciaire. Par ailleurs, ce type de coopération est souvent régi par des traités plus généraux, à caractère multilatéral ou plurilatéral, comme la Convention de Vienne de 1923 créant la Commission internationale de police criminelle, devenue en 1956 l'Organisation internationale de Police criminelle ou Interpol, ou encore, sur le plan européen, la Convention du 26 juillet 1995 portant création d'un Office européen de police "Europol"²²⁰. Sur ce point, la Convention reprend dans son article 14 la formule d'une disposition courte et simple, déjà adoptée dans d'autres conventions du même type comme la CAT²²¹. Un premier paragraphe fait obligation aux Etats de s'accorder « l'entraide judiciaire la plus large possible dans toute procédure pénale relative à un crime de disparition forcée, y compris en ce qui concerne la communication de tous les éléments de preuve dont ils disposent et qui sont nécessaires aux fins de la procédure ». Le deuxième paragraphe renvoie pour les détails de la réglementation de l'entraide soit aux conditions « prévues par le droit interne de l'Etat partie requis », soit aux « traités d'entraide judiciaire applicables ». Ce type de disposition a pour avantage essentiel de poser l'obligation d'entraide tout en s'abstenant de créer un régime spécifique qui ne ferait qu'ajouter à la complexité des obligations des Etats en la matière, due à l'enchevêtrement des textes applicables.

En janvier 2004, le document de travail du Président ajoutait un troisième paragraphe à l'article 14, repris de l'article 18 § 21 b) de la Convention de Palerme, et renvoyant aux

²¹⁸ V. compte rendu de la 2^{ème} session (janvier 2004), 15 janvier 2004.

²¹⁹ V. compte rendu de la 4^{ème} session (janvier 2005), 10 février 2005. Et rapport du groupe de travail en 2005 : E/CN.4/2005/66, § 69.

²²⁰ Sur ces aspects, v. A. Huet, R. Koering-Joulin, *Droit pénal international*, Paris, Puf, 3^{ème} éd., 2005, pp. 329 et suiv., et W. Bourdon, « La coopération judiciaire interétatique », in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet, *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, pp. 921-931.

²²¹ V. art. 9 de la CAT, mais aussi l'art. 6 du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution d'enfants et la pornographie mettant en scène des enfants (rés. 56/263 de l'Assemblée générale, 25 mai 2000).

motifs pouvant être invoqués par un Etat pour refuser une demande d'entraide²²². L'opposition manifestée par plusieurs délégations lors de la deuxième session du Groupe (janvier 2004) amena le Président à retirer cette proposition²²³.

A côté de cette entraide judiciaire « classique », les inspirateurs non gouvernementaux de la Convention ont voulu innover, en instaurant une forme d'entraide plus spécifique d'assistance aux victimes de disparitions forcées en vue de la recherche des personnes disparues. L'idée était présente dans l'article 8 du projet de convention. Elle s'inspirait de toute évidence du droit international humanitaire et en particulier des articles 136 à 141 de la Convention IV relative à la protection des civils, relatifs à l'Agence centrale de renseignement et aux bureaux de renseignements des Parties au conflit, mais aussi et surtout des articles 32, 33 et 34 du Protocole I consacré aux « personnes disparues et décédées ». Ces dispositions mettent en place un régime qui permet, pour celles de la Convention IV, de « pister » et de faciliter la transmission d'informations relative à des « personnes protégées » se trouvant au pouvoir d'une des parties au conflit et, pour celles du Protocole, d'organiser la recherche par chaque Partie au conflit des personnes dont la disparition a été signalée par une Partie adverse, y compris l'identification de ces personnes et la « gestion » des restes des personnes décédées sur le territoire d'une des parties.

Dans le même esprit, l'article 15 de la Convention instaure une coopération et une entraide de type humanitaire, avec pour objectif de « porter assistance aux victimes de disparition forcée » et de faciliter « la recherche, la localisation et la libération des personnes disparues et, en cas de décès, [...] l'exhumation, l'identification des personnes disparues et la restitution de leurs restes humains. »

G – Prévention

Ce chapitre renvoyait à des questions d'inégale importance : la protection désormais classique accordée aux personnes menacées d'éloignement du territoire, et qui risquent dans le pays de destination d'être soumis à un mauvais traitement – et en l'occurrence à une disparition forcée (1) ; la question centrale – et sans doute l'une des plus difficile de toutes – des garanties liées au régime de la détention, accordées à la fois aux détenus et aux personnes susceptibles de rentrer en contact avec lui (2) ; et enfin le problème, plus classique, mais non moins important en termes de prévention, de la formation des personnels de l'Etat (3).

1. - Protection en cas d'éloignement forcé du territoire (art. 16)

Le principe de non refoulement d'un réfugié en cas de risques de persécutions dans son pays d'origine était, de longue date, un principe bien établi du droit des réfugiés²²⁴. La

²²² La proposition était rédigée comme suit : « 3. L'entraide judiciaire peut notamment être refusée si l'Etat partie requis estime que l'exécution de la demande est susceptible de porter atteinte à sa souveraineté, à sa sécurité, à son ordre public ou à d'autres intérêts essentiels. »

²²³ V. compte rendu de la troisième session du Groupe (janvier 2004), 15 janvier 2004.

jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme au titre de ce que l'on a appelé la « protection par ricochet » en a étendu la portée de manière décisive : au titre de cette jurisprudence, un Etat engage sa responsabilité lorsqu'il éloigne de son territoire un étranger vers un pays dans lequel il existe des motifs sérieux de croire que cette personne sera soumise à un traitement contraire à l'article 3 de la Convention : torture, traitement ou peine cruels, inhumains ou dégradants. La Convention contre la torture a en quelque sorte codifié une partie des acquis de cette jurisprudence dans son article 3²²⁵. L'article 8 de la Déclaration de 1992 s'inspire de cette dernière disposition ; de même que l'article 15 du projet de convention, avec à chaque fois de petites variations²²⁶.

Le projet initial du Président reprenait grosso modo l'article 15 du projet de convention. D'emblée, l'Inde et les Etats-Unis exprimèrent leur réticence à l'égard de cette disposition, en considérant qu'elle allait au-delà de ce que prévoyait la Convention de Genève²²⁷. Dans le même sens, la Grande-Bretagne et le Canada s'interrogèrent sur l'extension de l'interdiction à l'extradition, alors que l'article 33 de la Convention de Genève ne vise que le refoulement ou l'expulsion²²⁸. Lors de la deuxième session formelle du groupe (janvier 2004), la délégation britannique demanda la suppression du paragraphe 2 de l'article « pour éviter toute politisation », tandis que plusieurs autres Etats demandèrent un alignement sur l'article 3 de la CAT²²⁹. Lors de la quatrième session, le Président fit une proposition modifiée, ajoutant notamment l'interdiction de la « remise » à celle de l'expulsion, du refoulement et de l'extradition, et modifiant quelque peu le libellé du deuxième paragraphe. Plusieurs Etats s'opposèrent à ce que les violations graves du droit humanitaire soient prises en compte pour l'évaluation de la situation sur le territoire de l'Etat (Chine, Etats-Unis, Pays-Bas), mais d'autres Etats (Suisse, Argentine, Chili, Mexique) défendirent vigoureusement cette mention. Surtout, le Canada et les Etats-Unis proposèrent de restreindre la portée de la clause, en y ajoutant

²²⁴ V. notamment l'article 33 de la Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés et sur cette question : D. Alland, C. Teitgen-Colly, *Traité du droit de l'asile*, Paris, Puf, 2002, pp. 224 et suiv.

²²⁵ Art. 3 CAT : « 1. Aucun Etat partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre Etat où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture. 2. Pour déterminer s'il y a de tels motifs, les autorités compétentes tiendront compte de toutes les considérations pertinentes, y compris, le cas échéant, de l'existence dans l'Etat intéressé, d'un ensemble de violations systématiques des droits de l'homme, graves, flagrantes ou massives ».

²²⁶ Art. 8 de la Déclaration : « 1. Aucun Etat n'expulse, ne refoule ni n'extrade une personne vers un autre Etat s'il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être victime d'une disparition forcée dans cet autre Etat. 2. Pour déterminer l'existence de tels motifs, les autorités compétentes tiennent compte de toutes les considérations pertinentes, y compris, le cas échéant, de l'existence, dans l'Etat intéressé, de situations qui révèlent des violations flagrantes, constantes et systématiques des droits de l'homme. » Art. 15 du projet de convention : « 1. Aucun Etat n'expulse, ne refoule ni n'extrade une personne vers un autre Etat s'il y a des motifs de croire qu'elle risque d'être victime d'une disparition forcée dans cet autre Etat. 2. Pour déterminer l'existence de tels motifs, les autorités compétentes tiennent compte de toutes les considérations pertinentes, y compris, le cas échéant, de l'existence dans l'Etat intéressé, de situations qui révèlent des violations graves, systématiques ou massives des droits de l'homme. »

²²⁷ V. compte rendu de la première session (janvier 2003), 10 janvier 2003.

²²⁸ *Id.*, 15 janvier 2003.

²²⁹ V. compte rendu de la 2^{ème} session, 15 janvier 2004. Pour sa part, l'Allemagne proposa de restreindre considérablement la portée du principe, avec la formulation suivante : « 1. No State party shall expel, return ("refouler") or extradite a person to another State if there are *cogent* grounds for believing that there is a *real risk* that an enforced disappearance will be committed against him or her in that State by the State to which the person has been expelled or with that State's authorization, support or acquiescence. »

le paragraphe 2 de l'article 33 de la Convention de 1951, qui prévoit des exceptions à l'obligation de non refoulement²³⁰. Cette suggestion ne fut pas retenue et un nouveau texte fut élaboré, pour répondre à certaines préoccupations liées au libellé du paragraphe 2. C'est cette dernière version qui fut finalement retenue, en tant qu'article 16 :

- « 1. Aucun Etat partie n'expulse, ne refoule, ne remet ni n'extrade une personne vers un Etat s'il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être victime d'une disparition forcée.
2. Pour déterminer s'il y a de tels motifs, les autorités compétentes tiendront compte de toutes les considérations pertinentes, y compris, le cas échéant, de l'existence, dans l'Etat intéressé, d'un ensemble de violations systématiques, graves, flagrantes ou massives des droits de l'homme ou de violations graves du droit international humanitaire. »

Mais ceci n'alla pas sans combats d'arrière-garde. Lors de la dernière session du groupe, l'Autriche proposa de supprimer la référence à l'extradition, soulevant les protestations de l'Uruguay, de la Suisse et du Mexique. Puis, avec plus de succès, les Etats-Unis, appuyés par la Russie et l'Algérie revinrent sur leur proposition de référence au paragraphe 2 de l'article 33 de la Convention sur les réfugiés. Par esprit de consensus, le groupe s'accorda finalement sur une mention de « non préjudice » dans le rapport final²³¹.

2. - Mesures liées à la détention (art. 17, 18, 19, 20, 21 et 22)

Il s'agit là du dispositif central de la Convention sur le plan substantiel. Les quatre premiers articles sont d'ailleurs parmi ceux qui ont donné le plus de mal aux négociateurs, la discussion s'étant prolongée jusqu'à la dernière session. L'ensemble des mesures et des obligations qui sont y sont énumérées ont pour objet de *prévenir* la disparition forcée, en instituant un certain nombre de garanties permettant d'empêcher le « déni de la reconnaissance de la privation de liberté » ou « la dissimulation du sort réservé à la personne disparue ou du lieu où elle se trouve » et sa soustraction à la protection de la loi (voir *supra* I. – B. Définition).

Ce dispositif était déjà esquissé dans ses grands principes dans le cadre de la Déclaration de 1992 (articles 9 à 12) et, de manière plus réduite, dans la Convention IADF (articles X et XI). Cette esquisse a été développée dans le projet de convention (articles 20 à 23).

²³⁰ V. compte rendu de la 4^{ème} session (janvier-février 2005), 1^{er} février 2005 et rapport annuel du groupe de travail pour 2005, article 15 bis, §§ 72-75.

²³¹ V. compte rendu de la cinquième session (septembre 2005), 19 septembre 2005 et rapport du groupe en 2006, E/CN.4/2006/57, §§ 125-128 et en part. § 128 : « Il a été décidé de ne pas introduire d'amendements au texte proposé par la Présidence et de consigner dans le présent rapport que cet article est sans préjudice des dispositions de la Convention relative au statut de réfugiés. » Les Etats-Unis sont revenus sur leur « réserve persistante » dans leur déclaration finale, placée dans l'annexe II du rapport.

Quelles sont ces garanties ?

*Une première série de garanties a trait à la réglementation de la détention provisoire*²³².

Le pouvoir de placer une personne en détention doit être étroitement encadré : la législation doit prévoir des règles qui « permettent de désigner les agents du gouvernement habilités à ordonner des privations de liberté » et qui « fixent les conditions dans lesquelles de tels ordres doivent être donnés [...] » (art. 12 § 1 de la Déclaration et art. 21 du projet de convention). A cela, la Déclaration et le projet de convention ajoutaient l'exigence d'un « contrôle strict, s'effectuant selon une hiérarchie bien déterminée [...] sur tous ceux qui procèdent à des appréhensions, arrestations, détentions, gardes à vue, transferts et emprisonnements [...] » : il s'agit de l'un des seuls éléments qui n'ait pas été repris dans la Convention²³³.

Le placement en détention doit être effectué « dans des lieux de détention officiellement reconnus » (art. 10 § 1 de la Déclaration, art. XI § 1 de la Convention IADF et art. 22 § 1 du projet de convention).

Le pouvoir de placer une personne en détention doit par ailleurs faire l'objet d'un contrôle judiciaire. Cette exigence était exprimée dans les trois textes de deux manières différentes : d'abord par l'obligation de déférer la personne détenue à une autorité judiciaire, conformément à la législation nationale, peu après son arrestation » (art. 10 § 1 de la Déclaration, art. XI § 1 de la Conv IADF et article 22 § 1 du projet de convention) ; ensuite, par la reconnaissance d'un « droit à un recours judiciaire rapide et efficace, pour déterminer l'endroit où se trouve une personne privée de liberté ou son état de santé et/ou pour identifier l'autorité qui a ordonné la privation de liberté ou y a procédé » (art. 9 § 1 de la Déclaration, art. X § 1, deuxième phrase de la Convention IADF et art. 20 du projet de convention)²³⁴.

Ce faisant, ces textes mêlaient en fait trois thématiques connexes, évoquant toutes les trois certains aspects des procédures d'*habeas corpus* en vigueur dans la plupart des pays de *common law* : d'abord, la traduction de la personne détenue devant « un juge ou une

²³² Les citations sont tirées de la Déclaration, sauf indications contraires, mais la référence des dispositions correspondantes des deux autres textes est indiquée.

²³³ On peut aussi mentionner les paragraphes 3 et 4 de l'article 21 du projet de convention. Le premier stipule que « [l]es mesures d'arrestation, de détention ou d'emprisonnement ne sont appliquées qu'en stricte conformité avec les dispositions de la loi et par les autorités compétentes ou les personnes habilitées à cet effet » et le second est une disposition de non préjudice au bénéfice de garanties plus élevées. L'un et l'autre sont calqués respectivement sur les principes 2 et 3 de l'Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement (Assemblée générale, résolution 43/173 du 9 décembre 1988).

²³⁴ En fait la Déclaration ne reconnaît pas vraiment un « droit » à un recours : elle se borne à reconnaître que ce droit est « nécessaire ». La Convention IADF reconnaît le caractère indérogeable de ce droit en cas de circonstances exceptionnelles. A ces deux dispositions, le projet de convention en ajoute une troisième, à travers une formule assez vague, tirée du Principe 4 de l'Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement : « Toute forme de privation de liberté et toute mesure mettant en cause les droits individuels d'une personne soumise à une forme quelconque de privation de liberté doivent être décidées soit par une autorité judiciaire ou autre compétente, soit sous son contrôle effectif » (art 21 § 5).

autre autorité habilitée par la loi à exercer des fonctions judiciaires » et ceci « dans le plus court délai », conformément au paragraphe 3 de l'article 9 du PIDCP ; ensuite, le droit à un recours devant un tribunal « afin que celui-ci statue sans délai sur la légalité de sa détention et ordonne la libération si la détention est illégale, aux termes du paragraphe 4 de l'article 9 du PIDCP, qui représente le recours en *habeas corpus* au sens strict ; enfin le recours judiciaire permettant d'obtenir certaines informations sur le lieu de détention, l'identité de l'autorité ayant ordonné la détention etc. et à l'occasion duquel le juge peut-être amené à se déplacer *in situ* pour vérifier la présence du détenu : ce que l'on pourrait appeler, autrement dit, un recours en *habeas data*.

Ce dernier aspect est en fait beaucoup plus lié à la *deuxième série de garanties et qui sont relatives au droit à l'information sur la détention*. Le recours judiciaire en vue d'obtenir des informations sur la détention et sur le détenu en est la pièce centrale. A côté se situent trois autres garanties : la communication par les autorités des informations pertinentes à sa famille, son conseil ou toute autre personne de son choix, « sauf volonté contraire manifestée par les personnes privées de liberté » (art. 10 § 2 de la Déclaration et art. 22 § 2 du projet de convention) ; la tenue d'un registre officiel de détention, mis à la disposition des personnes ayant un intérêt légitime ainsi que de toute autorité habilitée (art. 10 § 3 de la Déclaration, XI § 2 de la Conv IADF et 22 du projet de convention)²³⁵ ; la libération de la personne « dans des conditions qui permettent de vérifier avec certitude qu'elle a été effectivement relâché et, en outre, qu'elle l'a été de telle manière que son intégrité physique et sa faculté d'exercer pleinement ses droits sont assurés. » (art. 11 de la Déclaration et 23 du projet de convention).

Enfin, *une troisième série de garanties concerne la sanction des manquements aux diverses obligations pesant sur les agents d'exécution des lois* : entrave ou obstruction aux recours pouvant être exercés en lien avec la détention (article 20 § 3 du projet de convention) ; refus de délivrer des informations relatives à la privation de liberté (art. 12 § 1 de la Déclaration et art. 21 § 1 du projet de convention).

La nouvelle Convention reprend ces différentes garanties, les réaménage et clarifie certains points problématiques. L'article 17 englobe les garanties liées à la détention et l'obligation de tenir un registre des personnes privées de liberté. Les articles 18, 19 et 20 réglementent le « droit de savoir » des proches et des autres personnes ayant un intérêt légitime. L'article 21 concerne la remise en liberté. Et l'article 22 la prévention et la sanction des comportements qui contreviennent aux obligations posées dans les articles précédents.

²³⁵ A cela le projet de convention ajoutait une disposition obligeant les Etats parties à publier périodiquement des listes recensant les lieux de privation de liberté et imposant des inspections régulières « par des personnes qualifiées expérimentées », reprenant sur ce dernier point la règle 55 de l'Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus (premier Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, Genève, 1955) et le principe 29 de l'Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement.

a. - L'article 17

i) Le premier paragraphe de l'article 16 contient l'affirmation solennelle d'un nouveau droit de l'homme : « Nul ne sera détenu en secret »²³⁶. Tel qu'il se présente, ce droit apparaît comme ne pouvant faire l'objet de limitations, contrairement au « droit à l'information » ou « droit de savoir » prévu par l'article 18, dont les limitations sont régies par les articles 19 et 20. Rien n'est dit quant à son régime en cas de circonstances exceptionnelles. Il y a toutefois de fortes raisons de penser que l'on puisse le qualifier d'indérogeable. Cela ressort tout autant de sa formulation que du caractère indérogeable de deux recours qui sont par la suite établis : le recours en *habeas corpus* et le recours pour l'obtention d'informations ou *habeas data*.

ii) Le deuxième paragraphe de l'article énumère les différentes garanties liées à la privation de liberté qui s'imposent pour prévenir les disparitions forcées. Il est précisé au début du paragraphe que ces garanties sont « sans préjudice des autres obligations internationales de l'Etat partie en matière de privation de liberté, ce qui renvoie notamment aux articles 9 et 10 du PIDCP, mais aussi, par exemple, à l'article 11 de la CAT. Cette disposition a fait l'objet d'améliorations substantielles pendant les discussions. Le texte proposé par la présidence à l'origine²³⁷ contenait les trois premiers alinéas (a, b et c) et mentionnait le droit à l'*habeas corpus*, mais au bénéfice de la seule personne privée de liberté ce qui, en matière de disparition forcée, se révèle d'une assez faible utilité. En revanche, il contenait une mention du droit d'être traduit dans le plus court délai devant un juge, qui a disparu dans le texte définitif, sans inconvénient aucun puisqu'il s'agissait d'une simple redite de l'article 9 § 3 du PIDCP. Le texte définitif livre tout d'abord une version révisée particulièrement remarquable du texte sur l'*habeas corpus*. Sa portée a été considérablement élargie par rapport à celle qui résultait de l'article 9 § 4 du PIDCP. Ainsi, en vertu de l'article 17 § 2 f), tout Etat partie « [g]arantit à toute personne privée de liberté et, en cas de soupçon de disparition forcée, la personne privée de liberté se trouvant dans l'incapacité de l'exercer elle-même, à toute personne ayant un intérêt légitime, par exemple les proches de la personne privée de liberté, leur représentant ou leur avocat, en toute circonstance, le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin que celui-ci statue à bref délai sur la légalité de la privation de liberté et ordonne la libération si cette privation de liberté est illégale. »

Tout la difficulté a bien entendu consisté à introduire la possibilité de l'exercice du recours par un tiers. Une version intermédiaire du texte prévoyait simplement que le recours pouvait être exercé soit par la personne privée de liberté soit par une personne disposant d'un intérêt légitime. Assez curieusement, c'est l'Allemagne qui monta au créneau contre cette formulation, au motif qu'elle aurait multiplié les possibilités de recours de manière inappropriée²³⁸. Pour tenter de satisfaire ses revendications, la

²³⁶ Ce paragraphe a été introduit assez tardivement dans la discussion, lors de la 4^{ème} session formelle (janvier-février 2005), probablement, à l'origine, sur une suggestion de M. Manfred Nowak (v. compte rendu de la quatrième session, 2 février 2005 et les propositions de la présidence en date du 18 février 2005, E/CN.4/2005/WG.22/MISC.15.REV.2)

²³⁷ V. le document de travail du 1^{er} décembre 2003, préparé en vue de la deuxième session formelle de janvier 2004.

²³⁸ V. compte rendu de la 4^{ème} session formelle (janvier-février 2005), 10 février 2005.

présidence modifia le texte comme suit : « garantit à toute personne privée de liberté *et, en cas de présomption de disparition forcée*, à toute personne ayant un intérêt légitime, en toute circonstance, le droit d'introduire [...] », ce qui permettait de soumettre à une condition de présomption de disparition l'exercice par un tiers du recours. Cette proposition était en soi dangereuse, parce qu'elle n'indiquait pas qui ou quelle autorité devrait décider de l'existence de la « présomption de disparition forcée ». Un Etat pouvait très bien interpréter cette disposition comme l'autorisant à soumettre le droit pour un tiers d'exercer un recours en *habeas corpus* au constat d'une présomption de disparition établie, par exemple, par le ministère public. Ce qui dans certaines situations reviendrait à rendre le droit virtuel. L'Allemagne n'était de toute façon pas satisfaite de cette proposition. Lors de la dernière relecture du texte, elle fit une nouvelle proposition tendant à remplacer le membre de phrase du président par les termes « sauf si la privation de liberté est sous contrôle judiciaire » : ainsi le recours par un tiers serait possible, à moins que la privation de liberté ne soit sous contrôle judiciaire. Cette notion de « contrôle judiciaire » était elle-même très vague : elle pouvait être interprétée comme renvoyant tout autant au contrôle par un juge du siège que par un magistrat du parquet. La formule de consensus a pu être atteinte au prix de deux modifications, proposées par la France, en consultation avec plusieurs parties prenantes, dont l'Allemagne et la FIDH. D'abord le terme de « présomption » a été remplacé par celui de « soupçon », qui renvoie à une perception subjective, bien plus qu'à une catégorie juridique et ne demande donc pas à être « établi » par une quelconque autorité²³⁹. Ensuite, un élément objectif a été ajouté, qui joue comme une alternative à l'élément subjectif : « la personne privée de liberté se trouvant dans l'incapacité de l'exercer elle-même ». Le simple constat de cette incapacité, doublé ou non du « soupçon » de disparition forcée, permettra aux tiers d'exercer eux-mêmes un recours en *habeas corpus*.

Il faut remarquer enfin que c'est à cet alinéa que la notion de « personne ayant un intérêt légitime » est définie à l'aide d'une liste indicative. Dans une première version du texte, cette définition se trouvait dans la disposition relative au « droit de savoir » (article 18). Elle a été avancée dans le texte pour une meilleure lisibilité. Au titre des deux dispositions, donc, les « personnes ayant un intérêt légitime » sont « par exemple les proches de la personne privée de liberté, leur représentant ou leur avocat ». Dans leur déclaration prononcée devant le Conseil des droits de l'Homme, les Etats-Unis ont noté que l'article 17 présentait le risque de rentrer en conflit avec le droit national de certains Etats et qu'en conséquence, ils interprétaient la notion de « personnes ayant un intérêt légitime » conformément avec au droit interne de ces Etats²⁴⁰.

Deux autres dispositions viennent s'ajouter par rapport à la version initiale du texte.

La première prévoit que l'Etat « garantit l'accès aux lieux de privation de liberté de toute autorité et institution compétente habilitées par la loi, si nécessaire avec l'autorisation préalable d'une autorité judiciaire ». Cette compétence de visite *in situ* était, dans la Déclaration, liée au recours en *habeas corpus*²⁴¹. Elle devient ici une garantie autonome.

²³⁹ V. le rapport du groupe pour 2006, E/CN.4/2006/57, § 133.

²⁴⁰ V. la note verbale contenue dans le document A/HRC/1/G/1.

²⁴¹ Le paragraphe 2 de l'article 9 stipulait : « Dans le cadre de ce recours [prévu au paragraphe 1], les autorités nationales compétentes ont accès à tous les lieux où se trouvent des personnes privées de liberté ».

La Déclaration l'attribuait également à « toute autre autorité compétente habilitée par [...] tout instrument juridique international auquel cet Etat est partie », ce qui visait implicitement le Comité européen pour la prévention de la torture et, à l'époque, tout mécanisme équivalent qui pourrait par la suite être mis en place sur le plan universel²⁴². Entre 1992 et 2003, le protocole facultatif à la CAT a été adopté, qui crée un « sous comité contre la torture » chargé de mener des visites impromptues dans les prisons des Etats parties. La négociation de ce nouvel instrument a été particulièrement ardue aux Nations Unies, en raison de l'opposition parfois radicale d'un certain nombre d'Etats, et en particulier de la Chine²⁴³. Cette dernière a également fait valoir ses fortes réticences dans le cadre de la négociation sur les disparitions forcées. Ceci explique que la référence à une autorité habilitée par un traité international ait disparue²⁴⁴. L'accès aux lieux de privation de liberté est donc ouvert à « toute autorité et institution compétentes habilitées par la loi », ce qui demeure très large et peut être compris notamment comme englobant un organe international dont la compétence serait déterminée par la loi, en application d'un traité international – ce qui du reste est le cas de figure le plus courant²⁴⁵. Un tel organe procède librement à l'inspection sur place et seulement « si nécessaire avec l'autorisation préalable d'une autorité judiciaire ». Cette précision a été ajoutée lors de la dernière relecture du texte, à la demande des Etats-Unis, avec pour objectif affiché de protéger d'éventuelles intrusions dans des lieux privés²⁴⁶.

La deuxième disposition nouvelle par rapport au texte initial est le d) par lequel l'Etat « garantit que toute personne privée de liberté sera autorisée à communiquer avec sa famille, son conseil ou toute autre personne de son choix, et à recevoir leur visite, sous la seule réserve des conditions établies par la loi, et s'il s'agit d'un étranger à communiquer avec ses autorités consulaires, conformément au droit international applicable ». Il s'agit là d'une idée nouvelle. La Déclaration et le projet de convention contenaient toutes deux une disposition spéciale relative à l'obligation de communication par l'Etat d'un certain nombre d'informations à l'avocat ou aux proches de la personne détenue : mais il s'agissait du substrat de ce qui par la suite se développera sous la forme d'un « droit de

[...] » (Nous soulignons).

²⁴² V. aussi projet de convention, art. 21 § 6 : « Les autorités compétentes *nationales ou internationales*, ont accès à tous les lieux où il y a des raisons de croire que des personnes privées de liberté peuvent se trouver. » (Nous soulignons).

²⁴³ V. l'historique de la négociation dans : Institut Interaméricain des Droits de l'Homme, Association pour la Prévention de la Torture, *Le Protocole facultatif à la Convention des Nations Unies contre la Torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Un manuel pour la prévention*, Genève, 2004, disponible sur le site de l'APT : <http://www.apt.ch>.

²⁴⁴ On peut remarquer cependant que la référence à un organe international a été maintenue dans la disposition consacrée aux registres (v. *infra*).

²⁴⁵ Dans la version initiale de la disposition, seules étaient visées les « autorités judiciaires » (v. les textes de mai et de juin 2004). En février 2005, cette formulation est remplacée par « toute autorité compétente et [...] toute institution habilitée par la loi », ce qui était d'une manière habile de dire implicitement qu'étaient visées, en plus des « institutions habilitées par la loi », toute autorité compétente, y compris les autorités compétentes en vertu d'un traité international (v. le document de séance E/CN.4/2005/WG.22/MISC.13 du 2 février 2005). Ce n'est que lors de la dernière relecture du texte, lors de la cinquième session, en septembre 2005, qu'une délégation a proposé la formulation définitive, qui implique que les « institutions » tout comme les « autorités » doivent être à la fois « compétentes » et « habilitées par la loi » (v. rapport E/CN.4/2006/57, § 131).

²⁴⁶ V. compte rendu de la 5^{ème} session (septembre 2005), 19 septembre 2005 et rapport E/CN.4/2006/57, § 131.

savoir ». En revanche, aucune disposition ne posait le *droit* de la personne privée de liberté de communiquer avec son avocat et ses proches et encore moins de recevoir leur visite. On doit au CICR d'avoir mis le doigt sur cette lacune importante alors même que, comme le soulignait le Mexique, c'est précisément l'absence de communication avec le monde extérieur qui caractérise la disparition forcée²⁴⁷. Or, s'il trouve des précédents en droit humanitaire²⁴⁸, la reconnaissance conventionnelle d'un droit de communication aussi étendu constitue une innovation dans le domaine des droits de l'Homme : le Pacte ne garantit que le droit de communiquer « avec le conseil de son choix », et cela uniquement dans le contexte de l'article 14 (droit à un procès équitable pour une personne faisant l'objet d'une « accusation en matière pénale ») et non dans celui de l'article 9 (arrestation et détention provisoire)²⁴⁹. Ce droit de communication est cependant conditionné, dans la mesure où il s'exerce « sous la seule réserve des conditions établies par la loi »²⁵⁰.

iii) Le troisième paragraphe de l'article 17 concerne les registres officiels contenant des informations sur les personnes privées de liberté. Cette obligation d'établir des registres est centrale dans le régime de la détention²⁵¹ et son importance dans la prévention des disparitions forcées a été maintes fois soulignée par les différents organes de contrôle et les juridictions qui ont eu à connaître de cas de disparitions forcées²⁵². L'obligation

²⁴⁷ V. compte rendu de la 2^{ème} session formelle du groupe (janvier 2004), 15 janvier 2004.

²⁴⁸ V. le chapitre VIII de la Convention IV de Genève du 12 août 1949 relative à la protection des personnes civiles en tant de guerre et notamment les articles 106 (communication avec la famille et avec l'Agence centrale de renseignements) et 116 (visites des proches ou dans la famille).

²⁴⁹ On peut toutefois noter que la jurisprudence et certains textes de *soft law* tendent à étendre cette garantie à la phase couverte par l'article 9 – c'est à dire avant la mise en accusation du détenu : v. not. les *Principes de base relatifs au barreau* qui prévoient que « toute personne arrêtée ou détenue, qu'elle fasse ou non l'objet d'une inculpation pénale, pourra communiquer promptement avec un avocat et en tout cas dans un délai de 48 heures à compter de son arrestation ou de sa mise en détention » (§ 7) ; et la jurisprudence du Comité des droits de l'Homme, par ex. comm. n°176/1984, *Walter Lafuente Penarrieta et al c/ Bolivie*, 2 novembre 1987, Sélection vol. II, p. 211 : les requérants ont été arrêtés par les forces armées boliviennes et détenus au secret pendant 44 jours, aux termes desquels ils ont pu communiquer avec un avocat. Le Comité reconnaît de ce fait une violation du paragraphe 3b de l'article 14.

²⁵⁰ Une première version du texte, en décembre 2004, garantissait que la personne privée de liberté était autorisée à communiquer, « lorsque cette communication n'est pas incompatible avec le but de la détention », ce qui laissait une grande latitude aux autorités de détention pour interdire cette communication. Une deuxième version du texte, de janvier 2005, reconnaît le droit « sous réserve de conditions ou de restrictions raisonnables ». Le CICR, dans un document du 2 février 2005, propose d'ajouter à ce membre de phrase « established by law or lawful regulations ». Le Président ne reprend dans sa compilation suivante que l'idée de légalité. Lors de la dernière relecture du texte, le Mexique propose d'y ajouter « sous réserve du caractère temporaire et raisonnable de ces conditions. » Le Président n'accepte pas la modification mais fait consigner l'interprétation du Mexique dans le rapport. V. E/CN.4/2006/57, § 130.

²⁵¹ V. notamment l'Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus, adopté par le premier Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, Genève, 1955, Principe 7, ainsi que l'Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement, résolution 43/173 de l'Assemblée générale, Principe 12.

²⁵² V. par ex. Cour E.D.H., *Affaire Kurt c. Turquie*, 25 mai 1998, § 125 : « Pour la Cour, ne pas consigner de données telles que la date et l'heure de l'arrestation, le lieu de la détention, le nom du détenu ainsi que les raisons de la détention et l'identité de la personne qui y a procédé doit passer pour incompatible avec l'objectif même de l'article 5. » V. aussi les observations générales du Groupe de travail sur les disparitions forcées sur l'article 10 de la Déclaration de 1992 : E/CN.4/1997/34, § 22.

d'enregistrement est également une pièce centrale du dispositif que le droit international humanitaire consacre aux « personnes disparues »²⁵³.

Les dispositions pertinentes de la Déclaration, de la Convention IADF et du projet de convention imposent la création de registres officiels tenus à jour « dans tout lieu de détention » (art. 10 § 3 de la Déclaration) ou « dans tout lieu où se trouvent des personnes privées de liberté » (art. 22 § 3) et la mise à disposition des informations figurant sur ces registres non seulement aux autorités « compétentes » judiciaires ou non, nationales ou internationales, mais aussi de toutes les personnes ayant un intérêt légitime, à savoir essentiellement les membres de la famille et l'avocat. Par ailleurs, la Déclaration et le projet de convention imposent, en plus de la création de registres particuliers, la mise en place d'un registre centralisé « du même type ».

Au sein du groupe de travail, cette dernière obligation a très vite soulevé les objections des Etats fédéraux, dans lesquels les compétences liées à la détention provisoire des suspects sont souvent remises aux Etats fédérés²⁵⁴. La solution sur ce point, dégagée très rapidement, a consisté à rester dans le flou, en invoquant simplement « l'établissement et la tenue à jour d'un ou plusieurs registres officiels et/ou dossiers officiels des personnes privées de liberté », ce qui permet d'adapter l'obligation à toutes les configurations institutionnelles possibles²⁵⁵.

Mais le point le plus difficile résidait dans l'obligation de mise à disposition des informations figurant sur les registres, trouvant sa contrepartie dans le fameux « droit de savoir » des avocats et des familles. D'emblée, la discussion s'est engagée sur trois dispositions : la première mentionnait l'obligation pour les Etats parties de prendre les mesures nécessaires pour que les personnes « ayant un intérêt légitime » reçoivent communication d'un certain nombre d'informations, dont une liste minimale était donnée ; la seconde imposait à l'Etat d'établir et de tenir à jour « un ou plusieurs registres officiels » et de mettre à disposition les informations figurant sur ces registres « à la disposition des personnes et autorités » mentionnées aux paragraphes précédents ; et la troisième reconnaissait le droit pour « toute personne ayant un intérêt légitime » d'exercer un « recours effectif pour obtenir les informations visées » dans les deux dispositions précédentes, ce droit ne pouvant être « suspendu ou limité en aucune circonstance ». Il s'agissait du recours pour l'obtention d'informations mentionné dans la Déclaration et le projet de convention, mais qui ici devait s'entendre « sans préjudice de l'examen de la légalité de la privation de liberté », c'est à dire comme un recours distinct du recours en *habeas corpus*.

La principale objection soulevée par les Etats au sein du groupe de travail – et cela dès le début des négociations – fut la protection de la vie privée : un détenu pouvait souhaiter lui-même que ses proches ne sachent rien de sa détention et donc vouloir qu'aucune

²⁵³ V. la Section V du Chap. XII de la Convention de Genève IV « Bureaux et Agence centrale de renseignements » et l'art. 33 du Protocole I aux Conventions de Genève.

²⁵⁴ V. compte rendu de la première session (janvier 2003), 14 janvier 2003 : interventions de l'Allemagne, des Etats-Unis, de l'Inde, de la Chine, du Canada et de la Suisse.

²⁵⁵ V. notamment l'intervention du Congo à propos de l'expression « dossiers officiels » : compte rendu de la 4^{ème} session (janvier-février 2005), 2 février 2005.

information ne leur soit communiquée, même s'ils en faisaient la demande. Cet argument de la protection de la vie privée a constitué un fil rouge dans les discussions relatives au droit de savoir. Certains l'invoquaient avec bonne foi, d'autres avec beaucoup moins de sincérité. A côté de cet objectif dont personne ne contestait la légitimité, d'autres motifs possibles de restriction furent également invoqués, comme la « sécurité publique » ou le bon déroulement de l'enquête policière²⁵⁶. Il était en tout cas évident que « le droit de savoir » devrait être soumis à certaines restrictions. On risquait alors de se retrouver dans une impasse : l'élément constitutif de la disparition forcée étant le refus d'informer sur la privation de liberté, comment prévenir efficacement les disparitions tout en admettant certaines restrictions au droit à l'information ? Il serait ensuite facile pour les autorités d'invoquer la volonté du détenu, voire – mieux encore – des exigences liées à la « sécurité publique », pour nier la détention.

A partir de là, les discussions se sont développées dans deux directions. D'abord la nécessité s'est faite sentir de détailler au maximum le type d'informations accessibles, que ce soit au titre du droit d'accès à l'information ou au titre de la tenue à jour des registres²⁵⁷. Ensuite, il a semblé nécessaire au Président de dissocier la question des registres de celle du « droit de savoir » et par conséquent de créer un nouvel article 16 bis, consacré au droit de savoir, la question des registres étant maintenue à l'article 16. Pourquoi cette distinction ? Au départ, l'idée était de circonscrire au maximum la question problématique de l'accès aux informations, avec cette conséquence que l'on n'en traiterai plus dans la disposition relative aux registres : celle-ci ne contiendrait plus que l'obligation principale de création et de tenue à jour, ainsi qu'une liste minimale d'informations devant figurer sur les registres. C'est de cette idée que procèdent les propositions faites dans les documents qui ont circulé avant le début de la 4^{ème} session formelle (janvier-février 2005). Puis est venue l'idée de distinguer en quelque sorte entre deux « guichets » : le premier donnant accès directement aux registres, et réservé aux autorités de l'Etat ou à toute autre « autorité compétente », sans aucune restriction possible ; et le second, ouvert aux personnes « ayant un intérêt légitime », ne donnant accès qu'à un certain nombre d'informations, cet accès pouvant toutefois être soumis à certaines restrictions. Ceci explique que, dans le texte définitif, le paragraphe 3 de l'article 17 soit consacré uniquement aux registres, là où l'article 18, suivi des articles 19 et 20 est consacré au droit de savoir et aux restrictions qui peuvent y être apportées.

Il est prévu que les registres doivent contenir « au moins » les informations suivantes :

- a) L'identité de la personne privée de liberté ;
- b) La date, l'heure et l'endroit où la personne a été privée de liberté et l'autorité qui a procédé à sa privation de liberté ;

²⁵⁶ L'ensemble de ces arguments sont très vite apparus dans les discussions : v. compte rendu de la première session du groupe (janvier 2003), 14 janvier 2003, les discussions sous « information sur la détention ».

²⁵⁷ Le CICR a fait, sur ce point, des propositions lors de la deuxième session qui ont été reprises par le Président dans son document de travail. V. document E/CN.4/2004/WG.22/Misc.29 du 19 janvier 2004 pour les propositions du CICR et doc. E/CN.4/2004/WG.22/Misc.43 du 22 janvier 2004 pour les propositions de la présidence. Le document du Président ajoute certaines informations au titre du droit d'accès qui ne figuraient pas dans la proposition du CICR.

- c) L'autorité ayant décidé la privation de liberté et les motifs de la privation de liberté²⁵⁸ ;
- d) L'autorité assurant le contrôle de la privation de liberté ;
- e) Le lieu de privation de liberté²⁵⁹, le jour et l'heure de l'admission dans le lieu de privation de liberté et l'autorité responsable du lieu de privation de liberté²⁶⁰ ;
- f) Les éléments relatifs à l'intégrité physique de la personne privée de liberté ;
- g) En cas de décès pendant la privation de liberté, les circonstances et les causes du décès et la destination des restes humains²⁶¹ ;
- h) Le jour et l'heure de la libération ou du transfert vers un autre lieu de détention, la destination et l'autorité chargée du transfert.

Par ailleurs ces registres doivent être « sur demande, rapidement mis à la disposition, de toute autorité judiciaire ou de toute autre autorité ou institution compétente habilitée par la législation de l'Etat partie concerné ou par tout instrument juridique international pertinent auquel l'Etat concerné est partie. » Cette fois, on retrouve la mention des organes internationaux compétents. En vain, la Chine a tenté jusqu'à la dernière minute d'ajouter le membre de phrase « et dont il a reconnu la compétence ». Mais le Président a eu beau jeu de lui répondre que ce qui était visé dans cette phrase, c'était l'instrument juridique et non l'organe, et que la compétence de l'organe étant réglé par l'instrument, il n'était pas nécessaire de la mentionner ici²⁶². La Chine a également tenté, lors de la quatrième session du groupe (janvier 2005) d'ajouter un paragraphe supplémentaire prévoyant des restrictions à l'accès au registre²⁶³. Mais cette suggestion n'a pas été retenue : cela marque nettement la différence avec les articles suivants, consacrés au « droit de savoir »²⁶⁴.

b. - Articles 18, 19 et 20

C'est ici le nœud gordien de la Convention. Pas question, cependant, de le trancher d'un coup d'épée. La diplomatie normative ne saurait se satisfaire de solutions simplistes. La solution trouvée est donc complexe. Mais elle n'en a pas moins le mérite de démêler ce qui, a priori, paraissait inextricable. Il fallait, on l'a dit, concilier deux exigences contradictoires : empêcher la dissimulation de la privation de liberté constitutive de la disparition forcée par la reconnaissance d'un droit à l'information au bénéfice de l'avocat et des autres personnes ayant un intérêt légitime ; ménager certaines restrictions à ce

²⁵⁸ Le deuxième membre de phrase est issu d'une proposition du CICR. V. compte rendu de la 4^{ème} session (janvier-février 2005), 2 février 2005.

²⁵⁹ A été ajouté sur une proposition du Mexique. V. compte rendu de la 4^{ème} session, 2 février 2005.

²⁶⁰ Il était écrit dans le document du Président : « et l'identité de l'officier qui a procédé à la détention de la personne », mais plusieurs délégations ont estimé qu'il n'était pas opportun de faire circuler le nom de l'officier, qu'il suffisait d'indiquer « l'autorité » dont il dépendait (v. interventions de l'Angola, du Canada, mais aussi du Mexique...). Plusieurs délégations se sont opposées à cette proposition d'amendement, mais finalement l'idée a été retenue. V. compte rendu de la 4^{ème} session, 2 février 2005.

²⁶¹ Le dernier membre de phrase « et la destination des restes humains » est issu d'une proposition de l'Italie : cf. compte rendu de la 4^{ème} session, 2 février 2005.

²⁶² V. compte rendu de la 5^{ème} session (septembre 2005), lundi 19 septembre 2005.

²⁶³ V. document E/CN.4/2005/WG.22/Chine.2 du 7 février 2005, proposition pour un nouveau paragraphe 3 : « In no circumstances, the provisions of the above 2 paragraphs shall prejudice the national law regarding national security, judicial proceedings and privacy. »

²⁶⁴ V. à cet égard l'intervention de la Suisse, compte rendu de la 4^{ème} session, 2 février 2005.

droit, au nom de la préservation de certains intérêts, et notamment de la vie privée de la personne détenue, mais aussi de la « sécurité publique » ou du bon déroulement des enquêtes criminelles. Le premier élément de la solution consistait à réinsérer dans le texte une disposition reprenant pour l'essentiel l'idée d'un *habeas data*, telle que formulée dans le paragraphe 1 de l'article 9 de la Déclaration. Le deuxième élément impliquait de rédiger les clauses de restrictions de telle sorte qu'elles ne puissent pas être détournées de leur objectif par les autorités pour pratiquer la disparition forcée.

Une première tentative de formulation a été faite par le Président lors de la deuxième session formelle (janvier 2004). La proposition était celle d'un article 17 rédigé comme suit :

- « 1. Sans préjudice du droit de la personne accusée d'une infraction pénale à communiquer avec le conseil de son choix, les informations décrites au paragraphe 2 de l'article 16 peuvent légitimement être refusées si leur divulgation compromet gravement une enquête en cours ou si l'information est demandée à des fins autres que la recherche de la personne privée de liberté ;
2. Sans préjudice de l'examen de la légalité de la privation de liberté d'une personne, l'Etat partie garantit à toute personne visée au paragraphe 3 de l'article 12 le droit à un recours effectif pour obtenir les informations visées au paragraphe 2 de l'article 16. Ce droit à un recours ne peut être suspendu ou limité en aucune circonstance. »

C'était une bonne base de départ, mais qui n'en fut pas moins critiquée à la fois par les partisans de la protection de la sphère privée et par les délégations favorables à un accès illimité aux informations liées à la détention²⁶⁵.

Les négociations se poursuivirent donc, notamment en marge de la troisième session du groupe, en octobre 2004. Pendant toute cette période – et cela jusqu'au début de la quatrième session formelle en janvier-février 2005 – les propositions de la présidence s'articulent autour du maintien de la clause de recours en *habeas data* et de l'élaboration d'une clause de restriction exclusivement fondée sur des préoccupations liées à la préservation de la vie privée, à l'exclusion de tout autre but légitime²⁶⁶. Lors de la quatrième session, toutefois, de nombreuses modifications vont être apportées au texte. D'abord, la clause liée à la préservation de la vie privée est remplacée par deux paragraphes, qui visent spécifiquement à protéger les informations personnelles

²⁶⁵ V. notamment rapport de 2004, E/CN.4/2004/59, §§ 123-125 et le compte rendu de la 2^{ème} session (janvier 2004), 21 janvier 2004.

²⁶⁶ L'état de la négociation est notamment reflété dans le document de travail distribué pour servir de base aux discussions lors de la 3^{ème} session (octobre 2004) sous la cote E/CN.4/2004/WG.22/WP.2 : d'abord un nouveau paragraphe 3 est ajouté dans l'article 16 bis, ainsi libellé : « Afin de ne pas porter atteinte à la vie privée des personnes concernées, les informations fournies conformément au paragraphe 1 du présent article devront être adéquates et pertinentes par rapport à la finalité recherchée et ne devront pas être utilisées à des fins autres que la recherche de la personne privée de liberté. » Puis un nouvel article 17 reprend la clause sur le recours en *habeas data*. Enfin, un nouvel article III-O bis fait son apparition en fin de document : « Les informations personnelles, y compris les données médicales ou génétiques, qui sont transmises dans le cadre de la recherche d'une personne disparue ne peuvent pas être utilisées à d'autres fins que celle de la recherche de la personne disparue. »

recueillies lors de la recherche, et à empêcher qu'elles ne soient exploitées avec « pour effet de transgresser les droits de l'homme, les libertés fondamentales et la dignité humaine d'un individu ». Ce sont ces deux paragraphes – au départ intégrés à l'article 16 bis – que l'on retrouve aujourd'hui comme formant un article 19 autonome²⁶⁷. Ensuite, l'idée d'une clause autorisant le rejet de la demande d'information revient sur la table avec, en particulier, des revendications de la part de quelques Etats d'y insérer les préoccupations liées à la « sécurité nationale ». Le Président fit, dans un premier temps, une proposition qui ouvrait grand la porte à tous les abus possibles²⁶⁸. La discussion fut reportée pour la fin de la session. Entre-temps, plusieurs propositions alternatives furent déposées²⁶⁹. En s'inspirant de ces propositions, le Président soumit aux délégués une nouvelle formule, comme suit :

« Les Etats parties peuvent refuser les demandes d'informations visées à l'article 18, si nécessaire dans un Etat respectant l'état de droit et conformément à la loi, si la transmission de l'information porte atteinte à la vie privée ou à la sécurité d'une personne ou entrave le bon déroulement d'une enquête criminelle ou compromet sérieusement la sécurité publique. En aucun cas les Etats parties ne refusent l'information sur le fait que la personne est privée ou non de liberté et qu'elle est décédée ou non au cours d'une privation de liberté. »

L'idée était double : soumettre à des conditions de justification les restrictions possibles au droit à l'information et préciser qu'en tout état de cause, certaines informations ne pourraient jamais être dissimulées. L'idée de base recueillait l'approbation de la plupart des délégations. Mais il restait certains problèmes : la mention de la « sécurité publique », demandée par certains Etats comme la Chine – et jugée satisfaisante par l'Allemagne ! – heurtait de front l'expérience historique des Etats d'Amérique latine, durant laquelle la plupart des disparitions s'étaient abritées derrière cette excuse. Par ailleurs, la notion d'« état de droit » ne faisait pas non plus l'unanimité. Certains lui préféraient l'idée de « société démocratique ». Bref, aucun consensus ne se dégageait et le Président fut obligé de constater que cette question serait l'une de celle que l'on devrait résoudre en tout dernier, lors de l'ultime session du groupe, en septembre 2005²⁷⁰.

²⁶⁷ Art. 19 : « 1. Les informations personnelles, y compris les informations médicales ou génétiques, qui sont collectées et/ou transmises dans le cadre de la recherche d'une personne disparue ne peuvent pas être utilisées ou mises à disposition à d'autres fins que celle de la recherche de la personne disparue. Ceci est sans préjudice de l'utilisation de ces informations dans des procédures pénales concernant un crime de disparition forcée ni de l'exercice du droit d'obtenir réparation. 2. La collecte, le traitement, l'utilisation et la conservation d'informations personnelles, y compris les données médicales ou génétiques, ne doivent pas transgresser ou avoir pour effet de transgresser les droits de l'homme, les libertés fondamentales et la dignité humaine d'un individu. »

²⁶⁸ Reproduite dans le rapport de 2004 : E/CN.4/2005/66, § 89 : « 1. Les demandes d'informations visées à l'article 16bis peuvent être rejetées si la transmission de l'information porte atteinte à la vie privée ou à la sécurité de la personne privée de liberté ou entrave le bon déroulement d'une enquête criminelle. » L'Italie observa que cette phrase autorisait la disparition forcée à partir du moment où une enquête criminelle était en cours ! La Chine était prête à accepter la disposition telle quelle. V. compte rendu de la 4^{ème} session formelle (janvier-février 2005), 2 février 2005.

²⁶⁹ Proposition de l'Argentine, de l'Italie, du Mexique et du Chili : E/CN.4/2005/WG.22/Divers.2 du 3 février 2005 ; proposition du Canada : E/CN.4/2005/WG.22/Canada.4 du 4 février 2005 ; proposition de la FIDH : E/CN.4/2005/WG.22/FIDH.5

²⁷⁰ V. compte rendu de la 4^{ème} session du groupe de travail (janvier-février 2005), 11 février 2005. Et rapport

La négociation se poursuit donc durant toute la première semaine de la cinquième session. Le texte de base proposé par la Présidence se rapprochait de celui présenté en dernier lieu lors de la quatrième session, à ceci près que la notion de « société démocratique » avait remplacé celle d'Etat de droit. Dès le début de la session (12 septembre), un front de délégations gouvernementales et non gouvernementales proposèrent la suppression de cette disposition ou, tout au moins, son amélioration substantielle²⁷¹. D'autres délégations étaient prêtes à accepter le texte tel quel, tout en exprimant leur souhait de modifier tel ou tel aspect. Une nouvelle proposition modifiée fut donc présentée aux délégations par la présidence le 13 septembre au matin. Mais à nouveau, il fallu constater qu'elle ne réunissait pas le consensus²⁷². Pendant les jours qui suivirent, le groupe se concentra sur les fonctions de l'organe de suivi. Le vendredi, il se pencha à nouveau sur « l'article 20 », mais cette fois sur la base d'une proposition formulée par huit pays, qui allait s'avérer décisive :

« Si une personne est sous la protection de la loi, et la détention est sous contrôle judiciaire, le droit à l'information prévue à l'article 18 ne peut être limité qu'à titre exceptionnel et dans la stricte mesure où la situation l'exige et où la loi le prévoit, si la transmission de l'information porte atteinte à la vie privée ou à la sécurité de la personne, ou entrave le bon déroulement d'une enquête criminelle, ou d'une autre manière prévue par la loi et en conformité avec le droit international applicable et avec les objectifs du présent instrument. En aucun cas des restrictions au droit à l'information prévue à l'article 18 ne peuvent constituer un comportement défini à l'article 2 [c'est à dire une disparition forcée, ndla]²⁷³. »

Pour comprendre la dynamique qui mène au consensus, il faut se remettre dans le contexte du groupe : on est au dernier jour de négociation effective. La deuxième semaine de la session doit être consacrée entièrement à la relecture du texte article par article et à l'adoption du rapport. Et le Président a indiqué clairement qu'il s'agissait de la session de la dernière chance. Une pression énorme pèse donc sur tous les participants. Enfin, le Président, fidèle à la méthode qui a fait son succès durant tout ce processus, écoute poliment toutes les délégations formuler leurs propositions d'amendements et affirme tout aussi poliment son autorité, en choisissant *in fine* les propositions qu'il retient et celles qu'il rejette, voire en stoppant sur le champ certaines tentatives qui seraient de nature, selon lui, à mettre en danger un potentiel consensus, quitte à couper la parole à l'orateur²⁷⁴. Le panier de propositions retenues reflète un subtil équilibre, entre la

annuel pour 2005, E/CN.4/2005/66, §§ 89-95.

²⁷¹ Il s'agit de l'Argentine, de la Bolivie, de Chypre, du Chili, du Costa Rica, de l'Italie, du Mexique, de l'Uruguay, ainsi que d'Amnesty International, la CII, la FIDH et Human Rights Watch. V. compte rendu de la 5^{ème} session (septembre 2005), 12 septembre 2005.

²⁷² V. compte rendu de la 5^{ème} session, 13 septembre 2005.

²⁷³ Proposition de l'Allemagne, de l'Argentine, de la Bolivie, du Chili, du Costa Rica, du Honduras, de l'Italie et du Royaume-Uni : doc. E/CN.4/2005/WG.22/Divers.2

²⁷⁴ V. les débats résumés dans le compte rendu de la 5^{ème} session du groupe (septembre 2005), 16 septembre 2005. L'Egypte aurait souhaité supprimer la première partie de la première phrase : « Si une personne est sous la protection de la loi, et la détention est sous contrôle judiciaire », mais le Président lui répliqua immédiatement que cette phrase est un élément fondamental du consensus.

nécessité de préserver l'essence de la proposition des huit (et son aspect protecteur) et celle de donner des gages aux partisans d'une disposition permettant davantage de restrictions, de manière à ce que ces derniers puissent ressortir la tête haute de la négociation. Aussi le Président retient-il la proposition de l'Argentine de commencer la phrase par « Seulement dans les cas où une personne est sous la protection de la loi [...] » ce qui restreint plus encore les possibilités de restriction²⁷⁵. De même accepte-t-il la proposition de la Suisse de remplacer le terme « détention » par « privation de liberté », ce qui était nécessaire pour aligner le texte sur les autres dispositions de la Convention, qui utilisent toutes cette expression plus large que la première. Il retient également la proposition du Mexique tendant à ajouter, en fin de paragraphe, un renvoi à l'article 17 § 1 qui déclare désormais le droit de ne pas être détenu au secret : ainsi les restrictions ne devront-elles constituer ni une « disparition forcée » (article 2), ni une détention au secret. Il rejette, en revanche, la proposition du même Etat visant à remplacer la référence au « droit international applicable » par une référence plus spécifique au « droit international des droits de l'Homme » (proposition qui soulève les objections de la Belgique, du CICR, de l'Indonésie et du Chili). Mais il accepte la proposition de la Chine qui vise à supprimer, au paragraphe 2 de l'article 20 (consacré au recours en *habeas data*), le terme « simple » qualifiant le recours, par ailleurs « prompt et effectif ». Enfin, il reçoit favorablement la suggestion de l'Egypte, qui souhaite rajouter un « et » avant « si la transmission de l'information porte atteinte à la vie privée », proposition qui tend plutôt à renforcer la restriction aux restrictions qu'à l'affaiblir. L'équilibre est ainsi trouvé, le nœud est défait, en douceur : c'est la magie de la diplomatie !

« *Seulement dans le cas où une personne est sous la protection de la loi et où la privation de liberté est sous contrôle judiciaire, le droit aux informations prévues à l'article 18 peut être limité à titre exceptionnel, dans la stricte mesure où la situation l'exige et où la loi le prévoit, et si la transmission de l'information porte atteinte à la vie privée ou à la sécurité de la personne ou entrave le bon déroulement d'une enquête criminelle ou pour d'autres raisons équivalentes prévues par la loi, et conformément au droit international applicable et aux objectifs de la présente Convention. En aucun cas, ces restrictions au droit aux informations prévues à l'article 18 ne peuvent être admises si elles constituent un comportement défini à l'article 2 ou une violation du paragraphe 1 de l'article 17.* » (Nous soulignons ici les modifications retenues *in fine* par le Président).

Lors de l'adoption de l'article par le Groupe de travail, l'Argentine a fait consigner dans le rapport que « cet article ne peut en aucune manière être interprété, même pas dans des cas exceptionnels, dans le sens qu'il est possible de nier ou d'occulter des informations constitutives du crime de disparition forcée. En particulier, on ne peut pas nier ou occulter des informations sur le sort de la personne privée de liberté, y compris si la personne est en vie ou pas, son état de santé physique et mental et le lieu où elle se trouve. » Quant à la Grande-Bretagne, elle a affirmé devant le Conseil des droits de l'Homme, puis devant la Troisième Commission et enfin devant l'Assemblée générale, que les restrictions prévues

²⁷⁵ A une question de l'Algérie qui demande ce que signifie cette tournure, au cas où la personne ne se trouverait pas sous contrôle judiciaire, le Président répond que dans cette hypothèse, *il ne peut pas y avoir de restriction à l'information*. V. compte rendu de la 5^{ème} session (septembre 2005), 16 septembre 2005.

par cet article ne pouvait s'appliquer que dans les situations dans lesquelles une personne « n'est pas soustraite à la protection de la loi ». C'est à dire – selon l'interprétation britannique qui voit cette notion comme un élément constitutif à part entière de la disparition forcée – uniquement lorsque la personne ne se trouve pas en dehors « cadre des normes légales nationales de l'Etat relatives à la privation de liberté ou à la détention, conformes au droit international applicable. »²⁷⁶

c. - Les articles 21 et 22

Ces deux dispositions ont posé beaucoup moins de problèmes que les précédentes. Elles trouvaient des antécédents dans la Déclaration et dans le projet de convention²⁷⁷. L'essentiel des deux articles était déjà présent dans le document de travail de décembre 2003, préparé en vue de la deuxième session formelle (janvier 2004).

La première disposition, relative aux conditions de libération, contenait deux idées majeures : d'abord, l'Etat doit prendre les mesures nécessaires pour faire en sorte que la remise en liberté se déroule de telle sorte qu'il soit effectivement possible de vérifier avec certitude que la personne a été effectivement libérée. Ensuite, cette libération doit se faire de telle manière que l'intégrité physique de cette personne ainsi que sa faculté d'exercer pleinement ses droits doivent être assurés. L'article a été modifié dans le courant de la session de janvier 2004, pour former deux phrases au lieu d'une, de manière à bien distinguer ces deux idées. A également été ajoutée l'idée selon laquelle l'assurance de l'exercice des droits de la personne libérée s'entend « sans préjudice des obligations auxquelles [cette personne] peut être assujettie en vertu de la loi ». Pour terminer, la Chine a proposé avec succès, lors de la quatrième session formelle (janvier-février 2005) de remplacer « en vertu de la loi » par « en vertu de la législation nationale »²⁷⁸.

3 – Formation (article 23)

La Déclaration, la Convention IADF et le projet de convention comportaient des dispositions extrêmement brèves sur la formation²⁷⁹. L'article 23 de la Convention représente sur ce point un apport substantiel, et vient en même temps compléter la règle posée à l'article 6 § 2 en lien avec l'excuse de l'ordre reçu.

Le premier paragraphe de l'article 23 est issu d'une proposition des Etats-Unis faite lors de la première session du groupe²⁸⁰. Il dispose que l'Etat partie « veille » à ce que la

²⁷⁶ V. les déclarations de la Grande-Bretagne devant le Conseil (doc. A/HRC/1/SR.21), la Troisième Commission (doc. A/C.3/61/SR.45) puis devant l'Assemblée générale (doc. A/61/PV.82).

²⁷⁷ Cf. *supra*.

²⁷⁸ V. compte rendu de la 5^{ème} session, 10 février 2005 et rapport de 2005, E/CN.4/2005/66, §§ 95-96.

²⁷⁹ Art. 6 § 3 de la Déclaration : « La formation des agents chargés de l'application des lois doit mettre l'accent sur les dispositions ci-dessus ». Art. VIII § 2 ConvIADF : « The States Parties shall ensure that the training of public law-enforcement personnel or officials includes the necessary education on the offence of forced disappearances of persons. » Et art. 19 du projet de convention : « Les Etats parties veillent à ce que la formation du personnel ou des fonctionnaires publics chargés de l'application des lois comprenne l'apprentissage nécessaire sur les dispositions de la présente Convention. »

²⁸⁰ V. compte rendu de la première session (janvier 2003), 14 janvier 2003 et rapport de 2003, E/CN.4/2003/71, § 81.

formation d'un certain nombre de personnels « puisse inclure l'enseignement et l'information nécessaire concernant les dispositions pertinentes de la présente Convention », en vue de : « a) prévenir l'implication de ces agents dans des disparitions forcées ; souligner l'importance de la prévention et des enquêtes en matière de disparition forcée ; c) veiller à ce que l'urgence de la résolution des cas de disparition forcée soit reconnue ».

Cette proposition a immédiatement été approuvée par l'ensemble des délégations. Le seul point qui ait vraiment été discuté concernait la liste des personnes susceptibles de recevoir une formation sur la question des disparitions forcées : fallait-il s'en tenir à une mention générale des « agents chargés de l'exécution des lois » ou détailler les différentes catégories de personnes ? C'est cette dernière option qui a finalement été retenue, sur le modèle de l'article 10 de la CAT²⁸¹.

Les deux autres paragraphes de l'article ont été repris de la Déclaration et du projet de convention et sont liées à la thématique de l'ordre reçu (v. *supra* D. – 3.).

Le paragraphe 2 contient en fait deux idées étroitement liées : d'abord l'obligation pour l'Etat de « veiller » à ce que soient interdits « les ordres ou instructions prescrivant, autorisant ou encourageant une disparition forcée », qui reprend l'article 6 § 2 de la Déclaration et la troisième phrase de l'article 9 § 1 du projet de convention. Puis l'obligation de « garantir » qu'une « personne refusant de se conformer à un tel ordre ne sera pas sanctionnée » - version édulcorée des deuxièmes phrases respectivement des articles 6 § 1 de la Déclaration, 9 § 1 du projet de convention et VIII § 1, de la Convention IADF, qui stipulaient, avec plus de force : « Toute personne recevant un tel ordre ou une telle instruction a le droit et le devoir de ne pas s'y conformer ».

Le troisième paragraphe est plus novateur, puisqu'il reprend une proposition que l'on ne trouvait que dans l'article 9 § 2 du projet de convention, inspiré lui-même de dispositions de plusieurs textes déclaratoires et notamment l'*Ensemble des principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement*²⁸² : « Tout Etat partie prend les mesures nécessaires pour que les personnes visées au paragraphe 1 du présent article qui ont des raisons de penser qu'une disparition forcée s'est produite ou est projetée signalent le cas à leurs supérieurs et, au besoin, aux autorités ou instances de contrôle ou de recours compétentes. »

Lors de la dernière relecture du texte, l'Allemagne a tenu à ce qu'il soit consigné dans le rapport « ses réserves déjà exprimées à plusieurs reprises à l'encontre des réglementations détaillées portant sur la formation »²⁸³.

²⁸¹ V. les propositions formulées en ce sens par la Suède, le Royaume-Uni et FEDEFAM. Compte rendu de la 2^{ème} session (janvier 2004), 15 janvier 2004 et rapport de 2004, E/CN.4/2004/59, § 130.

²⁸² Résolution 43/173 de l'Assemblée générale du 9 décembre 1988, Principe 7 § 2 et 3. V. aussi *Code de conduite pour les responsables de l'application des lois*, résolution de l'Assemblée générale 34/169, 17 décembre 1979, art. 8 § 2.

²⁸³ V. compte rendu de la 5^{ème} session (septembre 2005), 20 septembre 2005 et rapport de 2006, E/CN.4/2006/57, § 139.

H. - Définition de la notion de victime et droits des victimes (art. 24)

La question des victimes et de leurs droits est traitée dans la Déclaration à travers un article 19 relativement succinct et par ailleurs assez peu clair dans sa formulation :

« Les victimes d'actes ayant entraîné une disparition forcée et leur famille doivent obtenir réparation et ont le droit d'être indemnisées de manière adéquate, notamment de disposer des moyens qui leur permettent de se réadapter de manière aussi complète que possible. En cas de décès de la victime du fait de sa disparition forcée, sa famille a également droit à indemnisation. »

Cette disposition est de toute évidence inspirée de l'article 14 de la Convention contre la torture²⁸⁴.

Le projet de convention contient un article 24 beaucoup plus complet, posant le principe de l'obligation pour l'Etat de garantir « une réparation des dommages qui ont été causés » aux victimes de disparition forcée ; donnant des définitions extensives du droit à réparation (§ 2) et de la notion de victime (§ 3) ; et prévoyant en outre le principe d'une responsabilité civile objective de l'Etat en cas de défaillance du ou des auteurs de la disparition, avec la faculté pour l'Etat de « se retourner contre les responsables pour recouvrer toute somme qu'il aurait eu à payer. »

Ces deux dispositions évoquaient donc d'emblée deux problématiques : celle de la définition de la notion de « victime de disparition forcée », aujourd'hui traitée dans le paragraphe premier de l'article 24 de la nouvelle convention ; et celle du droit à réparation qui est réglée par les paragraphes 4 et 5 du même article 24. A ces deux questions sont venues s'ajouter trois éléments supplémentaires : l'exigence d'une reconnaissance d'un « droit à la vérité » au profit des victimes (art. 24 § 2) ; la prise en compte de toutes les conséquences de la disparition en dehors des aspects pénaux et des questions liées à la réparation stricto sensu, et notamment les problèmes de droit civil (droit social, droit successoral...) (art. 24 § 6) ; et enfin le droit d'action collective au profit des victimes et des personnes souhaitant apporter une assistance aux victimes (art. 24 § 7).

1. – Définition (art. 24 § 1)

Dès le début des travaux du groupe, deux camps se sont dessinés très nettement, entre les délégations favorables à une définition restrictive et celles partisans d'une définition extensive de la catégorie des « victimes »²⁸⁵.

²⁸⁴ Art. 14 § 1 CAT : « Tout Etat partie garantit, dans son système juridique, à la victime d'un acte de torture, le droit d'obtenir réparation et d'être indemnisée équitablement et de manière adéquate, y compris les moyens nécessaires à sa réadaptation la plus complète possible. En cas de mort de la victime résultant d'un acte de torture, les ayants cause de celle-ci ont droit à indemnisation. »

²⁸⁵ V. compte rendu de la première session du groupe (janvier 2003), 15 janvier 2003 et de la session informelle (septembre 2003), 5 septembre 2003. Les Etats du premier groupe étaient notamment :

Pour les uns, « victime » aurait dû désigner exclusivement la personne disparue, tandis que pour les autres elle devait renvoyer également à la famille du disparu, voire à ses « proches », au cas où la famille aurait été défaillante²⁸⁶. A l'appui de cette dernière thèse, on mettait en avant l'article 24 § 3 du projet de convention :

« Aux fins de la présente Convention, l'expression "victime du crime de disparition forcée" s'entend de la personne disparue, de ses proches et de toute autre personne à sa charge ayant des liens directs avec elle, ainsi que de toute personne qui aura subi des dommages en intervenant pour empêcher la disparition forcée ou pour élucider le sort de la personne disparue et découvrir le lieu où elle se trouve. »²⁸⁷

La jurisprudence des organes internationaux de contrôle fut également invoquée. On sait toutefois que, sur ce point, la Cour européenne des droits de l'Homme adopte une approche quelque peu différente, au moins en son principe, du Comité des droits de l'Homme et de la Commission et Cour interaméricaines des droits de l'Homme. Tandis que ces trois derniers organes reconnaissent – lorsque la demande leur en est faite dans les conclusions du requérant – que la disparition est constitutive, à l'endroit du membre de la famille qui exerce le recours, d'une violation de la disposition prohibant la torture ou les traitements inhumains ou dégradants, la Cour européenne préfère une démarche à géométrie variable : elle fait en principe dépendre le constat d'une violation de l'article 3 dans le chef du demandeur – et donc sa qualité de victime, indépendamment de la qualité de victime du disparu – de « l'existence de facteurs particuliers conférant à la souffrance du requérant une dimension et un caractère distincts du désarroi affectif que l'on peut considérer comme inévitable pour les proches parents d'une personne victime de violations graves des droits de l'homme. »²⁸⁸.

l'Allemagne, le Canada et le Royaume-Uni. Ceux du second groupe étaient notamment : l'Argentine, le Costa Rica, le Chili, le Mexique.

²⁸⁶ La proposition initiale formulée dans le document de travail proposé par le Président allait plutôt dans le sens d'une conception extensive : « Sont victimes d'une disparition forcée : - la personne à l'encontre de laquelle le crime est commis ; - son conjoint ; - ses ascendants ; - ses descendants ; - toute personne à sa charge. » Mais pas encore assez extensive pour certains : ainsi, pour la Suisse, il était nécessaire de prendre en compte les « évolutions de la famille » dans la définition de la notion de victime, tandis que pour FEDEFAM, il pouvait être nécessaire d'y inclure les « proches ». V. compte rendu de la session informelle, 5 septembre 2003.

²⁸⁷ Définition inspirée du principe 1 de la *Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir*, rés. 40/34 de l'Assemblée générale, 29 novembre 1985.

²⁸⁸ Dans son arrêt (Grande chambre) *Caciki c/ Turquie*, du 8 juillet 1999, *Rec.* 1999-IV, § 98, la Cour poursuit : « Parmi ces facteurs figureront la proximité de la parenté – dans ce contexte, le lien parent-enfant sera privilégié –, les circonstances particulières de la relation, la mesure dans laquelle le parent a été témoin des événements en question, la participation du parent aux tentatives d'obtention de renseignements sur le disparu, et la manière dont les autorités ont réagi à ces demandes. La Cour souligne en outre que l'essence d'une telle violation ne réside pas tant dans le fait de la « disparition » du membre de la famille que dans les réactions et le comportement des autorités face à la situation qui leur a été signalée. C'est notamment au regard de ce dernier élément qu'un parent peut se prétendre directement victime du comportement des autorités. » On sait toutefois que cette exigence a été relativement assouplie dans l'arrêt *Chypre c. Turquie* du 10 mai 2001.

Sur cette base, il semblait difficile de trouver un accord et l'on pouvait être tenté par un renvoi au droit national ou à l'appréciation des juridictions nationales²⁸⁹. C'est à partir de cette idée que la présidence a élaboré une solution de compromis ingénieuse, tirée du principe général établi dans le principe 1 de la *Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir* : « Aux fins [du présent instrument], on entend par victime toute personne physique qui a subi un préjudice en raison de la commission de l'infraction définie à l'article 1^{er} [c'est à dire la disparition forcée, ndla] »²⁹⁰. En janvier 2004, toutefois, plusieurs délégations jugèrent que cette proposition ne faisait pas suffisamment le départ entre la personne disparue et les autres « victimes », c'est à dire les autres personnes ayant subi un préjudice ou, autrement dit, entre les victimes « directes » et indirectes²⁹¹. Le Président retoucha donc sa proposition dans la perspective de la troisième session, et parvint ainsi au texte de consensus :

« Aux fins de la présente Convention, on entend par « victime » la personne disparue et toute personne physique ayant subi un préjudice direct du fait d'une disparition forcée. »

Ainsi, l'article 24 distingue désormais nettement entre la personne disparue elle-même et les « autres » victimes : il est donc clair que la notion de « préjudice direct » ne renvoie pas seulement à la victime *directe* de la disparition, c'est à dire à la personne disparue. La notion de « préjudice direct » signifie plutôt qu'il existe un lien de causalité direct entre la disparition forcée (le fait générateur) et le dommage causé à la personne : il en est ainsi de la mère qui subit un préjudice moral du fait de la disparition de son fils en raison de la souffrance qu'elle peut ressentir ; de l'ensemble des membres à charge de la famille qui subissent un préjudice financier en raison de la perte de revenu attaché à la personne du disparu ; ou encore du militant d'association qui, dénonçant la disparition auprès du Groupe de travail sur les disparitions forcées, subi les représailles des agents de l'Etat.

Les Etats-Unis sont le seul Etat à avoir déclaré, *in fine*, qu'ils considéraient la définition de la notion de « victime » donnée par l'article 24 comme étant beaucoup trop large²⁹².

2. – *Droit à la vérité (art. 24 § 2 et 3)*

Là encore, la Convention innove de manière décisive, en reconnaissant pour la première dans un instrument conventionnel en matière de droits de l'Homme *le droit à la vérité* des « victimes » de disparitions forcées. Ce droit trouve son origine dans une série de résolutions adoptées dans les années 70 par l'Assemblée générale des Nations Unies sur

²⁸⁹ La proposition initiale dans ce sens venait des Etats-Unis, v. compte rendu de la session informelle, 5 septembre 2003, mais l'idée fut évoquée par le Président dans ses conclusions, v. rapport pour 2003, E/CN.4/2003/71, § 88 : « Une définition large des victimes s'impose. La question de savoir dans quelle mesure il faut définir les catégories concernées au sein du futur instrument, tout en laissant une marge d'appréciation aux juridictions nationales, reste posée ».

²⁹⁰ Document de travail du 1^{er} décembre 2003, soumis dans la perspective de la 2^{ème} session formelle.

²⁹¹ V. compte rendu de la 2^{ème} session, (janvier 2004), 16 janvier 2004 et rapp. de 2004, E/CN.4/2004/59, § 134.

²⁹² V. note verbale contenue dans le document A/HRC/1/G/1, p. 6 : « Art. 24 [...] employs an overbroad definition of a "victim" ».

la question des « personnes disparues »²⁹³. Il a par la suite été reconnu explicitement en droit international humanitaire, à travers l'article 32 du Protocole I relatif aux Conventions de Genève du 12 août 1949²⁹⁴. Parallèlement à cette consécration juridique, se sont développées les expériences de « commission de la vérité », qui ont insisté sur la nécessité de faire toute la lumière sur les violations graves des droits de l'Homme commises pendant une période historique donnée, ceci afin de favoriser la réconciliation et la transition vers un régime démocratique. C'est également dans ce contexte – souvent caractérisé par la pratique de l'auto-amnistie des bourreaux – qu'est née la prise de conscience de la nécessité de lutter contre l'impunité des auteurs de violations graves des droits de l'Homme. Aussi « le droit à la vérité » ou « droit de savoir » apparaît-il comme un des trois piliers de l'Ensemble de principes pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité, aux côtés du droit à la justice et du droit à réparation²⁹⁵. Aux termes de l'Ensemble des principes actualisé²⁹⁶, l'Etat a l'obligation de « garantir le droit inaliénable à connaître la vérité sur les violations » (Principe 1). Par ailleurs « [c]haque peuple a le droit inaliénable de connaître de la vérité sur les événements passés relatifs à la perpétration de crimes odieux, ainsi que sur les circonstances et les raisons qui ont conduit, par la violation massive et systématique des droits de l'homme, à la perpétration de ces crimes. L'exercice plein et effectif du droit à la vérité constitue une protection essentielle contre le renouvellement de ces violations. » (Principe 2). Et enfin, « [i]ndépendamment de toute action en justice, les victimes, ainsi que leur famille et leurs proches, ont le droit imprescriptible de connaître la vérité sur les circonstances dans lesquelles ont été commises les violations et, en cas de décès ou de disparition, sur le sort qui a été réservé à la victime. »

C'est dans le même esprit que la divulgation de la vérité a été érigée comme une forme de réparation – et plus précisément de satisfaction – par les Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international relatif aux droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, adoptés par l'Assemblée générale dans sa résolution 60/147 du 16 décembre 2005²⁹⁷.

²⁹³ Voir l'étude extrêmement détaillée du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme sur la question, produite sur la demande de la Commission des droits de l'Homme : E/CN.4/2006/91.

²⁹⁴ Intitulé « Principe général » et début la section III du Titre II, elle-même intitulé « Personnes disparues et décédées » : « Dans l'application de la présente section, l'activité des Hautes Parties contractantes, des Parties au conflit et des organisations humanitaires internationales mentionnées dans les Conventions et dans le présent Protocole est motivée au premier chef par le droit qu'ont les familles de connaître le sort de leurs membres. »

²⁹⁵ V. rapport final révisé établi par M. Louis Joinet : question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (civils et politiques), E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1

²⁹⁶ V. rapport de l'experte indépendante chargée de mettre à jour l'Ensemble de principes pour la lutte contre l'impunité, Diane Orentlicher, E/CN.4/2005/102/Add.1.

²⁹⁷ Le paragraphe 22 du texte stipule que « La satisfaction devrait comporter, le cas échéant, tout ou partie des mesures suivantes : [...] b) vérification des faits et divulgation complète et publique de la vérité, dans la mesure où cette divulgation n'a pas pour conséquence un nouveau préjudice et ne menace pas la sécurité et les intérêts de la victime, des proches de la victime, des témoins ou des personnes qui sont intervenues pour aider la victime ou empêcher que d'autres violations ne se produisent ; c) Recherche des personnes disparues, de l'identité des enfants qui ont été enlevés et des corps des personnes tuées, et assistance pour le retour, l'identification et la réinhumation des corps conformément aux vœux exprimés ou présumés de la victime ou aux pratiques culturelles des familles et des communautés. »

En dépit de ces avancées, les textes consacrés à la disparition forcée antérieurs à la nouvelle convention ne contenaient pas de reconnaissance explicite du « droit à la vérité » des victimes. Certaines bases étaient toutefois déjà présentes : d'une part, les linéaments de ce que l'on a appelé par la suite, lors de la négociation de la Convention le « droit de savoir », c'est à dire le droit à l'information à titre préventif, avant que la disparition ne soit vraiment avérée ; d'autre part, des obligations pesant sur l'Etat au stade de l'enquête d'en communiquer les résultats aux « personnes concernées » de conduire cette enquête « tant qu'on ne connaît pas le sort réservé à la victime d'une disparition forcée »²⁹⁸.

Le défi que devait relever le groupe de travail était double. Il s'agissait d'abord de maintenir cette distinction entre un droit à l'information éventuellement soumis à des restrictions – aussi limitées soient-elles – et un droit à la vérité « inaliénable ». Il s'agissait ensuite de faire des obligations pesant sur l'Etat au stade de l'enquête la contrepartie d'un nouveau droit, le droit à la vérité pour les proches de disparitions forcées. Une fois de plus, on ne peut que constater que le défi a été pleinement relevé.

Au départ, une certaine confusion régnait : le document de travail proposé par le Président pour servir de base de discussion lors de la première session intégrait deux propositions dans la section consacrée aux victimes : le droit « des victimes de dénoncer les faits devant l'autorité compétente et d'intervenir *ab initio* dans la procédure judiciaire mise en œuvre » et le droit des victimes d'être « informées des progrès et résultat de l'enquête ». De toute évidence, la première proposition mélangeait deux idées : le droit de dénoncer, qui aurait dû être examiné au chapitre des enquêtes et qui ne devait pas rester l'apanage des seules victimes²⁹⁹ ; et « l'intervention » des victimes dans la procédure judiciaire, idée assez vague³⁰⁰ qui rejoignait la seconde proposition relative à l'information sur les progrès et résultats de l'enquête. Cette dernière question – on s'en est aperçu assez vite – fut elle-même liée par certains Etats à celle du « droit de savoir » au titre du chapitre sur la prévention : l'une comme l'autre se rapportaient, selon ces Etats, à un droit à l'information devant être soumis à restrictions³⁰¹. Ceci eut pour effet que, dans le document de travail proposé par le Président pour la deuxième session du groupe, ces propositions disparurent complètement, comme si les dispositions relatives à la fois aux enquêtes et au droit à l'information aux fins de prévention les rendaient sans objet. Lors de la session, dans un contexte rendu houleux par les discussions sur la question de l'amnistie, FEDEFAM rappela la nécessité d'inscrire le droit à la vérité au titre du « droit à réparation » des victimes, faisant ainsi valoir une évidence trop souvent oubliée : avant d'envisager une réparation, il faut savoir ce que l'on doit réparer !³⁰² Dès lors le texte va se transformer à plusieurs reprises : d'abord par la réinsertion d'un, puis de deux paragraphes relatifs aux obligations de l'Etat de « prendre les mesures

²⁹⁸ V. les art. 9, 10, 11, 12 et 13 de la Déclaration ainsi que les articles 11, 20, 21, 22, 23 du projet de convention.

²⁹⁹ V. à cet égard les interventions faites lors de la session informelle (septembre 2003), 5 septembre 2003, notamment par la FIDH, l'Argentine, le Canada, l'Inde, le Royaume-Uni et la Suisse.

³⁰⁰ *Id.*, interventions de l'Allemagne, des Etats-Unis, du Royaume-Uni et de l'Argentine.

³⁰¹ *Id.*, interventions de l'Allemagne, du Canada et du Japon.

³⁰² Compte rendu de la deuxième session (janvier 2004), 16 janvier 2004. On peut ajouter que pour FEDEFAM et d'autres délégations, la vérité sur le sort du disparu constituait un élément fondamental de réparation, voire l'élément central de la réparation.

nécessaires afin que toute victime ait connaissance de la vérité » et de prendre « en particulier les mesures nécessaires pour la recherche, la localisation et la libération des personnes disparues et, en cas de décès, la restitution de leur reste »³⁰³. Puis, peu avant le début de la 4^{ème} session (janvier-février 2005), sur l'insistance des Etats-Unis, le Président fait disparaître toute mention de la « connaissance de la vérité », pour se centrer uniquement sur les obligations de l'Etat, le « droit à la vérité » étant uniquement mentionné dans le Préambule³⁰⁴. C'est cette proposition qui est discutée lors de la 4^{ème} session : elle est vigoureusement contestée par un certain nombre de délégations et d'ONG³⁰⁵. Du coup, en fin de session, le Président réintroduit la thématique de la vérité, mais de manière encore plus forte qu'auparavant, puisqu'il reprend la formule du préambule qui reconnaît au profit des victimes un authentique « droit à la vérité »³⁰⁶. Ainsi la reconnaissance du droit à la vérité est-elle présente tout à la fois dans l'article 24 et dans le Préambule. Lors de la 5^{ème} session, les Etats-Unis contestent à nouveau la notion de « droit à la vérité », trop aventureuse selon eux : ils souhaiteraient lui substituer le langage agréé de l'article 9 § 2 du Pacte, sur le droit à l'information. La demande porte à la fois sur le Préambule et sur l'article 24. Le Président prend position : le compromis demandé par les Etats-Unis sera recherché dans le cadre du Préambule et non de l'article 24³⁰⁷. Un compromis est effectivement trouvé pour le Préambule : il en résulte, selon le Président, que l'article 24 doit être laissé tel quel³⁰⁸.

« 2. Toute victime a le droit de savoir la vérité sur les circonstances de la disparition forcée, le déroulement et les résultats de l'enquête et le sort de la personne disparue. Tout Etat partie prend les mesures appropriées à cet égard.

3. Tout Etat partie prend les mesures appropriées pour la recherche, la localisation et la libération des personnes disparues et, en cas de décès, la localisation, le respect et la restitution de leurs restes. »

³⁰³ V. notamment le document de travail présenté pour la 3^{ème} session (octobre 2004) : E/CN.4/2004/WG.22/WP.2

³⁰⁴ V. le rapport de 2005, E/CN.4/2005/66, § 104. Sur le préambule, voir *infra*.

³⁰⁵ V. compte rendu de la 4^{ème} session (janvier-février 2005), 10 février 2005 et rapport de 2005, E/CN.4/2005/66, § 105.

³⁰⁶ V. le document de travail présenté en vue de la 5^{ème} session (septembre 2005) : E/CN.4/2005/WG.22/WP.1, article 24 : « 2. Toute victime a le droit de savoir la vérité sur les circonstances de la disparition forcée, l'évolution et les résultats de l'enquête et le sort de la personne disparue. Tout Etat partie prend les mesures appropriées à cet égard. 3. Tout Etat partie prend les mesures nécessaires pour la recherche, la localisation et la libération des personnes disparues et, en cas de décès, la localisation, le respect et la restitution de leurs restes humains. »

³⁰⁷ V. compte rendu de la 5^{ème} session (septembre 2005), 20 septembre 2005.

³⁰⁸ V. discussion sur le Préambule, *infra*. La seule modification admise par le Président est suggérée par l'Allemagne : il s'agit de remplacer « mesures nécessaires » par « mesures appropriées » dans le paragraphe 3, dans l'idée, semble-t-il, de réduire la portée de l'obligation de recherche, de localisation et de libération... au cas où la personne disparue ne se trouverait pas sur le territoire national. V. compte rendu de la 5^{ème} session, 20 septembre 2005. En revanche, ne fut pas acceptée la proposition de l'Algérie consistant à ajouter au même paragraphe le terme « si possible » pour tenir compte du fait que les obligations énoncées dans ce paragraphe ne pourraient valoir pour des actes commis par des acteurs non étatiques. V. rapport E/CN.4/2006/57, § 141.

Lors de l'adoption du texte, les Etats-Unis réaffirmèrent leur position selon laquelle le droit à la vérité ne constituait pas un nouveau droit et devait se comprendre comme une simple application du droit à l'information reconnu par l'article 9 § 2 du PIDCP³⁰⁹.

3. – *Droit à réparation (art. 24 § 4 et 5)*

Comme on l'a vu, la Déclaration ne contenait qu'une disposition extrêmement succincte sur le droit à réparation et qui plus est à la formulation relativement ambiguë. Le projet de convention était à cet égard beaucoup plus satisfaisant, dans la mesure où son article 24 posait un droit général à réparation (§ 1), avant de définir ce droit par une énumération des différentes formes de réparation (§ 2)³¹⁰. Pour ce faire, la Sous-Commission s'était essentiellement appuyée sur les travaux menés en son sein par Théo Van Boven³¹¹, ainsi que sur le projet d'articles sur le droit de la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, à l'étude au sein de la Commission du droit international. Au moment où le groupe de travail entame ses travaux, le projet d'articles a été endossé par l'Assemblée générale dans sa résolution 56/83 du 12 décembre 2001 ; le Statut de Rome a vu le jour en 1998, avec des dispositions substantielles sur le droit à réparation³¹² ; quant aux « principes van Boven », Chérif Bassiouni est chargé par la Commission des droits de l'Homme d'en produire une version révisée en 1998³¹³. Commence alors au sein de la Commission, un processus difficile, qui aboutit finalement par l'adoption en 2005 des Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international relatif aux droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire³¹⁴. On voit par conséquent que cette question de la réparation a considérablement évolué entre l'élaboration du projet de convention et l'adoption de la Convention par le groupe de travail en septembre 2005.

Le document de travail présenté par la présidence pour la session informelle de septembre 2003 contenait une formulation élémentaire du principe : « Les victimes ont droit à une réparation matérielle et morale des dommages qui leur ont été causés. La réparation comprend notamment l'indemnisation, la réadaptation, la satisfaction, le rétablissement

³⁰⁹ V. l'annexe II du rapport E/CN.4/2006/57 pour la déclaration : « Il s'agit d'une notion [le droit à la vérité] que les Etats-Unis n'envisagent qu'en rapport avec le droit à l'information consacré à l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, conformément à leur position de longue date fondée sur les Conventions de Genève. [...] nos réserves demeurent à cet égard ». Dans leur note verbale distribuée au Conseil des droits de l'Homme sous la cote A/HRC/1/G/1, les Etats-Unis rappellent par ailleurs leur position au regard de l'art. 32 du Protocole I aux Conventions de Genève : « For the United States, which is not a party to the 1977 Additional Protocol I to the Geneva Conventions and has no obligations vis-à-vis any « right to truth » under Article 32 of that instrument, families are informed of the fate of their missing family members based on the longstanding policy of the United States and not because of Article 32. »

³¹⁰ « Aux fins de la présente Convention, le droit à réparation s'entend de la restitution, de l'indemnisation, de la réadaptation, de la satisfaction et du rétablissement de la dignité et de la réputation des victimes du crime de disparition forcée. Il est garanti aux victimes de disparitions forcées une réadaptation physique, psychologique, professionnelle et juridique. »

³¹¹ V. le rapport final du rapporteur spécial, M. Théo van Boven, *Etude concernant le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, E/CN.4/Sub.2/1993/8.

³¹² V. l'art. 75 « Réparation en faveur des victimes » et l'art. 79 « Fonds au profit des victimes ».

³¹³ V. rapport final du rapporteur spécial, M. Chérif Bassiouni, E/CN.4/2000/62.

³¹⁴ Commission des droits de l'Homme, Rés. 2005/35 du 19 avril 2005, adoptée par 40 voix contre 0 avec 13 abstentions ; Assemblée générale, Rés. 60/147 du 16 décembre 2005, adoptée sans vote.

de la dignité et de la réputation. » D'emblée, plusieurs tendances se manifestèrent. Un certain nombre de délégations proposèrent de supprimer l'énumération des formes de réparation pour laisser toute liberté d'appréciation au législateur national, ou encore de reprendre purement et simplement la formulation de l'article 14 de la CAT³¹⁵. D'autres délégations insistèrent sur la nécessité de conserver une énumération non exhaustive, constituant un socle minimum, tout en mettant l'accent sur la nécessité de mentionner certaines formes de réparation morales particulièrement importantes en matière de violations des droits de l'Homme, comme la réadaptation et la satisfaction³¹⁶. Le Mexique attira l'attention sur la nécessité de prévoir une indemnisation immédiate des proches, sans attendre la reconnaissance officielle de la disparition, pour venir au soutien des familles qui pouvaient se trouver dans la difficulté.

Dès lors, le projet s'étoffa pour recouvrir trois paragraphes. A l'issue de la deuxième session du groupe (janvier 2004), un premier paragraphe reconnaissait d'une manière générale à toute victime d'une disparition forcée un « droit d'obtenir une réparation équitable et adéquate des dommages qui lui ont été causés », s'inspirant ainsi du libellé de la CAT. Le deuxième paragraphe énumérait les formes de réparation possibles, en mettant toutefois en avant « l'indemnisation des dommages matériels et moraux », seule forme de réparation présente dans le « chapeau »³¹⁷. Puis le texte fut substantiellement amélioré à l'occasion des consultations menées entre la session de janvier et la session d'octobre 2004 puis entre cette dernière session et celle de janvier 2005. Si bien que le texte présenté pour la quatrième session (janvier 2005)³¹⁸ comprenait : un droit d'obtenir une réparation non seulement « équitable et adéquate », mais également « rapide » ; une réparation comprenant non plus « l'indemnisation des dommages matériels et moraux », mais « l'indemnisation *intégrale* des dommages matériels et moraux »³¹⁹ ; comme mode de réparation additionnel, « la garantie de non répétition », tandis que « le rétablissement de la dignité et de la réputation » était présenté comme une illustration de la satisfaction. La FIDH proposa de modifier l'article de manière à préciser que c'était non pas l'indemnisation mais la « réparation » elle-même qui devait être « intégrale », conformément aux articles de la Commission du droit international. Elle proposa également de rendre l'énumération des formes de réparation à la fois exhaustive et obligatoire, afin en particulier que toutes les formes de réparation soient mises sur un pied

³¹⁵ V. l'intervention de l'Allemagne pendant la session informelle : compte rendu de la session informelle (septembre 2003), 5 septembre 2003. Ainsi que les interventions de l'Egypte, de la Russie et du Japon lors de la 2^{ème} session (janvier 2004), 16 janvier 2004. Art. 14 CAT : « 1. Tout Etat partie garantit dans son système juridique, à la victime d'un acte de torture, le droit d'obtenir réparation et d'être indemnisée équitablement et de manière adéquate, y compris les moyens nécessaires à sa réadaptation la plus complète possible. En cas de mort de la victime résultat d'un acte de torture, les ayants cause de celle-ci ont droit à indemnisation. 2. Le présent article n'exclut aucun droit à indemnisation qu'aurait la victime ou toute autre personne en vertu des lois nationales. »

³¹⁶ V. les interventions de l'Argentine, du Chili, du Mexique, de FEDEFAM et du Président (sur l'idée d'un socle minimum) lors de la session informelle (5 septembre 2003) et de la 2^{ème} session (16 janvier 2004).

³¹⁷ V. les « propositions de la présidence », E/CN.4/2004/WG.22/Misc.43, 22 janvier 2004.

³¹⁸ V. le texte tel qu'il figure dans le rapport de 2005, E/CN.4/2005/66, § 104.

³¹⁹ S'inspirant ainsi des articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, et notamment de l'article 31 : « 1. L'Etat responsable est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite. 2. Le préjudice comprend tout dommage, tant matériel que moral, résultat du fait internationalement illicite de l'Etat. »

d'égalité et que l'indemnisation ne soit pas systématiquement privilégiée³²⁰. Mais cette double proposition rencontra l'hostilité d'un certain nombre d'États, désireux de se voir reconnaître un maximum de souplesse et de favoriser l'indemnisation. Aussi le compromis se fit-il par un retour au langage de la Convention contre la torture, avec l'idée d'un « droit [pour la victime] d'obtenir réparation et d'être indemnisée », le paragraphe suivant prévoyant que « le droit d'obtenir réparation [...] couvre les dommages matériels et moraux ainsi que, le cas échéant, d'autres formes de réparation telles que [...] ». Si elle est ambiguë, la formule n'est pas forcément mauvaise. Elle est ambiguë parce qu'elle semble dire une chose et son contraire. Le paragraphe 4 affirme l'existence d'un droit ayant deux objets distincts : la réparation et l'indemnisation. Comme si la dernière n'était pas une sous-catégorie de l'autre. Ainsi, selon ce paragraphe, on pourrait obtenir une « réparation » en plus d'une « indemnisation », ou l'inverse. Mais le paragraphe 5 semble contredire cette interprétation aux termes d'une formulation biscornue qui mélange l'assiette de la réparation (les dommages matériels et moraux) et les formes de réparation : il y est dit que le droit à réparation « couvre » les dommages matériels et moraux et, le cas échéant, d'autres formes de réparation – parmi lesquelles ne figure pas l'indemnisation. Ainsi les dommages matériels et moraux semblent-ils devoir être « couverts » par l'indemnisation – seule forme de réparation obligatoire – tandis que les autres formes de réparation ne seraient qu'optionnelles et ne pourraient donc être considérées comme étant un objet distinct du droit à réparation, ce qu'affirmait pourtant le paragraphe 4...

La formule n'en est pas pour autant mauvaise : d'abord, elle a permis de réunir le consensus – souvent fondé sur l'ambiguïté, comme on l'a déjà vu. Ensuite, elle contient l'essentiel, à savoir la reconnaissance d'un droit à réparation couvrant « les dommages matériels et moraux », devant être accordé « rapidement, équitablement et de manière adéquate » et pouvant prendre différentes formes, chacune d'entre elles étant explicitement mentionnées – laissant l'Etat le soin de déterminer, justement, la ou les plus « adéquates » selon les cas. Il est de toute façon certain que cette formule n'a rien à envier à celle qui a été retenue dans le cadre des *Principes van Boven/Bassiouni*, grevé de multiples nuances et conditions³²¹.

Si la reconnaissance du droit à réparation des victimes de violations graves des droits de l'Homme – et en particulier de disparitions forcées – ne trouve donc pas son ultime aboutissement dans la Convention, il est certain qu'elle constitue une étape importante sur cette voie.

Lors de l'adoption du texte, les Etats-Unis et l'Inde ont estimé que l'article 24 pourrait ne pas être compatible avec les systèmes juridiques de *common law*³²². L'Inde a toutefois

³²⁰ V. proposition de la FIDH et l'écho qui lui en est donnée dans le rapport E/CN.4/2005/66, §§ 113 et 114.

³²¹ V. le paragraphe 18 : « Conformément à la législation nationale et au droit international, et compte tenu des circonstances de chaque cas, il devrait être assuré aux victimes de violations flagrantes du droit international relatif aux droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, selon qu'il convient et de manière proportionnée à la gravité de la violation et aux circonstances de chaque cas, une réparation pleine et effective, comme prévu par les principes 19 à 23, sous les formes suivantes : restitution, indemnisation, réadaptation, satisfaction et garanties de non-répétition. »

³²² V. la déclaration de l'Inde contenue dans l'Annexe II du rapport du Groupe, E/CN.4/2006/57, p. 50 et la note verbale des Etats-Unis distribuée au Conseil des droits de l'Homme sous la cote A/HRC/1/G/1.

souligné que si son système ne prévoyait pas de droit à réparation « l'appareil judiciaire à tous les niveaux, de même que la commission nationale des droits de l'homme octroie régulièrement réparation et indemnisation aux victimes de violations des droits de l'homme. »³²³ Quant au Canada, il a estimé que cette disposition devait s'interpréter « conformément au droit international, y compris le principe de l'immunité souveraine »³²⁴.

5. – *Questions de droit civil (art. 24 § 6)*

Dès la première session du groupe de travail, Louis Joinet avait attiré l'attention du groupe de travail sur les conséquences spécifiques que peuvent avoir les disparitions forcées pour les proches des disparus : ainsi, aux côtés des questions de réparation stricto sensu, se posent un certain nombre de problèmes extrêmement complexes de droit civil, notamment en ce qui concerne la succession ou la réversion des droits sociaux du disparu à ses ayants droits. Comme « crime du temps suspendu », la disparition empêche en principe de tirer toutes les conséquences qui découlent normalement du décès de la personne³²⁵.

Il s'agit là d'une question connexe, mais pourtant bien distincte de celle de la disparition. Connexe parce qu'elle concerne directement les droits des proches, et en particulier de la famille. Distincte, parce que les mesures ici envisagées n'ont pas pour objet ni pour but de réparer le dommage causé par la disparition, que ce soit celui causé au disparu ou aux membres de sa famille : elles ont pour but l'exercice de certains droits tirés du droit civil ou du droit social dans une situation très spécifique. La distinction est importante, tant est grande la tentation pour les Etats de faire passer pour des mesures de réparation des mesures qui ne font en réalité que gérer la situation complexe qu'entraîne une disparition sur le plan juridique.

Il est donc nécessaire de prévoir soit un régime spécial autorisant l'attribution de ces droits pour cause de disparition, soit un système spécifique permettant de déclarer le décès de la personne, moyennant un certain nombre de garanties³²⁶.

La Convention ne rentre pas dans ces détails. Dans la perspective de la troisième session du groupe (octobre 2004), le Président a proposé une formule très générale, en laissant une grande marge de manœuvre aux Etats, mais en spécifiant cependant que de telles mesures ne devaient pas décharger l'Etat de son obligation de « poursuivre l'enquête

³²³ E/CN.4/2006/57, Annexe II, p. 50.

³²⁴ V. les déclarations du Canada devant le Conseil des droits de l'Homme (A/HRC/1/SR.21) et la Troisième Commission (A/C.3/61/SR.45).

³²⁵ V. le résumé de l'intervention de Louis Joinet dans le rapport du groupe de 2003 : E/CN.4/2003/71, § 21.

³²⁶ A la suite de la seconde guerre mondiale, une convention internationale a été conclue en vue de faciliter l'établissement de déclarations de décès pour les personnes disparues durant la guerre. Il s'agit de la *Convention concernant la déclaration de décès de personnes disparues*, adoptée par la Conférence des Nations Unies sur la déclaration de décès de personnes disparues, 6 avril 1950, *Recueil des traités des N.U.*, 1952, n° 1610, p. 123. La Convention a été ratifiée par six Etats : Allemagne, Belgique, Chine, Guatemala, Israël, Italie, Pakistan. Elle est entrée en vigueur après le dépôt du deuxième instrument de ratification le 24 janvier 1952. Elle aurait dû s'éteindre le 23 janvier 1957, mais est restée en vigueur jusqu'à 24 janvier 1972, à la suite de l'adoption de deux protocoles par lesquels il a été décidé d'en prolonger l'application.

jusqu'à l'élucidation du sort de la personne disparue » - une nouvelle manifestation, si l'on y pense bien, du droit à la vérité. Le texte proposé par la Présidence n'a été que très peu modifié par la suite : tout juste les « dispositions appropriées » ont-elles été préférées aux « mesures nécessaires » (moins contraignant) et la notion de « droit de la famille » a-t-elle remplacé celle, plus restreinte, de « garde des enfants ».

« Sans préjudice de l'obligation de poursuivre l'enquête jusqu'à l'élucidation du sort de la personne disparue, tout Etat partie prend les dispositions appropriées concernant la situation légale des personnes disparues dont le sort n'est pas élucidé et de leurs proches, notamment dans des domaines tels que la protection sociale, les questions financières, le droit de la famille et les droits de propriété. »

6. – Droit de former des organisations et des associations (art. 24 § 7)

Il manquait, à ce chapitre consacré aux victimes, une consécration du rôle éminent joué par les associations de familles de disparus, que ce soit dans l'identification, dans la lutte inlassable contre ce crime, mais aussi dans l'élaboration de la Convention elle-même ! C'est la Suisse qui a proposé d'insérer une disposition à cet effet – et non pas les ONG, comme on pourrait le penser au premier abord.

Une première version du paragraphe a été insérée dans la compilation de propositions soumise à l'attention des délégations dans la perspective de la quatrième session (janvier-février 2005), après avoir été proposée par la Suisse lors d'une réunion informelle à la Mission de France en décembre. Critiquée sur certains points par plusieurs délégations, cette version a été reformulée par la Suisse au cours de la session³²⁷. Le paragraphe final s'inspire en partie de l'article 22 § 1 du PIDCP et en partie de l'article 5 b) de la *Déclaration sur le droit et la responsabilité des individus, groupes et organes de la société de promouvoir et protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales universellement reconnus* (dite plus souvent « Déclaration pour la protection des défenseurs des droits de l'homme »)³²⁸. On peut considérer qu'il s'agit d'une application spécifique de ce dernier texte à la question des disparitions forcées. Sont protégés à la fois le droit de former des organisations ou des associations, ainsi que le droit de « participer librement » à de telles organisations ou associations. Ces dernières ont « pour objet de contribuer à l'établissement des circonstances de disparitions forcées, du sort des personnes disparues et à l'assistance aux victimes de disparition forcée. » Sont donc protégés non seulement les « associations » de familles ou de proches de disparus qui ont essentiellement pour but de connaître la vérité mais également les « organisations » qui ont un objet plus large et qui ne sont pas composée de proches de disparus, comme les organisations internationales de défense des droits de l'Homme.

³²⁷ V. compte rendu de la 4^{ème} session (janvier-février 2005), 4 février 2005 et rapport 2005, E/CN.4/2005/66, § 115.

³²⁸ Art. 22 § 1 PIDCP : « Toute personne a le droit de s'associer librement avec d'autres, y compris le droit de constituer des syndicats et d'y adhérer pour la protection de ses intérêts ». Art. 5 b) de la Déclaration sur les défenseurs des droits de l'Homme : « Afin de promouvoir et protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales, chacun a le droit, individuellement ou en association avec d'autres, aux niveaux national et international : [...] b) De former des organisations, associations ou groupes non gouvernementaux, de s'y affilier et d'y participer ».

I. - Protection des enfants (art. 25)

Il s'agissait sans doute d'un des dossiers les plus sensibles à aborder sur le plan émotionnel. Le drame des enfants disparus ou des enfants de disparus est aujourd'hui connu à travers l'expérience des enfants argentins, adoptés par leurs bourreaux ou par des proches du régime militaires, et dont un certain nombre ont été identifiés grâce au travail inlassable des Grands mères de la place de Mai.

Il faut en fait distinguer deux phénomènes : celui de la disparition forcée touchant des mineurs et celui de « l'appropriation » – traduction littérale de l'espagnol « apropiación », utilisé notamment en Argentine – d'enfants de personnes disparues. Dans cette dernière hypothèse, il faut procéder à une deuxième distinction, entre le cas des enfants enlevés avec leurs parents et celui des enfants nés pendant la détention de leur mère enceinte au moment de son arrestation. Cette dernière distinction n'a toutefois pas d'incidence sur le résultat, à savoir l'« appropriation » *in fine* de l'enfant par l'auteur de la disparition ou par une personne tierce avec la complicité de l'auteur.

Le premier phénomène est assimilable à la disparition forcée d'un adulte et réprimé en tant que disparition forcée, au titre de l'infraction définie par l'article 4 de la Convention. La seule différence réside, au stade de la fixation de la peine, dans la possibilité d'associer certaines circonstances aggravantes à la disparition forcée d'un mineur, de même d'ailleurs que pour toute autre personne « particulièrement vulnérable », comme prévu à l'article 7 § 2 b) de la Convention (voir *supra*).

Seul le second phénomène nécessitait, par conséquent, la rédaction d'une disposition spécifique. La Déclaration y consacre un article 20 et le projet de convention un article 18. Ces dispositions renvoient à trois obligations fondamentales : obligation de prévenir et de réprimer l'« appropriation » ; obligation de rechercher et d'identifier les enfants, ainsi que de les rendre à leur famille d'origine ; obligation d'instaurer un système de révision ou d'annulation d'adoption trouvant son origine dans une disparition forcée. A cela, le projet de convention ajoutait une quatrième obligation générale : celle d'entraide entre Etats parties pour la recherche, l'identification et la détermination du lieu où se trouvent les enfants, ainsi que leur retour lorsqu'ils ont été transférés vers un autre Etat.

On retrouve ces quatre éléments dans la Convention, dans le cadre d'un article 25 unique³²⁹.

S'agissant du premier élément, une des principales difficultés fut de trouver une traduction appropriée en anglais et en français pour le terme espagnol « apropiación ».

³²⁹ Les premières versions du texte les faisaient figurer dans trois articles distincts : 23, 24 et 25. V. notamment le document de travail présenté par le Président lors de la 3^{ème} session (octobre 2004). Un article unique consolidé a toutefois été présenté conjointement par l'Argentine et l'Uruguay comme nouvelle base de travail lors de la 4^{ème} session (janvier-février 2005) : v. doc. E/CN.4/2005/WG/Argentine.2, daté du 4 février 2005.

En français, notamment, le terme laisse entendre que l'enfant pourrait être la propriété de ses parents : l'auteur de la disparition se l'« approprierait », c'est à dire qu'il s'en attribuerait la propriété ! Le même problème s'était déjà posé lors de la rédaction de la Déclaration et du projet de convention. La solution choisie était finalement peu satisfaisante : elle consistait à traduire « apropiación » par « enlèvement » en français et « abduction » en anglais³³⁰. Or ces deux termes ne rendaient pas bien compte de la réalité du phénomène visé : ce qui est en cause, ici, ce n'était pas *l'enlèvement* de l'enfant - autrement dit sa séquestration - mais la falsification de sa filiation : ainsi à la disparition du père et/ou de la mère s'ajoute la disparition de la filiation qui unissait ceux-ci à leur enfant, pour lui substituer une nouvelle filiation, celle des bénéficiaires du crime.

Les premiers projets utilisaient en les associant les termes « enlèvement ou appropriation »³³¹. Une solution définitive sur ce point ne fut dégagée que lors de la 4^{ème} session (janvier-février 2005) : il fut décidé d'utiliser les termes « wrongful removal » en anglais et « soustraction » en français³³².

Finalement le paragraphe premier de l'article 25 réprime deux séries de comportements, en distinguant l'acte de « soustraction » lui-même et les actes préparatoires de l'infraction principale – distinction qui était déjà présente dans le projet de convention :

- « 1. Tout Etat partie prend les mesures nécessaires pour prévenir et réprimer pénalement :
- a) La soustraction d'enfants soumis à une disparition forcée ou dont le père et la mère ou le représentant légal sont soumis à une disparition forcée, ou d'enfants nés pendant la captivité de leur mère soumise à une disparition forcée ;
 - b) La falsification, la dissimulation ou la destruction³³³ de documents attestant la véritable identité des enfants visés à l'alinéa *a* ci dessus. »

Le deuxième élément comportait en fait deux composantes. La première était l'obligation de « rechercher » et d'« identifier » pesant sur chaque Etat et trouvant par ailleurs lieu à s'appliquer dans le cadre d'une assistance mutuelle entre Etats parties. Cette composante ne posait guère de problème et a d'ailleurs été intégrée dans le projet de texte dès le début du processus. La deuxième composante résidait dans l'obligation – déjà énoncée dans la Déclaration – de rendre l'enfant à sa famille d'origine, question qui était de toute évidence liée à la procédure éventuellement mise en œuvre pour réviser ou annuler l'adoption et assurer le retour de l'enfant dans sa famille... c'est à dire au troisième élément cité plus haut.

La première option du Président, sur ce point, était de renvoyer pour l'essentiel au droit applicable par ailleurs, que ce soit le droit international ou le droit national, en n'énonçant qu'une obligation très générale, assortie d'une référence à la considération de l'« intérêt

³³⁰ V. l'intervention de la CIJ lors de la 2^{ème} session formelle (janvier 2004), 16 janvier 2004.

³³¹ V. par ex. les propositions de la présidence en date du 22 janvier 2004, doc. E/CN.4/2004/WG.22/Misc.43.

³³² V. rapport pour 2005, E/CN.4/2005/66, § 117 et le résumé des débats (en anglais) dans le compte rendu de la 4^{ème} session (janvier-février 2005), 10 février 2005.

³³³ Le projet de convention faisait obligation de réprimer « la falsification ou la suppression de documents » (art. 18 § 4).

supérieur de l'enfant » et au droit de ce dernier d'exprimer librement son opinion, issue des articles 3 § 1 et 12 § 2 de la Convention relative aux droits de l'enfant³³⁴. Cette idée était appropriée pour ce qui est de l'entraide entre Etats parties : on suivait sur ce point la démarche qui avait été choisie pour l'article 14, à savoir poser une obligation générale d'entraide, sans rentrer dans les détails de la procédure, régie par de nombreux instruments³³⁵. Elle était beaucoup moins satisfaisante pour ce qui avait trait au droit national : de toute évidence, sur ce point, un minimum d'encadrement était nécessaire. Ne l'eût-on pas prévu d'ailleurs, que l'on serait tombé en dessous du standard fixé par la Déclaration, qui consacrait un paragraphe substantiel à cette question.

Aussi, sur l'insistance des ONG et d'un certain nombre d'Etats, le Président réinséra une disposition sur le sujet dans le projet présenté en vue de la 4^{ème} session du groupe de travail. Ce paragraphe – très proche, dans sa formulation, du paragraphe 2 de l'article 20 de la Déclaration – fut à son tour repris dans la proposition conjointe de l'Argentine et de l'Uruguay, la portée de l'obligation de mettre en place des procédures spécifiques étant toutefois renforcée³³⁶. Aux termes de quelques modifications de forme, on retrouve ainsi la version actuelle de la deuxième partie de l'article 25 :

« 2. Tout État partie prend les mesures nécessaires pour rechercher et identifier les enfants visés à l'alinéa *a* du paragraphe 1 du présent article et les rendre à leur famille d'origine, conformément aux procédures légales et aux accords internationaux applicables.

3. Les États parties se prêtent mutuellement assistance dans la recherche et l'identification des enfants visés à l'alinéa *a* du paragraphe 1 du présent article ainsi que la détermination du lieu où ils se trouvent.

4. Compte tenu de la nécessité de préserver l'intérêt supérieur des enfants visés à l'alinéa *a* du paragraphe 1 du présent article et leur droit à préserver et à voir rétablie leur identité, y compris leur nationalité, leur nom et leurs liens familiaux reconnus par la loi, dans les États parties qui reconnaissent le système d'adoption ou d'autres formes de placement d'enfants, des procédures légales doivent exister, qui visent à réviser la procédure d'adoption ou de placement d'enfants et, le cas échéant, à annuler toute adoption ou placement d'enfants qui trouve son origine dans une disparition forcée.

5. En toutes circonstances, et en particulier pour tout ce qui a trait au présent article, l'intérêt supérieur de l'enfant est une considération primordiale, et

³³⁴ V. par ex. le document de travail distribué dans la perspective de la 3^{ème} session (octobre 2004), doc. E/CN.4/2004/WG.22/WP.2. Article 25 : « 1. Lorsqu'un enfant enlevé ou approprié dans les conditions de l'article 23 a) est retrouvé sur le territoire d'un Etat partie, la question de son éventuel retour vers sa famille d'origine est régie soit par la loi nationale de cet Etat partie, soit par l'accord bilatéral ou multilatéral qui le lie avec tout autre Etat dans lequel réside la famille d'origine. 2. En toute circonstance, l'intérêt supérieur de l'enfant est une considération primordiale, et l'enfant qui est capable de discernement a le droit d'exprimer librement son opinion, laquelle est dûment prise en compte eu égard à son âge et à son degré de maturité. »

³³⁵ En l'espèce, il a souvent été fait référence à la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, conclue le 25 octobre 1980 dans le cadre de la Conférence de La Haye sur le droit international privé, et entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1983.

³³⁶ La proposition du Président reprenait la formulation molle de la Déclaration : « il doit être possible... » La proposition de l'Argentine et de l'Uruguay, adoptée dans le texte final, est beaucoup plus ferme : « des procédures légales *doivent exister* » (nous soulignons).

l'enfant qui est capable de discernement a le droit d'exprimer librement son opinion, laquelle est dûment prise en compte eu égard à son âge et à son degré de maturité. »

Au moment de l'adoption de l'article, le Royaume-Uni a fait une longue déclaration équivalant à une réserve au sujet de cet article, limitant la portée des obligations et renvoyant pour l'essentiel aux procédures existantes dans son droit national³³⁷. Dans le même esprit, les Etats-Unis ont estimé que l'article 25 devait être interprété en conformité avec les lois sur l'adoption et les autres lois nationales pertinentes, ainsi qu'avec les obligations internationales de l'Etat concernant les enfants³³⁸.

[à suivre...****]

³³⁷ E/CN.4/2006/57, § 146 : « Le paragraphe exige que les Etats aient des procédures légales en place pour réviser et, le cas échéant, annuler des adoptions ou placements qui trouvent leur origine dans une disparition forcée. Nous comprenons que cet article n'emmène pas d'obligation de créer des procédures légales qui conduiraient de façon automatique à une révision ou à un examen de la question de savoir si l'adoption est annulée. Nous comprenons également que cet article ne requiert pas l'annulation automatique d'une adoption qui trouve son origine dans une disparition forcée. Nous interprétons cet article comme requérant des Etats parties d'avoir une ou des procédures permettant le dépôt de demandes de révision d'une adoption couverte par cet article. La question de savoir si une adoption est en fait révisée ou annulée devra être tranchée en vertu des procédures légales applicables dans l'Etat concerné. »

³³⁸ V. la note verbale distribuée au Conseil des droits de l'Homme sous la cote : A/HRC/1/G/1, p. 6.

**** La deuxième partie de l'article sera publiée dans le prochain numéro de la revue (n° 7, janvier - décembre 2007).