



Assemblée générale

Distr. générale
28 décembre 2010
Français
Original: anglais

Conseil des droits de l'homme

Seizième session

Point 3 de l'ordre du jour

Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement

Rapport du Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires

Additif

Meilleures pratiques concernant les disparitions forcées faisant l'objet de dispositions dans la législation des États

Résumé

Dans sa résolution 14/10 du 18 juin 2010, intitulée «Disparitions forcées ou involontaires», le Conseil des droits de l'homme a demandé au Groupe de travail d'établir un rapport, à lui soumettre à sa seizième session. Sur la base de la législation et de la jurisprudence existantes, les meilleures pratiques sont mises en lumière dans le présent rapport pour aider les États à renforcer la législation en vigueur et à élaborer de nouvelles lois sur les disparitions forcées. Les conclusions du rapport contiennent une liste de pratiques exemplaires que tous les États pourraient suivre.

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction.....	1–8	3
II. Codification du crime de disparition forcée.....	9–20	4
A. Codification du crime de disparition forcée conformément au Statut de Rome de la Cour pénale internationale.....	13–15	5
B. Codification de la disparition forcée en tant qu’infraction distincte.....	16–20	6
III. Éléments constitutifs de l’infraction	21–32	7
A. Privation de liberté	22–24	7
B. Les auteurs de l’infraction	25–27	8
C. Refus de reconnaître la privation de liberté ou de donner des informations sur le sort de la personne disparue ou le lieu où elle se trouve	28	9
D. Soustraction de la personne disparue à la protection de la loi et intention des auteurs	29–32	9
IV. Caractère continu de l’infraction et de ses conséquences au regard du droit pénal	33–34	10
V. Participation à la commission d’actes conduisant à une disparition forcée	35–38	11
VI. Sanctions.....	39–46	12
VII. Garanties contre l’impunité.....	47–61	14
A. Amnistie	48–51	14
B. Obéissance aux ordres d’un supérieur.....	52–54	15
C. Prescriptions	55–56	16
D. Tribunal compétent pour connaître des disparitions forcées	57–58	18
E. Compétence universelle et obligation d’extrader ou de poursuivre.....	59–61	18
VIII. Conclusions.....	62	19

I. Introduction

1. Dans le passé, le Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires avait procédé à une analyse au terme de laquelle il avait constaté que peu d'États avaient érigé les disparitions forcées en infraction pénale distincte dans leur législation. Le Groupe de travail ayant toujours considéré que la question était de la plus haute importance et étant donné que l'article 4 de la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (ci-après «la Déclaration»)¹ fait obligation aux États de traiter tous les actes conduisant à des disparitions forcées comme des infractions pénales, le Groupe de travail a décidé d'élaborer une étude sur le traitement en droit pénal des disparitions forcées par les États à travers le monde.

2. En application de cette décision, le Haut-Commissariat aux droits de l'homme (HCDH) a adressé aux États, sous couvert d'une note verbale, un premier questionnaire sur la question, le 22 mars 2005. Quelques États seulement y ayant répondu, le Groupe de travail n'a pu tirer que des conclusions restreintes.

3. En 2008, le Groupe de travail a décidé de réitérer sa demande. En conséquence, le HCDH a adressé, le 18 décembre 2009, une note verbale à tous les États sollicitant leurs vues sur la question et leur soumettant une liste de questions.

4. Dans sa résolution 14/10 du 18 juin 2010, intitulée «Disparitions forcées ou involontaires», le Conseil des droits de l'homme a demandé au Groupe de travail d'établir un rapport, à lui soumettre à sa seizième session, sur les meilleures pratiques concernant les disparitions forcées faisant l'objet de dispositions dans la législation pénale des États, fondées sur les éléments demandés aux États Membres.

5. Le présent rapport, qui est soumis conformément à la résolution susmentionnée, vise à mettre en lumière les meilleures pratiques en matière de traitement pénal des disparitions forcées et à formuler des recommandations pour aider les États à renforcer leur législation et à élaborer de nouvelles lois sur les disparitions forcées. Le Groupe de travail tient à exprimer sa profonde gratitude aux États qui ont répondu au questionnaire pour les informations détaillées qu'ils ont fournies dans leur réponse².

6. Sur la base des réponses reçues, le Groupe de travail a constaté que les États avaient beaucoup progressé entre 2005 et 2010 dans l'élaboration de lois pour faire face aux disparitions forcées. De nombreux exemples de pratiques exemplaires peuvent être puisés de l'expérience des pays concernés et servir de référence aux États qui ont l'intention d'élaborer de nouvelles lois ou de revoir leur législation dans un avenir proche.

7. Avant d'analyser ces pratiques en matière de droit pénal, le Groupe de travail tient à féliciter les États où le droit, non susceptible de dérogation, de ne pas être victime de

¹ Résolution 47/133 de l'Assemblée générale en date du 18 décembre 1992.

² Les États dont le nom suit ont répondu au premier questionnaire (2005): Belgique, Bolivie, Bulgarie, Canada, Chine, Colombie, Finlande, Grèce, Liban, Oman, Philippines, République de Corée, Ukraine et Yémen. Les États dont le nom suit ont répondu au deuxième questionnaire (2009): Allemagne, Argentine, Belgique, Bosnie-Herzégovine, Brésil, Bulgarie, Cameroun, Colombie, Costa Rica, Égypte, El Salvador, Érythrée, Estonie, Fédération de Russie, France, Ghana, Guatemala, Iraq, Japon, Jordanie, Kazakhstan, Kirghizistan, Lettonie, Liban, Madagascar, Malaisie, Maurice, Nicaragua, Paraguay, Pérou, Pologne, Portugal, Qatar, République de Corée, République de Moldova, République tchèque, Serbie, Slovaquie, Suisse, Tchad, Thaïlande, Togo, Uruguay et Venezuela (République bolivarienne du). Le texte intégral des réponses est disponible au secrétariat.

disparition forcée est inscrit dans la Constitution³. Sans que cela ait un lien direct avec la question de la répression des disparitions forcées, le Groupe de travail considère qu'il est important que ce droit soit pleinement reconnu en tant que droit de l'homme dans la Constitution de façon à indiquer clairement qu'il doit être respecté par toutes les institutions de l'État dans toutes leurs activités.

8. Le questionnaire adressé aux États par le Groupe de travail portait sur six volets: codification du crime de disparition forcée en droit interne (première partie); définition des éléments constitutifs du crime (deuxième partie); caractère contenu de l'infraction et de ses conséquences en droit pénal (troisième partie); modes de participation au crime de disparition forcée (quatrième partie); peines applicables (cinquième partie); garanties contre l'impunité des auteurs (sixième partie).

II. Codification du crime de disparition forcée

9. L'article 4 de la Déclaration stipule que «tout acte conduisant à une disparition forcée est un crime passible de peines appropriées, qui tiennent compte de son extrême gravité au regard de la loi pénale». En 1995, le Groupe de travail a adopté une observation générale sur cette disposition, notant que l'obligation d'ériger la disparition forcée en infraction distincte dans les codes pénaux nationaux s'appliquait à tous les États, même en l'absence de crime de disparition forcée, et qu'il ne suffisait pas que le gouvernement se réfère à l'existence d'une infraction pénale telle que la privation forcée de liberté, la torture, l'intimidation, l'usage excessif de la violence, etc. Pour se conformer à l'article 4 de la Déclaration, il est nécessaire que l'acte de disparition forcée, tel qu'il est visé dans la Déclaration, soit érigé en infraction pénale distincte⁴. La même observation a été maintes fois réitérée par le Groupe de travail.

10. Même si l'absence d'une infraction distincte n'exempte pas l'État d'enquêter sur les actes conduisant à des disparitions forcées et de punir leurs auteurs, l'obligation d'ériger la disparition forcée en infraction pénale distincte est un puissant mécanisme pour combattre l'impunité. La Cour suprême népalaise est arrivée à la conclusion suivante: «En l'absence de lois pertinentes, aucune enquête réelle, effective ou concrète ne peut être menée ... Pour régler ce problème, il est nécessaire d'adopter d'urgence une loi stipulant que l'acte conduisant à la disparition forcée est une infraction pénale et définissant cet acte sur la base de la définition figurant dans la Convention internationale.»⁵.

11. Plusieurs États reconnaissent qu'ils n'ont pas encore incorporé le crime de disparition forcée à leur droit interne, arguant que leur législation offre des garanties contre différentes infractions se rapportant ou étroitement liées à ce crime, telles que l'enlèvement, le rapt, la détention illégale, la privation illégale de liberté, la traite, la contrainte illégale et l'abus de pouvoir. Toutefois, plusieurs délits fractionnés ne sauraient rendre compte de la complexité et de la gravité particulière de la disparition forcée. Même si les délits susmentionnés peuvent faire partie d'un certain type de disparition forcée, aucun d'eux n'en englobe tous les éléments et ils ne sont souvent pas passibles de peines à la mesure de l'extrême gravité du crime permettant de garantir une protection complète.

³ Bolivie (art. 15.IV), Colombie (art. 12), Équateur (art. 66, 80 et 120.13), Paraguay (art. 15) et Venezuela (art. 45).

⁴ E/CN.4/1996/38, par. 54. Voir également le document A/HRC/7/2, par. 26 (par. 3 de l'Observation générale sur la définition de la disparition forcée).

⁵ Cour suprême népalaise, arrêt du 1^{er} juillet 2007, conclusion b.i).

12. L'analyse des réponses reçues des États montre les grands progrès accomplis en quelques années. Dans la plupart des cas, le processus de codification du crime de disparition forcée semble avoir été stimulé par la ratification du Statut de Rome de la Cour pénale internationale et son incorporation au droit interne. En outre, plusieurs États ont simultanément ou séparément érigé la disparition forcée en infraction pénale distincte dans leur législation.

A. Codification du crime de disparition forcée conformément au Statut de Rome de la Cour pénale internationale

13. Un grand nombre d'États, dont les réponses ont été analysées (45)⁶, ont érigé la disparition forcée en crime contre l'humanité, lorsque ce crime est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque, conformément à la définition des crimes contre l'humanité et de la disparition forcée figurant à l'article 7 du Statut de Rome. Le Groupe de travail se félicite de cette évolution positive en vertu de laquelle le crime de disparition forcée en tant que tel est désormais réprimé par certaines lois internes.

14. Lors de sa récente mission en Bosnie-Herzégovine – un des pays ayant codifié les disparitions forcées en application du Statut de Rome –, le Groupe de travail a appris avec satisfaction que plusieurs condamnations avaient été prononcées sur la base de cette codification. Ces condamnations permettent de saisir la spécificité de ces actes, dont une

⁶ Afrique du Sud (loi de 2002 sur l'application du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, deuxième partie), Allemagne (art. 7.1.7 du Code des crimes contre le droit international), Argentine (art. 9 de la loi n° 26.200 du 5 janvier 2007), Australie (art. 268.21 du Code pénal de 1995 et annexe 1 de la loi de 2002 sur la Cour pénale internationale), Azerbaïdjan (art. 110 du Code pénal), Belgique (art. 136 *ter* du Code pénal), Bosnie-Herzégovine (art. 172 du Code pénal), Burkina Faso (art. 314 du Code pénal), Burundi (art. 196 et 197 du Code pénal), Canada (art. 4 et annexe de la loi de 2000 sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre), Chili (loi n° 20.357 du 18 juillet 2009), Chypre (art. 4 de la loi n° 23 (III)/2006 du 28 juillet 2006), Costa Rica (art. 379 du Code pénal), Croatie (art. 157-A du Code pénal), Espagne (art. 607 *bis* du Code pénal), Finlande (chap. 11 du Code pénal), France (art. 212.1 du Code pénal), Indonésie (art. 9 de la loi n° 26 de 2000 portant création du Tribunal spécial des droits de l'homme), Iraq (art. 12 de la loi du 18 octobre 2005 sur le Tribunal pénal suprême iraquien – seulement pour les crimes commis entre le 17 juillet 1968 et le 1^{er} mai 2003), Irlande (art. 6 et 10 de la loi de 2006 sur la Cour pénale internationale), Kenya (art. 6 de la loi de 2008 sur les crimes internationaux), Lituanie (art. 100 du Code pénal), Macédoine (art. 403 du Code pénal), Mali (art. 29 du Code pénal), Malte (art. 54-C du Code pénal), Monténégro (art. 427 du Code pénal), Nouvelle-Zélande (art. 10 de la loi de 2000 sur les crimes internationaux et la Cour pénale internationale), Norvège (art. 102 du Code pénal), Panama (art. 432 du Code pénal), Pays-Bas (art. 4 de la loi de 2003 sur les crimes internationaux), Philippines (art. 6 de la loi républicaine n° 9851 du 11 décembre 2009, loi portant, entre autres, définition et répression des crimes contre le droit international humanitaire, du génocide et d'autres crimes contre l'humanité, organisation de la compétence et désignation des tribunaux spéciaux), Portugal (art. 9 de la loi n° 31 du 22 juillet 2004), République du Congo (art. 6.k et 8 de la loi n° 8 du 31 octobre 1998), République de Corée (art. 9 de la loi de 2007 sur la répression des crimes relevant de la compétence de la Cour pénale internationale), République tchèque (art. 401 du Code pénal), Roumanie (art. 175 du Code pénal), Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (art. 50 de la loi de 2001 sur la Cour pénale internationale), Rwanda (art. 6 de la loi de 2003 sur le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre), Samoa (art. 6 de la loi de 2007 sur la Cour pénale internationale), Sénégal (art. 431-2 du Code pénal), Serbie (art. 371 du Code pénal), Slovénie (art. 101 du Code pénal), Suisse (art. 264a du Code pénal et 109 du Code pénal militaire), Timor-Leste (art. 124 du Code pénal), Trinité-et-Tobago (art. 6 de la loi de 2006 sur la Cour pénale internationale), et Uruguay (art. 18 de la loi n° 18.026 du 4 octobre 2006).

autre qualification, comme celle de «meurtre» ou «torture», ne saurait rendre dûment compte. En conséquence, le Groupe de travail encourage davantage d'États à ratifier le Statut de Rome et à ériger les crimes visés par cet instrument, en particulier le crime de disparition forcée, en crime contre l'humanité dans leur droit interne.

15. Toutefois, le Groupe de travail tient à réitérer les réserves qu'il a déjà exprimées (voir l'Observation générale sur la définition des disparitions forcées)⁷ au sujet de la définition spécifique des disparitions forcées dans le Statut de Rome. À cet égard, il recommande que cette définition soit interprétée par les autorités nationales à la lumière de celle plus complète figurant à l'article 2 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées.

B. Codification de la disparition forcée en tant qu'infraction distincte

16. L'expérience montre que, souvent, les disparitions forcées ne sont pas commises dans le cadre d'une attaque systématique contre des civils. Dans cette optique, le fait de ne les ériger en infraction pénale dans la législation interne que lorsqu'elles interviennent dans ce contexte particulier a pour conséquence que de nombreux actes conduisant à des disparitions forcées restent en dehors du champ d'application de la législation pénale nationale et de la compétence des tribunaux nationaux.

17. Le Groupe de travail a fait observer ce qui suit: «Comme le plus souvent les disparitions forcées sont le résultat d'actes isolés qui ne se produisent pas nécessairement dans le cadre d'une attaque systématique visant à soustraire la victime à la protection de la loi pendant un laps de temps prolongé ... il faut redoubler d'efforts pour que les actes conduisant à des disparitions forcées figurent dans tous les codes pénaux nationaux et soient passibles de peines appropriées et pour traduire les auteurs de ces actes devant les tribunaux nationaux ou les instances internationales.»⁸

18. Même s'il ne peut amener à invoquer la juridiction de la Cour pénale internationale, un acte isolé conduisant à une disparition forcée demeure un crime international et une violation flagrante des droits de l'homme qui engagent la responsabilité pénale des auteurs, comme le requièrent plusieurs instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme. Dans ces conditions, les États ne sauraient ériger les disparitions forcées en infraction pénale uniquement lorsqu'elles constituent des crimes contre l'humanité au sens du Statut de la Cour pénale internationale mais devraient inclure dans cette définition de l'infraction tout acte de ce type.

19. Plusieurs pratiques exemplaires peuvent être relevées à cet égard. Deux États ont par exemple prévu dans leur législation deux infractions distinctes: une dans le contexte de l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale et une autre pour réprimer les disparitions forcées qui ne sont pas commises dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique contre une population civile⁹. D'autres États ont en revanche prévu dans leur législation une infraction unique dont la portée est suffisamment large pour inclure ce crime sous toutes ses formes, qu'il soit commis en tant qu'acte isolé ou dans le cadre d'une

⁷ A/HRC/7/2, par. 26.

⁸ E/CN.4/2002/79, par. 365.

⁹ Panama (art. 150 et 432 du Code pénal), Uruguay (art. 18 et 21 de la loi n° 18.026 du 4 octobre 2006). Dans le cas de l'Uruguay, la disparition forcée, en tant qu'infraction autonome (intervenant hors du contexte de l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale) est tout de même qualifiée de crime contre l'humanité.

attaque généralisée ou systématique contre une population civile¹⁰. Certains États ont choisi de qualifier la disparition forcée de crime contre l'humanité même si elle n'intervient pas dans le contexte d'une attaque généralisée ou systématique¹¹.

20. Ces différentes pratiques sont toutes conformes à l'article 4 de la Déclaration et devraient servir de base aux États qui envisagent d'adopter une législation sur les disparitions forcées.

III. Éléments constitutifs de l'infraction

21. Dès 1995, le Groupe de travail a précisé que les États n'étaient pas tenus de suivre strictement la définition de l'infraction figurant dans la Déclaration, à condition de veiller à ce que «l'acte de disparition forcée soit défini d'une manière qui le distingue clairement d'autres infractions connexes telles que la privation de liberté d'une personne contre sa volonté, l'enlèvement, le rapt, la détention au secret, etc. Les trois éléments minimum constitutifs suivants devraient figurer dans toute définition: a) la privation de liberté d'une personne contre sa volonté; b) l'implication d'agents du gouvernement, tout au moins indirecte, dans la mesure où ceux-ci donnent leur assentiment; c) le refus de reconnaître la détention et de révéler le sort réservé à l'intéressé ou le lieu où il se trouve.»¹².

A. Privation de liberté

22. Toute disparition forcée commence par la privation de liberté de la victime. Le Groupe de travail a souligné ce qui suit: «En vertu de la définition de la disparition forcée contenue dans la Déclaration, le crime en question commence par l'arrestation, la détention ou l'enlèvement de la victime contre sa volonté, ce qui signifie que la disparition forcée peut avoir pour origine une détention illégale ou une arrestation ou une détention initialement légale. Autrement dit, la protection d'une victime contre la disparition forcée doit commencer dès la privation de liberté, quelle qu'en soit la forme, et ne pas intervenir uniquement en cas de privation illégale de liberté.»¹³.

23. En conséquence, la définition du crime de disparition en droit interne doit couvrir tous les cas de figure auxquels correspond l'expression «privation de liberté». Par exemple, il serait inopportun d'utiliser uniquement le mot «rapt» dans la mesure où il ne renvoie qu'à un type particulier d'enlèvement illégal.

24. De bonnes pratiques peuvent être relevées dans les lois qui utilisent simplement l'expression «privation de liberté de la victime»¹⁴ ou, mieux encore, «privation de liberté quelle qu'en soit la forme»¹⁵. L'expression «détenir légalement ou illégalement une personne» peut convenir à condition qu'elle soit interprétée assez largement pour qu'elle

¹⁰ Arménie (art. 392 du Code pénal), Bolivie (art. 292 *bis* du Code pénal), Colombie (art. 165 du Code pénal), El Salvador (art. 364 du Code pénal), Guatemala (art. 201 *ter* du Code pénal), Mexique (art. 215-A du Code pénal), Nicaragua (art. 488 du Code pénal), Paraguay (art. 236 du Code pénal), Pérou (art. 320 du Code pénal), Uruguay (art. 21 de la loi n° 18.026 du 4 octobre 2006), et Venezuela (art. 180-A du Code pénal).

¹¹ Arménie (art. 392 du Code pénal), El Salvador (art. 364 à 366 du Code pénal), Guatemala (art. 201 *ter* du Code pénal), Nicaragua (art. 488 du Code pénal), et Pérou (art. 320 du Code pénal).

¹² E/CN.4/1996/38, par. 55.

¹³ A/HRC/7/2, par. 26 (par. 7 de l'Observation générale sur la définition de la disparition forcée).

¹⁴ Bolivie (art. 292 *bis* du Code pénal).

¹⁵ Colombie (art. 165 du Code pénal), Guatemala (art. 201 *ter* du Code pénal), Panama (art. 150 du Code pénal), Uruguay (art. 21 de la loi n° 18.026 du 4 octobre 2006).

englobe toutes les formes de privation de liberté, quel que soit le lieu et pas seulement la privation de liberté par les autorités compétentes (même agissant de manière illégale) dans un centre de détention officiel¹⁶. Les définitions inspirées par le Statut de Rome utilisent la même formulation que le paragraphe 2-i de l'article 7, à savoir «l'arrestation, la détention ou l'enlèvement de personnes», laquelle devrait être interprétée de manière suffisamment large pour qu'elle englobe tous les types de privation de liberté.

B. Les auteurs de l'infraction

25. Dans son Observation générale sur la définition de la disparition forcée, le Groupe de travail a rappelé que «s'agissant des auteurs du crime, (...) aux fins de son action, il n'y a disparition forcée que lorsque l'acte en question est perpétré par des agents de l'État ou par des particuliers ou des groupes organisés (par exemple des groupes paramilitaires) agissant au nom, ou avec l'appui, direct ou indirect, le consentement ou l'assentiment du Gouvernement»¹⁷. Dans les cas où la législation pénale interne ne couvrirait pas les actes commis par des individus agissant au nom du Gouvernement ou avec son appui direct ou indirect, sans avoir forcément reçu des ordres ou des instructions d'agents du Gouvernement pour commettre l'infraction, le Groupe de travail a estimé que la définition était incomplète et devait donc être modifiée¹⁸. Le Groupe de travail a également indiqué qu'il faisait siennes «les dispositions de l'article 3 de la Convention internationale selon lesquelles tout État partie prend les mesures appropriées pour enquêter sur les agissements comparables à des disparitions forcées qui sont l'œuvre de personnes ou de groupes de personnes agissant sans l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement de l'État, et pour traduire les responsables en justice»¹⁹.

26. De bonnes pratiques découlent donc de l'application du Statut de Rome, qui qualifie la disparition forcée de crime contre l'humanité lorsqu'elle est commise «par un État ou une organisation politique ou avec l'autorisation, l'appui ou l'assentiment de cet État ou de cette organisation», libellé qui couvre le plus large éventail de cas de disparition forcée. La même remarque peut être faite à propos de la définition de la disparition forcée en tant qu'infraction autonome concernant le cas de la commission du crime par «un individu quel qu'il soit»²⁰. Le Groupe de travail rappelle toutefois qu'une large définition comme celle-ci ne doit pas être interprétée de façon à diluer la responsabilité de l'État et devrait tenir compte de la spécificité de l'infraction de disparition forcée découlant des autres éléments constitutifs, en particulier du fait qu'un tel crime a pour effet de soustraire la victime à la protection de la loi.

27. Tout aussi positives et en accord avec le libellé de la Déclaration sont les lois nationales qui restreignent l'éventail des auteurs potentiels aux personnes qui ont un lien – quelle qu'en soit la nature – avec l'État, selon, par exemple, la formule utilisée à l'article 2 de la Convention internationale²¹.

¹⁶ El Salvador (art. 364 du Code pénal), Nicaragua (art. 488 du Code pénal), Venezuela (art. 180-A du Code pénal).

¹⁷ A/HRC/7/2, par. 26 (par. 1 de l'Observation générale sur la définition de la disparition forcée).

¹⁸ A/HRC/7/2/Add.2, par. 30.

¹⁹ A/HRC/7/2, par. 26 (par. 2 de l'Observation générale sur la définition de la disparition forcée).

²⁰ Colombie (art. 165 du Code pénal). Voir également Paraguay (art. 236 du Code pénal), «Quiconque dans un but politique...». Toutefois, l'élément intention spéciale semble restreindre indûment la portée de la définition. Pour plus de détails sur le dol spécial, voir plus loin.

²¹ Bolivie (art. 292 *bis* du Code pénal), El Salvador (art. 364 du Code pénal).

C. Refus de reconnaître la privation de liberté ou de donner des informations sur le sort de la personne disparue ou le lieu où elle se trouve

28. Selon les définitions de la disparition forcée en droit international, un des éléments constitutifs de l'infraction est le refus de reconnaître la privation de liberté de la victime, ou de donner des informations sur son sort ou l'endroit où elle se trouve. Cet élément est en fait ce qui distingue la disparition forcée d'autres infractions, telles que la détention arbitraire²². Parmi les bonnes pratiques des États figure la codification de la disparition forcée selon la définition contenue dans le Statut de Rome («l'arrestation, la détention ou l'enlèvement de personnes ... *suivi* d'un refus de reconnaître la privation de liberté ou de fournir des informations sur le sort des personnes concernées ou l'endroit où elles se trouvent»), ainsi que la codification d'une infraction autonome incluant un tel élément dans sa définition²³. D'autres libellés sont également acceptables, pourvu qu'ils puissent être interprétés comme englobant tous les cas visés dans la Déclaration, la Convention et le Statut de Rome, à savoir: le refus de reconnaître la privation de liberté et le refus de fournir des informations sur le sort de la personne concernée ou l'endroit où elle se trouve²⁴.

D. Soustraction de la personne disparue à la protection de la loi et intention des auteurs

29. Toutes les définitions de la disparition forcée en droit international indiquent que la victime est soustraite à la protection de la loi. Cette spécificité de la disparition forcée entraîne la suspension de l'exercice de tous les autres droits de l'homme et libertés de la victime et place celle-ci dans une situation où elle est complètement sans défense. Cela met directement en cause le droit de chacun d'être reconnu en tant que personne devant la loi, qui est un préalable à l'exercice de tous les autres droits de l'homme.

30. Le paragraphe 2 de l'article premier de la Déclaration stipule que tout acte conduisant à une disparition forcée *a pour conséquence* de soustraire la personne concernée à la protection de la loi.

31. Afin de donner de la définition de l'infraction une interprétation propice à la protection contre la disparition forcée, le Groupe de travail considère «comme recevables les cas de disparition forcée que les sources portent à sa connaissance même lorsque l'information qu'elles fournissent ne prouve pas, ni même ne laisse entendre, que l'auteur avait l'intention de soustraire la victime à la protection de la loi»²⁵.

32. Les bonnes pratiques proviennent des pays qui considèrent l'élément «soustraction de la victime à la protection de la loi» comme une *conséquence* des autres éléments constitutifs, en conformité avec la Déclaration et la position du Groupe de travail²⁶.

²² Voir Cour suprême de justice péruvienne, Acuerdo Plenario n° 9-2009/CJ-116, 13 novembre 2009, par. 9.B-10.

²³ Bolivie (art. 292 *bis* du Code pénal), Colombie (art. 165 du Code pénal), El Salvador (art. 364 du Code pénal), Guatemala (art. 201 *ter* du Code pénal), Uruguay (art. 21 de la loi n° 18.026 du 4 octobre 2006), Venezuela (art. 180-A du Code pénal).

²⁴ Voir Nicaragua (art. 488 du Code pénal): «... et ne fournit pas d'informations sur le lieu où se trouvent ces personnes».

²⁵ A/HRC/7/2, par. 26 (par. 5 de l'Observation générale sur la définition de la disparition forcée).

²⁶ Bolivie (art. 292 *bis* du Code pénal), Colombie (art. 165 du Code pénal), Venezuela (art. 180-A du Code pénal) – avec une formulation plus restrictive pouvant néanmoins être interprétée comme étant conforme à la Déclaration («empêchant ainsi les victimes d'exercer leurs droits»).

IV. Caractère continu de l'infraction et de ses conséquences au regard du droit pénal

33. Le paragraphe 1 de l'article 17 de la Déclaration dispose que «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». Dans son Observation générale sur la disparition forcée en tant que crime continu, le Groupe de travail fait observer que «les disparitions forcées sont le prototype même d'actes continus. L'acte commence au moment de l'enlèvement et dure tant que le crime n'est pas terminé, c'est-à-dire jusqu'à ce que l'État reconnaisse la détention ou fournisse des informations sur le sort de l'individu ou le lieu où il se trouve.».

34. Les réponses au questionnaire du Groupe de travail mettent en évidence des pratiques exemplaires dans ce domaine. En particulier, certains États définissent expressément dans leur législation pénale la disparition forcée comme une infraction continue²⁷. Cette qualification explicite de la disparition forcée en tant qu'infraction continue a facilité la tâche des tribunaux nationaux en leur permettant de condamner la personne accusée d'un acte ayant conduit à une disparition forcée dont la commission avait commencé avant qu'il n'ait été érigé en infraction pénale²⁸. Dans d'autres cas, bien que l'infraction n'ait pas été expressément qualifiée de continue, les tribunaux nationaux se sont également prononcés en faveur de ce concept en ce qui concerne les disparitions forcées et l'application du principe de non-rétroactivité²⁹. D'autres États, où la disparition forcée n'est pas codifiée en tant qu'infraction distincte, reconnaissent néanmoins le concept d'infraction continue³⁰, ce qui pourrait faciliter son application aux actes conduisant à des disparitions forcées. Dans un État, le crime de disparition forcée est codifié mais la jurisprudence n'en a

²⁷ Guatemala, Uruguay et Venezuela. Le Nicaragua a répondu que le concept d'infraction continue était connu en droit nicaraguayen (art. 83 du Code pénal) et que la disparition forcée revêtait ce caractère.

²⁸ Voir, entre autres, Tribunal Primero de Sentencia of Chiquimula (Guatemala), jugement du 3 décembre 2009 (affaire *Marco Antonio Sánchez Samayoa et consorts*), Tribunal pour les actes criminels, la narco-activité et les crimes contre l'environnement dans la région de Chimaltenango (Guatemala), jugement n° C-26-2-2006 du 7 septembre 2009; Tribunal constitutionnel du Guatemala, arrêt du 7 juillet 2009, Division constitutionnelle du Tribunal suprême de justice de la République bolivarienne du Venezuela, arrêt du 10 août 2007.

²⁹ Voir, entre autres, Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado Bogotá, jugement du 9 juin 2010 (affaire *Alfonso Plazas Vega*), Cour suprême de justice péruvienne, Acuerdo Plenario n° 9-2009/CJ-116 du 13 novembre 2002, par. 14 et 15, Cour suprême de justice péruvienne, arrêt du 20 mars 2006 (Exp. 111-04, D. D. Cayo Rivera Schreiber), Tribunal constitutionnel péruvien, arrêt du 18 mars 2004 (Exp. 2488-2002-HC/TC), par. 26, Cour suprême de justice mexicaine, arrêt du 20 juillet 2004 (P./J. 49/2004), Tribunal constitutionnel péruvien, arrêt du 9 décembre 2004 (Exp. 2798-04-HC/TC), par. 22, et Tribunal constitutionnel colombien, arrêt du 31 juillet 2002 (n° C-580/02).

³⁰ L'Égypte, où l'emprisonnement injuste est considéré comme une infraction continue pendant toute la période durant laquelle la victime reste privée de sa liberté; l'Érythrée applique le concept à des infractions telles que l'enlèvement; l'Allemagne, l'Estonie et la France l'ont appliqué à l'emprisonnement illégal; le Japon l'a appliqué à «l'arrestation et la détention illégales» et à «l'enlèvement»; la Jordanie l'a appliqué à «la privation illégale de liberté»; le Kazakhstan l'a appliqué à «l'enlèvement»; la République de Corée l'a appliqué à la fausse arrestation, à la détention illégale...; la Lettonie, le Liban, Madagascar, Maurice, Moldova l'ont appliqué à la privation illégale de liberté et à la prise d'otages mais pas à l'enlèvement; la Pologne l'a appliqué à la privation de liberté; le Portugal explique que la notion d'infraction continue est connue en droit portugais (art. 30, par. 2, du Code pénal) mais que la disparition forcée serait plutôt qualifiée de «crime à effet étendu dans le temps» c'est-à-dire de crimes résultant de plusieurs actes ou d'un acte unique pouvant se prolonger dans le temps (par exemple la contrainte illégale); le Qatar l'a appliqué à l'enlèvement; voir aussi Serbie (art. 61 du Code pénal), Thaïlande et Togo.

pas encore fait une infraction «permanente» bien que d'autres infractions liées à la violation de la liberté personnelle, telles que l'enlèvement, aient été ainsi qualifiées³¹.

V. Participation à la commission d'actes conduisant à une disparition forcée

35. Les différentes formes de participation à la commission d'actes conduisant à la disparition forcée, telles que la complicité, la responsabilité ou les instructions des supérieurs, l'instigation, le consentement, l'acquiescement et la dissimulation active sont aussi punies en droit pénal national. Ceci est important, notamment en ce qui concerne la responsabilité pénale des personnes impliquées qui font partie d'une chaîne de commandement. Généralement de nombreux auteurs sont impliqués dans une disparition forcée mais les participants ne savent pas nécessairement tous où se trouve la victime et quel est le sort qui lui est réservé³².

36. Bien que la Déclaration ne contienne pas de dispositions détaillées sur cette question, le paragraphe 1 de l'article 6 de la Convention stipule que les États prennent toutes les mesures nécessaires pour tenir pénalement responsable au moins: «a) toute personne qui commet une disparition forcée, l'ordonne ou la commande, tente de la commettre, en est complice ou y participe; b) le supérieur qui: i) savait que des subordonnés placés sous son autorité et son contrôle effectif commettaient ou allaient commettre un crime de disparition forcée, ou a délibérément négligé de tenir compte des informations qui l'indiquaient clairement; ii) exerçait sa responsabilité et son contrôle effectif sur les activités auxquelles le crime de disparition forcée était lié; et iii) n'avait 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»³³.

37. Les bonnes pratiques instituées par un grand nombre d'États résultent de l'application du Statut de Rome dans l'ordre juridique interne et, en particulier, des articles 25 et 28 de cet instrument qui contiennent une description détaillée de formes de responsabilité comparables à celle visée à l'article 6 de la Convention³⁴. Cela ne concerne

³¹ El Salvador: Tribunal Primero de Sentencia de San Miguel, affaire n° 0301-82-2004, jugement du 3 août 2004.

³² Cour suprême de justice péruvienne, Acuerdo Plenario n° 9-2009/CJ-116, 13 novembre 2009, par. 11: «La Cour suprême péruvienne a déclaré ce qui suit: "l'obligation de fournir des informations revêt une importance cruciale pour la codification de l'infraction. [...] tant que la situation de disparition dure, tous les responsables et agents qui sont en position de savoir ce qui s'est produit sont sous l'obligation susmentionnée de fournir des informations. Pour que des auteurs ou des participants puissent être tenus pénalement responsables, il n'est pas nécessaire qu'ils soient intervenus dès le début de la commission de l'infraction".».

³³ Aux termes du paragraphe 1 c) de l'article 6 de la Convention: «l'alinéa b ci-dessus est sans préjudice des normes pertinentes plus élevées de responsabilités applicables en droit international à un chef militaire ou à une personne faisant effectivement fonction de chef militaire».

³⁴ Allemagne (art. 4, 13 et 14 du Code des crimes contre le droit international), Australie (art. 268.115 du Code pénal de 1995), Bosnie-Herzégovine (art. 180.2 du Code pénal), Canada (art. 5 de la loi de 2000 sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre), Chili (art. 35-35 de la loi n° 20.357 du 18 juillet 2009), Croatie (art. 167-A du Code pénal), Espagne (art. 615 *bis* du Code pénal), ex-République yougoslave de Macédoine (art. 416.B du Code pénal), Finlande (art. 12 et 13 du chapitre 11 du Code pénal), Indonésie (art. 41 et 42 de la loi n° 26/2000), Iraq (art. 15 de la loi du 18 octobre 2005 sur le tribunal pénal suprême iraquien), Malte (art. 54-E du Code pénal), Monténégro (art. 440 du Code pénal), Norvège (art. 109 du Code pénal), Panama (art. 445 du Code pénal), Pays-Bas (art. 9 de la loi de 2003 sur les crimes internationaux), Philippines (art. 8 et 10 de la loi

toutefois que la responsabilité des personnes ayant commis un crime de disparition forcée en tant que crime contre l'humanité, dans les circonstances et selon la définition spécifique visées à l'article 7 du Statut³⁵.

38. En ce qui concerne la disparition forcée envisagée en tant que crime autonome, un État a institué un régime complet applicable à ceux qui sollicitent ou commanditent la commission d'une disparition forcée, tentent de commettre un tel crime, s'en rendent complices ou y participent³⁶. Un autre État a établi de manière plus générale la responsabilité de «ceux qui participent à l'infraction ou la dissimulent»³⁷.

VI. Sanctions

39. Le paragraphe 1 de l'article 4 de la Déclaration contient ce qui suit: «Tout acte conduisant à la disparition forcée est un crime passible de peines appropriées, qui tiennent compte de son extrême gravité au regard de la loi pénale.»³⁸.

40. Le Groupe de travail a estimé que l'application d'une peine de vingt-cinq à quarante ans d'emprisonnement à l'auteur d'un acte conduisant à une disparition forcée était conforme à la Déclaration³⁹. De bonnes pratiques en la matière ont été relevées dans un nombre restreint d'États⁴⁰.

41. Dans certains États, la peine prévue par la législation interne en cas de disparitions forcées en tant qu'infraction autonome ne semble pas appropriée à première vue même s'il arrive qu'une grande marge de liberté dans le choix de la peine soit laissée au juge ou au jury, notamment par la prise en compte d'éventuelles circonstances aggravantes⁴¹. Les peines prévues pour réprimer la disparition forcée en tant que crime contre l'humanité, selon la définition dans le Statut de Rome, sont généralement plus appropriées bien que cela ne soit pas toujours le cas. Toutefois, le Groupe de travail estime que les disparitions forcées, qui constituent lorsqu'elles sont commises en tant que crime contre l'humanité des

républicaine n° 9851 du 11 décembre 2009 portant, entre autres, définition et répression des crimes contre le droit international humanitaire, du génocide et d'autres crimes contre l'humanité, organisation de la compétence et désignation des tribunaux spéciaux), Portugal (art. 6 de la loi du 22 juillet 2004), République de Corée (art. 5 de la loi de 2007 sur la répression des crimes relevant de la compétence de la Cour pénale internationale), République du Congo (art. 10 de la loi n° 8 du 31 octobre 1998), Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (art. 65 de la loi de 2001 sur la Cour pénale internationale), Rwanda (art. 18 de la loi n° 33 bis de 2003), Samoa (art. 10 de la loi de 2007 sur le Code pénal international), Serbie (art. 384 du Code pénal), Slovénie (art. 104 du Code pénal), Suisse (art. 264k et 264l du Code pénal et art. 20 et 114 du Code pénal militaire), Timor-Leste (art. 136 du Code pénal), Uruguay (art. 10 de la loi n° 18.026 du 4 octobre 2006).

³⁵ En Uruguay, les disparitions forcées sont dans tous les cas des crimes contre l'humanité même si elles n'ont pas été commises dans les circonstances indiquées dans le Statut de Rome.

³⁶ Colombie (art. 340, 348, 441, 446, 449 et 450 du Code pénal).

³⁷ Venezuela (art. 180-A du Code pénal).

³⁸ Voir également l'article 7 de la Convention.

³⁹ A/HRC/4/41/Add.1, par. 33. Voir aussi le document E/CN.4/2006/56/Add.1, par. 27.

⁴⁰ Colombie (trois cent vingt-cinq cent quarante mois d'emprisonnement et jusqu'à quatre cent quatre-vingts/six cents mois en cas de circonstances aggravantes, assortis d'une peine pécuniaire et d'une interdiction d'exercer des fonctions publiques pendant cent soixante/trois cent soixante mois), Guatemala (vingt-cinq/quarante ans de prison, mais aussi la peine de mort: voir plus loin).

⁴¹ Bolivie (cinq à quinze ans d'emprisonnement et jusqu'à trente ans en cas de circonstances aggravantes), Pérou («pas moins de quinze ans d'emprisonnement» et interdiction d'exercer une charge publique pour les fonctionnaires), Uruguay (deux à vingt-cinq ans d'emprisonnement).

actes monstrueux, demeurent, lorsqu'elles revêtent la forme d'un acte isolé, un crime gravissime qui appelle une sanction proportionnée.

42. Le paragraphe 2 de l'article 4 de la Déclaration contient ce qui suit: «La législation nationale peut 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.»⁴².

43. Le Groupe de travail a estimé qu'une législation pénale, qui «ne prévoit des circonstances atténuantes que dans le cas des auteurs qui aident à libérer la victime ou à trouver ses restes, selon le cas», satisfait aux dispositions du paragraphe 2 de l'article 4 de la Déclaration⁴³.

44. Plusieurs États fixent des circonstances aggravantes ou atténuantes spécifiques pour les disparitions forcées⁴⁴, alors que d'autres mentionnent, le cas échéant, les circonstances générales fixées dans le Code pénal. Lorsque des circonstances aggravantes sont envisagées, elles se rapportent, entre autres, au décès de la personne disparue, au préjudice physique ou psychologique qu'elle a pu subir ainsi qu'au fait que la victime est membre d'un groupe particulièrement vulnérable, que l'auteur est un agent de l'État ou que l'acte en cause constitue une infraction continue⁴⁵. Dans certains États, le fait que l'infraction ait duré une longue période est considéré comme une circonstance aggravante⁴⁶. Les circonstances atténuantes comprennent, entre autres, la libération de la victime dans un laps de temps donné ou la fourniture par la personne impliquée d'informations permettant d'élucider l'affaire ou d'identifier les auteurs.

45. En ce qui concerne les peines complémentaires, le Groupe de travail a estimé qu'il fallait que la législation interne relative aux disparitions forcées dispose que les auteurs doivent être relevés de leurs fonctions⁴⁷. En conséquence, certains États prévoient expressément une interdiction d'exercer leurs fonctions pour les fonctionnaires publics reconnus coupables d'un acte ayant conduit à une disparition forcée⁴⁸.

46. L'obligation de prévoir des sanctions pénales appropriées est sans préjudice de celle d'assurer au civil une pleine réparation aux victimes. Le Groupe de travail a rappelé qu'«outre qu'ils sont passibles de sanctions pénales, les auteurs présumés d'une disparition forcée assument une responsabilité générale au civil»⁴⁹.

⁴² Voir également le paragraphe 2 de l'article 7 de la Convention.

⁴³ E/CN.4/2006/56/Add.1, par. 27.

⁴⁴ Bolivie (art. 292 *bis* du Code pénal), Colombie (art. 166 et 167 du Code pénal), Guatemala (art. 201-*ter* du Code pénal), Mexique (art. 215-B du Code pénal), Panama (art. 150 et 151 du Code pénal), Uruguay (art. 15 et 21.3 de la loi n° 18.026 du 4 octobre 2006), et Venezuela (art. 180-A du Code pénal).

⁴⁵ C'est le cas au Nicaragua, par exemple (art. 83 du Code pénal).

⁴⁶ C'est le cas en République tchèque, par exemple (art. 42.m du Code pénal).

⁴⁷ A/HRC/7/2/Add.1, par. 39 et 66.c. L'article 5 de la Déclaration dispose que, sans préjudice de la responsabilité internationale de l'État concerné conformément aux principes du droit international, outre les sanctions pénales applicables, les disparitions forcées doivent engager la responsabilité civile de leurs auteurs, et celle de l'État ou des autorités de l'État qui ont organisé ou toléré de telles disparitions ou qui y ont consenti.

⁴⁸ Colombie (art. 165 du Code pénal), El Salvador (art. 366 du Code pénal), Mexique (art. 215-C et 215-D du Code pénal), Nicaragua (art. 488 du Code pénal), Pérou (art. 320 du Code pénal), et Uruguay (art. 12 de la loi n° 18.026 du 4 octobre 2006).

⁴⁹ A/HRC/7/2/Add.1, par. 39 et 66.c.

VII. Garanties contre l'impunité

47. Dans son rapport de 1994 (E/CN.4/1994/26), le Groupe de travail a spécifiquement évoqué la question de l'impunité, rappelant aux États leur obligation de ne pas élaborer ou adopter de loi à l'effet d'accorder l'immunité aux auteurs d'actes ayant conduit à des disparitions. Les rapports publiés ultérieurement ont réitéré cette demande. La commission d'actes conduisant à des disparitions forcées et l'impunité créent un cercle vicieux. Comme l'ont noté le Groupe de travail et la Commission des droits de l'homme, l'impunité est, en même temps, une des causes fondamentales des disparitions forcées et un des principaux obstacles à l'élucidation des cas antérieurs⁵⁰. À cet égard, le Groupe de travail note plusieurs bonnes pratiques établies par des États qui contribuaient progressivement à mettre fin à une situation d'impunité sur leur territoire.

A. Amnistie

48. Aux termes de l'article 18 de la Déclaration, les auteurs ou les auteurs présumés [d'actes ayant conduit à des disparitions forcées] ne peuvent bénéficier d'aucune loi d'amnistie spéciale ni d'autres mesures analogues qui auraient pour effet de les exonérer de toute poursuite ou sanction pénale⁵¹. Le Groupe de travail a procédé à une interprétation complète de cette disposition dans son Observation générale sur l'article 18 de la Déclaration⁵². Il a passé en revue les cas où une amnistie serait considérée comme contraire à l'article 18 et a donné des exemples de mesures analogues qui devraient être également interdites. Il a en outre fait l'observation suivante: «L'article 18 de la Déclaration, interprété conjointement avec les autres dispositions de la Déclaration, autorise des mesures limitées et exceptionnelles qui conduisent directement à la prévention et à la cessation des disparitions, comme le prévoit l'article 3 de la Déclaration, même si, de prime abord, ces mesures pourraient apparaître comme ayant l'effet d'une loi d'amnistie ou d'une mesure similaire qui pourrait entraîner l'impunité.»; il a aussi donné un aperçu complet du type de mesures qui pourraient être prises (voir en particulier le paragraphe 8 de l'Observation générale).

49. Des pratiques exemplaires ont été établies par des États qui excluent expressément le crime de disparition forcée du champ d'application des lois d'amnistie ou des mesures analogues même si l'acte n'est pas qualifié de crime contre l'humanité⁵³. D'autres États limitent l'exclusion aux disparitions forcées auxquelles s'applique la définition des crimes contre l'humanité⁵⁴. Le Groupe de travail tient encore une fois à souligner que si les disparitions forcées perpétrées en tant que crime contre l'humanité constituent des actes monstrueux, elles restent des crimes gravissimes mêmes lorsqu'elles revêtent la forme d'un

⁵⁰ Voir, entre autres, la résolution 2001/46 de la Commission des droits de l'homme, en date du 23 avril 2001.

⁵¹ E/CN.4/1996/38, par. 57 et 58.

⁵² E/CN.4/2006/56, par. 49. Voir également le paragraphe 8 de l'Observation générale sur le droit à la vérité sur les disparitions forcées (A/HRC/16/48, par. 39).

⁵³ Colombie (art. 14 de la loi n° 589/2000), Équateur (art. 80 et 120 de la Constitution), Nicaragua (art. 130 du Code pénal), Panama (art. 115 du Code pénal), Uruguay (art. 8 de la loi n° 18.026 du 4 octobre 2006) et Venezuela (art. 180-A du Code pénal et art. 29 de la Constitution). Au Guatemala, l'amnistie n'exclut pas la disparition forcée du champ de son application (art. 8 du décret n° 145-1996, loi de réconciliation nationale, 1996).

⁵⁴ Burundi (art. 170 et 171 du Code pénal), Iraq (art. 15.6 de la loi du 18 octobre 2005 sur le Tribunal pénal suprême iraquien).

acte isolé et devraient être à ce titre exclues de toute mesure d'amnistie, conformément aux conditions fixées par le Groupe de travail à l'article 18 de son Observation générale.

50. Dans certains États, il n'existe aucune restriction de nature à empêcher l'octroi d'une amnistie à des personnes impliquées dans des actes de disparition forcée⁵⁵. Le Groupe de travail souhaite recommander à ces États de suivre les pratiques exemplaires des États susmentionnés en excluant les disparitions forcées du champ d'application des lois d'amnistie ou d'autres mesures analogues⁵⁶. En tout état de cause, les États en question devraient s'abstenir d'adopter une quelconque loi d'amnistie ou mesure analogue qui irait à l'encontre des conditions fixées par le Groupe de travail à l'article 18 de son Observation générale.

51. Dans plusieurs autres États, des lois d'amnistie ou des mesures analogues prises antérieurement ont été réexaminées, ont vu leur champ d'application limité ou ont même été déclarées illégales rétroactivement, ce qui a rendu possible l'ouverture ou la réouverture de procès relatifs à des crimes commis dans le passé, y compris des cas de disparition forcée non élucidés⁵⁷.

B. Obéissance aux ordres d'un supérieur

52. Tous les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme traitant des disparitions forcées stipulent clairement qu'aucun ordre ou instruction émanant d'une autorité publique, civile, militaire ou autre, ne peut être invoqué pour justifier une disparition forcée⁵⁸. Le Groupe de travail a souligné qu'il fallait dûment intégrer ce principe

⁵⁵ Bosnie-Herzégovine, Érythrée, République tchèque, Slovaquie.

⁵⁶ L'Estonie a clarifié sa position indiquant qu'aucune mesure d'amnistie ne serait prise en cas de disparition forcée bien qu'aucune disposition expresse ne prévoit une telle exclusion.

⁵⁷ En Argentine, le Parlement a déclaré en 2003 nulles et non avenues deux lois d'amnistie et le 14 juin 2005 la Cour suprême de justice les a déclarées anticonstitutionnelles, permettant ainsi concrètement l'ouverture ou la réouverture de procès relatifs à des crimes commis par les militaires dans les années 70, dont des milliers d'affaires de disparition forcée (Cour suprême de justice, affaire S.1767.XXXVIII, *Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad*, etc., arrêt du 14 juin 2005). Le 13 juillet 2007, la Cour suprême a adopté une décision par laquelle elle a déclaré sans effet la grâce accordée dans une affaire en 1990, établissant ainsi un important précédent. Voir également Cour suprême de justice, affaire *Santiago Omar Riveros*, arrêt du 13 juillet 2007. Au Chili, la Cour suprême a adopté une série de décisions excluant du champ d'application du décret-loi d'amnistie de 1978 les crimes contre l'humanité. La Cour suprême a également statué que la doctrine relative au caractère «continu du crime d'enlèvement» devrait exclure toute amnistie ou prescription en cas de disparition forcée. En El Salvador, dans son arrêt du 26 septembre 2000, la Cour suprême de justice a affirmé que le décret du 20 mars 1993 amnistiant tous ceux qui avaient participé à des crimes commis avant le 1^{er} janvier 1992 ne pouvait être déclaré anticonstitutionnel mais que les juges avaient la possibilité d'éviter d'appliquer de telles mesures dans certains cas, ce qui s'était produit une fois dans une affaire d'exécutions extrajudiciaires (voir rapport du Groupe de travail sur El Salvador, par. 64). À ce propos, le Groupe de travail a, toutefois, demandé à l'Assemblée législative de modifier le décret de façon à le mettre en conformité avec le paragraphe 8 de son Observation générale sur l'article 18 de la Déclaration (voir le document A/HRC/7/2/Add.2, par. 90). En Iraq, le paragraphe 6 de l'article 15 du Code pénal suprême iraquien dispose que les décrets d'amnistie adoptés avant l'entrée en vigueur du Code ne s'appliquent pas aux personnes accusées de crimes visés dans ce Code.

⁵⁸ Voir l'article 6 de la Déclaration, l'article VIII de la Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes et les articles 6.2 et 23.2 de la Convention. Toutes ces dispositions font en outre obligation aux États de veiller à ce que les ordres ou instructions prescrivant, autorisant ou encourageant des disparitions forcées soient interdits et que les personnes qui refusent d'obéir à de tels ordres ne soient pas punies. Se référer aussi à ce propos à l'article 33 du Statut de Rome.

dans la législation nationale⁵⁹. Aucun des instruments internationaux susmentionnés ne stipule que les ordres d'un supérieur peuvent être considérés comme un motif d'allègement de peine si les impératifs de la justice le requièrent. En effet, même si la législation nationale venait à prévoir un allègement de peine justifié par des ordres donnés par un supérieur, un tel allègement doit obéir à des règles: l'autorisation par la législation nationale d'un allègement de peine trop important irait à l'encontre de l'obligation de prévoir des «peines appropriées» figurant, entre autres, à l'article 4 de la Déclaration.

53. Selon les réponses reçues par le Groupe de travail, il apparaît que plusieurs États ont déjà incorporé à leur législation nationale des dispositions qui stipulent expressément que, dans la plupart des cas où la disparition forcée constitue un crime contre l'humanité, aucun ordre ou instruction ne peut être invoqué pour la justifier⁶⁰. Dans d'autres États, l'ordre donné dégage normalement de toute responsabilité, à moins qu'il ne soit «manifestement illégal»⁶¹, qu'il n'outrepasse les pouvoirs du supérieur dont il émane⁶², ou que le subordonné ne commette un acte criminel en exécutant cet ordre⁶³. En ce qui concerne ces États, le Groupe de travail propose de spécifier, par voie d'interprétation judiciaire ou d'amendement à la loi, que l'ordre de commettre ou de participer de quelque manière que ce soit à un crime de disparition forcée est «manifestement illégal» ou criminel.

54. Enfin, d'autres États maintiennent le principe selon lequel le fait d'obéir aux ordres d'un supérieur exonère le subordonné. Le Groupe de travail recommande à ces États de modifier leur législation sur la question pour la mettre en conformité avec le droit international, en s'inspirant des bonnes pratiques, établies par d'autres États.

C. Prescriptions

55. L'imprescriptibilité de tout crime de disparition forcée est une garantie concrète contre l'impunité. Cela doit être toujours reconnu en cas d'infraction intervenant dans des conditions qui en font un crime contre l'humanité. Dans d'autres cas, si les États décident d'instituer un délai de prescription, il doit être clairement indiqué dans la législation que ce délai ne doit en aucun cas courir avant que la lumière n'ait été faite sur le sort des victimes ou le lieu où elles se trouvent.

⁵⁹ A/HRC/7/2/Add.1, par. 35.

⁶⁰ Colombie (art. 32 du Code pénal), Uruguay (art. 9 de la loi n° 18.026 du 4 octobre 2006), Venezuela (art. 180-A du Code pénal et 25 et 45 de la Constitution). Le même principe est appliqué aux crimes contre l'humanité par l'Allemagne (art. 3 du Code des crimes contre le droit international), la Belgique (art. 70 et 136 *octies* du Code pénal), la Bosnie-Herzégovine (art. 180.3 du Code pénal), le Burundi (art. 31 du Code pénal), le Canada (art. 14 de la loi de 2000 sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre), la France (art. 213-4 du Code pénal), l'Iraq (art. 15.5 de la loi du 18 octobre 2005 sur le Tribunal suprême iraquien), les Philippines (art. 12 de la loi républicaine n° 9851 du 11 décembre 2009 portant, entre autres, définition et répression des crimes contre le droit international humanitaire, du génocide et d'autres crimes contre l'humanité, organisation de la compétence, et désignation des tribunaux spéciaux), le Portugal, la Suisse (art. 2641 du Code pénal), l'Uruguay (art. 9 de la loi n° 18.026 du 4 octobre 2006), le Venezuela (art. 180-A du Code pénal).

⁶¹ Cameroun (art. 83 du Code pénal), Costa Rica (art. 36 du Code pénal), Érythrée (art. 70 du Code pénal de transition), Fédération de Russie (art. 42, par. 2, du Code pénal), France (art. 122, par. 4), Jordanie, Lettonie (art. 34 du Code pénal), mais l'obéissance à un ordre ne peut jamais être invoquée en cas de crime contre l'humanité, Madagascar, Moldova (art. 364, par. 6, du Code pénal).

⁶² Kirghizistan (art. 7, par. 6, de la loi sur la fonction publique).

⁶³ Égypte (art. 63 du Code pénal), République tchèque (sect. 48, art. 2, de la loi n° 221/1999 sur les militaires de profession), Serbie (art. 13, par. 3, de la loi sur l'armée serbe de 2007).

56. Des pratiques exemplaires ont été établies par des États qui ont proclamé l'imprescriptibilité du crime de disparition forcée⁶⁴. Dans d'autres États, une imprescriptibilité générale des crimes contre l'humanité en général a été instituée⁶⁵, ce qui inclut dans la plupart des cas – en particulier lorsque la qualification de crime contre l'humanité résulte de l'application du Statut de Rome – les disparitions forcées. D'autres États ont fait savoir qu'ils avaient institué pour les infractions pénales, y compris, dans certains cas, les disparitions forcées, un délai de prescription⁶⁶. Une bonne pratique a été cependant établie par ces États qui ont interprété la question de la prescription conjointement avec le principe selon lequel les disparitions forcées doivent être considérées comme un crime continu, reconnaissant ainsi que le délai de prescription ne courait qu'à partir du moment où l'infraction prend fin⁶⁷.

⁶⁴ Équateur (art. 80 de la Constitution), El Salvador (art. 34 du Code de procédure pénale, encore que la disposition ne s'applique qu'aux disparitions forcées survenues après le 20 avril 1998, et art. 99 du Code pénal), Nicaragua (art. 131 du Code pénal), Panama (art. 120 du Code pénal), Paraguay (art. 5 de la Constitution et art. 102 du Code pénal), Uruguay (art. 7 de la loi n° 18.026 du 4 octobre 2006), Venezuela (art. 180-A du Code pénal et art. 29 de la Constitution).

⁶⁵ Allemagne (art. 5 du Code des crimes contre le droit international), Argentine (art. 11 de la loi n° 26.200 du 5 janvier 2007), Azerbaïdjan (art. 75.5 et 80.4 du Code pénal), Bosnie-Herzégovine (art. 19 du Code pénal), Burkina Faso (art. 317 du Code pénal), Burundi (art. 150 et 155 du Code pénal), Chili (art. 40 de la loi n° 20.357 du 18 juillet 2009), Croatie (art. 18 et 24 du Code pénal), Espagne (art. 131.4 et 133.2 du Code pénal), Estonie (art. 81 du Code pénal), Finlande (art. 1 et 6 du chapitre 8 du Code pénal), France (art. 213-5 du Code pénal), Indonésie (art. 46 de la loi n° 26/2000), Kazakhstan (chap. 4 du Code pénal), Mali (art. 32 du Code pénal), Malte (art. 54-I du Code pénal), Moldova, Monténégro (art. 129 du Code pénal), Pays-Bas (art. 13 de la loi sur les crimes internationaux), Philippines (art. 11 de la loi républicaine n° 9851, du 11 décembre 2009, portant, entre autres, définition et répression des crimes contre le droit international humanitaire, du génocide et d'autres crimes contre l'humanité, organisation de compétence en la matière et désignation des tribunaux spéciaux), Pologne (art. 101 du Code pénal), Portugal (art. 7 de la loi n° 31 du 22 juillet 2004), République du Congo (art. 14 de la loi n° 8 du 31 octobre 1998), République de Corée (art. 6 du Code sur la répression des crimes relevant de la compétence de la Cour pénale internationale de 2007), République tchèque (art. 35 du Code pénal), Roumanie (art. 138 et 146 du Code pénal), Rwanda (art. 20 de la loi n° 33-bis de 2003), Serbie (art. 108 du Code pénal), Slovénie (art. 95 du Code pénal), Suisse (art. 101 du Code pénal et 59 du Code pénal militaire) et Timor-Leste (art. 117 du Code pénal).

⁶⁶ Belgique (dix ans), Tchad (dix ans), Costa Rica (trois à dix ans selon la peine envisagée pour l'infraction concernée, art. 30 à 35 du Code de procédure pénale), Égypte (un à dix ans en fonction de l'infraction, art. 15 du Code pénal, encore que «certaines infractions, notamment la détention arbitraire, soient imprescriptibles» (art. 117, 126, 127, 282 et 309 du Code pénal)), Érythrée (trois à vingt-cinq ans en fonction de la peine envisagée pour l'infraction en question, art. 225 à 238 du Code pénal de transition), Estonie (cinq à dix ans, mais les crimes contre l'humanité sont imprescriptibles, voir ci-dessus), Kazakhstan (deux à vingt ans, mais les crimes contre la sécurité de l'humanité sont exclus, voir ci-dessus), Madagascar (pour l'application de la peine, vingt ans en cas d'infraction pénale, pour la procédure pénale, un à dix ans en fonction de la peine prévue pour l'infraction en question), Moldova (deux à vingt-cinq ans, art. 60 du Code pénal, mais les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité ne sont pas couverts, voir ci-dessus), Pologne (trente ans pour l'homicide et vingt ans pour les autres infractions pénales), Qatar (trois à dix ans, en fonction du type d'infraction), Togo (dix ans).

⁶⁷ Belgique; le Liban n'a pas d'infraction distincte de disparition forcée mais a indiqué que le crime serait considéré comme une infraction continue s'il venait à être codifié, et qu'en conséquence le délai de prescription courrait à partir de la date à laquelle la privation de liberté prend fin, c'est-à-dire une fois que la personne enlevée a retrouvé sa liberté personnelle. La Thaïlande n'a pas non plus de qualification distincte pour le crime de disparition forcée mais a indiqué que les infractions relatives à la détention, à la mise au secret ou à la privation de liberté d'une personne étaient considérées comme

D. Tribunal compétent pour connaître des disparitions forcées

57. Selon le Groupe de travail, la codification des disparitions forcées en tant qu'infractions de droit pénal «renvoie aux codes pénaux nationaux qui doivent être appliqués par des tribunaux ordinaires compétents, c'est-à-dire ni par un tribunal spécial, en particulier un tribunal militaire (art. 16, par. 2, de la Déclaration), ni par un organe ou un tribunal administratif»⁶⁸. Le Groupe de travail a rappelé qu'il fallait que la législation interne «stipule que les auteurs (de l'infraction de disparition forcée) ne peuvent être jugés que par les juridictions de droit commun compétentes, dans chaque État, à l'exclusion de toute autre juridiction spéciale, notamment militaire»⁶⁹.

58. Certains États proclament expressément dans leur législation que la disparition forcée ne peut en aucun cas être considérée comme une infraction liée à l'accomplissement des fonctions et que les tribunaux militaires ne sont pas compétents pour connaître de ce type d'infraction⁷⁰. D'autres États affirment que les disparitions forcées ne peuvent être jugées que par des tribunaux ordinaires compétents⁷¹.

E. Compétence universelle et obligation d'extrader ou de poursuivre

59. En guise de garantie essentielle contre l'impunité, la législation interne doit prévoir l'application, en cas de disparition forcée, du principe de la compétence universelle, en complément à l'obligation d'extrader ou de poursuivre ou de concert avec celle-ci. Cela permet aux États de traduire en justice tous les responsables présumés de disparition forcée qui se trouvent sur leur territoire.

60. Plusieurs États ont indiqué que leur législation contenait des dispositions autorisant l'application du principe de la compétence universelle et prévoyant l'obligation d'extrader ou de juger⁷². Dans certains États, l'obligation d'extrader ou de juger est reconnue pour au moins certains crimes internationaux mais le principe de la compétence universelle ne l'est pas⁷³. Dans au moins deux États, la compétence universelle est prévue en droit de procédure mais l'obligation d'extrader ou de juger ne l'est pas⁷⁴. Dans un nombre restreint d'États, un des deux principes ou les deux à la fois s'appliquent à tous les actes conduisant à des disparitions forcées⁷⁵. Dans de nombreux cas, ces principes sont codifiés mais seuls les crimes contre l'humanité et, plus généralement, les crimes relevant de la compétence de la

des crimes continus pour lesquels le délai de prescription court à compter de la date à laquelle ils prennent fin; Pologne.

⁶⁸ E/CN.4/1996/38, par. 56.

⁶⁹ A/HRC/7/2/Add.1, par. 38 et 66 iv). Voir également, entre autres, l'article 14 de la Déclaration, l'article 11.3 de la Convention et les documents E/CN.4/2006/56 du 27 décembre 2005, par. 599, et E/CN.4/1993/25, par. 46.

⁷⁰ Colombie (art. 1 à 3 du Code pénal militaire), Uruguay (art. 11 de la loi n° 18.026 du 4 octobre 2006), Venezuela (art. 29 et 261 de la Constitution).

⁷¹ Paraguay, Pérou.

⁷² Certains États ne reconnaissent pas toutefois expressément ces principes: Érythrée, Kirghizistan, Madagascar; la législation moldave ne prévoit pas de compétence universelle, mais rien n'est dit à propos de l'obligation d'extrader ou de juger.

⁷³ Bosnie-Herzégovine, Colombie, Égypte, Maurice.

⁷⁴ Nicaragua, République de Corée.

⁷⁵ El Salvador (art. 10 du Code pénal), Guatemala (art. 5 du Code pénal), Japon, Nicaragua (art. 16 du Code pénal), Panama (art. 19 et 20.4 du Code pénal), et Uruguay (art. 3 à 5 de la loi n° 18.026 du 4 octobre 2006).

Cour pénale internationale sont expressément mentionnés⁷⁶. Un État a fait savoir que sa législation ne contenait aucune référence spécifique au principe de la compétence universelle encore que ce principe soit pris en compte dans deux cas; dans le cadre de l'exercice de la compétence sur le génocide et pour les infractions que cet État est tenu de réprimer en application de ses obligations conventionnelles⁷⁷. Dans le même État, bien que le Code de procédure pénale ne mentionne pas expressément l'obligation d'extrader ou de juger, le principe est largement appliqué en vertu de la législation en vigueur et les tribunaux ont tendance à s'y conformer.

61. Plusieurs États ont toutefois noté que la disparition forcée n'étant pas érigée en infraction distincte dans leur législation pénale, le principe de la compétence universelle et l'obligation d'extrader ou de juger ne s'appliquaient pas à cette infraction en tant que telle, sans préjudice de leur application à d'autres actes liés à la disparition forcée⁷⁸. Cela confirme l'importance cruciale pour la lutte contre l'impunité de la codification de la disparition forcée en tant qu'infraction pénale distincte.

VIII. Conclusions

62. **Le Groupe de travail tient à remercier tous les États qui ont répondu à son questionnaire, ce qui lui a permis de disposer d'une base juridique fiable pour étudier les pratiques exemplaires des États. Ces pratiques ont été examinées par le menu dans le rapport lui-même; le Groupe de travail souhaite cependant appeler l'attention sur certaines d'entre elles dont les États devraient s'inspirer:**

a) Ratification des instruments internationaux relatifs à la question et incorporation de ces instruments dans la législation interne, en particulier le Statut de Rome de la Cour pénale internationale et la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées;

⁷⁶ Afrique du Sud (art. 4 de la loi de 2002 sur l'application du Statut de Rome de la Cour pénale internationale), Allemagne (art. 1^{er} du Code des crimes relevant du droit international), Argentine (art. 3 et 4 de la loi n° 26.200 du 5 janvier 2007), Australie (art. 268.117 du Code pénal de 1995), Azerbaïdjan (art. 12.3 et 13.3 du Code pénal), Belgique (art. 12 *bis* de la section préliminaire du Code de procédure pénale), Bosnie-Herzégovine (art. 12 du Code pénal), Burundi (art. 10 du Code pénal), Canada (art. 6 et 8 de la loi de 2000 sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre), Chypre (art. 6 de la loi n° 23 (III)/2006), Croatie (art. 14 du Code pénal), Espagne (loi organique n° 1/2009 du 4 novembre 2009), Finlande (art. 7 et 8 du chapitre 1 du Code pénal), Irlande (art. 12 de la loi de 2006 sur la Cour pénale internationale), Kenya (art. 6 de la loi de 2008 sur les crimes internationaux), Lituanie (art. 7 du Code pénal), Malte (art. 5 du Code pénal), Monténégro (art. 135 à 137 du Code pénal), Nouvelle-Zélande (art. 8 de la loi de 2000 sur les crimes internationaux et la Cour internationale de Justice), Pays-Bas (art. 2 de la loi de 2003 sur les crimes internationaux), Philippines (art. 17 de la loi républicaine n° 9851, du 11 décembre 2009, portant, entre autres, définition et répression des crimes contre le droit international humanitaire, du génocide et d'autres crimes contre l'humanité, organisation de la compétence et désignation des tribunaux spéciaux), Portugal (art. 5 de la loi n° 31 du 22 juillet 2004), République de Corée (art. 3 de la loi de 2007 sur la répression des crimes relevant de la compétence de la Cour pénale internationale), Roumanie (art. 13 du Code pénal), Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (art. 54 et 60 de la loi de 2001 sur la Cour pénale internationale), Samoa (art. 13 de la loi de 2007 sur le Code pénal international), Sénégal (art. 431.6 du Code pénal), Serbie (art. 9 et 10 du Code pénal), Slovénie (art. 11 et 13.2 du Code pénal), Suisse (art. 264m du Code pénal), Timor-Leste (art. 8 du Code pénal), et Trinité-et-Tobago (art. 8 de la loi de 2006 sur la Cour pénale internationale).

⁷⁷ Brésil.

⁷⁸ Bulgarie, Cameroun, Costa Rica, France, Kazakhstan (l'application des deux principes dépend des instruments internationaux auxquels l'État est partie), République tchèque.

- b) Codification d'une infraction autonome de disparition forcée de façon assez large pour que la qualification englobe non seulement les disparitions forcées qui s'inscrivent dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique contre une population civile mais aussi les actes isolés;
- c) Incorporation dans la définition du crime des trois éléments minimaux cumulatifs suivants: i) privation de liberté de la victime, ii) implication d'agents de l'État, au moins indirectement par consentement, et iii) refus de fournir des informations sur le sort de la personne concernée et le lieu où elle se trouve;
- d) Incorporation de l'élément «soustraction de la victime à la protection de la loi» en tant que *conséquence des autres éléments constitutifs*;
- e) Définition de l'infraction de disparition forcée en tant que crime continu;
- f) Établissement d'un régime complet de responsabilité individuelle dans les disparitions forcées, incluant la responsabilité des supérieurs;
- g) Institution de peines appropriées tenant compte de l'extrême gravité du crime, qu'il soit qualifié de crime contre l'humanité ou non;
- h) Incorporation d'une disposition prévoyant des circonstances aggravantes ou atténuantes appropriées ainsi que des sanctions complémentaires appropriées;
- i) Exclusion du crime de disparition forcée du champ d'application des lois d'amnistie ou des mesures analogues, que ce crime soit qualifié de crime contre l'humanité ou non;
- j) Incorporation d'une disposition prévoyant qu'aucun ordre ou instruction ne peut être invoqué pour justifier une disparition forcée, que celle-ci soit qualifiée de crime contre l'humanité ou non;
- k) Incorporation d'une disposition prévoyant l'imprescriptibilité de l'infraction de disparition forcée, que cette infraction soit qualifiée de crime contre l'humanité ou non;
- l) Incorporation d'une disposition stipulant que les disparitions forcées ne doivent jamais être considérées comme une infraction liée à l'accomplissement des fonctions et que les tribunaux militaires ou autres tribunaux spéciaux ne sont pas compétents pour connaître des crimes de disparition forcée;
- m) Incorporation d'une disposition prévoyant la compétence universelle et l'obligation d'extrader ou de juger les auteurs de crimes de disparition forcée, que ces crimes soient qualifiés de crimes contre l'humanité ou non.