Rapport explicatif sur la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées du 20 décembre 2006

Condensé

Aux fins de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées du 20 décembre 2006 (ci-après « Convention »), on entend par « disparition forcée » toute privation de liberté commise sur mandat ou avec l'assentiment d'un État, suivi du déni de la reconnaissance de ladite privation et du refus de communiquer l'endroit où la personne est détenue. Ce phénomène a cours dans le monde entier. Uniquement dans le cadre de l'ONU, plus de 50 000 affaires dans lesquelles pèsent des soupçons de disparition forcée ont été signalées durant les 20 dernières années. Or, des milliers de cas restent non élucidés, laissant les proches aux prises avec l'incertitude sur le sort de la personne recherchée. La Suisse abrite elle aussi des parents de personnes qui ont été victimes de ce crime à l'étranger.

La disparition forcée est une des pires violations des droits humains, tant pour la personne qui en est directement victime que pour ses proches. La Convention est le premier instrument juridique international contraignant à traiter de cette problématique, dans le but de lui opposer une lutte globale.

Le principal objet de la Convention est en parfaite harmonie avec la conviction de la Suisse qu'il y a lieu de tout en mettre en œuvre pour combattre ce crime gravissime. Aussi a-t-elle activement collaboré à la rédaction de cet acte, qu'elle a signé le 19 janvier 2011. Si l'ordre juridique suisse satisfait déjà dans une large mesure aux principales exigences de la Convention, certaines dispositions doivent toutefois être modifiées pour qu'elle puisse être correctement mise en œuvre. Il s'agit notamment de créer une nouvelle infraction qui sanctionne la disparition forcée comme un délit en soi et d'instaurer un réseau entre la Confédération et les cantons, qui permette de localiser rapidement des personnes privées de liberté. La Suisse renonce en revanche à créer un registre central.

SOMMAIRE

1. Contexte

- 1.1. Phénomène de la disparition forcée et définition
- 1.2. Genèse de la Convention
- 1.3. Rapport avec les instruments internationaux existants
- 1.4. La Convention du point de vue des pays voisins de la Suisse
- 1.5. La Convention du point de vue de la Suisse

2. La Convention en un coup d'œil

- 2.1. Incrimination de l'infraction
- 2.2. Prévention
- 2.3. Mise en œuvre

3. Commentaire par article dans la perspective du droit suisse

- 3.1. Interdiction et définition de la disparition forcée
- 3.2. Punissabilité de l'infraction
- 3.3. Compétence et coopération internationale
- 3.4. Privation de liberté, droit à être informé et à porter plainte
- 3.5. Protection des données
- 3.6. Formation
- 3.7. Aide aux victimes
- 3.8. Protection particulière des enfants
- 3.9. Dispositions institutionnelles
- 3.10. Dispositions finales

4. Modifications législatives

- 4.1. Développement d'un réseau
- 4.2. Nouvelle infraction pénale relative à la disparition forcée
- 4.3. Incrimination d'actes préparatoires délictueux
- 4.4. Modification du code pénal militaire
- 4.5. Renforcement des moyens d'investigations
- 4.6. Autres adaptations du Code pénal

5. Reconnaissance des procédures de contestation facultatives

6. Conséquences financières

7. Constitutionnalité

Annexe : avant-projet de loi d'application

1. Contexte

1.1 Phénomène de la disparition forcée et définition

La *disparition forcée* est un *phénomène* qui a cours dans le monde entier, le cas classique étant celui d'un État qui ordonne à un de ses organes ou à une organisation dans son giron d'arrêter la personne jugée gênante et de la détenir dans un endroit tenu secret. Alors que les indices sont nombreux et que des témoins peuvent confirmer ces agissements, les acteurs de l'État nient vis-à-vis des proches que la victime a été arrêtée. Dès lors, son sort est dissimulé à sa famille, si bien qu'en quelque sorte, elle « disparaît », ce qui la soustrait à la protection de la loi. Ni elle, ni ses proches n'ont la possibilité d'intenter une action en justice. Par ailleurs, cet enlèvement est souvent suivi de torture, voire d'assassinat. Les exemples historiques sont légion : en Allemagne, en 1942, le gouvernement nazi ordonna la déportation secrète d'opposants supposés au régime. La disparition forcée devint tristement célèbre dans les années 1970 et 1980 en Amérique du Sud, lorsque les dictatures militaires firent enlever, arrêter, détenir et souvent tuer leurs opposants. Aujourd'hui encore, ce phénomène est d'actualité, en particulier en marge des renversements politiques et de conflits armés internes. Récemment, ces crimes se sont multipliés dans le cadre de la « guerre contre le terrorisme », des terroristes supposés étant transférés dans des lieux de détention secrets au-delà des frontières. Le groupe de travail de l'ONU sur les disparitions forcées ou involontaires (ci-après « Groupe de travail disparitions forcées ») a ainsi été informé de plus de 50 000 d'affaires de cette nature de par le monde, nombre d'entre elle n'étant toujours pas élucidées.

La Convention ne vise pas toutes les constellations dans lesquelles une personne peut être amenée à disparaître. Aux fins de celle-ci, on entend par « disparition forcée » uniquement les privations de liberté commises sur mandat ou avec l'assentiment d'un État, suivi du déni de sa reconnaissance et du refus de communiquer l'endroit où la personne est détenue. Il s'agit donc d'une violation grave des droits de la victime, puisqu'elle enfreint des droits humains élémentaires, notamment le droit d'être protégé contre les privations de liberté arbitraires, le droit à un procès équitable et, souvent, le droit à la vie et le droit d'être protégé contre la torture ou autres traitement inhumains ou dégradants. La disparition forcée inflige de surcroît d'intolérables souffrances aux familles : être plongé, souvent de longues années durant, dans l'incertitude sur le sort d'un proche, constitue une atteinte grave à l'intégrité psychique.

1.2 Genèse de la Convention

La présente Convention est l'aboutissement de dizaines d'années d'efforts de l'ONU dans la lutte contre ce crime. Dès l'année 1978, l'Assemblée générale de l'ONU a en effet déposé une résolution faisant état de ses préoccupations au sujet de nombreux cas, récurrents, de disparitions forcées, à la suite de quoi la Commission des droits de l'homme d'alors a formé le « Groupe de travail disparitions forcées », dont les activités perdurent jusqu'à aujourd'hui. Sa mission est d'aider les proches de victimes présumées dans leurs recherches et de rendre des rapports réguliers. Après plusieurs années de négociations, l'Assemblée générale de l'ONU a par ailleurs adopté en 1992 une Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées. Si celle-ci n'a pas de caractère contraignant, elle a permis de lancer les travaux dont résulte le présent instrument juridique, qui, lui, en est doté. Le projet d'une nouvelle Convention a été lancé en 2001, la Commission des droits de l'homme mandatant un groupe de travail ad hoc. Celui-ci acheva sa mission le 23 septembre 2005, après avoir soumis son projet au Conseil des droits de l'homme fondé dans l'intervalle. Le 20 décembre 2006, l'Assemblée générale de l'ONU adoptait le présent

accord, qui entra en vigueur le 23 décembre 2010 après la 20^e ratification. Entre-temps, il a été signé par plus de 90 Etats et ratifié par 36, au rang desquels l'on compte, outre de nombreux pays d'Amérique latine, l'Allemagne, la France, la Belgique, l'Espagne, l'Autriche et les Pays-Bas¹.

1.3 Rapport avec les instruments internationaux existants

Les conventions universelles contraignantes sur les droits de l'homme qui existent n'établissent pas de droit de l'homme propre à la protection contre les disparitions forcées. Si le droit à la liberté et à la sécurité personnelle, le droit à la vie et le droit à un procès équitable, parmi d'autres, impliquent des garanties protégeant contre la disparition forcée, ces dispositions sont insuffisantes en ce qui concerne les proches. De plus, les organes chargés de s'assurer du respect de ces droits fondamentaux ne travaillent pas tous de la même manière, si bien qu'une protection uniforme ne peut être assurée.

Avant l'entrée en vigueur de la Convention, certains accords internationaux portaient déjà sur la problématique des disparitions forcées : d'une part, la Déclaration de l'ONU de 1992, citée plus haut, et de l'autre, une convention de l'Organisation des Etats Américains (OAS), intitulée « Convention interaméricaine sur la disparition forcée de personnes » entrée en vigueur en mars 1996 et ratifiée depuis par 16 pays. Cependant, le premier n'étant pas contraignant et le second, à caractère régional, ne liant qu'un petit nombre d'Etat, ces deux instruments n'avaient pas de portée contraignante universelle.

Notons encore que la disparition forcée est explicitement sanctionnée par le Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Statut de Rome²), qui la qualifie de crime contre l'humanité. Ce texte se limite toutefois aux infractions commises dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile et en connaissance de cette attaque, si bien qu'elle n'offre aucune protection contre des cas isolés de disparition forcée.

En résumé, les dispositions existantes ne sont pas suffisantes ; la présente Convention comble donc une lacune importante, dans la mesure où elle s'applique aux cas isolés et appréhende ce phénomène dans toute sa complexité, en tenant compte des multiples violations des droits humains qu'il entraîne – pour les personnes qui en sont directement victimes comme pour leurs proches.

1.4 La Convention du point de vue des pays voisins de la Suisse

Tous les pays voisins de la Suisse ont déjà signé la Convention, la France, l'Allemagne et l'Autriche l'ayant même déjà ratifiée. Alors que l'Allemagne renonce à introduire une nouvelle infraction sanctionnant la disparition forcée comme un délit en soi, l'Autriche et la France ont élaboré des projets de lois visant à la pénaliser.

1.5 La Convention du point de vue de la Suisse

a. Interventions parlementaires

Plusieurs députés ont déjà déposé des interventions soulignant l'importance déterminante de la Convention et appelant le gouvernement à ne pas tarder à la signer et à la ratifier³. La motion Gadiant, qui « charg[eait le Conseil fédéral] de prendre les dispositions nécessaires

¹ Etat en septembre 2012

² Statut de Rome de la Cour pénale internationale, du 17 juillet 1998 (RS 0.312.1)

³ Question Müller Geri du 8 décembre 2008 [08.5416], Interpellation Rielle Jean-Charles du 17 décembre 2008 [08.3862], Motion Gadiant Brigitta du 18 décembre 2008 [08.3915], Question Rechsteiner Paul du 11 décembre 2009 [09.1174]

pour que la Suisse puisse ratifier le plus rapidement possible la Convention » a été adoptée d'abord par le Conseil national le 24 novembre 2009, puis par le Conseil des Etats le 2 mars 2011. Le 1^{er} mars 2010, plusieurs parlementaires et représentants d'organisations non gouvernementales ont par ailleurs remis à l'Exécutif une pétition ayant recueilli 9000 signatures, laquelle réclamait une adhésion immédiate à la Convention.

b. Position du Conseil fédéral

Le Conseil fédéral estime que la disparition forcée est un crime grave, raison pour laquelle il a décidé, après avoir consulté les cantons, de signer la Convention le 19 janvier 2011. Il a exposé son point de vue à plusieurs reprises devant le Parlement, soulignant que la signature de cet accord était en droite ligne avec les convictions politiques de la Suisse et sa tradition humanitaire. Il a par ailleurs fait valoir qu'à l'inverse, si la Suisse refusait de la ratifier, son positionnement sur la scène internationale en pâtirait, puisque cela mettrait à mal sa réputation et sa crédibilité de militant en faveur des droits humains et l'empêcherait d'inviter d'autres Etats à lutter contre les disparitions forcées.

c. Position des cantons

Entre septembre et décembre 2009, la Confédération a sondé les cantons dans le cadre d'une consultation préalable et de nombreux cantons ont émis un avis favorable à la signature de la Convention, malgré les modifications législatives et les dépenses qu'elle impliquerait. Les autres cantons, reprenant pour beaucoup d'entre eux l'appréciation de la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP), se sont prononcés en défaveur de la signature, en raison notamment du surcoût présumé qu'entraîneraient les trois éléments suivants : la tenue d'un registre central, alors en discussion, le droit des proches à être informés et à porter plainte et les conséquences éventuelles du principe de non-refoulement introduit en cas de menace de disparition forcée. Dans l'ensemble, ils jugeaient que les coûts étaient disproportionnés par rapport au bénéfice.

La mise en œuvre de la Convention telle qu'elle est proposée ici s'efforce d'intégrer les remarques des cantons : le « réseau » imaginé (cf. point 3.4.c) permet de remplir les exigences formulées en matière de gestion des registres et des dossiers sans investir dans la mise au point d'un registre central. La loi d'application crée en outre une base légale applicable au droit des proches à être informés qui correspond au système juridique suisse tout en continuant de protéger les droits de la personnalité. Enfin, la CCDJP a été associée à l'élaboration du modèle du réseau.

2. La Convention en un coup d'œil

2.1. Incrimination de l'infraction

La Convention établit le principe d'une interdiction absolue de la disparition forcée. Les Etats parties s'engagent à enquêter sur les cas de disparition forcée et à traduire les responsables en justice. Ils s'assurent en particulier que la disparition forcée constitue une infraction grave au regard de leur droit pénal et qu'elle soit réprimée par des peines appropriées. De plus, ils veillent à sanctionner également la complicité ainsi que la tentative et à fixer un régime de prescription approprié pour la poursuite et la répression.

Afin de prévenir que les auteurs de pareils crimes restent impunis à l'étranger, la Convention prévoit d'étendre la compétence pénale. Les Etats parties s'engagent à poursuivre tout crime de disparition forcée, quel que soit le lieu où il a été commis et la nationalité de son responsable et d'extrader ce dernier s'il se trouve sur son territoire. S'il est avéré qu'une personne est menacée de disparition dans son pays, elle ne peut y être renvoyée.

2.2. Prévention

La Convention s'articule également autour d'un autre axe prioritaire : la prévention. Les Etats parties doivent en effet définir dans quelles conditions les ordres de privation de liberté peuvent être donnés légalement, désigner les autorités habilitées à en émettre et arrêter les modalités de la procédure. Ils sont en outre tenus de veiller à ce que les registres et dossiers officiels contiennent certaines informations minimales. Les Etats parties s'engagent par ailleurs à fournir aux proches des personnes privées de liberté un accès à certaines informations concernant le lieu où celles-ci se trouvent. En outre, non seulement la privation de liberté, mais aussi la libération doit être vérifiable. Pour consolider ces conditions-cadre, la Convention exige enfin des Etats parties qu'ils prennent des mesures pour former le personnel concerné, prévenir toute entrave ou obstruction aux recours et s'assurer du respect du devoir d'information.

Pour terminer, la Convention établit qu'outre leur droit à obtenir réparation, les personnes concernées ont également le droit de savoir la vérité sur le sort des victimes de disparition forcée et le lieu où elles se trouvent. Compte tenu de la vulnérabilité particulière des enfants, un article leur est réservé ; celui-ci impose l'aménagement de procédures légales visant à réviser une procédure d'adoption et, le cas échéant, à annuler toute adoption qui trouverait son origine dans une disparition forcée.

2.3. Mise en œuvre

La Convention est structurée en plusieurs parties : la première décline son essence même, la criminalisation et la prévention de la disparition forcée. S'ensuivent une deuxième partie portant sur la mise en œuvre et une troisième détaillant les dispositions finales. Contrairement à d'autres conventions relatives aux droits humains, les Etats parties ne sont pas tenus de rendre un rapport régulier. Ils doivent en revanche soumettre un rapport unique, destiné à faire état de la mise en œuvre deux ans après la ratification. Par ailleurs, un autre dispositif de contrôle est prévu : l'institution d'un comité indépendant composé de dix membres élus par les Etats parties, chargé d'auditionner les proches de disparus et habilité à demander des renseignements aux Etats parties ou l'organisation d'une visite sur place. De plus, il peut traiter des communications individuelles ou de requêtes étatiques pour autant que les Etats parties aient explicitement reconnu cette compétence dans une déclaration ad hoc.

3. Commentaire article par article dans la perspective du droit suisse

Le système juridique suisse offre aujourd'hui déjà d'importantes garanties en matière de privation de liberté. Toutefois, bien que la Suisse soit en parfaite harmonie avec l'objectif premier de la convention, sa législation ne permet pas encore de répondre en tout point à la nature complexe de la disparition forcée. Aussi, quelques dispositions doivent être adaptées. Consultés à titre préalable au sujet de la Convention, les cantons ont fait valoir qu'ils craignaient que sa ratification ne mobilise des ressources humaines et financières jugées disproportionnées ; ces réserves ont donc été prises en considération lors des travaux relatifs à la mise en œuvre.

Les considérations présentées ci-après suivent la structure de la Convention, les articles étant groupés par thématique. Elles abordent d'une part le contenu de la Convention, de l'autre les mesures à prendre pour rendre le droit suisse compatible. Il résulte de l'analyse qu'il y a lieu d'adapter la législation à deux égards : d'abord, en sanctionnant la disparition forcée comme un délit en soi, ensuite, en modifiant la tenue des registres et les droits des proches (cf. les points 3.2.a, 3.4.c et 3.4.d pour plus de détails).

3.1. Interdiction et définition de la disparition forcée

a. *Interdiction et définition (art. 1 et 2 de la Convention)*

L'article 1 de la Convention dispose que nul ne sera soumis à une disparition forcée, et ce, quelles que soient les circonstances, qu'il s'agisse de l'état de guerre ou d'instabilité politique intérieure notamment. Cette interdiction absolue constitue l'essence de la Convention. L'article 2 définit la notion de disparition forcée déterminante pour la totalité de l'accord. Elle s'articule autour des quatre éléments suivants : (1) une personne est privée de liberté, (2) l'État en a donné le mandat, a donné son assentiment ou son acquiescement, (3) toute information sur le sort de la personne ou sur l'endroit où elle se trouve est refusée et, enfin, (4) les auteurs ont l'intention de soustraire la personne à la protection de la loi. Précisons que ces normes s'appliquent à toute disparition forcée, qu'elle soit isolée ou s'inscrive dans une pratique systématique. La Convention va donc nettement plus loin que les exigences du Statut de Rome qui se limite aux infractions commises dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile (crimes contre l'humanité). En ce sens, une nouvelle disposition pénale, en plus de celle sanctionnant les crimes contre l'humanité en application du Statut de Rome, est nécessaire (cf. point 3.2.a).

b. « Disparition forcée » sans implication de l'État (art. 3 de la Convention)

L'article 3 de la Convention porte sur les cas de disparition forcée commis par des acteurs indépendants de l'État agissant sans son implication. Il prévoit que les Etats parties prennent les mesures appropriées pour les sanctionner. Cette constellation n'est cependant pas considérée comme disparition forcée au sens de la Convention. Le droit suisse est déjà compatible sur ce point : les dispositions réprimant l'enlèvement et la séquestration (art. 183 et 184 CP⁴) garantissent déjà que ces agissements font l'objet de poursuites pénales.

3.2. Punissabilité de l'infraction

a. *Incrimination et sanction (art. 4, 5 et 7 de la Convention)*

L'article 4 de la Convention oblige les Etats parties à condamner la disparition forcée telle qu'elle est définie à son article 2. Comme expliqué plus haut, l'art. 264a, al. 1, let. e, CP, introduit à la suite de la mise en oeuvre du Statut de Rome, ne satisfait pas cette exigence, puisqu'il incrimine uniquement la disparition forcée lorsqu'elle est commise dans le cadre d'un crime contre l'humanité.

En analysant plus en détail la législation en vigueur, on observe par ailleurs que le droit pénal, dans sa forme actuelle, couvre certains des éléments constitutifs de la disparition forcée. Ainsi, le titre 4 du Code pénal protège-t-il la liberté des personnes, y compris lorsque les infractions sont commises par des agents publics. À l'inverse, la protection qu'offre les textes suisses n'est pas suffisante au regard d'autres aspects importants, notamment le refus d'admettre que la personne a été privée de liberté ou l'intention de la soustraire à la protection de la loi. Si le Code pénal, au titre 18 (infractions contre les devoirs de fonction et les devoirs professionnels et notamment à l'art. 312, abus d'autorité) sanctionne le refus de communiquer toute information sur le sort réservé à une personne disparue, elle ne couvre que très partiellement les éléments caractéristiques énoncés dans la Convention, d'autant qu'il concerne seulement l'utilisation légitime des pouvoirs d'une autorité suisse.

De plus, l'article 312 CP ne protège que très indirectement les droits des proches, alors que c'est un élément central de l'infraction de disparition forcée. L'auteur vise, au moins par dol éventuel, à leur infliger de grandes souffrances psychologiques. La Convention précise

⁴ Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)

d'ailleurs clairement que les proches des personnes disparues sont aussi des victimes de l'infraction, dès lors qu'elles ont subi un préjudice direct du fait de la disparition forcée (art. 24, al. 1 de la Convention).

La notion de disparition forcée implique ainsi que deux nouveaux biens juridiques soient protégés par le Code pénal suisse. D'une part, il s'agit de garantir le droit de chaque individu à être reconnu comme sujet de droit envers l'État, quel que soit l'ordre juridique (suisse ou étranger). Toute personne doit pouvoir bénéficier d'une protection minimale de la loi en cas de privation de liberté, celle-ci ne doit donc en aucun cas pouvoir être supprimée. D'autre part, il s'agit de protéger les droits des proches découlant de leurs liens avec le disparu (droit à connaître son sort). Dès lors, pour que la Suisse soit en conformité avec la Convention, une nouvelle infraction s'impose, sans compter que cette modification législative aura valeur de signal.

S'agissant de la peine, la nouvelle disposition prévue (cf. point 4.2.e) correspond aux exigences de l'article 7, qui exige des peines appropriées. En matière de circonstances atténuantes ou aggravantes, les règles générales sur la fixation de la peine (art. 47-48a CP) s'appliquent.

b. Responsabilité pénale, spécialement du supérieur hiérarchique (art. 6 de la Convention)

Outre la répression des variantes usuelles de participation et de réalisation (instigation, complicité et tentative ; art. 6 par. 1 let. a), la Convention traite également de la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique (art. 6, par. 1, let. b), disposant que celui-ci doit pouvoir être tenu pour pénalement responsable si (a) il était au courant des agissements ou aurait dû l'être, (b) s'il exerçait un contrôle sur les activités auxquelles la disparition forcée est liée et (c) s'il n'a pas pris toutes les mesures qui étaient en son pouvoir pour empêcher ou dénoncer le crime.

Dans cette configuration, le champ de responsabilité du supérieur et la disparition forcée sont en lien étroit ; aussi celui-ci se trouve-t-il, aux yeux du droit suisse, dans une position de garant, en raison des devoirs de surveillance qui lui incombent. Cela correspond au cas de figure de la commission par omission (art. 11 CP), la législation suisse est donc déjà compatible sur ce point.

c. Prescription (art. 8, par. 1, de la Convention)

Aux termes de l'article 8 al. 1 de la Convention, les Etats parties garantissent que le délai de prescription applicable à ce délit est approprié, autrement dit, qu'il soit adapté à l'extrême gravité du crime et à son caractère continu. En vertu des règles générales sur la prescription (art. 97, al. 1, let. b, CP), la durée de la prescription pour la nouvelle disposition proposée est de 15 ans. Pour tenir compte du fait qu'il s'agit d'un crime continu, elle commence à courir à partir du moment où les agissements coupables ont cessé (art. 98 let. c CP).

L'art. 8, al. 2, de la Convention porte sur le droit des victimes de disparition forcée à un recours effectif pendant le délai de prescription (cf. point 3.4.b).

3.3. Compétence et coopération internationale

a. Compétence juridictionnelle (art. 9 de la Convention)

L'article 9 de la Convention entend garantir que les auteurs de disparition forcée font l'objet de poursuites pénales et décrit, avec cet objectif en ligne de mire, trois constellations dans lesquelles les Etats parties doivent établir leur compétence pour les juger. A cet égard, il

reprend largement les exigences de l'article 5 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984 (Convention contre la torture⁵), que la Suisse a déjà ratifiée.

- La *première constellation* correspond au principe de territorialité ainsi qu'au principe du pavillon (art. 9, par. 1, let. a, Convention), que le droit suisse connaît déjà à l'art. 3, al. 1, CP ainsi qu'aux articles 97, al. 1, LA⁶ et 4, al. 2, LNM⁷.
- La *deuxième constellation* (art. 9, al. 1, let. b et c de la Convention) correspond au principe de la personnalité active et passive (l'auteur ou la victime sont suisses), mais, dans ce deuxième cas, il s'applique seulement si l'État partie le juge approprié. Le droit suisse connaît également ces deux principes ; néanmoins, les articles 6 et 7, al 1 CP prévoient deux conditions supplémentaires : l'auteur doit se trouver en Suisse (ou qu'il soit remis à la Suisse en raison de cet acte) et l'acte être aussi réprimé dans l'État où il a été commis (principe de la double incrimination).
- La *troisième constellation* (art. 9, al. 2 de la Convention) correspond au principe de la compétence quasi universelle : l'État partie doit établir sa compétence si un auteur présumé se trouve sur son territoire et ne peut être remis ni à un autre État partie, ni à une juridiction pénale internationale. Le droit suisse satisfait également déjà à cette exigence, puisqu'elle peut, toujours sous réserve de la double incrimination, exercer sa compétence en se fondant sur l'article 6 CP.

Précisons à ce sujet que la condition de la double incrimination n'exige pas que les faits en question tombent, dans l'État où ils ont été commis, sous le coup d'une disposition pénale incriminant explicitement la disparition forcée. Il suffit que le comportement en cause soit punissable (par exemple qu'il constitue, au regard du droit pénal de l'État concerné, un enlèvement ou un abus de pouvoir). Si tel ne devait pas être le cas, on pourrait néanmoins imaginer que l'on considère la disparition forcée comme un crime grave proscrit par la communauté internationale au sens de l'art. 7, al. 2, let. b, CP, établissant ainsi la compétence des autorités suisses.

Dès lors, le droit suisse est déjà conforme aux exigences de la Convention sur ce point.

b. Mesures provisionnelles (art. 10 de la Convention)

L'article 10 de la Convention concerne les mesures en vue d'assurer la présence de l'auteur présumé aux fins de poursuite pénale ou d'extradition. Les États parties disposent d'une certaine liberté d'appréciation en la matière, mais sont tenus, d'après l'art. 10, al. 1 d'arrêter des mesures pour éviter que la personne visée ne s'enfuit. Lorsque la Suisse entame une procédure d'extradition, la règle veut déjà qu'elle place la personne en détention⁸, et ce n'est qu'à titre exceptionnel et dans des cas dûment justifiés que les autorités s'en écartent⁹.

L'obligation d'établir les faits, ancrée à l'art. 10, al. 2, de la Convention, constitue elle aussi, en Suisse, un principe général dans toute procédure pénale (cf. notamment les art. 6 et 139ss CPP¹⁰).

Enfin, l'art. 10, al. 3, de la Convention offre une protection consulaire à l'auteur présumé d'une infraction contre lequel des mesures visant à assurer sa présence aux fins de

⁵ Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984 (RS 0.105)

⁶ Loi fédérale sur l'aviation du 21 décembre 1948 (RS 748.0)

⁷ Loi fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse du 23 septembre 1953 (RS 747.30)

⁸ art. 47 al. 1 de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale du 20 mars 1981 (RS 351.1)

⁹ cf. Notamment ATF 109 IV 159

¹⁰ Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (RS 312.0)

poursuite ou d'extradition ont été prises. D'autres instruments déjà ratifiés par la Suisse prévoient également pareille clause. Ces droits minimaux classiques figurent par exemple à l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires¹¹, qui dispose que la personne incarcérée doit être informée de ses droits et peut communiquer avec le représentant compétent de son État.

Dès lors, le droit suisse est conforme aux exigences de l'art. 10 de la Convention sur ce point.

c. Principe « aut dedere, aut iudicare » (art. 11 de la Convention)

L'article 11 de la Convention consacre la maxime « aut dedere, aut iudicare », établie de longue date au niveau international. Il impose à l'État requis soit d'engager une procédure d'extradition, soit d'entreprendre des poursuites pénales s'il n'extrade pas l'auteur présumé de l'infraction. Cette disposition entend éviter que l'auteur de l'infraction reste impuni.

Cela n'entraîne aucune nouveauté pour la Suisse. Lorsqu'elle est saisie d'une demande d'extradition, elle a besoin d'informations de l'État requérant. On distingue à cet égard trois cas de figure : la Suisse entame une procédure d'extradition, ou elle refuse l'extradition et ouvre elle-même des poursuites pénales, ou encore, sur demande de l'État dans lequel l'infraction a eu lieu, elle la réprime à la place dudit État si l'extradition n'est pas accordée¹². Concrètement, l'extradition n'est pas autorisée notamment dans deux situations¹³ : premièrement, lorsque les normes minimales de protection des droits de procédure reconnus, entre autres, dans la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH¹⁴) et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte II de l'ONU¹⁵) ne sont pas garantis en relation avec l'art. 13, al. 6 de la Convention, ou, deuxièmement, lorsque la personne recherchée est de nationalité suisse et ne consent pas à son extradition¹⁶.

L'art. 11, al. 3, de la Convention, relatif à un procès équitable, se retrouve dans de nombreux instruments internationaux¹⁷. L'ordre juridique suisse offre déjà cette protection aux art. 29, al. 1 et 30, al. 1 de la Constitution (Cst.¹⁸) et la concrétise notamment par le Code de procédure pénale (CPP) ainsi que par la loi fédérale sur l'entraide pénale internationale (EIMP¹⁹, cf. notamment les art. 2, 37 et 38).

d. Droit de dénoncer et obligation d'enquêter (art. 12 de la Convention)

L'article 12 de la Convention porte sur le droit de dénoncer et l'obligation incombant aux États d'enquêter. Les règles sur la procédure pénale en Suisse sont conformes aux exigences de la Convention. Elles assurent notamment que les procédures pénales aient lieu sans délai (art. 5, al. 1, CPP) et que les autorités pénales recherchent, d'office, tous les faits pertinents (art. 6, al. 1, CPP).

e. Extradition (art. 13 de la Convention)

L'art. 13, al. 1, de la Convention exige la « dépolitisation » de l'infraction de « disparition forcée », cela afin d'éviter que les États parties puissent refuser une demande d'extradition

¹¹ Convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963 (RS 0.191.02)

¹² Délégation de la poursuite pénale selon les arts 85ss EIMP

¹³ cf. également l'art. 13, al. 6, de la Convention et l'art. 2 EIMP

¹⁴ Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101)

¹⁵ Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (RS 0.103.2)

¹⁶ art. 7 EIMP

¹⁷ cf. notamment les art. 9 et 10 du Pacte II de l'ONU et les art. 5 et 6 CEDH

¹⁸ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)

¹⁹ Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (RS 351.1)

au motif qu'il s'agirait là d'une infraction à caractère politique. La Suisse a d'ailleurs déjà ratifié plusieurs accords comprenant pareille clause²⁰. Notons encore que cette disposition s'applique directement et, partant, l'emporte sur le droit interne²¹.

La Suisse n'assujettissant pas l'extradition à l'existence d'un traité, ce n'est pas l'art. 13, al. 4, mais al. 5 qui s'applique. Celui-ci prévoit que les Etats parties reconnaissent le crime de disparition forcée comme susceptible d'extradition entre eux. Ici encore, les textes suisses sont conformes, puisque ces dispositions s'appliquent directement et, partant, l'emportent sur le droit interne²². Relevons encore que la portée de l'exception du « délit politique » en Suisse au sens de l'art. 3, al. 1, EIMP, est limitée à plusieurs égards, et que la jurisprudence du Tribunal fédéral en la matière est restrictive, en particulier dans l'application du principe de la proportionnalité²³.

L'art. 13, al. 6, de la Convention est une clause standard concernant les modalités d'extradition dans le cadre de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale ; il prévoit que l'extradition est subordonnée au droit de l'Etat partie requis ou par les traités d'extradition applicables. L'ordre juridique suisse a réglé cette question, soumettant l'extradition aux conditions fixées dans les traités bi- et multilatéraux en vigueur, ainsi qu'aux dispositions ad hoc de l'EIMP. Ces conditions assurent une protection contre les procédures qui ne garantissent pas à la personne poursuivie une protection minimale.

L'art. 13, al. 7, de la Convention est une clause usuelle de non-discrimination. Il prévoit que s'il y a des raisons de croire que le but déguisé de la demande d'extradition est de poursuivre une personne pour des considérations de sexe, de race, de religion, de nationalité, d'origine ethnique, d'opinions politiques ou de son appartenance à un certain groupe social, l'Etat requis peut refuser de coopérer. Cette disposition permet également d'éviter que celui-ci ne prête son concours à des procédures ne garantissant pas à la personne poursuivie une protection minimale. Grâce à elle, la requête peut être analysée non plus seulement en fonction de la nature de l'acte, mais aussi en fonction du mobile de la demande ; les demandes abusives peuvent ainsi être écartées.

f. Coopération internationale en matière d'entraide judiciaire (art. 14 et 15 de la Convention)

L'article 14 al. 1 de la Convention statue une obligation contenue dans la quasi-totalité des instruments internationaux régissant l'entraide judiciaire internationale pour ce qui a trait aux modalités de la coopération. Cette disposition n'a pas d'impact supplémentaire en termes de mise en œuvre pour la Suisse. L'art. 14, al. 2 prévoit que l'entraide judiciaire est subordonnée aux conditions prévues par les traités d'entraide judiciaire applicables, resp. par le droit interne de l'Etat partie requis. En application du droit suisse, la fourniture de l'entraide judiciaire peut être, totalement ou partiellement, soumises aux conditions de l'art. 80p EIMP. Le principe de spécialité de l'art. 67 EIMP protège la personne concernée par la demande d'entraide judiciaire. L'article 15 de la Convention précise par ailleurs que les Etats parties s'engagent à coopérer y compris pour porter assistance aux victimes de disparition forcée (cf. également le point 3.7 au sujet de l'aide aux victimes).

²⁰ cf. notamment art. 1ss de la Convention européenne pour la répression du terrorisme du 27 janvier 1977 (RS 0.353.3) et l'art. 14 de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme du 9 décembre 1999 (RS 0.353.22)

²¹ L'art. 1, al. 1, EIMP, réserve la primauté des accords internationaux qui, par principe, priment le droit interne, sous réserve des dispositions de ce dernier plus favorables à la coopération. Cf. ATF 137 IV 33, spéc. consid. 2.2.2 p. 40s. Pour la doctrine en vigueur, cf. Robert Zimmermann, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, Troisième édition, 2009, ch. 737, p. 693 et jurisprudence citée

²² cf. ci-dessus, note 21

²³ Robert Zimmermann, *op. cit.*, p. 567ss

g. *Garantie de non-refoulement (art. 16 de la Convention)*

L'article 16 de la Convention institue l'interdiction explicite d'expulser, refouler, remettre ou extraditer une personne vers un État dans lequel le risque de disparition forcée existe. Le droit suisse applique déjà cette règle. Distinguons à cet égard trois éléments :

- *Extradition et expulsion* : il résulte de l'art. 2, let. a, EIMP, qu'une demande d'extradition sera jugée irrecevable s'il existe des motifs sérieux de croire que le pays requérant ne respecte pas les principes de procédure fixés dans la CEDH et le Pacte ONU II. Selon la let. d du même article, il en ira de même si la procédure à l'étranger présente des défauts graves²⁴. Dès lors, indépendamment de la ratification de la Convention, la Suisse ne pourrait extraditer personne susceptible d'être victime de disparition forcée. Quant à l'expulsion de Suisses et de Suissesses, elle est strictement interdite par l'art. 25, al. 1, Cst.
- *Refoulement et remise* : l'art. 25, al. 3, Cst. dispose qu'il est strictement interdit de refouler une personne sur le territoire d'un État dans lequel il risque la torture ou tout autre traitement ou peine cruels et inhumains. Cette interdiction du refoulement découle également de l'article 3 CEDH et de nombreux traités bi- et multilatéraux (voir notamment aussi l'art. 3 de la Convention contre la torture). Compte tenu du caractère absolu de l'art. 3 CEDH, cette interdiction ne souffre aucune exception ou restriction, même si la personne en question est accusée d'un crime²⁵. Cette interdiction est par ailleurs complétée par d'autres dispositions : l'art. 25, al. 2, Cst. (aux termes duquel « les réfugiés ne peuvent être refoulés sur le territoire d'un État dans lequel ils sont persécutés ni remis aux autorités d'un tel État »), l'art. 33 de la Convention relative au statut des réfugiés²⁶ et l'art. 5, al. 1, de la loi sur l'asile (LAsi²⁷) ; ce principe de non-refoulement a valeur de droit international coutumier et a un caractère contraignant²⁸.
- *Détermination des « motifs sérieux »* : l'art. 16, al. 2, de la Convention indique de quelle manière déterminer les « motifs sérieux » figurant à l'al. 1, autrement dit, comment savoir si une personne est menacée de disparition dans le pays en question : les autorités compétentes doivent tenir compte de toutes les considérations pertinentes, y compris, le cas échéant, de l'existence, dans l'État concerné, d'un ensemble de violations systématiques graves, flagrantes ou massives des droits de l'homme ou de violations graves du droit international humanitaire. Cette disposition correspond à l'art. 3, al. 2, de la Convention sur la torture, déjà ratifiée par la Suisse. Les autorités qui sont chargées du renvoi des étrangers se fondent sur l'art. 3 CEDH (principe de non-refoulement), la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme précisant qu'il y a lieu de prendre en considération le « risque réel » d'être soumis à des traitements inhumains²⁹, donc contraires à l'art. 3 CEDH, ce risque se rapportant au « danger objectif » d'y être soumis.

²⁴ Par procédure, il faut entendre non seulement les règles de droit qui président au déroulement de la procédure à l'étranger, mais aussi leur application dans la pratique : FF 1976 II 465, ad arts 2 à 4

²⁵ cf. p. ex. CourEDH au sens de D. Soering c. Royaume-Uni du 7.7.1989, série A, n°161, ch. 89 et CourEDH au sens de Chahal c. Royaume-Uni du 15.11.1996, CourEDH 1996-V, ch. 79 ss

²⁶ Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés (RS 0.142.30)

²⁷ Loi du 26 juin 1998 sur l'asile (RS 142.31)

²⁸ A titre d'exemple : ATF 111 Ib 70

²⁹ CourEDH dans EZAR 933 n°1 § 111 = EuGRZ 1989, 314 ; EZAR 933 n°3 § 113

3.4. Privation de liberté, droit à être informé et à porter plainte

a. *Légalité de la privation de liberté et de la libération (art. 17, al. 1 et 2, let. a-e et art. 21 de la Convention)*

L'art. 17, al. 1, de la Convention établit l'interdiction totale des détentions secrètes. L'alinéa 2 détaille les conditions dans lesquelles la privation de liberté doit s'inscrire. Ainsi, les Etats parties doivent entre autres garantir qu'elle fait l'objet d'un encadrement légal, que les détenus sont autorisés à communiquer avec leur famille ou leur conseil et que les autorités habilitées par la loi peuvent accéder aux lieux de privation de liberté. L'article 21 prévoit en outre que la procédure de libération se déroule selon une procédure donnée, laquelle protège notamment l'intégrité physique de la personne concernée.

Le droit suisse répond déjà à ces exigences. En effet, la teneur de l'art 31, al. 1, Cst., est la suivante : « nul ne peut être privé de sa liberté si ce n'est dans les cas prévus par la loi et selon les formes qu'elle prescrit ». L'alinéa 2 ajoute que les autorités ont un devoir d'information, que le détenu peut exiger l'examen de sa détention et faire valoir son droit à informer ses proches de sa privation de liberté. Le droit de se faire représenter, qui découle du droit d'être entendu, implique le droit de pouvoir communiquer avec son conseil (art. 29, al. 2 Cst. et art. 5 et 6 CEDH). Ces normes minimales, inscrites dans la Constitution, sont par ailleurs précisées dans la législation pertinente : pour le contexte du droit de la procédure pénale voir l'art. 127 et 212ss CPP, pour la privation de liberté à des fins d'assistance voir l'art. 426ss nCC³⁰. Le droit des étrangers et le droit d'asile prévoient plusieurs types de privation de liberté: La rétention (art. 73 LEtr³¹); la détention en phase préparatoire (art. 75 LEtr) ; la détention en vue du renvoi ou en vue de l'expulsion (art. 76 LEtr) ; la détention en vue du renvoi ou en vue de l'expulsion en cas de non-collaboration à l'obtention des documents de voyage (art. 77 Loi fédérale sur les étrangers, LEtr); la détention pour insoumission (art. 78 LEtr) ainsi que la rétention à l'aéroport ou la détention dans un centre de détention sur la base de l'art. 22 LAsi. En droit des étrangers le droit de l'étranger en détention de communiquer avec son mandataire et les membres de sa famille est garanti (art. 81, al. 1 LEtr). En droit d'asile, la garantie minimale prévue à l'art. 31, al. 2 Cst. s'applique en cas de rétention dans les aéroports; la garantie du droit de communiquer avec un conseiller juridique ou avec un représentant légal a fait l'objet d'une délégation législative (art. 17, al. 4 LAsi) que le Conseil fédéral a concrétisée (art. 7a, al. 2 de l'Ordonnance 1 sur l'asile³²).

Ajoutons qu'en Suisse, le droit dont disposent les étrangers de communiquer avec leurs autorités consulaires repose en particulier sur l'art. 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires et sur l'art. 81 LEtr. Quant à l'accès aux lieux de privation de liberté, il est autorisé aux autorités habilitées par la loi. L'art. 8, al. 2, de la loi fédérale du 20 mars 2009 sur la Commission de prévention de la torture (RS 150.1) stipule même que la Commission a accès, sans préavis, à tous les lieux de privation de liberté.

b. *Recours sur la légalité de la privation de liberté (art. 17, par. 2, let. f, de la Convention)*

L'art. 17, al. 2, let. f, de la Convention exige des Etats parties qu'ils prévoient, dans leur législation, un droit de recours devant un tribunal contre la privation de liberté. Ce droit de recours doit non seulement être garanti à la personne privée de liberté, mais également, en cas de soupçon de disparition forcée, à toute personne ayant un intérêt légitime, par exemple ses proches, afin de remédier à l'incapacité de la personne privée de liberté

³⁰ Nos observations se fondent essentiellement sur le nouveau droit de la protection de l'adulte, qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2013 (RO 2011 725)

³¹ Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (RS 142.20)

³² Ordonnance 1 du 11 août 1999 sur l'asile relative à la procédure (RS 142.311)

d'exercer ses droits, précisément en raison de la disparition forcée. De plus, le tribunal saisi doit statuer à bref délai sur la légalité de la privation de liberté et ordonner la libération, si celle-ci est illégale.

- *Garanties de procédure dont jouissent les personnes privées de liberté* : En droit suisse, les personnes privées de liberté jouissent de garanties de procédure très conséquentes. L'art. 31, al. 3, Cst., prévoit en particulier le droit pour toute personne mise en détention préventive d'être aussitôt traduite devant un juge, qui prononce le maintien de la détention ou la libération. Ces garanties sont concrétisées dans les différentes lois de procédures (cf. p. ex. les art. 220 à 228 CPP pour la détention provisoire dans le cadre d'une procédure pénale ou les art. 44 et 46 à 48 EIMP pour la procédure d'extradition). Par ailleurs, la personne détenue doit pouvoir communiquer en tout temps et sans surveillance avec son défenseur (voir notamment art. 223, al. 2, CPP). Cela vaut également pour le volet civil, puisque le nouveau droit suisse de protection de l'adulte³³ prévoit une protection juridique étendue dans ce domaine. Selon l'art. 439 nCC, la personne concernée peut ainsi en appeler par écrit au juge notamment en cas de placement ordonné par un médecin. Ce contrôle de la légalité de la privation de liberté par une autorité judiciaire est aussi prévu pour les cas de détention administrative et est exercé dans ce contexte par les tribunaux cantonaux avec une possibilité de recourir au Tribunal fédéral. Le droit de recours au Tribunal administratif fédéral est, quant à lui, prévu à l'encontre des décisions de l'Office fédéral des migrations basées sur l'article 22 LAsi concernant la rétention à l'aéroport.
- *Droit de recours des proches* : Le droit suisse offre un droit de recours aux proches dans le cadre de la privation de liberté à des fins d'assistance. Ainsi, la loi octroie-elle le droit d'attaquer le placement devant un tribunal non seulement, comme énoncé précédemment, à la personne concernée mais aussi aux personnes qui lui sont proches, notamment à ses parents, ses enfants et son conjoint/partenaire, ainsi qu'au curateur, au médecin, au prêtre, à l'assistant social ou à la personne de confiance³⁴.

En dehors de cette procédure de droit civil, les lois régissant les différentes procédures pouvant mener à une privation de liberté ne prévoient pas de droit de recours spécifique pour les proches. Néanmoins, s'ils soupçonnent qu'un de leur proche a été privé de liberté dans le cadre d'une disparition forcée, ceux-ci pourront, sur la base de la nouvelle infraction de disparition forcée qui sera introduite, adresser une dénonciation directement au ministère public (art. 301 en relation avec l'art. 12, let. b, CPP). L'autorité de poursuite pénale a alors l'obligation d'établir si ces soupçons sont justifiés et notamment de vérifier si la privation de liberté présumée était illégale. Si, par méconnaissance des plaignants, la dénonciation n'est pas soumise à l'autorité cantonale compétente, elle doit lui être transmise³⁵. Rappelons que la disparition forcée implique un refus d'admettre que la personne a été privée de liberté et, plus généralement, un refus de toute information sur son sort. Outre le fait de priver la personne disparue de la protection de la loi, ce comportement porte gravement atteinte aux intérêts des proches, peut-être même à leur intégrité psychique, violant ainsi des biens juridiques que la nouvelle disposition pénale (art. 185bis nCP) vise précisément à protéger³⁶. Ainsi, les proches sont des lésés directs et doivent être considérés comme des personnes lésées au sens de l'art. 115 CPP, ce qui leur permettra d'invoquer les droits accordés à la partie plaignante dans une procédure pénale, y compris le droit de recourir devant un juge.

³³ cf. note 59

³⁴ art. 450 nCC

³⁵ art. 39 CPP

³⁶ Le Message relatif à la modification de lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, du 23 avril 2008 (FF 2008 3461, p. 3520) contient une affirmation identique, lorsque la disparition forcée a lieu dans le cadre d'un crime contre l'humanité.

c. *Obligation de tenir un registre et des dossiers (art. 17, al. 3, de la Convention)*

L'art. 17, al. 3, de la Convention prévoit que les Etats parties assurent l'établissement et la tenue à jour d'un ou de plusieurs registres officiels et/ou dossiers officiels des personnes privées de liberté, qui sont, sur demande, rapidement mis à la disposition de toute autorité judiciaire ou de toute autre autorité ou institution compétent habilitée par la législation de l'Etat partie. La finalité de cette disposition est double : permettre aux autorités d'informer rapidement les proches de l'endroit où se trouve une personne recherchée et d'élucider son sort (« droit à la vérité », en particulier aussi pour les proches). Dans ce but, la Convention énumère les données devant être inscrites impérativement soit dans les registres, soit dans les dossiers, sans préciser quelles informations doivent figurer dans les registres et quelles informations dans les dossiers personnels. L'analyse de la situation juridique en Suisse permet de dresser le tableau suivant :

- *Tenue des dossiers* : À ce jour, les dossiers sont tenus, pour l'essentiel, à l'échelle cantonale et de manière décentralisée, c'est-à-dire directement dans les différentes institutions. D'ailleurs, la consultation technique a mis au jour des différences notables d'un canton à l'autre. On peut toutefois supposer que les données de base, énumérées à l'art. 17, al. 3, de la Convention, se trouvent aujourd'hui déjà dans les dossiers. Ajoutons que, dans un souci de transparence maximale, la loi d'application (cf. point 4.1.b) prévoira l'obligation, pour les autorités, d'enregistrer ces données une fois la Convention entrée en vigueur.
- *Tenue des registres* : En Suisse, il n'existe pas à l'heure actuelle de registre unique répertoriant l'ensemble des privations de liberté ; on peut toutefois extraire certaines informations des registres existants (casier judiciaire informatisé VOSTRA, système d'information central sur la migration SYMIC, etc.). Dans d'autres domaines, le droit de protection de l'adulte notamment, les autorités sont tenues de fournir toutes les informations à une autorité centrale, dès lors qu'une plainte est déposée. Il n'existe pas non plus de système spécifiquement consacré à la recherche de personnes disparues. Tout individu sans nouvelles d'un proche peut néanmoins s'adresser à différents services : au niveau cantonal, il s'agit entre autres des postes de polices locaux, au niveau fédéral, du Service de recherche de personnes disparues – organe spécialisé de l'Office fédéral de la police (fedpol) – ainsi que de divers organes non étatiques, à l'instar du Service de recherches de la Croix-Rouge suisse. Si les organes publics et les institutions privées coopèrent de manière informelle, cette collaboration n'est pas institutionnalisée. Pour atteindre le but de protection visé par la Convention, à savoir fournir des renseignements rapides et fiables aux personnes soupçonnant qu'un de leur proche a été privé de liberté, la Suisse doit donc prendre des mesures.

Ce but pourrait être atteint avec la création d'un registre central répertoriant l'ensemble des privations de liberté. Le Conseil fédéral s'est déjà saisi d'une question similaire lorsqu'il a répondu à la motion Burkhalter (05.3773) intitulée « Banque de données centralisée répertoriant les personnes en détention », même si celle-ci s'inscrivait dans un contexte différent, à savoir celui de la poursuite pénale. Il avait alors fait valoir que, selon ses estimations d'alors, un tel registre entraînerait des coûts d'investissements de l'ordre d'1,1 million de francs et des coûts annuels d'environ 700 000 francs. Il précisait en outre que les coûts annuels à la charge des cantons atteindraient environ 2,6 millions de francs. Le Conseil fédéral avait jugé ce rapport coûts-bénéfice peu avantageux et le projet fut abandonné. Dans le contexte qui nous intéresse, d'autres types de privation de liberté devraient également figurer dans le registre central (mesures de protection à l'égard des adultes, détention administrative, mesures disciplinaires militaires privatives de liberté), si bien que la facture s'alourdirait encore sensiblement. Or, les services chargés actuellement des recherches estiment que seuls deux douzaines de requêtes sont déposées chaque année au sujet de personnes privées de liberté. Dès lors, la

création d'un tel registre semble disproportionnée, tant du point de vue technique et pratique que pratique.

Au vu de ce qui précède, la mise au point d'un réseau doit être privilégiée, d'autant que la Convention mentionne explicitement « la tenue d'un ou de plusieurs registres officiels et/ou dossiers officiels ». Aussi l'objectif de protection qu'elle vise peut également être rempli si les données sont enregistrées dans différents endroits. Toutefois, comme démontré précédemment, il n'est pas toujours évident de traiter les demandes en temps utile compte tenu du mode décentralisé sur lequel fonctionne la Suisse et du manque d'interconnexion. Pour combler ces lacunes, il serait donc nécessaire d'introduire un mécanisme de consultation structuré. Pour mettre au point ce réseau, la Confédération et les cantons définissent tous deux un service chargé de la coordination. Si un soupçon de disparition forcée plane et qu'il est nécessaire de déterminer dans quel endroit une personne se trouve, le service de coordination fédéral prend contact avec ses homologues cantonaux. Ceux-ci font les vérifications nécessaires dans les registres ou auprès des autorités compétentes et lui indiquent dans les meilleurs délais si la personne recherchée se trouve dans un des lieux de privation de liberté du canton. Cette solution permet de garantir que les informations circulent avec efficacité et fiabilité entre les différentes structures qui composent la Suisse. À noter que la base légale sur laquelle reposera la création de ce réseau doit encore être rédigée.

d. Accès aux informations sur la détention (art. 18 et 20 de la Convention)

La Convention (art. 18) exige des Etats parties qu'ils garantissent à toute personne ayant un intérêt digne de protection (par exemple les proches d'une personne qui aurait pu faire l'objet d'une disparition forcée) un accès à certaines informations précises concernant les circonstances de la privation de liberté (notamment la date, l'heure et le lieu ainsi que le nom de l'autorité qui l'a ordonnée). L'article 20, al. 1, de la Convention admet toutefois quelques exceptions à cette règle, pour autant que la personne soit sous la protection de la loi et que le refus de l'accès aux informations réponde à des conditions strictes, notamment pour protéger la vie privée ou la sécurité de la personne détenue ou le bon déroulement d'une enquête pénale en cours. Dans ce cas, la Convention (art. 20, al. 2) exige qu'un droit à un recours judiciaire soit garanti. À l'heure actuelle, en Suisse, le droit d'être informé se décline comme suit :

- Dans le domaine du droit pénal, l'art. 214 CPP oblige les autorités à informer les proches de la détention, sauf si le but de l'instruction l'interdit ou si la personne concernée s'y oppose expressément. En revanche, dans celui de l'exécution des peines, les autorités ne sont pas tenues d'informer de leur propre initiative les proches ou qui que ce soit d'autre. Les demandes d'informations peuvent être refusées, si une information était susceptible de porter atteinte à la vie privée de la personne détenue ou à son droit à l'autodétermination. Le droit pénal n'a prévu aucune voie de recours qui permette aux proches de contester ce refus.
- L'accès aux informations applicable à la privation de liberté à des fins d'assistance fait déjà l'objet d'une réglementation légale. Si la personne concernée souhaite garder secrets certains faits, le tribunal peut limiter les droits de partie des autres personnes participant au procès, ce qui peut impliquer une restriction du droit d'être entendu des proches ; toutefois, cela est admis par la Convention (art. 20, al. 1). De plus, les proches pouvant être partie à la procédure judiciaire (art. 439 nCC), un droit à être informé conforme à la Convention est garanti.
- Quant au droit des étrangers, il oblige les cantons à veiller à ce qu'une personne désignée par le détenu étranger en Suisse soit informée (Art. 81, al. 1 LEtr). On ne saurait toutefois en déduire un droit à être informé.

Le droit en vigueur ne satisfait dès lors pas à toutes les exigences de la Convention : si une personne privée de liberté en vertu du droit pénal, du droit de procédure pénale ou du droit des étrangers ne souhaite pas informer sa famille ou ses proches, la législation suisse respectera ce choix et n'offrira aux proches aucun moyen de recourir contre ce refus.

Comme énoncé plus haut, la création d'un réseau doit reposer sur une base légale en droit suisse, qui se matérialisera par une loi d'application relative à la Convention. Celle-ci détaillera notamment le mode de fonctionnement du réseau et les moyens de recours à disposition des proches. Elle prévoit que ceux-ci pourront soumettre une demande d'information au service de coordination fédéral central. Si le lieu où se trouve la personne recherchée peut être déterminé, cette dernière est prévenue de la demande de renseignement déposée à son sujet. Si elle décide de s'opposer à la transmission d'informations, le service fédéral répond premièrement à la personne requérante que l'individu recherché n'est pas disparu et, deuxièmement, lui indique par voie de décision, qu'aucune information supplémentaire ne sera délivrée, cette décision pouvant faire l'objet d'un recours en vertu des règles générales de la procédure fédérale. La loi d'application, à rédiger, permettra donc de satisfaire les exigences de la Convention, à savoir permettre aux proches de recourir devant un tribunal, tout en préservant le système suisse qui veut que les droits de la personnalité des détenus soient protégés.

e. *Entrave ou obstruction à la procédure (art. 22 de la Convention)*

L'article 22 de la Convention exige des Etats parties qu'ils préviennent et répriment l'entrave ou l'obstruction des recours qu'elle prévoit, le manquement à l'obligation d'enregistrement des privations de liberté et le refus injustifié de fournir des informations. Le droit suisse est déjà compatible sur ce point, puisque l'art. 29 Cst. institue des garanties minimales, au rang desquelles figure l'interdiction du déni de justice et du retard injustifié, concrétisées dans la législation correspondante. Ainsi, des normes disciplinaires et pénales notamment s'appliquent à cet égard (cf. en particulier l'art. 312 CP).

3.5. Protection des données

L'article 19 de la Convention porte sur l'utilisation des données personnelles, l'essentiel de la disposition étant l'obligation de garantir que les données collectées dans le cadre de la recherche d'une personne disparue ne puissent être utilisées à d'autres fins. Elle précise également que cette utilisation doit à tout instant respecter les droits humains. Les exigences ancrées dans le droit suisse en matière de protection des données sont conformes sur ce point, ne serait-ce que grâce à l'art. 13, al. 2, Cst. qui proscriit l'emploi abusif des données personnelles. Pour les autorités fédérales, la loi sur la protection des données (LPD³⁷) étaye ce principe : l'art. 4, al. 3 prévoit que les données personnelles ne doivent être traitées que dans le but qui est indiqué lors de leur collecte ou qui est prévu par une loi. Les règles relatives au traitement des données, à leur rectification, à leur effacement et au droit d'obtenir des renseignements et de consulter les documents (détaillées aux art. 4 et 16ss LPD) garantissent, elles, qu'aucune atteinte injustifiée ne soit portée aux droits fondamentaux lors du traitement des données. S'agissant du service de coordination de la Confédération à naître, l'avant-projet de loi d'application mentionne explicitement les exigences relevant de la protection des données (cf. point 4.1). Pour ce qui est des autorités cantonales, elles sont soumises aux législations cantonales édictées à ce sujet.

3.6. Formation

L'article 23 de la Convention, à visée prophylactique, exige que les personnes pouvant être amenées à intervenir dans la garde ou le traitement de personnes privées de liberté dans

³⁷ Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (RS 235.1)

l'exercice de leur fonction reçoivent une formation ad hoc. La mise en œuvre du modèle de réseau permet de garantir que les services cantonaux et fédéraux compétents soient informés au sujet de la Convention et de son contenu. De plus, avec l'introduction de la nouvelle norme pénale, l'infraction « disparition forcée » sera intégrée aux cursus de formation correspondants. Par ailleurs, en application de l'art. 23, al. 2, de la Convention, la nouvelle infraction sanctionnera explicitement les ordres ou instructions ordonnés par des représentants de l'Etat et prescrivant ou autorisant une disparition forcée.

3.7. Aide aux victimes

L'article 24 de la Convention porte sur les victimes de disparition forcée. En comparaison avec d'autres instruments portant sur les droits humains, les exigences qu'elle impose en matière de protection des victimes sont très poussées. On retiendra d'abord la définition très large de la notion de victime et l'importance des droits qui leurs sont accordés. Cette ligne s'explique notamment par l'histoire des pays sud-américains, dans lesquels la disparition forcée était élevée au rang de pratique systématique et qui ont un travail de mémoire à effectuer. C'est ainsi que les exigences d'associations de proches de victimes de disparition forcées ont pu s'imposer au cours des négociations.

a Notion de victime (art. 24, al. 1, de la Convention)

Par « victime », l'art. 24, al. 1, de la Convention entend non seulement la personne qui a elle-même subi la disparition forcée, mais aussi toute personne physique ayant subi un préjudice direct du fait d'une disparition forcée. Cet accord permet ainsi de combler une lacune du droit international, qui n'accordait pas jusqu'alors la protection nécessaire aux proches de personnes disparues.

Avec l'introduction du nouvel art. 185bis CP, les personnes disparues seront désormais considérées en droit suisse comme des victimes au sens de la loi sur l'aide aux victimes (LAVI³⁸) et comme des lésés au sens des art. 115, al. 1 et 116, al. 1, CPP. Aucun problème ne se pose dès lors à cet égard.

Pour ce qui est des autres victimes, la Convention est généreuse, puisqu'elle inclut toute personne ayant subi un préjudice direct du fait de la disparition forcée. Les tenants de cette version ont fait valoir au cours des débats que le but était de laisser une certaine marge d'appréciation aux autorités nationales, afin qu'elles ne doivent pas se limiter aux seuls conjoints et enfants. En droit suisse, la LAVI et le CPP disposent qu'outre la personne qui a subi une violation directe de son intégrité physique ou psychique, ses proches – c'est-à-dire le conjoint, les enfants les père et mère ou d'autres personnes ayant des liens analogues avec la victime – ont également le droit à l'aide aux victimes (art. 1, al. 2, LAVI et art. 116, al. 2, CPP). Bien que la définition des proches soit moins large en droit suisse que dans la Convention, celui-ci garantit donc que différentes personnes proches de la victime puissent en bénéficier.

b Droit à la vérité (art. 24, al. 2 et 3, de la Convention)

L'art. 24, al. 2 et 3, de la Convention impose aux Etats parties de prendre les mesures nécessaires pour permettre à toute victime de savoir la vérité sur les circonstances de la disparition forcée. La législation suisse répond déjà à ces exigences, puisque les autorités sont soumises à l'obligation d'enquêter en matière pénale et que les personnes concernées et les proches jouissent du droit d'être informés (cf. point 3.4.d).

³⁸ Loi fédérale du 23 mars 2007 sur l'aide aux victimes d'infractions (RS 312.5)

c *Droits des victimes (art. 24, al. 4 et 5, de la Convention)*

Conformément à l'art 24, al. 4, l'Etat partie doit garantir à la victime le droit d'obtenir réparation et d'être indemnisée rapidement. L'alinéa 5 précise ce que la Convention entend par le « droit d'obtenir réparation » : la restitution, la réadaptation, la satisfaction et la garantie de non-répétition. Alors que le terme de « restitution » désigne ici en particulier le retour à la situation légale qui était celle de la victime avant sa disparition (droit à la liberté, retour au domicile, restitution des biens, etc.), la réhabilitation porte davantage sur les prestations médicales et psychologiques. Quant à la satisfaction, elle comprend des prestations matérielles et immatérielles.

Dans l'ensemble, en Suisse, les victimes jouissent de droits étendus, valables pour les délits subis sur sols suisse et étranger. La non-répétition est garantie, dans l'ordre juridique helvétique, par la poursuite pénale, la possibilité d'assurer un contrôle judiciaire sur les activités de toutes les autorités, la séparation des pouvoirs et la surveillance exercée sur l'exécution. S'agissant des autres aspects invoqués, il y a lieu de distinguer en fonction du lieu où le délit a été commis et du domicile de la victime :

- *Victime d'un délit commis en Suisse* : si une personne est victime de disparition forcée, ce délit est imputable à l'État. Pour obtenir réparation au sens de la Convention, la victime pourra dès lors se fonder sur la loi sur la responsabilité (LRFC³⁹) ou sur les lois cantonales ad hoc. De plus, la LAVI s'appliquera également, celle-ci disposant que toute personne ayant subi, du fait d'une infraction commise sur sol suisse, une atteinte directe à son intégrité physique, psychique ou sexuelle, peut prétendre aux conseils et au soutien fournis par les centres de consultation, de même qu'à l'aide immédiate et à plus long terme qu'ils offrent (art. 12 ss LAVI), à l'indemnisation (art. 19 ss LAVI) et à la réparation morale (art. 22 s. LAVI). Les victimes bénéficient en outre des droits de protection particuliers prévus par le CPP (pour un catalogue partiel des droits de la victime : cf. art. 117 CPP). Les proches de la victime ont également droit à l'aide aux victimes ; s'ils se portent parties civiles contre les prévenus, ils jouissent des mêmes droits que la victime dans la procédure pénale (art. 117, al. 3, CPP). Citons encore les mesures de protection offertes par le CPP aux personnes exposées, en raison de leur participation à la procédure, à un danger sérieux menaçant leur vie ou leur intégrité corporelle (art. 149 s. CPP). À l'avenir, viendront encore s'ajouter les mesures de protection résultant de la future loi fédérale sur la protection extraprocedurale des témoins⁴⁰.
- *Victime d'un délit commis à l'étranger* : si une personne domiciliée en Suisse (au moment de l'infraction et au moment du dépôt de la demande d'aide aux victimes) subit une infraction commise sur sol étranger, elle ne peut prétendre aux prestations prévues par la LRFC et par les lois cantonales ad hoc. S'agissant de la LAVI, les prestations des centres de consultation (conseil et soutien, cf. plus haut) lui sont accordées, mais pas l'indemnisation, ni la réparation (art. 3 LAVI). Il en va de même pour ses proches. La LAVI étant subsidiaire, l'aide n'est accordée que lorsque l'État sur le territoire duquel l'infraction a été commise ne verse aucune prestation ou verse des prestations insuffisantes (art. 4 et 17, al. 2, LAVI). Les victimes bénéficient également des droits de protection particuliers prévus par le CPP (pour un catalogue partiel des droits de la victime : cf. art. 117 CPP). La protection offerte à la victime en vertu de la LAVI est accordée dans son intégralité si l'auteur est arrêté sur territoire suisse et y est jugé.

³⁹ Loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (RS 170.32)

⁴⁰ FF 2011 99

Quant aux personnes subissant une infraction commise sur sol étranger et non domiciliées en Suisse, la LAVI ne prévoit aucune prestation, ce que la Convention ne semble d'ailleurs pas exiger. Les droits des victimes visent en premier lieu l'État dont ils sont la victime.

d Situation légale et liberté d'association (art. 24, al. 6 et 7, de la Convention)

L'art. 24, al. 6, de la Convention exige des Etats parties qu'ils prennent les mesures appropriées concernant la situation légale des personnes disparues dont ils ne sont pas encore parvenus à élucider le sort. Si l'ordre juridique suisse ne comporte pas de statut propre aux personnes disparues au sens de la Convention, une déclaration d'absence peut être envisagée (art. 35ss Code Civil, CC⁴¹).

L'art. 24, al. 7 de la Convention impose par ailleurs aux Etats parties de garantir le droit de former des associations ayant pour objet de contribuer à l'établissement du sort des personnes disparues ainsi qu'à l'assistance aux victimes. La liberté d'association est pleinement garantie par l'art. 23 Cst. et concrétisée par les art. 60ss CC. Les associations au sens de l'art. 24 de la Convention peuvent dès lors être formées à tout moment en Suisse. À cet égard, la Suisse n'a donc aucune mesure à prévoir.

3.8. Protection particulière des enfants

L'article 25 de la Convention comble une autre lacune du droit international, puisqu'il offre une protection spécifique aux enfants dans le contexte de la disparition forcée. Elle exige premièrement des Etats parties qu'ils répriment la soustraction d'enfants et prévoient une procédure visant à réviser la procédure d'adoption, deuxièmement, qu'ils prennent les mesures pour rendre à leur famille d'origine les enfants victimes de disparition forcée. L'art. 25, al. 5, de la Convention précise en outre que l'intérêt supérieur de l'enfant est une considération primordiale pour toutes les réglementations le concernant.

a Incrimination de la soustraction d'enfants (art. 25, al. 1, de la Convention)

Afin de protéger spécifiquement les enfants, la Convention exige notamment que les Etats répriment la soustraction d'enfants soumis à une disparition forcée ainsi que la falsification, la dissimulation ou la destruction de documents attestant leur véritable identité.

L'ordre juridique suisse satisfait déjà ces exigences, puisque différentes dispositions du CP peuvent s'appliquer en cas de soustraction d'enfants : l'art. 183, al. 2, CP protège spécifiquement les personnes de moins de 16 ans contre l'enlèvement. En outre, l'art. 220 CP, protège l'exercice de l'autorité parentale, en incriminant le fait de soustraire ou de refuser de remettre un mineur à la personne qui exerce l'autorité parentale. Enfin, l'art. 219 CP couvre les cas où une personne met en danger le développement physique ou psychique d'un mineur, en violation de son devoir d'assistance ou d'éducation. Quant aux documents attestant de la véritable identité d'une personne, ils doivent être considérés comme des titres, dont la falsification ou la suppression (y compris la dissimulation) est réprimée par les articles 251 à 255 CP. Les documents étrangers tombent également dans cette catégorie.

b Exigences relatives à la procédure d'adoption (art. 25, al. 2 à 5, de la Convention)

Aux termes de l'art. 25, al. 4, de la Convention, dans les Etats 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

⁴¹ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)

cas échéant, à annuler toute adoption ou placement d'enfants qui trouve son origine dans une disparition forcée.

L'art. 268a CC impose aux autorités de mener à bien une instruction minutieuse avant de pouvoir prononcer une adoption. Selon les articles 269 ss nCC, une adoption peut être attaquée devant le juge si, sans motif légal, les consentements requis n'ont pas été demandés. L'action en annulation est par conséquent ouverte, entre autres, aux parents biologiques auxquels l'enfant a été enlevé illégalement. L'intérêt supérieur de l'enfant étant la considération primordiale, la loi suisse fixe des délais péremptoires pour la contestation de l'adoption : six mois à compter de la découverte du vice, mais dans tous les cas dans les deux ans suivant l'adoption. Par analogie avec les art. 256c, 260c et 263 CC, l'action en annulation peut toutefois être intentée après expiration de ce délai pour de justes motifs⁴². Une adoption qui trouve son origine dans une disparition forcée entre dans cette catégorie. Le droit suisse veille donc, comme l'exige l'art. 25, al. 5, de la Convention, que l'intérêt supérieur de l'enfant soit la considération primordiale : une action intentée pour annuler une adoption peut être rejetée si celle-ci porterait une atteinte sérieuse au bien de l'enfant. Ici encore, le droit suisse est donc compatible avec la Convention.

Un autre texte s'applique par ailleurs en matière d'adoptions internationales : la Convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale (CLaH; RS 0.211.221.311⁴³). Or, à l'art. 4, let. c, ch. 2 et let. d, ch. 3, celle-ci précise que le consentement à l'adoption doit être donné librement et dans les formes légales requises. Une adoption fondée sur une disparition forcée constituerait donc un motif justifiant d'annuler l'adoption. Sur ce point également, le droit suisse satisfait aux exigences de la Convention.

3.9. Dispositions institutionnelles

a Institution d'un Comité (art. 26 à 28 de la Convention)

Les articles 26 à 28 de la Convention prévoient l'institution d'un Comité des disparitions forcées. Il est composé de dix experts indépendants, élus par les Etats parties selon une répartition géographique équitable. L'article 26 règle les détails du vote, de la durée de fonction des membres et des moyens dont ceux-ci disposent. L'article 27 dispose que les Etats parties se réuniront au plus tôt quatre ans et au plus tard six ans après l'entrée en vigueur de la Convention, afin d'évaluer le fonctionnement du Comité et de procéder, au besoin, à des mises au point fondées sur les premières années d'exercice. Aux termes de l'article 28, le Comité est tenu de coopérer avec tous les organes, bureaux, institutions spécialisées et fonds appropriés des Nations Unies, ainsi qu'avec toutes les institutions, agences et bureaux nationaux et internationaux pertinents, en veillant à travailler en coordination notamment avec les organes conventionnels relevant des Pactes I et II de l'ONU.

b Obligations des Etats (art. 29 de la Convention)

L'art. 26, al. 9, de la Convention exige des Etats parties qu'ils coopèrent avec le Comité. S'agissant du mécanisme de surveillance, il est assez minimal en comparaison avec d'autres accords onusiens, puisqu'il ne prescrit pas de rapports réguliers. En vertu de l'art. 29, chaque Etat est uniquement tenu de présenter, deux après l'entrée en vigueur de la Convention à son égard, les mesures qu'il a prises pour la mettre en œuvre. Le Comité est par ailleurs habilité à étudier ce rapport et à émettre, au besoin, des recommandations, de

⁴² cf. ATF 112 II 298 s

⁴³ Convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale (RS 0.211.221.311)

même qu'à demander aux autorités des renseignements complémentaires (art. 29, al. 4).
Une forme de rapport ad-hoc est donc en quelque sorte instaurée ici.

c *Saisine du Comité (art. 30 à 36 de la Convention)*

Les articles 30 à 34 de la Convention règlent la saisine du Comité. On distingue les saisines applicables à tous les Etats parties (art. 30, 33 et 34) et celles pour lesquelles ceux-ci doivent avoir préalablement déclaré qu'ils reconnaissent sa compétence spécifique (art. 31 et 32). Quant à l'art. 35, il précise que le Comité est compétent uniquement pour les cas ayant débuté postérieurement à l'entrée en vigueur de la Convention à son égard ; c'est le principe de la non-rétroactivité. L'article 36 ajoute que le Comité a l'obligation d'informer au préalable les Etats parties au sujet desquels il prévoit de rédiger des observations dans son rapport annuel. Les saisines se déclinent sous trois formes :

- *Saisine obligatoire en vertu des articles 30, 33 et 34 de la Convention* : l'article 30 permet à tout individu ayant un intérêt légitime à saisir, en urgence, le Comité d'une demande de recherche. Si celle-ci n'est pas dépourvue de fondement, abusive, en cours d'examen par une autre instance ou incompatible avec la Convention et qu'elle a préalablement été soumise à l'autorité nationale compétente, le Comité demande à l'Etat partie concerné de lui fournir des renseignements sur la situation de la personne recherchée. Il est par ailleurs habilité à collaborer avec lui et lui transmettre des recommandations pour élucider le cas. De plus, il informe l'auteur de la demande des démarches entreprises auprès de l'Etat. Cette saisine obligatoire vise donc un objectif humanitaire : retrouver la personne disparue dans les meilleurs délais et informer ses proches.

Si le Comité dispose de renseignements crédibles selon lesquels un Etat partie porte gravement atteinte aux dispositions de la Convention, l'art. 33 l'autorise à y effectuer une visite dûment annoncée. Enfin, l'article 34 précise que s'il a des raisons fondées de soupçonner un Etat partie de pratiquer la disparition forcée de manière généralisée et systématique, il peut en avertir l'Assemblée générale. Le Comité dispose dès lors de compétences inédites sous cette forme au sein du système onusien.

- *Procédure facultative de communication individuelle en vertu de l'article 31 de la Convention* : si l'Etat partie a déclaré le Comité compétent à cet égard, il peut recevoir les communications présentées par les personnes concernées ou leurs proches. Contrairement à la saisine obligatoire, l'aspect déterminant de cette procédure n'est pas le volet humanitaire, mais la responsabilité internationale de l'Etat en question. L'art. 31, al. 2, de la Convention, détaille les modalités, en établissant notamment l'irrecevabilité de communications anonymes et abusives. La Convention exige en outre que le cas ne soit pas en cours d'examen devant une autre instance internationale d'enquête et que tous les recours internes efficaces disponibles aient été épuisés. Si la communication est jugée recevable, le Comité est compétent pour l'examiner. Il informe alors l'auteur de la demande et l'Etat partie de ses conclusions. Il soumet alors la demande à l'Etat partie concerné ; le cas est ensuite examiné à huis clos par le Comité. Dans cette procédure comme dans la précédente, le Comité a le droit de demander à l'Etat concerné de prendre des mesures conservatoires pour éviter qu'un dommage irréparable ne soit causé aux victimes de la violation présumée.
- *Procédure facultative de requête étatique en vertu de l'article 32 de la Convention* : sous réserve également que l'Etat partie ait déclaré le Comité compétent à cet égard, il peut recevoir les communications présentées par les Etats. Cela lui permet d'examiner des communications par lesquelles un Etat partie prétend qu'un autre Etat partie ne s'acquitte pas de ses obligations au titre de la Convention. À noter que les deux Etats doivent avoir rendu la déclaration visée à l'article 32.

3.10. Dispositions finales

La troisième et dernière partie (art. 37 à 45) décline les dispositions finales. L'article 41 de la Convention dispose que celle-ci s'applique sans limitation à toutes les unités constitutives des Etats fédéraux. En cas de litige portant sur l'application ou l'interprétation de la Convention, il appartient à un tribunal arbitral ou, si les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord sur l'institution de ce dernier, à la Cour internationale de Justice à La Haye de trancher (art. 42). En cas de violation des dispositions de la Convention par un Etat partie, celui-ci peut être poursuivi par un autre Etat partie conformément au droit international public. À ce propos, l'article 43 prévoit que les dispositions du droit international humanitaire, y compris celles des Conventions de Genève et des Protocoles additionnels s'y rapportant, demeurent intactes. Notons encore que tout Etat partie peut proposer des amendements au texte de la Convention, qui sont ensuite soumis pour adoption aux autres Etats parties par le Secrétaire Général des Nations Unies. Tout amendement doit être approuvé à une majorité des deux tiers (art. 44). La Convention ne prévoit pas de modalité de dénonciation, mais les Etats parties peuvent émettre des réserves dans la mesure où celles-ci ne sont pas contraires à l'objet et au but de la Convention.

4. Modifications législatives

Il résulte du présent rapport que la Suisse doit procéder à certaines modifications législatives ponctuelles si elle entend ratifier la Convention : une nouvelle infraction sanctionnant la disparition forcée comme un délit en soi doit notamment être introduite dans le CP. En outre, il s'agit de créer une base légale sur laquelle fonder l'institution d'un réseau et les droits d'information accordés aux proches ; de même, l'introduction d'une voie de recours doit reposer sur une base légale ad hoc. Pour régler ces différents aspects, notamment relatifs à la protection des données, la rédaction d'une loi au sens formel s'impose. C'est pourquoi il est prévu d'édicter une loi d'application, qui servira d'ancrage juridique pour le réseau et comportera les autres modifications à apporter au droit en vigueur. Les commentaires ci-dessous suivent la structure de la loi.

4.1. Institution d'un réseau

a **Objet et définition**

La loi d'application proposée règle la mise en œuvre de la Convention, ce qu'énonce explicitement l'article sur le but. Le cadre des réglementations prévues par la loi – qui se limitent aux exigences de la Convention – est dès lors posé.

La définition de la disparition forcée figurant à l'article 2 de la loi d'application correspond à l'énonciation des éléments constitutifs de l'infraction pénale à introduire, garantissant ainsi une interprétation et une application uniformes de la notion de disparition forcée dans l'ordre juridique suisse.

b **Tenue des dossiers**

L'art. 3 de la loi d'application établit l'obligation de saisir dans les dossiers les données citées à l'art. 17, al. 3, de la Convention. L'enregistrement de ces données est une condition indispensable à la mise en œuvre des droits à l'information des proches. Le renvoi à l'art. 17, al. 3, de la Convention a pour vocation de favoriser la transparence, afin que les autorités concernées puissent prendre les mesures préventives nécessaires. La notion de « privation de liberté » est à interpréter au sens de la Convention : elle comprend donc les privations de liberté relevant du droit pénal, du droit de procédure pénale, du droit des étrangers, du droit

militaire et du droit civil. Au vue des buts de la Convention, la notion doit se référer aux privations de liberté en milieu fermé.

c Institution du réseau et mode de fonctionnement

L'art. 4 règle l'institution du réseau et énonce l'obligation, pour la Confédération et les cantons, de nommer chacun un service chargé de la coordination. Sur le plan fédéral, il semble judicieux, pour exploiter des synergies, de confier cette tâche au Service de recherche des personnes disparues, au sein de l'Office fédéral de la police. Comme mentionné plus haut, ce service traite aujourd'hui déjà des demandes relatives aux personnes disparues ; il dispose à ce titre d'une expérience dans la recherche de personnes et a tissé un solide réseau avec les autres services de recherche. Le service fédéral de coordination n'est toutefois pas cité dans la loi – mais nommé par le Conseil fédéral – afin de préserver une certaine flexibilité sur le plan organisationnel. La loi délègue en outre au Conseil fédéral la compétence de régler les autres détails ayant trait au fonctionnement du réseau, c'est-à-dire en particulier les modalités relatives à la collaboration avec les cantons, aux délais et aux moyens de communication. La loi précise que les cantons doivent être intégrés dans ce processus.

Les articles 5 et 6 de la loi d'application constituent ensuite la base légale sur laquelle reposent le dépôt et le traitement d'une demande d'information. Pour qu'un individu soit recherché à travers le réseau, la demande doit émaner d'un de ses proches ou d'une personne ayant un intérêt digne de protection, qui nourrissent un soupçon de disparition forcée. On retiendra l'interprétation large du proche qu'en donne la Convention : entrent dans cette catégorie, outre les membres de la famille, d'autres personnes ayant un intérêt légitime à obtenir les informations recherchées du fait du rapport étroit qui les lie à la personne disparue, soit, par exemple, un représentant légal. La demande doit en outre être motivée, de façon à ce que le service fédéral de coordination puisse exclure les demandes abusives.

L'article 5 précise que la demande peut être lancée au sein du réseau dès lors que des indices suggèrent que la personne recherchée est détenue. Le service fédéral de coordination indique à cette fin à ses homologues cantonaux le nom, la date de naissance et la nationalité de l'individu recherché. L'art. 5, al. 4, de la loi d'application, prévoit enfin que les cantons indiquent sans délai s'ils la détiennent ou non. Au vue des objectifs de protection de la Convention, la recherche doit se limiter aux institutions dans lesquelles la privation de liberté s'effectue en milieu fermé.

L'article 6 de la loi d'application constitue l'essence même du dispositif pour la mise en œuvre des droits à l'information des familles et des proches. La réglementation se réfère à cet égard aux appréciations du droit en vigueur, selon lesquelles il y a lieu de respecter les droits de la personnalité des détenus, et de protéger notamment leur droit de s'opposer à la transmission d'informations à leur sujet. Aussi l'article 6 prévoit-il que la personne recherchée doit être informée de la recherche. Si elle autorise la communication de ces informations, elles sont transmises à l'auteur de la demande. Dans le cas contraire, la loi crée la base légale permettant d'indiquer à ce dernier qu'elle n'est pas disparue au sens de la Convention. Cette mesure va plus loin que la réglementation en vigueur, dans la mesure où il est alors théoriquement possible de déduire que la personne recherchée fait éventuellement l'objet d'une privation de liberté. La mise en œuvre de la Convention nécessite néanmoins, au minimum, une telle mesure afin de ne pas laisser les personnes soupçonnant un de leurs proches d'être disparu dans l'incertitude sur son sort. En renvoyant à l'art. 20, al. 2, de la Convention, l'art. 6 garantit en outre que les intérêts des autorités de poursuite pénale ne soient pas négligés.

L'art. 6, al. 3, de la loi d'application précise que le service de coordination compétent informe les demandeurs d'information au moyen d'une décision s'il ne pourra transmettre aucune information supplémentaire. En vertu de l'article 7 de la loi d'application, la protection

juridique est régie par les dispositions générales de la procédure fédérale, aux termes desquelles ce type de décisions peut faire l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif fédéral. Les exigences de la Convention – prévoir le droit à un recours judiciaire – sont dès lors satisfaites.

d Protection des données

L'article 8 de la loi d'application énonce les conditions auxquelles le service fédéral de coordination peut traiter les données personnelles : il doit exister un lien avec la personne privée de liberté et cette opération doit être indispensable à la mission dudit service. S'agissant des données personnelles sensibles, l'article 8 de la loi renvoie à l'article 18 de la Convention, qui en dresse déjà une liste. L'art. 8 fournit en outre la base légale sur laquelle constituer un fichier au sens de l'art. 3, let. d, LPD. Sur la base de cette banque de données, le service de coordination de la Confédération communique les demandes de recherche aux services cantonaux de coordination. Les services cantonaux de coordination se limitent à informer le service de coordination s'ils trouvent la personne concernée par la recherche ou non. Dans ce cas, les autres services de coordination cantonaux reçoivent l'information selon laquelle la recherche est terminée. La communication de données personnelles est donc réduite au minimum.

Enfin, le Conseil fédéral est autorisé à régler d'autres modalités, en particulier de définir le catalogue de données, en sus de celles prévues à l'art. 18 de la Convention, qui sont nécessaires pour trouver une personne qui aurait fait l'objet d'une disparition forcée. Il est également chargé de régler le délai de conservation des données et les mesures de sécurité à prendre pour éviter, en particulier, l'accès non autorisé aux données.

4.2. Nouvelle infraction relative à la disparition forcée

Comme exposé précédemment (cf. point 3.2.a), la mise en œuvre de la Convention implique l'introduction d'une nouvelle disposition dans le CP réprimant la disparition forcée.

La nouvelle disposition proposée, l'art. 185bis CP, a pour but, d'une part, d'assurer que les individus privés de liberté par l'Etat continuent de bénéficier de la protection de la loi et en particulier des garanties de procédure. D'autre part, il s'agit d'assurer aux proches d'une personne privée de liberté qu'elles puissent connaître son sort (droit qui découle du respect de la sphère privée et des liens familiaux), afin de leur éviter les souffrances psychologiques liées à l'incertitude et au désespoir qu'implique une disparition forcée. Dès lors, il convient également de les considérer comme des victimes de ce crime⁴⁴. A ce titre elles doivent bénéficier des droits procéduraux qui résultent de ce statut.

L'infraction de disparition forcée comprend principalement quatre éléments : (a) une personne est privée de liberté, (b) l'Etat ou une organisation politique en a donné le mandat ou a donné son assentiment, (c) toute information sur le sort de la personne ou sur l'endroit où elle se trouve est refusée et, enfin, (d) les auteurs ont l'intention de soustraire la personne à la protection de la loi. La disparition forcée constitue le plus souvent une infraction commise par plusieurs personnes. La disposition proposée vise donc à punir aussi bien celui qui participe à la privation de liberté que celui qui participe au refus de fournir des informations, les auteurs respectifs devant avoir connaissance de l'autre volet de l'infraction.

La formulation de l'infraction reprend dès lors la structure de la disposition utilisée pour la disparition forcée qualifiée de crime contre l'humanité, à savoir la distinction entre deux infractions différentes, qui se basent sur les quatre éléments constitutifs (a-d) décrits ci-dessous.

⁴⁴ Précisé déjà par le Message relatif à la modification de lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, du 23 avril 2008 (FF 2008 3461, p. 3520)

a *Élément constitutif « privation de liberté »*

Par analogie avec le texte de la Convention, la notion de privation de liberté doit être comprise comme un terme générique couvrant les notions plus détaillées de la Convention (arrestation, détention, enlèvement), par ailleurs également mentionnées dans le Statut de Rome (art. 7, al. 2, let. i).

b *Élément constitutif « implication de l'État »*

Une disparition forcée, en tant que violation des droits de l'homme, présuppose une implication de l'État. Celle-ci peut intervenir sous la forme d'un mandat ou d'un assentiment. On distingue différentes constellations :

- *Implication de l'Etat*: En général, les fonctionnaires (ou des tiers mandatés par l'Etat) agissent sur instructions d'un supérieur hiérarchique ou avec son approbation. Selon cette acception, le supérieur hiérarchique incarne la participation de l'Etat. Un fonctionnaire qui, en raison de sa haute position, agit de sa propre initiative et sans mandat tombe aussi sous le coup de la norme pénale, car le pouvoir ou la marge de manœuvre qui lui permettent d'initier une disparition forcée impliquent qu'il incarne dans un certaine mesure la volonté de l'État. Dès lors, on peut dire qu'il agit au nom de l'Etat. Quant à la notion d'assentiment, elle est suffisamment large pour englober les notions d'autorisation ou d'acquiescement. La Convention (ainsi que le Statut de Rome) mentionnent encore l'appui. Or celui-ci implique toujours un assentiment, au moins par dol éventuel. Cette constellation est donc également couverte par la nouvelle disposition proposée.
- *Implication d'organisations politiques*: les disparitions forcées peuvent également survenir dans un contexte politique où l'autorité de l'État est fragilisée. Afin d'éviter qu'une lacune ne se fasse jour dans ce contexte, il y a lieu d'ajouter que le mandat ou l'assentiment peut également émaner d'une organisation politique. Il s'agit à cet égard principalement d'inclure les entités non-étatiques qui exercent un pouvoir de facto ou qui contrôlent un territoire déterminé⁴⁵. Cela correspond à l'interprétation donnée à la notion d'organisation politique, utilisée dans le Statut de Rome en lien avec l'attaque systématique ou généralisée lancée contre une population civile⁴⁶. Cette extension aux organisations politiques n'est pas à proprement parler exigée par l'article 2 de la Convention, mais elle permet de tenir compte dans une juste mesure de son article 3. Dès lors, la mise en œuvre dans le droit suisse inclura également les organisations politiques, d'autant que cela permet de garder une formulation analogue à celle du Statut de Rome. Les activités des simples groupes criminels tomberont, elles, toujours sous le coup des dispositions existantes du CP.

c *Élément constitutif « refus d'informations »*

Cet élément est le véritable trait caractéristique de la disparition forcée. Il consiste en un refus de fournir toute indication sur le sort de la personne disparue ou sur l'endroit où elle se trouve. L'incertitude qui en résulte peut être lourde de conséquences pour les proches (et nourrir un climat de terreur au sein de la population lorsqu'il s'agit d'une pratique systématique). De plus, en l'absence de toute information, la personne disparue est soustraite à la protection de la loi, notamment parce que ni les proches ni le système

⁴⁵ Un auteur cite par exemple le précédent des Balkans ainsi que le territoire contrôlé par les FARC en Colombie. Grammer, *Der Tatbestand des Verschwindenlassens einer Person - Transposition einer völkerrechtlichen Figur ins Strafrecht*, Berlin 2005, p. 183-184

⁴⁶ Voir, par exemple, Cassese, Crimes against Humanity, in Cassese/Gaeta/Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I, Oxford 2002, p. 357 et Boot/Dixon/Hall, Crimes against humanity, in Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court - Observers' Notes, Article by Article, Second Edition*, München 2008, p. 236-237, y compris la note 383

judiciaire ne peuvent établir si elle a été privée de liberté, et si oui, dans quelles circonstances. Enfin, la disparition forcée entraîne une conjuration du silence, dont l'effet est délétère sur la punissabilité : toute trace de la personne disparue ayant été dissimulée, son sort ne pourra plus guère être établi dans un procès pénal. Ce refus porte ainsi gravement atteinte aux droits des proches de connaître le sort des victimes, mais également à la protection de la loi dont doit bénéficier tout individu. Relevons encore les points suivants :

- *Contenu des informations : lieu où se trouve la personne disparue et « sort »*. La notion de sort ne comprend pas seulement la mort de la personne disparue, mais également tout ce qui lui arrive d'essentiel, en particulier son arrestation et les circonstances de celles-ci. Le « déni de la reconnaissance de la privation de liberté », mentionné explicitement dans la Convention⁴⁷, participe donc de ce refus de toute indication sur le sort de la personne disparue.
- *Qualification du refus d'informations* : Le refus d'informations doit être qualifié pour que le cercle des auteurs potentiels puisse être défini avec précision. Le caractère répréhensible du refus peut découler, d'une part, d'une violation d'une obligation légale, portant ainsi atteinte à un intérêt public ou privé protégé par la loi⁴⁸. D'autre part, le refus est également punissable lorsqu'il intervient sur mandat ou avec l'assentiment de l'État, révélant ainsi un lien de l'auteur avec le pouvoir étatique. Il participe à une activité criminelle qui se caractérise précisément par l'abus de ce pouvoir.

d *Élément constitutif « soustraction à la protection de la loi »*

La privation de liberté, suivie du refus de toute indication sur le sort de la personne ou sur l'endroit où elle se trouve a pour conséquence que cette personne est soustraite à la protection de la loi.

Il y a soustraction à la protection de la loi dès qu'une privation de liberté, qui était en soi conforme aux procédures légales, ne l'est plus, car elle se prolonge au-delà de la durée prévue par les normes légales nationales ou internationales (en ce sens, la version française du texte légal parle de „période prolongée“⁴⁹). C'est par exemple le cas lorsque la détention n'est délibérément pas communiquée au tribunal dans le délai exigé par la loi.⁵⁰ Toutefois, l'élément constitutif n'est pas réalisé dans les cas où la privation de liberté suit le processus légal (cf. notamment les art. 215, 219, 224 et 225 CPP), même si pendant un bref laps de temps initial, la privation de liberté n'est pas encore approuvée par un juge. Si la privation de liberté est d'emblée illégale, la soustraction est alors réalisée dès le départ.

Cette soustraction doit correspondre à une intention de l'auteur, indépendamment du fait qu'il soit impliqué dans la privation de liberté elle-même ou dans le refus d'informations sur le sort de la personne ou sur l'endroit où elle se trouve.

e *Sanction*

La peine de 1 à 20 ans proposée dans le nouvel article 185bis CP correspond à la peine prévue pour une prise d'otage ainsi que pour la variante aggravée de la séquestration (Art.

⁴⁷ De manière identique, le Statut de Rome parle de refus d'admettre que la personne a été privée de liberté

⁴⁸ C'est également cette solution qui a été retenue pour la mise en œuvre du Statut de Rome en droit allemand (cf. §7, al. 1, ch. 7, Völkerstrafgesetzbuch, Allemagne)

⁴⁹ Pour une interprétation identique du Statut de Rome, voir Boot/Dixon/Hall, Crimes against humanity, in Triffterer, Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court - Observers' Notes, Article by Article, Second Edition, München, ad art. 7, no 133, p. 271

⁵⁰ Pour une interprétation semblable de l'infraction de séquestration, voir Delnon/Rüdy, Basler Kommentar, Strafrecht II, Basel 2007, N 12, 21 und 22 zu Art. 183

185 CP) ou de l'enlèvement (art. 184 CP)⁵¹. La peine minimale d'un an correspond également aux cas de moindre gravité des crimes contre l'humanité (Art. 264a, al. 3, CP).

L'infraction de disparition forcée est en elle-même déjà très grave : comme démontré précédemment, son intention est de nier l'existence d'une personne aux yeux de la loi ; de plus, elle est lourde de conséquences pour la société, car elle soustrait de fait la personne visée à toutes les garanties qu'offre un État de droit.

L'introduction d'une variante atténuée ne paraît pas nécessaire. Les règles de la partie générale du CP (notamment l'art. 48, let. d, et 48, let. a, ch. 4, CP) suffisent dans ce contexte. Notons que le Parlement avait renoncé, pour la même raison, à une clause d'atténuation à l'infraction de crime contre l'humanité (art. 264a, al. 1, let. e, CP). Une forme qualifiée de cette infraction ne s'impose pas davantage, l'art. 264a, al. 1, let. e, CP, prévoyant déjà une infraction qualifiée lorsque la disparition forcée est commise dans le cadre d'un crime contre l'humanité.

4.3. Incrimination d'actes préparatoires délictueux

Par sa nature et sa gravité, la disparition forcée est semblable à une prise d'otage (art. 185 CP), il s'impose dès lors de l'insérer dans le catalogue des infractions pouvant faire l'objet d'actes préparatoires délictueux au sens de l'art. 260bis, al. 1, CP. On y retrouve d'ailleurs également l'infraction d'enlèvement ou de séquestration, dont la disparition forcée constitue une variante qualifiée.

De plus, les disparitions forcées sont en principe des crimes planifiés et impliquant que les auteurs agissent en commun. L'incrimination des actes préparatoires délictueux permet de couvrir par exemple des mesures préparatoires pour l'enlèvement ou la détention des personnes disparues (p.ex., l'instauration de centres de détention secrets). Sont également visées les mesures organisationnelles prises pour pouvoir dissimuler le fait que la personne disparue a été privée de liberté.

4.4. Modification du code pénal militaire

Il est prévu qu'une infraction identique à la nouvelle disposition du CP réprimant la disparition forcée soit également introduite dans le Code pénal militaire (CPM)⁵², sous la forme de l'art. 151d. De plus, à l'instar du CP (art. 260^{bis}, al. 1), le catalogue des infractions pouvant donner lieu à des actes préparatoires délictueux (art. 171b, al. 1, CPM) sera complété par une référence à la disposition réprimant la disparition forcée, soit à l'art. 151d. Sur ces différentes modifications, nous renvoyons donc aux explications fournies plus haut⁵³.

4.5. Renforcement des moyens d'investigations

À l'instar de l'article 185 CP (prise d'otage), il convient de citer l'article 185bis CP dans la liste des infractions permettant d'ordonner une surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (art. 269, al. 2, CPP⁵⁴) ou une investigation secrète (art. 286, al. 2, CPP).

Il en va de même pour la procédure pénale militaire. A l'instar de l'article 151c CPM (prise d'otage), il convient de citer le nouvel article 151d CPM dans la liste des infractions permettant d'ordonner une surveillance de la correspondance par poste et

⁵¹ Delnon/Rüdy, Basler Kommentar, Strafrecht II, Basel 2007, N 25 zu Art. 184

⁵² Code pénal militaire du 13 juin 1927 (RS 321.0)

⁵³ cf. les ch. 3.1 et 3.2

⁵⁴ Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (RS 312.0)

télécommunication (art. 70, al. 2, PPM⁵⁵). Une adaptation n'est par contre pas nécessaire en ce qui concerne l'investigation secrète, régie notamment par l'article 73a PPM, car cette dernière disposition renvoie à la liste de l'article 70 PPM susmentionné.

4.6. Autres modifications du Code pénal

À l'instar de l'enlèvement ou de la prise d'otage, l'infraction de disparition forcée doit également être mentionnée dans la liste des infractions qui entraînent une mesure d'internement à vie, si les autres conditions de l'art. 64, al. 1bis, CP sont remplies.

5. Reconnaissance des procédures de recours facultatives

La Suisse doit décider si elle souhaite, parallèlement à la ratification de la Convention, rendre une déclaration selon laquelle elle reconnaît au Comité les compétences prévues aux art. 31 et 32. À ce jour, 15 pays l'ont fait pour la procédure des communications individuelles et 16 pays pour les requêtes étatiques. Outre quelques pays d'Amérique latine et le Mali, il s'agit notamment de l'Allemagne, de la France, de l'Autriche, de l'Espagne, de la Belgique et des Pays-Bas. L'entrée en vigueur de la Convention étant récente, le Comité n'a clos aucune procédure à ce jour.

Le Conseil fédéral estime qu'on ne saurait promouvoir le respect des droits de l'homme sans instituer des instruments de contrôle efficaces. Aussi la Suisse a-t-elle reconnu au cours des dernières décennies les procédures de communication individuelles de trois conventions fondamentales de l'ONU, à savoir ceux du Comité contre la torture (CAT), du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD) et du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDAW). Elle est en revanche plus réservée à l'égard d'instruments qui concernent les droits économiques, sociaux et culturels, jugeant que ceux-ci ont valeur de programme et ne fondent pas de droits justiciables.

La procédure facultative devant le Comité des disparitions forcées ne porte pas sur la justiciabilité des droits sociaux motivant cette retenue. Cette procédure est davantage comparable au mécanisme du CAT, que la Suisse a déjà ratifié. Même si la pertinence et l'impact de la procédure en question peuvent paraître relativement limités au regard de son application en Suisse, sa reconnaissance par le plus grand nombre d'Etats parties, y compris la Suisse, contribue à l'amélioration de la protection des droits de l'homme dans le monde. En reconnaissant la procédure de dépôt de communications entre Etats, la Suisse disposerait en outre, à l'échelle internationale, d'un fondement juridique lui permettant d'intervenir concrètement lorsque d'autres Etats parties portent atteinte aux dispositions de la Convention.

Le Conseil fédéral propose dès lors que la Suisse, lors de la ratification de la Convention, déclare reconnaître la compétence du Comité concernant la procédure des communications individuelles et la procédure de communication facultative entre Etats.

6. Conséquences financières

La Convention n'entraîne de conséquences financières directes ni pour la Confédération, ni pour les cantons. Les coûts relatifs au Comité des Disparitions forcées sont pris en charge dans le cadre du budget général des Nations Unies.

⁵⁵ Procédure pénale militaire du 23 mars 1979 (RS 322.1)

La présente stratégie de mise en oeuvre de la Convention renonçant à l'institution d'un registre central, il n'y a pas de frais d'infrastructure élevés. Au niveau de la Confédération, la création du réseau entraînera une certaine charge administrative supplémentaire. Le Service de recherche des personnes disparues, organe de l'Office fédéral de la police, devrait être en mesure de s'acquitter des tâches qui lui ont été confiées dans ce contexte – coordonner la mise en place et l'exploitation du réseau, de même que traiter les demandes elles-mêmes – avec un besoin de personnel additionnel marginal. Egalement au niveau des cantons, certaines mesures administratives devront être prises afin d'assurer le bon fonctionnement des services cantonaux de coordination.

7. Constitutionnalité

Le projet repose sur l'art. 54, al. 1, Cst., aux termes duquel les affaires étrangères relèvent de la compétence de la Confédération. L'art. 184, al. 2, Cst., habilite pour sa part le Conseil fédéral à signer et à ratifier les traités internationaux. L'Assemblée fédérale, elle, est chargée d'approuver les traités internationaux, à l'exception de ceux dont la conclusion relève de la seule compétence du Conseil fédéral en vertu d'une loi ou d'un traité international (art. 24, al. 2, LParl ; art. 7a, al. 1, LOGA). Un traité de droit international public conclu par la Confédération est contraignant pour cette dernière, si bien qu'elle doit répondre, sur le plan du droit international, des éventuelles violations des dispositions conventionnelles.

Au niveau interne, le caractère contraignant des traités internationaux s'applique de la même manière à la Confédération et aux cantons. La conclusion d'un traité international n'a pas d'incidence directe sur la répartition des compétences internes : pour l'exécution des dispositions conventionnelles, la Confédération et les cantons restent compétents en fonction de leurs domaines de compétences, définis par la Constitution fédérale. La Confédération a néanmoins pour obligation, en vertu de l'art. 49, al. 2, Cst., de veiller à ce que les cantons respectent et mettent en oeuvre le droit fédéral.

En ratifiant la Convention, la Suisse s'engage à sanctionner pénalement la disparition forcée et à prendre des mesures de prévention idoines. La répartition des compétences entre le gouvernement fédéral et les cantons restent inchangée. La Confédération est habilitée à édicter les dispositions légales nécessaires : en vertu de l'art. 123, al. 1, Cst., la Confédération est compétente pour la législation en matière de droit pénal, en vertu de l'art. 122, al. 1, Cst., pour la législation en matière de droit civil et en vertu de l'art. 121, al. 1, Cst., pour la législation sur les étrangers.

S'agissant du référendum, la Convention n'est pas dénonçable, de plus, sa mise en oeuvre nécessite l'adoption d'une loi. L'arrêté d'approbation de la Convention est donc sujet au référendum en matière de traités internationaux en vertu de l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 2.

Aux termes de l'art. 141a Cst., les modifications constitutionnelles ou législatives liées à la mise en oeuvre d'un traité international soumis au référendum peuvent être intégrées à l'arrêté portant approbation dudit traité. Les normes légales proposées dans le projet sont liées à la mise en oeuvre de la Convention et résultent directement des exigences que celle-ci prévoit. Le projet de loi peut donc être intégré à l'arrêté d'approbation.

Annexe : avant-projet de loi d'application

Loi d'application de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées du 20 décembre 2006

Vu les art. 54, al. 1, 121, al. 1, 122, al. 1 et 123, al. 1 de la Constitution, vu la Convention internationale des Nations Unies pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées du 20 décembre 2006

Art. 1 Objet et but

La loi règle la mise en œuvre de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées du 20 décembre 2006.

Art. 2 Disparition forcée

Est considérée comme disparue au sens de la présente loi toute personne privée de liberté sur mandat ou avec l'assentiment de l'État, suivi du déni de la reconnaissance de ladite privation et dans le but de soustraire la personne à la protection de la loi.

Art. 3 Obligation de tenir des dossiers

Les autorités chargées de l'exécution de privations de liberté veillent à ce que les données énumérées à l'art. 17, al. 3, de la Convention sont saisies.

Art. 4 Réseau

¹La Confédération institue en étroite collaboration avec les cantons un réseau permettant d'échanger des informations dans le cadre de recherches de personnes soupçonnées disparues.

²La Confédération et chaque canton nomment à cette fin un service de coordination. Le Conseil fédéral règle, avec les cantons, les modalités relatives au mode de fonctionnement du réseau, et notamment les délais de traitement.

Art. 5 Demande d'information

¹Les personnes sans nouvelles d'un proche et qui craignent qu'il s'agisse d'une disparition forcée peuvent soumettre au service fédéral de coordination une demande d'information écrite dûment justifiée.

²L'auteur de la demande précise dans sa motivation quel rapport le lie à la personne recherchée et pour quelles raisons il soupçonne une disparition forcée.

³Si des indices suggèrent que la personne recherchée est détenue, le service fédéral de coordination lance la demande ad hoc au sein du réseau.

⁴Les services cantonaux de coordination indiquent sans délai si la personne recherchée est détenue dans leur canton.

Art. 6 Transmission d'informations

¹Si la recherche lancée au sein du réseau ne permet pas de localiser la personne, le service fédéral de coordination en informe l'auteur de la demande.

²Si il résulte de la recherche lancée au sein du réseau que la personne recherchée est détenue, le service de coordination indique à l'auteur de la demande où celle-ci se trouve et comment prendre contact avec elle, pour autant que la personne recherchée y ait expressément consenti.

³Si la personne concernée ne donne pas son autorisation ou si un autre motif d'exception au sens de l'art. 20, al. 2, de la Convention le justifie, le service fédéral de coordination informe l'auteur de la demande par voie de décision que la personne recherchée n'est pas disparue au sens de la Convention et qu'aucune autre information ne peut lui être transmise.

Art. 7 Protection juridique

La protection juridique est régie par les dispositions générales de la procédure fédérale.

Art. 8 Système d'information du service fédéral de coordination

¹Le service fédéral de coordination exploite un système d'information pour saisir les demandes de recherche au sein du réseau au sens de l'art. 4 et pour transmettre les informations au sens de l'art. 6.

²Le système contient les informations personnelles sensibles énumérées à l'art. 18, al. 1, de la Convention.

³Le Conseil fédéral règle le catalogue des données, la durée de conservation des données et la sécurité des données.

Art. 9 Référendum et entrée en vigueur

La présente loi est sujette au référendum.

Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur.

Modification du droit en vigueur

Les lois mentionnées ci-après sont modifiées comme suit :

Modification de l'article 64, al. 1bis CP

^{1bis} Le juge ordonne l'internement à vie si l'auteur a commis un assassinat, un meurtre, une lésion corporelle grave, un viol, un brigandage, une contrainte sexuelle, une séquestration, un enlèvement, une prise d'otage ou une disparition forcée, s'il s'est livré à la traite d'êtres humains, a participé à un génocide ou a commis un crime contre l'humanité ou un crime de guerre (titre 12ter) et que les conditions suivantes sont remplies:

- a. en commettant le crime, l'auteur a porté ou voulu porter une atteinte particulièrement grave à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'autrui;
- b. il est hautement probable que l'auteur commette à nouveau un de ces crimes;
- c. l'auteur est qualifié de durablement non amendable, dans la mesure où la thérapie semble, à longue échéance, vouée à l'échec.

Introduction d'un art. 185bis CP Disparition forcée

Est puni d'une peine privative de liberté d'un an au moins quiconque, dans l'intention de soustraire une personne à la protection de la loi pendant une période prolongée:

¹ la prive de liberté sur mandat ou avec l'assentiment d'un Etat ou d'une organisation politique, toute indication sur le sort qui lui est réservé ou sur l'endroit où elle se trouve étant ensuite refusée,

² refuse toute indication sur le sort qui lui est réservé ou l'endroit où elle se trouve, sur mandat d'un Etat ou d'une organisation politique ou en enfreignant une obligation légale.

Modification de l'article 260bis, al. 1, let. f^{bis}, CP

¹ Est puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire quiconque prend, conformément à un plan, des dispositions concrètes d'ordre technique ou organisationnel, dont la nature et l'ampleur indiquent qu'il s'apprête à passer à l'exécution de l'un des actes suivants:

(...)

f^{bis}. disparition forcée (art. 185bis);

Introduction d'un nouvel article 151d CPM Disparition forcée

Est puni d'une peine privative de liberté d'un an au moins quiconque, dans l'intention de soustraire une personne à la protection de la loi pendant une période prolongée:

¹ la prive de liberté sur mandat ou avec l'assentiment d'un Etat ou d'une organisation politique, toute indication sur le sort qui lui est réservé ou sur l'endroit où elle se trouve étant ensuite refusée,

² refuse toute indication sur le sort qui lui est réservé ou l'endroit où elle se trouve, sur mandat d'un Etat ou d'une organisation politique ou en enfreignant une obligation légale.

Modification de l'article 171b, al. 1, let. i^{bis}, CPM

¹ Est puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire quiconque prend, conformément à un plan, des dispositions concrètes d'ordre technique ou organisationnel, dont la nature et l'ampleur indiquent qu'il s'apprête à passer à l'exécution de l'un des actes suivants:

(...)

i^{bis}. disparition forcée (art. 151d);

Modification de l'art. 269, al. 2, let. a, CPP

² Une surveillance peut être ordonnée aux fins de poursuivre les infractions visées par les dispositions suivantes:

a. CP: (...)181 à 185bis, (...);

Modification de l'art. 286, al. 2, let. a, CPP

² L'investigation secrète peut être ordonnée aux fins de poursuivre les infractions visées par les dispositions suivantes:

a. CP: (...)182 à 185bis, (...);

Modification de l'art. 70, al. 2, let. a, PPM

² Une surveillance peut être ordonnée aux fins de poursuivre les infractions visées aux articles du code pénal militaire du 13 juin 1927 énumérés ci-après: (...) 151a à 151d, (...)