



3003 Berne

22 décembre 2003

Unser Zeichen
Notre référence
Nosiro segno

880.9-009

D é c i s i o n

en l'affaire

██████████ représenté par Me ██████████, avocat, ██████████,
1211 Genève 3,

- requérant -

contre

l'auditeur en chef, Amthausgasse 6, 3003 Berne,

- défendeur -

concernant

la dénonciation pénale du 28 septembre 2001 contre M. Barzan Al-Tikriti

* * * *

**Le Département fédéral de la défense,
de la protection de la population et des sports (DDPS),
considérant :**

I.

1. En date du 28 septembre 2001, M. ██████████ a déposé plainte auprès du Procureur général de la République et Canton de Genève contre M. Barzan Al-Tikriti, ainsi que toutes les autres personnes impliquées. Il accuse celles-ci de génocide, conformément à l'article 264 du code pénal (CP ; RS 311.0), commis en été

1983, en Irak du Sud, contre des membres de la tribu des Barzani, d'origine kurde. Il a motivé sa requête, à Genève, par le fait que Barzan Al-Tikriti a vécu à différentes reprises à Genève, notamment en tant que représentant de l'Etat irakien occupant diverses fonctions, qu'il est retourné occasionnellement à Genève et que l'une de ses filles y a vécu avec ses enfants. Le requérant a déclaré, par ailleurs, se constituer partie civile dans la procédure.

2. Après avoir demandé l'avis de l'auditeur en chef, le Ministère public de la Confédération a estimé que la juridiction fédérale ordinaire était applicable dans la présente affaire. L'auditeur en chef a considéré que la justice militaire est compétente en matière de poursuite pénale dans la mesure où il s'agissait de violations des Conventions de Genève. Et ce même à l'égard de personnes civiles, sur la base de l'article 2, chiffre 9, en corrélation avec les articles 108 à 114 du code pénal militaire (CPM ; RS 321.0). Il a cependant ajouté que la condition pour ouvrir une telle procédure est que la personne recherchée se trouve en Suisse. Selon lui, la question de savoir si l'article 264 CP serait applicable rétroactivement aux événements de 1983 reste ouverte.

3. Le 12 novembre 2002, le Ministère public de la Confédération a informé le requérant que l'ouverture d'une poursuite pénale contre M. Barzan Al-Tikriti était rejetée. Il a motivé sa décision par le fait que l'article 6^{bis} CP exige, en cas de crime ou de délit commis à l'étranger, la présence de l'auteur en Suisse, mais qu'une interdiction de séjour en Suisse avait été prononcée à l'égard de M. Al-Tikriti, en octobre 2002. Par ailleurs, le Ministère public a précisé que l'article 264 CP n'était pas applicable rétroactivement, et il a transmis le dossier à l'auditeur en chef, comme l'avait demandé le requérant.

4. Par lettre du 16 avril 2003, l'auditeur en chef a communiqué au requérant que les conditions pour l'ouverture d'une enquête pénale n'étaient pas réunies, étant donné que les déportations massives de 1983 ne constituaient pas un conflit armé au sens des Conventions de Genève et, en outre, qu'une enquête ne pouvait être ouverte que si les auteurs présumés séjournaient durant un certain temps en Suisse. Au surplus, selon des informations récentes, M. Barzan Al-Tikriti aurait perdu la vie lors d'un bombardement en Irak.

5. L'auditeur en chef ayant refusé d'ouvrir une enquête pénale, M. [REDACTED] s'adressa alors, le 22 mai 2003, au chef du DDPS, en lui demandant d'inviter l'auditeur en chef à ordonner l'ouverture de cette enquête.

Au cours de l'échange de correspondance qui suivit, l'auditeur en chef a fait part de ses observations le 26 juin 2003, et le requérant a déposé un mémoire complémentaire le 31 juillet 2003.

Selon des informations récentes, il convient d'admettre que Barzan Al-Tikriti est en vie et qu'il se trouve en Irak, en détention auprès des Américains.

Les considérants ci-après tiennent compte des différents exposés des motifs dans la mesure où ceux-ci sont décisifs pour la décision.

II.

L'article 39, alinéa 2, de l'ordonnance du 24 octobre 1979 concernant la justice pénale militaire (OJPM ; RS 322.2) prévoit que le chef du DDPS statue, sur demande du requérant, si l'auditeur en chef n'ordonne pas d'enquête en complément de preuves ou d'enquête ordinaire en dépit de la requête qui lui est présentée.

La demande du requérant, du 22 mai 2003, a été déposée dans la forme. Un délai n'est pas prévu. Elle est dès lors recevable.

III.

1. La présente décision se limite à une question de droit, à savoir si la décision de l'auditeur en chef de ne pas ordonner d'enquête pénale était justifiée ou non. Il s'agit de déterminer d'abord si la présence du suspect présumé en Suisse est nécessaire ou non pour l'ouverture d'une telle procédure.

2. Selon l'article 2, alinéa 9, CPM, les civils qui, à l'occasion d'un conflit armé, se rendent coupables d'infractions contre le droit des gens, sont soumis au droit pénal militaire. Ces infractions sont régies par les articles 108 à 114 CPM. L'introduction d'une procédure dans le cadre de la juridiction militaire est réglée aux articles 100 ss. de la procédure pénale militaire (PPM ; RS 322.1). L'article 39 OJPM consacre la compétence de l'auditeur en chef pour ordonner une enquête en complément de preuves ou une enquête ordinaire lorsque les actes délictueux ont été commis en dehors du service militaire (suisse). Le critère mentionné pour une ouverture d'enquête parle uniquement « d'actes délictueux ». Il convient cependant de préciser qu'il faut comprendre ici une présomption d'acte délictueux. D'autres conditions ne sont pas mentionnées dans cette disposition.

Dans le message du 6 mars 1967 concernant une révision partielle du code pénal militaire, le motif invoqué pour la nouvelle version de l'article 2, chiffre 9, CP, pré-

cise que les quatre conventions de Genève de 1949 font obligation à chaque partie contractante de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis l'une ou l'autre des infractions graves décrites dans les conventions et de les déférer à ses propres tribunaux quelle que soit la nationalité ou de les remettre à une autre partie contractante (« *aut iudicare aut dædere* »). Une simple extradition ne serait pas compatible avec les dispositions mentionnées. En revanche, le message ne se prononce pas sur la question de savoir si la poursuite pénale doit également être ordonnée si la personne concernée ne se trouve pas en Suisse (FF 1967 I 612 s.).

3. L'article 9 CPM consacre les conditions de lieu de la loi. Ainsi, les infractions commises en Suisse et celles qui ont été commises à l'étranger peuvent être jugées. Dans son commentaire, *Hauri* écrit au sujet de l'article 9 CPM, que l'assujettissement des civils, dont également des étrangers, n'impliquait qu'en apparence le principe de l'universalité. Car, selon la nature des faits entrant en ligne de compte, les biens lésés ne pourraient être que des biens suisses (Kurt Hauri : *Militärstrafgesetz, Kommentar*, Bern 1983, chiffre marginal 4 concernant l'art. 9). Cependant, dans la présente affaire, il s'agit de la violation du droit des gens humanitaire et Hauri est également d'avis que son respect est dans l'intérêt de la Suisse (chiffre marginal 1 des remarques préliminaires concernant les art. 108 à 114). Selon *Popp* le champ d'application sur les plans personnel, temporel et territorial ne sont pas restreints. Ainsi, l'universalité de ces normes est prise en compte car, dans le présent cas, les valeurs visées vont au-delà de celles de l'Etat (Peter Popp: *Kommentar zum Militärstrafgesetz, Besonderer Teil*, St. Gallen 1992, chiffre marginal 5 des remarques préliminaires concernant les art. 108 ss.).

Tandis que le premier auteur plaide en faveur d'une application limitée du code pénal militaire suisse en cas de soupçon d'infractions commises à l'étranger, le second auteur laisse la question ouverte.

4. La teneur des conventions laisse ouverte la question de la présence personnelle des personnes suspectes. Certes, ces conventions engagent les Parties contractantes à rechercher les personnes prévenues d'avoir commis des infractions graves au sens des conventions, de les déférer à leurs propres tribunaux quelle que soit leur nationalité, ou de les remettre à une autre Partie contractante intéressée à la poursuite (art. 49 de la I^{re} Convention de Genève du 12 août 1949 pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, RS 0.518.12 ; art. 50 de la II^e Convention de Genève du 12 août 1949 pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, RS 0.518.23 ; art. 129 de la III^e Convention de Genève du 12 août 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre, RS 0.518.42 ; art. 146 de la IV^e Convention de Genève du 12 août 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, RS 0.518.51).

Selon le commentaire du CICR relatif aux conventions de Genève, la présence des personnes suspectes est cependant présumée. Selon *Pictet*, les conventions enga-

gent les parties contractantes à agir de manière active, mais uniquement lorsqu'une personne se trouve sur le territoire de l'Etat concerné: « Dès que l'une d'elles a connaissance du fait qu'une personne se trouvant sur son territoire aurait commis une telle infraction, son devoir est de veiller à ce qu'elle soit arrêtée et poursuivie rapidement. Ce n'est donc pas seulement sur la demande d'un Etat que l'on devra entreprendre les recherches policières nécessaires, mais aussi spontanément. » (Jean S. Pictet, Commentaire à la Convention de Genève I, Genève/CICR 1952, art. 49, al. 2, p. 410 s.; idem Commentaire à la Convention III, Genève /CICR 1958, art. 129 al. 2, p. 657, et Commentaire à la Convention IV, Genève /CICR 1956, art. 146 al. 2, p. 634).

En outre, les dispositions des conventions de Genève mentionnées prévoient également que des assurances sont garanties aux inculpés concernant les procédures judiciaires et la libre défense. De telles garanties ne peuvent toutefois être efficaces que si les personnes concernées peuvent participer à la procédure.

5. La pratique des autorités suisses relative à la question de la nécessité de la présence d'une personne suspecte a suivi l'interprétation des dispositions des conventions de Genève mentionnée ci-dessus. Le Conseil fédéral a récemment exposé cette pratique dans son message du 22 janvier 2003 concernant la modification de la procédure pénale militaire/Protection des témoins : « Par ailleurs, l'obligation de poursuivre les ressortissants étrangers qui se sont rendus coupables hors de nos frontières de violations graves des conventions de Genève, des conventions de La Haye, d'autres accords internationaux ratifiés par la Suisse ou du droit coutumier international, présuppose toujours que les personnes concernées sont en Suisse de leur plein gré et qu'elles ont été arrêtées dans notre pays ou y ont été extradées, une sorte de principe universel d'arrestation. Cela étant, une base légale expresse paraissait inutile, ce d'autant plus que la Justice militaire se fonde en premier lieu sur le principe de la personnalité, qui interdit tout jugement prononcé par défaut ou par contumace dans les affaires où la compétence est revendiquée pour un acte commis à l'étranger. » (FF 2003 | 734, et références).

La version allemande de ce passage renvoie avec plus de précision encore que la version française à la pratique des autorités concernées et à la doctrine : « Ausserdem gingen und gehen Bundesrat, Bundesgericht und Lehre ständig davon aus, dass die Pflicht, ausländische Personen, welche sich im Ausland schweren Verletzungen der Genfer Abkommen, des Haager Übereinkommens, anderer von der Schweiz abgeschlossener internationaler Abkommen oder auch des Völkergewohnheitsrechts schuldig gemacht haben, stets voraussetzt, dass sich die beschuldigte Person freiwillig in der Schweiz befindet und in der Schweiz ergriffen oder an die Schweiz ausgeliefert wird (eine Art Weltrechts«ergreifungs»prinzip). Eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage dieses Inhalts schien jedoch entbehrlich. Dies umso mehr, als die Militärstrafgerichtsbarkeit primär an das Personalitätsprinzip anknüpft und sich bei der Beanspruchung der Zuständigkeit für eine solche Auslandstat nach dem Personalitätsprinzip eine Beurteilung im Abwesenheits- bzw. Kontumazialverfahren grundsätzlich verbietet » (version allemande : BBl 2003 | 813).

Par ailleurs, cette pratique constante a également été évoquée au cours des débats parlementaires au sujet de ce projet. Le 24 septembre 2003, le soussigné a précisé, au Conseil des Etats, que la révision de l'article 9, alinéa 1, CPM, proposée par le Conseil fédéral, selon laquelle la présence personnelle de la personne suspecte devait être ancrée dans la loi, ne signifiait pas une modification de la pratique, mais qu'il s'agissait d'une précision (Bull. off. du Conseil des Etats 2003, p. 940, vote du conseiller fédéral Schmid).

6. Dans le *Message du 31 mars 1999 relatif à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, et révision correspondante du droit pénal*, par lequel un nouvel article 264 du code pénal (CP) a été proposé, le Conseil fédéral a également défini la portée du principe de l'universalité tel qu'il doit être compris dans le contexte indiqué. Selon ce principe, le champ d'application est donc déterminé à deux exceptions près : il faut que l'accusé se trouve en Suisse et qu'il ne puisse être extradé pour des raisons juridiques ou de fait. Cependant, le Conseil fédéral n'a aucunement indiqué que ces réserves devaient être introduites dans la révision proposée, ainsi que le laisse entendre le requérant (cf. FF 1999 V 4932 s). Dès lors, il convient d'admettre que, selon la doctrine et la pratique, l'ouverture d'une procédure pénale en Suisse suppose la présence du prévenu en Suisse.

7. Dans la présente affaire, une interdiction d'entrée en Suisse a été prononcée contre M. Barzan Al-Tikriti, le 18 mars 2003. Cette mesure se fonde sur une décision du Conseil fédéral selon laquelle la personne concernée a été déclarée *persona non grata*. Sa durée est illimitée. Les conditions pour l'ouverture d'une procédure pénale contre la personne concernée ne sont dès lors pas remplies. En quelque sorte, on se trouverait devant une situation paradoxale si, d'une part, une interdiction d'entrée dans le pays était prononcée et que, d'autre part, le même Etat ouvrait une enquête pénale. En prononçant une interdiction d'entrer dans le pays, un Etat veut expressément empêcher la personne concernée de revenir sur son territoire. En revanche, cette situation serait nécessaire pour pouvoir pratiquement engager une procédure pénale.

8. Ainsi, la décision de l'auditeur en chef de ne pas ouvrir d'enquête pénale contre M. Barzan Al-Tikriti ne saurait être contestée. Pour cette raison également, on renoncera à examiner si les éléments objectifs des infractions prévues aux articles 108 à 114 sont réunis ou non. La question des liens entre M. Al-Tikriti et la Suisse peut également rester ouverte.

9. Selon l'article 39, alinéa 2, OJPM, si l'auditeur en chef n'ordonne pas d'enquête pénale en dépit de la requête qui lui est présentée, la décision peut être déférée au chef du DDPS. Un recours contre la décision de celui-ci n'est pas prévu

et sa décision est dès lors définitive. Cette possibilité de recours unique correspond également à la règle valable pour les infractions commises durant le service militaire (art. 101, al. 2, PPM).

Dans la présente procédure, il n'est pas prévu de percevoir des frais ni de verser des dépens à un requérant.

IV

Vu ce qui précède, il est

d é c i d é :

1. La requête demandant à l'Auditeur en chef d'ouvrir une enquête pénale à l'encontre de M. Barzan Al-Tikriti est rejetée.
2. Il ne sera pas perçu de frais de procédure ni versé de dépens.
3. La présente décision est définitive.

DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE LA
DÉFENSE, DE LA PROTECTION DE LA
POPULATION ET DES SPORTS



Samuel Schmid

Notification:

- Me [REDACTED], avocat, [REDACTED], 1211 Genève 3, par lettre signature (2)
 - Auditeur en chef, Amthausgasse 6, 3003 Berne (par courrier)
-