

**NI MORT NI VIVANT :
LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DU CRIME DE
DISPARITION FORCÉE DE PERSONNES DEVANT LA
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME**

Par

Tewfik Bouzenoune ()*

Aborder le phénomène des disparitions forcées sous l'angle du contentieux régional des droits de l'homme implique avant toute chose d'en déterminer les contours les plus saillants d'un point de vue politique. Il s'agit de ce que l'on pourrait qualifier "d'instrument privilégié du terrorisme étatique", en ce qu'il implique le plus souvent les États dans une mise en œuvre organisée de disparitions de personnes relevant de leur juridiction, sous couvert de lutte contre le terrorisme. À un terrorisme visant à déstabiliser l'appareil étatique, l'État lui-même répond par une autre forme de terrorisme, portant atteinte à une panoplie de droits fondamentaux. Jadis apanage des dictatures sud-américaines (1), on assiste aujourd'hui à une globalisation de cette pratique qui touche aujourd'hui, comme en atteste le dernier rapport du Groupe de travail des Nations Unies sur les disparitions forcées de janvier 2004 (2), la plupart des continents.

(*) Doctorant, chargé d'enseignements à l'Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III.

(1) Cf. par exemple C. GROSSMAN, "Desapariciones en Honduras : la necesidad de representacion directa de las victimas en litigos sobre derechos humanos", in P. NIKKEN, A. CANCADO TRINDADE (eds.), *Essays in honour of Thomas Buergenthal, The Modern World of Human Rights*, San José, Inter-American Institute of Human Rights Publications, 1996, pp. 335-373.

(2) Document des Nations Unies, E/CN.4/2004/58, 21 janvier 2004. Ce Groupe a reçu pour mandat de "*faciliter la communication entre les familles des personnes disparues et les gouvernements intéressés afin de faire en sorte que les cas suffisamment circonstanciés et clairement identifiés fassent l'objet d'enquêtes et que la lumière soit faite sur le sort des personnes disparues*" (Document des Nations Unies, E/CN.4/1999/62, du 28 décembre 1998, § 2). Sur ses fonctions, cf. F. ANDREU-GUZMAN, "Le Groupe de travail sur les disparitions forcées des Nations Unies", *RICR*, décembre 2002, vol. 84, n° 848, pp. 803-818.

L'expression désigne juridiquement les situations dans lesquelles des personnes ont été arrêtées, détenues ou enlevées par un État ou une organisation politique, ou avec l'appui ou l'assentiment de cet État ou de cette organisation. Celui-ci ou celle-ci refuse ensuite d'admettre que ces personnes sont privées de liberté ou de révéler le sort qui leur est réservé ou l'endroit où elles se trouvent, dans l'intention de les soustraire à la protection de la loi. Cette définition est à peu près celle qui est adoptée par tous les instruments régionaux ou universels y consacrés (3). Il faut ajouter également que cette privation de liberté n'est que le point de départ d'une chaîne d'éléments matériels, un faisceau de violations de droits qui débute par une privation arbitraire de liberté et qui se conclut par une élimination de l'individu sans autre forme de procès (4).

Dans cette situation, comment rétablir la légalité et apporter aux familles des victimes toute la lumière sur une disparition dont on sait, par hypothèse, qu'elle est le fait des agents à qui l'on demande par la suite une coopération ? N'est pas simplement en cause ici le pouvoir de l'État dans la dissimulation du cadavre, mais aussi son pouvoir de dissimulation des éléments permettant de faire toute la lumière sur les circonstances de la disparition d'une personne, c'est-à-dire les preuves avérées d'une mort pouvant mettre fin à l'angoisse et à l'espoir de familles que l'on ne saurait négliger. Il est ici question, *in fine*, d'une atteinte au droit à la vie d'individus portés disparus. Comment le juriste peut-il, à partir de faits dont la preuve est difficile à établir, construire une présomption d'atteinte à la vie du fait d'une disparition ? Comment fonder la responsabilité de l'État tout en sachant que la preuve de celle-ci repose essentiellement sur la collaboration des autorités ?

En dépit de l'existence d'un certain nombre d'instruments visant à enrayer une telle pratique – dont l'efficacité reste d'ailleurs à

(3) Cf. par exemple la *Convention interaméricaine sur la disparition forcée* (Documents de l'Organisation des États Américains, Res. OEA/Ser.PAG/doc.3114/9, 9 juin 1994) qui dispose en son article 2 que la disparition forcée s'entend "*de l'enlèvement ou de la détention d'une personne commis par un agent de l'État ou par des personnes agissant avec l'autorisation ou l'acquiescement de l'État lorsque, passé un laps de temps raisonnable, n'est fournie aucune information qui permettrait de déterminer le sort réservé à la personne enlevée ou détenue ou l'endroit où elle se trouve*".

(4) Article 7 § 2 (i) du *Statut de la Cour Pénale Internationale* et Article II de la *Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées* (Assemblée Générale des Nations Unies, Res. 47/133, 18 décembre 1992 qui dispose : "*La pratique des disparitions forcées de personnes (...) constitue une violation du droit de chacun à la reconnaissance de sa personnalité juridique, du droit à la liberté et à la sûreté de sa personne et du droit de ne pas être soumis à la torture ni à d'autres peines ou traitements cruels inhumains ou dégradants. Il viole en outre le droit à la vie ou le met gravement en danger*". Selon la Cour Interaméricaine des droits de l'homme, il s'agit d'"*une violation multiple et continue de nombreux droits reconnus dans la Convention que les États se sont obligés à respecter et garantir*" (Cour IADH, *Velázquez Rodríguez c. le Honduras*, arrêt du 29 juillet 1998, série C, n° 4, §§ 155-157).

prouver (5) – la mise en œuvre efficace de la responsabilité des États ne peut découler que de plaintes individuelles, dans le cadre par exemple d'une juridiction régionale de protection des droits fondamentaux. C'est d'ailleurs le thème essentiel qui a occupé la Cour Interaméricaine des droits de l'homme dans sa fonction contentieuse. Son premier arrêt en la matière, l'affaire *Velázquez c. Honduras* (6), constituera le socle d'une véritable "méthodologie" (7) de l'approche des disparitions forcées (8).

À la lumière de cette jurisprudence constructive – et soucieuse de la préservation effective de la panoplie des droits en cause dans une disparition – la Cour européenne des droits de l'homme, initiée à un tel phénomène par des requêtes déposées contre la Turquie, a dû assouplir la rigidité de son appréciation des preuves pour aborder le phénomène dans sa complexité, sans le limiter à une privation de liberté non reconnue.

I - LA DISPARITION FORCÉE EST UNE ATTEINTE AUX DROITS À LA LIBERTÉ ET LA SÛRETÉ

Songer à une disparition forcée, c'est avant tout songer à l'acte initial qui en déclenche les éléments constitutifs : la privation de liberté. Mais du fait de son caractère secret et non reconnu, cette privation de liberté enfante la violation d'autres droits fondamentaux, tout cela dans l'opacité la plus totale et la complaisance la plus odieuse des autorités y ayant procédé. C'est pourquoi, pour être constitutive d'une disparition, la privation de liberté doit être accompagnée d'une absence d'information, et surtout du refus "*de révéler le sort réservé à ces personnes ou l'endroit où elles se trouvent ou d'admettre qu'elles sont privées de liberté*" (9).

Sur cette infraction principale viennent se greffer plusieurs autres infractions liées à la première par un lien de causalité : la privation de liberté n'étant pas reconnue, l'individu détenu est dans une situation d'incertitude sur son sort qui s'assimile à un mauvais traitement. Pire

(5) Comme cela est clairement indiqué dans le rapport de Manfred Nowak du 8 Janvier 2002 (Document des Nations Unies, E/CN.4/2002/71).

(6) Cour IADH, *Velázquez Rodriguez c. le Honduras*, *op. cit.*. Pour un commentaire, cf. G. COHEN-JONATHAN, "L'arrêt Velasquez c. le Honduras", *RGDIP*, 1990, pp. 455-471.

(7) J. BENZIMRA-HAZAN, "Disparitions forcées de personnes et protection du droit à l'intégrité : la méthodologie de la Cour interaméricaine des droits de l'homme", *RTDH*, 2001, pp. 765-796.

(8) En particulier : Cour IADH, *Velasquez Rodriguez c. le Honduras*, *op. cit.* ; Cour IADH, *Godinez Cruz c. le Honduras*, 20 janvier 1989, série C, n° 5 ; Cour IADH, *Fairen Garbi & Solis Corales c. le Honduras*, 15 mars 1989, série C, n° 6.

(9) *Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*, *op. cit.* Pour une approche pénaliste de cette déclaration, voy. O. DE FROUVILLE, "Les disparitions forcées", in H. ASCENCIO et al. (dir.), *Droit International Pénal*, Paris, Pedone, 2000, pp. 377-385.

encore, le caractère continu de cette privation de liberté entraîne en général l'exécution de la victime sans que son sort ait pu être révélé (10).

C'est pourquoi la violation du droit à la liberté et à la sûreté constitue la pierre angulaire de la qualification de disparition forcée, et de sa reconnaissance découle en général l'analyse des violations d'autres droits protégés, tels que le droit de ne pas subir de mauvais traitements ou le droit à la vie. Le respect des exigences de régularité de détention, qu'elles soient de forme ou de fond, est la meilleure manière de prévenir les violations d'autres droits protégés, en particulier le droit à l'intégrité physique et morale et le droit à la vie (11).

La Cour européenne des droits de l'homme, lorsqu'elle est amenée à statuer sur une allégation de disparition forcée, n'analyse pas véritablement la régularité d'une détention puisque, par définition, celle-ci n'est pas reconnue. Le régime classique de l'article 5 se trouve d'emblée malmené en la matière puisque l'article 5 protège contre la détention arbitraire officielle, mais ne prévoit rien en matière de privation non reconnue. Pour contourner cette lacune, la Cour a construit une jurisprudence extrêmement innovante sous l'angle de l'article 5 (12). Pour reconnaître la violation de cette disposition en l'absence même d'une reconnaissance de la part des autorités de la détention, la Cour a développé deux axes majeurs qui, en matière de disparition forcée, constituent *l'ultima ratio* de l'implication des autorités dans une disparition forcée.

La première des exigences soulevées par la Cour concerne le caractère non reconnu de la détention. Il s'agit pour elle d'une négation totale et d'une violation "*extrêmement grave de l'article 5*" (13). De manière très lapidaire d'ailleurs, la Cour précise le fond de sa pensée : "*les autorités qui ont mis la main sur un individu sont tenues de révéler où il se trouve*". La Cour condamne en premier lieu l'absence de consignation de la détention : "*Pour la Cour, ne pas consigner de données telles que l'heure et la date de l'arrestation, le lieu de détention, le nom du détenu ainsi que les raisons de l'arrestation et l'identité de la*

(10) N. S. RODLEY, *The Treatment of Prisoners under International Law*, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 246 : selon l'auteur, il s'agit là d'une "violation secrète" du droit à la vie.

(11) Cet aspect a déjà été soulevé par la Cour EDH, en dehors même du cas de disparitions forcées : selon elle, le respect des exigences de l'article 5 telles qu'une prompt intervention judiciaire "*peut conduire à la détection et à la prévention de mesures présentant une menace pour la vie ou de sévices graves transgressant les garanties fondamentales énoncées aux articles 2 et 3 de la Convention*" (Cour EDH, *Aksoy c. Turquie*, 18 décembre 1996, *Rec.* 1996-VI, § 75).

(12) Cf. Cour EDH, *Tas c. Turquie*, 14 novembre 2000, non publié, §§ 85-86 ; Cour EDH, *Timurtas c. Turquie*, 13 juin 2000, *Rec.* 2000-VI, §§ 103-106 ; Cour EDH, *Kurt c. Turquie*, 25 mai 1998, *Rec.* 1998-III.

(13) Cour EDH, *İpek c. Turquie*, 17 juin 2004, non publié.

personne qui y a procédé doit passer pour incompatible avec l'objectif même de l'article 5" (14). Le défaut d'enregistrement fait sombrer la victime dans le vide juridique et c'est en ce sens que la détention non reconnue est un acte extrêmement grave : elle soustrait l'individu à l'empire de la loi et des formes les plus rudimentaires de protection juridique. Sans reconnaissance de la détention, il ne peut y avoir ni contrôle de la régularité de cette même détention, ni respect des exigences matérielles de l'article 5, comme par exemple le contrôle juridictionnel de l'acte de privation de liberté (15).

C'est pourquoi il s'agit pour la Cour d'une "*défaillance des plus graves*" susceptible de cultiver l'impunité des auteurs et de leur permettre "*d'échapper à leur responsabilité en ce qui concerne le sort du détenu*" (16).

La seconde exigence entend également sanctionner la privation arbitraire de liberté en imposant aux États parties à la Convention une "*obligation de prendre des mesures effectives pour pallier le risque d'une disparition et mener une enquête rapide et efficace dans l'hypothèse d'une plainte plausible selon laquelle une personne a été appréhendée et pas revue depuis*" (17). Considérant comme acquis le fait que l'individu ait été appréhendé par les forces de l'ordre, la Cour cherche ici à sanctionner le manque de collaboration des autorités et leur absence de réactivité face à une allégation de privation arbitraire de liberté. Cette seconde exigence se rapproche dans une certaine mesure de l'obligation qui est faite aux États de mener une enquête prompte et effective face à une allégation plausible d'atteinte à l'intégrité physique développée sous l'angle de l'article 2.

L'article 5 a été la première disposition sollicitée pour traiter des cas de disparitions forcées. Elle l'a même été à titre exclusif dans l'affaire *Kurt*, puisque selon la Cour, aucune question distincte ne se pose sous l'angle des articles 3 et 2. Cette insistance excessive sur le droit à la liberté et à la sûreté était de nature à enlever à la disparition forcée toute sa gravité, puisque les autres éléments de la chaîne étaient occultés. Depuis cette affaire *Kurt*, l'approche de la disparition forcée

(14) Cour EDH, *Kurt c. Turquie*, *op. cit.*, § 125 ; Cour EDH, *Timurtas c. Turquie*, *op. cit.*, § 105 ; Cour EDH, *Cakiçi c. Turquie*, 8 juillet 1999, *Rec.* 1999-IV, § 105 ; Cour EDH, *Cicek c. Turquie*, 27 février 2001, non publié, § 165 ; Cour EDH, *Orhan c. Turquie*, 18 juin 2002, non publié, § 371.

(15) Comparer avec Cour IADH, *Velasquez c. Honduras*, *op. cit.*, § 186 : "[p]ar sa disparition, M. Manfredo Velasquez a été victime d'une détention arbitraire qui l'a privé sans fondement légal de sa liberté physique et sans qu'il soit amené devant un juge ou un tribunal compétent pour connaître de sa détention".

(16) Cour EDH, *İpek c. Turquie*, *op. cit.*, § 187.

(17) Cour EDH, *Kurt c. Turquie*, *op. cit.*, §§ 122-125 ; Cour EDH, *Cakici c. Turquie*, *op. cit.*, § 104 ; Cour EDH, *Cicek c. Turquie*, *op. cit.*, § 164 ; Cour EDH, *Orhan c. Turquie*, *op. cit.*, §§ 367-369.

s'est quelque peu ventilée, à travers la prise en compte d'autres droits fondamentaux.

II - LA DISPARITION FORCÉE CONSTITUE UNE ATTEINTE AU DROIT DE NE PAS SUBIR DE TRAITEMENT INHUMAIN OU DÉGRADANT

À défaut pour le requérant d'apporter la preuve d'une atteinte à l'intégrité physique et morale de la personne détenue, la Cour de Strasbourg peine à inclure, dans la qualification de disparition forcée, la violation de l'article 3 au profit de la personne portée disparue. Cette lacune, contestable, semble toutefois suppléée par l'analyse de la violation de l'article 3 au profit du requérant lui-même, victime d'une atteinte à l'intégrité morale du fait de la souffrance causée par l'absence.

1. Le refus du constat de l'atteinte à l'intégrité physique et morale de la victime de la disparition

La deuxième séquence de la disparition forcée, après la privation arbitraire de liberté, consiste en un enfermement prolongé et une isolation totale de la victime du reste du monde. Ne pouvant faire jouer les garanties de l'article 5 de la Convention, comme la possibilité de saisir une juridiction pour juger de la régularité de sa détention, l'individu se retrouve probablement dans une situation d'incertitude sur son sort qui doit être considérée comme une atteinte à son intégrité morale. La Cour Interaméricaine des droits de l'homme reconnaît cette atteinte à l'intégrité morale puisque pour elle : "*l'enfermement prolongé et l'absence totale de communication infligés aux victimes (...) représentent une violation des dispositions de l'article 5 qui reconnaissent le droit à l'intégrité personnelle*" (18).

La Cour de Strasbourg, contrairement à la Cour de San José, ne semble pas prendre en considération toutes les conséquences de l'acte de privation arbitraire de liberté. Qu'elle ne reconnaisse pas une probable atteinte à l'intégrité physique du détenu par défaut de preuves, cela peut se comprendre. Mais il devrait en être autrement de l'évaluation de la souffrance morale subie par un individu coupé du monde, isolé, incertain de son sort durant plusieurs années.

Pour justifier la prise en compte de cette souffrance comme facteur de violation de l'article 3, il convient de rapprocher la situation de détresse du disparu de celle, connue par les juridictions de Strasbourg, du détenu dans le "couloir de la mort" (19). Ne peut-on pas assimiler les conditions secrètes de détention du disparu aux conditions de détention

(18) Cour IADH, *Velasquez Rodriguez c. le Honduras*, *op. cit.*, § 188.

(19) En la matière, le célèbre arrêt *Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, Série A, n° 161.

vécues dans l'attente de l'exécution par un condamné à mort ? Là, comme, dans l'attente de l'exécution de la peine capitale, le temps qui passe torture et afflige le détenu d'une souffrance qui s'assimile à un traitement inhumain (20).

2. L'atteinte à l'intégrité morale des proches du disparu, victimes indirectes de la disparition

Comme pour pallier son impossibilité d'admettre une violation de l'article 3 à l'égard du disparu, la Cour a entrepris d'admettre cette même violation à l'égard du proche du disparu, en prolongement de sa qualité de requérant à l'instance. Puisque le proche de la victime doit avoir la qualité de victime au sens de l'article 34 de la Convention pour que sa requête soit déclarée recevable, n'est-il pas logique de reconnaître, du fait de l'angoisse et l'incertitude qu'il subit du fait de l'absence d'information sur le sort de son proche disparu, qu'il est l'objet d'un traitement dégradant, c'est-à-dire d'une violation de l'article 3 ? (21)

Cette solution, qui a été retenue sans trop de motivation dans l'affaire *Kurt* (22), ne l'a pas été dans une autre affaire où tous les éléments de la disparition forcée avait été retenus (23).

Une telle distorsion dans la notion de victime devait amener la Cour à déterminer les critères précis permettant, en marge d'un constat de violation de l'article 3 à l'égard de la victime de la disparition, d'aboutir à une violation de cette même disposition à l'égard du proche de la victime.

Selon la Cour, le point de savoir si un parent est aussi victime d'une violation de la Convention "dépend de l'existence de facteurs

(20) L. MAHDUKU, "Delay Before Execution : More on it Being Inhuman and Degrading", *South African Journal of Human Rights*, 1994, vol. 10, p. 276. Sur la question du traitement dégradant en relation avec la peine de mort, cf. W.A. SCHABAS, "Universal Norms and International Tribunals: the Case of Cruel Treatment and the Death Row Phenomenon", in J. THOMAS et al. (ed.), *Trilateral Perspectives on International Legal Issues : from Theory into Practice*, Irvington, New York, Transnational Publishers, 1998, pp. 173-208.

(21) Pour une appréciation de cette extension par la Cour Interaméricaine des droits de l'homme, cf. par exemple Cour IADH, *Villagran Morales et autres c. Guatemala*, 19 novembre 1999, série C n° 63, § 175 ; Cour IADH, *Castillo Paez c. Pérou*, série C n° 42, §§ 59 et suivant.

(22) Cour EDH, *Kurt c. Turquie*, op. cit., § 133 : "L'intéressée resta donc dans l'angoisse car elle savait que son fils était détenu et aucune information officielle n'était fournie quant à ce qu'il était devenu. Cette angoisse perdure depuis longtemps".

(23) Cour EDH, *Kaçici c. Turquie*, op. cit., §§ 98-99. Dans cette affaire, la Cour – saisie par le frère de la victime disparue lors d'affrontements des forces de l'ordre avec le PKK – a conclu à la violation des éléments constitutifs de la disparition forcée (articles 2, 3 et 5), mais s'est abstenue de reconnaître au requérant la qualité de victime d'un traitement dégradant, compte tenu de son absence au moment des faits.

particuliers conférant à la souffrance de ce parent une dimension et un caractère distincts du désarroi affectif que l'on peut considérer comme inévitable pour les proches d'une personnes victime de violations graves des droits de l'homme" (24). Pour en convenir, la Cour est attentive 1) à la proximité de la parenté et, dans ce contexte, elle a tendance à privilégier le lien parent-enfant (25) ; 2) à la mesure dans laquelle le parent a été témoin des événements en question ; 3) à la participation du parent aux tentatives d'obtention de renseignements sur le disparu et aux réactions des autorités face à ces tentatives (26). Mais en pratique, pour évaluer la qualité de victime, il faut noter une tendance croissante de la Cour à privilégier la proximité du lien familial, l'attitude du parent face aux autorités et surtout l'attitude des autorités face à leur désarroi (27). À notre grand regret, c'est ce dernier critère qui guide aujourd'hui, de manière quasi exclusive, la Cour dans son évaluation.

Ce que condamne ici la Cour, ce sont les comportements souvent complaisants et le manque de coopération des autorités face à une allégation de disparition forcée (28), complaisance de nature à rallonger et entretenir la souffrance des proches. Selon elle, *"l'essence d'une telle violation [de l'article 3] ne réside pas tant dans le fait de la disparition du membre de la famille que dans les réactions et le comportement des autorités face à la situation qui leur est signalée"* (29). Ainsi, la Cour tient à dissocier ce qui pourrait s'assimiler à une souffrance due à la disparition d'une souffrance due au manque de diligence des autorités pour faire toute la lumière sur le sort du porté disparu. Pour le dire autrement, le parent d'une victime d'une disparition est lui-même victime de la passivité des autorités devant son angoisse et sa détresse. L'ambiguïté d'une telle position n'est que le fruit de la difficulté de la Cour à véritablement appliquer ses critères d'éligibilité au statut de victime d'un mauvais traitement. Une telle dissociation est vaine car nul ne peut douter que la source immédiate du stress, de l'incertitude et du doute vient de la disparition elle-même. Le manque de diligence des autorités ne fait qu'entretenir et prolonger une souffrance qui, *de fait*, est due à l'absence du proche. La Cour tend à confondre – voire à fondre – le préjudice subi par le requérant avec une autre exigence, qui est celle

(24) Cour EDH, *Timurtas c. Turquie*, *op. cit.*, § 95 ; Cf. également dans la jurisprudence la plus récente : Cour EDH, *Orhan c. Turquie*, *op. cit.*, § 358 ; Cour EDH, *Cakici*, *op. cit.*, § 98 ; Cour EDH, *İpek c. Turquie*, § 14.

(25) Cour EDH, *İpek c. Turquie*, *op. cit.*, § 14.

(26) Cour EDH, *Timurtas c. Turquie*, *op. cit.*, § 95 ; Cour EDH, *Orhan c. Turquie*, *op. cit.*, § 358 ; Cour EDH, *Cakici*, *op. cit.* § 98 ; Cour EDH, *İpek c. Turquie*, *op. cit.*, § 14.

(27) Cf. J. BENZIMRA-HAZAN, "En marge de l'arrêt *Timurtas* contre la Turquie : vers l'homogénéisation des approches des disparitions forcées de personnes", *op. cit.*, p. 994.

(28) En ce domaine, les autorités *"ne doivent en aucun cas donner l'impression qu'elles sont prêtes à concéder l'impunité"* (Cour EDH, *Ermez c. Chypre*, § 71).

(29) Cour EDH, *Tahsin Acar c. Turquie*, 8 avril 2004, non publié, § 239 ; Cour EDH, *Çakici c. Turquie*, *op. cit.*, § 98.

de l'exigence d'une enquête prompte et effective déjà sanctionnée par l'analyse de la violation du volet procédural de l'article 2 (30). Cette ambiguïté que nous venons de relever et l' "approche procédurale" de la souffrance du proche (défaut d'information, manque de coopération dans la recherche et l'établissement du sort du disparu) ne manquera pas, d'ailleurs et à l'occasion seulement, d'être tempérée (31). Autant dire que la Cour a encore du mal à définir le seuil de gravité au delà duquel il existe une vraie souffrance liée à la disparition. L'adoption, par exemple, du critère de la présence du proche lors des événements est peu adaptée à l'appréciation *in concreto* de cette même souffrance : pourquoi le proche d'un disparu ne peut-il pas prétendre souffrir de la disparition au seul prétexte qu'il ne l'a pas vu pour la dernière fois aux mains des forces de l'ordre et qu'il n'a pas été témoin des événements en question (32) ? N'est-ce pas là un critère arbitraire et superfétatoire dont la Cour se doit de se défaire ? Nous le pensons intimement.

Il nous semble que le comportement des autorités ne suffit pas à établir la qualité de victime et d'ailleurs ne doit ici entrer en ligne de compte que dans la démonstration de la pérennité de la souffrance qu'elles entretiennent par leur manque de collaboration. Pour le surplus, l'article 2 joue, comme nous allons le voir, pleinement son rôle.

Ce glissement progressif vers une appréhension procédurale de la douleur du proche s'est même traduit dans la jurisprudence récente par une méthodologie très contestable : dans l'affaire *Tahsin Acar c. Turquie*, la Cour va même jusqu'à apprécier la qualité de victime du proche à la lumière de l'obligation d'enquête existant sous l'angle de l'article 3 (33). La seule raison que nous voyons à une telle dérive interprétative, c'est la volonté d'aboutir à un constat de violation de l'article 3 sans passer par la méthodologie classique d'une violation du volet substantiel de l'article, à savoir l'application pourtant éprouvée du test du seuil de gravité à la souffrance causée au proche (34). C'est là tout simplement les conséquences de l'absence de critériologie efficace dans l'établissement du degré de souffrance et d'inquiétude nécessaire afin de faire du proche une victime d'une violation de l'article 3.

N'est-il pas plus raisonnable d'évaluer la qualité de la victime à la lumière de l'investissement du requérant dans la recherche d'informations sur le sort du disparu, c'est-à-dire à la lumière des

(30) Cf. *infra*.

(31) Cour EDH, *Tas c. Turquie*, *op. cit.*, § 80.

(32) Cour EDH, *Cakici c. Turquie*, *op. cit.*, § 98.

(33) La qualité de victime serait donc assimilée aux effets d'une violation du volet procédural de l'article 3 : "le caractère insuffisant de l'enquête sur la disparition de son frère a pu causer au requérant un sentiment d'angoisse et une souffrance morale" (Cour EDH, *Tahsin Acar c. Turquie*, *op. cit.*, § 239).

(34) C'est pourtant la méthodologie appliquée dans l'affaire *Kurt* pour arriver à la conclusion selon laquelle la mère de Ü. Kurt doit être considérée comme victime d'une violation de l'article 3. Cf. *Kurt c. Turquie*, *op. cit.*, § 133.

démarches entreprises souvent sur une période couvrant plusieurs années ? Le constat de recevabilité de la requête du proche n'est-il pas, en lui même, une reconnaissance *implicite* – eu égard à la longueur de la procédure que celui-ci doit supporter – de son engagement et, par implication, de sa souffrance dans la recherche de la vérité sur le sort du disparu ? N'est-ce pas au final une certaine frilosité de la Cour à ordonner une réparation à ce tiers qui freine la mise en œuvre d'un régime cohérent de la victime indirecte ? Les hésitations à d'autres niveaux que la Convention sont topiques de la difficulté d'englober un tiers dans les dommages découlant d'une disparition (35).

III - LA DISPARITION FORCÉE IMPLIQUE UNE ATTEINTE AU DROIT À LA VIE

1. La réticence de la Cour EDH à présumer de la mort de personnes portées disparues

Selon la Cour Interaméricaine, la violation du droit à la vie dans le cas d'une disparition ne s'arrête pas au constat de l'absence de preuve matérielle de mort de la personne portée disparue. La preuve de la violation du droit à la vie découle non pas des éléments factuels d'un cas isolé, mais de la mise en relation des faits de la cause avec l'existence, ou non, d'une pratique officielle de disparitions forcées (36). C'est sans doute la réticence de la Cour de Strasbourg à reconnaître que la Turquie procède, de manière institutionnalisée, à une "*pratique des disparitions forcées*", qu'elle s'est abstenue, au départ, d'inclure une violation du droit à la vie dans un contexte de disparition forcée. Systématiquement,

(35) L'article 19 de la *Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées* (*op. cit.*) prévoit simplement que "*les victimes d'actes ayant entraîné une disparition forcée et leur famille doivent obtenir réparation et ont le droit d'être indemnisés de manière adéquate, notamment de disposer des moyens qui leur permettent de se réadapter de manière aussi complète que possible. En cas de décès de la victime du fait de la disparition forcée, sa famille a également droit à indemnisation*", alors que la *Convention Interaméricaine sur la disparition forcée de personnes* (*op. cit.*) ne contient à ce sujet aucune mention similaire. Voy. cependant l'article 24 du projet de *Convention Internationale sur la disparition forcée* (Document des Nations Unies, E/CN.4/Sub.2/1998/19, Annexe I) qui prévoit, en son paragraphe 3, que l'expression de "victime de disparition forcée" s'entend "*de la personne disparue, de ses proches, et de toute personne à sa charge ayant des liens directs avec elle, ainsi que toute personne qui aura subi des dommages en intervenant pour empêcher la disparition forcée ou pour élucider le sort de la personne disparue ou découvrir le lieu où elle se trouve*". L'accent est ici mis non plus seulement sur les liens familiaux, mais plus généralement sur la diligence de celui qui pourra ensuite se prétendre victime.

(36) Voir sur ce point J. BENZIMRA-HAZAN, "Disparitions forcées de personnes et protection du droit à l'intégrité : la méthodologie de la Cour interaméricaine des droits de l'homme", *op. cit.*, pp. 778-780.

d'ailleurs, elle a écarté le grief d'une pratique administrative (37) des disparitions forcées au profit d'une analyse individualisée du phénomène (38).

Lorsque la Cour de Strasbourg se trouve face à une allégation de pratique de disparition forcée, elle admet que la disparition de personnes peut violer l'article 5 de la Convention (droit à la liberté et à la sûreté), ainsi que l'article 3, en ce que l'absence de la personne portée disparue constituait un traitement inhumain et dégradant pour le requérant (la victime étant par définition absente, mais "pas tout à fait morte" comme nous allons le voir). Toutefois, s'agissant du grief portant sur la violation de l'article 2 pour atteinte au droit à la vie de la victime, la Cour de Strasbourg s'est trouvée très vite en retrait par rapport à la Cour de San José : faisant par exemple le point sur cette question dans l'affaire *Kurt* (39), la Cour, répondant aux allégations de la mère de la victime d'une disparition, note que "*l'on ne saurait juger sans fondement les craintes de la requérante que son fils soit décédé pendant sa détention, non reconnue alors qu'il se trouvait entre les mains de ses ravisseurs*" (40). Incapable de se fier à des présomptions très fortes, la Cour notera que le grief de la requérante "*repose entièrement sur des présomptions renforcées par l'analyse plus générale d'une prétendue pratique officiellement tolérée de disparitions s'accompagnant (...) d'homicides extrajudiciaires de détenus de l'État défendeur*" (41). En excluant l'analyse d'une violation de l'article 2, la Cour refuse ainsi d'aborder le phénomène des disparitions forcées sous un angle unique, c'est-à-dire sous l'angle d'un concept autonome incluant une pluralité de violations cumulées.

Refusant d'apprécier la spécificité de la question qui lui est posée par rapport au régime général institué par l'article 2, la Cour se fondera sur sa jurisprudence relative à l'obligation générale de protection de la vie des individus incombant aux États, en notant qu'à la lecture de celle-ci, "*il existait des preuves matérielles d'un coup mortel qui pouvait faire jouer cette obligation*" (42). Les arguments de la requérante "*ne pallient pas en soi l'absence d'indices plus convaincants que le fils de l'intéressée a en réalité trouvé la mort alors qu'il était en détention*" (43).

(37) Pour une définition devenue classique de la "pratique administrative", cf. G. COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Economica, 1989, p. 127.

(38) J. BENZIMRA-HAZAN, "Disparitions forcées de personnes et protection du droit à l'intégrité : la méthodologie de la Cour interaméricaine des droits de l'homme", *op. cit.*, p. 771.

(39) Cour EDH, *Kurt c. Turquie*, *op. cit.*

(40) *Ibid.*, § 106.

(41) *Ibid.*, § 107.

(42) *Ibid.*, § 107.

(43) *Ibid.*, § 108.

La prudence de la Cour la mènera même jusqu'à considérer que les arguments soulevés par la requérante relèvent de l'article 5, et non de l'article 2. On en arrive ainsi à un paradoxe que nul ne saurait nier : la Cour reconnaît la violation de l'article 5, du fait que "*les autorités n'ont pas fourni d'explications plausibles et étayées quant à l'endroit où se trouve le fils de la requérante et à ce que celui-ci est devenu après avoir été appréhendé au village*", mais, refusant d'en déduire qu'il ait pu mourir, la Cour conclura sur un euphémisme assez remarquable : "*la Cour estime qu'il y a une violation particulièrement grave du droit à la liberté et à la sûreté garanti à l'article 5, violation qui suscite de sérieuses préoccupations quant au bien-être d'Üzeyir Kurt*" (44).

2. La mise en œuvre d'une présomption de mort dans le cas de disparition forcée, et l'obligation "renforcée" de mener une enquête

On le voit bien, la logique cède le pas au procédural : à défaut de preuves, il n'est établi, ni qu'une personne disparue ait pu décéder, ni que la Turquie procède à une pratique officielle de disparition. Pourtant, il est acquis que la Convention européenne des droits de l'homme est un instrument vivant, que la Cour n'a de cesse d'adapter aux circonstances de vie d'aujourd'hui. Dans ce sens, il devenait impératif de prendre en compte les circonstances de vie des populations du Sud-est de la Turquie et des multiplications des cas de disparitions dans cette région. Il devenait aussi impératif pour la Cour de s'inspirer de l'expérience de la Cour IADH dans ce domaine pour intégrer, dans les violations multiples qu'entraîne une disparition, celle du droit à la vie. Pour se faire, la Présidente de la chambre constituée autorisera le *Centre pour la justice et le droit international* à déposer, en vertu des articles 36 § 2 de la Convention et 61 § 3 du règlement intérieur de la Cour, des observations écrites sur la jurisprudence de la Commission et de la Cour Interaméricaine des droits de l'homme en matière de disparitions forcées (45). Comme ne manque pas de le souligner le Juge Gölcüklü dans son opinion partiellement dissidente à l'arrêt, la Cour procédera, à son grand regret d'ailleurs, à un revirement de jurisprudence.

Face à l'allégation du requérant d'une violation de l'article 2, en ce que les autorités turques n'auraient pas protégé la vie de la victime portée disparue, la Cour constatera, en dépit de l'absence de preuves tangibles révélant sa mort, "*qu'Abdulvahap Timurtas doit être présumé mort à la suite d'une détention non reconnue, opérée par les forces de*

(44) *Ibid.*, § 129. Nous soulignons.

(45) Le document est disponible sur demande au greffe de la Cour. La spécificité du contentieux international des droits de l'homme permet un recours très fréquent aux *Amici curiae*, tant il est vrai que leur objet, le plus souvent, est d'éclairer une Cour sur les pratiques des autres juridictions régionales ou universelles des droits de l'homme. Sur la question dans son ensemble, cf. H. ASCENCIO, "L'*Amicus curiae* devant les juridictions internationales", *RGDIP*, 2001, pp. 897-930.

l'ordre" (46). Ainsi, la Cour constate la violation du droit à la vie de A. Timurtas en se fondant, comme la Cour Interaméricaine (47), sur une présomption de mort.

Depuis l'affaire *Timurtas*, la Cour a d'ailleurs eu l'occasion de clarifier son approche de l'atteinte au droit à la vie dans le contexte d'une disparition. Dans l'affaire *İpek*, elle procédera à une analyse autonome du volet substantiel et du volet procédural de l'article 2, comme pour signifier qu'il s'agit là de deux griefs distincts dont le champ vise deux aspects différents du droit à la vie.

D'abord, la Cour analyse si l'individu porté disparu peut être présumé mort à la suite d'une détention non reconnue. Dans son appréciation, la Cour prend en compte l'emprise quasi-exclusive des autorités sur l'établissement du sort du disparu et le temps durant lequel les proches de la victimes sont restées dans l'ignorance. Plus le temps passe, plus il existe des indices forts que l'individu, dont aucune nouvelle n'est disponible, a pu décéder en prison. Il ne peut en être autrement que si les autorités peuvent produire une explication satisfaisante et convaincante du contraire. À défaut, l'individu est considéré comme mort en violation de l'article 2. Selon la Cour, "*where the events in issue lie wholly, or in large part, within the exclusive knowledge of the authorities, as in the case of persons within their control in detention, strong presumptions of fact will arise in respect of injuries and death occurring during the detention*" (48). Il en découle un renversement de la charge de la preuve de la mort du disparu : "*indeed, the burden of proof may be regarded as resting on the authorities to provide a satisfactory and convincing explanation*" (49). Cette présomption nous semble induire une condamnation quasi automatique puisque l'on voit mal comment les autorités peuvent prouver que l'individu n'est pas mort alors qu'elles ne reconnaissent même pas la détention. Dès lors que la privation arbitraire est condamnée, il semble que le grief tiré de la violation de l'article 2 soit difficile à défendre

(46) Cour EDH, *Timurtas c. Turquie*, *op. cit.*, § 86. Nous soulignons.

(47) Cour IADH, *Velasquez Rodríguez c. le Honduras*, *op. cit.*, § 188 : selon la Cour interaméricaine des droits de l'homme, la disparition forcée constitue une "*pratique qui a fréquemment débouché sur l'exécution des détenus, en secret et sans autre forme de procès, suivie de la dissimulation des cadavres (pour éliminer toute preuve matérielle des crimes et donc obtenir l'impunité de leurs auteurs), il s'agit alors d'une violation brutale du droit à la vie que reconnaît l'article 4*" (nous soulignons). Voir également Cour IADH, *Godínez Cruz c. le Honduras*, *op. cit.*, §§ 163-165.

(48) Cour EDH, *İpek c. Turquie*, *op. cit.*, § 165. C'est pourquoi, en l'espèce, "*taking into account that no information has come light concerning the whereabouts of the applicant's sons for almost nine and a half years, the Court is satisfied that Servet and İkrım İpek must be presumed dead following their unacknowledged detention by the security forces*" (*Ibid.*, § 168).

(49) Cour EDH, *Cakici*, *op. cit.*, § 85 ; Cour EDH, *Timurtas c. Turquie*, *op. cit.*, § 82 ; Cour EDH, *Ertak c. Turquie*, 9 mai 2000, *Rec.* 2000-V, § 32 ; Cour EDH, *İpek c. Turquie*, *op. cit.*, § 165.

puisqu'il repose sur une présomption de culpabilité, dont la charge de la preuve incombe aux autorités. Elles ne pourront se dégager de leur responsabilité qu'en prouvant qu'elles ont recouru à la force meurtrière contre l'individu, ce qui amènerait la Cour à contrôler la justification apportées par les autorités à un recours à la force ayant entraîné la mort sous l'angle du paragraphe 2 de l'article 2 (50).

En deuxième lieu, la Cour analyse si l'enquête menée par les autorités est compatible avec l'obligation générale incombant aux États de mener une enquête effective (51). Au delà de la constance avec laquelle la Cour applique ses critères indifféremment à une mort infligée de manière volontaire, dont il s'agit de déterminer les circonstances exactes, et une mort présumée, se dégage en fait une obligation d'enquête renforcée dans le cas de disparitions forcées : il ne s'agit plus ici seulement de savoir dans quelles circonstances il y a eu recours à la force meurtrière, mais de tout simplement déterminer les circonstances de la disparition de la victime et d'apporter à la famille toute la lumière sur le sort du proche. Pour ce faire, l'enquête doit être indépendante et impartiale (52), et doit être effective dans le sens où elle doit mener à l'identification et à la punition des auteurs de la disparition. Il s'agit là d'une obligation de moyens et non de résultat, qui découle d'une lecture combinée de l'article 2 avec l'article 1, qui impose aux États de garantir à tout individu relevant de leur juridiction les droits énumérés par la Convention. Enfin, cette enquête doit être rapide, de manière à prévenir toute apparence de collusion ou de tolérance des autorités face à des allégations de violation de l'article 2 (53). La Cour est d'ailleurs encore plus attentive à cette exigence dans le cas d'une disparition forcée (54).

Dans son étude commentant l'affaire *Timurtas*, Jérôme Benzimra-Hazan fait part d'une inquiétude : "*si l'on admet, en effet, que, dans le domaine des disparitions forcées aussi, l'obligation d'enquête fait désormais partie intégrante de l'article 2 (...) on peut se demander si, à trop vouloir inclure dans ce texte la question de l'obligation*

(50) *Ibid.*: "Noting that the authorities have not provided any explanation as to what occurred following the İpek brothers' apprehension, and that they do not rely on any ground of justification in respect of any use of lethal force by their agents, it follows that liability for their death is attributable to the respondent Government".

(51) Sur les critères de l'obligation d'enquête : D. BATSELE, "Police et droits de l'homme : une nécessaire conciliation", in *Mélanges en hommage à Pierre Lambert, Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 51-68. Cf. Cour EDH, *Mc Cann c. R-U*, 27 septembre 1995, Série A n° 324, § 161 ; Cour EDH, *Kaya c. Turquie*, 19 février 1998, *Rec.* 1998-I, § 105.

(52) Les agents responsables de l'enquête doivent être indépendants et non liés d'une manière ou d'une autre aux auteurs présumés de la disparition : Cour EDH, *Gülec c. Turquie*, 27 juillet 1998, *Rec.* 1998-IV, §§ 81 et 82.

(53) Cour EDH, *Yasa c. Turquie*, 2 septembre 1998, *Recueil* 1998-IV, §§ 102-104 ; Cour EDH, *Mahmut Kaya c. Turquie*, 28 mars 2000, *Rec.* 2000-III, §§ 106-107.

(54) Cour EDH, *İpek c. Turquie*, *op. cit.*, § 171: "*the need for promptness is especially important when allegations are made of a disappearance in detention*".

d'enquête qu'elle fait peser sur l'État, la Cour ne finit pas par négliger, paradoxalement, le droit 'substantiel' à la vie dont l'individu victime reste l'unique titulaire, et que la Cour ne fait bénéficier finalement que... d'une présomption de mort" (55). Considérer que la simple présomption qui est ici reconnue, doublée d'une obligation renforcée, amoindrit le contrôle opéré, c'est peut-être enlever au constat de violation du volet procédural de l'article 2 toute son importance. Dans cette logique, admettre que l'État puisse légitimement recourir à la force meurtrière en vertu du paragraphe 2 de l'article 2, c'est déjà ôter beaucoup au droit substantiel à la vie. Puisque ce recours à la force est "rendu légitime" par un contrôle rigoureux des organes de Strasbourg, le volet procédural de l'article 2 demeure la pierre angulaire du contrôle de la diligence de l'État dans son sens le plus abouti. Déclarer que l'État turc a failli à son obligation procédurale de protéger la vie en ne menant pas une enquête approfondie, c'est admettre son impossibilité de se retrancher derrière des considérations d'intérêt général subjectives, et de finalement banaliser la violation de l'article 2. La preuve que le volet substantiel de l'article 2 n'est pas négligé au profit du volet procédural réside dans l'affaire *İpek* elle-même : la Cour y reconnaît de manière autonome, à la fois une violation du volet substantiel et une violation du volet procédural. Loin de faire prévaloir l'un ou l'autre des volets de l'article 2, ou de porter une attention par défaut au volet procédural (56), la Cour de Strasbourg démontre encore une fois sa capacité à déployer toute l'effectivité du contrôle requis par l'article 2.

Entre 1980 et 2003, 181 cas de disparitions forcées en Turquie ont été signalés au *Groupe de travail sur les disparitions forcées*. Le dernier rapport (57) souligne avec insistance que 92 cas n'ont pas été résolus, et parmi ceux qui l'ont été, seuls 41 cas l'ont été avec le concours du gouvernement turc. La perspective très actuelle de l'ouverture des négociations d'adhésion à l'Union européenne a lourdement pesé sur les institutions turques et notamment sur sa volonté de respecter tous les critères d'éligibilité au statut de candidat. L'existence de la pratique des disparitions forcées, considérée comme un crime contre l'humanité par le statut de la Cour Pénale

(55) J. BENZIMRA-HAZAN, "En marge de l'arrêt *Timurtas* contre la Turquie : vers l'homogénéisation des approches des disparitions forcées de personnes", *op. cit.*, p. 993.

(56) Contrairement à ce que l'on a pu avancer en doctrine : *cf. ibid.*, : "*si (...) une violation directe de l'article 2 est établie, la Cour a tendance, aujourd'hui, à apprécier l'obligation procédurale de l'État (obligation d'enquête) de préférence au regard de l'article 13 sur le droit au recours effectif*".

(57) Document des Nations Unies, E/CN.4/2004/58, 21 janvier 2004.

Internationale (58), devrait amener à une observation encore plus scrupuleuse du respect par la Turquie de ses engagements conventionnels et en premier lieu de ceux issus de la Convention européenne des droits de l'homme.

(58) Le Statut de Rome permet une condamnation des disparitions forcées lorsque celles-ci ont lieu dans un contexte d' "attaque généralisée ou systématique contre la population civile". Voir sur ce point M. BETTATI, "Crime contre l'humanité", in H. ASCENCIO et al. (dir.), *Droit International Pénal*, op. cit., pp. 293-318.