

**QUELLES SONT LES RÉPARATIONS ADÉQUATES
DANS LES AFFAIRES DE « DISPARITIONS » ?
LEÇONS ISSUES DES AFFAIRES
SUR LA TCHÉTCHÉNIE***

Philipp LEACH

Il n'est guère douteux que l'approche de la Cour européenne des droits de l'homme quant à la question des réparations adéquates pour violations de droits de l'homme ait connu des changements récents importants.

L'approche plus généreuse de la Cour a été remarquable dans les cas de détentions illégales, dans les hypothèses d'expropriations illégales et plus récemment en réponse aux violations systémiques des droits de l'homme. Cet article défend l'idée selon laquelle il est amplement justifié de faire appel à cette approche large en cas de violations graves des droits de l'homme en Tchétchénie. En particulier, l'argument vaut eu égard le besoin des États de devoir enquêter sur les cas de « disparition » non-résolus. Ainsi en est-il par exemple dans l'affaire *d'Alikhadzhiyeva c/ Russie*² relative à l'enlèvement et la disparition en Tchétchénie en 2000 de *Ruslan Alikhadzhiyev*, l'ancien porte-parole du parlement Tchétchène.

* Traduit de l'anglais par Jinane Mahmoud EL BAROUDY, *Doctorante à l'Université de Strasbourg*.

² N° 68007/01, jugement du 5 juill. 2007.

I. LES DÉVELOPPEMENTS JURISPRUDENTIELS DEVANT LA COUR EUROPÉENNE QUANT À LA NATURE DES RÉPARATIONS

Il est toujours juste d'admettre que la plupart des jugements de la Cour européenne sont essentiellement déclaratoires. En conséquence, lorsque un requérant réussit à établir une violation de la convention, la pratique ordinaire de la Cour est de déclarer que la Convention a été violée. Elle a également toute liberté selon l'article 41 de la CourEDH d'accorder une satisfaction équitable à la personne lésée. Cette disposition a été habituellement interprétée comme permettant à la Cour d'accorder une compensation pécuniaire et / ou non pécuniaire, aussi bien que d'ordonner le paiement des frais et dépens.

Cependant, la Cour, dans des cas exceptionnels, est allée plus loin, au départ dans deux catégories d'affaires : celles concernant l'expropriation illégale de propriété et celles relatives à la détention illégale.

Dans des affaires telles que *Papamichalopoulos et autres c/ Grèce*³ et *Brumarescu c/ Roumanie*⁴, la Cour a ordonné aux États défendeurs d'assurer la restitution de la propriété en question (ou, à défaut de restitution, d'octroyer une compensation). Tant dans les affaires *Assanidze c/ Géorgie*⁵, que *Ilasçu et autres c/ la Moldova et Russie*⁶, la Grande Chambre de la Cour, par application de l'article 41 de la convention, a ordonné aux États défendeurs de libérer les requérants qui étaient encore illégalement détenus tant au regard de la loi nationale que selon la Convention européenne des droits de l'homme. Ces jugements sont allés au-delà des affaires de restitution de propriété, non seulement à cause de la nature de la réparation stipulée par la Cour, mais aussi parce que les États défendeurs n'avaient pas le choix quant aux moyens de se conformer au jugement – l'exigence de libérer les requérants s'est ajoutée à l'obligation de payer la rémunération. Le raisonnement spécifique de la Cour ayant abouti à cette injonction dans *Assanidze* était que « en l'espèce, la nature même de la violation constatée n'offre pas réellement de choix parmi différentes sortes de mesures susceptibles d'y remédier »⁷. Dans *Ilasçu*, la Grande Chambre a jugé que « les États défendeurs doivent prendre toutes les mesures nécessaires pour mettre un terme à la détention arbitraire des requérants encore incarcérés et assurer leur libération immédiate »⁸. Un raisonnement similaire à celui

³ N° 14556/89, A n° 330-B, 31 oct. 1995.

⁴ N° 28342/95, 23 janv. 2001.

⁵ N° 71403/01, 8 avr. 2004.

⁶ N° 48787/99, 8 juill. 2004.

⁷ § 202.

⁸ § 490.

utilisé dans *Assanidze* a été invoqué par la Cour dans son jugement *Aleksanyan c/ Russia*⁹ en rapport avec la détention préventive continue du requérant sérieusement malade. Ici, le gouvernement a été enjoint de « remplacer la détention préventive par une autre mesure de contrainte plus proportionnée et moins stricte ou par une combinaison de mesures disponibles en droit russe »¹⁰.

Ces deux affaires *Assanidze et Illasçu*, sont assurément remarquables en ce qu'elles concernent des situations dans lesquelles les États ont effectivement perdu de *facto* le contrôle de régions « séparatistes ». Mais dans d'autres situations, que l'on pourrait considérer comme plus « routinières », la Cour se montre aussi désireuse de renforcer cette jurisprudence. Par exemple, depuis 2003, il y a eu un changement significatif de l'approche de la Cour quant à la question de la satisfaction équitable dans des affaires dans lesquelles l'article 6 a été violé au cours des poursuites pénales internes¹¹. Dans de telles affaires, la Cour a recommandé aux autorités nationales de réexaminer le cas, sans aller jusqu'à ordonner une telle mesure.

Très récemment – depuis 2007 – on peut assurément détecter un nouveau relâchement de l'ancienne approche plus rigide de la Cour eu égard la question de la réparation, comprenant des demandes de modifications de législations et d'autres mesures spécifiques à prendre au niveau national, dans une série d'affaires diverses soulevant des problèmes variés de droits de l'homme.

Dans le cas de *L c/ Lituanie*¹², le requérant était une femme (transsexuelle opérée et de sexe masculin initialement) qui se plaignait de son incapacité à recevoir la chirurgie en vue du changement intégral de sexe, parce que la loi réglementant une telle chirurgie n'avait pas été promulguée. Ayant en conséquence trouvé une violation de l'article 8, la Cour, au titre de l'article 41, a soutenu¹³ que le préjudice financier du requérant pouvait être satisfait par l'adoption de la législation requise (dans un délai de 3 mois), ou, à défaut, l'État devait supporter financièrement (au moins en partie) son opération à l'étranger. Seulement à titre alternatif, la Cour a octroyé 40.000 euros au titre des dommages pécuniaires. On pourrait dire que la Cour s'est ici sentie en mesure de faire pression en vue de l'adoption d'une nouvelle loi précisément parce qu'elle avait identifié une « faille législative limitée »¹⁴, parmi les lois existantes qui ont déjà reconnu le droit des transsexuels tant à

⁹ N° 46468/06, 22 déc. 2008.

¹⁰ § 240.

¹¹ V. par ex., *Akkas c/ Turquie*, n° 52665/99, 23 oct. 2003.

¹² N° 27527/03, 11 sept. 2007.

¹³ Par 5 voix contre 2, avec une majorité incluant le Président Costa.

¹⁴ § 59.

changer leur sexe que leur statut civil. Ainsi stipuler une telle demande ne devrait affecter en rien la souveraineté de l'État. Cependant, il s'agit là assurément d'un pas significatif ; en effet, dans son opinion dissidente, le juge Fura-Sandstrom a considéré qu'en rendant une telle décision, la Cour avait pris le risque d'agir *ultra-vires*.

La Cour devait de nouveau recommander à l'État défendeur l'adoption d'une nouvelle législation dans son jugement *Hassan et Eylem c/ Turquie*¹⁵. Ici, des lacunes dans les dispositions relatives à l'enseignement religieux dans les écoles, vis-à-vis du requérant qui était un disciple de la *foi alevi*, ont été considérées comme constitutives d'une violation de l'article 2 du Protocole numéro 1. La Cour a conclu que la mise en compatibilité de la législation et du système d'éducation avec les principes de la convention européenne représenterait une forme de compensation adéquate qui permettrait de mettre fin à la violation¹⁶.

Mais le développement de l'approche de la Cour n'est pas limité aux recommandations de changements législatifs ; un certain nombre de jugements ont inclut l'assistance des autorités nationales pour prendre d'autres mesures spécifiques en vue d'assurer la satisfaction équitable au requérant individuel. Contrairement aux circonstances extraordinaires dans des affaires telles que *Assanidze et Illaçü*, ces mesures ont été ordonnées dans des situations plus courantes, et certaines continuent d'être le sujet de milliers d'affaires clones, comme l'inexécution d'un jugement national et la longueur excessive des procédures judiciaires internes.

L'affaire *Karanovic c/ Bosnie Herzégovine*¹⁷ avait trait à l'inexécution d'une ordonnance prononcée par la Chambre des droits de l'homme de Bosnie. L'ordonnance était liée à la retraite du requérant, et le problème identifié avait en fait affecté ces retraités qui avaient vécu dans la Fédération de Bosnie et Herzégovine et qui avaient été déplacés dans la République de Srpska pendant le conflit armé des années 1990. La Cour a ordonné à l'État de se conformer à l'ordonnance de la chambre en transférant le requérant à la caisse d'allocations spécifique de l'État. L'argument de la Cour était ici que la nature de la violation en question n'a pas « laissé un véritable choix quant aux mesures exigées pour y remédier »¹⁸ – une formule qui rappelle celle des affaires *Assanidze et Illaçü*.

Dans *Naime Dogan et autres c/ la Turquie*¹⁹, la Cour a conclu à une violation quant à l'exigence d'un délai raisonnable selon l'article 6 (1). Ceci n'est qu'un exemple parmi d'autres d'une catégorie d'affaires ayant posé

¹⁵ N° 1448/04, 9 oct. 2007.

¹⁶ § 84.

¹⁷ N° 39462/03, 20 nov. 2007.

¹⁸ § 29.

¹⁹ N° 76091/01, jugement du 17 juill. 2007.

des difficultés à la Cour dans un nombre toujours plus important d'États du Conseil de l'Europe. Même si la longueur de la procédure civile en question était particulièrement excessive (20 ans depuis la ratification de la Turquie de la convention européenne, mais remontant jusqu'à 1959), pour tous les autres aspects, c'est une décision ordinaire. Ce qui est intéressant, cependant, est l'injonction de la Cour au titre de l'article 41. En plus des dommages non-pécuniaires, la Cour a expressément reconnu qu'une réparation appropriée serait octroyée par « la résolution de ces procédures dans le laps de temps le plus court possible »²⁰.

Finalement, la série « jugements pilotes » rendus par la Cour depuis 2004, peut aussi être interprétée comme une nouvelle indication de l'approche plus large de la Cour quant à l'appréciation de la satisfaction équitable²¹. Dans des affaires semblables, la Cour a accepté l'invitation inscrite dans la résolution de mai 2004 du Comité des Ministres pour la Cour afin de prendre de nouvelles mesures pour aider des États à identifier les problèmes sous-jacents. La résolution invitait la Cour : « dans toute la mesure du possible, à identifier dans les arrêts où elle constate une violation de la Convention ce qui, d'après elle, révèle un problème structurel sous-jacent et la source de ce problème, en particulier lorsqu'il est susceptible de donner lieu à de nombreuses requêtes, de façon à aider les États à trouver la solution appropriée et le Comité des Ministres à surveiller l'exécution des arrêts »²².

On laisse entendre que la Cour n'a pas clairement tracé les circonstances dans lesquelles elle ordonnera des mesures de satisfaction équitable qui vont au-delà du caractère déclaratoire. Cependant, l'auteur a précédemment cherché à soutenir qu'il peut être discerné de la jurisprudence de la Cour les facteurs appropriés suivants²³ : si les conséquences négatives résultant de la violation peuvent être réparées par le paiement de la satisfaction équitable ; si la mesure en question est la seule mesure qui puisse être prise pour remédier à une violation particulière ; s'il y a un besoin urgent de mettre fin à une violation continue ; l'étendue du caractère

²⁰ § 34.

²¹ *V. Broniowski c/ Pologne*, n° 31443/96, jugement du 22 juin 2004 ; *Lukenda c/ Slovénie*, n° 23032/02, jugement du 6 oct. 2005 ; *Xenides-Arestis c/ Turquie*, n° 46347/99, jugement du 22 déc. 2005 ; *Scordino c/ Italie* (n°1), n° 36813/97, jugement du 29 mars 2006 ; *Hutten-Czapska c/ Pologne*, n° 35014/97, jugement du 19 juin 2006 ; *Driza c/ Albanie et Ramadhi et autres c/ Albanie*, n°s 33771/02 & 38222/02, jugement du 13 nov. 2007 ; *Burdov c/ Russie* (n° 2), n° 33509/04, 15 janv. 2009. En ce qui concerne les jugements pilotes, voir la recherche menée par le Human Rights and Social Justice Research Institute à la London Metropolitan University : <http://www.londonmet.ac.uk/research-units/hrsj/research-projects/pilot-judgments.cfm>.

²² Résolution Res(2004)3 du Comité des Ministres sur les arrêts qui révèlent un problème structurel sous-jacent.

²³ V. O. LEACH, « Beyond the Bug River – A new dawn for redress before the European Court of Human Rights », (2005) *EHRLR* 148.

illégal ou arbitraire de la violation de la convention ; la mesure dans laquelle une mesure particulière est susceptible d'apporter un remède efficace ; les conséquences pour les tiers ; la faisabilité de la mesure ; et la question de savoir si l'affaire concerne un problème systémique ou spécifique qui est susceptible de donner lieu à de nombreuses requêtes semblables auprès de la Cour européenne.

Disparitions en Tchétchénie : le cas d'Alikhadzhiyeva c/ la Russie

Je me tourne maintenant vers l'analyse de la nature appropriée des réparations dans les affaires de disparitions forcées, avec pour référence, à titre d'illustration, le jugement de la cour dans l'affaire *Alikhadzhiyeva c/ la Russie*²⁴.

Dans cette décision, rendue le 5 juillet 2007, la première section de la Cour a conclu, en conséquence de la « disparition » du fils du requérant, Ruslan Alikhadzhiyev, à la violation des articles 2, 3, 5 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le 17 mai 2000, le requérant était à son domicile à Shali, une ville située à environ 40 km au sud-est de Grozny, avec son fils, Ruslan Alikhadzhiyev, un ancien porte-parole du Parlement tchéchène. La maison a été pillée par un groupe d'hommes armés en uniformes. M. Alikhadzhiyev a été enlevé et n'a jamais été revu.

Dans son jugement, la Cour énonce, *inter alia*, les faits suivants : que Ruslan Alikhadzhiyev a été enlevé pendant une opération effectuée à Shali par des agents d'État²⁵ ; que depuis lors il n'y avait eu aucune nouvelle fiable sur son sort²⁶ ; que son nom n'a été trouvé dans aucun des registres des centres de détention²⁷, et que le gouvernement n'avait pas soumis d'explication plausible quant à ce qui était arrivé après sa détention²⁸. Aussi la Cour conclut que le comportement des autorités face aux plaintes bien argumentées des requérants ont fait naître des doutes importants quant au caractère objectif de l'enquête²⁹ ; qu'il a été établi au-delà de tout doute raisonnable que Ruslan Alikhadzhiyev doit être présumé mort suivant sa détention non reconnue par des agents d'État³⁰ ; et que cette responsabilité pour la mort présumée doit être attribuée au gouvernement défendeur³¹.

²⁴ L'auteur a été l'un des représentants du requérant, avec Dokka Itslaev et Kirill Koroteev (Memorial) et le Professeur Bill Bowring (Birkbeck College, Université de Londres).

²⁵ § 59.

²⁶ § 60.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

²⁹ § 61.

³⁰ § 62.

³¹ *Ibid.*

La Cour a également trouvé que les autorités avaient échoué quant à l'obligation de mener une enquête pénale efficace afin de déterminer les circonstances entourant la disparition et la mort présumée de M. Alikhadzhiyev³² ; que le requérant était victime encore aujourd'hui d'angoisses et de détresse en conséquence de la disparition de son fils et de l'impossibilité de découvrir ce qui lui était arrivé³³ ; que la façon avec laquelle ses demandes avaient été traitées par les autorités sont constitutives d'un traitement inhumain³⁴ ; que M. Alikhadzhiyev a été tenu en détention dans un endroit secret sans les garanties incluses à l'article 5, ce qui a constitué une violation particulièrement grave du droit à la liberté et la sécurité³⁵ ; et que là où, comme ici, l'enquête pénale sur la personne disparue et son décès est inefficace et que l'efficacité de n'importe quel autre remède qui aurait pu existé, y compris les recours civils suggérés par le gouvernement, a été par conséquent sapée, l'État a manqué à ses obligations conformément à l'article 13 de la convention³⁶.

Ainsi le jugement de la Cour est important et d'une grande portée dans sa découverte des faits et sur la question de la responsabilité de l'État. Le plus important encore est que la première section a été en mesure de conclure qu'il y avait eu des violations tant sur le plan substantiel que sur le plan procédural du droit à la vie attribuables à l'État défendeur : les autorités russes sont responsables de la disparition et aussi du défaut d'une enquête adéquate, menant ainsi à deux violations distinctes du droit à la vie. Cependant, malgré ces « victoires » importantes pour la famille de la victime, la Cour s'est montrée incapable de résoudre un certain nombre de questions factuelles qui sont critiques dans une affaire « de disparition forcée ». La Cour a seulement été capable de dire que la mort de Ruslan Alikhadzhiyev était seulement 'présumée' ; la Cour était incapable d'établir comment, quand et où il est mort (si, en effet, il avait été tué). En outre, la Cour était tout à fait incapable d'établir qui était responsable de l'enlèvement et de la mort. Finalement, l'emplacement des restes du corps de Ruslan Alikhadzhiyev reste inconnu.

On doit dire qu'il ressort clairement des conclusions de la Cour que le gouvernement défendeur porte la responsabilité principale de l'échec quant à la résolution de ces points fondamentaux au cours de la procédure devant la Cour européenne. La Cour a fortement critiqué le gouvernement, et a considéré que le comportement des autorités face aux plaintes bien argumentées au fond du requérant a fait naître une forte présomption pour le

³² § 73.

³³ § 82.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ § 89.

³⁶ § 94.

moins en faveur d'un acquiescement de la situation et a soulevé des doutes importants quant à l'objectivité de l'enquête. La Cour a également noté l'échec du gouvernement défendeur de fournir « n'importe quelle explication plausible » quant à ce qui était arrivé. De plus, elle a expressément constaté que le requérant, la mère de Ruslan Alikhadzhiyev, a continué de subir détresse et angoisse suite à la disparition de son fils et à son incapacité de découvrir ce qui lui était arrivé.

À la lumière de ces découvertes, la question clé surgit quant à la nature de la réparation qui peut et devrait avoir lieu dans un tel cas. Il a été discuté devant la Cour que, comme composante d'une satisfaction équitable, devrait être ordonnée une enquête effective afin de faire la lumière sur la disparition du fils du requérant³⁷. Cependant, la Cour n'a pas donné de suite favorable à cette demande, et peut-être étonnamment, n'y a même pas répondu. La Cour s'est contentée d'octroyer au requérant 40.000 euros pour préjudice moral.

La Cour européenne pouvait-elle prendre une telle injonction dans un cas de disparition ? Une indication peut probablement être glanée de la position de principe adoptée par la Grande Chambre dans l'affaire *Acar c/ Turquie*³⁸, un autre cas de disparition forcée. Dans cette affaire, la Grande Chambre en réalité, « a renversé » une décision précédente de chambre en vue de radier l'affaire du rôle suite à la déclaration unilatérale du gouvernement turc. La grande chambre a déduit que : « ... dans des affaires concernant des personnes disparues ou qui ont été tuées par des auteurs inconnus et lorsque figurent au dossier des commencements de preuve venant étayer les allégations selon lesquelles l'enquête menée sur le plan interne a été en deçà de ce que requiert la Convention, une déclaration unilatérale doit pour le moins renfermer une concession en ce sens, ainsi que l'engagement, de la part du gouvernement défendeur, d'entreprendre, sous la surveillance du Comité des Ministres dans le cadre des obligations que lui confère l'article 46 § 2 de la Convention, une enquête qui soit pleinement conforme aux exigences de la Convention telles que la Cour les a définies dans des affaires antérieures semblables » (§ 84).

Ainsi, la Grande Chambre, dans *Acar*, a stipulé que pour mettre fin à un tel cas par voie de la déclaration unilatérale d'un État défendeur, l'obligation de l'État défendeur d'effectuer une enquête dans un cas de disparition non résolue devrait être incorporée dans le jugement de la Cour. Néanmoins, si l'État ne présente pas de déclaration unilatérale, la question surgit quant à savoir si une obligation de cette nature peut être incorporée dans le texte du jugement de la Cour, en vue d'être ensuite surveillée par le Comité des

³⁷ V. § 109.

³⁸ N° 26307/95, 6 mai 2003.

Ministres selon l'article 46 (2) de la Convention européenne des droits de l'homme.

Comme cela a été démontré dans la première partie de l'article, dans des circonstances particulières, la Cour peut et en pratique va plus loin qu'énoncer le caractère déclaratoire et simplement octroyer des dommages et intérêts via la satisfaction équitable. Ceci a été pendant longtemps exceptionnel (voir, par ex. *Assanidze et Ilaçu*) mais devient de plus en plus courant (voir, entre autres, *Hasan et Eylem Zengin*, *Karanovic et Naime Dogan*).

Un argument irréfutable peut être avancé dans une affaire telle que *Alikhadzhiyev*, où la Cour a constaté que le fils du requérant était la victime « d'une disparition forcée » effectuée par les autorités officielles de l'État ; dans de tels cas, la seule injonction de la Cour afin que le gouvernement défendeur s'assure qu'une enquête efficace est effectuée, sera suffisante au titre de la satisfaction équitable. Ceci s'explique par les facteurs (identifiés plus haut) qui sont pertinents en vue de l'application par la Cour de mesures plus larges de réparation. Premièrement, il est évident que dans une telle affaire, les conséquences négatives résultant de la violation ne peuvent pas être réparées de façon adéquate par le paiement d'une satisfaction équitable. Deuxièmement, enjoindre l'organisation d'une enquête est probablement la seule mesure à prendre en vue de remédier à la violation (puisque'elle pourrait mener à l'identification et à la punition des auteurs et à la découverte des restes de la victime). Troisièmement, l'étendue de l'illégalité (ou du caractère arbitraire) de la violation de la convention en cause est clairement extrêmement grave. Quatrièmement, étant donné l'étendue et la gravité des violations de droits de l'homme établies en Tchétchénie, un argument fort peut être avancé selon lequel le cas concerné, « systémique » ou un problème « spécifique », va probablement mener à de nombreuses requêtes semblables devant la Cour européenne³⁹. Cinquièmement, il n'y a aucune conséquence prévisible pour les tierces personnes qui devraient exclure une enquête ainsi ordonnée. Les facteurs restants (s'il y a un besoin urgent de mettre fin à une violation continue ; l'étendue de la réparation effective octroyée potentiellement par une mesure particulière ; et la faisabilité ou la potentialité de la mesure), sont considérés ci-dessous.

Depuis le jugement d'*Alikhadzhiyev* en juillet 2007, la Cour a donné des raisons de refuser dans des requêtes semblables de donner suite à la demande d'enjoindre une enquête lors d'une disparition. Dans *kaplanova c/*

³⁹ En mai 2009, il y avait eu 100 jugements de la Cour européenne (depuis 2005) avec constat de violations majeures de la convention en Tchétchénie pour la grande majorité des jugements. Tout dépend évidemment de ce que l'on entend par violation « systémique » ou « spécifique ».

*la Russie*⁴⁰, la Cour a déduit des preuves disponibles qu'*Isa Kaplanov et Ruslan Sadulayev* étaient détenus les 12-13 mai 2001 à la zone Staropromyslovskiy du département temporaire du ministère des Affaires intérieures de Grozny. Depuis cette date les deux hommes sont toujours disparus. La Cour a conclu dans *Kaplanova* que l'on doit « présumer morts les deux hommes à la suite de leur détention non reconnue »⁴¹.

Deux raisons peuvent être discernées concernant le refus de demander, au titre de l'article 41, la conduite d'une enquête. Premièrement, la Cour a distingué le cas de celui *Assanidze* dans lequel elle avait ordonné la libération du requérant afin de mettre fin aux violations des articles 5 (1) et 6 (1). Il n'est pas clair de savoir si la Cour considère que les violations de la convention en question sont tout à fait différentes, ou si elle souligne que la nature du jugement de la cour est différent (ou si probablement ce sont les deux raisons). Ainsi, il se pourrait bien que la Cour mette l'accent sur le fait que dans *Assanidze*, elle a spécialement ordonné à l'État défendeur, la Géorgie, que les violations continuent de cesser. On peut tenir compte de deux arguments. Dans *Kaplanova*, en plus de la découverte d'une violation du droit à la vie, la détention des deux hommes n'a pas été reconnue (ce qui est considéré comme « une faille extrêmement sérieuse »)⁴², en violation de l'article 5. La différence, cependant est que dans *Kaplanova*, pour autant que l'on dispose des informations, la détention illégale n'était pas continue. Cependant, il est absolument indéniable que la disparition devrait être classée comme une situation continue ou en cours.

En droit international on reconnaît largement la nature ininterrompue d'une disparition forcée, surgissant en particulier du déni ou de l'échec de l'État de révéler ce qui est arrivé à la victime⁴³. La Cour européenne a elle-même reconnu l'angoisse ininterrompue des parents des victimes d'une disparition forcée⁴⁴ et, en effet, dans *Alikhadzhiyeva*, la Cour a conclu que la mère de Ruslan Alikhadzhiyev avait continué de souffrir suite à sa disparition et en raison de son incapacité à découvrir ce qui était arrivé⁴⁵. Ainsi il peut être argumenté que les distinctions entre *Assanidze* et les affaires de disparition tchéchènes ne sont pas substantielles.

⁴⁰ N° 7653/02, jugement du 29 avr. 2008. V. aussi *Kulayev c/ Russie*, n° 29361/02, jugement du 15 nov. 2007.

⁴¹ § 107.

⁴² § 122.

⁴³ V. par ex., *Quinteros c/ Uruguay*, Comm. n° 107/1981, 21 juill. 1983 ; art. 17.1 de la Déclaration de 1992 ; Commentaire général, E/CN4/2001/68, annexe III, 18 déc. 2000 ; *Velasquez Rodriguez c/ Honduras*, jugement du 29 juill. 1988, § 140 ; *Blake c/ Guatemala*, jugement du 24 janv. 1998 ; art. 8 de la Convention de 2007.

⁴⁴ V. par ex., *Timurtas c/ Turquie*, jugement du 13 juin 2000, § 98.

⁴⁵ § 82.

La deuxième raison pour la Cour de refuser d'ordonner une enquête dans *Kaplanova* est liée au principe de *restitutio in integrum*. La Cour considère que « l'efficacité de l'enquête avait déjà été sapée dans ses premières étapes en raison de l'échec des autorités nationales de prendre des mesures significatives » et a conclu qu'il était donc « très douteux que la situation existant avant l'infraction pourrait être réparée »⁴⁶. Cet aspect semble constituer une défaillance supplémentaire pour la victime, l'hypothèse apparemment ayant été faite parce que l'enquête avait été si inefficace la première fois, une deuxième tentative ne devrait pas être meilleure. Si l'argument a trait au laps de temps passé, alors ce serait clairement une affaire où l'arriéré des affaires de la Cour serait extrêmement préjudiciable au requérant. Dans *kaplanova*, la requête a été déposée auprès de la Cour européenne juste huit mois après l'enlèvement de la victime, mais le jugement n'a été prononcé que huit ans plus tard.

Une enquête d'un cas de disparition non résolu pourrait reconstituer seulement vraiment la situation précédente si la victime avait été trouvée vivante et était libérée. Quand, cependant, on présume morte la victime plusieurs années après la disparition, le plus proche de ce que l'on peut espérer comme restitution serait d'obtenir la vérité sur ce qui s'est vraiment passé, qui était responsable, ainsi que la découverte et le retour des restes de la victime à la famille. L'argument est-il fait ici par la Cour concernant la probabilité en pratique d'une nouvelle enquête résolvant avec succès l'affaire après toutes les années passées ?

Si tel est le cas, un certain nombre de questions se posent. Une telle supposition par la Cour peut-elle être justifiée ? Si comme dans l'affaire *kaplanova*, où l'autorité spécifique responsable de l'arrestation et de la détention des deux hommes et où le lieu de leur détention (au moins une fois) a été localisé avec précision, peut-on vraiment défendre l'idée que des enquêteurs compétents et engagés ne pourraient pas mettre au jour bien plus que ce qui est arrivé ? Cependant, peut-être que la décision de la Cour reflète sa compréhension (non exprimée expressément) de l'absence continue d'une volonté politique réelle parmi les plus hauts échelons de l'État russe en vue d'enquêtes pénales minutieuses en Tchétchénie. Si tel est le cas, cela signifie-t-il que la Cour serait prête à ordonner des enquêtes dans une situation de post-conflit où un État défendeur a reconnu le besoin de tourner la page et d'assurer justice aux victimes de violations flagrantes de droits de l'homme ?

Le poids de ces arguments ne semble pas avoir été reconnu par le juge Spielmann dans son opinion dissidente dans l'affaire *Medova c/ Russie*⁴⁷. La

⁴⁶ § 152.

⁴⁷ N° 25385/04, 15 janv. 2009.

requête concernait la disparition d'Adam Medov, alors en déplacement en voiture depuis son domicile à Nazran, Ingushetia, en 2004. La Cour a conclu que Medov avait été enlevé par des hommes armés qui s'étaient présentés comme des officiers du FSB (service de sécurité), et qu'en l'absence de nouvelles de lui, il devait être présumé mort. En conséquence, la Cour a également conclu que les autorités avaient manqué de se conformer à leur devoir de protéger la vie de Medov, en violation de l'article 2 de la convention. La majorité de la première section de la Cour a rejeté la demande de l'épouse de Medov d'ordonner à l'État de mener une enquête effective sur la disparition de son mari. Le juge Spielmann, cependant, a argumenté que la demande de la requérante de mener une enquête conformément aux standards de la Convention aurait dû être accordée aux termes de l'Article 41. Il a noté que la Cour avait identifié de multiples lacunes dans l'enquête qui avait été conduite, dont beaucoup pourraient être réparées dans les circonstances particulières de l'affaire si une enquête était conduite même après de nombreuses années ».

Dans un discours récent devant l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, le juriste éminent Antonio Cassese a défendu l'idée selon laquelle la Cour européenne devrait se montrer plus incisive dans ses décisions relatives aux violations graves et de large ampleur. « ...lorsque la Cour fait le constat d'une violation sérieuse d'une obligation substantielle ou procédurale des articles 2, 3 ou 4, elle devrait explicitement enjoindre à l'État de mettre en place des procédures pénales afin de punir les individus responsables d'atteinte à la vie, de torture ou d'esclavage »⁴⁸. Selon Cassese, il n'existe aucune obligation juridique pour la Cour d'agir de la sorte, et en réalité une telle approche est « rendue nécessaire par l'objet et le but mêmes de la convention » et est compatible avec la notion même de justice.

II. LE DEVOIR D'ENQUÊTER COMME FORME DE RÉPARATION DANS LES AFFAIRES DE DISPARITION FORCÉE À LA LUMIÈRE DU DROIT COMPARÉ INTERNATIONAL

Je me tourne maintenant vers la question de savoir si l'examen du droit comparé est instructif à cet égard. Comme cela est bien connu, en droit international, c'est le jugement de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire de *l'Usine de Chorzów* qui a posé les principes généraux relatifs aux réparations en cas de violation du droit international.

⁴⁸ A. CASSESE, *How to ensure that the authors of gross and large-scale violations of human rights are brought to book*, speech to PACE, 24 June 2009. Cf. http://www.coe.int/t/dc/files/pa_session/June_2009/20090624_disc_Cassese_en.asp.

La Cour permanente a considéré ce qui suit : « Le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et établir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis »⁴⁹.

Ce qui constitue une « réparation » varie clairement, en fonction des circonstances spécifiques de chaque cas, de la nature précise et de la portée du préjudice, puisque ce qui est exigé est une évaluation de la réparation qui correspond au dommage en question. L'affaire de *l'Usine de Chorzów factor* a toujours autorisé au niveau international en la matière et a été une source d'inspiration pour la Cour internationale de Justice, par exemple, dans l'affaire *Avena*⁵⁰, pour la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans la jurisprudence discutée ci-dessous et pour la Cour européenne dans le cas de *Papamichalopoulos* (*supra*).

En évaluant la question particulière des réparations, ou de la « satisfaction équitable », dans un cas de disparition, la Cour européenne devrait assurément examiner le cadre légal international sur les disparitions forcées⁵¹. L'obligation des États d'effectuer une enquête prompte, minutieuse et impartiale a été établie à l'article 13 de la Déclaration de 1992 sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées⁵². Le cadre juridique international sera significativement renforcé par l'entrée en vigueur de la convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, adoptée par l'ONU lors de l'Assemblée générale du 20 décembre 2006⁵³. C'est le premier instrument universel contraignant de droits de l'homme à établir une prohibition absolue des disparitions forcées. Il a été ouvert à la signature le 6 février 2007⁵⁴. L'article 12.1 de la convention établit une obligation des États d'examiner les allégations de disparitions promptement et de façon impartiale et, si nécessaire, de « procéder sans délai à une enquête approfondie et impartiale ».

⁴⁹ CPJI, fond, 13 sept. 1928, A n° 17, p. 46.

⁵⁰ CIJ, *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexico c/ EU)*, Rapport CIJ 2004, p.12 et s.

⁵¹ La Cour européenne a adopté une position constante selon laquelle « la Convention doit s'interpréter à la lumière des règles d'interprétation énoncées dans la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités » (v. par ex., *Loizidou c/ Turquie*, 18 déc. 1996, § 43 ; *Bankovic et autres c/ Belgique et autres*, n° 52207/99, 12 déc. 2001, § 57).

⁵² Assemblée générale, résolution 47/133 du 18 déc. 1992.

⁵³ Texte disponible sur <http://www.ohchr.org/english/law/disappearance-convention.htm>.

⁵⁴ Il entrera en vigueur après le dépôt du 20^e instrument de ratification ou accession. Au 2 juillet 2009, il avait été signé par 81 États et a été ratifié par 10 d'entre eux. Il n'a cependant pas été signé par la Russie.

On peut également argumenter que les développements des Nations unies, de la Cour interaméricaine des droits de l'homme et de la chambre des droits de l'homme pour la Bosnie-Herzégovine, pris ensemble, établissent clairement que l'octroi de dommages et intérêts monétaires dans des affaires de disparitions est une forme insuffisante de réparation.

Le Comité des droits de l'homme a constamment rappelé aux gouvernements de prendre toutes les mesures nécessaires pour établir ce qui est arrivé aux victimes de disparitions forcées et de porter devant la justice les responsables⁵⁵. Depuis son jugement révolutionnaire dans *Garrido et Baigorria c/ l'Argentine*⁵⁶, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a enjoint aux États défendeurs d'enquêter dans les affaires de disparitions et de poursuivre leurs responsables⁵⁷. En effet la Cour interaméricaine est allée plus loin et a détaillé les aspects particuliers du devoir d'enquêter, comme le devoir de localiser, exhumer et identifier les restes de la victime⁵⁸. Dans *Trujillo Oroza c/ la Bolivie*⁵⁹, la Cour a enjoint l'État défendeur d'adopter une disposition dans son code pénal définissant la disparition forcée conformément à la définition de la convention interaméricaine de 1994. En effet, la Cour interaméricaine a expressément inclus l'obligation de l'État défendeur d'effectuer une nouvelle enquête pour les violations de droits de l'homme découvertes par la Cour dans le dispositif de ses jugements⁶⁰.

La chambre des droits de l'homme pour la Bosnie Herzégovine a ordonné aux États défendeurs, entre autres, de prendre toutes les mesures nécessaires pour localiser ou déterminer ce qui est arrivé aux victimes de disparitions forcées. Par exemple, dans les affaires *Srebrenica*⁶¹, la chambre a ordonné à la République de Serbie « de conduire une enquête significative, minutieuse et détaillée des événements ayant provoqué les violations de droits de l'homme ».

Jeter un œil sur d'autres standards internationaux sert ainsi seulement à souligner ces obligations. Par exemple, les principes contre l'impunité établissent que : « Dans les cas de disparitions forcées, la famille de la victime directe a le droit imprescriptible d'être informée du sort et/ou du lieu

⁵⁵ V. par ex., *Bleier c/ Uruguay*, Comm. n° R.7/30, 29 mars 1982 ; *Monaco c/ Argentine*, Comm. n° 400/1990, 3 avr. 1995.

⁵⁶ Jugement du 27 août 1998 (réparations).

⁵⁷ V. par ex., *Paniagua Morales et autres c/ Guatemala* (réparations), 25 mai 2001, C n° 7.

⁵⁸ V. *El Caracazo c/ Venezuela*, jugement du 26 nov. 2002 (réparations).

⁵⁹ Jugement du 27 févr. 2002 (réparations).

⁶⁰ V. parmi beaucoup d'autres faisant autorité, le jugement *El Amparo c/ Venezuela* (réparations) du 14 sept. 1996, Série C n° 28, § 61 et élément 4 du dispositif ; le jugement *Garrido et Baigorria c/ Argentine* (réparations) du 27 août 1998, Série C n° 39, § 68-74 et le point 4 du dispositif ; le jugement *Castillo Paez c/ Pérou* (réparations) du 27 nov. 1998, Série C n° 43, point 2 du dispositif ; le jugement *Barrios Altos c/ Pérou* (fonds) du 14 mars 2001, Série C n° 75, point 5 du dispositif.

⁶¹ *Selimovic et autres c/ République serbe*, jugement du 7 mars 2003.

où se trouve la personne disparue et, en cas de décès, le corps doit lui être restitué dès son identification, que les auteurs aient ou non été identifiés ou poursuivis »⁶².

Les principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire⁶³ stipulent que « Dans les affaires des violations graves de droits de l'homme internationaux les violations légales et sérieuses de loi humanitaire internationale constituant des crimes conformément à la loi internationale, des États ont le droit d'examiner et, s'il y a la preuve suffisante, le droit de se soumettre à la poursuite de la personne prétendument responsable de la violation et, si reconnu coupable, le devoir (droit) de punir elle ou lui » (principe 4).

Dans son rapport de 2002 à la Commission des droits de l'homme de l'ONU, Manfred Nowak a souligné l'importance fondamentale de l'obligation d'enquête comme composante de réparation : « [le gouvernement] est conformément à une obligation d'effectuer en profondeur l'enquête par tous les moyens appropriés, y compris des exhumations, établir la vérité du destin et de l'emplacement des personnes disparues et des auteurs de la disparition. Les autorités sont aussi tenues à une obligation d'appeler en justice les auteurs »⁶⁴.

L'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe s'est prononcée sur de tels standards internationaux en confirmant dans sa résolution du 3 octobre 2005 que le droit à réparation devrait inclure « la communication de tous les faits pertinents à la suite d'une enquête approfondie et l'engagement de poursuites contre les auteurs »⁶⁵. En outre, les familles des disparus doivent être reconnues comme « victimes » et donc bénéficier des dispositions de la Recommandation (2006) 8 du Comité des ministres sur l'aide aux victimes de crime⁶⁶.

Nous ne devrions pas oublier que le phénomène de disparition forcée est mondial et en hausse. En 2005, le groupe de travail des Nations unies sur les disparitions forcées ou involontaires avait transmis plus de 51.000 affaires concernant plus de 90 pays. Le groupe de travail a souligné que le

⁶² Ensemble de principes actualisé pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 févr. 2005, v. spécialement les principes 32-38.

⁶³ Assemblée générale, résolution 60/147 du 16 déc. 2005 (disponible sur : <http://www.ohchr.org/english/law/remedy.htm>).

⁶⁴ Rapport présenté par M. Manfred Nowak, expert indépendant chargé d'étudier le cadre international actuel en matière pénale et de droits de l'homme pour la protection des personnes contre les disparitions forcées ou involontaires, E/CN.4/2002/71, 8 janv. 2002, § 88.

⁶⁵ Résolution APCoE 1463(2005), 3 oct. 2005, § 10.5.2.

⁶⁶ Rec(2006)8, 14 juin 2006.

problème est mondial, non limité à une région spécifique : « Le modèle plus commun est aujourd'hui que des disparitions à grande échelle arrivent dans des États souffrant de conflit interne, comme dans le cas de la Colombie, le Népal, la Fédération de Russie, l'Irak et le Soudan »⁶⁷.

Cependant, il demeure certainement aussi un problème significatif au sein de l'Europe. En effet, dans son rapport de 2005 à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur les disparitions forcées, le rapporteur, Christos Pourgourides, a mentionné des affaires pour Chypre, la Turquie, la Fédération de Russie, le Bélarus, l'Ukraine et l'Azerbaïdjan⁶⁸. En outre, dans le contexte du conflit armé interne dans l'ex-Yougoslavie, plus de 28000 personnes ont été annoncées comme disparues⁶⁹.

Le phénomène des disparitions en Tchétchénie en soi a été interprété par le groupe de travail des Nations Unies comme à la fois répandu et systématique⁷⁰. Les organisations de droits de l'homme ont évalué qu'il y avait eu entre 3000 et 5000 cas de disparitions en Tchétchénie depuis 1999⁷¹. L'étendue du problème a, jusqu'à un certain point, été reconnue par les autorités nationales : au 1^{er} mars 2007, 2 800 personnes ont été inscrites comme enlevées, disparues et manquantes en Tchétchénie, selon l'Ombudsman pour les droits de l'homme de la République tchétchène⁷². La première section de la Cour dans le jugement *Alikhadzhiyeva* a exprimé sa « préoccupation majeure qu'un certain nombre de cas soumis à elle, suggèrent que le phénomène des 'disparitions' est bien connu en Tchétchénie » et noté qu'« un certain nombre de rapports internationaux vont dans la même direction »⁷³. Nous devrions aussi rappeler que l'article 5 de la convention 2007 stipule que « la pratique répandue ou systématique de disparition forcée constitue un crime contre l'humanité ».

En ce qui concerne les décisions de la Cour européenne dans une série de circonstances différentes, cet article a cherché à démontrer qu'il peut être complètement approprié pour la Cour, tout en restant dans le cadre de ses pouvoirs, d'octroyer une réparation qui aille au-delà du caractère

⁶⁷ Groupe de Travail sur les disparitions forcées ou involontaires, Rapport annuel pour 2005, E/CN.4/2006/56, 27 déc. 2005, § 4.

⁶⁸ Disparitions forcées, Rapport au Comité des Affaires juridiques et des droits de l'homme, PACE, Doc. 10679, 19 août 2005.

⁶⁹ T. SCOVAZZI & G. CITRONI, *The struggle against Enforced Disappearance and the 2007 United Nations Convention*, Martinus Nijhoff, 2007, p. 65.

⁷⁰ UNGWEID, Rapport annuel pour 2005, E/CN.4/2006/56, 27 déc. 2005, § 452.

⁷¹ V. par ex., *The Dirty war in Chechnya : Forced disappearances, Torture and summary executions*, Human Rights Watch, 2001 ; T. Scovazzi & G. Citroni, *The Struggle against Enforced Disappearance and the 2007 United Nations Convention*, Martinus Nijhoff, 2007, p. 64.

⁷² V. *Russian Federation : what justice for Chechnya's disappeared ?* Amnesty International, EUR 46/026/2007, juill. 2007.

⁷³ § 61.

déclaratoire et de la détermination de dommages et intérêts. En outre, il serait entièrement justifié d'appliquer cette jurisprudence pour ce phénomène croissant « de disparitions » forcées. Dans des circonstances dans lesquelles le devenir et la localisation des restes de personnes demeurent non résolus, les conséquences négatives résultant des violations de conventions diverses ne peuvent pas clairement être compensées simplement par le paiement de dommages et intérêts ; une injonction qu'une enquête prompte, minutieuse et impartiale soit effectuée, est vraiment la seule mesure qui pourrait être prise pour remédier à la violation de droits multiples résultant d'un cas « de disparition ». Le cadre juridique international reconnaît la nature ininterrompue d'une disparition forcée. L'étendue grave de l'illégalité dans de tels cas est en soi évidente. De plus, toute préoccupation relative à la faisabilité ou au caractère réalisable de l'enquête ordonnée par la Cour ne devrait pas avoir d'impact ; en soi une telle exigence est excellente, et est une mesure dont l'exécution peut être aisément surveillée par le Comité des ministres⁷⁴.

⁷⁴ Selon l'article 46(2) de la CourEDH, tel que confirmé par la Grande Chambre dans *Acar c/ Turquie*.