



GRUPE DE TRAVAIL SUR LES DISPARITIONS FORCÉES OU INVOLONTAIRES

Compilation d'Observations générales sur la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées

Table des matières

| | |
|--|----|
| Observation générale sur l'article 3 de la Déclaration (seulement en anglais)..... | 1 |
| Observation générale sur l'article 4 de la Déclaration (seulement en anglais)..... | 4 |
| Observation générale sur l'article 10 de la Déclaration..... | 5 |
| Observation générale sur l'article 17 de la Déclaration..... | 8 |
| Observation générale sur l'article 18 de la Déclaration..... | 11 |
| Observation générale sur l'article 19 de la Déclaration | 15 |
| Observation générale sur la définition de la disparition forcée | 16 |
| Observation générale sur les disparitions forcées en tant que crime contre l'humanité..... | 21 |
| Observation générale sur la disparition forcée en tant que crime continu..... | 25 |
| Observation générale sur le droit à la vérité dans le contexte des disparitions forcées..... | 28 |

Observation générale sur l'article 3 de la Déclaration¹

“48. Article 3 of the Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance stipulates that "each State shall take effective legislative, administrative, judicial or other measures to prevent and terminate acts of enforced disappearance in any territory under its jurisdiction". This is a broad obligation which is assumed by States and is primarily an obligation to do something. This provision cannot be interpreted in a restrictive sense, since what it does is to serve as the general model for

¹ Ce document n'a pas été traduit en langue française. Il est disponible seulement en anglais. *Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances 1995. Document E/CN.4/1996/38.*

the purpose and nature of the measures to be taken, as well as for the content of the international responsibility of the State in this regard.

49. The purpose of the measures to be taken is clear: "to prevent and terminate acts of enforced disappearance". Consequently, the provision calls for action both by States in any territory under its jurisdiction of which acts of enforced disappearance might have occurred in the past and by States in which such acts have not occurred. All States must have appropriate machinery for preventing and terminating such acts and are therefore under an obligation to adopt the necessary measures to establish such machinery if they do not have it.

50. With regard to the nature of the measures to be taken, the text of the article clearly states that legislative measures are only one kind. In referring to "legislative, administrative, judicial ..." measures, it is clear that, as far as the Declaration is concerned, it is not enough to have formal provisions designed to prevent or to take action against enforced disappearances. It is essential that the entire government machinery should adopt conduct intended for this purpose. To this end, administrative provisions and judicial decisions play a very important role.

51. The article also refers to "other measures", thus making it clear that the responsibility of the State does not stop at legislative, administrative or judicial measures. These are mentioned only by way of example, so it is clear that States have to adopt policy and all other types of measures within their power and their jurisdiction to prevent and terminate disappearances. This part of the provision must be understood as giving the State a wide range of responsibility for defining policies suited to the proposed objective.

52. It is, however, not enough for legislative, administrative, judicial or other measures to be taken, since they also have to be "effective" if they are to achieve the objective of prevention and termination. If the facts showed that the measures taken were ineffective, the international responsibility of the State would be to take other measures and to adapt its policies so that effective results would be achieved. The main criterion for determining whether or not the measures are suitable is that they are effective in preventing and, as appropriate, terminating acts of enforced disappearance.

53. Consequently, the provision contained in article 3 must be understood as the general framework for guiding States and encouraging them to adopt a set of measures. It must be understood that the international responsibility of States in this regard arises not only when acts of enforced disappearance occur, but also when there is a lack of appropriate action to prevent or terminate such acts. Such responsibility derives not only from omissions or acts by the Government and the authorities and officials subordinate to it, but also from all the other government functions and mechanisms, such as the legislature and the judiciary, whose acts or omissions may affect the implementation of this provision.”

Observation générale sur l’article 4 de la Déclaration²

“54. Article 4.1 of the Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance stipulates that "all acts of enforced disappearance shall be offences under criminal law punishable by appropriate penalties which shall take into account their extreme seriousness". This obligation applies to all States regardless of whether acts of enforced disappearance actually take place or not. It is not sufficient for Governments to refer to previously existing criminal offences relating to enforced deprivation of liberty, torture, intimidation, excessive violence, etc. In order to comply with article 4 of the Declaration, the very act of enforced disappearance as stipulated in the Declaration must be made a separate criminal offence.

55. The preamble of the Declaration defines the act of enforced disappearance "in the sense that persons are arrested, detained or abducted against their will or otherwise deprived of their liberty by officials of different branches or levels of Government, or by organized groups or private individuals acting on behalf of, or with the support, direct or indirect, consent or acquiescence of the Government, followed by a refusal to disclose the fate or whereabouts of the persons concerned or a refusal to acknowledge the deprivation of their liberty, which places such persons outside the protection of the law". States are, of course, not bound to follow strictly this definition in their criminal codes.

² Ce document n’a pas été traduit en langue française. Il est disponible seulement en anglais. *Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances 1995*. Document E/CN.4/1996/38.

They shall, however, ensure that the act of enforced disappearance is defined in a way which clearly distinguishes it from related offences such as enforced deprivation of liberty, abduction, kidnapping, incommunicado detention, etc. The following three cumulative minimum elements should be contained in any definition:

- (a) Deprivation of liberty against the will of the person concerned;
- (b) Involvement of governmental officials, at least indirectly by acquiescence;
- (c) Refusal to disclose the fate and whereabouts of the person concerned.

56. The term "offences under criminal law" refers to the relevant domestic criminal codes that are to be enforced by competent ordinary courts, i.e. neither by any special tribunal, in particular military courts (art. 16.2 of the Declaration), nor by administrative agencies or tribunals. The persons charged with the offence of enforced disappearance shall enjoy all guarantees of a fair trial established in international law (art. 16.4 of the Declaration).

57. It falls into the competence of States to establish the appropriate penalties for the offence of enforced disappearance in accordance with their domestic legal standards. They shall, however, take into account the "extreme seriousness" of acts of enforced disappearance. In the absence of mitigating circumstances, appropriate penalties, therefore, in principle mean prison sentences.

58. According to article 4.2, "mitigating circumstances may be established in national legislation for persons who, having participated in enforced disappearances, are instrumental in bringing the victims forward alive or in providing voluntarily information which would contribute to clarifying cases of enforced disappearance". This provision must, however, be read in conjunction with article 18 which states:

- "1. Persons who have, or are alleged to have committed offences referred to in article 4, paragraph 1, above, shall not benefit from any special amnesty law or similar measures that might have the effect of exempting them from any criminal proceedings or sanction.

"2. In the exercise of the right of pardon, the extreme seriousness of acts of enforced disappearance shall be taken into account."

Observation générale sur l'article 10 de la Déclaration³

22. L'article 10 de la Déclaration est l'un des outils les plus utiles et les mieux adaptés pour veiller à ce que les Etats se conforment à l'engagement général qu'ils ont pris de ne pas commettre, autoriser ou tolérer d'actes conduisant à des disparitions forcées (art. 2) et de prendre des mesures législatives, administratives, judiciaires et autres mesures efficaces pour prévenir et éliminer de tels actes (art. 3).

23. Une mesure législative, administrative et judiciaire importante, énoncée au paragraphe 1 de l'article 10, stipule : "Toute personne privée de liberté doit être gardée dans des lieux de détention officiellement reconnus et être déférée à une autorité judiciaire, conformément à la législation nationale, peu après son arrestation". Cette clause associe trois obligations qui, à condition d'être respectées, sont de nature à prévenir efficacement les disparitions forcées : lieux de détention reconnus, durée limitée des internements administratifs et de la détention avant jugement, intervention de l'autorité judiciaire.

24. Tout d'abord, la personne privée de liberté doit être "gardée dans des lieux de détention officiellement reconnus". Cela signifie que ces lieux doivent avoir un statut officiel - qu'ils appartiennent à la police, à l'armée ou autre - et qu'ils doivent toujours être clairement identifiables et reconnus comme tels. L'intérêt de l'Etat ne saurait être invoqué en aucune circonstance, pas même l'état de guerre ou les situations d'exception, pour justifier ou légitimer l'existence de centres ou lieux de détention secrets qui, par définition et dans tous les cas, constitue une violation de la Déclaration.

25. Cette première obligation est renforcée par les dispositions énoncées aux paragraphes 2 et 3 de l'article 10.

³ *Rapport du Group de travail sur les disparitions forcées ou involontaires de 1996.* Document E/CN.4/1997/34.

26. Le paragraphe 2 stipule que des informations sur le lieu de détention de ces personnes "sont rapidement communiquées aux membres de leur famille, à leur avocat ou à toute personne légitimement fondée à connaître ces informations, sauf volonté contraire manifestée par les personnes privées de liberté". Il ne suffit donc pas que le lieu de détention soit officiellement reconnu; des informations le concernant doivent être tenues à la disposition des personnes mentionnées dans le paragraphe précité. Ne pas disposer de ces informations ou faire obstacle à leur communication doit donc être considéré comme constituant des violations de la Déclaration.

27. Le paragraphe 3 énonce une disposition essentielle, car il prescrit de tenir à jour des registres de toutes les personnes privées de liberté, ainsi que de tenir les informations figurant sur ces registres à la disposition des personnes mentionnées au paragraphe 2 et de toute autorité habilitée par la législation nationale ou le droit international, y compris le Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires. Le Groupe a pour mission de faire la lumière sur le sort des personnes disparues et sur l'endroit où elles se trouvent, et de veiller à ce que les Etats se conforment à la Déclaration. Un principe important est que l'information doit non seulement exister, mais aussi être tenue à la disposition des membres de la famille, mais également de toute une série d'autres personnes. L'obligation minimum à cet égard est la tenue d'un registre d'écrou à jour dans tout centre ou lieu de détention, si bien que le fait de se conformer d'une manière purement formelle à cette obligation en établissant un simple fichier ne saurait suffire; chaque registre doit être tenu à jour en permanence, de telle sorte que les renseignements qu'il contient couvrent toutes les personnes détenues dans ledit centre ou lieu de détention. Toute autre pratique constituerait une violation de la Déclaration. Il est également stipulé que les Etats doivent prendre des mesures pour tenir des registres centralisés. Ces registres permettent de retrouver la trace de toute personne qui a pu être privée de liberté, car il n'est pas toujours possible d'obtenir des informations précises sur l'endroit où a été emmenée telle ou telle personne, ce que permet un registre centralisé tenu à jour. Dans certains pays où règne une situation complexe, il peut être difficile d'envisager la création immédiate d'un registre centralisé, mais l'obligation minimum à cet égard est de "prendre des mesures" en ce sens; ces mesures doivent évidemment être efficaces et produire progressivement des résultats. Ne pas prendre de mesures équivaldrait à une violation de la Déclaration.

28. La deuxième obligation, qui vient compléter la disposition précédente relative aux lieux de détention et à la mise à disposition de l'information, est de s'assurer que toute personne privée de liberté "est déférée à une autorité judiciaire". Il ne suffit pas que le lieu où la personne est détenue soit "un lieu de détention officiellement reconnu" ou que des informations exactes soient communiquées à ce sujet. La Déclaration prend en considération un aspect plus fondamental de la détention en stipulant que l'internement administratif ou la détention avant jugement sont des mesures éminemment provisoires, et que la personne privée de liberté doit être déférée à une autorité judiciaire. Cette obligation vient s'ajouter aux précédentes.

29. La troisième obligation est que la personne en question soit déférée à une autorité judiciaire "peu après son arrestation". L'accent est ainsi mis davantage encore sur le caractère transitoire et provisoire de l'internement administratif ou de la détention avant jugement, qui ne constituent pas en eux-mêmes une violation du droit international ou de la Déclaration, sauf s'ils se prolongent indûment et que la personne détenue n'est pas déférée rapidement à l'autorité judiciaire. Ainsi, dès lors que la durée de la détention est excessive ou que le détenu, n'étant pas inculpé, ne peut être traduit devant un tribunal, il y a violation de la Déclaration. Le fait que cette clause ne fixe pas de limite à la durée de l'internement administratif ne saurait être interprété comme laissant une latitude sans borne, car la notion même de durée raisonnable et proportionnée, et l'esprit même de cette disposition, exigent que le délai en question soit aussi bref que possible, c'est-à-dire de quelques jours tout au plus, ceci étant la seule interprétation possible de l'expression "peu après son arrestation".

30. La Déclaration ne permet en aucun cas de déroger aux obligations énoncées à l'article 10. Dès lors, même l'existence de l'état d'urgence ne saurait justifier le non-respect de celles-ci. Du reste, se conformer à toutes ces exigences est une condition minimum pour que l'on puisse considérer que l'Etat intéressé applique effectivement les dispositions dudit article. A cet égard, on se référera à la doctrine du Comité des droits de l'homme concernant le paragraphe 3 de l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et à d'autres textes pertinents des Nations Unies relatifs à l'internement administratif.

Observation générale sur l'article 17 de la Déclaration⁴

25. Afin d'appeler d'une manière plus efficace l'attention des gouvernements sur les obligations découlant de la Déclaration, le Groupe de travail a décidé d'adopter, en se fondant sur son expérience en matière de coopération avec les gouvernements au sujet des communications, une observation générale sur les dispositions de la Déclaration qui pourraient nécessiter des éclaircissements.

26. À sa soixante et unième session, le Groupe de travail a adopté l'observation générale ci-dessous sur l'article 17 de la Déclaration. Cet article se lit comme suit :

"1. Tout acte conduisant à une disparition forcée continue d'être considéré comme un crime aussi longtemps que ses auteurs dissimulent le sort réservé à la personne disparue et le lieu où elle se trouve et que les faits n'ont pas été élucidés.

2. Lorsque les recours prévus à l'article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne peuvent plus être utilisés, la prescription relative aux actes conduisant à des disparitions forcées est suspendue jusqu'au moment où ces recours peuvent être utilisés à nouveau.

3. S'il y a prescription des actes conduisant à des disparitions forcées, le délai de prescription doit être de longue durée et en rapport avec l'extrême gravité du crime."

27. L'article 17 énonce des principes fondamentaux visant à définir les disparitions forcées et leurs conséquences au niveau pénal. Le contenu et l'objet général de l'article visent à instaurer des conditions propres à garantir que les responsables d'une disparition forcée soient traduits en justice selon une approche restrictive de la prescription. L'article 17 est complété par les dispositions des articles 1, 2, 3 et 4 de la Déclaration.

28. La définition de la disparition forcée en tant qu'infraction continue (par. 1) revêt une importance capitale pour ce qui est d'établir les responsabilités de l'État. En outre, l'article 17 fixe des règles très restrictives. Il vise à empêcher les responsables de

⁴ *Rapport du Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires, 2000.* Document E/CN.4/2001/68.

disparitions forcées de bénéficier de la prescription. Il peut être interprété comme ayant pour objet de restreindre au maximum la possibilité qu'ont lesdits responsables de bénéficier de la prescription. Dans le même temps, comme le Code pénal de nombreux pays prévoit une prescription pour différentes infractions, le paragraphe 2 suspend cette prescription lorsque les recours prévus à l'article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne peuvent plus être utilisés. Le Pacte mentionne en particulier la possibilité de disposer "d'un recours utile" lorsqu'une violation des droits de l'homme "a été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles".

29. Dans ses décisions, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a maintes fois exprimé un point de vue pleinement conforme aux dispositions de l'article 17. Dans son jugement du 29 juillet 1988 dans l'affaire Velásquez Rodríguez ainsi que son jugement dans l'affaire Blake, la Cour a estimé que compte tenu du caractère continu de la disparition forcée elle-même l'État était tenu d'effectuer des recherches jusqu'à ce que la victime soit retrouvée (par. 181). En justifiant sa décision, dans son jugement du 2 juillet 1996, dans l'affaire Blake, la Cour a expressément mentionné l'article 17 de la Déclaration (par. 37). Dans une opinion individuelle, le juge Antonio Cançado Trindade, tout en souscrivant à la teneur et à l'objet du jugement, a déclaré que l'infraction constituait une situation continue dans la mesure où elle n'a pas été commise d'une manière instantanée mais continue, et qu'elle a duré toute la période de la disparition (par. 9); il se réfère, à cet égard, à des affaires examinées par la Cour européenne des droits de l'homme dans lesquelles l'idée "d'une situation continue" avait également été prise en considération [*De Becker c. Belgique* (1960) et *Chypre c. Turquie* (1983)].

30. En plus de la jurisprudence internationale, qui contient maintes références à l'article 17, il y a les débats des tribunaux nationaux, qui, procédant de la même interprétation, ont examiné des cas de disparition forcée, notamment dans le contexte d'amnisties. En 2000, plusieurs procédures judiciaires ont été entamées au Chili, par exemple, au sujet de cas de disparition forcée qui s'étaient produits avant la loi d'amnistie de 1978, précisément sur la base du principe selon lequel le concept de "situation continue" est inhérent à la nature même d'une disparition forcée.

31. De par leur gravité, les disparitions forcées, constituent une forme de violation des droits de l'homme qui porte atteinte à plusieurs droits irrévocables avec des

conséquences évidentes en droit pénal. L'évolution récente du droit international, fait qu'il est nécessaire d'accorder clairement la priorité à la lutte contre les formes graves de violations des droits de l'homme afin que justice soit rendue et que les responsables soient punis. À cet égard, en vertu du paragraphe 2 de l'article premier de la Déclaration "Tout acte conduisant à une disparition forcée ... constitue une violation des règles du droit international, notamment celles qui garantissent à chacun le droit à la reconnaissance de sa personnalité juridique, le droit à la liberté et à la sécurité de sa personne et le 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."

32. L'interprétation de l'article 17 doit être conforme aux dispositions du paragraphe 1 de l'article premier, du paragraphe 1 de l'article 2 et des articles 3 et 4 de la Déclaration qui visent à réprimer sévèrement les actes conduisant à des disparitions forcées afin d'éliminer la pratique. Cela explique et justifie l'application restrictive de la règle de la prescription en cas d'infraction de ce type. C'est ainsi que le paragraphe 1 de l'article premier de la Déclaration stipule ce qui suit : "Tout acte conduisant à une disparition forcée constitue un outrage à la dignité humaine. Il est condamné comme étant contraire aux buts de la Charte des Nations Unies et comme constituant une violation grave et flagrante des droits de l'homme et des libertés fondamentales proclamés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, et réaffirmés et développés dans d'autres instruments internationaux pertinents." D'autre part, aux termes du paragraphe 1 de l'article 2 "Aucun État ne doit commettre, autoriser ou tolérer des actes conduisant à des disparitions forcées" alors qu'en vertu de l'article 3 "Tout État prend des mesures législatives, administratives, judiciaires et autres mesures efficaces pour prévenir et éliminer les actes conduisant à des disparitions forcées, sur tout territoire relevant de sa juridiction." La nécessité de réprimer sévèrement cette infraction est clairement énoncée au paragraphe 1 de l'article 4 qui se lit comme suit : "Tout acte conduisant à une disparition forcée est un crime passible de peines appropriées, qui tiennent compte de son extrême gravité au regard de la loi pénale."

Observation générale sur l'article 18 de la Déclaration⁵

Préambule

Le Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires se préoccupe depuis longtemps des effets des mesures juridiques qui entraînent des amnisties et des pardons, ainsi que des mesures atténuantes ou dispositions similaires qui conduisent à l'impunité pour des violations lourdes des droits de l'homme dont la disparition. Le Groupe de travail a mentionné expressément la question de l'impunité dans son rapport de 1994 (E/CN.4/1994/26), rappelant aux États leur obligation de ne pas adopter de lois qui auraient pour effet de conférer l'immunité aux auteurs de faits de disparition. Les rapports ultérieurs ont exprimé de nouveau la même préoccupation.

Le Groupe de travail suit de près l'évolution du régime international des droits de l'homme au sujet de l'impunité. Il prend pour référence les termes de la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité et rappelle les dispositions de l'article 15, paragraphe 2, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, les différentes décisions du Comité des droits de l'homme et de la Commission et de la Cour interaméricaines des droits de l'homme sur la question des amnisties ainsi que les rapports et les études indépendantes sur la question de l'impunité établis par des experts indépendants pour le système de protection des droits de l'homme relevant des Nations Unies.

L'Assemblée générale, dans ses résolutions et particulièrement dans sa résolution 57/215, "Question des disparitions forcées ou involontaires", a encouragé le Groupe de travail à "poursuivre sa réflexion sur la question de l'impunité en tenant compte des dispositions pertinentes de la Déclaration et des rapports finals présentés par les rapporteurs spéciaux désignés par la Sous-Commission". Le Groupe de travail a décidé, à sa soixante-quatorzième session, d'examiner les questions concernant les amnisties et l'impunité à ses sessions suivantes.

Le Groupe de travail a décidé de publier le commentaire général ci-après sur ce qu'il considère comme l'interprétation correcte de l'article 18 de la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la disparition forcée :

⁵ *Rapport du Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires, 2005. Document E/CN.4/2006/56*

Observation générale

1. L'article 18 de la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la disparition forcée (ci-après : la "Déclaration") doit s'interpréter conjointement avec les autres articles de la Déclaration. Les États doivent donc s'abstenir d'adopter des lois d'amnistie qui exonéreraient les auteurs de faits de disparition forcée des poursuites et des sanctions pénales et qui empêcheraient l'application correcte des autres dispositions de la Déclaration.

2. Une loi d'amnistie devrait être réputée contraire aux dispositions de la Déclaration, même si elle est entérinée par un référendum ou par une procédure de consultation similaire, dès lors que, directement ou indirectement, en conséquence de son application, elle produit l'un quelconque ou la totalité des résultats suivants :

a) Éteindre les obligations qui incombent à l'État de mettre en examen, de poursuivre et de punir les personnes responsables des disparitions conformément aux articles 4, 13, 14 et 16 de la Déclaration;

b) Prévenir, empêcher ou entraver l'octroi d'une indemnisation, d'une réhabilitation, d'une compensation et d'une réparation à la suite des disparitions forcées conformément aux dispositions de l'article 19 de la Déclaration;

c) Dissimuler le nom des auteurs des faits de disparition, en violation du droit à la vérité et à l'information qui peut être inféré de l'article 4, paragraphe 2, et de l'article 9 de la Déclaration;

d) Exonérer les auteurs de faits de disparition en les traitant comme s'ils n'avaient pas commis de tels faits et en les exemptant conséquemment de l'obligation de réparation envers la victime, en contravention des articles 4 et 18 de la Déclaration;

e) Abandonner les poursuites pénales ou clore les enquêtes contre les auteurs soupçonnés de faits de disparition ou imposer des peines négligeables pour donner à ces auteurs le bénéfice du droit de ne pas être jugés deux fois pour le même

délict, ce qui reviendrait en fait à leur accorder l'impunité, en violation de l'article 4, paragraphe 1, de la Déclaration;

3. Figurent ci-dessous des exemples de "mesures similaires" qui, même sans être inscrites dans une loi d'amnistie, seraient réputées contraires à la Déclaration :

a) Suspendre ou interrompre une enquête sur la disparition au motif qu'il est impossible d'identifier les auteurs éventuels, en contravention de l'article 13, paragraphe 6, de la Déclaration;

b) Subordonner le droit de la victime à la vérité, à l'information, à un recours, à une réparation, à la réhabilitation ou à une indemnisation, au retrait des accusations ou à l'octroi du pardon aux auteurs prétendus de la disparition;

c) Appliquer des règles de prescription brèves ou dont le délai commence à courir alors même que le crime de disparition se poursuit, étant donné la nature continue de ce crime, en violation des articles 4 et 17 de la Déclaration;

d) Appliquer des règles de prescription quand les faits de disparition constituent un crime contre l'humanité;

e) Mettre les auteurs en jugement suivant un montage qui tend à leur acquittement ou à leur condamnation à des peines négligeables, ce qui équivaudrait en fait à l'impunité.

4. Nonobstant les dispositions qui précèdent, l'article 18 de la Déclaration, interprété conjointement avec les autres dispositions de la Déclaration, autorise des mesures limitées et exceptionnelles qui conduisent directement à la prévention et à la cessation des disparitions, comme le prévoit l'article 3 de la Déclaration, même si, de prime abord, ces mesures pourraient apparaître comme ayant l'effet d'une loi d'amnistie ou d'une mesure similaire qui pourrait entraîner l'impunité.

5. En effet, dans les États où se sont produites des violations systématiques ou massives des droits de l'homme à la suite d'un conflit armé interne ou d'une période de

répression politique, des mesures législatives susceptibles de conduire à la manifestation de la vérité et à la réconciliation par la voie du pardon pourraient être le seul moyen de faire cesser ou de prévenir les disparitions.

6. Bien que les circonstances atténuantes puissent, à première vue, apparaître comme l'équivalent de mesures qui pourraient conduire à l'impunité, l'article 4, paragraphe 2, de la Déclaration les autorise dans deux cas précis : si elles contribuent à ce que les victimes soient retrouvées vivantes ou si elles permettent de recueillir des informations qui contribuent à établir le sort de la personne disparue.

7. De même, l'octroi du pardon est autorisé expressément par l'article 18, paragraphe 2, de la Déclaration pour autant que, dans son exercice, l'extrême gravité des actes conduisant à des disparitions forcées est prise en considération.

8. En conséquence, dans des circonstances exceptionnelles, si un État juge nécessaire d'adopter des lois visant à manifester la vérité et à faire cesser la pratique de la disparition forcée, ces lois peuvent être compatibles avec la Déclaration, sous réserve qu'elles respectent les limites ci-après :

a) Les sanctions pénales ne devraient pas être éliminées totalement, même si l'emprisonnement est exclu par la loi. Dans le cadre du pardon ou de l'application de mesures atténuantes, des sanctions pénales de substitution raisonnables (comme le versement d'une indemnité, le travail communautaire, etc.) devraient toujours être applicables aux personnes qui auraient, sinon, encouru une peine d'emprisonnement pour avoir commis le crime de disparition;

b) Le pardon ne devrait être accordé qu'après un processus de paix authentique ou des négociations de bonne foi avec les victimes, produisant pour résultat des excuses et l'expression de regrets de la part de l'État ou des auteurs des faits et des garanties pour prévenir les disparitions dans l'avenir;

c) Les auteurs de faits de disparition ne bénéficient pas de telles lois si l'État n'a pas rempli ses obligations d'instruire les circonstances pertinentes des disparitions, d'identifier les auteurs et de les placer en détention et d'assurer le respect du droit à la

justice, à la vérité, à l'information, à un recours, aux réparations, à la réhabilitation et à l'indemnisation au profit des victimes. Les procédures de vérité et de réconciliation ne devraient pas empêcher le fonctionnement parallèle des procédures spéciales de poursuites et d'enquête au sujet des disparitions;

d) Dans les États qui n'ont pas eu à vivre des conflits internes profonds, les enquêtes et les poursuites pénales ne peuvent pas être remplacées par des processus de manifestation de la vérité et de réconciliation mais peuvent se dérouler parallèlement à de tels processus soigneusement conçus;

e) La loi doit viser clairement, en prévoyant les mécanismes d'application appropriés, à réaliser effectivement une paix véritable et durable et à donner aux victimes des garanties que la pratique de la disparition a cessé et qu'elle ne se renouvellera pas."

Observation générale sur l'article 19 de la Déclaration⁶

72. L'article 19 mentionne en outre explicitement le droit des victimes et de leurs familles "d'être indemnisés de manière adéquate". Il incombe par conséquent aux Etats d'adopter des mesures législatives et autres en vue de permettre aux victimes de demander réparation devant les tribunaux ou des organes administratifs spéciaux habilités à accorder une indemnisation. Tout comme les victimes qui ont survécu à une disparition, leurs familles ont le droit d'être dédommagées des souffrances endurées pendant la disparition, et, en cas de décès, les personnes qui étaient à la charge de la victime ont droit à une indemnisation.

73. L'indemnisation sera "adéquate", c'est-à-dire à la mesure de la gravité de la violation des droits de l'homme (durée de la disparition, conditions de détention, etc.) et des souffrances de la victime et de la famille. Une réparation pécuniaire sera accordée pour tout dommage (préjudice physique ou mental, occasions perdues, préjudice matériel et perte de revenu, atteintes à la réputation et frais encourus pour obtenir une assistance juridique ou l'aide d'un expert) résultant d'une disparition forcée. Les actions

⁶ *Rapport du Group de travail sur les disparitions forcées ou involontaires, 1997. Document E/CN.4/1998/43.*

civiles en dommage et intérêt ne doivent pas être entravées par des lois d'amnistie, des règles de prescription ou subordonnées à l'imposition de sanctions pénales aux auteurs.

74. Le droit d'être indemnisé d'une manière adéquate d'actes ayant entraîné une disparition forcée visé à l'article 19 de la Déclaration ne doit pas être confondu avec le droit à réparation en cas d'exécution arbitraire. En d'autres termes, la jouissance du droit à réparation en cas de disparition forcée ne doit pas être tributaire du décès de la victime. "En cas de décès de la victime du fait de sa disparition forcée", sa famille a toutefois droit à une indemnisation additionnelle en vertu de la dernière phrase de l'article 19. Si l'exhumation ou des moyens de preuve similaires ne permettent pas d'établir le décès de la victime, les Etats ont l'obligation de mettre en place la procédure judiciaire nécessaire pour que la déclaration de décès soit faite ou de conférer à la victime un statut juridique similaire qui permette aux familles d'exercer leur droit à réparation. Les lois des différents pays fixeront les modalités juridiques d'une telle procédure, telles que la période pendant laquelle une personne doit avoir été portée disparue, la qualité de la personne habilitée à entamer une telle procédure, etc. En règle générale, aucune personne victime d'une disparition forcée ne sera présumée morte contre l'avis de sa famille.

75. Parallèlement à la nécessité de punir les auteurs et au droit à une réparation pécuniaire, le droit d'être indemnisé d'actes ayant conduit à une disparition forcée, au titre de l'article 19, inclut le droit de bénéficier des "moyens d'une réadaptation aussi complète que possible". Cela couvre les soins de santé physique et mentale et les services de réadaptation en cas de préjudice corporel ou mental quelle qu'en soit la nature, ainsi que la réhabilitation juridique et sociale, la garantie de non-répétition, le rétablissement des libertés personnelles, de la vie familiale et de la citoyenneté, la restitution de l'emploi ou des biens, le retour au lieu de résidence et d'autres mesures similaires de remise en état et de réparation susceptibles d'éliminer les conséquences de la disparition forcée.

Observation générale sur la définition de la disparition forcée⁷

26. Du fait de l'évolution du droit international, notamment en ce qui concerne la définition de la disparition forcée, le Groupe de travail a décidé d'élaborer une Observation générale afin de donner de la définition de la disparition forcée l'interprétation qui soit la plus propice à la protection de tous contre ce phénomène. En mars 2007, pendant sa quatre-vingt-unième session, le Groupe de travail a adopté l'Observation générale ci-après:

Preamble

Le Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires a évoqué par le passé la portée de la définition de la disparition forcée en vertu de la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (ci-après dénommée la «Déclaration»), notamment dans son Observation générale sur l'article 4 de ladite déclaration.

Aux termes de la Déclaration, il y a disparition forcée lorsque «des personnes sont arrêtées, détenues ou enlevées contre leur volonté ou privées de toute autre manière de leur liberté par des agents du gouvernement, de quelque service ou à quelque niveau que ce soit, par des groupes organisés ou par des particuliers, qui agissent au nom du gouvernement ou avec son appui, direct ou indirect, son autorisation ou son assentiment, et qui refusent ensuite de révéler le sort réservé à ces personnes ou l'endroit où elles se trouvent, ou d'admettre qu'elles sont privées de liberté, les soustrayant ainsi à la protection de la loi».

Le Groupe de travail a suivi de près l'évolution du droit international des droits de l'homme sur la question, notamment pour ce qui concerne les définitions de la disparition forcée énoncées dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale (ci-après dénommé le «Statut de Rome») et dans la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées qui vient d'être adoptée et n'est pas encore en vigueur (ci-après dénommée la «Convention

⁷ *Rapport du Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires, 2007. Document A/HRC/7/2*

internationale»), ainsi que dans la Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes (ci-après dénommée la «Convention interaméricaine»).

Le Groupe de travail note que les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme mentionnés ci-dessus, à savoir la Déclaration, la Convention internationale et la Convention interaméricaine, contiennent des définitions de la disparition forcée qui sont essentiellement analogues. Celle qui figure dans le Statut de Rome diffère des définitions énoncées dans les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme précités en ce sens qu'elle inclut a) les groupes politiques en tant qu'auteurs potentiels du crime, même s'ils n'agissent pas au nom ou avec l'appui, direct ou indirect, le consentement ou l'assentiment du gouvernement, et b) l'intention de soustraire la victime à la protection de la loi pendant une période prolongée, en tant qu'élément du crime.

Le Groupe de travail est d'avis qu'il doit interpréter la définition énoncée dans la Déclaration d'une manière qui favorise au maximum la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées.

À la lumière de ce qui précède, le Groupe de travail a décidé de publier l'Observation générale ci-après:

Observation générale

1. S'agissant des auteurs du crime, le Groupe de travail a clairement établi qu'aux fins de son action, il n'y a disparition forcée que lorsque l'acte en question est perpétré par des agents de l'État ou par des particuliers ou des groupes organisés (par exemple des groupes paramilitaires) agissant au nom, ou avec l'appui, direct ou indirect, le consentement ou l'assentiment du gouvernement.

2. Le Groupe de travail fait siennes les dispositions de l'article 3 de la Convention internationale selon lesquelles tout État partie prend les mesures appropriées pour enquêter sur les agissements comparables à des disparitions forcées qui sont l'oeuvre de personnes ou de groupes de personnes agissant sans l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement de l'État, et pour traduire les responsables en justice.

3. Dans son Observation générale sur l'article 4 de la Déclaration, le Groupe de travail a relevé que si les États n'étaient pas tenus de s'en tenir strictement dans leur Code pénal à la définition contenue dans la Déclaration, ils devaient veiller à ce que l'acte de disparition forcée soit défini d'une manière qui le distingue de crimes connexes comme l'enlèvement ou le rapt.

4. À la lumière de ce qui précède, le Groupe de travail ne considère pas comme recevables les cas d'agissements qui sont analogues à des disparitions forcées lorsqu'ils sont attribués à des personnes ou à des groupes qui n'agissent pas au nom, ou avec l'appui, direct ou indirect, le consentement ou l'acquiescement du gouvernement, comme les mouvements terroristes ou rebelles qui combattent ce gouvernement sur son propre territoire, étant donné qu'à son sens il doit s'en tenir strictement à la définition contenue dans la Déclaration.

5. Conformément au paragraphe 2 de l'article premier de la Déclaration, tout acte conduisant à une disparition forcée a pour conséquence de soustraire la victime de cet acte à la protection de la loi. Le Groupe de travail considère donc comme recevables les cas de disparition forcée que les sources portent à sa connaissance même lorsque l'information qu'elles fournissent ne prouve pas, ni même ne laisse entendre, que l'auteur avait l'intention de soustraire la victime à la protection de la loi.

6. Conformément à ses méthodes de travail, si le Groupe de travail était saisi d'informations faisant état d'une disparition forcée dont la victime a déjà été retrouvée morte, il ne jugerait pas le cas recevable et donc ne le transmettrait pas au gouvernement concerné étant donné qu'il s'agit d'un cas élucidé *ab initio* et qu'il y a éclaircissement de l'affaire lorsque le lieu où se trouve la personne disparue est clairement établi, que la victime soit vivante ou non. Mais cela ne signifie pas que pareil cas ne relèverait pas de la définition de la disparition forcée énoncée dans la Déclaration, si la privation de liberté s'est produite a) contre la volonté de la personne concernée; b) avec la participation d'agents du gouvernement, au moins indirectement, par acquiescement; et c) et si les agents de l'État ont refusé par la suite de reconnaître l'acte ou de révéler le sort réservé à la victime. Autrement dit, conformément au mandat du Groupe de travail relatif au suivi de l'application de la Déclaration, des informations de cette nature pourraient être portées à la connaissance du gouvernement concerné en

utilisant la procédure des «allégations générales» mais non celle de l'action urgente ou la procédure normale, au sens donné à ces termes dans les méthodes de travail du Groupe. Au titre de la procédure des allégations générales, le Groupe de travail inviterait le gouvernement concerné à formuler ses observations sur les mesures qui devraient être prises en vertu de la Déclaration pour enquêter sur les affaires de cette nature, traduire les responsables en justice et satisfaire au droit d'obtenir réparation, ainsi que sur les mesures propres à mettre un terme aux disparitions forcées et à les prévenir.

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

8. Dans son Observation générale sur l'article 10 de la Déclaration, le Groupe de travail a déclaré que toute détention indument prolongée constituait une violation de la Déclaration. Mais il n'entendait pas par là que la Déclaration autorise la détention de courte durée puisqu'il précisait immédiatement qu'une détention au cours de laquelle le détenu n'était pas inculpé de manière à pouvoir être déféré devant un juge constituait une violation de la Déclaration.

9. Comme le Groupe de travail l'a indiqué dans la même Observation générale, l'internement administratif ou la détention avant jugement ne constituent pas en eux-mêmes une violation du droit international. Toutefois, si une détention, même de courte durée, est suivie d'une exécution extrajudiciaire, elle doit être considérée non comme une mesure administrative ou avant jugement au titre de l'article 10 de la Déclaration, mais comme une situation ayant pour conséquence immédiate de soustraire le détenu à la protection de la loi. Le Groupe de travail considère que lorsque la dépouille de la victime est retrouvée mutilée ou portant des signes évidents de torture ou encore avec les bras ou les jambes liés, ces circonstances indiquent clairement que la détention n'a pas été suivie immédiatement d'une exécution mais que la privation de liberté a été d'une certaine durée, ne serait-ce que de quelques heures ou de quelques jours. Une

situation de cette nature constitue non seulement une violation du droit de ne pas être victime d'une disparition forcée, mais aussi du droit de ne pas être soumis à la torture, du droit à la reconnaissance de sa personnalité juridique et du droit à la vie, tels qu'énoncés au paragraphe 2 de l'article premier de la Déclaration.

10. En conséquence, une détention, suivie d'une exécution extrajudiciaire, dans les circonstances décrites ci-dessus, est bien une disparition forcée dans la mesure où cette détention ou privation de liberté est le fait d'agents du gouvernement, de quelque service ou à quelque niveau que ce soit, de groupes organisés ou de particuliers, qui agissent au nom du gouvernement ou avec son appui, direct ou indirect, son autorisation ou son assentiment, et qui, après la détention voire après l'exécution, refusent de révéler le sort réservé à la victime ou l'endroit où elle se trouve ou même de reconnaître que l'acte a été commis ».

Observation générale sur les disparitions forcées en tant que crime contre l'humanité⁸

39. Du fait de l'évolution du droit international, le Groupe de travail travaille sur une série d'observations générales, dont celle sur les disparitions forcées en tant que crime continu et violation continue des droits de l'homme. En 2009, il a mis la dernière main à une observation générale sur les disparitions forcées en tant que crime contre l'humanité, qui a été adoptée à sa quatre-vingt-septième session:

Préambule

La Déclaration de 1992 sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées confirme le lien entre disparitions forcées et crimes contre l'humanité. En son quatrième alinéa du préambule, elle affirme que la «pratique systématique [des disparitions forcées] est de l'ordre du crime contre l'humanité».

Le Groupe de travail considère que cette disposition doit être interprétée en tenant compte de l'évolution du droit depuis 1992.

⁸ *Rapport du Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires, 2009.* Document A/HRC/13/31.

À la lumière de ce qui précède, le Groupe de travail a décidé de publier l'Observation générale suivante:

Observation générale

1. La notion de crime contre l'humanité est reconnue depuis fort longtemps en droit international. Le lien entre disparitions forcées et crimes contre l'humanité a été explicitement admis par l'Assemblée générale de l'Organisation des États américains dans sa résolution 666 (XIII-0/83) de 1983, qui qualifie de crime contre l'humanité la pratique des disparitions forcées *per se*: autrement dit, tout acte de disparition forcée est considéré, aux termes de ce texte, comme un crime contre l'humanité.

2. En son sixième alinéa du préambule, la Convention interaméricaine de 1994 sur la disparition forcée des personnes réaffirme que «la pratique systématique de la disparition forcée des personnes constitue un crime de lèse-humanité».

3. L'article 18 du projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité établi en 1996 par la Commission du droit international définit le crime contre l'humanité en ces termes: «On entend par crime contre l'humanité le fait de commettre, d'une manière systématique ou sur une grande échelle et à l'instigation ou sous la direction d'un gouvernement, d'une organisation ou d'un groupe, l'un des actes ci-après.»; cette définition s'applique à tous les crimes énumérés dans l'article, au nombre desquels la disparition forcée de personnes.

4. Au paragraphe 1 de l'article 7 du Statut de Rome de 1998 portant création de la Cour pénale internationale est également donnée une définition générale de la notion de crime contre l'humanité, applicable à tous les crimes énoncés dans ce même paragraphe, y compris les disparitions forcées. Cette définition combine plusieurs critères: «Aux fins du présent Statut, on entend par crime contre l'humanité l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque».

5. L'article 5 de la Convention internationale de 2006 pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées dispose que «[l]a pratique généralisée ou systématique de la disparition forcée constitue un crime contre l'humanité, tel qu'il est défini dans le droit international applicable, et entraîne les conséquences prévues par ce droit».

6. Tout en rappelant des critères qui sont identiques à ceux énoncés dans le projet de Code de la Commission du droit international, cette disposition renvoie en fait essentiellement à d'autres instruments et sources du droit international, en parlant du «crime contre l'humanité *tel qu'il est défini dans le droit international applicable*». Les *travaux préparatoires* confirment que les États avaient pour intention non pas de donner une définition de la disparition forcée en tant que crime contre l'humanité mais surtout de rappeler que d'autres instruments et sources du droit international admettaient une telle qualification.

7. On peut conclure de la jurisprudence des tribunaux internationaux ainsi que du Statut de la Cour pénale internationale, que le crime contre l'humanité est un crime qui est commis dans certaines circonstances. En d'autres termes, le crime contre l'humanité se caractérise par des éléments contextuels. Ces éléments spécifiques permettent de différencier par exemple le meurtre en tant que crime de droit commun du meurtre commis en tant que crime contre l'humanité.

8. La même règle vaut pour les disparitions forcées, qui ne peuvent être qualifiées de crimes contre l'humanité que lorsqu'elles surviennent dans certaines circonstances.

9. En conséquence, le quatrième alinéa du préambule de la Déclaration de 1992 n'est plus conforme au droit international en vigueur. La jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux existants, comme celle des tribunaux hybrides, et le Statut de Rome de la Cour pénale internationale apportent des preuves convaincantes du droit international existant en la matière.

10. La jurisprudence des deux tribunaux pénaux internationaux spéciaux a été fixée, entre autres, par l'arrêt de la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Le Procureur c. Kunarac et consorts* (12 juin 2002, IT-96-23 et

23/1-A, voir par. 71 à 105), dans lequel la Chambre a considéré que les éléments contextuels du crime contre l'humanité étaient les suivants:

- a) Il doit y avoir eu une «attaque»;
- b) L'attaque doit avoir été dirigée contre une population civile quelle qu'elle soit;
- c) L'attaque doit avoir été généralisée *ou* systématique;
- d) L'auteur doit avoir eu connaissance de l'attaque.

11. Les mêmes éléments sont repris au paragraphe 1 de l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale, qui dispose ce qui suit: «Aux fins du présent Statut, on entend par crime contre l'humanité l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque.».

12. Le Statut de la Cour pénale internationale a été ratifié par plus d'une centaine de pays. Dans une décision historique, la Chambre préliminaire I de la Cour pénale internationale a abondamment cité l'arrêt rendu dans l'affaire *Le Procureur c. Kunarac et consorts* pour interpréter le paragraphe 1 de l'article 7 (affaire *Le Procureur c. Ahmad Muhammad Harun* («Ahmad Harun») et *Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman* («Ali Kushayb»), no ICC-02/05-01/07, Décision relative à la requête déposée par l'Accusation en vertu de l'article 58-7 du Statut, 27 avril 2007, par. 60 à 62).

13. Il convient également de noter que le paragraphe 1 de l'article 7 a été inclus dans les statuts d'autres tribunaux internationaux ou hybrides, dont le Tribunal spécial pour la Sierra Leone, les groupes spéciaux sur les crimes graves au Timor-Leste et les chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens.

14. Le Groupe de travail est donc convaincu que la définition donnée au paragraphe 1 de l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale traduit désormais le droit

international coutumier et peut par conséquent être utilisée pour interpréter et appliquer les dispositions de la Déclaration.

15. En cas d'allégations de pratique de disparitions forcées pouvant constituer un crime contre l'humanité, le Groupe de travail appréciera ces allégations à la lumière des critères énoncés au paragraphe 1 de l'article 7 du Statut de Rome, tel qu'il a été interprété par les tribunaux internationaux et hybrides et, le cas échéant, les renverra devant les autorités compétentes – internationales, régionales ou nationales.

Observation générale sur la disparition forcée en tant que crime continu⁹

Préambule

Afin d'appeler d'une manière plus efficace l'attention des États sur les obligations découlant de la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, le Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires a décidé d'adopter des observations générales sur les dispositions de la Déclaration qui pourraient nécessiter des éclaircissements.

L'observation générale ci-après complète son observation générale précédente sur l'article 17 de la Déclaration au sujet de l'interprétation du caractère continu du crime de disparition forcée.

En droit international, «(l)a violation d'une obligation internationale par le fait de l'État ayant un caractère continu s'étend sur toute la période durant laquelle le fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale» (Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, résolution 56/83 de l'Assemblée générale, paragraphe 2 de l'article 14)

Divers traités internationaux et des tribunaux internationaux, régionaux et nationaux ont reconnu que les disparitions forcées sont des faits continus et des crimes continus.

⁹ *Rapport du Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires, 2010. Document A/HRC/16/48*

Le paragraphe 1 de l'article 17 de la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées dispose notamment ce qui suit:

«Tout acte conduisant à une disparition forcée continue d'être considéré comme un crime aussi longtemps que ses auteurs dissimulent le sort réservé à la personne disparue et le lieu où elle se trouve...»

Ce caractère continu des disparitions forcées a des incidences sur l'application du principe de non-rétroactivité, au regard tant du droit des traités que du droit pénal.

L'article 28 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 dispose ce qui suit:

«À moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, les dispositions d'un traité ne lient pas une partie en ce qui concerne un acte ou fait antérieur à la date d'entrée en vigueur de ce traité au regard de cette partie ou une situation qui avait cessé d'exister à cette date.»

Dans certains États, il est d'usage, au moment de ratifier une convention, d'émettre une réserve en vertu de laquelle ladite convention ne s'applique pas aux actes antérieurs à son entrée en vigueur au regard de l'État concerné.

De même, le paragraphe 2 de l'article 11 de la Déclaration universelle des droits de l'homme est ainsi libellé:

«Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui, au moment où elles ont été commises, ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'acte délictueux a été commis.»

À la lumière de ce qui précède, le Groupe de travail a décidé de publier l'observation générale suivante:

Observation générale

1. Les disparitions forcées sont le prototype même d'actes continus. L'acte commence au moment de l'enlèvement et dure tant que le crime n'est pas terminé, c'est-à-dire jusqu'à ce que l'État reconnaisse la détention ou fournisse des informations sur le sort de l'individu ou le lieu où il se trouve.

2. Même si l'acte en question viole plusieurs droits, notamment le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique, le droit à la liberté et à la sécurité de la personne et le droit de ne pas être soumis à la torture ni à d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, et viole en outre le droit à la vie ou le met gravement en danger, le Groupe de travail considère qu'une disparition forcée est un acte unique et complet, non une combinaison d'actes. Même si certains aspects de la violation peuvent s'être terminés avant l'entrée en vigueur de l'instrument national ou international pertinent, dès l'instant que d'autres éléments de la violation durent encore et jusqu'à ce que le sort de la victime et le lieu où elle se trouve aient été établis, le Groupe de travail doit examiner son cas et l'acte ne doit pas donner lieu à une disjonction.

3. Il s'ensuit que, lorsqu'une disparition forcée a débuté avant l'entrée en vigueur d'un instrument ou avant que l'État concerné n'ait accepté la compétence de l'institution appelée à connaître de l'acte en question, le fait que la disparition continue après l'entrée en vigueur ou l'acceptation de la compétence donne à ladite institution compétence pour examiner l'acte conduisant à une disparition forcée dans son ensemble, et non pas seulement les actes ou omissions imputables à l'État considéré survenus après l'entrée en vigueur de l'instrument juridique pertinent ou l'acceptation de la compétence.

4. Le Groupe de travail considère, par exemple, que lorsqu'un État est reconnu responsable d'avoir commis un acte conduisant à une disparition forcée qui a débuté avant l'entrée en vigueur de l'instrument juridique pertinent et qui a continué après l'entrée en vigueur de ce dernier, l'État concerné doit voir sa responsabilité engagée pour toutes les violations qui découlent de la disparition forcée, et non pas seulement pour celles qui sont survenues après l'entrée en vigueur de l'instrument.

5. De même, au regard du droit pénal, le Groupe de travail est d'avis que le caractère continu de la disparition forcée a notamment pour conséquence qu'il est possible de condamner une personne pour un acte conduisant à une disparition forcée en invoquant un instrument juridique qui a été adopté après le début de la disparition forcée, nonobstant le principe fondamental de non-rétroactivité. Le crime ne peut pas donner lieu à une disjonction et la condamnation doit porter sur l'ensemble de l'acte conduisant à une disparition forcée.

6. Dans toute la mesure possible, les tribunaux et les autres institutions doivent considérer la disparition forcée comme un crime continu ou une violation des droits de l'homme continue tant que tous les éléments du crime ou de la violation ne sont pas terminés.

7. Dans les cas où une loi ou une règle de procédure semble avoir une incidence préjudiciable sur le principe de la violation continue, l'organe compétent doit interpréter la disposition en question d'une manière aussi restrictive que possible, afin qu'un recours soit fourni ou que les auteurs de la disparition soient poursuivis.

8. Dans le même esprit, les réserves qui excluent la compétence d'un tel organe s'agissant d'actes ou d'omissions commis avant l'entrée en vigueur de l'instrument juridique pertinent ou l'acceptation de la compétence de l'organe en question doivent être interprétées de manière à ne pas créer un obstacle à l'engagement de la responsabilité de l'État concerné pour un acte conduisant à une disparition forcée qui continue après cette entrée en vigueur ou cette acceptation.

Observation générale sur le droit à la vérité dans le contexte des disparitions forcées¹⁰

Préambule

Le droit à la vérité – parfois appelé le droit de connaître la vérité – dans le contexte des violations des droits de l'homme est à présent largement reconnu en droit

¹⁰ *Rapport du Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires, 2010. Document A/HRC/16/48*

international. C'est ainsi que son existence en tant que droit distinct est très souvent constatée tant au niveau international qu'à celui de la pratique des États. Le droit à la vérité n'est pas applicable uniquement aux disparitions forcées, mais la présente observation générale ne porte que sur les disparitions forcées dans le contexte de la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées.

Au niveau international, le droit à la vérité dans le contexte des disparitions forcées ou des personnes disparues est reconnu dans un certain nombre d'instruments. L'article 32 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) établit «le droit qu'ont les familles de connaître le sort de leurs membres [disparus]». L'article 24 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées de 2006 dispose notamment ce qui suit:

« Toute victime a le droit de savoir la vérité sur les circonstances de la disparition forcée, le déroulement et les résultats de l'enquête et le sort de la personne disparue. Tout État partie prend les mesures appropriées à cet égard.»

L'existence du droit à la vérité en tant que droit distinct a été reconnue par le Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires dans son tout premier rapport (E/CN.4/1435, 22 janvier 1981, par. 187). Elle a également été reconnue par divers autres organes internationaux aux niveaux mondial et régional (pour la jurisprudence pertinente, voir en particulier l'«Étude sur le droit à la vérité», rapport du Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, E/CN.4/2006/91, 8 février 2006); et par des organes intergouvernementaux, notamment la Commission des droits de l'homme et, depuis, le Conseil des droits de l'homme (voir les résolutions 2005/66 du 20 April 2005 de la Commission; la décision 2/105, 27 novembre 2006; la résolution 9/11, 18 septembre 2008; et 12/12, 1er octobre 2009 du Conseil).

L'existence du droit à la vérité au regard du droit international est acceptée par la pratique des États consistant à la fois en précédents jurisprudentiels et dans la mise en place de différents mécanismes de recherche de la vérité au cours de la période qui suit les graves crises relatives aux droits de l'homme, les dictatures ou les conflits armés (voir l'«Étude sur le droit à la vérité», op. cit.). Au nombre de ces mécanismes, on peut

citer l'ouverture d'enquêtes pénales et la création de «commissions de la vérité» qui ont pour but de donner des informations sur les violations passées et, d'une façon générale, de favoriser la réconciliation entre différents groupes.

Le droit à la vérité est à la fois un droit collectif et un droit individuel. Chaque victime a le droit de connaître la vérité sur les violations qui lui ont causé un préjudice, mais la vérité doit également être dite à l'échelle de la société en tant que «protection essentielle contre le renouvellement des violations», comme le stipule le principe 2 de *l'Ensemble de principes pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité* (E/CN.4/2005/102/Add.1).

Le principe 3 de ce document précise que l'État a, corrélativement, un «devoir de mémoire»:

«La connaissance par un peuple de l'histoire de son oppression appartient à son patrimoine et, comme telle, doit être préservée par des mesures appropriées au nom du devoir incombant à l'État de conserver les archives et les autres éléments de preuve se rapportant aux violations des droits de l'homme et du droit humanitaire et de contribuer à faire connaître ces violations. Ces mesures ont pour but de préserver de l'oubli la mémoire collective, notamment pour se prémunir contre le développement de thèses révisionnistes et négationnistes.»

Le principe 4 prévoit le «droit de savoir des victimes» en tant que droit individuel:

«Indépendamment de toute action en justice, les victimes, ainsi que leur famille et leurs proches, ont le droit imprescriptible de connaître la vérité sur les circonstances dans lesquelles ont été commises les violations et, en cas de décès ou de disparition, sur le sort qui a été réservé à la victime.»

Le Groupe de travail a souvent recommandé aux États d'adopter des mesures tendant à promouvoir la vérité, l'indemnisation des victimes et la réconciliation dans leur société, comme moyen de mettre en oeuvre le droit à la vérité et le droit à réparation intégrale des victimes de disparition forcée. Se fondant sur son expérience, il a reconnu que de tels processus contribuent souvent pour beaucoup à empêcher que les

disparitions forcées ne se reproduisent et à faire la lumière sur les disparitions en révélant la réalité du sort réservé aux personnes disparues. Cela dit, il a tenu à insister sur le fait qu'il ne saurait y avoir de réconciliation entre l'État et les victimes de disparition forcée sans que la lumière soit faite sur chaque cas individuellement.

La Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (1992) énonce un certain nombre d'obligations découlant du droit à la vérité.

À la lumière de ce qui précède, le Groupe de travail a décidé d'adopter l'observation générale suivante:

Observation générale

1. Le droit à la vérité dans le contexte des disparitions forcées s'entend du droit de connaître le déroulement et les résultats d'une enquête, le sort des personnes disparues ou le lieu où elles se trouvent, les circonstances de leur disparition et l'identité du ou des responsables de cette disparition.
2. Le droit à la vérité dans le contexte des disparitions forcées doit être nettement distingué du droit à l'information et, en particulier, du droit des proches ou d'autres personnes ayant un intérêt légitime, de leurs représentants ou de leurs avocats d'obtenir des informations sur une personne privée de liberté. Le droit d'obtenir des informations sur la personne détenue ainsi que le droit intangible d'*habeas corpus* doivent être considérés comme des moyens essentiels de prévenir les disparitions forcées.
3. L'article 13 de la Déclaration reconnaît l'obligation de l'État d'instruire les cas de disparition forcée. Le paragraphe 4 de cet article précise que «(l)es résultats de l'enquête sont communiqués, sur demande, à toutes les personnes concernées à moins que cela ne compromette une instruction en cours.» Compte tenu des nouveaux développements intervenus depuis 1992, le Groupe de travail estime que la limitation figurant dans la dernière partie de ce paragraphe est à interpréter de façon restrictive. En fait, il convient d'associer étroitement les proches des victimes à l'enquête ouverte sur tout cas de disparition forcée. Le refus de communiquer des informations restreint le droit à la vérité. Une telle restriction doit être strictement proportionnée au seul but légitime, qui est d'éviter de compromettre une instruction en cours. Tout refus de

communiquer des informations quelles qu'elles soient ou de communiquer avec les proches ou, en d'autres termes, un refus global constitue une violation du droit à la vérité. La communication d'informations générales sur des questions de procédure, comme le fait que l'affaire a été confiée à un juge d'instruction, est insuffisante et doit être considérée comme une violation du droit à la vérité. L'État est tenu de faire connaître à toute personne concernée les mesures concrètes prises pour faire la lumière sur le sort et retrouver la trace de la personne disparue. Ces informations doivent notamment porter sur les mesures prises sur la base des éléments de preuve fournis par les proches ou d'autres témoins. Les nécessités de l'instruction peuvent justifier le refus de communiquer certaines informations, mais la législation nationale doit prévoir la possibilité de demander un examen judiciaire d'un tel refus de communication d'informations à toutes les personnes concernées. Cet examen doit pouvoir être demandé dès le premier refus de communication d'informations, puis, de façon suivie, pour s'assurer que la nécessité invoquée par l'autorité publique pour refuser de communiquer des informations existe toujours.

4. Le paragraphe 6 de l'article 13 prévoit ce qui suit: «Une enquête doit pouvoir être menée, selon les modalités décrites ci-dessus, tant qu'on ne connaît pas le sort réservé à la victime d'une disparition forcée.» L'obligation de poursuivre l'enquête tant qu'on ne connaît pas le sort réservé à la victime et qu'on n'a pas retrouvé sa trace découle du caractère continu des disparitions forcées (voir l'observation générale du Groupe de travail sur l'article 17 et son observation générale sur la disparition forcée en tant que violation continue des droits de l'homme et crime continu).

Le même article fait clairement comprendre que le droit des proches de connaître la vérité sur le sort des personnes disparues et le lieu où elles se trouvent est un droit absolu qui ne peut faire l'objet d'aucune limitation ou dérogation. L'État ne peut invoquer aucun but légitime ou circonstance exceptionnelle pour limiter ce droit. Ce caractère absolu découle également du fait que la disparition forcée cause «angoisse et ... chagrin» (5e alinéa du préambule de la Déclaration) à la famille, souffrance qui peut être assimilée à de la torture, ce qui découle également du paragraphe 2 de l'article 1 de la même Déclaration, lequel dispose que «(t)out acte conduisant à une disparition forcée (...) constitue une violation des règles du droit international, (...) qui garantissent (...) le droit de ne pas être soumis à la torture ni à d'autres peines ou traitements cruels,

inhumains ou dégradants.» À cet égard, l'État ne peut pas limiter le droit de connaître la vérité sur le sort des personnes disparues et le lieu où elles se trouvent car cette limitation ne fait qu'aggraver et prolonger la torture continue infligée aux proches des victimes.

5. Les principales obligations qui découlent pour l'État du droit à la vérité sont d'ordre essentiellement procédural. Il est ainsi tenu d'enquêter jusqu'à ce que la lumière ait été faite sur le sort réservé à la personne disparue et que sa trace ait été retrouvée; de faire communiquer les résultats de cette enquête aux parties concernées selon les conditions visées au paragraphe 3 de la présente observation générale; d'assurer le plein accès aux archives; et de garantir une protection maximale aux témoins, aux membres de la famille, aux juges et aux autres participants aux enquêtes. Il existe une obligation absolue de prendre toutes les mesures nécessaires pour retrouver la personne disparue, mais il n'y a pas d'obligation absolue de résultat. De fait, il arrive qu'il soit difficile ou impossible de faire la lumière sur une disparition; c'est le cas, par exemple, lorsque le corps ne peut pas, pour différentes raisons, être retrouvé. Une personne disparue peut avoir été sommairement exécutée, sans que la dépouille mortelle puisse être localisée parce que la personne qui a enterré le corps est décédée et que personne d'autre ne possède d'information sur le sort de la personne disparue. L'État n'en a pas moins l'obligation d'enquêter jusqu'à ce qu'il puisse établir par présomption le sort réservé à la personne disparue ou le lieu où elle se trouve.

Dans son observation générale sur l'article 19 (le droit à indemnisation), le Groupe de travail a bien précisé qu'«(e)n règle générale, aucune personne victime d'une disparition forcée ne sera présumée morte contre l'avis de sa famille.»

6. Le droit de connaître la vérité sur le sort d'une personne disparue et le lieu où elle se trouve englobe, lorsque son décès est confirmé, le droit pour la famille de se voir remettre ses restes et de les traiter conformément à ses traditions, sa religion ou sa culture. Les restes de la personne doivent être clairement et indiscutablement identifiés, notamment par analyse de l'ADN. L'État ou toute autre autorité ne doit pas engager le processus d'identification des restes ni prendre aucune décision en ce qui les concerne sans la pleine participation de la famille et sans informer la population des mesures prises. Les États doivent prendre les mesures nécessaires pour mettre en oeuvre, dans

les limites autorisées par les ressources à leur disposition, les compétences médico-légales et les méthodes scientifiques d'identification existantes, y compris en faisant appel à l'aide et à la coopération internationales.

7. Le droit de connaître la vérité sur le sort d'une personne disparue et le lieu où elle se trouve s'applique également aux cas des enfants nés pendant que leur mère était victime d'une disparition forcée et qui ont été illégalement adoptés par la suite. L'article 20 de la Déclaration prévoit que «l'enlèvement d'enfants (se trouvant dans cette situation), ainsi que la falsification ou la suppression de documents attestant de leur véritable identité, constituent des crimes d'une extrême gravité qui doivent être sanctionnés comme tels». Le même article prévoit également que les États «s'emploient à rechercher et identifier ces enfants et à les rendre à leur famille d'origine». En d'autres termes, l'illégalité de l'adoption doit être dévoilée. La famille de la personne disparue et l'enfant ont un droit absolu de connaître la vérité sur le lieu où se trouve l'enfant. Toutefois, le paragraphe 2 du même article s'emploie à établir un équilibre pour ce qui est de la question d'une éventuelle révision de la procédure d'adoption. Cet équilibre, qui tient compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, ne porte pas atteinte au droit de la famille d'origine de connaître la vérité ou le lieu où se trouve l'enfant.

8. En revanche, le droit de connaître la vérité sur les circonstances de la disparition n'est pas absolu. La pratique des États révèle que, dans certains cas, certaines parties de la vérité sont délibérément cachées au nom de la réconciliation. En particulier, la question de savoir s'il convient de rendre publics les noms des auteurs d'actes de disparition forcée compte tenu du droit de connaître la vérité reste controversée. On a fait valoir qu'il était inapproprié de rendre ces noms publics dans le cadre de processus tels que les «commissions de la vérité», lorsque les intéressés ne bénéficient pas des garanties juridiques en principe accordées aux personnes faisant l'objet de poursuites pénales, en particulier le droit à la présomption d'innocence. Cela étant, en vertu de l'article 14 de la Déclaration, l'État est tenu de déférer tout auteur présumé d'un acte ayant conduit à une disparition forcée «aux autorités civiles compétentes de cet État pour (qu'il fasse) l'objet de poursuites et (soit) jugé ... à moins qu'il n'a(it) été extradé dans un autre État souhaitant exercer sa juridiction conformément aux accords internationaux en vigueur dans ce domaine.»

Toutefois, dans son observation générale sur l'article 18 de la Déclaration, le Groupe de travail a noté que l'interdiction de l'amnistie prévue par l'article 18 autorisait «des mesures limitées et exceptionnelles qui conduisent directement à la prévention et à la cessation des disparitions, comme le prévoit l'article 3 de la Déclaration, même si, de prime abord, ces mesures pourraient apparaître comme ayant l'effet d'une loi d'amnistie ou d'une mesure similaire qui pourrait entraîner l'impunité.»

Le Groupe de travail a continué en ces termes:

«En effet, dans les États où se sont produites des violations systématiques ou massives des droits de l'homme à la suite d'un conflit armé interne ou d'une période de répression politique, des mesures législatives susceptibles de conduire à la manifestation de la vérité et à la réconciliation par la voie du pardon pourraient être le seul moyen de faire cesser ou de prévenir les disparitions.»

En d'autres termes, les restrictions apportées au droit à la vérité ne portent pas atteinte au droit des victimes à la justice: la décision de ne pas rendre publics les noms des auteurs des faits dans le cadre d'un processus d'établissement de la vérité n'empêche pas l'engagement de poursuites. Cela étant, la réalisation du droit à la vérité peut, dans des circonstances exceptionnelles, conduire à limiter le droit à la justice, dans les strictes limites énoncées aux paragraphes 6 et 8 de l'observation générale du Groupe de travail sur l'article 18 et compte tenu du paragraphe 3-b de cette même observation générale. En particulier, le Groupe de travail rappelle que: «(l)e pardon ne devrait être accordé qu'après un processus de paix authentique ou des négociations de bonne foi avec les victimes, produisant pour résultat des excuses et l'expression de regrets de la part de l'État ou des auteurs des faits et des garanties pour prévenir les disparitions dans l'avenir» (observation générale sur l'article 18, paragraphe 8-b). En outre, le Groupe de travail est d'avis qu'aucune limitation de ce type n'est admissible lorsque la disparition forcée constitue un crime contre l'humanité (sur la définition des disparitions forcées en tant que crime contre l'humanité, voir l'observation générale du Groupe de travail sur cette question).

9. Le droit à la vérité implique que l'État est tenu de donner pleinement accès à l'information disponible pouvant permettre de retrouver les personnes disparues. Le

paragraphe 2 de l'article 13 de la Déclaration dispose que «l'autorité compétente [pour enquêter] (doit) dispose(r) des pouvoirs et des ressources nécessaires pour mener l'enquête à bien, y compris les pouvoirs nécessaires pour obliger les témoins à comparaître et obtenir la production des pièces pertinentes ainsi que pour procéder immédiatement à une visite sur les lieux». Cette autorité doit également avoir pleinement accès aux archives de l'État. Une fois closes les investigations, les archives de ladite autorité doivent être préservées et rendues pleinement accessibles au public.

10. Enfin, il découle également du droit à la vérité que l'État est tenu d'accorder la protection et l'assistance nécessaires aux victimes, aux témoins et aux autres personnes concernées. Il est fréquent que la recherche de la vérité indispose les auteurs des faits et d'autres personnes, qui peuvent tenter de s'opposer à la manifestation de la vérité en menaçant, voire en agressant les personnes qui participent à une enquête. L'État a donc l'obligation d'assurer efficacement la protection des parties concernées. Le paragraphe 3 de l'article 13 stipule très clairement que «[d]es dispositions sont prises pour que tous ceux qui participent à l'enquête, y compris le plaignant, l'avocat, les témoins et ceux qui mènent l'enquête, soient protégés contre tout mauvais traitement et tout acte d'intimidation ou de représailles.» En particulier, l'État peut mettre en place un programme de protection des témoins et en confier la gestion à une institution indépendante.