



MEMORIE DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO
24/2023

Comitato scientifico delle Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza

Raffaele Caterina (coordinatore), Alessandra Algostino, Roberto Cavallo Perin, Elena D'Alessandro, Paolo Gallo, Enrico Grosso, Michele Graziadei, Edoardo Greppi, Daniela Izzi, Pier Giuseppe Monateri, Ugo Pagallo, Anna Maria Poggi, Michele Rosboch, Dario Tosi, Michele Vellano, Ilaria Zuanazzi.

Il diritto internazionale
per la pace e nella guerra.
Sviluppi recenti
e prospettive future

Liber amicorum
in onore di Edoardo Greppi

a cura di

ORNELLA PORCHIA, MICHELE VELLANO



UNIVERSITÀ
DI TORINO



Edizioni
Scientifiche
Italiane

Opera finanziata con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino.

Il presente volume è stato sottoposto ad un processo di revisione da parte di una commissione di lettura nominata dal Comitato Scientifico della Collana.

La commissione di lettura ha formulato un giudizio positivo sull'opportunità di pubblicare il presente volume.

PORCHIA, ORNELLA; VELLANO, MICHELE (*a cura di*)

Il diritto internazionale per la pace e nella guerra. Sviluppi recenti e prospettive future.

Liber amicorum in onore di Edoardo Greppi

Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino - 24/2023

Napoli-Torino: Edizioni Scientifiche Italiane - Università degli Studi di Torino

© 2023 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.
80121 Napoli, via Chiatamone 7
www.edizioniesi.it
info@edizioniesi.it

pp. XXII+394; 24 cm
ISBN: 978-88-495-5327-7

Prima edizione: settembre 2023
un volume in lingua italiana



Quest'opera è distribuita con Licenza Creative Commons Attribuzione - Non commerciale Non opere derivate 4.0 Internazionale

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS E CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

© 2023 Università degli Studi di Torino
10124 Torino, Via Verdi 8
www.collane.unito.it/oa/
openaccess@unito.it

ISBN: 9788875902650

Sommario

INTRODUZIONE	
<i>Collega e, ciò nonostante, Amico</i>	IX
Elenco delle pubblicazioni del Prof. Edoardo Greppi	XIII
SEZIONE PRIMA	
Prevenzione dei conflitti, soluzione delle controversie e ruolo delle organizzazioni internazionali	
FRANCESCO SALERNO	
<i>Il «canone» oggettivo di uso illegittimo della forza nel conflitto russo-ucraino</i>	3
MASSIMO IOVANE, PIERFRANCESCO ROSSI	
<i>Gli obblighi internazionali di neutralità dagli Alabama Claims alla guerra in Ucraina</i>	23
MARCO PERTILE	
<i>La soluzione dei conflitti e la cessione del territorio nel diritto internazionale: alcune considerazioni sul caso della Crimea</i>	37
PIETRO GARGIULO	
<i>Nazioni Unite, Cybersecurity e diritto internazionale</i>	53
ANDREA DE GUTTRY	
<i>L'African Union Commission on International Law ed il suo contributo al consolidamento della pace e della sicurezza nel continente africano. Una valutazione critica</i>	69
PAOLO PALCHETTI	
<i>Les sujets inscrits à l'ordre du jour : chronique de la fin annoncée des traités ?</i>	87

MANLIO FRIGO <i>Methods of dispute settlement, post-colonial restitutions and the increasing importance of due diligence in the international art trade</i>	103
--	-----

SEZIONE SECONDA

Pace e processo di integrazione europea

ROSARIO SAPIENZA <i>Primi bilanci dell'uso dello Strumento europeo per la pace. Considerazioni sulla Missione di assistenza militare dell'Unione europea in Ucraina</i>	129
--	-----

FEDERICO CASOLARI <i>Il (possibile) ruolo del diritto dell'Unione europea nella soluzione delle controversie tra Stati membri: alcune considerazioni sistemiche a partire dal caso Slovenia c. Croazia</i>	143
---	-----

FRANCESCO MUNARI <i>Prodotti della difesa e mercato interno: riflessioni sull'impatto della carenza di una politica di difesa comune su un settore strategico</i>	159
--	-----

SERGIO MARIA CARBONE <i>Contratti internazionali e sanzioni: la disciplina applicabile ai loro effetti</i>	175
---	-----

BRUNO NASCIMBENE <i>Riflessioni sul tema della cittadinanza: un diritto della persona</i>	187
--	-----

SEZIONE TERZA

Crimini internazionali e giustizia penale internazionale: sfide e risposte

FAUSTO POCAR <i>Reflections on War Crimes against the Environment and the Rome Statute</i>	197
---	-----

MICAELA FRULLI <i>Tutela dei beni culturali e obblighi di criminalizzazione: uno sguardo d'insieme sugli strumenti internazionali</i>	209
--	-----

GIULIO BARTOLINI
Modelli di implementazione a livello interno dei crimini di guerra 231

FULVIO MARIA PALOMBINO, ANTONIO MARICONDA
La difficile via per perseguire il crimine di aggressione nel conflitto russo-ucraino: sulla proposta di creare un Tribunale speciale 251

SEZIONE QUARTA
**Conflitti armati, condotta delle ostilità
e tutela dei diritti umani**

GIUSEPPE NESI
Personnes disparues et disparitions forcées dans le conflit en Ukraine : de la responsabilité de l'État à la responsabilité individuelle 275

MARCO PEDRAZZI
Le deportazioni di civili nel conflitto armato in Ucraina alla luce del diritto internazionale penale 293

ILARIA VIARENGO
Giornalisti e conflitti armati: quale protezione? 313

MARINA CASTELLANETA
La disinformazione nel conflitto in Ucraina: tra ius in bello e diritto alla libertà di espressione 327

ROGER O'KEEFE
If you want more than pieces, prepare for war: Taking seriously the peacetime obligation to prepare to safeguard cultural property in armed conflict 347

ANDREA CANNONE
I ricorsi interstatali proposti dall'Ucraina contro la Russia dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo e il trattamento dei ricorsi individuali connessi 363

GABRIELLA VENTURINI
Brevi note sull'attribuzione delle attività statali nello spazio cibernetico 387

GIUSEPPE NESI*

Personnes disparues et disparitions forcées dans le conflit en Ukraine: de la responsabilité de l'État à la responsabilité individuelle

TABLE DES MATIÈRES: 1. Introduction. – 2. Énoncés définitoires. – 3. Disparitions forcées et conflits armés. – 4. L'asymétrie dans le cas de l'agression à l'Ukraine. – 5. La responsabilité de l'État dans les systèmes de contrôle et surveillance. – 6. Questions relatives à la responsabilité pénale pour les crimes liés aux disparitions forcées. – 7. Le rôle des commissions d'enquête. – 8. Remarques finales : les États et les individus ne peuvent pas échapper leur responsabilité dans les cas de disparitions forcées dans les conflits armés même en absence de ratification de la Convention de 2007.

1. *Introduction*

Dans cet article, qui est un petit hommage à mon cher ami et collègue Edoardo Greppi, je développerais quelques brèves réflexions que j'ai présentées au cours d'une rencontre à Paris au mois d'octobre 2022, à l'occasion de la célébration du trentième anniversaire de l'adoption par l'Assemblée générale des Nations Unies de la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées. Comme on le sait, la protection internationale des droits de l'homme, le droit international humanitaire et le droit international pénal ont toujours été au centre des intérêts scientifiques de Dado, en reflétant sa grande humanité.

Parmi les autres conséquences de l'agression de la Fédération de Russie à l'Ukraine depuis le 24 février 2022, beaucoup de personnes ont disparues en Ukraine. Je me focaliserai premièrement sur les aspects juridiquement significatifs du crime de disparition forcée lors de conflits armés, et sur les informations disponibles à propos des disparitions forcées après l'agression de la Russie, même si des cas de disparitions forcées, surtout dans les régions des Donetsk et de

* Professore ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Trento.

Louhansk et en Crimée, ont eu lieu dès 2014, en coïncidence avec l'occupation de la Crimée et la diffusion de l'état de tension dans les régions citées¹. En raison de l'adhésion de la seule Ukraine dès le 14 août 2015, et non pas de la Fédération de Russie ni de la Biélorussie – un État qui semble avoir aussi joué un rôle dans les disparitions forcées au cours du conflit – à la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées de 2007, je soulignerai l'asymétrie – du point de vue juridique – entre l'Ukraine d'un côté et les deux autres États, et comment établir la responsabilité des États et punir, quand cela sera possible, les individus responsables de cet horrible crime.

Plus spécifiquement, dans les pages qui suivent, après quelques considérations de type définitoire dans la matière (paras. 2 et 3), je soulignerai l'asymétrie dans le cas de l'agression à l'Ukraine (para. 4) et la responsabilité de l'État dans le système de contrôle et surveillance (para. 5), avant de me pencher sur la responsabilité de l'individu et la criminalisation de la conduite (para. 6) et sur le rôle des commissions d'enquête (para. 7). Je peux anticiper qu'à mon avis l'asymétrie dont j'ai à peine parlé n'empêche pas de créer les conditions permettant la détermination de la responsabilité tant au niveau de l'État qu'au niveau individuel (para. 8).

2. Énoncés définitoires

Il faut d'abord préciser que «personnes portées disparues»² est une notion différente de celle de «personnes victimes de disparitions forcées»³. Ces dernières font toutes parties de la catégorie des per-

¹ Conseil des droits de l'homme, *Rapport du Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires*. Visite en Ukraine, 9-27 septembre 2019, A/HRC/42/40/Add.2. La visite dont parle le rapport a eu lieu au mois de juin de 2018.

² ICRC, *Missing persons and their families* (31 décembre 2015) <https://www.icrc.org/en/document/missing-persons-and-their-families-factsheet>, p. 1. Bien qu'il n'existe pas de définition juridique de la «personne portée disparue» en droit international, selon le CICR, «on entend (...) une personne dont la famille ignore le lieu où elle se trouve, ou qui, selon des informations fiables, a été portée disparue au regard de la législation nationale, en rapport avec un conflit armé international ou non international, une situation de violence interne ou de troubles intérieurs, une catastrophe naturelle ou toute autre situation qui pourrait exiger l'intervention d'une instance étatique compétente».

³ En revanche, la définition de la «disparition forcée» est reprise dans un certain nombre d'instruments conventionnels et d'autres instruments (Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées de 1992, Préambule,

sonnes disparues. Toutefois, la cause de la disparition d'un individu peut être différente par rapport à la disparition forcée au sens strict (*stricto sensu*). Les personnes en effet peuvent disparaître à cause de conflits armés, de violations de droits de l'homme, de catastrophes naturelles et de phénomènes migratoires⁴.

Selon l'article 2 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées de 2007,

«... on entend par «disparition forcée» l'arrestation, la détention, l'enlèvement ou toute autre forme de privation de liberté par des agents de l'État ou par des personnes ou des groupes de personnes qui agissent avec l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement de l'État, suivi du déni de la reconnaissance de la privation de liberté ou de la dissimulation du sort réservé à la personne disparue ou du lieu où elle se trouve, la soustrayant à la protection de la loi».

En essayant d'indiquer, avec précision mais très brièvement, les éléments constitutifs (les caractères distinctifs) du crime de disparition forcée on peut dire qu'il s'agit des cas dans lesquels la privation de la liberté de l'individu est liée, directement ou indirectement, à une activité de l'État. En plus, il y a la dissimulation du sort ou du lieu où la victime se trouve et, enfin, cette dernière est soustraite à la protection de la loi et est placée dans une sorte de limbe juridique.

Il faut toutefois signaler toute d'abord que la définition de disparition forcée n'est pas uniforme avec référence surtout aux responsables de la commission du crime et au rôle des États. Par exemple, selon le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, même les acteurs non étatiques peuvent être considérés responsables du crime de disparition forcée (article 7, par. 2-i). Selon l'article 3 de la Convention contre les disparitions forcées de 2007 certains actes qui portent à la disparition forcée peuvent être commis par des individus et par des groupes de personnes qui n'agissent pas avec l'acquiescement ou la tolérance ou le soutien d'un État; toutefois, dans ces cas, l'État a l'obligation d'investiguer et de punir les responsables, comme a été

§ 3; Convention interaméricaine sur la disparition forcée de personnes de 1994, art. II; Statut de Rome de la Cour pénale internationale, art. 7(2)(i); Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées de 2007, art. 2). Sur le phénomène des disparitions forcées et sur la Convention de 2007 on ne peut que renvoyer à T. SCOVAZZI ET G. CITRONI, *The Struggle against Enforced Disappearance and the 2007 United Nations Convention*, Leiden-Boston 2007.

⁴ ICMP, *Who are The Missing?*, <https://www.icmp.int/the-missing/who-are-the-missing/>.

réitéré récemment par le Comité contre les disparitions forcées, dans une déclaration au sujet de « disparitions forcées et acteurs non étatiques »⁵. Enfin, depuis 2019, le Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires a documenté des cas qui ont été définis comme « enlèvements assimilables à des disparitions forcées commis par des acteurs non étatiques » exerçant un contrôle effectif ou des fonctions de type gouvernemental sur un territoire ou la population⁶.

Quoi-qui-il-en soit de la définition de personnes victimes de disparitions forcées et des analogies et différences avec celle de personnes portées disparues, je voudrai maintenant tracer les éléments essentiels qui recourent en cas de disparitions forcées lors de conflits armés en général, et faire référence à ce que s'est passé à ce propos en Ukraine dans la dernière année et demie.

3. *Disparitions forcées et conflits armés*

a) En général.

Afin d'être synthétique, je vais énoncer une série de points, dont aucuns très élémentaires, à propos du phénomène des disparitions forcées lors de conflits armés qui peuvent toutefois être utiles dans le suivi de cet article. Premièrement on doit souligner que les disparitions forcées peuvent être perpétrés tant en temps de paix qu'en temps de conflits armés, et aucune circonstance peut être invoquée pour les justifier⁷. Il faut aussi noter qu'il n'y a aucune référence aux disparitions forcées en tant que telles dans les traités de droit international humanitaire. La règle 98 de l'étude du Comité internatio-

⁵ Committee on Enforced Disappearances, *Statement on «non-State actors in the context of the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearances»*, 31 mars 2023, CED/C/10, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CED%2FC%2F10&Lang=en. Voir, en particulier, les paras. 18-22. Selon le para. 20, «Under article 3 of the Convention, States parties have the obligation to take appropriate measures to investigate acts defined in article 2 committed by persons or group of persons acting without the authorization, support or acquiescence of the State, and to bring those responsible to justice. As a corollary, States have an obligation to search for disappeared persons in accordance with the Guiding Principles for the Search for Disappeared Persons adopted by the Committee».

⁶ O. DE FROUVILLE, *Criminalizing or Trivializing Enforced Disappearances? The Issue of 'Non-state Actors'*, in O. DE FROUVILLE, P. STURMA (dir.), *La pénalisation des droits de l'homme*, Paris 2021. Voir aussi UN Doc. A/HRC/42/40, para. 94.

⁷ Art. 1, par. 2 de la Convention de 2007. Voir aussi l'article 7 de la Déclaration de 1992.

nal de la Croix-Rouge sur le droit humanitaire coutumier reconnaît néanmoins de manière appropriée que les disparitions forcées sont interdites dans le contexte de conflits armés tant internationaux que non internationaux. L'existence d'une telle norme est justifiée par le fait que les disparitions forcées violent un large éventail de normes de droit international humanitaire (DIH)⁸. En outre, les disparitions forcées lors de conflits armés sont utilisées comme une véritable tactique de guerre vouée à terroriser la population civile et à en démoraliser la résistance⁹. C'est dans ce but que les membres éminents de la société civile sont fréquemment touchés. Il faut aussi tenir compte que le phénomène de disparitions forcées lors de conflits armés concerne tant la population civile que les membres des forces armées capturés par l'ennemi (prisonniers de guerre).

⁸ Étude du Comité International de la Croix Rouge, Règle 98. Disparition forcée. Parmi celles-ci:

- La privation de la liberté (Règle 99, Article 3 (1)(d) commun aux Conventions de Genève, Articles 21 et 118 III Convention de Genève et Articles 42 e 78 quatrième Convention de Genève, Article 75(3) premier Protocol Additionnel, Articles 4-6 deuxième Protocol Additionnel);

- La torture et les traitements cruels, inhumains ou dégradants (Règle 90, Article 13 troisième Convention de Genève de Ginevra, Article 27 quatrième Convention de Genève, Article 75(2)(a)(ii) premier Protocol Additionnel, Article 4(1) deuxième Protocol Additionnel);

- Les atteintes à la vie (Règle 89, Article 3(1)(a) commun aux Conventions de Genève, Article 75(2)(a) premier Protocol Additionnel, Article 4(2)(a) deuxième Protocol Additionnel; l'« homicide volontaire » est considéré comme une violation grave dans les quatre Conventions de Genève);

- L'obligation de rendre compte du sort des personnes disparues (Règle 117, Article 33 premier Protocol Additionnel, Article 8 deuxième Protocol Additionnel). Obligations de prendre un certain nombre de mesures pratiques d'ordre général pour réduire le risque de disparition. Par exemple, adopter des procédures simples pour que chacun puisse obtenir des documents d'identité, enregistrer les décès, etc.

⁹ P. VILLEGAS, R. THEBAULT, *All over Ukraine, people are missing, forcing families to become detectives*, in *The Washington Post* (19 juin 2022) <https://www.washingtonpost.com/world/2022/06/19/people-missing-ukraine-russia-invasion/>; D. WEBBER et K. SHERANI, *Addressing the Continuing Phenomenon of Enforced Disappearances*, in *CSIS* (18 août 2022) <https://www.csis.org/analysis/addressing-continuing-phenomenon-enforced-disappearances> p. 4; A. LA VACCARA, *When the Conflict Ends, While Uncertainty Continues: Accounting for Missing Persons between War and Peace in International Law*, Paris-Oxford 2019. La disparition forcée est utilisée aux fins de « terroriser » le plus grand nombre possible d'individus. Cela implique que même les familiers de l'individu disparu deviennent les victimes des graves violations : G. BARANOWSKA, *Rights of Families of Disappeared Persons - How International Bodies Address the Needs of Families of Disappeared Persons in Europe*, Antwerp 2021.

En ce qui concerne la population civile, les disparitions forcées sont une violation du DIH voué à la protection de la population civile et plus particulièrement des dispositions normatives de la quatrième Convention de Genève (1949) (ou Article 3 commun pour les conflits non internationaux).

Pour les prisonniers de guerre, les disparitions forcées sont une violation du cadre juridique défini surtout par la troisième Convention de Genève (ou Article 3 commun pour les conflits non internationaux), visant à imposer le respect de l'humanité du prisonnier de la part de l'ennemi-geôlier¹⁰. Les disparitions forcées mise en place par la Puissance occupante peuvent former, en outre, une violation du droit de l'occupation. En particulier, on pourrait configurer une violation de l'Article 49 de la quatrième Convention de Genève de 1949, qui tutelle la population civile des territoires sujet à l'occupation militaire et l'intégrité de l'équilibre démographique de ces territoires.

Selon la Règle 117 de l'étude du Comité international de la Croix-Rouge sur le droit humanitaire coutumier

« chaque partie au conflit doit prendre toutes les mesures pratiquement possibles pour élucider le sort des personnes portées disparues par suite d'un conflit armé, et doit transmettre aux membres de leur famille toutes les informations dont elle dispose à leur sujet ».

Et cela vaut soit dans les conflit armés internationaux que non internationaux, et soit pour la population civile que pour les prisonniers de guerre.

En outre, il ne faut pas oublier que la disparition forcée constitue un crime qui présente des grandes difficultés probatoires. Elle peut en effet être décrite comme le crime de l'absence, de l'invisibilité. Comme indiqué au para. 1, parmi les éléments constitutifs de ce crime il y a le fait de ne fournir aucune information sur le sort et lieu où la victime se trouve («*fate and whereabouts*») de la personne disparue. Ces difficultés probatoires sont, si possible, encore plus importantes là où la conduite se passe lors d'un conflit armé international à la lumière du scénario fréquent de déplacement des victimes

¹⁰ Voir, à ce propos, Y. ISSAR, *A safety net for prisoners of war: five key-principles of the Third Geneva Convention*, in *Humanitarian Law and Policy Blog* (27 April 2023) <https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2023/04/27/safety-net-prisoners-of-war-third-geneva-convention/>. En général, voire les articles 15-17 de la première Convention de Genève, les article 18-19 de la deuxième, les articles 17 et 71 de la troisième, les articles 16, 105-108, 129-131, 136-141 de la quatrième, et les article 33 du premier Protocol additionnel, les articles 5, 8 et 32 du deuxième Protocol additionnel.

à travers des frontières internationales¹¹. Il faut aussi observer que lorsqu'un conflit armé est en cours, il est difficile de définir l'ampleur du phénomène des disparitions forcées. En effet, de nombreuses personnes peuvent disparaître à cause du conflit (par exemple, morts sur le champ de bataille, ou personnes déplacées sans contact avec la famille), mais sans être victimes de disparition forcée. Enfin, à la lumière du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, les disparitions forcées ne représentèrent pas des crimes de guerre, mais plutôt des crimes contre l'humanité qui nécessitent l'intégration des éléments caractéristiques « d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque ». Toutefois, en cas de disparitions forcées il peut s'avérer également certains crimes de guerre comme l'homicide volontaire, la torture, la violation du droit à un juste procès pour les prisonniers de guerre et pour les autres personnes protégées, les déportations, ou des autres transferts illégaux de personnes protégées¹². Pour conclure, il est bien rappeler que à la lumière des règles de droit international humanitaire de la Croix-Rouge, les États ont le 'droit' d'instituer un titre de juridiction universelle pour réprimer les crimes de guerre¹³.

b) Ukraine 2022-23.

Après avoir avancé des considérations de caractère général à propos des disparitions forcées au cours de conflits armés, je donnerais, très brièvement, des points de repère au sujet des disparitions forcées dans le territoire de l'Ukraine après l'agression de la Fédération de Russie. Comme on l'a rappelé, il faut toutefois tenir compte que les informations sont très difficiles à repérer à cause du conflit armé en cours. En tout cas, selon des sources fiables mais non confirmées, il y a au moins 11.000 personnes portées disparues (au mois de mars 2023)¹⁴. Le Haut-commissariat des Nations Unies aux droit de

¹¹ D. WEBBER, K. SHERANI, *Addressing the Continuing Phenomenon of Enforced Disappearances*, cit., p. 4 ss.

¹² Statut de Rome, Art. 8(2)(a)(i)-(iii), (vi); (b)(viii), (xiv), (c)(i)-(ii), (iv). Dans ce sens, voir B. FINUCANE, *Enforced Disappearance as a Crime Under International Law - A Neglected Origin in the Laws of War*, in *Yale Journal of International Law*, 2010, p. 171 ss.

¹³ Règle 157, de l'étude du Comité international de la Croix-Rouge sur le droit humanitaire coutumier. En général, sur la juridiction universelle pour les disparitions forcées, voir les articles 9-11 de la Convention de 2007 et l'article 14 de la Déclaration de 1992.

¹⁴ P. VILLEGAS, R. THEBAULT, *All over Ukraine, people are missing, forcing families to become detectives*, cit.

l'homme a documenté dans une première phase, jusqu'au 31 juillet 2022, 407 cas de disparition forcées (359 hommes, 47 femmes, 1 mineur) imputables aux forces armées russes ou aux groupes armés affiliés, à partir de l'agression russe de février 2022¹⁵. Dans la période 1^{er} août 2022 - 31 janvier 2023, il y'a eu 16 cas documentés de disparition forcées (90 hommes, 2 femmes 28 garçons et 18 filles, pour un total de 138 individus)¹⁶. Le plus récent rapport du Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires du mai 2023 (et relatif à la période septembre 2022 - février 2023) fait référence à 469 cas de victimes du crime, dont les noms ont été transmis aux autorités de la Fédération de Russie¹⁷. Ces disparitions forcées concernent surtout les représentants des autorités locales, journalistes, militants de la société civile ou autres civiles, mais aussi – comme on le verra – des garçons et des filles qui ont été enlevé et transféré en Russie, et aussi des prisonniers de guerre. D'après les estimations du Procureur ukrainien pour les violations de droit de l'homme, déjà en avril 2022, les victimes ukrainiennes de disparition forcée étaient 765¹⁸. Les disparitions forcées imputables aux forces russes semblent être utilisés comme tactique de guerre vouée intentionnellement à terroriser la population civile et à en affaiblir la résistance. Cette pratique pourrait en outre servir pour modifier la composition démographique des régions occupées pour les récents, et non reconnue, re-

¹⁵ U.N., Human Rights Monitoring Mission in Ukraine, *Report on the human rights situation in Ukraine* (1 February - 31 July 2022) <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/countries/ua/2022-09-23/ReportUkraine-1Feb-31Jul2022-en.pdf>, p. 5 ss.; U.N., Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, *Thirtieth anniversary of the Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance: report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances A/HRC/51/31* (31 août 2022) www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/ahrc5131-report-working-group-enforced-or-involuntary-disappearances, §§ 68-71.

¹⁶ U.N., Office of the High Commissioner for Human Rights, *Report on the human rights situation in Ukraine (1 August 2022-31 January 2023)*, 24 March 2023, p. 17 ss. Voir aussi le document du Groupe de travail contre les disparitions forcées ou involontaires du mois de mai 2022, concernant la Fédération de Russie qui a été récemment publié et est disponible à l'adresse : www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/disappearances/allegations/2022-11-18/General-allegation-Russia-127.pdf.

¹⁷ U.N., Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, *Communications transmitted, cases examined, observations made and other activities conducted by the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances A/HRC/WGEID/129/1* (1 mai 2023), surtout le § 77.

¹⁸ P. VILLEGAS, R. THEBAULT, *All over Ukraine, people are missing, forcing families to become detectives*, cit.

ferendum populaire d'annexion à la Fédération de Russie. En outre, est-ce que on peut qualifier les cas des mineurs qui ont été porté en Russie par les forces armées russes comme des cas de disparitions forcées ? Certains compte-rendu illustrent le schéma d'après lequel ces crimes sont commis : les victimes sont d'abord enlevées, portées dans ce que les Nations Unies (Human Rights Monitoring Mission in Ukraine) appelle «*filtration camp*» dans le territoire ukrainien occupé, et enfin transféré dans les territoires de la Fédération de Russie ou en Crimée, ou, surtout au début des hostilités, en Biélorussie¹⁹. Le Haut-commissariat des Nations Unies aux droit de l'homme a en outre documenté 91 cas qui pourraient faire l'objet de disparition forcée imputable aux autorités ukrainiennes. Ces cas concernent les individus accusés de fournir un support aux forces armées russes ou à des groupes armés affiliés²⁰.

4. *L'asymétrie dans le cas de l'agression à l'Ukraine*

La circonstance dans laquelle l'Ukraine fasse partie de la Convention contre les disparitions forcées à partir de 2015, tandis que la Fédération de Russie (et la Biélorussie, qui comme on a dit est suspecté d'être aussi responsable) ne l'a ni signé ni ratifié crée une asymétrie entre ces États.

Comment remédier à cet état de choses ? Comment faire que la Fédération de Russie (et éventuellement aussi la Biélorussie) soit appelée à répondre aux cas des disparitions forcées qui lui sont attribués bien qu'elle ne fait pas partie de la Convention de 2007 ?

C'est à ces interrogations que je vais essayer de répondre en me basant essentiellement sur deux éléments : a) les contraintes de la Puissance occupante, et b) la circonstance que les disparitions forcées soient un concept récapitulatif, du moment que cette expression – comment on l'a rappelé – assemble différents crimes internationaux, qui sont punis de façon autonome. Les disparitions forcées sont en effet à un carrefour de différentes branches du droit international

¹⁹ *Ibid.* Dans le même sens: Conseil de l'Europe, Assemblée Parlementaire, *Missing persons during the conflict in Ukraine* (8 juin 2015) <https://pace.coe.int/en/files/21795>, p. 8; U.N., Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, *Thirtieth anniversary of the Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, cit., §§ 68-71.

²⁰ U.N., Human Rights Monitoring Mission in Ukraine, *Report on the human rights situation in Ukraine*, 1 February - 31 July 2022, cit., p. 5 ss.

(droit de l'homme, DIH, droit pénal international, droit de la responsabilité des États pour des actes illicites...).

a) Les contraintes de la Puissance occupante.

Partons de la constatation, avant tout, que les disparitions forcées ont lieu surtout dans le territoire ukrainien occupé militairement par la Fédération de Russie. En plus de toutes les garanties offertes par la quatrième Convention de Genève à la population du territoire occupé et notamment l'obligation de préserver l'équilibre démographique du territoire, il faut noter que, sur la base de l'Article 43 de la Convention de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, l'occupant

« prendra toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays ».

Il n'y a pas de doute que parmi les normes en vigueur en Ukraine il y a aussi la Convention contre les disparitions forcées de 2007 à laquelle le Pays a adhéré comme il a été dit en 2015 ; il est tout aussi évident qu'aucun « empêchement absolu » puisse être invoqué par la Fédération de Russie afin de ne pas assurer l'ordre et la vie public qui dérivent de l'application de la Convention sur les disparitions forcées de 2007. En tant que puissance occupante, en vertu du droit de l'occupation, la Fédération de Russie assume également l'obligation de respecter, dans le territoire ukrainien occupé, les obligations qui découlent de la Convention de 2007 à laquelle le souverain territorial a adhéré.

b) Nature récapitulative des disparitions forcées et remèdes.

La gravité des comportements qui ont également été supposés par rapport au conflit en Ukraine porte inévitablement l'interprète et l'opinion publique à s'interroger sur le profil des remèdes. De ce point de vue, il est essentiel de rappeler que le concept de « disparition forcée » englobe et indique un ensemble de violations graves des droits de l'homme qui sont interdites de manière autonome par les normes primaires et criminalisées par certaines normes secondaires.

Cela implique que la base juridique conventionnelle contenue dans la Convention de 2007 n'est pas le seul paramètre juridique utile pour affirmer la responsabilité des États et des individus pour les crimes dont nous parlons.

Cet élément indique que le fait que la Fédération de Russie n'a pas ratifié la Convention de 2007 n'est pas déterminant, n'affecte pas

la disponibilité de toute une série de recours contre les disparitions forcées au sein d'autres systèmes conventionnels de protection des droits de l'homme ou de droit pénal.

Mais procédons par ordre.

5. *La responsabilité de l'État dans les systèmes de contrôle et surveillance*

Nous nous référons tout d'abord à toutes les procédures disponibles pour affirmer la responsabilité de l'État qui peut être portée à l'attention des institutions internationales soit par une pétition individuelle, soit par une action interétatique.

a) Recours ou communications individuelles.

– Convention européenne de droit de l'homme (CEDH): compétence de la Cour face à une violation continue des droits de l'homme ayant débuté avant le retrait de la Fédération de Russie de la Convention de Rome, le 16 septembre 2022 ; en plus, on pourrait faire référence aux précédentes de la CEDH, y inclus la question tchéchène²¹. À propos de la Biélorussie, elle n'est toujours partie de la Convention de Rome et donc elle n'est pas assujetties aux recours prévus par cette Convention.

– Pacte international relatif aux droits civils et politiques : selon l'Observation générale n. 36 du Comité des droits de l'homme, la disparition forcée constitue «une violation du droit à la vie ainsi qu'une violation d'autres droits reconnus par le Pacte, en particulier par l'article 7 (interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants), l'article 9 (liberté et sécurité de la personne) et l'article 16 (droit à la reconnaissance de la personnalité juridique)». Les États parties ont donc des obligation positives de prévenir la commission du crime, de criminaliser les conduites, de les réprimer et de conduire une enquête efficace « en vue de déterminer le sort réservé à toute personne pouvant avoir été victime de disparition forcée ainsi que le lieu où elle se trouve ». La Fédération de Russie a ratifié le Pacte et le Protocol facultatif sur les recours

²¹ Pour des considérations de caractère général à propos du Conseil de l'Europe et les disparitions forcées, voir Council of Europe, *Issue Paper on Missing Persons and Victims of Enforced Disappearance in Europe*, 2016; O. CHERNISHOVA, C. RADNIC, *Enforced Disappearances in the Practice of the European Court of Human Rights: Seeing the Trees and the Forest*, in *Human Rights Law Journal*, 2018, p. 13 ss.

individuels, contrairement à ce qui se passe pour d'autres traités pertinents au cas des disparitions forcées comme la Convention contre la torture (ratifiée, mais en l'absence de ratification du Protocole sur les recours individuels). Il faut noter que l'8 novembre 2022 la Biélorussie, qui est aussi partie du Pacte, a dénoncé le Protocole facultatif relatif à la compétence sur les recours individuels du Comité des droits de l'homme.

– Convention sur l'élimination de la discrimination raciale (CERD). S'il est possible de lier les disparitions forcées à des formes de discrimination raciale, cette Convention permettrait également d'activer la procédure de communication individuelle (en plus, comme on le verra, de celui des recours interétatiques avec compétence, en l'occurrence, de la Cour internationale de Justice).

D'autres systèmes conventionnels semblent moins directement pertinents pour les cas en question. Cependant, on peut noter qu'il est possible de soulever la question de la responsabilité de la Fédération de Russie (et éventuellement aussi de la Biélorussie) pour des disparitions forcées en Ukraine même en l'absence de ratification de la Convention de 2007.

b) Recours inter-étatiques.

De ce point de vue, il faudrait d'abord citer la Convention des Nations Unies contre le génocide. Bien que les disparitions forcées soient un cas moins complexe, du point de vue du dol spécifique, par rapport au génocide, il est parfaitement possible que les disparitions elles-mêmes constituent l'élément matériel du génocide. La liste des comportements pertinents pour le cas complexe de génocide comprend également des comportements tels que le meurtre et l'imposition de conditions de vie visant à détruire, complètement ou en partie, un groupe pertinent qui sont abstraitement compatibles avec le concept de disparitions forcées. Il est bien connu que la Convention contre le génocide permet à l'article 9 de saisir la Cour internationale de Justice pour toute question d'interprétation et d'application relative à la Convention elle-même. En ce qui concerne ces obligations conventionnelles, la Fédération de Russie succède à l'Union soviétique, qu'a ratifiée la Convention dès 1954. Cependant, dans le tout récent recours introduit devant la Cour internationale de Justice par l'Ukraine, il n'y a aucune référence à des disparitions forcées qui aurait été pleinement pertinente dans le cadre d'une allégation visant à démontrer que, loin d'avoir commis un génocide, l'Ukraine pourrait, dans le cas échéant, en être victime. De plus, les développements factuels les plus inquiétants seraient survenus dans une période ul-

térieure en ce qui concerne le dépôt du recours qui a eu lieu le 27 février 2022. Il faut aussi rappeler que la Biélorussie est partie de la Convention dès l'11 août 1954.

– Le recours inter-étatique est également possible en vertu de l'article 41 du Pacte international sur le droit civils et politiques pour lequel il existe une déclaration d'acceptation de l'URSS sous condition de réciprocité de 1991 à laquelle succède la Fédération de Russie qui à son tour est complétée par la déclaration ukrainienne correspondante (non conditionnée) de 1992.

– Il est également concevable que le système des recours interétatiques devant la CEDH reste opérationnel compte tenu du caractère continu des violations alléguées qui auraient commencé avant le retrait de la Fédération de Russie.

– Pour compléter la revue des mécanismes de recours inter-étatique pour des crimes qui sont liés à la disparition forcée, il faut rappeler la Convention sur l'élimination de la discrimination raciale (CÉRD) qui le prévoit à l'article 11 en tant que compétence du Comité sans qu'il soit nécessaire que les États parties l'acceptent expressément; et la Convention contre la torture (CAT) qui fait le même à l'article 21, mais à condition que les États l'aient acceptée. Dans ce dernier cas, il faut souligner que si la Russie est liée par la déclaration d'acceptation des communications interétatiques faite par l'Union soviétique en vertu de l'article 21, l'Ukraine n'a jamais adopté une telle déclaration. Il n'est donc pas possible pour l'Ukraine de faire usage de cet instrument, qui n'a d'ailleurs jamais été utilisé jusqu'à présent.

c) Responsabilité inter-étatique dans les traités de paix.

Par ailleurs, il ne peut pas être exclu que la question des disparitions forcées, en raison de leur pertinence éthique et politique, ainsi que compensatoire soit également évoquée dans les négociations d'un futur traité de paix. En fait, la pratique récente montre que les accords inter-étatiques peuvent difficilement être séparés d'une prise en compte adéquate des droits individuels et des demandes d'indemnisation. C'est la racine d'un débat très actuel sur la relation entre droits individuels et souveraineté des États dans les traités de paix, comme en témoignent les différends inter-étatiques touchant la Grèce, la Pologne, l'Italie d'une part, et l'Allemagne, d'autre part²².

²² A. LA VACCARA, *When the Conflict Ends, While Uncertainty Continues*, cit.

6. Questions relatives à la responsabilité pénale pour les crimes liés aux disparitions forcées

Examinons maintenant brièvement les questions relatives à la responsabilité pénale pour les crimes liés aux disparitions forcées²³. Les disparitions forcées sont, comme on le sait, classées comme crime contre l'humanité par le Statut de Rome. En présence des trois éléments pertinentes (attaque généralisée ou systématique; contre la population civile; dans le cadre d'une politique étatique), qui en l'espèce semblent *prima facie* exister, il est donc possible d'intégrer l'un des comportements relevant de la compétence matérielle de la Cour pénale internationale. Cependant, il ne faut pas oublier que depuis l'époque des procès de Nuremberg, les comportements imputables à la disparition forcée ont également été diversement qualifiés de crimes de guerre. À cet égard, le Statut de Rome criminalise des comportements tels que la torture, les traitements inhumains, le meurtre et la déportation de la population d'un territoire occupé jusqu'à la prise d'otages. Dans le cas des crimes de guerre, les exigences d'une attaque généralisée ou systématique ne sont pas requises, même si la Cour est tenue de connaître de crimes commis dans le cadre d'un plan ou d'un dessein politique ou dans le cadre d'une série de crimes similaires.

Le fait que la Fédération de Russie (et la Biélorussie) n'a pas ratifié le Statut n'empêche pas la Cour d'exercer sa compétence sur les crimes commis sur le territoire ukrainien et contre la population civile ukrainienne grâce aux déclarations d'acceptation de juridiction faites par l'Ukraine en 2014 et 2015. Cela est confirmé par les investigations menées par le Procureur de la Cour pénale internationale sur le terrain et pour les mandats d'arrêt qui ont été émis à l'encontre de Vladimir Poutine, Président de la Fédération de Russie, et de Maria Lvova-Belova, Commissaire aux droits de l'enfant au sein du Cabinet du Président de la Fédération de Russie, pour l'enlèvement de mineurs en Ukraine, même si ce crime n'ait été qualifié comme disparition forcée par la Cour²⁴.

²³ À ce propos, en général, voir *Study on Best Practices on Enforced Disappearances in Domestic Criminal Legislation*, UN Doc. A/HRC/16/48/Add.3; *Study on Standards and Policies on Investigation of Enforced Disappearances*, UN Doc. A/HRC/45/13/Add.3.

²⁴ La Chambre préliminaire II de la Cour a estimé qu'il existe des motifs raisonnables de croire que la responsabilité de chacun des suspects est engagée à raison du crime de guerre de déportation illégale de population et du crime de guerre de transfert illégal de population depuis certaines zones occupées de l'Ukraine vers la Fédération de Russie, ces crimes ayant été commis à l'encontre d'enfants ukrainiens.

Enfin, il ne peut être exclu que les tribunaux de pays tiers exercent leur compétence sur les crimes pertinents en vertu du principe de juridiction universelle²⁵.

7. *Le rôle des commissions d'enquête*

Troisièmement, enfin, il est possible que des disparitions forcées fassent l'objet de l'attention de commissions d'enquête créées ad hoc par les organes des Nations Unies ou par d'autres organisations internationales. Les commissions d'enquête peuvent être constituées par une pluralité d'organes dont le Conseil de sécurité, l'Assemblée générale, le Secrétaire général, le Conseil des droits de l'homme. Même en présence, pour des raisons évidentes, de la paralysie du Conseil de sécurité, il est possible que, face à des comportements qui paraissent d'une gravité sans précédent, le consensus se consolide au sein du Conseil des droits de l'homme ou de l'Assemblée générale nécessaire pour la création d'une commission d'enquête. Le cas de la Commission d'enquête sur la situation des droits de l'homme en Ukraine à la suite de l'agression russe, créée par le Conseil des droits de l'homme le 4 mars 2022 en est une bonne illustration. Le large mandat reçu par la Commission, qui évoque à la fois les violations des droits de l'homme et du droit humanitaire, peut évidemment aussi inclure l'enquête sur les disparitions forcées et les comportements connexes en vue de déterminer qui sont les individus responsables de ces actes²⁶. Outre la fonction traditionnelle d'établissement des

²⁵ Voir, à ce propos, les Articles 9 et 10 de la Convention de 2007, et l'Article 14 de la Déclaration de 1992. Plus récemment il y a eu des exemples de juridiction universelle dans des cas de disparition forcée commis dans des situations de conflit armé (Syrie): <https://voelkerrechtsblog.org/enforced-disappearances-in-syria-and-the-al-khatib-trial-in-germany/>.

²⁶ Résolution adoptée par le Conseil des droits de l'homme le 4 mars 2022, par. 11: « a) Enquêter sur toutes les allégations de violations des droits de l'homme et d'atteintes à ces droits, et de violations du droit international humanitaire, ainsi que sur les crimes connexes commis dans le contexte de l'agression de l'Ukraine par la Fédération de Russie, et établir les faits, les circonstances et les causes profondes de ces violations et atteintes; b) Recueillir, rassembler et analyser les éléments de preuve attestant de telles violations et atteintes, y compris sous l'angle du genre, et enregistrer et conserver systématiquement tous les renseignements, documents et éléments de preuve, y compris les entretiens, les témoignages et les indices médico-légaux, conformément aux normes du droit international, en vue de toute procédure judiciaire future; c) Recueillir et vérifier les informations et les éléments de preuve pertinents, y compris en travaillant sur le terrain, et coopérer avec les organes

faits, les commissions d'enquête jouent de plus en plus un rôle dans la pratique contemporaine visant à faciliter, par la collecte en temps utile des preuves, l'exercice ultérieur de la juridiction par la Cour pénale internationale ou par les tribunaux nationaux. Significatifs à ce propos sont aussi les rapports des missions des experts nommés selon le Mécanisme de Moscou de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE)²⁷.

8. *Remarques finales : les États et les individus ne peuvent pas échapper leur responsabilité dans les cas de disparitions forcées dans les conflits armés même en absence de ratification de la Convention de 2007*

En conclusion, malgré l'absence de ratification de la Convention sur les disparitions forcées par la Fédération de Russie (et la Biélorussie) et aussi indépendamment de la discussion sur le caractère coutumier de l'interdiction des disparitions forcées et sur la portée de *jus cogens* du crime²⁸, les traités relatifs aux droits de l'homme, les traités de droit international humanitaire les traités de droit pénal international et les systèmes de surveillance correspondants offrent de nombreuses occasions de faciliter l'évaluation de la responsabilité

judiciaires et d'autres entités, selon qu'il conviendra ; d) Identifier, dans la mesure du possible, les personnes et entités responsables de violations des droits de l'homme et d'atteintes à ces droits, de violations du droit international humanitaire ou d'autres crimes connexes commis en Ukraine, afin qu'elles aient à répondre de leurs actes ; e) Formuler des recommandations, notamment sur les mesures de responsabilisation qui pourraient être prises, en vue de faire cesser l'impunité et de garantir l'établissement des responsabilités, notamment des responsabilités pénales individuelles, et l'accès des victimes à la justice ; f) Lui présenter, à sa cinquante et unième session, un compte rendu oral, qui sera suivi d'un dialogue, lui soumettre un rapport écrit complet à sa cinquante-deuxième session, qui sera également suivi d'un dialogue, et soumettre un rapport à l'Assemblée générale à sa soixante-dix-septième session ».

²⁷ OSCE Moscow's Mechanism Mission of Experts, *Report on Violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes Against Humanity Committed in Ukraine since 24 February 2022* (13 avril 2022) www.osce.org/odihhr/515868 et *Report on Violations Of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes Against Humanity Committed in Ukraine (1 April - 25 June 2022)* (14 Juillet 2022), www.osce.org/odihhr/5226.

²⁸ J. SARKIN, *Why the Prohibition of Enforced Disappearance Has Attained the Status of Jus Cogens in International Law?*, in *Nordic Journal of International Law*, 2012, p. 537 ss. Voir aussi, à ce propos, la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme dès le cas Goiburù et autres c. Paraguay, rappelé par le Groupe de travail sue les disparitions forcées ou involontaires (A/HRC/51/31/Add.4).

aux niveaux interétatique et individuel. Il est donc prévisible que les disparitions forcées qui semblent s'être produites dans le cadre du conflit en cours ne peuvent être facilement ignorées au moment, tant souhaité, du début de négociations sérieuses entre les parties. La présence de recours individuels et la criminalisation des conduites soustrairaient le développement de ces événements au contrôle des États et garantissent la participation d'une pluralité d'acteurs à la gestion de la surveillance. Les disparitions forcées, affaire qui touche sans aucun doute à la conscience de l'humanité, échappent donc, et c'est peut-être juste, au plein contrôle des autorités gouvernementales et ne peuvent pas faire l'objet de transactions politiques.