

REDRESS

Seeking Reparation for Torture Survivors

LE TERRORISME, LA LUTTE ANTITERRORISTE ET LA TORTURE

**DROIT INTERNATIONAL ET LUTTE CONTRE LE
TERRORISME**

JUILLET 2004



**RÉALISÉ AVEC LE SOUTIEN FINANCIER DE
L'INITIATIVE EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE ET DES DROITS
DE L'HOMME**

The Redress Trust
87 Vauxhall Walk, 3rd Floor
London, SE11 5HJ
Tel: +44 (0)207 793 1777 Fax: +44(0)207 793 1719
Website: www.redress.org

REMERCIEMENTS

Ce rapport a été rédigé par Gabriela Echeverria, Conseillère juridique (International), et édité par Carla Ferstman, Directrice juridique.

REDRESS souhaite exprimer sa sincère reconnaissance à Evelyn Sook May Yuen pour son assistance dans la recherche et la préparation de ce rapport ainsi qu'à Kevin Laue et Clémentine Olivier pour leurs nombreux commentaires utiles sur des versions antérieures de ce rapport.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
PARTIE 1. LE DISCOURS	4
1.1. LA DEFINITION / NON-DÉFINITION DU TERRORISME	4
1.1.1. <i>La définition du crime de "terrorisme" en droit national</i>	4
1.1.2. <i>Définitions vagues ou excessivement larges du Terrorisme</i>	5
1.1.3. <i>Définir le crime de terrorisme: quelques principes et lignes directrices du droit international</i>	8
1.1.4. <i>Les avantages et inconvénients des définitions vagues</i>	11
1.2. LE TERRORISME : UNE MENACE QUI EXIGE UNE MISE À JOUR CONSTANTE DU DROIT INTERNATIONAL.....	14
PARTIE 2. LE CADRE JURIDIQUE	16
2.1. LE TERRORISME ET LA LUTTE ANTITERRORISTE EN DROIT INTERNATIONAL.....	16
2.1.1. <i>La lutte antiterroriste : une nouvelle obligation en droit international</i>	16
2.1.2. <i>L'absence de protection des droits de l'homme dans la mise en œuvre de la "nouvelle" obligation de lutter contre le terrorisme</i>	17
2.2. LA TORTURE ET LES MAUVAIS TRAITEMENTS EN DROIT INTERNATIONAL	19
2.2.1. <i>L'interdiction absolue de la torture et des mauvais traitements</i>	19
2.2.2. <i>La torture: un principe de Jus Cogens et un droit auquel on ne peut déroger</i>	20
2.2.3. <i>L'obligation absolue de non refoulement en droit international</i>	21
2.3. LA TORTURE DANS LE DISCOURS SUR LE TERRORISME : UNE MISE EN CAUSE DE L'INTERDICTION ABSOLUE ?	23
2.3.1. <i>La sécurité nationale c. les droits de l'homme</i>	23
2.3.2. <i>La mise en cause de l'interdiction officielle de la torture : l'exception dite de la "bombe à retardement"</i>	28
PARTIE 3. LA MISE-EN-OEUVRE RÉELLE	31
3.1. LES TRANSFÈRTS: LE TRANSFERT FORCÉ DE PERSONNES SOUPÇONNÉES D'ACTES TERRORISTES.....	31
3.1.1. <i>Le droit relatif aux transferts interétatiques : l'extradition, l'expulsion et le non refoulement</i>	31
3.1.2. <i>Garanties procédurales pour le transfert des personnes entre Etats : l'extradition et l'expulsion</i>	32
3.1.3. <i>Le recours aux "garanties diplomatiques" et/ou à la "sécurité nationale" pour contourner l'obligation de non refoulement</i>	35
3.1.4. <i>La "remise" illicite: le transfert interétatique forcé de personnes en dehors des procédures légales</i>	40
3.2. LA DÉTENTION	43
3.2.1. <i>Les conditions de détention et traitement durant l'interrogatoire</i>	44
3.2.2. <i>Les garanties des droits de l'homme contre la torture et les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants</i>	45
3.2.3. <i>La protection contre la torture et les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants pendant la détention en vertu du droit international humanitaire</i>	49
3.2.4. <i>Les conditions de détention et de traitement pendant l'interrogatoire</i>	49
3.3. LES RÉPARATIONS: LE DROIT DES VICTIMES A UN RECOURS PROCÉDURAL ET A LA RÉPARATION	61
3.3.1. <i>Le droit des victimes de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants à un recours et à la réparation</i>	61
3.3.2. <i>Limitant le droit à réparation : torture et lutte contre le terrorisme</i>	63
3.3.3. <i>L'absence de justification valable de la torture en vertu du droit international</i>	78

3.3.4. *Les immunités générales dans le cadre de la lutte contre le terrorisme et les opérations militaires relevant de la "guerre contre le terrorisme": impunité pour torture?* 83

CONCLUSIONS..... 84

INTRODUCTION

Le terrorisme n'est pas un phénomène nouveau. La torture non plus, ni le dilemme pour les Etats, qui doivent trouver un "équilibre" entre les droits de l'homme et la sécurité nationale dans la lutte contre la terreur. Tout au long de l'histoire moderne, "terrorisme" et "anti-terrorisme" ont été des termes communément employés dans le langage juridique et politique. De fait, ce n'est pas la première fois qu'une "guerre contre le terrorisme" a été lancée¹.

Alors, est-ce vrai qu'il y a un "avant" et un "après" 11 Septembre 2001?

On considère que les atrocités perpétrées le 11 Septembre 2001 dans les villes américaines de New York et Washington DC, souvent appelées 9/11, ont changé la façon dont la politique internationale et le droit international sont perçus et devraient être conduits. Selon Les Etats-Unis et un certain nombre de leurs alliés, la menace engendrée par le terrorisme est aujourd'hui si grave qu'elle exige non seulement le recours à la force internationale (la guerre)², mais nécessite également la réécriture des lois et coutumes de la guerre. Durant les trois années qui ont suivi les événements du 9/11, le monde a été confronté à cette "guerre" contre le terrorisme : d'Afghanistan en Irak, de Guantanamo Bay à Abou Ghraib.

Parallèlement, beaucoup d'encre a coulé sur la légalité de l'emploi de la force par les Etats et sur le besoin de trouver un équilibre entre les intérêts liés à la sécurité nationale des Etats et l'obligation de protéger les droits de l'homme. *Qu'en est-il de la légalité de la guerre en Afghanistan et en Irak en vertu du droit international? Les mesures antiterroristes sont elles proportionnelles au regard des menaces du terrorisme?*

Bien que ces questions aient été débattues dans le domaine "public", bien peu de choses a été écrit concernant les effets passés et les conséquences actuelles de la "guerre contre le terrorisme" sur la prohibition juridique *absolue* de la torture et d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Cependant, le scandale récent à la prison d'Abou Ghraib en Irak - lorsque des photographies et vidéos de soldats américains abusant des détenus irakiens d'une manière qui relève de la torture ou de traitements cruels, inhumains ou dégradants furent enregistrés et publiés par les médias – a replacé le problème de torture au cœur des analyses de la "guerre contre le terrorisme". *S'agit-il d'événements isolés? Constituent-ils les conséquences inévitables de la manière particulière de mener cette "guerre"? Témoignent-ils d'une politique plus large attribuable à l'administration américaine dans sa "guerre contre le terrorisme" ?*

Ce rapport analyse l'impact des mesures antiterroristes récentes sur la pratique de la torture et d'autres formes de mauvais traitements. Il examine la façon dont le discours relatif au terrorisme reste suffisamment vague pour permettre aux Etats de justifier la quasi-totalité des actions gouvernementales au nom de la sécurité nationale et, ce faisant (que ce soit en temps de "guerre" ou "d'urgence"), justifier la violation des droits de l'homme, y compris la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Ce rapport évalue également l'argument selon lequel la Convention contre la

¹ Ce n'est pas la première fois que les Etats-Unis ont affiché leur lutte contre le terrorisme comme une "guerre": pendant l'administration Reagan, les USA ont également parlé d'une "guerre contre la terreur": voir Charles Hill, *The Age of Terror* (Talbot and Chanda 2002).

² En règle générale, les Etats définissent le "terrorisme" comme un acte qui met en danger leur sécurité nationale et qui crée ainsi un état "d'urgence". Au nom de cet état d'urgence, beaucoup d'Etats ont dérogé aux principes des droits de l'homme afin de mettre en place des mesures contre-terroristes. En revanche, les USA, ont déclaré une "guerre" contre la terreur, arguant ainsi que les interventions militaires en Afghanistan et en Irak sont des actes "d'autodéfense" et que, par conséquent, "certaines" lois et coutumes de la guerre sont applicables; voir Ansah, T., *War: Rhetoric & Norm-Creation In Response To Terror*, Spring, 2003, 43 Va. J. Int'l L. 797.

torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants sont justifiables en tant que "moyens efficaces" pour obtenir des renseignements.

Ce rapport s'appuie largement sur les actes et arguments actuels afin d'insérer la torture et les autres formes de mauvais traitement dans le contexte des activités antiterroristes, y compris celui de la "guerre contre le terrorisme". Cependant, l'étendue analytique du rapport va au-delà d'une simple enquête sur la façon dont les Etats-Unis mènent actuellement leur "guerre contre le terrorisme". Ce rapport montre notamment comment l'usage du mot "terrorisme" pour décrire certaines actions ou situations sert à justifier des violations des droits de l'homme qui ne seraient pas acceptables pour le public dans un autre contexte. Le rapport donne des exemples d'Etats ayant employé ce terme pour justifier des actions illégales qui ont peu, voire aucun lien avec la perception générale des activités antiterroristes, comme le fait de se servir de la lutte antiterroriste pour réprimer des minorités, des groupes ethniques ou des adversaires politiques).

Le rôle des Etats-Unis est au cœur de cette analyse. Certes, s'il est bien connu que beaucoup d'Etats de par le monde pratiquent la torture de façon systématique, aucun d'entre eux n'a la capacité d'influencer la communauté internationale en vue de modifier voire tenter de réécrire les règles qui interdisent le recours à la torture. Au contraire, la communauté internationale s'oppose généralement à ce que ce genre d'Etat mette en œuvre des politiques de torture. Ainsi, les Etats-Unis et d'autres Etats s'estiment en droit d'imposer des sanctions économiques et d'autres mesures visant à isoler des Etats ayant "un mauvais bilan en matière de droits de l'homme". De plus, jusqu'à présent, aucun État n'avait tenté de soutenir que la torture et/ou d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants étaient "légaux" en vertu du droit international, ou que leur gouvernement n'était pas tenu par la prohibition de telles pratiques.³

Dans ce contexte, la prise de position actuelle des Etats-Unis, relative à l'interdiction de la torture et les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants est importante à double titre : (i) les Etats-Unis ont la capacité, plus que tout autre État agissant seul, d'influencer tant la politique que le droit international ; et (ii) sa prise de position crée un "signal" pour d'autres Etats qui ont l'habitude de pratiquer, ou de passer sous silence, des actes de torture ou d'autres formes de traitements cruels, inhumains ou dégradants, voire même pour des Etats qui s'abstiennent de ce genre de comportement en temps normal.

Ce rapport soutient, de surcroît, qu'il est possible de s'opposer à la terreur ou à des menaces similaires sans enfreindre le droit international, et qu'en réalité, affirmer la nécessité de violer les droits de l'homme pour contrer le terrorisme va à l'encontre du but recherché. Le droit international laisse aux Etats confrontés à des situations d'urgence sérieuses une certaine marge d'appréciation ou de flexibilité dans la détermination des moyens à mettre en œuvre pour respecter leurs engagements en matière de droits de l'homme. A cet égard, les conventions relatives aux droits de l'homme reconnaissent aux Etats le droit de limiter ou de déroger à certaines obligations en temps de crise. Parallèlement, les Cours chargées du respect des droits de l'homme ont reconnu, dans certains cas, une marge d'appréciation plus large s'agissant du respect de certains droits de l'homme en temps d'urgence ou de crise, sans toutefois entamer la substance des droits sauvegardés.⁴ Les Etats, qui ont accepté que

³ Bien qu'Israël ait adopté des lois nationales permettant à ses forces de sécurité d'infliger des mauvais traitements corporels aux personnes soupçonnées de terrorisme, ces lois furent déclarées illégales par la Cour Suprême israélienne. Israël n'a jamais tenté d'affirmer que de telles mesures sont légales en vertu du droit international, tout en soutenant que la Convention contre la torture ne s'applique pas à ses soldats dans les territoires occupés : voir *Report of the Palestinian Society for the Protection of Human Rights and the Environment (LAW), The Public Committee Against Torture in Israel (PCATI), and The World Organisation Against Torture (OMCT), The Application of the Convention Against Torture in the Occupied Territories*, November 2001 : www.omct.org/pdf/procedures/2004/joint/PalestineMarch2003.pdf.

⁴ Voir à titre d'exemple, *Brogan et autres c. Royaume Uni*, CEDH, 30 mai 1989, et *Fox, Campbell et Hartley c. Royaume Uni*, CEDH, 27 mars 1991.

le pouvoir n'est pas absolu, ont établi des limites procédurales et substantives à l'exercice des pouvoirs d'exception. A titre d'exemple, l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ("le Pacte") permet aux Etats de déroger aux droits de l'homme dans des circonstances exceptionnelles :

"1. Dans le cas où un danger public exceptionnel *menace l'existence de la nation* et est proclamé par un acte officiel, les Etats parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte"⁵.

Ainsi, le droit international reconnaît que si les pouvoirs d'exception sont parfois nécessaires, ils doivent être conçus de façon restrictive afin de ne pas éroder les droits qu'ils sont sensés défendre. Cette subtile distinction sépare les Etats démocratiques gouvernés par l'Etat de droit et les régimes autoritaires. Un Etat sécurisé est nécessaire pour protéger ceux qui y vivent, mais tout argument selon lequel les droits de l'homme doivent nécessairement être subordonnés à la sécurité de l'Etat doit être considéré avec prudence. On ne peut considérer qu'un Etat est "sûr" que lorsque tous ses éléments constitutifs – son territoire, sa population, et son gouvernement – sont sûrs. La sécurité de la population passe par l'inviolabilité de leurs droits de l'homme. Dans un État où les droits de l'homme ne sont pas assurés l'Etat lui-même n'est pas en sécurité.⁶ Par conséquent, lorsque la lutte contre le terrorisme ne respecte pas scrupuleusement les droits de l'homme, elle ne renforcera pas la sécurité nationale, mais au contraire, l'affaiblira.

Au mois de mars 2002, Mary Robinson, alors Haut Commissaire des Nations Unies pour les droits de l'homme, s'est exprimée ainsi devant la Commission des droits de l'homme des Nations Unies :

"Certains ont suggéré qu'il n'est pas possible d'éradiquer efficacement le terrorisme tout en respectant les droits de l'homme. Or, cette suggestion est fondamentalement erronée. A long terme, la seule garantie de sécurité est réside dans le respect des droits de l'homme et du droit international."⁷

Ce rapport est partagé en trois parties. La première partie analyse le discours juridique et politique relatif au terrorisme pour démontrer que le fait que le terrorisme n'est pas défini par le droit international renvoie la qualification d'actes terroristes ou de groupes terroristes à un jugement de valeur subjectif. La deuxième partie analyse le cadre juridique du terrorisme et de l'anti-terrorisme après les événements du 11 septembre 2001, ainsi que le statut juridique de la prohibition de la torture et les mauvais traitements en vertu du droit international. Elle montre aussi comment le discours sur le terrorisme a servi à affaiblir l'interdiction absolue de la torture et des traitements ou peines cruels, inhumains ou dégradants. La troisième partie décrit la mise en œuvre factuelle de ce discours : les conséquences de la mise en contexte de l'interdiction de la torture dans la rhétorique antiterroriste.

⁵ AG résolution 2200A (XXI), 16 décembre 1966 ; entrée en vigueur le 23 mars 1976, disponible à <http://www.ohchr.org/french/law/ccpr.htm> ; voir également, Comité des droits de l'homme, Observation générale no. 29, 31 août 2001, Etats D'urgence (article 4), Doc. N.U. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, disponible à : [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/075b5a2eb16cd20fc1256ae20052d171?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/075b5a2eb16cd20fc1256ae20052d171?Opendocument) ; "The Siracusa Principles on the Limitation and Derogations Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights," *Human Rights Quarterly*, vol. 7, no. 1 (1985).

⁶ Voir Bert B. Lockwood, Jr., Janet Finn and Grace Jubinsky, "Working Paper for the Committee of Experts on Limitation Provisions", *Human Rights Quarterly*, vol. 7, no. 1 (1985), p. 72.

⁷ Mary Robinson, déclaration lors de la 59ème séance de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies, 20 mars 2002 ; disponible à : <http://www.unhcr.ch/hurricane/hurricane.nsf/0/10786193EAB4C20DC1256B83002EF137?opendocument> .

PARTIE 1. LE DISCOURS

1.1. LA DEFINITION / NON-DÉFINITION DU TERRORISME

Le terme "terrorisme" est familier ; il est communément utilisé aujourd'hui par les hommes politiques et par les médias. Il décrit un phénomène étudié par de nombreuses disciplines, dont le droit, la sociologie et les sciences politiques. Cependant, il n'y a aucune conception commune de sa signification. Le mot "terrorisme" signifie des choses différentes selon le contexte de son emploi et l'auteur. Bien que le terme "terrorisme" ait été inclus dans des conventions internationales et des résolutions du Conseil de Sécurité des Nations Unies, il n'existe aucune définition du terrorisme en droit international.⁸

Le terme "terreur" a été employé pour la première fois afin de décrire la volonté de Robespierre de terroriser les royalistes pendant la Révolution française. Depuis lors, le terme a été utilisé pour décrire toute une série d'actes ou de situations qui varient selon le contexte et l'auteur de la qualification. Comme le note le Rapporteur spécial des Nations Unies sur le terrorisme, Kalliopi K. Koufa :

"(...) certains auteurs ont souligné, à juste titre, la tendance qui existe chez les spécialistes à confondre définition et jugement de valeur, de sorte qu'ils qualifient de terrorisme les actes ou les comportements violents qu'ils rejettent et, à l'inverse, refusent d'employer ce terme lorsqu'il s'agit d'activités ou de situations qu'ils approuvent. D'où la formule bien connue : 'Terroriste pour l'un, combattant de la liberté pour l'autre'.⁹

Le terrorisme semble faire partie des concepts les moins bien définis. Pourtant, ce "mot sans signification ni définition" est devenue un mot-clé pour la politique et les médias.¹⁰ De fait, le seul consensus relatif à la signification de "terreur" et de "terrorisme" semble être le constat d'absence de consensus.¹¹ Cette situation est assez surprenante compte tenu de l'usage répandu du terme dans les discours juridiques et politiques récents. Elle rappelle le commentaire d'un Juge de la Cour Suprême des Etats-Unis : "Je ne peux pas définir l'obscénité, mais je la reconnais quand je la vois."¹²

1.1.1. La définition du crime de "terrorisme" en droit national

On recense plusieurs tentatives d'élaborer une définition globale du terrorisme répondant aux exigences du principe de légalité et qui soit également "idéologiquement neutre". En

⁸ On notera qu'il y a un certain nombre de conventions internationales qui définissent des infractions terroristes, mais celles-ci ne fond que prohiber certains actes spécifiques sans fournir une définition générale du "terrorisme" ; comme il en sera question ci-après, il y a eu plusieurs tentatives infructueuses pour définir le terrorisme au sein des Nations unies ; de plus, aucune définition ne peut être tirée du droit international coutumier non plus, même si beaucoup de crimes internationaux qualifiés par les Etats de "terroristes" relèvent du droit coutumier (ex. la prise d'otages, les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité).

⁹ *Terrorisme et droits de l'homme (Rapport intérimaire)*, Rapport de la Rapporteuse spéciale, Mme Kalliopi K. Koufa, Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/2001/31, 27 Juin 2001, para. 25, p. 8, [ci-après, "Rapport de l'ONU sur le terrorisme"], disponible à : <http://www.un.org/french/documents/ecosoc/docs/1999/ecn41999f.pdf> .

¹⁰ Joseba Zulaika & William A. Douglas, *Terror and Taboo, the follies, fables and faces of terrorism*, Routledge, New York and London, 1996, p. 97.

¹¹ Voir Galip Isen, *Discourse of Evil: Speaking Terrorism to Silence*, <http://www.reconstruction.ws/033/isen.htm>, citant Alex P Schmid and Albert J. Jongman,, qui énumèrent 22 éléments différents qui figurent dans plus de cent définitions : *Political Terrorism: A new Guide to actors, authors, concepts, data bases, theories and literature*, North Holland Publishing Co., Amsterdam 1988, p. 5.

¹² Judge Potter Stewart. *Idem*. Cf. Ted G. Carpenter, *Cato Handbook for Congress: Reducing the Risk of Terrorism*, Cato Institute Policy Analysis no.625, 12 December 1996.

1996, un comité *ad hoc* des Nations Unies a été mis en place pour rédiger un projet de convention globale sur le terrorisme, mais c'est précisément sur l'écueil de la définition que cette tentative a échoué.¹³ Pendant les travaux préparatoires de la convention onusienne, les représentants des Etats n'ont pas pu atteindre un accord sur des questions aussi fondamentales que le *but* du terrorisme et les *auteurs*. En particulier, aucun consensus n'a été dégagé sur l'inclusion du terrorisme d'Etat dans la définition ou sur la distinction entre le terrorisme et la lutte légitime contre l'oppression.¹⁴

Une définition claire est extrêmement importante lorsqu'on entre dans le champs du droit pénal. Or, les lois nationales qui définissent des "actes terroristes" et des "groupes terroristes" en vue d'établir la responsabilité criminelle pour infractions terroristes, reproduisent le manque de clarté constaté sur le plan international. En règle générale, les Etats utilisent des termes imprécis, entretenant ainsi le doute quant aux actes prohibés, ou des définitions excessivement larges qui peuvent s'étendre à des actes que peu de gens qualifieraient de terroristes. Cette tendance n'est pas réservée aux régimes "autoritaires". Depuis les événements du 11 septembre, beaucoup d'Etats ont adopté de nouvelles lois, ou modifié des lois existantes afin de combattre le terrorisme. On verra que beaucoup de ces lois utilisent des termes imprécis.¹⁵ D'autres Etats n'ont pas eu besoin de modifier ou compléter leur droit, se contentant d'appliquer plus largement leurs lois anti-terroristes.¹⁶

1.1.2. Définitions vagues ou excessivement larges du Terrorisme

Les définitions du terrorisme comprennent souvent une description des auteurs ainsi que des cibles potentielles de la violence terroriste (ex. le public, le gouvernement, la propriété). De surcroît, ces définitions tentent également d'énumérer une gamme de "mobiles terroristes" de l'auteur, afin de distinguer entre terroristes et criminels de droit commun. En insistant ainsi sur le "mobile" au lieu de la "gravité" de l'acte, les définitions du terrorisme ont tendance à devenir excessivement large et à couvrir potentiellement des actes qui ne devraient pas être des infractions internationales (comme l'exercice des droits civils).¹⁷

¹³ En 2003, l'Assemblée Générale des Nations Unies a recommandé qu'un groupe de travail soit établi pour "régler les questions non encore réglées dans deux projets de convention sur le terrorisme, y compris la définition du terrorisme elle-même : United Nations, "UN Committee Recommends Working Group for Anti-Terrorism Treaties", *UN News Service*, 3 April 2003.

¹⁴ Les actes de terrorisme couvrent habituellement des actes commis par des actrices non-étatiques. Cependant, certains considèrent que des actes commis par des Etats peuvent également relever du terrorisme (terrorisme d'Etat) alors que d'autres notent que certains Etats soutiennent le terrorisme en aidant des acteurs non-étatiques qui commettent des infractions terroristes ; voir *Rapport du Comité spécial créé par la résolution 51/210 de l'Assemblée générale en date du 17 décembre 1996*, Cinquième session (12-23 février 2001), A/56/37, 27 mars 2001.

¹⁵ Voir *Anti-Terrorism Measures, Security and Human Rights, Development in Europe, Central Asia and North America in the Aftermath of September 11*, April 2003, Report by the International Helsinki Federation for Human Rights (Rapport IHF).

¹⁶ A titre d'exemple, la législation anti-terroriste espagnole permet la détention au secret, une procédure pénale secrète, et la détention préventive (*pre-trial detention*) jusqu'à quatre ans. Les procédures relatives à la détention des membres présumés d'Al-Qaïda arrêtés en Espagne en novembre 2001, juillet 2002, et janvier 2003, entre autres, ont été déclarées secrètes (*causa secreta*). Le juge d'instruction de l'*Audiencia Nacional*, une cour spéciale chargée des affaires terroristes, peut requérir la *causa secreta* pour trente jours, renouvelables par la suite pour toute la durée de la période de quatre ans de détention préventive. La procédure secrète empêche tout accès de la défense aux pièces à charge, à l'exception des informations contenues dans l'arrêt initial de détention. En novembre 2002, le Comité des Nations Unies contre la torture (CAT) a exprimé des réserves sérieuses relatives à la détention au secret en vertu de la législation pénale espagnole. Une personne peut être détenue au secret jusqu'à cinq jours, sans accès à un avocat, ni notification à la famille, accès aux services minimums comme les soins, ou contact avec le monde extérieure. Le CAT a conclu que, dans de telles conditions, la détention au secret peut faciliter des actes de torture et des mauvais traitements. En Espagne, la plupart des personnes arrêtées pour suspicion de terrorisme sont détenues au secret pendant au moins les premières quarante-huit heures ; voir *In the Name of Counter-Terrorism: Human Rights Abuses Worldwide, A Human Rights Watch Briefing Paper for the 59th Session of the United Nations Commission on Human Rights*, 25 March 2003, disponible en anglais à : http://hrw.org/un/chr59/counter-terrorism-bck4.htm#P306_71146.

¹⁷ Le mobile du criminel doit être distingué de son intention. S'agissant du terrorisme, le mobile est d'atteindre un but politique (modifier ou détruire les fondations et principes fondamentaux d'un pays ou d'une organisation internationale). L'intention est d'intimider une population en tout ou en partie.

A titre d'exemple, après le 9/11, une Décision cadre sur le terrorisme a été préparée en toute hâte par l'Union européenne, puis adoptée par le Conseil des Ministres en décembre 2001. La Décision, qui devait être mise en application par les Etats membres avant fin 2002, contient une définition commune des infractions terroristes et harmonise les peines encourues pour de telles infractions au sein des Etats membres de l'Union.¹⁸ La Décision cadre énumère une série d'infractions qui doivent être qualifiées de terrorisme y compris les "les atteintes graves à l'intégrité physique d'une personne; (...) et le fait de causer des destructions massives à une installation gouvernementale ou publique, (...)", qui doivent être punies en tant que *crimes terroristes* s'ils sont commis dans certains buts spécifiques, comme celui de: "contraindre indûment des pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque". De surcroît, la menace de réaliser l'un des comportements énumérés, ainsi que l'incitation au terrorisme, la tentative et la complicité sont également prohibées.¹⁹

Comme l'a constaté l'*International Helsinki Federation (IHF)*, tant les critères pour qualifier un acte particulier d'acte terroriste que les éléments matériels des infractions terroristes sont suffisamment vagues et imprécis pour soulever le risque d'une mise en œuvre arbitraire.²⁰ L'IHF observe que plusieurs éléments de la définition adoptée dans la Décision cadre du Conseil sont semblables au texte étudié par le Comité *ad hoc* des Nations Unies chargé de rédiger un projet de convention globale sur le terrorisme (termes tels que "destruction massive", "gravement intimider une population", "contraindre indûment des pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque")²¹. Or, le Comité n'avait pu atteindre un consensus en ce qui concerne ces éléments. Au contraire, certains Etats qui ont participé aux travaux préparatoires de la convention avaient exprimé le souci que ce projet de définition, si vague et imprécis, pourrait se prêter à une interprétation politique ou une application sélective.²²

La définition adoptée dans la Décision cadre de l'UE pourrait également se prêter à une interprétation menaçant l'opposition légitime. La définition est si vague qu'elle peut couvrir des crimes aussi graves que le détournement d'un avion civil pour obliger un gouvernement à s'abstenir ou à exécuter un acte, mais également une simple manifestation d'opposition, comme celles organisées par les activistes alter mondialistes ou pour les droits des animaux, qui enfreignent parfois la loi (destruction de biens, etc.) pour amener un gouvernement ou une organisation internationale à s'abstenir ou à faire un acte. La Décision cadre de l'UE sur le terrorisme laisse une grande marge de discrétion à chaque Etat Membre pour déterminer la ligne appropriée entre opposition légitime et terrorisme. Bien sûr, l'interprétation de ces définitions juridiques dépend des tribunaux en dernier lieu, et la plupart des Etats membres de l'UE ont un système judiciaire fort et indépendant susceptible de limiter toute application extensive des lois. Cependant, le langage de la Décision crée une incertitude quant au

¹⁸ En vertu de l'article 5 de la Décision cadre, les Etats membres doivent assurer que les infractions terroristes couvertes par la Décision sont punissables par des peines d'emprisonnement plus lourdes que celles qui s'appliqueraient en vertu du droit commun pour les mêmes infractions en l'absence d'une intention terroriste spéciale telle que définie dans la Décision. Les auteurs d'infractions couvertes par la Décision doivent également être soumis à une procédure d'extradition.

¹⁹ Union européenne, *Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme*, articles 1 et 4, disponible à: <http://europa.eu.int/scadplus/leg/fr/lvb/l33168.htm>.

²⁰ Voir *supra*, note 15.

²¹ Assemblée générale (cinquante-cinquième session), Sixième comité, *Document de travail présenté par l'Inde intitulé "Projet de convention générale sur le terrorisme international"* (Doc. N.U. A/C.6/55/1). Il convient de noter que des éléments similaires apparaissent dans la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, du 15 décembre 1997 et la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, du 9 décembre 1999. Cependant, ces conventions ne définissent pas le phénomène plus large de "terrorisme", mais seulement certaines formes spécifiques de terrorisme.

²² Assemblée générale (cinquante-sixième session), Sixième Comité, *Mesures visant à éliminer le terrorisme international*, Rapport de la Sixième Commission (Doc. N.U. A/C.6/56/L.9) ; voir également Commission internationale de juristes, *Terrorisme et droits de l'homme*, 2002, p. 205 et s.

comportement réellement réprimé pénalement et, en particulier, l'effet potentiel sur la liberté d'expression et d'association.

Un exemple supplémentaire peut être tiré de la nouvelle "loi anti-extrémisme" adoptée par la Fédération russe, fin juillet 2002, qui introduit une série de sanctions sévères à l'encontre d'activités relevant de "l'extrémisme".²³ Les défenseurs des droits de l'homme et les membres de l'opposition parlementaire ont critiqué les termes ambigus de la nouvelle loi, exprimant la crainte qu'elle soit utilisée pour réprimer des activités non gouvernementales légitimes.²⁴ La loi définit "l'activité extrémiste" comme la planification, l'organisation, la préparation et la perpétration d'actes visant à :

- affaiblir la sécurité de la Fédération russe ;
- récupérer ou s'approprier des fonctions officielles ;
- créer des unités armées illégales ;
- diriger des activités terroristes²⁵
- fomenter la haine raciale, sociale, religieuse ou nationale en relation avec la violence ou des appels à la violence ;
- dénigrer la dignité des ethnies.
- mettre en œuvre des actes massifs contre l'ordre public, de hooliganisme ou de vandalisme motivés par l'intolérance politique, religieuse, nationale ou raciale ou par la haine ou l'intolérance contre un groupe social quelconque ;
- propager l'exclusivité, la supériorité ou l'infériorité des citoyens sur la base de leurs croyances religieuses ou leurs affiliations sociales, raciales, nationales, religieuses ou linguistiques.²⁶

Un certain nombre de ces éléments matériels de l'activité extrémiste, tels "affaiblir la sécurité de la Fédération russe", "dénigrer la dignité des ethnies", ou "propager l'exclusivité, la supériorité ou l'infériorité des citoyens sur la base de leurs croyances religieuses ou leurs affiliations sociales, raciales, nationales, religieuses ou linguistiques" sont vagues et excessivement larges. De plus, aucune référence n'est faite à la *gravité* de la menace que doit faire peser ces actes pour relever de la nouvelle loi.²⁷

Une définition vague et/ou excessivement large introduit inévitablement un paramètre d'incertitude, avec le risque de réprimer pénalement des comportements qui n'ont rien à voir avec ce que l'on entend en principe par le terme "terrorisme". Les lois formulées dans un langage vague violent le principe fondamental de légalité et se prêtent à une application arbitraire.²⁸ De telles définitions peuvent aboutir à une interprétation qui limite indûment l'exercice légitime des droits civils fondamentaux que sont la liberté d'expression, d'association et de réunion, ainsi que les droits des minorités à exercer leur droit à l'autodétermination. De plus, ces définitions se prêtent à une application sélective contre des groupes d'opposition sur la base de considérations politiques.

Les définitions nationales du terrorisme formulées de façon vague sont particulièrement inquiétantes lorsqu'elles sont appliquées par des Etats qui ne mettent pas en œuvre, par ailleurs, une protection générale des droits de l'homme. Le recours au label "terrorisme" peut

²³ Loi fédérale sur l'action pour contrer le terrorisme, disponible en russe à <http://www.panorama.ru/works/patr/govpol/>.

²⁴ Voir à titre d'exemple, Nabi Abdullaev, "Anti-Extremism Bill Riles Human Rights Activists", *St Petersburg Times*, 7 June 2002, 7 June 2002 ; Robert Coalson, "Getting radical about extremism", *RFE/RL Newslines*, 18 July 2002 ; et Fred Wair: "Russian bill pits free speech against national security", *Christian Science Monitor*, July 2002.

²⁵ Les "activités terroristes" sont déjà définies par la législation russe en vigueur.

²⁶ Rapport IHF, supra note 15.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Voir Commission internationale de juristes, *Terrorisme et droits de l'homme*, 2002, supra.

servir à légitimer des mesures adoptées par un gouvernement pour contrer de telles activités. A titre d'exemple, en comparant sa politique en Tchétchénie à celle des Etats-Unis contre Al-Qaida et Oussama Ben Laden, la Fédération russe a pu réduire considérablement la surveillance internationale sur son bilan en matière de droits de l'homme en Tchétchénie.²⁹ Par ailleurs, en qualifiant un problème de "terrorisme", un Etat peut espérer un plus grand soutien international du fait de sa position, permettant ainsi de recevoir une assistance multilatérale ou bilatérale, y compris la "remise",³⁰ ou l'extradition de "terroristes" présumés, voire même une aide militaire.³¹ Comme le constate le rapport récent d'un groupe de réflexion des Nations Unies sur la politique antiterroriste : "*appliquer l'étiquette de 'terroristes' à des opposants ou à des adversaires est un procédé qui a fait la preuve de son efficacité pour contester leur légitimité et les diaboliser.*"³²

1.1.3. Définir le crime de terrorisme: quelques principes et lignes directrices du droit international

Malgré la difficulté de tracer une limite entre terrorisme et lutte légitime contre l'oppression³³, il existe des principes clairs du droit international qui indiquent quels actes ne devraient pas être réprimés pénalement et quels actes ne devraient pas être justifiés par un motif de lutte politique.

Comme nous venons de le rappeler, une définition ne peut pas qualifier de criminel des actes qui sont des "droits" protégés par le droit international humanitaire ou des droits de l'homme, comme les libertés d'expression, d'association et de réunion, reconnues dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ("le Pacte"), ou des actes protégés en vertu du droit international humanitaire, tel que le droit des belligérants de prendre les armes.

Parallèlement, le droit international protège le droit à l'autodétermination, la liberté et l'indépendance en reconnaissant certaines exceptions à l'incrimination d'actes violents, qui constitueraient en principe des crimes en droit interne, mais qui ne sont pas réprimés pénalement en tant que tels du fait de leur nature politique : les *crimes politiques*.³⁴ Toutefois, bien que la doctrine des crimes politiques protège le droit absolu à l'autodétermination, à l'indépendance et la liberté en vertu de la Charte des Nations Unies, elle trouve ses propres limites dans le droit international. Comme nous le verrons ci-après, il y a des comportements qui sont si odieux qu'ils ne peuvent en aucun cas être considérés comme "crimes politiques". Or, c'est la *gravité* de l'acte qui limite l'applicabilité de la doctrine des crimes politiques, non pas ses buts ou objectifs. Par conséquent, les définitions du terrorisme qui couvrent des actes violents avec un objectif politique ne devraient pas

²⁹ Voir *Rapport IHF*, *supra* note 15, notamment le chapitre sur la réponse internationale aux abus des droits de l'homme en Asie centrale et en Tchétchénie après le 11 septembre.

³⁰ Le transfert interétatique est analysé dans la troisième partie de ce rapport.

³¹ P. Ramsamy, *A Discourse on Terrorism*, Department of Political Science, National University of Malaysia, 15 January 2002, disponible en anglais à : <http://www.tamilcanadian.com/eelam/hrights/html/article/SU001021114204N209.html>

³² *Rapport du Groupe de réflexion sur les implications du terrorisme pour les politiques de l'ONU*, Doc. N.U. A/57/273, S/2002/875, Annexe.

³³ Voir, de manière générale, le *Rapport du Comité spécial créé par la résolution 51/210 de l'Assemblée générale en date du 17 décembre 1996*, Cinquième session (12-23 février 2001), Doc. N.U. A/56/37, 27 mars 2001.

³⁴ Si, dans certains cas, la doctrine de l'exception pour crimes politiques a été reconnue même en l'absence de soulèvement politique (cf. *Regina v. Governor of Brixton Prison ex Parte Kozlunsky and others*, (1955) 1 Q.B. 540, Judgment, 13 December 1954); *in re Gonzales*, 217 F. Supp. 717, S.D.N.Y. 1963, Judgment, 23 May 1963, 34 I.L.R. 139, 141s, 1967), il est plus généralement exigé que l'auteur soit membre d'une organisation politique impliquée dans un soulèvement (Bassiouni, M.C., *The Political Offence Exception in Extradition Law and Practice in International Terrorism and Political Crimes*, 398, 405ss (M.C. Bassiouni ed. 1975). Sur la signification du terme, "crime politique", voir aussi Brownlie, *Principles of International Law* (5th ed. 1998) p. 319.

pénaliser ceux d'entre eux qui sont considérés comme "crimes politiques" en vertu du droit international.

La doctrine de l'exception pour crimes politiques fut conçue à l'origine pour protéger le droit à l'autodétermination, à la liberté, et l'indépendance en érigeant une exception à l'obligation mutuelle des Etats d'extrader des individus.³⁵ Comme l'a noté un rapport du Sénat américain :

"Il n'y a aucun doute qu'en 1776 les autorités britanniques auraient qualifié les opérations de guérilla américaines de meurtre ou de coups et blessures (...) Oui, il n'y a pas le moindre doute qu'un tel traité nous aurait obligé à extradier les patriotes qui ont tiré le coup "entendu autour du monde" pour balancer au bout d'une corde britannique (...) De ce fait, les Etats-Unis avaient raison de se méfier des accords sur l'extradition (...) Se rappelant nos origines révolutionnaires, les tribunaux américains ont développé la doctrine de l'exception pour crimes politiques : pas d'extradition si l'accusé est poursuivie pour des actes violents dans le cadre d'une bataille pour la liberté de son pays." US Congress, Senate, Foreign Relations Committee, *Senate Report on Supplemental Extradition with the United Kingdom*, (Washington, DC: GPO, July 1985-86).

La doctrine de l'exception pour crimes politiques est bien établie en droit international, ayant été largement appliquée par des Etats.³⁶ Le concept de crime politique joue un rôle très important non seulement en cas d'extradition mais encore en matière d'amnistie et de poursuites.³⁷

Ce principe se manifeste également dans le droit de la guerre. A titre d'exemple, l'article 6 § 5 du Deuxième protocole additionnel de 1977 aux Conventions de Genève, relatif aux conflits armés internes, comme les guerres civiles, fait clairement appel à "accorder la plus large amnistie possible aux personnes qui auront pris part au conflit armé ou qui auront été privées de liberté pour des motifs en relation avec le conflit armé, qu'elles soient internées ou détenues."³⁸ Or, comme l'explique le Comité international de la Croix Rouge (CICR), cette disposition ne peut pas être interprétée de manière à justifier une amnistie pour des crimes de guerre ou d'autres infractions commises lors de conflits armés internes, qui relèvent du crime international.³⁹ Autrement dit, lorsque le droit international humanitaire est le *lex*

³⁵ Article 1er de la Charte des Nations unies, signée à San Francisco le 26 juin 1945, entrée en vigueur le 24 Octobre 1945, conformément à l'article 110. L'état qui reçoit la demande dispose d'un pouvoir discrétionnaire de refuser l'extradition s'il y a une raison sérieuse de croire que la personne poursuivie sera persécutée du fait de sa race, sa religion ou son appartenance à une organisation politique : (Brownlie, *supra*. note 34 ; Volger, "Perspective on Extradition and Terrorism", in *International Terrorism and Political Crimes*, p. 391, à 395 (Bassiouni ed. 1975) ; Oppenheim, *International Law* (Robert Jennings/Arthur Watts eds. 9th ed. 1992)).

³⁶ Pour une discussion générale de l'exception pour crimes politiques, voir Phillips, R. S., "The Political offence exception and terrorism: its place in the current extradition scheme and proposals for its future", 15 *Dick.J.Int'l L.* (1997) p. 337.

³⁷ Les amnisties sont souvent justifiées, parfois de façon explicite, comme s'appliquant uniquement aux crimes politiques, et non aux crimes de droit commun ; voir Ronald C. Slye, "The Legitimacy of Amnesties Under International Law and General Principles of Anglo-American Law: Is a Legitimate Amnesty Possible?", 43 *Va. J. Int'l L.* 173 (2002).

³⁸ Comme le montrent les travaux préparatoires, l'article 6 § 5 du deuxième Protocole de 1977 aux Conventions de Genève avait été rédigé dans le dessein d'éviter les persécutions politiques communes (pour trahison ou pour sédition) à la suite de conflits armés non-internationaux tels que les guerres civiles. Cependant, les rédacteurs n'envisageaient pas une amnistie générale. À titre d'exemple, le représentant soviétique affirmait que les personnes coupables de crimes contre l'humanité et de génocide ne devraient pas recevoir la protection d'une amnistie politique, mais au contraire, "des règles devraient être adoptées pour les punir." ; cité in N. Roht-Arriaza (1995), p. 59, notes 7 et 8.

³⁹ Voir la lettre du bureau juridique du CICR à la Procureur du TPIY, du 24 novembre 1995 et au Département de Droit, *University of California*, du 15 avril 1997 (citant CDDH, Official Records, 1977, Vol. IX, p. 319) ; disponible en anglais à : <http://www.redress.org/casework/AmicusCuriaeBrief-SCSL1.pdf>.

specialis applicable⁴⁰, pour réglementer la façon dont la guerre est conduite (*jus in bello*), l'exception pour crimes politiques est également reconnue, mais ne s'applique pas aux crimes les plus sérieux (ex. homicide intentionnel).⁴¹

Le droit international humanitaire encadre les conflits armés, y compris les luttes contre l'occupation étrangère et les pouvoirs étatiques (c.à.d. les mouvements de libération nationaux, les révolutions ou les guerres civiles).⁴² Par conséquent, les belligérants ne devraient pas être poursuivis s'ils respectent pleinement les lois et coutumes de la guerre, même si certains actes pourraient être qualifiés de criminels en l'absence de conflit armé (comme le fait de tuer un combattant).⁴³ Mais il faut rappeler que certains actes sont si odieux qu'ils ne peuvent pas être considérés comme s'inscrivant dans un "but" valable ou légitime.⁴⁴ Ainsi, si un belligérant commet des actes violents qui sont contraires aux principes internationaux des droits de l'homme ou du droit humanitaire, aucune exception pour crime politique ne peut le protéger de poursuites ou d'extradition⁴⁵ :

"Aucun acte [ne devrait] être considéré comme politique lorsqu'il est de nature à violer le droit international, et contraire aux normes internationales de comportement civilisé (...)"⁴⁶

En revanche, des actes qui ont un objectif politique et qui relèvent de la doctrine des crimes politiques ne devraient pas être réprimés pénalement (qu'ils s'agisse d'une qualification de "terrorisme" ou de toute autre infraction). Le besoin de respecter ce principe dans le contexte du terrorisme apparaît clairement dans la résolution de l'Assemblée Générale qui dénonce le crime de terrorisme en 1987 :

⁴⁰ La Cour internationale de Justice a considéré, dans son avis consultatif dans l'affaire des armes nucléaires, que le droit international humanitaire s'applique comme *lex specialis* afin de déterminer s'il y a eu privation arbitraire du droit à la vie : CIJ, *Avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, 8 juillet 1996. *Rec.* 226.

⁴¹ Le Statut de la Cour pénale internationale énumère des crimes en vertu du droit international, qui peuvent être commis en temps de paix ou de guerre ; l'article 8 énumère des actes relevant du crime de guerre, tels que l'homicide intentionnel de civils ou d'autres personnes protégées par les Conventions de Genève ; la torture ou les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques ; la destruction et l'appropriation de biens, non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire ; etc : voir *Statut de la CPI*, Doc. N.U. UN/CONF.183/9.

⁴² L'article 1 du premier protocole dispose : "4. Dans les situations visées au paragraphe précédent sont compris les conflits armés dans lesquels les peuples luttent contre la domination coloniale et l'occupation étrangère et contre les régimes racistes dans l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, consacré par la Charte des Nations Unies et par la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies." [Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 Août 1949, relatif à la Protection des victimes de conflits armés internationaux (Protocole Ier)]. Parallèlement, l'article 1 du deuxième Protocole dispose: "1. Le présent Protocole, qui développe et complète l'article 3 commun aux Conventions de Genève du 12 août 1949 sans modifier ses conditions d'application actuelles, s'applique à tous les conflits armés qui ne sont pas couverts par l'article premier du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), et qui se déroulent sur le territoire d'une Haute Partie contractante entre ses forces armées et des forces armées dissidentes ou des groupes armés organisés qui, sous la conduite d'un commandement responsable, exercent sur une partie de son territoire un contrôle tel qu'il leur permette de mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer le présent Protocole." [Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 Août 1949, relatif à la Protection des victimes de conflits armés non-internationaux (Protocole II)], 8 Juin 1977].

⁴³ Voir la section sur les prisonniers de guerre, *infra*. notes 364-370.

⁴⁴ Sur la proportionnalité et d'autres principes de la conduite de la guerre voir : Best, Geoffrey: *Humanity in Warfare. The Modern History of the International Law of Armed Conflicts* (London: Methuen, 1980); Green, L.C.: *The Contemporary Law of Armed Conflict*. (Manchester, Canada: Manchester University Press, 1993), Greenwood, Christopher: *Command and the Laws of Armed Conflict*, Strategic Combat Studies Institute Occasional Paper No.4, (Camberley: SCSI 1993), Greenwood, Christopher: 'Jus ad bellum and jus in bello in the Nuclear Weapons Advisory Opinion.' In *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*. Edited by Chazournes, L. Boisson de; Sands, P. Cambridge University Press, 1999.

⁴⁵ Voir, de manière générale : *REDRESS' Amicus Brief on the Legality of Amnesties under International Law*, disponible à : <http://www.redress.org/casework/AmicusCuriaeBrief-SCSL1.pdf>.

⁴⁶ *Re Doherty*, 599 F. Supp. 270, 274 (S.D.N.Y. 1984), [notre traduction, le texte d'origine suit : "*No act [should] be regarded as political where the nature of the act is such as to be violative of international law, and inconsistent with international standards of civilized conduct...*"]; *Ahmad v. Wigen*, 726 F. Supp. 389, 407 (E.D.N.Y. 1989) (l'E.D.N.Y. est le tribunal de district pour l'est de New York). Le 7 mai 1996, un magistrat chargé de l'extradition a rejeté la pétition de Dr. Abu Marzook, en décidant qu'il devait être extradé car il y avait raison de croire qu'il avait commis des "crimes contre l'humanité" et, donc, qu'il ne pouvait pas invoquer l'exception pour crimes politiques. *Idem*.

"Réaffirmant également le droit inaliénable à l'autodétermination et à l'indépendance de tous les peuples soumis à des régimes coloniaux et racistes et à d'autres formes de domination étrangère et affirmant la légitimité de leur lutte, en particulier la lutte des mouvements de libération nationale, conformément aux buts et principes de la Charte et de la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations unies."⁴⁷

Certains accords récents sur l'extradition limitent l'exception pour crimes politiques, mais les termes utilisés pour exclure certains actes de la définition de "crimes politiques" sont malheureusement tout aussi vagues et imprécis que les définitions du terrorisme elles-mêmes.⁴⁸ De même, certains accords internationaux récents limitent l'exception pour crimes politiques, non pas pour les crimes internationaux les plus sérieux, mais pour des actes de "terrorisme" vaguement définis.⁴⁹ Par conséquent, en vertu de ce nouveau système d'extradition, une personne qui commet des actes à l'encontre d'un gouvernement et qui fuit pour échapper aux poursuites, pourra faire l'objet d'une extradition sans pouvoir se réclamer de l'exception pour crimes politiques si la personne est qualifiée de "terroriste". Nul besoin de prendre en compte la gravité des "actes" perpétrés, ni la nature du "régime" attaqué : en évaluant la demande d'extradition, en l'absence de l'exception pour crimes politiques, l'Etat en question n'aura pas à prendre en compte la nature des accusations (meurtres massifs de civils ou le fait d'avoir tué des soldats illégalement, etc.), ou celle du régime (démocratique et respectueux des droits de l'homme ou répressif, colonial, raciste ou étranger).

Il y a d'autres protections importantes des droits de l'homme des individus dans les procédures d'extradition (telles que l'interdiction d'extrader une personne vers un pays où il existe des raisons substantielles de croire qu'elle pourrait subir la torture ou d'autres formes de mauvais traitements).⁵⁰ Cependant, l'évolution de l'extradition visant à limiter l'exception pour crimes politiques soulève d'autres préoccupations sérieuses quant à l'affaiblissement du principe d'autodétermination dans la mise en œuvre des mesures antiterroristes.⁵¹

1.1.4. Les avantages et inconvénients des définitions vagues

Il n'est pas toujours politiquement souhaitable de limiter le terme "terrorisme" à une liste clairement définie d'actes "politiquement motivés" qui atteignent le seuil de "gravité" pour relever, à titre d'exemple, du crime contre l'humanité ou du crime de guerre.⁵² Comme nous

⁴⁷ AGNU RES/42/159, 94ème session plénière, 7 décembre 1987.

⁴⁸ Voir à titre d'exemple l'article 4 de l'accord d'extradition entre le gouvernement du Royaume-Uni et le gouvernement des Etats-Unis, disponible à http://members.freespeech.org/irishpows/bb3/extradition_treaty.htm.

⁴⁹ Voir à titre d'exemple la Convention européenne sur la suppression du terrorisme, 27 janvier 1977, Eur. T.S. No. 90, 15 I.L.M. 1272, art. 1.

⁵⁰ Voir la section sur le non refolement dans la deuxième partie : Cadre juridique.

⁵¹ Voir les notes 10 et 31.

⁵² Les crimes de guerre ne peuvent être commis que pendant un conflit armé, mais les crimes contre l'humanité peuvent également être commis en temps de paix [voir le Statut de la CPI, *infra*. note 41] ; il n'est pas définitivement établi que des acteurs non-étatiques peuvent commettre des crimes contre l'humanité en dehors de tout conflit armé, mais la majorité des juristes internationaux ont qualifié les attaques du 11 Septembre aux Etats-Unis comme un crime contre l'humanité : à titre d'exemple, Benjamin Ferencz, ancien procureur à Nuremberg, explique : "*Détourner un avion civil afin délibérément et intentionnellement de les jeter contre des bâtiments importants, causant ainsi la mort de milliers de civils innocents, est clairement un crime contre l'humanité. Avec des origines remontant à l'antiquité, la punition judiciaire de tels crimes lors du procès de Nuremberg après la deuxième guerre mondiale a été confirmée par les Nations Unies et par beaucoup de tribunaux depuis lors (...). Nous ne sommes pas en train de réécrire des règles. Nous n'avons pas besoin de réécrire des règles. Nous devons simplement appliquer les règles existantes. Les traiter de "terroristes" est également un terme trompeur (...). Nous les poursuivons pour tueries massives, ce qui est un crime dans toutes les juridictions. C'est ce qui est arrivé ici [le 9-11] et c'est un crime contre l'humanité.*" (<http://www.benferencz.org/>).

avons constaté ci-dessus, le "terrorisme" est toujours lié à l'*objectif* politique de défier, déstabiliser ou changer un régime politique. Ainsi, une définition vague ou inexistante du terrorisme permet aux Etats de qualifier tout dissident ou rebelle de "terroriste". De ce fait, les Etats peuvent délégitimer ou diaboliser la dissidence ou la rébellion, ainsi que déhumaniser les dissidents/rebelles (les "terroristes" sont généralement décrits comme des individus ou groupes qui tuent des gens sans distinction, ne respectent pas la vie humaine, et préfèrent la violence à la paix et l'harmonie). Il est intéressant de noter que pendant sa lutte contre le régime d'Apartheid en Afrique du Sud, l'*African National Congress* de Nelson Mandela était considéré comme un des "*groupes terroristes les plus notoires*", selon un rapport du *Pentagon* (Ministère de la Défense américain) datant de 1988.⁵³

Bien qu'une définition vague se prête à une application arbitraire, ce problème est moins grave dans des Etats ayant des tribunaux forts et indépendants. C'est la raison pour laquelle, les gouvernements ont tendance à limiter le rôle des tribunaux dans le contrôle des mesures de sécurité en temps de "crise" ou d'"urgence".⁵⁴ En revanche, les définitions vagues et imprécises sont très dangereuses lorsque les tribunaux manquent d'indépendance ou que le système judiciaire est inefficace, et lorsque les Etats ne sont pas soumis au contrôle international des mécanismes de droits de l'homme, tels que les Cours interaméricaine et européenne, ou les organes onusiens des droits de l'homme comme le Comité des droits de l'homme. Ce problème devient plus clair au niveau international quand les Etats mettent en œuvre des mesures antiterroristes internationales. L'exécution de décisions judiciaires internationales dépend totalement de la volonté politique des Etats, et les tribunaux comptent sur les pressions de la communauté internationale pour encourager les Etats à respecter leurs décisions (ex. les décisions de la Cour internationale de Justice engagent les Etats, mais il n'existe aucun mécanisme d'application).⁵⁵ En l'absence de définition internationale du terrorisme, les Etats disposent d'une discrétion absolue pour décider ce qu'est le terrorisme et quelles mesures antiterroristes sont appropriées au niveau international. Si un tribunal ou une cour internationale décide que le comportement d'un Etat enfreint le droit international, l'Etat peut choisir de ne pas respecter cette décision.

Il existe beaucoup d'exemples d'Etats qui n'ont pas appliqué les décisions de tribunaux internationaux. À titre d'exemple, en 1986, les Etats-Unis ont refusé d'accepter la compétence générale de la Cour internationale de Justice.⁵⁶

Toutefois, certains commentateurs et analystes politiques soulignent un problème supplémentaire. Disposer d'une définition claire du terrorisme pose un problème aux Etats lors du contrôle des mesures antiterroristes. Ainsi, les Etats ont tendance à préférer l'opacité des définitions nationales du terrorisme et de leur façon de les appliquer.⁵⁷ A titre d'exemple, en 1981, sous l'administration Reagan, un manuel militaire américain définissait le terrorisme comme "employer sciemment la violence ou la menace de violence pour atteindre des buts de nature politiques, religieux ou idéologiques (...) par l'intimidation, la coercition, ou

⁵³ Voir Noam Chomsky, *Hegemony or Survival* (Penguin 2004) p. 110, citant Joseba Zulaika & William Douglas, *Terror and Taboo* (Routledge, 1996), p. 12.

⁵⁴ Un bon exemple est Guantanamo Bay, où l'Exécutif américain a soutenu que les tribunaux américains n'avaient aucune compétence : voir la troisième partie, section 3.3.4.

⁵⁵ Le seul mécanisme de mise en œuvre au sein du système des Nations unies est le Conseil de Sécurité ; le Conseil a le pouvoir d'autoriser l'emploi de la force militaire en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies : voir note 80 et le texte annexe.

⁵⁶ Les Etats-Unis avaient accepté la compétence obligatoire de la CIJ en 1946, mais ont retiré leur acceptation à la suite du jugement de la Cour de 1984, qui les enjoignait de "mettre immédiatement fin et renoncer" à l'emploi illicite de la force contre Nicaragua ; les Etats-Unis, jugés avoir "violé les obligations que leur impose le droit international coutumier de ne pas recourir à la force contre un autre Etat", ont reçu l'ordre de payer des réparations, ce qui ne fut jamais fait, cf. CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Etats-Unis c. Nicaragua*, arrêt du 27 juin 1986, Rec. 1986, p. 14, à 137 et s.

⁵⁷ Chomsky, *supra*. note 53.

l'imposition de la crainte.⁵⁸ Or, compte tenu du fait que cette définition du "terrorisme" était quasiment la même que celles d' "anti-insurrection" et d' "anti-terrorisme" dans les manuels militaires⁵⁹, cet ensemble de définitions n'a guère été employé et fut remplacé. Certains observateurs ont noté, que les nouvelles définitions ne faisaient, tout de même, "aucune distinction de principe entre la 'terreur' prohibée par le *Congress* des Etats-Unis et l'anti-insurrection' autorisé par les manuels des forces armées".⁶⁰

La frontière entre actes terroristes et mesures antiterroristes n'est pas toujours facile à tracer. En particulier, en 1987, dans le cadre de leur "guerre contre le terrorisme" , les Etats-Unis ont ordonné à leurs forces armées au Nicaragua d'attaquer "des cibles faciles" et d'éviter l'armée nicaraguayenne.⁶¹ Cette décision a été prise après que la Cour internationale de Justice ait déclaré illicite l'emploi de la force contre le Nicaragua par les Etats-Unis⁶², et après que le Conseil de Sécurité ait endossé ce jugement et appelé à tous les Etats à respecter le droit international (les Etats-Unis ont opposé leur veto à la résolution) et que l'Assemblée Générale ait adopté une résolution comparable.⁶³

Même si l'affaire du Nicaragua est un clair exemple d'une situation où des mesures "antiterroristes" contre un autre Etat ont été qualifiées d'illicites en vertu du droit international⁶⁴, certains affirment encore que "les actes doivent être analysés à la lumière des circonstances (...) Beaucoup de luttes pour la liberté politique, comme l'insurrection des Contras au Nicaragua ou l'insurrection anti-Castro (...), ont mis en lumière certaines caractéristiques communes avec le terrorisme, mais elles se distinguent par l'affirmation légitime de droits inaliénables".⁶⁵ En d'autres termes, il n'est pas possible de définir le terrorisme ou l'anti-terrorisme parce qu'ils dépendent de "l'identité" des acteurs et de "la légitimité" de leurs buts.

⁵⁸ Le Code américain officiel fournissait une définition plus élaborée, mais suivant essentiellement les mêmes lignes ; pour les définitions américaines, voir Chomsky, "International Terrorism: Image and Reality", in Alexander George, ed. *Western State Terrorism* (New York: Routledge, 1991).

⁵⁹ Voir Scott Atran, *Science* 299 (7 March 2003).

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ Le Général John Galvin, commandant du Sud des Etats-Unis (SOUTHCOM), expliquant la stratégie au Congrès ; voir Fred Kaplan, *Boston Globe*, 20 May 1987.

⁶² CIJ, *Etats-Unis c. Nicaragua*, *op. cit* note 56, à 114.

⁶³ Seulement deux Etats ont opposé cette résolution : les Etats-Unis et Israël (Doc. N.U. A/RES/43/11, 25 octobre 1988).

⁶⁴ La CIJ a décidé que toute forme d'ingérence est prohibée si elle touche au droit souverain du "choix du système politique, culturel, social et économique, et de la formulation des relations extérieures". Selon la Cour, l'ingérence est "illicite lorsqu'à propos de ces choix, qui doivent demeurer libres, elle utilise des moyens de contrainte" (p. 98) : voir *supra*. note 56.

⁶⁵ John Alan Cohan, "Formulation of a State's Response to Terrorism and State-Sponsored Terrorism", 14 *Pace Int'l L. Rev.* 77) 2002 ; citant Louis Rene Beres, *The Legal Meaning of Terrorism for the Military Commander*.

1.2. LE TERRORISME : UNE MENACE QUI EXIGE UNE MISE À JOUR CONSTANTE DU DROIT INTERNATIONAL

On a soutenu que la menace du terrorisme est actuellement plus grande que jamais, que des terroristes peuvent accéder aux armes de destruction massive, que la violence du 9/11 est sans précédent, et qu'une guerre "sans règle" est nécessaire pour lutter contre ce nouveau fléau. Selon certains hommes politiques et universitaires aux États-Unis, y compris des membres de l'administration, le droit international "et" le droit national sont inadéquats.⁶⁶ *Mais est-ce vrai que le monde soit devenu soudain extraordinairement dangereux le 9/11, exigeant de "nouveaux paradigmes" qui démantèlent les organes ainsi que le droit internationaux ? Les Conventions de Genève de 1949 sont-elles obsolètes ? Des lois internes comme le US Torture Act (18 U.S.C. article 2340) sont-elles inadaptées pour lutter contre le terrorisme ?*

Au regard des 50 dernières années, on s'aperçoit que ce n'est pas la première fois que le monde soit tombé sur un "danger sans précédent" qui "exige" une modification du droit international et même du droit national. En 1961, à titre d'exemple, l'*Attorney General* américain, Robert Kennedy, a rejeté un avis juridique constatant que l'invasion de la *Bay of Pigs* était une violation des lois américaines sur la neutralité, arguant que les forces soutenues par les États-Unis étaient formées de "patriotes" et, donc, que leurs activités "ne semblent pas être en violation de nos lois sur la neutralité", qui "d'évidence (...) n'étaient pas conçues pour le genre de situation qui prévaut dans le monde aujourd'hui."⁶⁷

De même, les attaques contre le Nicaragua – l'une des plus hautes priorités de la "guerre contre le terrorisme" lancée naguère par l'administration Reagan élue en 1981 – étaient justifiées parce que "la politique et les actes du gouvernement du Nicaragua constituent une menace inhabituelle et extraordinaire contre la sécurité nationale et la politique étrangère des États-Unis".⁶⁸ Malgré la condamnation généralisée des activités des États-Unis au Nicaragua par la communauté internationale⁶⁹, l'administration Reagan a justifié ses activités [antiterroristes] au Nicaragua sur le fondement suivant : la Libye du Colonel Kadhafi était en train d'envoyer des armes et des militaires au Nicaragua "afin de ramener la guerre chez les États-Unis"⁷⁰ ; l'Union soviétique y avait installé "un sanctuaire privilégié pour les terroristes et les révolutionnaires à deux jours de route de la ville de Harling, Texas"⁷¹ ; et les MiG soviétiques menaçaient les États-Unis à partir des bases nicaraguayennes.⁷²

⁶⁶ Voir à titre d'exemple, Wedgwood, R., Keynote address "After September 11", at Symposium, Responding to Rogue Regimes: From Smart Bombs to Smart Sanctions, 36 *New Eng.L.Rev* 725 (Summer 2002); Glennon, M.J., "Military Actions Against Terrorists Under International Law, The Fog of Law: Self Defense, Inherence, and Incoherence in Article 51 of the United Nations Charter", 25 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y* 539, 540 (2002) ; également l'argument de l'administration américaine selon laquelle les Conventions de Genève ne s'appliquent pas : Donald H. Rumsfeld, Department of Defense News Briefing (Jan. 11, 2002), disponible en anglais à http://www.dod.gov/news/Jan2002/t01112002_t0111sd.html ; certains affirment même que dans le contexte du terrorisme, la prohibition internationale contre la torture n'est pas toujours applicable, Alan Dershowitz, "Want To Torture? Get a Warrant", *S.F. Chron.*, Jan. 22, 2002, at A19, Moore, M., "Torture and the balance of Evils", 23 *Israel L. Rev.* 280, 323 (1989).

⁶⁷ Robert F. Kennedy cité in Michael McClintock, *Instruments of Statecraft* (Pantheon, 1992), p. 23, [notre traduction, le texte d'origine suit : "appear to be violations of our neutrality laws," which "clearly... were not designed for the kind of situation which exists in the world today."].

⁶⁸ New York Times, 2 May 1985.

⁶⁹ Voir *supra*. les notes 62, 63 et 64.

⁷⁰ Le discours de Ronald Reagan à l'American Bar Association en juillet 1986, in Chomsky, *Turning the Tide* (South End, 1986), p. 144, [notre traduction, le texte d'origine suit : "to bring his war home to the United States."].

⁷¹ Commentaires à la "White House Meeting for supporters of the United States Assistance for the Nicaraguan Democratic Resistance", 3 mars 1996 : Walter Robinson, *Boston Globe*, 22 March 1986, [notre traduction, le texte d'origine suit : "a privileged sanctuary for terrorist and subversives just two days' driving from Harling, Texas."].

⁷² Chomsky, *supra*. note 53 pp. 103-104.

Aucune de ces "menaces" n'a jamais été prouvée, mais du fait de la dernière allégation, certains préconisaient même le bombardement du Nicaragua. La fiabilité de cette dernière revendication a été mise en question, mais il a été ajouté que si elle était exacte, les Etats-Unis auraient clairement besoin de bombarder le Nicaragua, car ses avions seraient "à portée des Etats-Unis" (Le Sénateur Paul Tsongas).⁷³ Ces considérations ont été exprimées même après l'arrêt de la Cour internationale de Justice déclarant illicite l'ingérence américaine en Nicaragua et son soutien aux Contras.⁷⁴

L'argument selon lequel un nouveau danger terroriste sans précédent existe aujourd'hui (exigeant ainsi de nouvelles règles) devrait donc être considéré avec prudence. La même revendication a déjà été formulée plusieurs fois dans le passé. S'il est raisonnable d'établir que des mesures fortes sont nécessaires pour combattre le terrorisme non étatique, voire même "le terrorisme non étatique soutenu par des Etats", les mesures adoptées doivent respecter l'état de droit. Sinon, l'activité violente pourra continuer d'être qualifiée soit de terrorisme soit d'anti-terrorisme, selon le jugement de valeur propre à la personne qui la définit.

⁷³ *Idem.*, [notre traduction, le texte d'origine suit : "*capable against the United States*"].

⁷⁴ La "contre insurrection" soutenue par les Etats-Unis a eu beaucoup d'effets néfastes sur la population nicaraguayenne. Un historien et fonctionnaire aux Affaires étrangères sous Reagan, Thomas Carothers, note que pour le Nicaragua, le nombre de morts "par rapport à la population, était considérablement plus haut que le nombre d'Américains tués lors de la Guerre civile américaine ainsi que toutes les guerres du vingtième siècle *dans leur ensemble*." Thomas Carothers in Abraham Lowenthal, ed., *Exporting Democracy* (John Hopkins, 1991), cf. également Carothers, *In the Name of Democracy* (California, 1991).

PARTIE 2. LE CADRE JURIDIQUE

2.1. LE TERRORISME ET la lutte antiterroriste en DROIT INTERNATIONAL

Comme nous avons déjà expliqué, il n'y a actuellement aucune définition globale du terrorisme. Cependant, plusieurs textes et instruments analysent la question du terrorisme et de la lutte antiterroriste à la lumière du droit international, surtout depuis les événements du 11 septembre, car la campagne globale contre le terrorisme occupe désormais une place prééminente au sein de nombreuses organisations internationales.

Plusieurs mesures adoptées depuis le 11 septembre pour mettre en place des procédures antiterroristes au niveau international ont des conséquences significatives. En particulier, la plupart des organisations de défense des droits de l'homme identifient une sorte de tension entre la lutte antiterroriste et le besoin de garantir les droits de l'homme. Les mesures antiterroristes s'étendent du renforcement de la coopération bilatérale et du partage des renseignements entre services de police et de sécurité nationale, voire l'introduction de nouvelles lois relatives au financement des activités terroristes⁷⁵, d'un côté, jusqu'à l'adoption de nouvelles législations nationales en matière de sécurité en vue d'octroyer des pouvoirs supplémentaires aux autorités chargées de l'enquête, de l'autre côté. Ceci conduit à l'emploi de procédures séparées pour l'instruction des poursuites pour infractions terroristes⁷⁶, y compris l'arrestation, la détention⁷⁷ et le procès lui-même.

Sous prétexte de lutte contre le terrorisme, certains gouvernements se sont servi de ce cadre juridique séparé pour opprimer des groupes minoritaires ou des opposants politiques.⁷⁸

La portée des mesures antiterroristes s'étend bien au-delà du droit pénal. Ces mesures influent souvent sur les contrôles aux frontières et les procédures d'octroi de l'asile et du statut de réfugié, ainsi que la procédure pour accéder aux informations tenues par les gouvernements.⁷⁹

2.1.1. La lutte antiterroriste : une nouvelle obligation en droit international

Le chapitre VII de la Charte des Nations Unies accorde le pouvoir au Conseil de Sécurité pour prendre des décisions qui engagent tous les Etats membres des Nations Unies, afin de

⁷⁵ Voir, à titre d'exemple, les Résolutions du Conseil de Sécurité des Nations Unies : Doc. N.U. S/RES/1373 (2001), 28 septembre 2001, S/RES/1267 (1999), 15 octobre 1999 ; les Règlements du Conseil (CE) 881/2002, 27 mai 2002, et 2580/2001, 27 décembre 2001 ; et l'*Executive Order 13224* du 23 Septembre 2001 (Etats-Unis).

⁷⁶ Ex., l'emploi de techniques de "contrainte et d'angoisse" lors d'interrogatoires ; le recours aux bases de données informatiques et d'autres manquements au respect de la vie privée ; ou des droits illimités de recherche et de saisie.

⁷⁷ Ex., l'incarcération extrajudiciaire des "enemy combatants" à la base de Guantanamo au Cuba ; l'octroi de nouveaux pouvoirs permettant la détention indéfinie de terroristes présumés (Royaume-Uni).

⁷⁸ On rapporte de tels procédés en Russie et en Ouzbékistan, entre d'autres Etats : cf. en général, International Helsinki Federation for Human Rights, *Anti-terrorism Measures, Security and Human Rights: Developments in Europe, Central Asia and North America in the Aftermath of September 11*, April 2003, disponible en anglais à http://www.ihfhr.org/documents/doc_summary.php?sec_id=3&d_id=390 (dernier accès juin 2004).

⁷⁹ On en a fait état le plus récemment en Suède et aux Etats-Unis : cf. le Rapport du *International Helsinki Federation*, *ibid.* et aussi, Commission européenne : document de travail : *la relation entre la sauvegarde de la sécurité interne et le respect des obligations et instruments en matière de protection internationale*, COM(2001)0743, 5 December 2001, disponible à : http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lq=fr&numdoc=52001DC0743&model=guiche tt.

maintenir ou restaurer la paix et la sécurité internationales. A cet égard, le Conseil de Sécurité peut imposer diverses formes de sanctions et, si d'autres mesures s'avèrent inadéquates, autoriser l'action militaire. Depuis le début des années 1990, le Conseil de Sécurité a adopté de nombreuses résolutions imposant des sanctions aux régimes accusés de soutenir le terrorisme, y compris des sanctions sur le régime des Talibans en Afghanistan.⁸⁰ Le 12 septembre 2001, dans sa Résolution 1368, le Conseil de Sécurité a adopté une mesure sans précédent en affirmant que le "terrorisme" constitue une menace à la paix et la sécurité internationales.⁸¹ Une résolution ultérieure du Conseil – la Résolution 1373 (2001) du 28 septembre 2001 – qui crée une obligation internationale d'adopter un certain nombre de mesures spécifiques visant à combattre le terrorisme, sera tout aussi importante et sans précédent. La Résolution 1373 "demande" également aux Etats de prendre d'autres mesures pour empêcher et réprimer les actes terroristes, dont le dépistage des demandeurs d'asile avant de leur accorder le statut de réfugié, et la criminalisation en droit national du financement des organisations terroristes.⁸² Ainsi, la mise en œuvre de mesures antiterroristes n'est plus une affaire de politique nationale. Depuis le 9/11, les Etats membres des Nations Unies sont non seulement autorisés à défendre leur "sécurité nationale" contre les menaces terroristes, mais ils sont obligés en vertu du droit international de mettre en œuvre les mesures spécifiques énumérées dans la Résolution 1373 ainsi que "d'autres mesures" pour combattre le terrorisme.

2.1.2. L'absence de protection des droits de l'homme dans la mise en œuvre de la "nouvelle" obligation de lutter contre le terrorisme

Alors que les résolutions du Conseil de Sécurité datant de 2001 créent une obligation internationale en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies de prendre des mesures contre le terrorisme, elles n'établissent pas clairement de mécanisme de contrôle pour vérifier que ces mesures respectent d'autres obligations internationales, dont celles qui découlent des droits de l'homme et du droit international humanitaire. Comme l'a observé le Haut Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, Mary Robinson :

"Actuellement il n'y a aucun organe international doté d'un mandat clair pour évaluer si les mesures prises et justifiées par un Etat, comme étant nécessaires afin de combattre le terrorisme, sont en violation de leurs obligations en matière de droits de l'homme, ou requièrent une dérogation. Malheureusement, le Comité contre le terrorisme, établi par le Conseil de Sécurité, ne considère pas que cela relève de ses fonctions".⁸³

La tension entre les droits de l'homme et les obligations du droit international humanitaire, d'un côté, et l'obligation de prendre des mesures pour lutter contre le terrorisme est présente dans le discours des organes onusiens de contrôle des conventions. A titre d'exemple, considérant le rapport périodique du Royaume-Uni en Décembre 2001, le Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies a observé avec attention les mesures législatives débattues au sein du gouvernement pouvant avoir "des effets étendus", et qui exigeraient la dérogation

⁸⁰ Résolution 1267 (1999) du Conseil de Sécurité, 15 Octobre 1999.

⁸¹ La Résolution dispose ainsi : "*Résolu* à combattre par tous les moyens les menaces à la paix et à la sécurité internationales causées par les actes terroristes", Résolution 1368 (2001) du Conseil de Sécurité, 12 Septembre 2001.

⁸² Doc. N.U. S/RES/1373 (2001).

⁸³ Mary Robinson, United Nations Commissioner for Human Rights, *Human Rights in the Shadow of 11 September*, Fifth Commonwealth Lecture, London, 6 June 2002, [notre traduction, le texte d'origine suit : "*there is currently no international institution with a clear mandate to assess whether measures taken and justified by a State as necessary to combat terrorism are in violations of human rights standards which it has accepted, or which would require that a derogation be made. And it is, indeed, unfortunate that the Counter-terrorism Committee established by the Security Council does not believe this to be part of its mandate.*"], disponible en anglais à : <http://www.thecommonwealth.org/Templates/Internal.asp?NodeID=37475>.

de certaines obligations en matière de droits de l'homme. Questionné à cet égard par le Comité, le Royaume-Uni aurait invoqué l'article 103 de la Charte des Nations Unies en soutenant que ses obligations en vertu de la Résolution 1373 du Conseil de Sécurité prévalaient sur ses obligations à l'égard du Comité des Droits de l'Homme.⁸⁴ Le Comité a répondu clairement : "L'Etat partie devrait s'assurer que les mesures qu'il prend à cet égard [en vertu de la résolution 1373 (2001) du Conseil de Sécurité] soient pleinement conformes aux dispositions du Pacte, y compris, s'il y a lieu, aux dispositions sur les dérogations énoncées à l'article 4 du Pacte."⁸⁵ La Suède a adopté une position semblable dans une affaire pendante devant le Comité des Nations Unies contre la torture, mais le Comité a simplement conclu que le requérant n'avait pas établi la violation de l'article 3 de la Convention contre la torture, sans répondre aux justifications suédoises en vertu de la Résolution 1373.⁸⁶

Peu de temps après l'adoption de la Résolution 1373 du Conseil de Sécurité, un Comité contre le terrorisme (CCT) a été établi pour contrôler la mise en œuvre de la résolution et pour analyser les rapports des Etats. La mise en place de ce comité spécial était prévue dans la résolution, mais celle-ci n'évoquait pas les obligations des Etats de respecter le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire. Le Comité n'a pas sérieusement étudié les obligations des Etats en matière de droits de l'homme, allant jusqu'à refuser une proposition du Haut Commissaire pour les Droits de l'Homme visant à demander aux Etats d'inclure une section sur les droits de l'homme dans les rapports sur leur mise en œuvre de la résolution 1373,⁸⁷ Par conséquent, la plupart des Etats se sont abstenus d'inclure de tels éléments dans leurs rapports au Comité.

Le 20 janvier 2003, le Conseil de Sécurité a complété la Résolution 1373 et les résolutions ultérieures sur la lutte antiterroriste, par une déclaration qui, pour la première fois depuis le 11 septembre, attire spécifiquement l'attention sur les obligations en matière de droits de l'homme dans la lutte contre le terrorisme.⁸⁸ La déclaration rappelle que : "lorsqu'ils prennent des mesures quelconques pour combattre le terrorisme, les États doivent veiller au respect de toutes les obligations qui leur incombent en vertu du droit international, les mesures adoptées devant être conformes au droit international, *en particulier aux instruments relatifs aux droits de l'homme et aux réfugiés ainsi qu'au droit humanitaire*" [nous soulignons]. Cependant, il n'y a pas encore de mécanisme formel pour évaluer la façon dont les Etats respectent ou vont respecter le droit international des droits de l'homme, et les normes du droit des réfugiés et du droit humanitaire dans le cadre de leur mise en œuvre des résolutions du Conseil de Sécurité relatives à la lutte contre le terrorisme.⁸⁹

⁸⁴ Le Comité des Droits de l'Homme est l'organe des Nations Unies chargé de contrôler le respect par les Etats du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (CivPol), qui énumère certaines obligations auxquelles on ne peut déroger, relevant du *jus cogens*, telle l'interdiction de la torture, et les traitements cruels, inhumains ou dégradants ; voir Comité des droits de l'homme, *Examen des rapports présentés par les États parties conformément à l'article 40 du Pacte, Observations finales du Comité des droits de l'homme : United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, 5 novembre 2001, Doc. N.U. CCPR/CO/73/UK ; CCPR/CO/73/UKOT.

⁸⁵ *Idem.* para 6.

⁸⁶ Affaire no. 199/2001 : *Attia c. Suède*, voir UN Press Release, *Human Rights Committee and Committee Against Torture Rule On Complaints Of Violations From Individuals*, 5 décembre 2003 : disponible à : <http://www.unhcr.ch/hurricane/hurricane.nsf/0/10B4B92B5D3AA93DC1256DF3005BAACE?opendocument>.

⁸⁷ Office of the High Commissioner for Human Rights, *Proposals for 'further guidance' for the submission of reports pursuant to paragraph 6 of the Security Council Resolution 1373 (2001): Compliance with International Human Rights Standards*, 2001 ; voir *Rapport IHF, supra.* note 15.

⁸⁸ La déclaration fut adoptée comme annexe à la résolution 1456 (2003) du Conseil de Sécurité, du 20 janvier 2003.

⁸⁹ La majorité des Etats ne font toujours pas référence à la compatibilité entre leurs mesures antiterroristes et leurs obligations en matière de droits de l'homme ; certains Etats ont commencé récemment à faire référence à certains droits de l'homme : à titre d'exemple, le Canada mentionne les garanties constitutionnelles contre les perquisitions et saisies déraisonnables (Canada Doc. N.U. S/2004/132, 20 avril 2004) et le Danemark mentionne la liberté d'association (Danemark Doc. N.U. S/2004/119, 18 février 2004).

2.2. LA TORTURE ET LES MAUVAIS TRAITEMENTS EN DROIT INTERNATIONAL

2.2.1. L'interdiction absolue de la torture et des mauvais traitements

La torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ont été reconnus partout dans le monde comme relevant des crimes les plus sérieux, et leur interdiction comme une norme fondamentale de la communauté internationale.⁹⁰ De plus, en tant que norme de *jus cogens*, l'interdiction de la torture se trouve au plus haut niveau du droit international et prévaut sur toute règle contradictoire du droit conventionnel ou coutumier.⁹¹ L'interdiction de la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants est inscrite dans tous les instruments internationaux majeurs qui traitent des droits civils et politiques, dont : l'article 5 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 ; l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 ; la Convention des Nations Unies contre la torture de 1984 ; l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme ; l'article 5 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme ; l'article 5 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ; et la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture. Ils sont également prohibés par les quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 et leurs deux Protocoles additionnels, ainsi que dans des constitutions et lois nationales de par le monde.

La Convention des Nations Unies contre la torture définit ce crime comme "tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. Ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles." Cette définition a été reconnue comme relevant du droit international coutumier.⁹²

La définition de la torture a été analysée par la Cour européenne des droits de l'homme, selon laquelle la torture concerne les traitements inhumains délibérés provoquant de fort graves et cruelles souffrances.⁹³ Il a également été établi que les techniques de "désorientation" ou de "privation sensorielle", telles que les "postures de tension" (*wallstanding*), le fait d'être cagoulé, la soumission à un bruit fort et continu, la privation de sommeil, et la privation combinée de "nourriture solide et liquide", sont prohibées par le droit international en tant que "traitements cruels, inhumains ou dégradants".⁹⁴ Dans l'affaire Grecque, la Commission a décidé que la torture sert un objectif - obtenir des renseignements ou des aveux, voire imposer une peine - et qu'elle constitue généralement une forme aggravée de traitement inhumain.⁹⁵ La jurisprudence récente a adopté cette approche en

⁹⁰ Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, *infra*.

⁹¹ L'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, de 1969.

⁹² Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, *infra*. para. 160.

⁹³ CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, Série A, No. 25, para. 167.

⁹⁴ *Idem*.

⁹⁵ CEDH, *Affaire grecque*, Rapport de la Commission du 5 novembre 1969, Annuaire, p. 186.

déterminant si un acte peut être qualifié de torture.⁹⁶ A titre d'exemple, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a jugé que, dans la mesure où l'on peut démontrer que la détention de la victime vise un but prohibé de torture et qu'elle a causé une souffrance ou une douleur sévère à la victime, le fait de mettre ou de garder une personne en isolement solitaire peut équivaloir à torturer".⁹⁷ La Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture a défini la torture plus largement que la Convention des Nations Unies. Elle inclut comme actes de torture "l'application à toute personne de méthodes visant à annuler la personnalité de la victime ou à diminuer sa capacité physique ou mentale même si ces méthodes et procédés ne causent aucune douleur physique ou angoisse psychique".⁹⁸ De même, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale élargit légèrement la définition de la Convention des Nations Unies contre la torture, en ce qu'il n'exige pas de façon explicite l'accord ou le consentement d'un officier public ou de toute autre personne agissant au nom d'un statut officiel. Le Statut de Rome définit la torture comme : "le fait d'infliger intentionnellement une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, à une personne se trouvant sous sa garde ou sous son contrôle; l'acception de ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légales, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles."⁹⁹

Plusieurs conventions et textes internationaux affirment que la torture "ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles."¹⁰⁰ Or, en 1992, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, dans une Observation générale, a affirmé que l'interdiction de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants "doit s'étendre aux peines corporelles".¹⁰¹

2.2.2. La torture: un principe de *Jus Cogens* et un droit auquel on ne peut déroger

Il existe un noyau dur de droits qui ne sont susceptibles d'aucune dérogation, même en temps de guerre ou d'autre danger public menaçant la vie de la nation, parce que toute dérogation à ces droits est spécifiquement prohibée par des conventions de droits de l'homme et/ou parce que les droits en question sont des normes impératives du droit international coutumier.

Il est désormais bien établi en droit international que l'interdiction de la torture relève du statut de *jus cogens* – c'est à dire qu'elle est une norme "impérative" qui n'est pas susceptible de dérogation en droit international général - le plus haut niveau hiérarchique de toutes les normes et principes internationaux.¹⁰² Dans le Jugement *Furundzija*¹⁰³, le Tribunal pénal international pour l'ex Yougoslavie a conclu :

⁹⁶ Voir, à titre d'exemple, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Milorad Krnojelac*, Jugement en première instance, Affaire No. IT-97-25-T, 15 mars 2002, para. 183, disponible en anglais à : <http://www.un.org/icty/krnjelac/trialc2/judgement/krn-tj020315e.pdf>.

⁹⁷ *Krnjelac*, *ibid.*, para. 183.

⁹⁸ *Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture*, 1985, aArticle 2, OEA, série des traités No. 67, entrée en vigueur le 28 février 1987, disponible en français à : http://www.damocles.org/article.php3?id_article=4107.

⁹⁹ L'article 7 § 2(e) du Statut de Rome.

¹⁰⁰ L'article premier de la *Convention contre la torture* ; l'article 2 § 2 de la *Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture*, qui dispose ainsi : "Ne sont pas couvertes par le concept de torture les peines ou souffrances, physiques ou mentales, qui sont uniquement la conséquence de mesures légalement ordonnées ou qui leur sont inhérentes, à la condition que les méthodes visées au présent article ne soient pas employées dans l'application de ces mesures."

¹⁰¹ Nations Unies, Comité des droits de l'homme, *Observation générale 20*, 1992, para. 5.

¹⁰² La notion d'obligations *erga omnes* et de *jus cogens* est évoquée dans l'avis consultatif de la CIJ sur les *réserves à la Convention sur le génocide*, CIJ Rec. 1951, p. 15 (à 28) ; elle a également été appliquée dans les affaires du *Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud ; Libéria c. Afrique du Sud)*, Exceptions préliminaires, Arrêt du 21 décembre 1962, Rec. 1963, p. 319, et de la *Barcelona Traction*, arrêt du 5 février 1970, Rec. 1970 [ci-après "Barcelona Traction"] (Il faut noter que l'Affaire

"(...) En raison de l'importance des valeurs qu'il protège, ce principe est devenu une norme impérative ou *jus cogens*, c'est-à-dire une norme qui se situe dans la hiérarchie internationale à un rang plus élevé que le droit conventionnel et même que les règles du droit coutumier 'ordinaire'. (...) Clairement, la valeur de *jus cogens* de l'interdiction de la torture rend compte de l'idée que celle-ci est désormais l'une des normes les plus fondamentales de la communauté internationale. En outre, cette interdiction doit avoir un effet de dissuasion en ce sens qu'elle rappelle à tous les membres de la communauté internationale et aux individus sur lesquels ils ont autorité qu'il s'agit là d'une valeur absolue que nul ne peut transgresser."

En vertu du droit international, la violation de normes de *jus cogens* crée une situation qui concerne tous les Etats. Par conséquent, chaque Etat a l'obligation d'étudier la situation en vue de poursuivre les auteurs présumés¹⁰⁴, quel que soit le lieu du crime.¹⁰⁵ Dans l'affaire Pinochet (No. 3)¹⁰⁶, la Chambre des Lords a décidé que le statut de *jus cogens* de l'interdiction internationale de la torture justifiait l'extension de la compétence pénale nationale aux actes de torture perpétrés en tout lieu. L'article 7 § 1 de la Convention contre la torture dispose ainsi : "L'Etat partie sur le territoire sous la juridiction duquel l'auteur présumé d'une infraction visée à l'article 4 est découvert, s'il n'extrade pas ce dernier, soumet l'affaire, dans les cas visés à l'article 5, à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale."

On ne peut déroger à l'interdiction de la torture, elle n'est susceptible d'aucune exception en temps de guerre ou de danger public. Le droit international humanitaire prohibe explicitement la torture et les mauvais traitements (les quatre Conventions de Genève de 1949 et leurs deux Protocoles). Les Etats ont reconnu que même en temps de guerre, certaines pratiques doivent être prohibées, même si l'on peut en tirer quelque avantage militaire. De même, les droits procéduraux conçus pour garantir la protection contre les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ne sont soumis à aucune limitation ou dérogation.¹⁰⁷

2.2.3. L'obligation absolue de non refoulement en droit international

Le droit international reconnaît l'interdiction absolue du renvoi, du transfert ou du retour forcé d'une personne vers un pays où elle risque d'être soumise à la torture ou d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (non refoulement), et préconise des remèdes efficaces afin de garantir la protection de ce droit.¹⁰⁸ Le principe de non-retour ou de non

de la *Barcelona Traction* concernait un problème de droit civil) ; l'article 53 de la *Convention de Vienne sur les droit des traités* (1969) définit les normes de *jus cogens* ainsi : "Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère."

¹⁰³ *Le Procureur c. Furundzija*, *infra*, paras 153-4.

¹⁰⁴ *Rapport final de la Commission d'experts des Nations Unies constituée conformément à la résolution 780 (1992) du Conseil de sécurité*, Doc. N.U. S/1994/674 (1994), annexe, p. 42 ; *Le Procureur c. Tadic*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, Affaire no. IT-94-1-AR72, 2 octobre 1995.

¹⁰⁵ *Demjanjuk v. Petrovsky* (1985) 603 F Supp 1468; 776 F 2d 571 ; *Affaire du mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, Jugement, Opinion séparée des Juges Higgins, Kooijmans et Buergethal, 14 Février 2002, *Rec.* 2002, p. 1 [ci-après "affaire Yerodia"].

¹⁰⁶ Lord Browne-Wilkinson, *R v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate ex p Pinochet (No 3)* [1999] 2 WLR 827.

¹⁰⁷ Voir partie 3.4.

¹⁰⁸ La nature du recours (judiciaire, administratif, etc.) devrait être effectif et conforme à la nature du droit violé ; en cas de violations graves des droits de l'homme qui relèvent également du crime, comme la torture, la jurisprudence est unanime quant à la nature judiciaire des recours effectifs : voir REDRESS, *Reparation: A Sourcebook for Victims of Torture and other*

refoulement est généralement associé au droit des réfugiés. En effet, l'interdiction du retour d'un réfugié vers "des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques" fut reconnue pour la première fois à l'article 33 § 1 de la Convention relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951.¹⁰⁹ Or, le principe de non refoulement s'étend maintenant à la torture et aux peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.¹¹⁰ Sa portée sur le plan des de droits de l'homme est d'autant plus large qu'il s'applique à toute personne, non seulement aux réfugiés.

Ce principe a été affirmé dans de nombreux textes internationaux, dont l'article 3 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants¹¹¹ ; l'article 13 § 4 de la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture¹¹² ; l'article 22 § 8 (clause générale sur le non refoulement) de la Convention américaine relative aux droits de l'homme¹¹³ ; l'article 8 de la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées¹¹⁴ ; l'article 3 § 1 de la Déclaration sur l'asile territoriale¹¹⁵ ; et l'article II § 3 de la Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique.¹¹⁶ A titre d'exemple, l'article 3 de la Convention contre la torture dispose ainsi :

- "1. Aucun Etat partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre Etat où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture.
2. Pour déterminer s'il y a de tels motifs, les autorités compétentes tiendront compte de toutes les considérations pertinentes, y compris, le cas échéant, de l'existence, dans l'Etat intéressé, d'un ensemble de violations systématiques des droits de l'homme, graves, flagrantes ou massives."

La jurisprudence développée au sein du système européen des droits de l'homme confirme la protection contre l'expulsion vers un pays où une personne risque la torture ou des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.¹¹⁷ La Cour européenne des droits de l'homme a affirmé qu'un Etat partie à la Convention peut être tenu responsable pour violation

Violations of Human Rights and International Humanitarian Law, March 2003, (document sur les sources du droit à réparation), disponible en anglais à : <http://www.redress.org/publications/SourceBook.pdf>.

¹⁰⁹ *Convention des Nations Unies relative au Statut des réfugiés* du 28 juillet 1951, entrée en vigueur le 22 avril 1954, disponible à : http://www.unhcr.ch/french/html/menu3/b/o_c_ref_fr.htm.

¹¹⁰ Sir Elihu Lauterpacht CBE QC and Daniel Bethlehem, *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement* (Opinion), 20 July 2001, para. 132, disponible en anglais à : http://www.unhcr.bg/global_consult/.

¹¹¹ *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, adoptée par AGNU résolution 39/46 du 10 décembre 1984, entrée en vigueur le 26 juin 1987, disponible à : http://www.unhcr.ch/french/html/menu3/b/h_cat39_fr.htm.

¹¹² *Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture*, adoptée le 9 décembre 1985, disponible à : http://www.rsf.org/article.php3?id_article=4107.

¹¹³ *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, adoptée le 22 novembre 1969, disponible à : http://www.rsf.org/article.php3?id_article=3928.

¹¹⁴ *Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*, Doc. N.U. A/RES/47/133, 18 décembre 1992, disponible à : [http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.RES.47.133.Fr?OpenDocument](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.RES.47.133.Fr?OpenDocument).

¹¹⁵ *Déclaration sur l'asile territorial*, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 14 décembre 1967, Doc. AGNU résolution 2312 (XXII), disponible à : http://www.unhcr.ch/french/html/menu3/b/o_asylum_fr.htm.

¹¹⁶ OUA, *Convention régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique*, entrée en vigueur le 20 juin 1974, disponible à : http://www.droitshumains.org/Biblio/Txt_Afr/instr_conv_69.htm.

¹¹⁷ Cour européenne des droits de l'homme, *Soering c. Royaume-Uni*, Jugement du 7 Juillet 1989, Séries A, Vol. 161 ; *Nsona c. Pays-Bas*, Jugement du 28 novembre 1996, 1996-V, no. 23 ; *Chahal c. Royaume-Uni*, Jugement du 15 novembre 1996, 1996-V, no. 22 ; *Ahmed c. Autriche*, Jugement du 7 décembre 1996, 1996-VI, no. 26 ; *Scott c. Espagne*, Jugement du 18 décembre 1996, 1996-VI, no. 27 ; *Boujlifa c. France*, Jugement du 21 octobre 1997, 1997-VI, no. 54 ; *D. c. Royaume Uni*, 2 mai 1997, 1997-III, no. 37 ; *Paez c. Suède*, Jugement du 30 octobre 1997, 1997-VII, no. 56.

de l'interdiction de la torture s'il renvoie une personne vers un Etat où il y a des raisons sérieuses de croire qu'elle y subira la torture.¹¹⁸

Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies considère aussi que la prohibition de la torture dans l'article 7 de la Pacte international relatif aux droits civils et politiques (le Pacte) comprend l'interdiction du renvoi forcé de personnes vers des pays où ils risquent d'être soumises à la torture ou des mauvais traitements. Dans son Observation générale no. 20, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies affirmait que :

"De l'avis du Comité les Etats parties ne doivent pas exposer des individus à un risque de torture ou de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants en les renvoyant dans un autre pays en vertu d'une mesure d'extradition, d'expulsion ou de refoulement. Les Etats parties devraient indiquer dans leurs rapports les mesures qu'ils ont adoptées à cette fin."¹¹⁹

Ce principe est maintenant largement considéré comme une obligation en vertu du droit international coutumier. Il a fait l'objet de nombreuses déclarations et résolutions des différents organes des Nations Unies et d'une action appuyée de ses mécanismes.¹²⁰

2.3. LA TORTURE DANS LE DISCOURS SUR LE TERRORISME : UNE MISE EN CAUSE DE L'INTERDICTION ABSOLUE ?

2.3.1. La sécurité nationale c. les droits de l'homme

L'argument selon lequel il serait nécessaire de violer les droits de l'homme dans la lutte contre le terrorisme est fondamentalement vicié. Comme l'explique Mary Robinson, antérieurement Haut Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, "à long terme, la seule garantie de sécurité réside dans le respect des droits de l'homme et du droit international"¹²¹. Les Etats et la communauté des Etats ne peuvent être en sécurité que lorsque tous leurs éléments constitutifs – la territoire, la population, et le gouvernement – sont en sécurité. La sécurité de la population comprend l'inviolabilité des droits de l'homme. Dans un Etat où les droits de l'homme sont incertains, l'Etat lui-même n'est plus en sécurité.¹²² Dans un monde où les droits fondamentaux sont incertains, le monde lui-même n'est pas en sûreté. Par conséquent, tout combat contre le terrorisme qui ne maintient pas le respect scrupuleux des droits de l'homme ne peut assurer la sécurité nationale, mais au contraire, l'affaiblit.

¹¹⁸ *Loizidou c. Turquie*, Série A no. 310 et *Soering idem.* ; voir aussi *Lawless c. Irlande* (No. 3) (1961) et *Irlande c. Royaume Uni* (1978) 2 EHRR 25.

¹¹⁹ Observation générale No. 20, 10 mars 1992, para. 9, disponible à : [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/720dfcebc8e2a75d80256523004b0109?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/720dfcebc8e2a75d80256523004b0109?Opendocument).

¹²⁰ Résolutions de l'Assemblée générale : 12 février 1946, A/RES/52/132, p. 12; 12 décembre 1997, A/RES/56/137, 19 décembre 2001, A/RES/57/187, 18 décembre 2002 ; Commission des droits de l'homme, *Résolution sur la Torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, disponible à : http://ap.ohchr.org/Documents/F/CHR/resolutions/E-CN_4-RES-2004-41.doc; le Rapporteur spécial sur la torture intervient régulièrement dans des cas où il y a un risque sérieux d'extradition ou de déportation vers un Etat ou territoire où la personne en question serait en danger de soumission à la torture, voir le *Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, présenté conformément à la résolution 2002/38 de la Commission des droits de l'homme*, Doc. N.U. E/CN.4/2003/68, 17 décembre 2002, para. 8.

¹²¹ *Supra.* note 7.

¹²² *Supra.* note 6.

Dans son rapport intitulé *Protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste*, le Secrétaire général des Nations Unies a rappelé que "le respect des droits de l'homme devait être considéré comme un élément incontournable de toute stratégie efficace de lutte antiterroriste, et non comme un obstacle".¹²³ Mais, comme nous l'avons constaté précédemment, des définitions vagues et imprécises du terrorisme permettent aux Etats de *décider* que certains actes [dissidents] sont des infractions terroristes, et dans la même veine, permettent aux Etats de *décider* quelles mesures sont justifiées pour s'opposer à la terreur. Les Etats affirment régulièrement qu'il ne suffit pas de pouvoir déroger à certaines obligations en matière de droits humains au moment de déclarer un état d'urgence, ou au cours d'un conflit armé. On soutient habituellement que les droits de l'homme - dont les droits non susceptibles de dérogation, telle l'interdiction de la torture¹²⁴ - interfèrent avec la capacité des Etats à combattre efficacement le terrorisme. Qu'il s'agisse de la légitime défense ou de la sécurité nationale, les Etats ont tendance à "justifier" leurs violations des droits de l'homme comme nécessaires pour le maintien de la sécurité de leurs citoyens et du "monde dans son ensemble".

Cependant, la nature absolue de l'interdiction de la torture et les autres formes de mauvais traitement, ainsi que le principe de non refoulement, interdit toute tentative de trouver un équilibre entre les intérêts de la sécurité nationale et celui d'un individu de ne pas subir la torture ou de mauvais traitements. Comme l'explique le Comité des Nations Unies contre la torture : "Le Comité reconnaît la nécessité d'établir une coopération étroite entre les États dans la lutte contre la criminalité et de s'accorder des mesures efficaces dans ce sens. Il estime cependant que ces mesures doivent respecter pleinement les droits et libertés fondamentaux des individus."¹²⁵ Le Comité a publié une Déclaration, le 22 Novembre 2001¹²⁶, rappelant aux Etats parties à la Convention des Nations Unies contre la torture, le caractère "intangibles" de la plupart des obligations qu'ils ont souscrites en ratifiant la Convention. En particulier, dans le cas de *Paez c. Suède*, le Comité a exclu toute possibilité d'une telle recherche d'équilibre en décidant que l'appartenance du requérant à une organisation terroriste présumée n'est pas une considération pertinente dans la prise d'une décision conformément à l'article 3 (non refoulement) de la Convention.¹²⁷

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a également exclu la possibilité de rechercher un juste équilibre entre les intérêts de la sécurité nationale et l'intérêt de l'individu à être protégé contre la torture ou les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Dans l'affaire *Chahal c. Royaume-Uni*, la Cour européenne a considéré l'argument selon lequel il y aurait une limitation implicite à l'article 3 de la Convention européenne permettant d'expulser un individu pour raisons de sécurité nationale, même là où il y a un risque de mauvais traitements.¹²⁸ En rejetant cet argument, la Cour a confirmé la nature absolue de l'interdiction de la torture et du principe de non refoulement :

"La Cour est bien consciente des énormes difficultés que rencontre à notre époque les Etats pour protéger leur population de la violence terroriste. Cependant, même en tenant compte de ces facteurs, la Convention prohibe

¹²³ Rapport du Secrétaire général, *Protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste*, Doc. N.U. A/58/266, 8 août 2003, para. 55, disponible à : [http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/8590192dea048374c1256dad00445c90/\\$FILE/N0346416.pdf](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/8590192dea048374c1256dad00445c90/$FILE/N0346416.pdf).

¹²⁴ Voir la deuxième partie de ce Rapport, "Le cadre juridique".

¹²⁵ Comité contre la torture, *Arana c. France*, No. 63/1997, 05 juin 2000, para. 11.5: disponible à : <http://www1.umn.edu/humanrts/cat/decisions/Fdecisions/france63-1997.html>.

¹²⁶ *Déclaration du Comité contre la torture*, 26 novembre 2001, Doc. N.U. CAT/C/XXVII/Misc.7, disponible à : [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CAT.C.XXVII.Misc.7.Fr?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CAT.C.XXVII.Misc.7.Fr?Opendocument).

¹²⁷ Comité contre la torture, *Constataions sur la communication N° 39/1996 (Tapia Paez c / Suède)*, adoptées le 28 avril 1997, § 14.5.

¹²⁸ CEDH, *Chahal c. Royaume Uni*, *supra*. note 117, para. 76.

en termes absolus la torture ou les peines ou traitements inhumains ou dégradants, quels que soient les agissements de la victime. L'article 3 ne prévoit pas de restriction, en quoi il contraste avec la majorité des clauses normatives de la Convention et des Protocoles nos 1 et 4, et il ne souffre nulle dérogation d'après l'article 15 même en cas de danger public menaçant la vie de la nation... L'interdiction des mauvais traitements énoncée à l'article 3 est tout aussi absolue en matière d'expulsion. Ainsi, chaque fois qu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire qu'une personne courra un risque réel d'être soumise à des traitements contraires à l'article 3 si elle est expulsée vers un autre Etat, la responsabilité de l'Etat contractant - la protéger de tels traitements - est engagée en cas d'expulsion... Dans ces conditions, les agissements de la personne considérée, aussi indésirables ou dangereux soient-ils, ne sauraient entrer en ligne de compte. La protection assurée par l'article 3 est donc plus large que celle prévue aux articles 32 et 33 de la Convention des Nations Unies de 1951 relatif au statut des réfugiés".¹²⁹

Se référant explicitement à la lutte actuelle contre le terrorisme, la Chambre des droits de l'homme pour la Bosnie-Herzégovine, qui applique la Convention européenne des droits de l'homme, a déclaré dans l'affaire *Boudellaa*¹³⁰, et confirmé dans l'affaire *Bemsayah*¹³¹ :

"[...] la Chambre reconnaît pleinement la gravité et l'importance absolue de l'obligation des Etats parties, mis en avant dans la résolution 1373 du Conseil de Sécurité des Nations Unies, de participer à la lutte contre le terrorisme. La Chambre note, cependant, qu'il est absolument nécessaire de respecter les droits de l'homme et l'état de droit dans la lutte contre le terrorisme. La lutte internationale contre le terrorisme ne peut absoudre les Etats de leur responsabilité en vertu de l'Accord, au cas où la Chambre déciderait que la remise du requérant aux forces armées des Etats-Unis était en violation de l'article 1 du Protocole No. 6 à la Convention ou à l'article 3 de la Convention. (voir *Boudellaa and Others ibid.*, paras. 236-267)"

D'évidence alors, l'interdiction de la torture et le principe de non refoulement sont absolus et n'admettent aucune recherche d'équilibre entre les intérêts de sécurité nationale et les intérêts d'une personne à être protégée contre la torture et les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.¹³² Malgré cela, depuis le 11 septembre, certains Etats et institutions intergouvernementales se sont appuyés sur "les intérêts de la sécurité nationale" pour suggérer qu'il puisse être justifié d'outrepasser la protection des droits de l'homme, dont l'interdiction de la torture et les peines ou traitements cruels, inhumains, ou dégradants. A titre d'exemple, le document de travail de la Commission européenne sur le "rapport entre la sauvegarde de la sécurité intérieure et le respect des obligations et des instruments internationaux en matière de protection"¹³³, rappelle la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme confirmant l'interdiction absolue de la torture, qui n'est pas susceptible

¹²⁹ *Ibid.* paras. 79 & 80.

¹³⁰ Human Rights Chamber for Bosnia and Herzegovina, *Boudellaa and Others v Bosnia and Herzegovina and the Federation of Bosnia and Herzegovina* (11 October 2002, Nos. CH/02/8679, CH/02/8689, CH/02/8690 & CH/02/8691) paras. 236 – 267, [notre traduction, le texte d'origine suit : "the Chamber fully acknowledges the seriousness and utter importance of the respondents Parties obligation, as set forth in the UN Security Council resolution 1373 to participate in the fight against terrorism. The Chamber notes, however, that it is absolutely necessary to respect human rights and the rule of law while fighting terrorism. The international fight against terrorism cannot except the respondent Parties from responsibility under the Agreement, should the Chamber find that the hand-over of the applicant to US forces was in violation of Article 1 of Protocol No. 6 to the Convention or Article 3 of the Convention"]; disponible en anglais à : <http://www.hrc.ba>.

¹³¹ *Bemsayah v. Bosnia and Herzegovina* (4 avril 2003, Nos. CH/02/9499) para 182.

¹³² Bruin, R. & Wouters, K., "Terrorism and the non-derogability of Non-refoulement", *International Journal of Refugee law*, Oxford University Press 2003, vol. 15, No. 1, p. 5 à 21.

¹³³ Commission européenne, Doc. COM/2001/0743 final disponible à : http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/reqdoc/liste.cfm?CL=fr.

de dérogation, en vertu de l'article 3 de la Convention européenne, et allant même au-delà en affirmant :

"A la suite des événements du 11 septembre, la Cour européenne des droits de l'homme pourrait à nouveau être appelée à se prononcer sur l'interprétation de l'article 3, point i, et plus particulièrement sur la question de savoir jusqu'à quel point les protections individuelles peuvent être opposées à la sécurité d'un État. (...) Outre l'action publique, il pourrait également être nécessaire d'harmoniser les droits élémentaires accordés à cette catégorie des personnes exclues des régimes de protection mais non expulsables, et d'évaluer les différents moyens de traiter ces personnes si elles représentent un risque pour la sécurité."¹³⁴

La section précitée du document de travail suggère que la Commission soit ouverte à la possibilité d'une telle recherche d'équilibre, malgré le statut de l'interdiction de la torture et les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants en vertu du droit international.¹³⁵

Les articles 14 et 17 de la version définitive de la Proposition de Directive du Conseil concernant les *normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers et les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou de personne qui, pour d'autres raisons, a besoin d'une protection internationale*¹³⁶, qui oblige les Etats à ne pas accorder le statut de réfugié aux demandeurs n'ayant pas besoin d'une protection internationale, omet la limitation importante qui apparaissait dans les projets précédents, selon laquelle de telles obligations sont soumises au droit international et à la Convention européenne des droits de l'homme.¹³⁷ L'article 19 § 2 de la proposition finale dispose que, malgré l'obligation des membres de respecter le principe de non refoulement, les Etats membres sont autorisés à refouler tout réfugié, "qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays."¹³⁸ Comme indiqué précédemment, la Proposition fournit la preuve supplémentaire d'une politique visant à revenir sur les normes absolues contre la torture et les mauvais traitements et le principe de non refoulement.¹³⁹

Dans l'affaire *Suresh c. Canada*¹⁴⁰, la Cour suprême canadienne a examiné si le fait d'expulser un terroriste présumé vers un pays où il risque de subir la torture viole le principe de "justice fondamentale" établi à l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés

¹³⁴ Ce document fut publié le 5 décembre 2001 en réponse à une série de conclusions adoptées par la session extraordinaire du Conseil "Justice et affaires intérieures" du 20 septembre 2001, dont la vingt-neuvième conclusion se lit comme suit : "Le Conseil invite la Commission à examiner d'urgence le rapport entre la sauvegarde de la sécurité intérieure et le respect des obligations et des instruments internationaux en matière de protection" (conclusion 29 SN 3926/6/01), COM(2001) 743 final, par. 2.3.1. et 2.4, disponible à : http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/wdc/2001/com2001_0743fr01.pdf, p. 15 ; cité in Bruin & Wouters, *supra*. note 132.

¹³⁵ *Idem*.

¹³⁶ Commission européenne, Doc. COM/2001/510, disponible à : http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/pdf/2001/com2001_0510fr01.pdf, citait in Bruin & Wouters, *supra*. note 132.

¹³⁷ *Supra*. note 132, p. 10.

¹³⁸ Article 19 § 2 de la Proposition de Directive du Conseil concernant les *normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers et les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou de personne qui, pour d'autres raisons, a besoin d'une protection internationale*, Doc. 14643/1/02, 26 novembre 2002, [notre traduction, le texte d'origine suit : "when there are reasonable grounds for considering him/her a danger to the security of the country in which he/she is; or having been convicted by a final judgment of a particular serious crime, he/she constitutes a danger to the community of that country."]; disponible en anglais à : www.statewatch.org/news/2002/dec/14643-r1.en2.doc.

¹³⁹ *Supra*. note 132, p. 11.

¹⁴⁰ *Suresh c. Canada* (Ministre de la Citoyenneté et d l'Immigration), [2002] 1 R.C.S. 3, disponible à : http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/fr/pub/2002/vol1/html/2002rcs1_0003.html, ci-après, l'arrêt *Suresh*).

fondamentaux.¹⁴¹ D'un point de vue national, la Cour a semblé accepter qu'un "processus de pondération" puisse exister entre les intérêts de la sécurité nationale et ceux de la protection de l'individu contre la torture.¹⁴² La Cour suprême a ensuite considéré la même question à la lumière des normes et principes internationaux, pour confirmer l'interdiction absolue de la torture et du refoulement :

"Nous en venons donc à la conclusion que l'interprétation qui s'impose est que le droit international rejette les expulsions impliquant un risque de torture. Il s'agit de la norme qui nous éclaire le plus sur le contenu des principes de [justice fondamentale](#) garantis à l'art. 7 de la *Charte*."¹⁴³

Malgré cette dernière conclusion, la Cour a laissé ouverte une petite fenêtre pour une approche d'équilibrage dans des circonstances exceptionnelles :

"De fait, l'examen de la jurisprudence, tant nationale qu'internationale, tend à indiquer que la torture est une pratique si répugnante qu'elle supplantera dans pratiquement tous les cas les autres considérations qui sont mises en balance, même les considérations de sécurité. Cette constatation suggère que, sauf circonstances extraordinaires, une expulsion impliquant un risque de torture violera généralement les principes de justice fondamentale protégés par l'art. 7 de la *Charte*."¹⁴⁴

La Cour n'a pas indiqué ce que signifient des "circonstances extraordinaires" justifiant la mise à l'écart du principe absolu de non refoulement. La décision canadienne représente ainsi une dérive par rapport aux normes internationales qui n'est pas soutenue par le droit international.

Certains soutiennent que l'article 33 § 2 de la Convention de 1951 sur les réfugiés permet ce genre d'équilibrage entre les intérêts de la sécurité nationale et ceux de la protection d'individus contre certaines formes de persécution *autres que la torture et les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*.¹⁴⁵ S'appuyant notamment sur l'Observation générale No. 20 du Comité des droits de l'homme des Nations Unies, certains commentateurs ont soutenu que le principe de non refoulement ne s'applique de manière absolue et sans exception que lorsque l'individu court un risque de torture ou de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.¹⁴⁶ En d'autres termes, "s'il y a un risque *d'autres* formes de persécution, la recherche d'un équilibre est possible".¹⁴⁷

Bien que critiquable, l'article 33 § 2 a été interprété comme permettant aux Etats d'expulser ou de refouler un réfugié pour "motifs avérés de sécurité nationale", ou si le réfugié a été "condamné pour un crime particulièrement grave, et constitue un danger avéré pour la

¹⁴¹ L'article 7 de la Charte garantit à chacun le "droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale".

¹⁴² Arrêt *Suresh*, *supra*. note 140, para 58.

¹⁴³ *Ibid.*, para. 75.

¹⁴⁴ *Ibid.*, para. 76.

¹⁴⁵ *Supra*. note 132, p. 20 ; l'article 33(1) prohibe l'expulsion ou le refoulement d'un réfugié "sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques". ; cependant un réfugié n'est pas autorisé à recevoir cette protection où il y a des "raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays".

¹⁴⁶ Selon Bruin & Wouters (*supra*. note 132, p. 20), Lauterpacht et Bethléem soutiennent que l'article 33 § 2 ne semble pas exclure la recherche d'un équilibrage.

¹⁴⁷ *Supra*. note 132, p. 20, [notre traduction, le texte d'origine suit : "if there is a risk of *other* forms of persecution a balancing act is possible."].

population du pays de refuge, quelle que soit la nature de la persécution à laquelle le réfugié pourrait être soumise, à moins que la persécution puisse être qualifiée de torture ou de peines et traitements inhumains ou dégradants. Dans ces derniers cas, l'expulsion n'est pas permise." [nous soulignons].¹⁴⁸

Une telle interprétation appelle une analyse de la nature du risque encouru par l'individu en cas d'expulsion ou de refoulement, mais ce qui est indéniable c'est que, l'interdiction de la torture et les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, et la garantie de ce droit par le biais du principe de non refoulement, sont absolues, n'admettant aucune exception ou justification, et ne laissent aucune place à une recherche d'équilibre.

2.3.2. La mise en cause de l'interdiction officielle de la torture : l'exception dite de la "bombe à retardement"

L'exception dite de la "bombe à retardement" déjà enclenchée ("*ticking time bomb*"), a été présentée comme une justification du recours à la torture et aux autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants lors de l'interrogatoire de terroristes présumés. L'argument selon lequel la torture ou d'autres formes de mauvais traitement puissent servir à obtenir des renseignements qu'une personne est soupçonnée détenir concernant une bombe prête à exploser, occasionnant des dommages incommensurables sur la vie et la propriété, est assurément controversé.¹⁴⁹ Sans se soucier de savoir si la torture est une méthode efficace pour extraire des renseignements fiables¹⁵⁰, l'exception évoque "l'état de nécessité", qui exonère la responsabilité pénale d'une personne dont l'action illégale était nécessaire pour empêcher une perte plus importante de vies humaines. L'état de nécessité est un argument utilitaire qui implique le choix du moindre de deux maux ; comme on dit souvent, la fin justifie les moyens.

Les Etats-Unis s'y sont référés récemment dans le cas d'un détenu à Guantanamo Bay, soupçonné de détenir des renseignements nécessaires pour empêcher une attaque terroriste imminente, qui a subi des techniques d'interrogatoire encore plus agressives que celles déjà autorisées par les autorités.¹⁵¹ Or, il n'a pas été indiqué s'il existait ou non un véritable danger imminent, ou si on a estimé que les techniques d'interrogatoire autorisées n'étaient pas suffisamment "efficaces" et qu'ainsi des techniques abusives conduiraient à de meilleurs résultats.¹⁵² Certains universitaires, tel le Professeur de droit à l'Université de Harvard, Alan Dershowitz, ont contribué au débat en préconisant l'emploi de "mandats" pour réglementer le recours à la torture face aux scénarios du type "bombe à retardement". Leur raisonnement est basé sur le fait que ce genre de réglementation officielle permettrait une

¹⁴⁸ *Ibid.* p. 20, [notre traduction, le texte d'origine suit : "*provable grounds of national security (...) convicted of a particularly serious crime and constitutes a provable danger to the community of the country of refuge, irrespective of the persecution the refugee might be subjected to, unless the persecution can be qualified as torture or inhuman, degrading treatment or punishment. In those cases, deportation is not permitted.*"].

¹⁴⁹ *Judgment concerning the legality of the general security service's interrogation methods*, Supreme Court of Israel, 6 septembre 1999, 38 I.L.M. 1471, para. 34.

¹⁵⁰ Il est intéressant de noter que même l'Inquisition espagnole ne comptait pas sur les renseignements obtenus par la torture ; les aveux obtenus par la torture furent corroborés ensuite, lorsque la personne n'était plus soumise à la torture, autrement dit, la torture n'était pas réellement appliquée comme méthode d'interrogatoire, mais plutôt comme méthode de contrôle social (*A Critical History of the Inquisition of Spain*, Juan Antonio Llorente/intro Gabriel Lovett [orig 1823, 1966]; 1994 *BBC/A&E documentary*, "The Myth of the Spanish Inquisition") ; or, comme l'explique Mark Bowden : "les drogues comme le marijuana, l'alcool et le sodium pentothal peuvent baisser les inhibitions, mais ils n'effacent pas les croyances profondément ancrées. Plus la drogue est puissante, moins le témoignage sera fiable", Bowden, *The Dark Art of Interrogation* (October 2003, disponible en anglais à : <http://www.theatlantic.com/issues/2003/10/Bowden.htm>).

¹⁵¹ Department of Defense *background briefing, Di Rita*, 20/05/2004, disponible en anglais à : <http://www.defenselink.mil/transcripts/2004/tr20040707-0981.html>.

¹⁵² *Department of Defense Press release*, "DOD provides details on interrogation process", 22/06/2004.

forme de contrôle sur l'utilisation de la torture afin d'empêcher un "cas avéré et imminent de terrorisme massif".¹⁵³

La Cour Suprême d'Israël s'est penchée sur l'exception de la "bombe à retardement" dans un arrêt important concernant les méthodes d'interrogatoire employées par les services généraux de sécurité israélienne (GSS). L'Etat d'Israël n'a pas nié que les méthodes d'interrogatoire en cause avaient été employées, soutenant au contraire qu'elles ne relevaient pas de la torture ou de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et/ou qu'elles étaient légales, de toute manière. Considérant cette deuxième thèse, Israël s'appuyait sur l'état de nécessité comme justification de l'emploi, par les interrogateurs, de "pressions physiques modérées" en dernier recours.¹⁵⁴ Dans son arrêt, la Cour Suprême a décidé que l'état de nécessité ne peut servir de justification pour le recours à la torture ou d'autres moyens d'interrogatoire prohibés : "D'évidence, une disposition juridique statutaire est nécessaire pour autoriser le gouvernement à ordonner l'emploi de moyens physiques au cours d'un interrogatoire, au-delà de ce qui est permis par le 'droit d'enquête' ordinaire, afin d'octroyer à l'interrogateur des GSS l'autorité nécessaire pour se servir de ces méthodes. La défense du principe de 'l'état de nécessité' ne peut pas servir de base pour ce genre d'autorité".¹⁵⁵

Le raisonnement qui sous-tend la conclusion de la Cour repose sur la nature de la défense de "l'état de nécessité" qui, comme le rappelle la Cour, est fondée sur la réponse d'une personne à un ensemble de faits, alors que l'autorisation à recourir à un acte illégal ou prohibé doit avoir un fondement législatif.¹⁵⁶ La Cour reconnaissait que l'état de nécessité pourrait, dans certaines circonstances, être soulevée comme moyen de défense lors du procès pénal contre un interrogateur en vertu du droit pénal national.¹⁵⁷ La Cour notait également que cette défense a plus de chances d'être soulevée en cas de scénario "bombe à retardement", où un acte terroriste est imminent, pour empêcher un danger qui est certain de se matérialiser :

"L'exception relative à 'l'état de nécessité' interviendra le plus souvent en cas de 'bombe à retardement' ; le 'besoin immédiat' ('nécessaire de façon immédiate' pour la préservation de la vie humaine) implique la nature *imminente* de l'acte plutôt que du *danger*. Ainsi, le critère d'imminence est satisfait même si la bombe est prévue pour exploser dans quelques jours, ou peut-être même après des semaines, à condition que l'on soit sûr que le danger se matérialise et qu'il n'y a pas de moyen alternatif pour empêcher sa réalisation. Autrement dit, il existe un niveau concret de danger imminent de l'explosion".¹⁵⁸

¹⁵³ Dershowitz, A., "The torture warrant: A response to Professor Strauss", 48 *N.Y.L. Sch. L. Rev.* 275 (2004), [notre traduction, le texte d'origine suit : "*actual case of imminent mass terrorism*."].

¹⁵⁴ *Ibid.*, para. 15 ; la "Commission Landau" a mené une investigation sur les méthodes d'interrogatoire employées par les GSS, pour conclure que les membres des GSS devraient être autorisés à employer un "degré modéré de pression physique", sujet à des limitations strictes, en cas de nécessité, *Arrêt de la Cour Suprême d'Israël, supra.* note 149, para. 16.

¹⁵⁵ *Arrêt de la Cour Suprême d'Israël, supra.* note 149, para. 38, [notre traduction, le texte d'origine suit : "*Clearly, a legal statutory provision is necessary for the purpose of authorizing the government to instruct in the use of physical means during the course of an interrogation, beyond what is permitted by the ordinary 'law of investigation', and in order to provide the individual GSS investigator with the authority to employ these methods. The 'necessity' defence cannot serve as a basis for this authority.*"].

¹⁵⁶ *Ibid.* para. 36.

¹⁵⁷ L'article 34 § 1 du Code pénal définit cette défense comme suit : "Une personne n'encourra pas de responsabilité pénale pour avoir commis un acte immédiatement nécessaire pour sauvegarder sa vie, sa liberté, sa personne ou sa propriété, ou celle d'un tiers, d'un danger sérieux de dommage grave, émanant de la situation [circonstances] en question, dans la période temporelle concernée, et en l'absence de moyens alternatifs pour éviter le dommage" [notre traduction].

¹⁵⁸ *Arrêt de la Cour Suprême d'Israël, supra.* note 149, paras. 34 & 35, [notre traduction, le texte anglais suit : "*The 'necessity' exception is likely to arise in instances of 'ticking time bombs', and that the immediate need ('necessary in an immediate manner' for the preservation of human life) refers to the imminent nature of the act rather than that of the danger. Hence, the imminence criteria is satisfied even if the bomb is set to explode in a few days, or perhaps even after a few weeks, provided the*

En décidant que certaines méthodes d'interrogatoire étaient prohibées, la Cour Suprême israélienne a confirmé l'application des normes internationales qui prohibent la torture et d'autres formes de mauvais traitements : "Ces interdictions sont 'absolues'. Il n'y a pas d'exceptions et il n'y a jamais lieu de rechercher un équilibre".¹⁵⁹

danger is certain to materialize and there is no alternative means of preventing its materialization. In other words, there exists a concrete level of imminent danger of the explosion's occurrence."

¹⁵⁹ *Ibid.* para. 23, [notre traduction, le texte d'origine suit: "These prohibitions are 'absolute'. There are no exceptions to them and there is no room for balancing."].

PARTIE 3. LA MISE-EN-OEUVRE REELLE

3.1. LES TRANSFÈRTS: LE TRANSFERT FORCÉ DE PERSONNES SOUPÇONNÉES D'ACTES TERRORISTES

3.1.1. Le droit relatif aux transferts interétatiques : l'extradition, l'expulsion et le non refoulement

Il existe des accords tant multilatéraux que bilatéraux pour faciliter le transfert légal de personnes entre Etats afin d'être jugées pour des agissements criminels. Les accords d'extradition visent à s'assurer qu'un prévenu qui n'est pas présent sur le territoire où l'infraction a eu lieu, ou les poursuites ont été lancées, n'échappera pas à la justice. Les Etats ne peuvent pas intervenir sur le territoire d'autres Etats¹⁶⁰, et le transfert légal de personnes entre Etats est strictement contrôlé par des accords d'extradition visant à assurer le respect de la souveraineté de l'Etat et à garantir les droits des personnes poursuivies.

Les accords d'extradition sont fondés sur un système de coopération et de reconnaissance mutuelle. Cependant, la décision d'accepter ou de refuser l'extradition d'une personne vers un Etat étranger est un processus judiciaire (et parfois exécutif) qui comprend une série de garanties procédurales pour protéger les droits fondamentaux de l'homme. Le principe de spécialité limite les crimes pour lesquels la personne peut être poursuivie aux crimes visés dans la demande d'extradition, à moins que l'Etat requis en décide autrement. Le principe de double incrimination exige que l'infraction en question soit un crime en vertu du droit pénal des deux Etats, requérant et requis. Enfin, l'exception pour crimes politiques empêche l'extradition de personnes accusées de crimes qualifiés de "politiques" : à titre d'exemple, des crimes commis dans le cadre d'une lutte politique (exercice du droit à l'autodétermination).

L'extradition peut également être refusée si la personne encoure la peine de mort dans l'Etat requérant, mais l'Etat requis peut exiger des garanties diplomatiques afin que la peine de mort ne soit pas imposée.¹⁶¹ Un Etat ne peut pas extraditer une personne vers un pays où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle sera soumise à la torture ou des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (non refoulement).

La déportation et l'expulsion sont distinctes de l'extradition en ce qu'elles sont des actes unilatéraux de l'Etat qui expulse un "citoyen étranger indésirable".¹⁶² Avec la déportation et l'expulsion, il s'agit du "renvoi du" pays en question, alors qu'en cas d'extradition, il s'agit du

¹⁶⁰ Voir les notes 207-210 et le texte afférant.

¹⁶¹ Voir, à titre d'exemple, l'affaire *Soering* devant la CEDH, *supra*, note 117 ; voir également l'article 4(d) du Traité modèle des Nations Unies sur l'extradition, Doc. AGNU RES/45/116, annexe, 14 décembre 1990, disponible à : <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/RES/45/116&Lang=F> ; Doc. N.U. A/45/49 (1990) ; bien que la peine de mort et le phénomène du couloir de la mort aient été, dans certaines circonstances, qualifiés de torture et de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (voir, à titre d'exemple, *Albert Wilson c. Philippines*, Communication du Comité des droits de l'homme No. 868/1999, Doc. N.U. CCPR/C/79/D/868/1999, 11 novembre 2003), la peine de mort est légale dans certains Etats et peut, ainsi, être limitée par des accords interétatiques, tout comme le principe de spécialité limite les crimes pour lesquels une personne peut être poursuivie aux crimes visés dans la demande d'extradition, à moins que l'Etat requis en décide autrement ; cette pratique est très différente des garanties diplomatiques recherchées actuellement par certains Etats afin de garantir que la personne ne sera pas torturée dans l'Etat requérant. La torture et les mauvais traitements sont des crimes en vertu du droit international et du droit interne, et donc son emploi n'est sanctionné, en théorie, par aucun Etat. Ainsi, les Etats ne peuvent pas garantir formellement qu'une personne ne sera pas torturée, puisque les incidents de torture sont "en dehors de leur contrôle". Pour plus de détails sur le recours aux garanties diplomatiques, voir HRW Report, *Empty Promises: Diplomatic Assurances No Safeguard against Torture*, April 2004 vol. 16 No. 4(D) <http://www.hrw.org/reports/2004/un0404/diplomatic0404.pdf>.

¹⁶² Katz, A., *Extradition of a terrorist*, seminar paper presented at ISS Seminar: Terrorism in South Africa, 18-19/09/03, <http://www.iss.co.za/Seminars/terro19sep03/Extradition.pdf>.

"renvoi vers" un pays spécifique. Si le but de la déportation et de l'expulsion est donc différent de l'extradition, elles sont également soumises à des garanties procédurales, dont l'obligation de non refoulement.¹⁶³ Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a expliqué, dans son Observation générale No. 15¹⁶⁴

"5. Le Pacte ne reconnaît pas aux étrangers le droit d'entrer sur le territoire d'un Etat partie ou d'y séjourner. En principe, il appartient à l'Etat de décider qui il admet sur son territoire. Toutefois, dans certaines situations, un étranger peut bénéficier de la protection du Pacte même en ce qui concerne l'entrée ou le séjour : tel est le cas si des considérations relatives à la non-discrimination, à l'interdiction des traitements inhumains et au respect de la vie familiale entrent en jeu. "

3.1.2. Garanties procédurales pour le transfert des personnes entre Etats : l'extradition et l'expulsion

Si les Etats ne respectent pas les procédures juridiques qui garantissent les droits de l'homme essentiels, le résultat n'est ni une expulsion, une déportation ou une extradition, mais un transfert/enlèvement illégal. Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a affirmé que l'article 13 du Pacte [qui couvre l'expulsion d'étrangers] :

"(...) est applicable à toutes les procédures tendant à contraindre un étranger à quitter un pays, que la législation nationale qualifie ce départ d'expulsion ou qu'elle emploie un autre terme. Si la procédure comporte l'arrestation, les garanties prévues par le Pacte en cas de privation de liberté (art. 9 et 10) peuvent aussi être applicables. (...) si la légalité de l'entrée ou du séjour d'un étranger fait l'objet d'un litige, toute décision pouvant entraîner l'expulsion de l'étranger doit être prise dans le respect de l'article 13. (...) [II] ne porte directement que sur la procédure, et non sur les motifs de fond de l'expulsion. Cependant, pour autant qu'il n'autorise que les mesures exécutées à la suite d'une 'décision prise conformément à la loi', son objectif évident est d'éviter les expulsions arbitraires."¹⁶⁵

Ce principe a été reconnu par la Cour européenne des droits de l'homme, qui a décidé que le non-respect des procédures légales a des conséquences non seulement pour la validité du transfert, mais également pour la légalité de la détention de la personne aux fins de l'enlèvement. Dans l'affaire *Bozano c. France*,¹⁶⁶ le Ministre français de l'Intérieur a ordonné l'expulsion de M. Bozano alors que la Chambre d'accusation de la Cour d'Appel de Limoges avait refusé son extradition vers l'Italie. Il a été expulsé vers la Suisse, où une demande d'extradition vers l'Italie l'attendait. Les avocats de M. Bozano ont lancé un appel aux autorités françaises, mais le Tribunal de Grande Instance de Paris les a déboutés de leur demande d'audience d'urgence, pour manque de fondement, alors même que le Tribunal administratif de Limoges avait déclaré nul l'ordre d'expulsion parce que les circonstances de

¹⁶³ Le droit international impose une interdiction absolue de l'envoi, du transfert ou du retour forcé d'une personne vers un pays où elle risque d'être soumise à la torture ou les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (non refoulement) ; voir "Le cadre juridique".

¹⁶⁴ Comité des droits de l'homme des Nations Unies, *Observation générale No. 15, situation des étrangers au regard du Pacte*, 27ème séance 1986 : disponible à : [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/eeae0feccb2a920880256523004a0f7d?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/eeae0feccb2a920880256523004a0f7d?Opendocument)

¹⁶⁵ *Ibid.*, paras. 9-10.

¹⁶⁶ *Bozano c. France*, 18 décembre 1986, disponible à : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=bozano&sessionid=127356&skin=hudo-c-fr>

son exécution démontraient que son but n'était pas d'éloigner l'appelant pour des raisons relevant normalement de l'expulsion mais, au contraire, de procéder à une extradition illégale. Prenant en considération tous les faits – à la fois les indices de non-conformité avec la loi française et l'action exécutive "arbitraire", la Cour européenne a conclu que la détention de M. Bozano n'avait pas été "régulière" au sens de l'article 5, paragraphe 1 § f. Il s'agissait, en réalité, d'une partie d'une procédure conçue pour effectuer une "mesure d'extradition déguisée" qui ne pouvait pas être justifiée en vertu de cette disposition.

Les quatrième et septième protocoles à la Convention européenne des droits de l'homme reconnaissent spécifiquement l'interdiction absolue de l'expulsion des nationaux (art. 3 du Quatrième Protocole)¹⁶⁷, et l'interdiction de toute expulsion arbitraire d'étrangers ; en d'autres termes, toute expulsion n'étant pas fondée sur "une décision prise conformément à la loi" (art. 1^{er} du Septième protocole).

Selon le "Rapport Explicatif sur Le protocole No. 7", l'article 1^{er} du Septième Protocole sur les "Garanties procédurales en cas d'expulsion d'étrangers" a été inclus pour assurer une protection minimale aux étrangers en cas d'expulsion du territoire d'un Etat contractant. Son premier paragraphe précise qu'aucun étranger ne peut être expulsé du territoire d'un Etat contractant sauf dans l'exécution d'une décision prise "conformément à la loi". Ce paragraphe énumère ensuite trois garanties : a) la personne concernée doit pouvoir faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion ; b) elle a le droit de faire examiner son cas ; et c) elle aura le droit de se faire représenter à ces fins devant les autorités compétentes. Selon l'article 1^{er}, un étranger devrait pouvoir exercer ses droits en vertu des alinéas (a), (b) et (c) avant d'être expulsé du pays. Cependant, le paragraphe 2 introduit une exception à l'exercice de ces droits spécifiques [(a), (b) et (c)], lorsque l'expulsion est nécessaire dans l'intérêt de l'ordre public ou est basée sur des motifs de sécurité nationale. Bien qu'il n'y ait aucune jurisprudence relative à la portée de cette exception, il demeure que le transfert d'une personne (qu'il s'agisse de l'expulsion, de la déportation ou de l'extradition) doit être mené à bien dans le cadre d'une procédure légale. Comme l'explique la Chambre des droits de l'homme dans l'affaire *Bensayah c. Bosnie-Herzégovine* – une affaire de transfert illégal aux forces américaines d'un terroriste présumé originaire du Yémen -, l'article 1 § 1, exige le respect d'une procédure d'expulsion/transfert légal. Ainsi, si cette exigence principale n'est pas respectée – c'est à dire, l'expulsion/transfert est effectué en dehors de toute procédure légale - il n'y a plus besoin de poser la question de savoir si les droits spécifiques reconnus en vertu de l'article 1^{er} n'ont pas été respectés pour cause de l'exception contenue dans le deuxième alinéa :

"La Chambre décide que les parties défenderesses n'ont pas respecté les exigences d'une procédure légale d'expulsion en vertu du droit national. Par conséquent, elles ont violé l'exigence d'une 'décision prise conformément à la loi' en vertu de l'article 1 § 1 du Protocole No. 7 à la Convention. Il n'y a aucun besoin de voir si, dans le cas en question, les circonstances permettent aux Parties défenderesses d'autoriser l'expulsion du requérant en vertu du deuxième alinéa de l'article 1^{er}, avant qu'il puisse exercer les droits procéduraux établis à l'article 1 § 1 (a), (b) et (c) du Protocole No. 7 à la Convention".¹⁶⁸

¹⁶⁷ "Article 3 – Interdiction de l'expulsion des nationaux :

1. Nul ne peut être expulsé, par voie de mesure individuelle ou collective, du territoire de l'Etat dont il est le ressortissant.
2. Nul ne peut être privé du droit d'entrer sur le territoire de l'Etat dont il est le ressortissant."

¹⁶⁸ *Bensayah against Bosnia and Herzegovina*, supra. note 131, para. 126. [notre traduction, le texte d'origine suit : "The Chamber finds that the respondent Parties have not followed the requirements of a legal expulsion procedure arising from the domestic law. They thereby violated the condition set out in Article 1, paragraph 1 of Protocol No. 7 to the Convention of a 'decision reached in accordance with the law'. There is no need to examine whether in the applicant's case such circumstances prevail as it allow the respondent Parties under paragraph 2 of Article 1 to rely on the permission to expel the applicant before he could exercise the procedural rights set out in Article 1, paragraph 1 (a), (b) and (c) of Protocol No. 7 to the Convention".]

De plus, comme le note cette Chambre, l'article 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme crée une obligation positive d'assurer les droits et libertés établis dans la Convention à l'égard de toute personne présente sur le territoire. Ainsi, avant de transférer une personne vers un autre Etat, les Etats contractants sont "obligés d'obtenir et d'examiner des renseignements quant à la base légale de la détention,"¹⁶⁹ tout comme pour la procédure d'extradition :

"La Chambre rappelle un principe bien établi dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : l'extradition ou l'expulsion d'une personne par un Etat contractant peut engager la responsabilité de cet Etat en vertu de la Convention (...). Il serait contraire à l'esprit général de la Convention et de l'Accord pour une Partie d'extrader ou expulser une personne vers un autre Etat lorsqu'il y a un risque sérieux de violation de la Convention (voir *Boudellaa and others*, paras. 257 à 279)".¹⁷⁰

En ce qui concerne le droit absolu consacré à l'article 3 de la CEDH (qui protège les individus de la torture et d'autres formes de mauvais traitements), la Chambre bosniaque des droits de l'homme a affirmé de plus : "[...] La lutte internationale contre le terrorisme ne peut absoudre la Partie défenderesse de sa responsabilité en vertu de l'Accord, au cas où la Chambre déciderait que la remise du requérant aux forces américaines était en violation de l'article 1 du Protocole No. 6 à la Convention ou de l'article 3 de la Convention (voir *Boudellaa and others, ibid.*, paras. 236 à 267)." Comme nous l'avons expliqué précédemment, la responsabilité des Etats pour violation de l'article 3 est absolue ; cet article est rédigé en des termes sans limitation, on ne peut pas y déroger en temps de guerre ou autre danger public, et il lie l'Etat même en dehors de sa compétence territoriale.¹⁷¹

De même, les protections procédurales minimales reconnues pour tout processus d'éloignement, dans la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme et la Convention américaine relative aux droits de l'homme, comprennent le droit à une audience publique et juste, l'accès à un avocat, et le temps et les moyens nécessaires pour préparer sa défense et produire des preuves.¹⁷²

L'interdiction de l'expulsion des nationaux est reconnue à l'article 22 § 5 de la Convention américaine. Son article 22 § 6 dispose qu'un étranger résidant légalement sur le territoire ne peut être expulsé qu'en vertu d'une décision prise conformément à la loi. Selon le Comité interaméricain des droits de l'homme, les décisions relatives à la déportation, l'expulsion et l'extradition doivent être prises en vertu, et dans le respect du procès équitable, conformément à ma constitution, l'état et les obligations conventionnelles internationales.¹⁷³ Dans l'affaire *The Haitian Centre for Human Rights et al. v. United States*¹⁷⁴, le Comité a décidé que les Etats-Unis avaient violé l'article 27 de la Déclaration américaine, en

¹⁶⁹ *Bensayah against Bosnia and Herzegovina, supra.* note 131, paras. 168-169.

¹⁷⁰ *Ibid.*, para 182. [notre traduction ; le texte d'origine suit : "*The Chamber recalls that it is a well-established principle of the case law of the European Court of Human Rights that the extradition or expulsion of a person by a Contracting State may engage the responsibility of that State under the Convention... It would be against the general spirit of the Convention and of the Agreement for a Party to extradite or expel an individual to another State where there was a substantial risk of a violation to the Convention.*"]

¹⁷¹ [notre traduction ; le texte d'origine suit : "[...] *The international fight against terrorism cannot except the respondent Parties from responsibility under the Agreement, should the Chamber find that the hand-over of the applicant to US forces was in violation of Article 1 of Protocol No. 6 to the Convention or Article 3 of the Convention (see Boudellaa and Others idid, paras. 236 to 267).*"]; voir *Loizidou*, note 118, et *Soering*, note 353.

¹⁷² Article 8 § 1 de la Convention américaine ; article XVIII de la Déclaration américaine.

¹⁷³ Commission interaméricaine, Report, *Terrorism and Human Rights*, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., 22 October 2002, para. 402, disponible en anglais à : <http://www.cidh.org/Terrorism/Eng/toc.htm>.

¹⁷⁴ Case 10.675, Report No. 51/96, Inter-Am.C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. at 550 (1997), para. 163.

interpellant et rapatriant sommairement des réfugiés haïtiens vers Haïti sans procéder à une détermination adéquate de leur statut, et sans les entendre aux fins d'une éventuelle reconnaissance comme "réfugiés". Le Comité a déterminé en outre que les Etats-Unis avaient violé l'interdiction du non refoulement du fait d'avoir "intercepté les Haïtiens en haute mer, avant de les transférer sur des vaisseaux tombant sous leur compétence et les renvoyer en Haïti, les exposant ainsi aux actes de brutalité de l'armée haïtienne."¹⁷⁵ Citant la décision de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Chahal c. Royaume-Uni*, la Commission interaméricaine a conclu ainsi :

"Le fait qu'une personne est soupçonnée (ou estimée) avoir une relation au terrorisme ne modifie pas l'obligation de l'Etat de s'abstenir de le renvoyer lorsqu'il y a des raisons sérieuses de croire à un risque réel de traitement inhumain".¹⁷⁶

Les garanties procédurales qui protègent les individus contre la torture et les mauvais traitements, telles le droit de faire appel d'une décision d'expulsion vers un pays où la personne risque la torture ou les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, et celle de contrôler une détention par voie d'une pétition de *habeas corpus* ou d'*amparo*, ne sont susceptibles d'aucune limitation ou dérogation. En droit international, les procédures qui mettent en œuvre de telles garanties ne peuvent être ni limitées ni soumises à dérogation.¹⁷⁷ Comme l'explique le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, "un élément inhérent à la protection des droits expressément déclarés non susceptibles de dérogation (...) est qu'ils doivent s'accompagner de garanties de procédure, qui sont souvent judiciaires. Les dispositions du Pacte relatives aux garanties de procédure ne peuvent faire l'objet de mesures qui porteraient atteinte à la protection des droits non susceptibles de dérogation (...)." ¹⁷⁸

3.1.3. Le recours aux "garanties diplomatiques" et/ou à la "sécurité nationale" pour contourner l'obligation de non refoulement

Comme nous avons explicité ci-dessus, le recours aux mécanismes de l'extradition, de la déportation ou de l'expulsion lors du transfert de personnes doit respecter l'obligation de ne pas renvoyer, transférer ou retourner de force une personne vers un pays où elle risque d'être soumise à la torture ou d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (non refoulement). Bien que cette norme n'est pas susceptible de dérogation et n'admet aucune exception, des Etats – dans le cadre de la "guerre contre le terrorisme" - extradent ou expulsent régulièrement des personnes soupçonnées de terrorisme sans respecter les règles de procédure minimales, dont l'obligation absolue de non refoulement.

L'extradition

¹⁷⁵ *Ibid.*, para. 171.

¹⁷⁶ *Rapport de la Commission interaméricaine sur le Canada* (2000), para. 154, [notre traduction, le texte d'origine suit : "The fact that a person is suspected of or deemed to have some relation to terrorism does not modify the obligation of the State to refrain from return where substantial grounds of a real risk of inhuman treatment are at issue"].

¹⁷⁷ Voir la note 354 et le texte afférant.

¹⁷⁸ Voir HRW Report, *Empty Promises: Diplomatic Assurances No Safeguard against Torture*, April 2004 vol. 16 No. 4(D) : disponible en anglais à : <http://www.hrw.org/reports/2004/un0404/diplomatic0404.pdf> ; Comité des droits de l'homme, *Observation générale No. 29*, 31 août 2001, para. 15, Doc. N.U CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, disponible à : [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/075b5a2eb16cd20fc1256ae20052d171?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/075b5a2eb16cd20fc1256ae20052d171?Opendocument) ; voir également, Advisory Opinion OC-9/87 of 6 October 1987, *Judicial Guarantees in States of Emergency [Arts. 27(2), 25 and 25(8)]*, American Convention on Human Rights, Series A No. 9.

Depuis les attaques du 11 septembre, un recours croissant aux garanties diplomatiques est intervenu pour justifier l'extradition de personnes vers des pays connus pour pratiquer la torture régulièrement, voire systématiquement. Les Etats requis ont recherché des assurances auprès de l'Etat requérant afin que les individus visés ne subissent pas la torture ou des peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants, et dans quelques cas seulement, ont agréé un mécanisme de contrôle, habituellement au moyen de visites à la personne extradée par des représentants diplomatiques.¹⁷⁹ Les Etats affirment qu'en exigeant des garanties diplomatiques, ils respectent l'obligation absolue de non refoulement.

Dans l'affaire *K K Mohamed*, la Cour constitutionnelle Sud-africaine a jugé que le transfert de Mohamed aux Etats-Unis, sans garantie diplomatique qu'il ne serait pas condamné à mort, violait son droit constitutionnel à la vie, son droit au respect de sa dignité humaine, et *son droit de ne pas être soumis à des peines cruelles, inhumaines ou dégradantes*.¹⁸⁰ Mohamed était poursuivi pour sa participation présumée dans l'attentat terroriste contre les ambassades des Etats-Unis à Nairobi et à Dar es-Salaam en 1998. Il est d'origine tanzanienne, mais il a fui pour chercher asile en Afrique du Sud peu de temps après l'attentat, sous des prétextes fallacieux selon les autorités. Lorsqu'un mandat d'arrêt a été émis par la Cour fédérale du District de New York, Mohamed fut arrêté dans un bureau de réception des réfugiés au Cap et, après interrogatoire par les autorités d'immigration sud-africaines et le FBI, il a été ramené aux Etats-Unis en avion.

Il est difficile de savoir si le transfert de Mohammed fut réalisé en tant que procédure d'expulsion ou comme "extradition déguisée".¹⁸¹ La Cour constitutionnelle Sud-africaine n'a pas traité la question de l'illégalité ou de l'inconstitutionnalité de son enlèvement, se limitant au fait que des "garanties diplomatiques" qu'il ne serait pas condamné à mort aux Etats-Unis n'avaient pas été obtenues, comme cela avait été le cas lorsque ses co-conspirateurs furent transférés aux Etats-Unis à partir de l'Allemagne, avec l'assurance qu'ils ne subiraient pas la peine de mort, et ne seraient pas jugés en dehors de la compétence territoriale des Etats-Unis.

Alors que des garanties diplomatiques peuvent suffire dans certain cas¹⁸², il est difficile, voire impossible de justifier leur emploi en cas d'expulsion de personnes vers des pays qui pratiquent la torture de façon régulière ou systématique. Le recours aux garanties dans de tels cas impliquerait, de la part de l'Etat requis, la certitude que l'Etat requérant abstiendra définitivement ou aura la capacité d'empêcher de tels actes dans un cas particulier, alors qu'il perpète régulièrement de graves violations des droits de l'homme ainsi que de sérieux crimes de droit international. Cela est fondamentalement contradictoire. Par ailleurs, les mécanismes de contrôle peuvent, au mieux, fonctionner sur une base très réduite du fait que les pays qui pratiquent la torture ont l'habitude de limiter l'accès des détenus aux avocats, aux médecins ou à d'autres personnes extérieures. De plus, les mécanismes de contrôle ne fonctionnent, en général, que pour une période de temps limitée, ce qui expose la personne

¹⁷⁹ Voir *HRW Report*, *supra*. note 161.

¹⁸⁰ *Mohamed and Another v president of the Republic of South Africa and Others*, 2001 (3) SA 893 (CC).

¹⁸¹ *Supra*. Note 162.

¹⁸² Voir la déclaration du Rapporteur spéciale sur la torture dans son rapport à l'Assemblée Générale en 2002, où il faisait appel aux Etats de n'extrader personne "à moins que le gouvernement du pays qui les reçoit ne garantisse de manière non équivoque aux autorités qui extradent les intéressés que ceux-ci ne seront pas soumis à la torture ou à aucune autre forme de mauvais traitement lors de leur retour et qu'un dispositif a été mis en place afin de s'assurer qu'ils sont traités dans le plein respect de la dignité humaine.", *Rapport du Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme chargé d'examiner les questions se rapportant à la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, Theo Van Boven, 2 juillet 2002, Doc. N.U. A/57/173, annexe : disponible à : [http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridocda.nsf/0/3d2677b51bb4f93dc1256c3900333e0c/\\$FILE/N0247561.pdf](http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridocda.nsf/0/3d2677b51bb4f93dc1256c3900333e0c/$FILE/N0247561.pdf).

extradée à de futurs actes de torture ou de mauvais traitement. Dans certains cas, les garanties diplomatiques n'ont pas été respectées, ou se sont avérées inefficaces.¹⁸³

L'affaire *Mamatkulov & Askarov c. Turquie*, en appel devant la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme, concerne l'extradition de Turquie vers l'Ouzbékistan d'un certain nombre d'Ouzbeks soupçonnés d'actes terroristes.¹⁸⁴ La Première section de la Cour s'est appuyée sur les garanties diplomatiques offertes par l'Ouzbékistan, selon lesquelles les accusés ne seraient ni soumis à la torture ni condamnés à la peine de mort, en soutien à sa décision que leur extradition ne violait pas l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette décision est intervenue malgré les preuves avérées d'une pratique de torture systématique par les autorités du pays, dont certaines pièces recueillies par le Rapporteur spécial sur la torture¹⁸⁵, et malgré la preuve de tortures systématiques contre les Musulmans et les membres d'un parti politique d'opposition, l'ERK, auquel les accusés appartenaient.¹⁸⁶ L'appellant cherche maintenant à prouver que l'interdiction du renvoi de toute personne vers un pays où elle risque de subir la torture ou d'autres formes de mauvais traitement est absolue, quelle que soit la nature de ses crimes allégués, et malgré l'offre de garanties diplomatiques par un gouvernement requérant.¹⁸⁷

D'autres décisions de tribunaux nationaux, relatives à l'adéquation des garanties diplomatiques pour protéger les personnes contre la torture et d'autres formes de mauvais traitement, ont conduit à des résultats mitigés. Dans l'affaire *Metin Kaplan*, un tribunal allemand a refusé une demande turque d'extradition d'un dirigeant d'un groupe islamique fondamentaliste qui avait été interdit.¹⁸⁸ Le tribunal allemand considérait que les pièces fournies à l'appui du mandat d'extradition contre Kaplan avaient été procurées par la torture d'un groupe de ses adeptes pendant leur détention. Le tribunal a décidé que dans ces conditions, les garanties diplomatiques reçues du gouvernement turc (selon lesquelles le traitement de Kaplan serait conforme aux obligations de la Turquie en matière de droits de l'homme), ne fournirait pas à Kaplan une "protection suffisante" contre de telles violations. Après avoir exprimé des réserves relatives aux renseignements obtenus par la torture, ainsi qu'à l'indépendance de la Cour turque de sécurité de l'Etat, le tribunal a conclu dans l'arrêt *Kaplan* que :

"(...) ce genre de garantie formelle ne peut fournir une protection suffisante en faveur de la personne recherchée, lors d'une procédure d'extradition, que s'il existe un espoir raisonnable de sa mise en œuvre régulière par les

¹⁸³ Voir à titre d'exemple, le cas de *Shamayev et 12 autres* où les autorités de la Georgie ont retenu 13 Tchétchènes qui faisaient l'objet d'une demande russe d'extradition pour répondre d'activités militantes présumées. Malgré le fait que la Cour européenne ait indiqué que les hommes ne devraient pas être extradés avant que leur requête ait été entendue, cinq d'entre eux furent extradés. Par la suite, la Cour européenne a déclaré leurs cas admissibles, établissant même une mission d'inspection en Georgie et en Russie. La Russie a offert des garanties diplomatiques après leur extradition, mais a refusé tout accès aux cinq détenus à une délégation de la Cour européenne ; Cour européenne des droits de l'homme, *Shamayev et 12 autres c. la Georgie et la Russie*, Application No. 36378/02 4 octobre 2002, disponible à : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbk.asp?action=open&table=285953B33D3AF94893DC49EF6600CEBD49&key=18263&sessionId=215423&skin=hudoc-fr&attachment=true> ; un autre exemple est l'affaire *Ahmed Agiza et Mohammed al-Zairi* qui ont été renvoyés en Egypte par la Suède en vertu de garanties diplomatiques. Dès leur retour, ils furent détenus pendant cinq semaines au secret et, malgré des visites ultérieures par des représentants diplomatiques suédois, il a été allégué qu'ils y avaient été torturés.

¹⁸⁴ CEDH, *Mamatkulov et Abdurasulovic c. la Turquie*, Appel Nos 46827/99 & 46951/99, disponible à : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=215518&skin=hudoc-fr&action=request>.

¹⁸⁵ *Rapport présenté par le Rapporteur spécial sur la question de la torture, M. Theo van Boven, Mission en Ouzbékistan*, Doc. N.U. E/CN.4/2003/68/Add.2, 3 février 2003, disponible à : <http://www.hri.ca/fortherecord2003/bilan2003/documentation/commission/e-cn4-2003-68-add2.htm>.

¹⁸⁶ La Cour disposait de documents relatifs à la répression des Musulmans indépendants et les membres du parti ERK en Ouzbékistan, énumérant les abus et les soucis d'*Amnesty International* et les Nations Unies ; voir *HRW Report, supra*.

¹⁸⁷ *Idem*.

¹⁸⁸ *Kaplan* 4 Aus (a) 308/02-147.203-204.03111. 27/05/03

institutions de l'Etat requérant, en l'occurrence, le système judiciaire turc indépendant. Ce qui n'est pas le cas ici."

En Novembre 2001, la Cour d'Appel de Vienne a autorisé l'extradition vers l'Egypte de Mohamed Bilasi-Ashri, qui avait été condamné *in absentia* en Egypte pour sa participation présumée dans un group extrémiste islamique.¹⁸⁹ La cour a examiné l'affirmation par Bilasi-Ashris selon laquelle il risquait la torture ou des mauvais traitements et ne recevrait pas un procès équitable après son retour, mais elle a conclu que "l'Égypte n'est pas un pays où des violations sérieuses et à grande échelle des droits de l'homme peuvent être considérées comme une pratique commune et institutionnalisée (...) ainsi, il n'y avait aucun obstacle général à l'extradition."¹⁹⁰ La cour a également décidé que sa demande d'asile en cours n'empêchait pas son extradition.¹⁹¹ Malgré la conclusion surprenante que les craintes de torture de Bilasi-Ashris étaient sans fondement¹⁹², la Cour d'Appel a soumis son extradition à l'offre par les autorités égyptiennes de garanties diplomatiques selon lesquelles la condamnation *in absentia* serait déclarée nulle, que Bilasi-Ashri serait jugé devant un tribunal pénal ordinaire (non-militaire), et qu'il ne serait pas persécuté ou soumis à des limitations de sa liberté personnelle. Le Ministre fédéral de la Justice autrichienne a approuvé l'extradition, selon les termes de l'arrêt de la Cour d'Appel, en ajoutant l'exigence que Bilasi-Ashri soit autorisé à quitter le territoire égyptien dans les quarante-cinq jours en cas d'acquiescement. Les autorités autrichiennes ont demandé ultérieurement au gouvernement égyptien le droit de visiter Bilasi-Ashri, sur requête autrichienne, après son retour en Egypte.

En mars 2002, le Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés a demandé à l'Autriche d'accorder à Bilasi-Ashri le statut de réfugié du fait qu'il avait une crainte bien fondée de persécution en cas de renvoi. En mars et avril 2002, la Cour européenne des droits de l'homme a demandé à l'Autriche de ne pas renvoyer Bilasi-Ashri jusqu'à ce que la Cour puisse étudier son cas (Bilasi-Ashri avait déjà envoyé une pétition à la Cour en juin 2000, avant d'être détenu aux fins d'extradition). Finalement, les autorités égyptiennes ont rejeté les exigences contenues dans le mandat d'extradition et Bilasi-Ashri a été libéré en Autriche en août 2002.

Au Royaume Uni, une chambre de première instance de Londres (le *Bow Street Magistrate's court*) a rejeté une demande russe d'extradition de deux hommes soupçonnés d'avoir commis des crimes en Tchétchénie.¹⁹³ Malgré des garanties diplomatiques russes que les

¹⁸⁹ Peter Finn, "Europeans Tossing Terror Suspects Out the Door", *Washington Post*, 29 January 2002, page A1.

¹⁹⁰ [Notre traduction, le texte d'origine suit : "Egypt was not a country where serious large scale violations of human rights could be considered an institutionalised everyday practice ... [t]hus there was no general obstacle to extradition."]; voir les extraits pertinents de la décision autrichienne (en anglais) dans la décision de la Cour européenne des droits de l'homme : *Bilasi-Ashri c. Autriche*, Application No. 3314/02, 26 novembre 2002, section A.5.

¹⁹¹ "Là où une demande d'extradition concerne un chercheur d'asile, l'Etat requis ne sera pas en mesure d'établir si l'extradition est légale à moins que la question du statut de réfugié soit clarifiée. La détermination de la question de savoir si l'intéressé a une crainte bien-fondée de persécution doit donc précéder la décision sur l'extradition. Cela n'exige pas, en soi, la suspension de la procédure d'extradition. Il signifie, cependant, que la décision sur l'extradition ne devrait être prise qu'après la détermination finale sur la demande de statut de réfugié, même si les procédures d'asile et d'extradition sont conduites en parallèle. [notre traduction]", Sibylle Kapferer, *The Interface between Extradition and Asylum*, UNHCR, *op. cit.*, para. 29.

¹⁹² Le Comité contre la torture s'est inquiété, entre autres, de rapports réguliers et nombreux de torture et de mauvais traitements, y compris des morts en détention provoquées par les autorités de police en Egypte ; des "**preuves que la torture et les mauvais traitements sont couramment pratiqués dans les locaux administratifs qui dépendent du Service de renseignements de la Sûreté d'État**"; le maintien de la détention administrative en Égypte et le fait que les victimes de torture et de mauvais traitements n'aient pas d'accès direct aux tribunaux afin d'y déposer plainte contre les responsables de l'application des lois, *Conclusions et recommandations du Comité contre la torture* : Egypte, 23 décembre 2002, CAT/C/CR/29/4, para. 5, disponible à : [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/e19ba85683d9f416c1256dc600379424?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/e19ba85683d9f416c1256dc600379424?Opendocument); également *Observations finales: Egypte*, 17 mai 1999, Doc. N.U. A/54/44, para. 4.

¹⁹³ *The government of the Russian Federation v. Akhmed Zakaev*, Bow Street Magistrates' Court, Decision of Hon. T. Workman, 13 November 2003, disponible en anglais à : <http://www.tjtenien.org/Bowstreetmag.htm>.

hommes ne seraient pas torturés, la Chambre a décidé que *M. Zakaev* courrait un risque substantiel d'être torturé après son retour, s'appuyant sur des preuves selon lesquelles des témoignages impliquant M. Zakaev avaient été obtenus par la torture.

Les affaires citées ci-dessus montrent que les tribunaux jouent un rôle crucial en s'assurant d'une protection adéquate des personnes extraditées. Ils ne peuvent jouer ce rôle que si les personnes qui font l'objet d'un mandat d'extradition bénéficient de l'opportunité de contester l'extradition. Or, comme le montre l'affaire *K K Mohamed*, la déportation est utilisée comme moyen "d'extradition déguisée" afin de transférer des personnes soupçonnées d'infractions terroristes. Le cas de *Muhammad Saad Iqbal Madni*, de double nationalité pakistanaise et égyptienne, offre un autre exemple. L'accusé avait été arrêté en Indonésie en janvier 2002 et transféré en Egypte à bord d'un avion américain, sans être mis en accusation et sans être entendu par un tribunal.¹⁹⁴ Avant même son arrestation, la CIA avait exigé que l'Indonésie arrête Iqbal Madni pour ses activités terroristes présumées. Peu de temps après, les autorités égyptiennes ont demandé son extradition. L'Indonésie a fait état de "violations du règlement sur les visas" pour justifier son transfert, mais la demande d'extradition semble avoir été une simple formalité permettant à l'Indonésie de répondre à la demande américaine de renvoyer Iqbal Madni¹⁹⁵. Il ne semble pas que la moindre occasion lui ait été offerte pour contester son extradition devant un tribunal.

Les déportations et expulsions

Le gouvernement néo-zélandais a adopté des mesures antiterroristes en réponse à ses obligations en vertu de la Résolution 1373 du Conseil de Sécurité, y compris des amendements législatifs et d'autres procédures pouvant entraîner l'expulsion de demandeurs d'asile soupçonnés d'activités terroristes dans leur pays d'origine. Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a conclu qu'en l'absence de mesures de contrôle, les assurances du respect des droits de l'homme exigées par la Nouvelle Zélande ne garantissaient pas que ces procédures ne posaient aucun risque pour la vie et à la sécurité personnelle des personnes expulsées.¹⁹⁶ La législation néo-zélandaise relative à l'immigration permet de détenir un demandeur d'asile jugé menaçant, et pour lequel un certificat de "risque sécuritaire" a été émis.¹⁹⁷ Une telle procédure pourrait conduire à une violation de l'article 3 de la Convention contre la torture (non refoulement), comme le constate le Comité des Nations Unies contre la torture, "dans la mesure où les autorités peuvent renvoyer ou expulser une personne qui est considérée comme présentant un risque pour la sécurité nationale sans avoir à motiver leur décision ou à divulguer des informations classées aux personnes concernées, sachant que les possibilités de recours utile sont limitées et que le Ministre de l'immigration doit décider dans un délai de trois jours ouvrables s'il y a lieu de renvoyer ou d'expulser l'intéressé".¹⁹⁸

Dans l'affaire *Chahal c. Royaume-Uni*, la Cour européenne des droits de l'homme a déterminé que la décision de déporter un activiste Sikh vers l'Inde violerait l'article 3 de la CEDH prohibant la torture.¹⁹⁹ Malgré les assurances offertes par le gouvernement de l'Inde,

¹⁹⁴ Rajiv Chandrasekaran and Peter Finn, *U.S. Behind Secret Transfer of Terror Suspects*. *The Washington Post*, 11 March 2002, p. A01.

¹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶ Comité des droits de l'homme des Nations Unies, *Observations finales : Nouvelle-Zélande*, 7 août 2002, Doc. N.U. CCPR/CO/75/NZL, disponible en anglais à : [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/85cb22c10c1a9e60c1256c25002ceefc?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/85cb22c10c1a9e60c1256c25002ceefc?Opendocument).

¹⁹⁷ Section 1140 Pt IVA, *Immigration Act*, 1987.

¹⁹⁸ Comité des Nations Unies contre la torture, *Conclusions et recommandations : Nouvelle-Zélande*, Doc. N.U. CAT/C/CR/32/4, 19 mai 2004, para. 6 § c ; disponible en anglais à : [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/d1d728724a816d75c1256ec100367b0b?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/d1d728724a816d75c1256ec100367b0b?Opendocument).

¹⁹⁹ ECHR Affaire No. 70/1995/576/662, 15 novembre 1996.

la Cour n'était pas convaincue que la sécurité de M. Chahal était garantie, parce que les violations de droits de l'homme constituent un "problème persistant et difficile" au Punjab et dans d'autres régions de l'Inde.

Les Etats ont justifié cette pratique de déportation/expulsion de terroristes présumés par le contexte de la Résolution 1373 du Conseil de Sécurité. A titre d'exemple, lorsque la Suède a expulsé deux demandeurs d'asile de nationalité égyptienne vers l'Egypte en décembre 2001 en violation de son obligation de non refoulement, elle a défendu sa politique par référence à la Résolution 1373.²⁰⁰ Les demandes d'asile des deux Egyptiens furent rejetées sur fondement de leur participation alléguée à des activités terroristes. Le gouvernement suédois a fait prévaloir des garanties diplomatiques offertes par l'Egypte, selon lesquelles les hommes ne seraient ni torturés ni condamnés à mort, et que le dénommé Agiza, qui avait été condamné par contumace par un tribunal militaire, bénéficierait d'un nouveau procès. Il était également prévu que les autorités suédoises puissent observer les procès et rendre visite aux détenus. Dès leur retour en Egypte, les hommes étaient tenus au secret pendant cinq semaines. *Human Rights Watch* a fait part de ses inquiétudes concernant le processus d'observation du fait qu'aucune visite privée n'a pu être effectuée par les représentants diplomatiques suédois, qui semblaient manquer d'expérience dans l'évaluation des signes de torture.²⁰¹ Le dénommé Al-Zari fut libéré après deux années de détention sans procès, tandis qu'Agiza demeure en détention en attendant son procès devant un tribunal militaire.

Le gouvernement suédois a également cherché à déporter la femme d'Agiza, Attia, et leurs cinq enfants. Attia s'est plainte auprès du Comité contre la torture qu'elle serait détenue et torturée lors de son retour en Egypte à cause de ses liens avec son mari.²⁰² Compte tenu de la réponse des représentants suédois ayant visité Agiza en détention, le Comité a conclu que la déportation ne constituerait pas une violation du droit d'Attia de ne pas subir la torture. Le Comité a également pris en compte le fait qu'Attia n'était accusée d'aucune infraction, et qu'aucune demande d'extradition n'avait été formulée à son égard.

3.1.4. La "remise" illicite: le transfert interétatique forcé de personnes en dehors des procédures légales

Plus de 3000 personnes ont fait l'objet de transferts interétatiques forcés vers des centres de détention dont la localisation n'a pas été révélée depuis le début de la "guerre contre le terrorisme". Leur transfert a souvent été effectué par des moyens illicites.²⁰³ Plus de 600 personnes arrêtées en Afghanistan ont été transférées à Guantanamo Bay, Cuba ; 300 sont détenus sur la base aérienne de Bagram, en Afghanistan ; d'autres se trouvent à Charleston, aux Etats-Unis.²⁰⁴ D'autres personnes, qui n'avaient pas participé à la guerre en Afghanistan, arrêtées dans le cadre plus global de la "guerre contre le terrorisme" pour leur participation présumée aux actes terroristes, ont été détenues et transférées vers des localités non communiquées ou vers des Etats où ils risquent de subir la torture et d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, ainsi que d'autres violations graves des droits de l'homme. Les membres de ce dernier groupe ont été transférés en vertu d'une politique de "remise" ou de "remise extraordinaire" (*renditions / extraordinary renditions*).

²⁰⁰ *HRW Report, supra.* note 161 ; la réponse suédoise au Comité contre la torture, dans l'affaire *Attia c. Suède*, Doc. N.U. CAT/C/31/d/199/2002, 24 novembre 2003, para 4.4.

²⁰¹ *HRW Report, supra.* note 161.

²⁰² *Supra.* note 86.

²⁰³ Priest, D., & Gellman, B., "US decries abuse but defends interrogation", *Washington Post*, 26/12/2002 p. A01 ; President Bush, *State of the Union Address*, disponible en anglais à : <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2003/01/20030128-19.html>.

²⁰⁴ Site web du CICR, "US detention related to the events of 11 September 2001 and its aftermath – the role of the ICRC", 14/05/2004, disponible en anglais à : www.icrc.org/Web/eng/sitengO.nsf/wpList74/73596F146DAB1A08C1256E9400496F48.

Comme décrit plus haut, les transferts interétatiques sont effectués par l'extradition, ou la déportation/expulsion, et doivent respecter des garanties juridiques et procédurales. La notion de "remise" implique le transfert interétatique de personnes par des moyens qui ne sont pas reconnus par la loi ; autrement dit, des transferts forcés sans procédure d'extradition, ou de déportation/expulsion. L'emploi du terme "remise" (*rendition*) confère un degré de formalité ou de "respectabilité quasi-légale"²⁰⁵, mais cela ne doit pas masquer les moyens irréguliers ou illégaux par lesquels ces transferts sont effectués. Les Etats ont recours à la "remise" lorsqu'il n'y a pas d'accord d'extradition entre les deux Etats, ou pour contourner les exigences procédurales de l'extradition légale.

A l'origine, les Etats-Unis ont érigé une politique de "*renditions*" pour s'assurer de la présence de personnes poursuivies pour crime. En 1980, le Bureau du conseil juridique du Département américain de la justice a déclaré que, à son avis, les "remises irrégulières" violaient le droit international coutumier, car le fait de se livrer à des activités d'exécution de la loi dans un pays tiers sans son consentement constituerait une ingérence dans ses affaires souveraines²⁰⁶, mais cet avis a été abandonné en 1989²⁰⁷. Durant les années 1990, cette pratique a abouti à l'enlèvement de plusieurs personnes dans des pays tiers pour être jugées aux Etats-Unis.²⁰⁸ Bien que la Cour Suprême ait confirmé la compétence des tribunaux pour juger un citoyen mexicain ayant été emmené aux Etats-Unis au moyen de la "remise", elle a noté que ce genre de remise était potentiellement "en violation des principes du droit international général".²⁰⁹ A la demande du Conseil permanent de l'Organisation des Etats américains, le Comité juridique interaméricain a contrôlé le jugement *Alvarez-Machain*. Le Comité a conclu que le "l'enlèvement de [Dr. Alvarez-Machain] constitue une violation grave du droit international public, car il constitue une violation de la souveraineté territoriale mexicaine."²¹⁰

Dans le contexte de la "guerre contre le terrorisme", la pratique des "remises" ne sert plus à s'assurer de la présence de l'accusé dans un procès pénal. Dans la plupart des cas, les intéressés ne sont plus accusés d'aucune infraction pénale ; souvent, ils sont transférés vers un Etat tiers où ils courent un risque sérieux d'être torturés. Dans certains cas, la destination finale du transfert n'est pas connue, et les personnes sont détenues au secret pour une période indéfinie et/ou prolongée.

De 1993 à 1999, les Etats-Unis ont "remis" des terroristes présumés au Nigéria, aux Philippines, au Kenya et à l'Afrique du Sud.²¹¹ En 1998, Tallat Fouad Qassem, dirigeant d'une organisation islamique extrémiste égyptienne a été détenu en Croatie alors qu'il se rendait de Bosnie au Danemark.²¹² Qassem, auquel l'asile politique avait été accordé par le Danemark, encourait la peine de mort s'il revenait en Égypte, car il y avait déjà été condamné par contumace par un tribunal militaire. Il aurait été interrogé à bord d'un navire américain près des côtes croates avant d'être envoyé en Égypte.

²⁰⁵ Fitzpatrick, J., "Rendition and transfer in the war against terrorism: Guantanamo and beyond", 25 *Loy. L.A. Int'l & comp. L. Rev.* 457.

²⁰⁶ *Extraterritorial Apprehension by the FBI*, 4B. Op. Off. Legal Counsel, 543 (1980).

²⁰⁷ *Override International Law in Extraterritorial Law Activities*, 13 Op. Off. Legal Counsel, 163 (1989).

²⁰⁸ Voir, à titre d'exempl : *United States v Yunis*, 924 F.2d 1086 (C.C. Cir. 1991) ; et *United States v Alvarez-Machain*, 504 U.S. pp. 655,657 (1992).

²⁰⁹ *Idem*.

²¹⁰ *Inter-American Juridical committee*, "Legal Opinion Regarding the Decision of the Supreme Court of the United States of America", C.J.I./RES/II/15/91, [notre traduction, le texte d'origine suit : "*kidnapping of [Dr. Alvarez-Machain] constitutes a serious violation of international public law, because it constitutes a violation of Mexican territorial sovereignty.*"].

²¹¹ *Supra.* note 194.

²¹² *Ibid.*

Après le 11 septembre, la pratique des "remises" s'est répandue et des personnes ont été remises à des Etats où la torture est notoirement systématique, y compris l'Egypte et la Jordanie, et où il semblerait que la torture soit utilisée pour obtenir des renseignements et aveux relatifs aux activités et associations terroristes.²¹³

Au mois de septembre 2002, Maher Arar, un double national canadien et syrien, a été détenu à l'aéroport JFK de New York, alors en route pour le Canada.²¹⁴ Il a été tenu au secret pendant près de deux semaines aux Etats-Unis aux fins d'interrogatoire conduit par les autorités américaines. Par la suite, il a été mis sur un vol en partance pour la Syrie en passant par la Jordanie. Il est resté dix mois en détention en Syrie, où il aurait été torturé régulièrement. Le Gouvernement des Etats-Unis s'est appuyé sur des garanties diplomatiques syriennes, mais lors de sa remise, cette personne n'avait été accusée d'aucune infraction et ne faisait l'objet d'aucune procédure juridique, aux Etats-Unis ou ailleurs. Aucune explication n'a été donnée pour sa remise illégale à la Syrie.

Après avoir été relâché, M. Arar a porté plainte auprès de la *District Court* de New York, en soutenant que son enlèvement avait été organisé dans le cadre du programme américain de "remises extraordinaires", du fait que les méthodes d'interrogatoire employées en Syrie pour obtenir des renseignements auraient été jugées illégales aux Etats-Unis.²¹⁵ Il a allégué en outre que les questions posées par les agents de sécurité syriens ressemblaient aux questions que lui avaient été soumises sous garde américaine, et que des renseignements ont été fournis aux autorités américaines à la suite des interrogatoires.²¹⁶ Le gouvernement canadien a mis en place une commission d'enquête sur le rôle des autorités canadiennes dans le transfert illégal de M. Arar des Etats-Unis vers la Syrie. Il a été allégué que des fonctionnaires canadiens avaient fourni des renseignements secrets aux Etats-Unis et que, en violation de leurs obligations en vertu du droit international, ils n'ont pas cherché à protéger leur national du transfert illégal.²¹⁷

Mohammed Haydar Zammar, un citoyen allemand d'origine syrienne, a été détenu au Maroc lors d'une visite privée, apparemment sur la base de son appartenance à une confrérie musulmane. Il a été interrogé par des agents américains au Maroc avant d'être "remis" à la Syrie, où il serait incarcéré au centre de détention de Far Falastin. Aucune procédure d'extradition n'a été entamée lors de sa remise à la Syrie, et il n'a été accusé d'aucune infraction.²¹⁸

Au mois de janvier 2002, cinq Algériens et un ressortissant yéménite ont été pris par les forces américaines en Croatie et envoyés au centre de détention américain de Guantanamo Bay, en contradiction avec un ordre rendu par la Chambre des droits de l'homme bosniaque de ne pas quitter le pays avant que leurs affaires soient entendues.²¹⁹ La Chambre a déclaré illégale la remise aux USA en violation des obligations du gouvernement de la Bosnie

²¹³ *Supra*. note 203.

²¹⁴ Rapport d'Amnesty International, *Etats-Unis, La menace d'un mauvais exemple, Un précédent lourd de menaces : la mise à mal des normes internationales dans le cadre de la politique de détention menée au nom de la 'guerre contre le terrorisme'*, Index AI : AMR 51/114/2003, 19 août 2003, version abrégée disponible à : <http://web.amnesty.org/library/index/AMR511142003?open&of=fr-USA>.

²¹⁵ *Complaint of Maher Arar, Arar Ashdroft et al.* US District Court of New York, para 1., disponible en anglais à : http://www.ccrny.org/v2/legal/September_11th/docs/Ararcomplaint.pdf.

²¹⁶ *Ibid.*, paras. 54-58.

²¹⁷ Voir *Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar*, disponible à : <http://www.ararcommission.ca/fr/>.

²¹⁸ Finn, "Al Qaeda recruiter reportedly tortured" *Washington Post*, 31/01/03, A14.

²¹⁹ *Supra*. note 214.

Herzégovine en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme et des Accords de Dayton.²²⁰

Un étudiant du Yémen, Jamil Qasim Saeed, soupçonné d'avoir participé à l'attaque sur l'USS Cole, a été "remis" à la Jordanie par le Pakistan, puis aux autorités américaines, sans procédure d'extradition ni d'expulsion.²²¹ Driss bin Lakoul, un ressortissant marocain, a été détenu en Syrie alors qu'il se rendait en Afghanistan. Initialement, il a été incarcéré au centre de détention de Far Falastin, dirigé par les renseignements militaires syriens, où la torture est notoirement pratiquée. Ensuite, il a été conduit à une localisation inconnue en Syrie pendant trois mois, puis transféré au Maroc, où il a été détenu pendant encore cinq mois.²²²

Le 24 juin 2003, cinq hommes soupçonnés d'appartenir à Al-Qaida furent arrêtés au Malawi par des agents du renseignement national accompagnés d'agents américains.²²³ Ibrahim Habaci et Arif Ulusam, tous deux de nationalité turque, Faha al Bahli, un Saoudien, Mahmud Sardar Issa, un citoyen soudanais et Khalifa Abdi Hassan, du Kenya, ont d'abord été détenus dans un endroit secret, sans accès à un avocat. Bien que les hommes aient dû comparaître devant la Haute Cour après 48 heures de détention, ils ont été mis en détention secrète pendant l'interrogatoire. Un mois plus tard, on a rapporté que les hommes avaient été remis aux autorités du Zimbabwe, puis libérés au Soudan un mois après.

Le 13 juillet 2003, les autorités pakistanaises ont remis Adil al-Jazeera, un citoyen algérien soupçonné d'appartenir à Al-Qaida. Il avait été arrêté à Peshawar et détenu au secret pendant un mois aux fins d'interrogatoire effectué par les autorités pakistanaises, avant d'être remis aux autorités des Etats-Unis dans une localité inconnue.²²⁴

D'autres personnes auraient été détenues dans des endroits inconnus dont Khalid Shaikh Mohammed, Abu Zabaydah (arrêté au Pakistan en mars 2002), Abd al-Rahim al-Nashiri (un citoyen saoudien arrêté en novembre 2002), Ramzi bin al-Shibh (un citoyen du Yémen arrêté au Pakistan en septembre 2002), et Sayf al-Islam al-Masri, arrêté en octobre 2002 en Géorgie. Ibn al-Shaykh al-Libi, un citoyen libyen, a été détenu par les forces armées américaines en Afghanistan en janvier 2002. On ne sait pas actuellement où se trouvent ces personnes.²²⁵

3.2. LA DÉTENTION

Les Etats sont soumis à une obligation positive d'assurer que nul n'est privé de sa liberté "de façon arbitraire". Pour que la détention soit licite, l'état a une obligation positive d'assurer que les détenus ont accès aux garanties procédurales appropriées.²²⁶ Les Etats doivent

²²⁰ Voir *Boudellaa and Others v Bosnia and Herzegovina and the Federation of Bosnia and Herzegovina* et *Bemsayah v. Bosnia and Herzegovina*, *supra*. notes 130 et 131.

²²¹ *Supra*. note 194.

²²² *Supra*. note 218.

²²³ *Supra*. note 214.

²²⁴ *Ibid*.

²²⁵ *Ibid*.

²²⁶ Cela s'applique également à la détention administrative, qui est une détention sans accusation ou procès, autorisée par les autorités administratives plutôt que par décision judiciaire. Elle est permise en vertu du droit international mais, du fait de l'entorse grave au droit à un procès équitable impliquée par ce genre de mesure et le risque évident d'abus, le droit international énonce des limitations strictes quant à son exercice. Selon le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, la détention préventive est permise à condition de ne pas être arbitraire ; c'est à dire qu'elle respecte les normes internationales minimales ; qu'elle est fondée sur une procédure établie par la loi ; que le détenu est informé, lors de son arrestation, des raisons de la détention ; et que la légalité de la détention peut être contestée devant un tribunal (Communication No. 560/1993, CCPR/C/59/D/560/1993, *Hammel c. Madagascar*, Communication No. 155/1983, CCPR/C/29/D/155/1983 ; à paras. 18.2 et 20 ; voir également *Torres c. Finlande*, Communication No. 291/1988, CCPR/C/38/D/291/1988 ; *Vuolanne c. Finlande*,

également fournir un moyen effectif de mettre en cause la légalité de la détention.²²⁷ De surcroît, les Etats ont l'obligation positive de protéger le droit à la vie et de s'assurer que toute personne est protégée contre la torture et les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

Ces obligations s'appliquent à tous les détenus quels que soient leur statut ou leur nationalité. Une protection semblable s'applique en vertu du droit international humanitaire pendant les conflits armés.²²⁸ La présente section analyse comment la légalité et les conditions de la détention, ainsi que les techniques d'interrogatoire utilisées (officiellement ou officieusement) dans l'actuelle "guerre contre le terrorisme" compromettent l'interdiction absolue de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

3.2.1. Les conditions de détention et traitement durant l'interrogatoire

En Novembre 2001, le Président Bush a déclaré que les attaques perpétrées contre les Etats-Unis et ses citoyens par les terroristes internationaux étaient d'une échelle telle qu'elles avaient créé un état de conflit armé exigeant une riposte militaire.²²⁹ L'état d'urgence fut déclaré aux Etats-Unis et une riposte militaire a été lancée avec pour but d'identifier et de détenir des terroristes présumés et leurs soutiens, ainsi que "de lancer des opérations militaires efficaces et de prévenir de nouvelles attaques terroristes". "Les détenus seraient traités humainement et jugés par des commissions militaires, mais, pour des raisons de sécurité, le Président a décidé que les règles de procédure pénale reconnues devant les tribunaux de *District* des Etats-Unis ne s'appliqueraient pas."²³⁰

Depuis cette déclaration, plus de 3 000 personnes ont été détenues à la base de Guantanamo Bay, à Diego Garcia, aux centres de détention en Afghanistan, en Irak et dans d'autres lieux de détention secrets dont la localisation n'a pas été révélée. D'autres Etats ont également détenu des personnes soupçonnées d'actes terroristes sur leur territoire. Certains détenus sont incarcérés depuis plus de deux ans à Guantanamo Bay et, jusqu'à

Communication No. 265/1987, CPR/C/35/D/265/1987, *Portorreal c. République dominicaine*, Communication No. 188/1984, CCPR/C/31/D/188/1984); voir également *Habeas Corpus in Emergency Situations (Arts. 27(2) and 7(6) of the American Convention on Human Rights*, Advisory Opinion OC-8/87, January 30, 1987, Inter-Am. Ct. H. R. (Ser. A) No. 8 (1987).

²²⁷ Selon le Comité des droits de l'homme, "l'examen de la légalité de la détention par les tribunaux, en application du paragraphe 4 de l'article 9, implique la possibilité d'ordonner la libération de l'intéressé et ne doit pas se limiter à déterminer si la détention est conforme au droit australien. Les méthodes visant à assurer le contrôle par les tribunaux des décisions de détention administrative peuvent certes différer d'un système juridique à l'autre mais ce qui est déterminant aux fins du paragraphe 4 de l'article 9, c'est de point de vue des effets un tel contrôle ne soit pas de pure forme. En stipulant que les tribunaux doivent être habilités à ordonner la libération d'une personne 'si la détention est illégale', le paragraphe 4 de l'article 9 requiert que les tribunaux soient habilités à prendre une telle décision si la détention est incompatible avec les dispositions du paragraphe 1 de l'article 9 ou avec d'autres dispositions du Pacte." (Communication No. 560/1993, CCPR/C/59/D/560/1993).

²²⁸ La détention administrative est également soumise au droit international humanitaire, en particulier la Quatrième Convention de Genève, dont l'article 78 dispose : "Si la Puissance occupante estime nécessaire, pour d'impérieuses raisons de sécurité, de prendre des mesures de sûreté à l'égard de personnes protégées, elle pourra tout au plus leur imposer une résidence forcée ou procéder à leur internement." Mais selon le commentaire de la Convention, "ces mesures ne peuvent être ordonnées que pour de réelles et impérieuses raisons de sécurité." De surcroît, l'article 6 de la Convention stipule que l'article 78 fait partie des articles dont l'application cesse "un an après la fin générale des opérations militaires." Encore, selon le Commentaire, "en raison de l'arrêt des hostilités, les mesures de rigueur à l'égard de la population ne se justifient plus...les dispositions qui ont trait à des situations liées aux opérations militaires (...) ne s'appliqueront plus. Il en va de même de toutes les clauses ayant trait à l'internement". L'article 49 de la Quatrième Convention de Genève interdit "les transferts forcés, en masse ou individuels, ainsi que les déportations de personnes protégées hors du territoire occupé dans le territoire de la Puissance occupante", Jean S. Pictet, *Commentary on IV Geneva Convention Relating to the Protection of Civilian Persons in Times of War*, (1958), disponible à : <http://www.icrc.org/dih.nsf/ART?OpenView&Start=1&Count=150&Expand=56#56> ; voir aussi la note 358 et le texte afférent.

²²⁹ *Military Order of President Bush on the detention, treatment, and trial of certain non-citizens in the War against Terrorism*, 13 novembre 2001.

²³⁰ *Ibid.*, para (f) [notre traduction, le texte d'origine suit : "for the effective conduct of military operations and prevention of terrorist attacks". "Those detained would be treated humanely and tried by military commissions, which due to security concerns, the President determined would not apply criminal procedural standards recognised in the United States district courts"].

une époque très récente, ils se sont vu refuser le droit à une détermination de leur statut légal juridique. Ils n'ont pas eu le droit de consulter des avocats et un petit nombre est encore détenu en isolement cellulaire. La Commission interaméricaine des droits de l'homme considère que les conditions sur la base de Guantanamo Bay mettent les détenus à la discrétion illimitée du Gouvernement des Etats-Unis. La Commission a énoncé des mesures de sauvegarde qui demandent au gouvernement de procéder à la détermination du statut juridique des détenus afin de bénéficier des garanties juridiques qui en découlent. La Commission a précisé que ces garanties "ne doivent en aucun cas être moins protectrices que celles des règles minimales non susceptibles de dérogation."²³¹

Il n'y a aucune incertitude relative aux obligations, règles et garanties internationales applicables aux détenus même lorsque leur statut juridique demeure incertain. Celles-ci comprennent les normes internationales coutumières exigeant le traitement humain des détenus et certains droits de l'homme qui ne sont susceptibles d'aucune dérogation, en particulier, l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

Le Gouvernement des Etats-Unis s'est appuyé sur la situation extraterritoriale de Guantanamo Bay, de Diego Garcia, d'Abou Ghraib et d'autres lieux semblables afin de mettre à l'abri du système juridique américain son action et le comportement des forces armées américaines qui assurent la garde, la détention et l'interrogatoire des détenus. Cependant, la Cour Suprême des Etats-Unis a jugé qu'elle était compétente pour statuer sur toute personne détenue sous l'autorité plénière et exclusive des Etats-Unis.²³²

En revanche, le gouvernement des Etats-Unis affirme que Guantanamo Bay tombe sous sa compétence spéciale maritime et territoriale lorsqu'il s'agit d'appliquer les lois fédérales prohibant la torture, afin d'exclure l'application de la *Torture Act* (18 U.S.C. section 2340), qui ne s'applique qu'aux infractions survenues en dehors des Etats-Unis.²³³ Cette position a été exprimée par un groupe de travail établi en janvier 2003, réunissant des fonctionnaires américains y compris des conseillers juridiques et des agents du renseignement.²³⁴

3.2.2. Les garanties des droits de l'homme contre la torture et les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants

Arrestation et détention provisoire

Le droit à l'*habeas corpus*, le droit à un avocat et le droit d'avoir des contacts avec le monde extérieur à la prison sont des garanties du traitement humain des détenus.²³⁵ L'article 9 § 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (le Pacte) protège le droit de toute personne arrêtée ou détenue du chef d'une infraction pénale à être traduite dans le plus court délai devant un juge ou une autre autorité, et à être jugé dans un délai raisonnable. L'article 9 § 4 protège le droit à l'*habeas corpus*, et les *Principes de base relatifs au rôle du*

²³¹ *Precautionary measures in Guantanamo Bay, Cuba*, Inter-American Commission on Human Rights, 13 mars 2002.

²³² *Rasul v Bush*, 215 f.2d 55 (D.D.C. 2002), *infra*.

²³³ *Draft Working Group Report on detainee interrogatoires in the global war on terrorism: Assessment of legal, historical, policy, and operational considerations*, 6 mars 2003 ; ce document secret a été l'objet d'une fuite à la presse.

²³⁴ *Department of Defense briefing*, 20 mai 2004, disponible en anglais à : <http://www.globalsecurity.org/military/library/news/2004/05/mil-040520-dod02.htm>.

²³⁵ *Rapport du Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme chargé d'examiner les questions se rapportant à la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, Doc. N.U. A/57/173, 2 juillet 2002, *supra*. note 182.

barreau assurent le droit des détenus à communiquer avec un avocat dans un délai de 48 heures à compter de leur arrestation ou de leur mise en détention.²³⁶

Dans ses observations sur le cinquième rapport périodique du Royaume-Uni, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a noté que la disposition de la loi générale contre le terrorisme de 2000 permettant de détenir des suspects pendant 48 heures sans pouvoir communiquer avec un avocat n'était pas justifiée.²³⁷ Le droit à l'*habeas corpus* fait partie du noyau dur des garanties juridiques pour toute personne arrêtée.²³⁸ De plus, la Commission des droits de l'homme des Nations Unies a rappelé "qu'une période prolongée de détention au secret peut faciliter la pratique de la torture et peut, en soi, constituer une forme de traitement cruel, inhumain ou dégradant."²³⁹ En somme, l'intervention judiciaire rapide, y compris au moyen du droit à l'*habeas corpus*, vise à empêcher une violation de la prohibition absolue de la torture.

Conditions de détention

L'article 10 du Pacte exige que toute personne privée de sa liberté soit traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine. Bien que cette exigence ne soit pas énumérée spécifiquement à l'article 4 § 2 du Pacte en tant que droit susceptible d'aucune dérogation, le Comité des droits de l'homme a exprimé l'opinion que les droits garantis à l'article 10 constituent des normes du droit international général qui ne souffrent aucune dérogation.²⁴⁰ Le Comité des droits de l'homme a également conclu que l'emprisonnement cellulaire prolongé d'une personne détenue peut constituer une violation du droit de ne pas subir la torture.²⁴¹ La Cour Interaméricaine des droits de l'homme a conclu que l'isolement prolongé et la privation de communication constituent un traitement cruel et inhumain, préjudiciable à l'intégrité psychique et morale de la personne humaine en violation de l'article 5 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme.²⁴²

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme confirme que les conditions de détention doivent être conciliables avec la dignité humaine, afin qu'elles "ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention (...) l'isolement sensoriel complet combiné à un isolement social total peut détruire la personnalité et constitue une forme de traitement

²³⁶ *Principes de base relatifs au rôle du barreau*, Adoptés par le huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants qui s'est tenu à La Havane (Cuba) du 27 août au 7 septembre 1990, principes 5-8, Doc. N.U. A/CONF.144/28/Rev.1 à 118 (1990), disponible à : http://www.unhcr.ch/french/html/menu3/b/h_comp44_fr.htm.

²³⁷ *Observations finales du Comité des droits de l'homme : United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, 5 novembre 2001, *supra*. note 83, para. 19.

²³⁸ *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 26 mai 1993, paras 63 et 64, disponible à : [http://cmiskp.echr.coe.int/\[\[tkp197/viewbkm.asp?action=open&table=285953B33D3AF94893DC49EF6600CEBD49&key=36089&sessionId=293915&skin=hudoc-fr&attachment=true](http://cmiskp.echr.coe.int/[[tkp197/viewbkm.asp?action=open&table=285953B33D3AF94893DC49EF6600CEBD49&key=36089&sessionId=293915&skin=hudoc-fr&attachment=true).

²³⁹ *Torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, Résolution de la Commission des droits de l'homme, Doc. N.U. E/CN.4/RES/1997/38, para. 20, disponible à : <http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/DocumentsFr?OpenFrameSet>.

²⁴⁰ Comité des droits de l'homme des Nations Unies, *Observation générale No. 29*, Doc. N.U. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, para. 13 (2001), disponible à : [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/075b5a2eb16cd20fc1256ae20052d171/\\$FILE/G0144471.pdf](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/075b5a2eb16cd20fc1256ae20052d171/$FILE/G0144471.pdf).

²⁴¹ Comité des droits de l'homme des Nations Unies, *Observation No. 20*, CCPR/C/79/Add.93, para 20 (1998), disponible à : <http://www.hri.ca/fortherecord1998/bilan1998/documentation/tbodies/ccpr-c-79-add93.htm>.

²⁴² *Affaire Velasquez Rodriguez*, I/A Court H.R., Judgment, 28 juillet 1988, para. 156.

inhumain qui ne saurait se justifier par les exigences de la sécurité ou toute autre raison (...)"²⁴³

La Cour interaméricaine des Droits de l'Homme a adopté une position comparable, selon laquelle, "tout emploi de la force qui n'est pas strictement nécessaire pour assurer un comportement acceptable de la part du détenu constitue une attaque contre la dignité de la personne humaine, en violation de l'article 5 de la Convention américaine. Les exigences de l'enquête et les difficultés indéniables rencontrées par la lutte antiterroriste ne peuvent pas justifier des restrictions sur la protection du droit d'une personne à l'intégrité physique."²⁴⁴

Le Comité des droits de l'homme a constaté que le fait d'être détenu en régime cellulaire dans une cellule de deux mètres sur deux, sans lumière naturelle pendant plus de dix minutes par jour, relève de la torture ou des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.²⁴⁵ De même, la Cour interaméricaine des Droits de l'Homme considère que la détention arbitraire au secret dans une cellule humide de 15 mètres carrés, partagée avec 16 autres détenus, sans les installations d'hygiène nécessaires, équivaut à un traitement cruel, inhumain et dégradant.²⁴⁶

Traitement pendant l'interrogatoire

Les techniques d'interrogatoire sont soumises aux garanties du traitement humain et à la prohibition absolue de la torture. Le Comité des droits de l'homme a considéré que le fait de passer les menottes aux suspects, de les mettre un cagoule, de les secouer et de les priver de sommeil, qu'on agisse seul ou associé, violent la prohibition de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.²⁴⁷

Dans son Rapport sur le terrorisme et les droits de l'homme, la Commission interaméricaine conclut que "toutes les méthodes d'interrogatoire qui peuvent être qualifiées de torture ou d'autres traitements cruels, inhumains ou dégradants sont strictement interdites".²⁴⁸ De telles méthodes comprennent le fait d'être sévèrement battu, les "postures de tension", le viol, l'agression sexuelle, les chocs électriques, l'asphyxie, les brûlures et d'autres formes subtiles de traitement telles l'exposition à la lumière et au bruit, la privation de sommeil, la manipulation du régime alimentaire, l'isolement total et la privation sensorielle.²⁴⁹

²⁴³ *Öcalan c. Turquie*, CEDH, 12 mars 2003, paras. 231-232, disponible à :

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbk.asp?action=open&table=285953B33D3AF94893DC49EF6600CEBD49&key=39243&sessionId=323679&skin=hudoc-fr&attachment=true>.

²⁴⁴ *Affaire Loayza Tamayo, I/A Court H.R., Judgment*, 17 septembre 1997, para. 57 [notre traduction, le texte original suit: "Any use of force that is not strictly necessary to ensure proper behaviour on the part of the detainee constitutes an assault on the dignity of the person, in violation of Article 5 of the American Convention. The exigencies of the investigation and the undeniable difficulties encountered in the anti-terrorist struggle must not be allowed to restrict the protection of a person's right to physical integrity."].

²⁴⁵ *Polay Campos c. Pérou*, Affaire No. 577/1994, *constatations du 6 novembre 1997*, paras. 8.4, 8.6 et 8.7.

²⁴⁶ *Affaire Suarez Rosero, I/A Court H.R., Judgment*, 12 novembre 1997, paras. 90-91 ; voir aussi l'*Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus*, qui établissent des normes internationales d'humanité pour les conditions de détention, disponibles à : http://www.unhcr.ch/french/html/menu3/b/h_comp34_fr.htm.

²⁴⁷ Comité des droits de l'homme des Nations Unies, Doc. N.U. CCPR/C/79/Add.93 (1998), paras. 19-21, voir *supra*. note 241.

²⁴⁸ Commission interaméricaine des droits de l'homme : *Report on Terrorism and Human Rights*, (IAHC report), OEA/Ser.L/V/II.116, [notre traduction, le texte d'origine suit: "*all methods of interrogation that may constitute torture or other cruel, inhuman or degrading treatment are strictly prohibited*"], disponible en anglais à : <http://www.cihs.oas.org/Terrorism/Eng/toc.htm>.

²⁴⁹ *Ibid.*, paras. 211-12.

Le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture a décrit l'enchaînement prolongé comme un acte de torture²⁵⁰, et la privation prolongée de sommeil comme pouvant relever de la torture.²⁵¹

Le Comité des Nations Unies contre la torture a conclu que le fait de maintenir une personne interrogée attachée, dans des positions très pénibles, lui recouvrir la tête d'une cagoule, lui infliger des volumes sonores excessifs durant de longues périodes, et lui priver de sommeil durant de longues périodes, employé conjointement avec d'autres formes de traitement cruel, inhumain et dégradant, peut relever de la torture.²⁵²

La Cour européenne des droits de l'homme a examiné le recours aux techniques de "désorientation" ou de "privation sensorielle" dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*.²⁵³ Cinq techniques, telles le *wallstanding* - où les détenus sont obligés de rester dans des "postures de tension" pour des périodes prolongées -, les cagoules, la soumission à un bruit fort et continu, la privation de sommeil, et la privation combinée de "nourriture solide et liquide", furent considérées par la Cour comme relevant de traitements inhumains en violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour a conclu qu'un mauvais traitement "doit atteindre un minimum de gravité" avant de relever de la torture ou des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.²⁵⁴ Cette conclusion implique une évaluation au cas par cas, prenant en considération la durée du mauvais traitement, ses effets physiques ou moraux, et dans certains cas, le sexe, l'âge et l'état de santé de la victime. En venant à la conclusion que les cinq techniques constituaient un traitement inhumain, la Cour a affirmé que ces techniques, "employés cumulativement, avec préméditation et durant de longues heures (...) ont causé à ceux qui les subissaient sinon de véritables lésions, du moins de vives souffrances physiques et morales; elles ont entraîné de surcroît chez eux des troubles psychiques aiguës en cours d'interrogatoire. (...) Elles revêtaient en outre un caractère dégradant car elles étaient de nature à créer en eux des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à les humilier, à les avilir et à briser éventuellement leur résistance physique ou morale."²⁵⁵

La Cour Suprême israélienne a jugé que les méthodes suivantes d'interrogatoire sont prohibées : secouer la personne, le faire attendre dans la position "*Shabach*" (où le détenu est assis sur une chaise basse, inclinée en avant vers le sol, les deux mains attachées avec un bras placé dans l'espace derrière la chaise et l'autre bras sur le dos de la chaise, la tête couverte par un sac descendant jusqu'à l'épaule et soumis à une musique très bruyante), "*frog crouch*" (où le détenu est accroupi sur ses orteils pendant des périodes de cinq minutes), le serrage excessif de menottes et la privation de sommeil.²⁵⁶

L'article 15 de la Convention contre la torture interdit l'emploi de toute déclaration obtenue par la torture. Une telle déclaration ne peut être invoquée comme un élément de preuve dans une procédure, sauf contre la personne accusée de torture. L'importance de cette

²⁵⁰ Rapport du Rapporteur spécial sur la torture en vertu de la résolution 1997/38 de la Commission des droits de l'homme (Yémen, para. 200) Doc. N.U. E/CN.4/1998/38, disponible à : <http://www.hri.ca/fortherecord1998/bilan1998/documentation/commission/e-cn4-1998-38.htm> ; en vertu de la résolution 1995/37 de la Commission des droits de l'homme (Chine, para. 104) Doc. N.U. E/CN.4/1996/35/Add.1.

²⁵¹ *Ibid.*

²⁵² Nations Unies, Rapport du Comité contre la torture, Doc. N.U. A/52/44 (1997) para. 257, conclusions et recommandations relatives à l'Israël, disponible à : [http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/52/44\(SUPP\)&Lang=F](http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/52/44(SUPP)&Lang=F) ; voir aussi, *Report by the Association of the Bar of the City of New York, Committee on international human rights, Committee on military affairs and justice: Human rights standards applicable to the US interrogation of detainees.*

²⁵³ Cour européenne des droits de l'homme, *Irlande c. Royaume-Uni*, arrêt du 18 janvier 1978, série A no. 25, Série UN N 25.

²⁵⁴ *Ibid.*, para. 162.

²⁵⁵ *Ibid.* para. 167.

²⁵⁶ *Supra.* note 149.

disposition, comme garantie du respect de la prohibition de la torture et d'autres mauvais traitements, ainsi que dans le contexte des procès équitables, sera exposée ci-dessous.²⁵⁷

3.2.3. La protection contre la torture et les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants pendant la détention en vertu du droit international humanitaire

En période de conflit armé, les conditions de détention, le traitement des détenus et leur interrogatoire sont soumis au droit international humanitaire. L'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949, qui est applicable en tant que règle du droit international coutumier²⁵⁸, interdit la torture, les traitements cruels, et les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants. Le droit global des prisonniers de guerre d'être traité humainement est établi aux articles 13 et 14 de la troisième Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, du 12 août 1949 (troisième Convention de Genève).

Les garanties fondamentales énumérées à l'article 75 du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole 1) établissent que les personnes bénéficieront au moins d'un traitement humain. L'article 75 prohibe également "en tout temps et en tout lieu (...) la torture sous toutes ses formes, qu'elle soit physique ou mentale, (...) les traitements humiliants et dégradants, (...) et les menaces à commettre de tels actes".

L'article 27 du quatrième Convention de Genève du 12 août 1949, relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, exige le traitement humain des civils dans des territoires occupés, alors que l'article 32 interdit la torture et toutes autres brutalités, qu'elles soient le fait d'agents civils ou militaires. Les détenus civils doivent être traités humainement (article 5).

Les Conventions de Genève contiennent des exigences spécifiques relatives aux conditions d'internement, dont le logement, l'hygiène, l'habillement, la pratique religieuse et l'accès aux soins médicaux. L'interrogatoire est strictement limité au nom, au grade, à la date de naissance et au numéro matricule. L'article 17 de la quatrième Convention de Genève prohibe l'exercice de la torture physique ou morale ou toute autre forme de contrainte sur les prisonniers de guerre pour obtenir d'eux des renseignements. Les prisonniers de guerre qui refusent de répondre ne peuvent être ni menacés, ni insultés, ni exposés à des désagréments ou désavantages de quelque nature que ce soit.

3.2.4. Les conditions de détention et de traitement pendant l'interrogatoire

Le recours apparemment systématique et généralisé à la torture et aux peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants contre les détenus n'est pas limité à un régime de détention particulier. Des allégations ont été faites régulièrement par les détenus incarcérés dans des centres de détention en Afghanistan, à Guantanamo Bay et en Irak,

²⁵⁷ Voir les notes 431-433 et texte afférant, disponible à : <http://www.ohchr.org/french/law/cat.htm>.

²⁵⁸ La nature coutumière de l'article 3 commun aux Conventions de Genève a été réaffirmée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Nicaragua* (CIJ Rec. 1986, à p. 218) et, plus récemment, par la Chambre d'Appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, dans l'affaire *Tadic*, para. 98 (TPIY, *Tadic*, Arrêt relatif à l'appel de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, para. 134). Dans sa décision, la Chambre d'Appel a également jugé que beaucoup de dispositions du Protocole II peuvent être considérées comme faisant partie du droit coutumier (*ibid.*, para. 117) ; voir également TPIY, *Furundzija*, Jugement, 10 décembre 1998, para. 153 (Torture) ; TPIR, *Akayesu*, Jugement, 2 septembre 1998, paras. 495 (Génocide) et 608 (Art 3 Commun des Conventions de Genève) ; et TPIR, *Kayishema et Ruzindana*, Jugement, 21 mai 1999, para. 88 (Génocide).

fondées sur les récits de ceux qui ont été relâchés.²⁵⁹ Les conditions de traitement des terroristes présumés qui demeurent en détention sont inconnues. Les allégations de mauvais traitements s'étendent aux conditions générales de détention et ne sont pas limitées aux techniques d'interrogatoire.

Les rapports récents de mauvais traitements provenant des centres de détention en Irak soulèvent de nouveaux soucis, car le gouvernement des Etats-Unis a déterminé que les Conventions de Genève s'appliquent à l'occupation de l'Irak, écartant ainsi tout doute en ce qui concerne l'applicabilité du droit international humanitaire à la détention et l'interrogatoire des détenus. Le rapport Taguba, étudié ci-dessous, suggère que la plupart des détenus ne sont ni des "criminels iraqiens" ni des "terroristes présumés". Or, de récents rapports révèlent que leurs conditions de détention et de traitement pendant l'interrogatoire relèvent de violations graves des droits internationaux de l'homme et du droit humanitaire.²⁶⁰

Conditions pendant l'arrestation, le transfert, la détention provisoire et la détention

Afghanistan

Beaucoup de personnes suspectées de terrorisme, qui avaient été capturées en Afghanistan, ont été détenues dans les bases aériennes de Kandahar et de Bagram sous contrôle américain, avant d'être transférées à Guantanamo Bay, Cuba.

Les conditions d'arrestation : Le personnel militaire des Etats-Unis aurait soumis les détenus à des tactiques d'intimidation. Ces terroristes présumés auraient été battus, ligotés, enfermés dans des pièces minuscules, les yeux bandés, puis jetés contre les murs, soumis à des bruits forts et privés de sommeil.²⁶¹

Le transfert vers Kandahar: Ceux qui ont été relâchés à Guantanamo Bay ont raconté que lors de leur arrestation en Afghanistan, ils furent ligotés, encagoulés, les yeux bandés, traînés par le col ; certains ont reçu des coups de pied avant d'être lâchés de l'avion.²⁶² Un combattant pakistanais interviewé par l'organisation *Human Rights Watch* a dit : "nous avons tous été battus, sans exception".²⁶³

Les conditions à la base aérienne de Kandahar : Le citoyen pakistanais, Abdul Razaq, raconte que ses mains furent ligotées pendant deux mois. Les dortoirs se seraient résumés à des bâches en toile où les détenus dormaient par groupe à même la terre battue, entourés de fils de fer et sous surveillance constante. Les détenus n'ont reçu qu'une seule couverture simple chacun, malgré le temps glacial. Le silence était la règle pendant les 20 premiers jours. Selon un autre Pakistanais, Mohammed Saghir, qui avait également été détenu sur la base aérienne, on empêchait les détenus de dormir plus d'une heure d'affilée.²⁶⁴ Les hommes auraient été roués de coups de poing et de pied s'ils essayaient de parler ou de dormir²⁶⁵, et auraient parfois été contraints de se coucher dehors sur la terre gelée.

²⁵⁹ Les raisons officielles fournies pour expliquer la libération des détenus de Guantanamo Bay comprennent la manque de valeur des renseignements ou le constat que le détenu libéré ne pose pas de menace pour la sécurité : United States Department of Defense News Release, *Detainee transfer completed*, 2 avril 2004.

²⁶⁰ *Taguba Report*, section sur : "IO comments on MG Miller's assessment", para. 1, *infra*.

²⁶¹ *Supra*. note 203.

²⁶² Meek, J., "People the law forgot", *Guardian newspaper*, 3 December 2003, p. 5.

²⁶³ Human Rights Watch Report, *Enduring Freedom: Abuses by US forces in Afghanistan*, March 2004, disponible en anglais à : <http://hrw.org/reports/2004/afghanistan0304/index.htm>, section sur "Mistreatment in Detention".

²⁶⁴ Meek, *supra*. note 262, p. 5.

²⁶⁵ Fondé sur des entretiens avec HRW et des détenus libérés, *supra*. notes 262 et 263.

Les conditions à base aérienne de Bagram : Un centre de détention a été établi sur la base aérienne américaine à Bagram, en Afghanistan vers la fin 2001. Les rapports de détenus libérés révèlent que les conditions à Bagram étaient plus dures encore que celles à Guantanamo Bay. A l'exception de visites du Comité international de la Croix Rouge, les détenus auraient été détenus au secret. Les détenus ont indiqué qu'ils étaient détenus par groupe dans une cellule pendant plusieurs semaines, déshabillés jusqu'aux sous-vêtements.²⁶⁶ Ils auraient également été privés de sommeil au moyen de lumières éblouissantes installées en dehors de leurs cellules pendant 24 heures et par le personnel militaire américain qui frappait sans cesse des bâtons contre les murs en métal des cellules.²⁶⁷

Selon Alif Khan, un libéré de Guantanamo Bay, à Bagram les hommes étaient enchaînés et encagoulés à tout moment, et leurs yeux bandés. Des gardes se tenaient devant et derrière lui (un le braquant avec un fusil Kalashnikov) l'obligeant à s'agenouiller avec ses mains au-dessus de sa tête pendant des heures, et toute tentative de changer de position augmentait le nombre d'heures pendant lequel il devait demeurer ainsi.²⁶⁸

En guise de punition, les détenus auraient été contraints de tenir leurs mains entravées au-dessus d'une porte pendant des périodes de deux heures.²⁶⁹

Deux morts sont confirmées sous garde américaine à la base aérienne de Bagram. Mullah Habibullah, âgé d'une trentaine d'années, est mort le 3 décembre 2002 de "blessures dues à des coups avec des objets contondants aux extrémités basses, venant aggraver une maladie des artères coronaires".²⁷⁰ Dilawar, 22 ans, est mort le 10 décembre 2002. Sa mort a été qualifiée d'homicide provoquée par une "embolie pulmonaire dues à des coups aux jambes avec des objets contondants."²⁷¹ Les Etats-Unis semblent vouloir refuser de divulguer les détails des enquêtes concernant ces morts, ainsi que celle d'un troisième Afghan mort sur un site de détention près d'Asadabad, dans la province de Kunar.²⁷²

Guantanamo Bay : La base de Guantanamo est identifiée comme un camp de rétention pour le but de l'interrogatoire prolongé des détenus. Un soldat américain posté à Guantanamo Bay a expliqué que le but de Guantanamo Bay était de détenir des personnes pour en extraire des renseignements.²⁷³ Le peu que l'on connaît quant aux conditions de détention et aux techniques d'interrogatoire employées à Guantanamo Bay a été glané des récits de détenus libérés. 134 détenus ont été libérés de Guantanamo inconditionnellement, et 12 ont été transférés vers d'autres lieux de détention (7 Russes, 4 Saoudiens et un Espagnol).²⁷⁴ La valeur des renseignements obtenus de ceux qui sont détenus à Guantanamo Bay semblent être sujette à caution, car des poursuites n'ont été entamées que contre trois détenus. De

²⁶⁶ *Supra.* note 263.

²⁶⁷ HRW Report, *supra.* note 263, et Panorama interview with Sayed Abasin, Transcript of "Inside Guantanamo", *BBC Panorama programme*, 5 October 2003.

²⁶⁸ *Ibid.*, Panorama, entrevue diffusée le 5 octobre 2003 avec Alif Khan.

²⁶⁹ HRW entrevue avec Ahmed Khan, Zumat, Paktia, 10 mars 2003 ; HRW Report *supra.* note 263.

²⁷⁰ Gall, Carlotta, "US military investigating death of Afghan in custody", *New York Times*, 4 March 2003, cité in HRW Report *supra.* note 263, note 85.

²⁷¹ *Ibid.*

²⁷² HRW Report, *supra.* note 263.

²⁷³ Panorama interview avec Sgt Keefer, *supra.* note 267 ; voir aussi *supra.* note 262, p 7.

²⁷⁴ Chiffres de février 2004, Department of Defense news release, *Detainee transfer completed* ; aussi "Tajiks released from Guantanamo", *BBC news online*, 13 April 2004.

surcroît, certaines autorités américaines ont exprimé l'opinion que les détenus ne représentent qu'un niveau "bas à moyen" de risque pour la sécurité.²⁷⁵

Le Général Miller, alors Commandant du corps expéditionnaire conjoint de Guantanamo Bay, aurait fait un certain nombre de recommandations pour les procédures opérationnelles au centre de détention d'Abou Ghraib en Irak, fondées sur son expérience à Guantanamo Bay.²⁷⁶ Les révélations récentes de torture et de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants à Abou Ghraib donnent une indication des probables conditions de détention à Guantanamo Bay. Le Général Miller a recommandé que le corps de gardes de détention soit formé pour, et affecté à, la mise en place des conditions optimales d'exploitation et d'interrogatoire efficace des détenus.²⁷⁷ Dans son avis, la fonction des opérations de détention est de "fournir un environnement sûr, sécurisé et humain qui appuie la collecte efficace de renseignements".²⁷⁸

Les conditions de transfert à Guantanamo Bay : Avant que les détenus soient transférés à Guantanamo Bay, leurs barbes auraient été rasées, un acte qui est considéré comme humiliant pour les hommes musulmans.²⁷⁹ Leurs mains et pieds auraient été ligotés, menottés et attachés avec des bandes adhésives. Les détenus auraient eu les yeux bandés, les bouches bâillonnées et les oreilles scotchées. A bord de l'avion pour Guantanamo Bay, les détenus auraient été enchaînés aux accoudoirs et retenus en place par des sangles sur leurs corps, puis drogués afin de les rendre inconscients pendant le vol.²⁸⁰ Arrivés à destination, ils auraient été jetés à terre de l'avion, encore ligotés, bâillonnés et les yeux bandés.

Les conditions à Guantanamo Bay : Il y avait une règle de "défense de parler" pendant le premier mois et demi de détention. Pendant ce temps, la pratique religieuse aurait été peu tolérée. Les tentatives de prier provoquaient des coups et le bâillonnement.²⁸¹

Les quartiers pour dormir au camp X-Ray (Guantanamo Bay) se résument à des cages métalliques de 2 mètres sur 3, laissant les hommes exposés à la chaleur et virtuellement sans intimité. Leurs mains, pieds et taille étaient menottés, rendant quasi-impossible tout mouvement. Selon un rapport suédois préparé après une visite officielle à Guantanamo Bay, "Un des gardiens tient sa main sur l'arrière du cou du détenu à tout moment, penchant sa tête vers l'avant pour qu'il ne regarde que le sol pendant tout trajet".²⁸² En avril 2002, les détenus ont été transférés au Camp Delta.

On s'est plaint que les cellules au Camp Delta étaient trop petites pour permettre la pratique religieuse.²⁸³ Les cellules avaient des murs solides, mais elles étaient plus petites (1,8 mètres sur 2,4) que celles du camp X-Ray. Les lumières auraient été laissées en fonction tout le temps et les hommes n'avaient pas le droit de parler aux détenus dans d'autres blocs.

²⁷⁵ Le trois accusés sont Ali Hamza Ahmed Sulayman al Bahlul (Yémen), Ibrahim Ahmed Mahmoud al Qosi (Sudan) et David Hicks (Australien) ; ils seront probablement poursuivies par des commissions militaires ; Department of Defense news releases, *Two Guantanamo detainees charged*, 24 February 2004, et *Guantanamo detainee charged*, 10 June 2004.

²⁷⁶ Taguba Report, section intitulé "IO comments on MG Miller's assessment", paras. 1 & 2.

²⁷⁷ Taguba Report, section sur "Assessment of DOD counter-terrorism interrogation and detention operations in Iraq", *Infra*.

²⁷⁸ *Ibid.*, [notre traduction, le texte d'origine suit : "provide a safe, secure, and humane environment that supports the expeditious collection of intelligence"].

²⁷⁹ *Supra.* note 262, p. 5.

²⁸⁰ Interview *Panorama* d'Alif Khan, *Supra.* note 267.

²⁸¹ *Supra.* note 262, p. 5.

²⁸² *Ibid.*, p. 6, [notre traduction, le texte d'origine suit : "One of the guards keeps a hand on the back of the detainee's neck the whole time, bending the detainee's head forward so that he is looking at the ground the whole time he is being moved."].

²⁸³ *Panorama*, *supra.* note 267.

Un détenu libéré qui souffrait de problèmes au genou n'aurait pas été autorisé à s'exercer, étant même enfermé dans sa cellule pendant cinq jours lorsqu'il a tenté de le faire.²⁸⁴

Le Camp Echo serait un centre secret de sécurité ultra-renforcée, conçu pour un petit nombre de détenus placés en régime cellulaire dans des cachots minuscules avec un officier de police militaire en faction permanente devant chaque cellule. Parmi les détenus dans ce centre se trouvent Moazzem Begg, Feroz Abbasi et David Hicks.²⁸⁵

Depuis octobre 2003, il y a eu 32 tentatives de suicide à Guantanamo Bay.²⁸⁶ Les conditions de détention prolongées et indéfinies auraient contribué à la déliquescence de la santé mentale des détenus. La plupart d'entre eux ont été détenus à Guantanamo Bay pendant plus de deux ans. Jusqu'à une époque récente, les détenus n'ont eu aucune occasion de clarifier leur statut juridique. A l'exception de visites du CICR, les hommes sont tenus au secret.²⁸⁷

Irak (Centres sous contrôle américain)

Les centres de détention sous contrôle américain en Irak comprennent la Prison d'Abou Ghraib, le Camp Bucca, le Camp Ashraf et le Camp Cropper. Ces centres détiennent à la fois des criminels de droit commun irakiens et des terroristes présumés, pour l'interrogatoire. A la différence de Guantanamo Bay, les centres n'ont pas été créés uniquement en vue de la détention de personnes appréhendées dans le cadre de la guerre contre le terrorisme.²⁸⁸ Alors que certaines personnes détenues dans des centres de détention en Irak n'ont rien à faire avec le terrorisme, une approche semblable à celle employée à Guantanamo Bay paraît avoir été appliquée.²⁸⁹

Traitement pendant l'arrestation, le transfert et la garde initiale: Les arrestations semblent avoir été effectuées selon un "modèle relativement invariable" suivant lequel les personnes arrêtées furent enlevées de leur logement en pleine nuit, menottées avec des menottes flexibles et encagoulées.²⁹⁰ Le CICR a recueilli des allégations de bousculades, d'insultes, de coups de poing, de pied ou de crosse, et d'avoir été visé avec des fusils. Les officiers du renseignement militaire ont estimé qu'entre 70% et 90% des arrestations ont été faites en erreur.²⁹¹

²⁸⁴ *Ibid.*

²⁸⁵ Rose, D, "Revealed: the full story of the Guantanamo Britons", *The Observer*, 14 March 2004.

²⁸⁶ *Panorama*, supra. note 267.

²⁸⁷ CICR, *Questions relatives aux personnes détenues par les États-Unis pour des raisons liées aux événements du 11 septembre 2001 et à leurs conséquences - le rôle du CICR*, 30 juillet 2004, résumé disponible à : <http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/html/63DCCY?OpenDocument>.

²⁸⁸ Art 15-6 Investigation of the 800th Military Police Brigade (Taguba report), disponible en anglais à : <http://news.findlaw.com/hdocs/docs/iraq/tagubarpt.html>, section sur "IO comments on MG miller's assessment", para 1 ; MG Taguba (*Deputy Commanding General Support*) a été désigné en janvier 2004 pour étudier "les allégations de mauvais traitement des détenus à la prison d'Abou Ghraib".

²⁸⁹ *Rapport du CICR*, section 1, Traitement pendant l'arrestation ; voir ci-dessus la section sur Guantanamo ; MG Miller, alors Commandant du corps expéditionnaire conjoint de Guantanamo, aurait fait un certain nombre de recommandations concernant les procédures opérationnelles au centre de détention d'Abou Ghraib, en Irak, qui auraient été basées sur l'expérience de Guantanamo. Le rapport Taguba a constaté qu'il y avait de bonnes raisons de croire que la valeur des renseignements provenant des détenus de Guantanamo différerait de celle des détenus d'Abou Ghraib et d'autres centres de détention en Irak. *Taguba Report*, *ibid.*, section intitulée "IO comments on MG Miller's assessment", para. 1 & 2.

²⁹⁰ *Report of the International Committee of the Red Cross (ICRC report) on the treatment by the coalition forces of prisoners of war and other protected persons by the Geneva Conventions in Iraq during arrest, internment and interrogation*, février 2004, section 1, "Treatment during arrest" ; ce rapport confidentiel avait été donné aux forces de la coalition par le CICR, M. Paul Bremer et Lt. Gen. Ricardo Sanchez en février 2004 ; après la publication de larges extraits dans la presse, il a finalement été publié, avec l'accord du CICR.

²⁹¹ *Ibid.*, para 7.

En Septembre 2003, les forces de la coalition ont arrêté neuf hommes.²⁹² Pendant leur arrestation, ils auraient été obligés de s'agenouiller en position de prière. Les soldats leur donnaient des coups de pied au cou s'ils tentaient de relever leurs têtes. Ils auraient été sévèrement battus après transfert vers un lieu de détention initial dans un bureau à Al-Hakimiya. Un homme y est mort à la suite de son mauvais traitement ; son acte de décès constate un "arrêt cardio-respiratoire - asphyxia". Une enquête est en cours. Deux autres hommes furent hospitalisés avec des blessures graves considérées comme médicalement compatibles avec leur plainte d'avoir été battus.²⁹³

Le CICR a reçu deux témoignages d'hommes qui furent attachés ou menottés, encagoulés et contraints de s'allonger ou de s'asseoir sur des surfaces chaudes pendant leur transfert, occasionnant des brûlures graves. Dans un cas en particulier, la personne a dû être hospitalisée pendant trois mois.²⁹⁴

Les conditions de détention: Les détails des conditions dans lesquelles les détenus ont été tenus sont indiqués dans la section du rapport du CICR sur les techniques d'interrogation.²⁹⁵ La nature du traitement des détenus pendant leur détention aurait été décidée afin de créer un environnement propice à l'interrogatoire. Au delà des graves mauvais traitements auxquels les détenus ont été soumis pendant les séances d'interrogatoire, leur traitement global en détention a donné lieu à des allégations de mauvais traitements et, dans certains cas, de torture.²⁹⁶

Les informations relatives aux conditions de détention et de traitement au moment des interrogatoires ont été révélées grâce à des photos placées dans le domaine public, suivies de la fuite du rapport du CICR et de l'enquête militaire conduite par le Général Taguba. Ces rapports contiennent des constats détaillés de mauvais traitements et, dans certains cas, de torture. Les exemples les plus graves de mauvais traitements seraient survenus dans le centre d'interrogatoire d'Abou Ghraib.

Le rapport du CICR a présenté plusieurs cas de mauvais traitements perpétrés par les forces de la coalition de mars à novembre 2003. Ce rapport vient à la suite de rapports, datant du mois d'avril, de mauvais traitements pendant l'interrogatoire de détenus à Umm Qasr, qui ont eu pour résultat de mettre fin à l'utilisation de cagoules et de menottes flexibles pendant l'interrogatoire. En mai 2003, 200 allégations détaillées de mauvais traitements avaient été signalées aux forces de la coalition, et encore 50 en juillet.²⁹⁷

En janvier 2004, le Major Général Taguba, Commandant adjoint général de soutien, a été désigné par le Commandant des forces de la coalition, sous la direction du Chef d'état majeur du commandement central, à enquêter sur les opérations de détention et d'internement de la 800ème Brigade de Police militaire. Son rapport venait à la suite de deux enquêtes précédents par Général Miller, à l'époque Commandant du corps expéditionnaire conjoint de Guantanamo Bay, en septembre 2003, puis du Général Ryder en novembre 2003.²⁹⁸

²⁹² *Rapport du CICR, supra. note 290, section 2, "Treatment during transfer and initial custody".*

²⁹³ *Ibid.* ; selon le Rapport du CICR, le Commandant des forces de la coalition à Basrah a informé le père du décédé qu'une enquête avait été lancée.

²⁹⁴ *Ibid.*

²⁹⁵ *Ibid.*, section 3, "Treatment during interrogation".

²⁹⁶ *Ibid.*, paras. 24 & 59.

²⁹⁷ *Ibid.*, section sur "Previous actions taken by the ICRC in 2003 on the issue of treatment", paras. 32-34.

²⁹⁸ *Taguba Report, supra. note 288, section sur "Background".*

Selon le rapport du CICR, des détenus "sensibles" (*High Value Detainees*) ont été soumis au régime cellulaire à l'aéroport international de Bagdad.²⁹⁹ Une centaine de détenus ont subi ces conditions depuis le mois de juin 2003, tenus au secret dans des cellules sombres pendant des périodes allant jusqu'à cinq mois, sans être mise en accusation. Les détenus auraient également été interrogés pendant leur période en régime cellulaire ; leurs conditions de détention semblent avoir été motivées à la fois par de raisons de sécurité et par les besoins de l'interrogatoire.

Hossam Shaltout, un civil canadien qui se trouvait en Irak avec une organisation intitulée *Rights and Freedom International*, a porté plainte auprès du bureau des réclamations de l'Armée américaine pour détention arbitraire, torture et blessures subies au Camp Bucca. Il affirme que les forces américaines l'ont arrêté en avril 2003, l'ont détenu pendant trois jours dans un véhicule blindé de transport de troupes avant de l'emmener au Camp Bucca, où il reçut des coups de crosse, et fut entravé ou enchaîné pendant de longues périodes au régime cellulaire.³⁰⁰ Il affirme aussi avoir vu d'autres Irakiens torturés encore plus sévèrement que lui au Camp Bucca.

Les centres de détention secrets et les disparitions: Des détenus auraient également été internés dans des lieux de détention secrets en dehors de la compétence juridique américaine.³⁰¹ On dispose de peu d'informations concernant le nombre ou le sort des personnes envoyées aux centres de détention secrets, ni même leur localisation. Celles qui semblent poser un haut niveau de risque pour la sécurité, comme Khalid Shaikh Mohammed, soupçonné d'être le cerveau derrière le complot du 11 septembre, ainsi qu'Abu Zubaydah, qui serait un membre important du réseau Al-Qaida, seraient détenus dans des endroits tenus secrets, avec les autres personnes énumérés dans la section de ce rapport sur les remises.³⁰²

La disparition du ressortissant yéménite, Abd a-Salam al-Hiyla, après un voyage d'affaires en Egypte en septembre 2002 n'est qu'un seul exemple. Sa famille ne connaît toujours pas son lieu de détention, ayant reçu des informations contradictoires selon lesquelles il est soit à Guantanamo Bay, soit en Egypte, voire envoyé par "avion spéciale américain en Azerbaïdjan".³⁰³ Selon un rapport d'Amnesty International, on soupçonne le gouvernement du Yémen de ne pas avoir poursuivie l'affaire activement auprès des autorités égyptiennes et américaines.³⁰⁴

Irak (établissements sous contrôle britannique)

Selon le Rapport du CICR sur le traitement, en Irak, des prisonniers de guerre et d'autres personnes protégées par les Conventions de Genève³⁰⁵, les prisonniers au camp d'Umm Qasr et son successeur, Camp Bucca (qui est reté sous contrôle des forces britanniques la plupart du temps) ont été maltraités, en particulier en étant menottés et cagoulés pendant l'arrestation, la détention et les interrogatoires : "*L'utilisation des cagoules semble avoir été motivée par des soucis de sécurité tout en faisant partie des techniques courantes*

²⁹⁹ Rapport du CICR, section 4.2 "High value detainees", Aéroport international de Bagdad, *supra*. note 290.

³⁰⁰ Brazier, J., "LA immigrant files suit, claiming false jailing, torture in Iraq", 3 mai 2004.

³⁰¹ *Supra.*, note 203.

³⁰² *Supra.*, note 214.

³⁰³ Amnesty International Report, "The Gulf and the Arabian Peninsula: Human Rights fall victim to the 'war on terror' ", Al Index : MDE 04/002/2004, 22 juin 2004.

³⁰⁴ *Idem.*

³⁰⁵ Priest and Gellman, article du *Wall Street Journal* basé sur des réponses aux journalistes des agents de la sécurité nationale, *supra*. note 290.

d'intimidation utilisées par le personnel militaire du renseignement pour pousser les internés à coopérer".³⁰⁶

La réponse du Gouvernement britannique aux allégations de mauvais traitement des détenus et, plus particulièrement, de l'utilisation de cagoules, a été quelque peu ambiguë. Il semblerait que la position officielle du Gouvernement est que les cagoules sont interdites pendant les interrogatoires (comme l'établit clairement le jugement de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Irlande c. Le Royaume-Uni*), mais que l'utilisation des cagoules "en dehors" des interrogatoires est acceptable lorsqu'il y a une "raison militaire impérieuse".³⁰⁷ En revanche, le Secrétaire de la Défense a affirmé devant la Chambre des Communes (28 juin 2004) que le gouvernement n'avait connaissance d'aucune situation où des interrogateurs britanniques "sont allégués avoir utilisé des cagoules comme technique d'interrogatoire".³⁰⁸ Or, selon le Rapport annuel du Comité de sécurité et du renseignement pour l'année 2003-2004 (publié en juin 2004), le Premier ministre a admis que, dans quelques cas, le personnel du renseignement britannique avait conduit des interrogatoires de détenus d'une façon incompatible avec les principes énoncés dans la Convention de Genève.

La Haute Cour de Justice britannique sera saisie d'une plainte fin juillet 2004 déposée par les parents de 13 prisonniers iraqiens qui auraient été tués, certains après avoir été maltraités par des troupes Britanniques en Irak, et qui fait appel du refus du gouvernement à lancer des investigations indépendantes afin d'étudier ces incidents (*Mazin Jumaa Gatteh Al Skeini & Others v. Secretary of State for Defence*).³⁰⁹ Le Gouvernement britannique affirme que l'obligation de conduire une enquête effective, en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme, ne s'applique pas aux forces britanniques en Iraq.³¹⁰

Le premier plaignant énuméré est Hazim Jum'aa Gatteh Al-Skeni, qui a été fusillé lorsque des soldats britanniques ont ouvert le feu en réponse à des coups tirés pendant des funérailles. L'affaire porte également sur les revendications de membres de la famille de Baha Mousa, un homme de 28 ans, marié et père de deux enfants, réceptionniste d'hôtel, qui serait mort après avoir été battu par des troupes britanniques suivant son arrestation en compagnie de huit autres hommes dans un hôtel à Basra. Les témoignages à charge font état d'utilisation de cagoules, de coups de pied et de poing, de restriction des mouvements, d'enfermement dans des espaces exigus, de coups sur la région génitale et sur les côtes, et de jets d'eau froide. Son affaire a été parmi celles mises en lumière dans le rapport du CICR sur le traitement des prisonniers en Irak :

"Une allégation recueillie par le CICR concernait l'arrestation de neuf hommes par les forces de la coalition dans un hôtel de Basrah, le 13 septembre 2003. A la suite de leur arrestation, les neuf hommes ont été contraints de s'agenouiller, le visage et les mains contre le sol, dans une simulacre de position de prière. Les soldats ont donné des coups de pied à la nuque de ceux qui soulevaient leur tête. Leur argent fut confisqué sans émission d'un reçu. Les suspects ont été conduits à Al-Hakimiya, un ancien bureau du *mukhabarat* à Basrah, puis gravement battus par le personnel de la

³⁰⁶ *Idem.*, para. 30 [notre traduction, le texte d'origine suit : "*Hooding appeared to be motivated by security concerns as well as to be part of standard intimidation techniques used by military intelligence personnel to frighten inmates into cooperating*"].

³⁰⁷ *Chambre des Lords*, Réponses écrites : mercredi 1 juillet 2004.

³⁰⁸ *Chambre des Communes*, Réponses écrites : lundi 28 juin 2004.

³⁰⁹ *High Court of Justice Queen's Bench Division*, Administrative Court Co/2242/04.

³¹⁰ Le Ministre des forces armées, Adam Ingram, a informé les membres du parlement que le gouvernement ne croyait pas la Convention des droits de l'homme applicable aux soldats britanniques en Irak ; il a affirmé : "Le meilleur avis que j'ai eu considère que la CEDH ne s'applique pas" : *The Guardian*, 11 mai 2004 disponible en anglais à : : <http://www.globalpolicy.org/intljustice/general/2004/0511win.htm>.

coalition. Un des détenus est mort à la suite des mauvais traitements (##### âgée de 28 ans, marié, père de deux enfants). Avant sa mort, ses co-détenus l'ont entendu crier et demander de l'assistance."³¹¹

Les conditions pendant les interrogatoires

Les interrogatoires en Afghanistan

L'emploi de techniques dites "d'angoisse et de contrainte" dans la guerre contre la terreur a été révélé en décembre 2002.³¹² Selon les détenus relâchés de la base aérienne de Bagram, ainsi que des entrevues avec le personnel militaire américain détaillées plus loin dans cette section, de telles techniques ont été utilisées contre les détenus à Bagram. Les techniques qui auraient été employées comprennent le fait d'obliger les détenus à rester "debout ou accroupi pendant des heures, dans des cagoules noires ou des lunettes de motocycliste peintes en noir (...) retenus dans des positions inhabituelles et douloureuses, et privés de sommeil, assaillis de forte lumières 24 heures sur 24".³¹³ Des opérations dites "faux drapeau" (*false flag*) ont également été rapportées, qui cherchent à faire croire à un détenu qu'il est dans un pays ayant une réputation de brutalité.³¹⁴ Des techniques d'intimidation avec pour but de "ramollir" les détenus (*softening up*) auraient été employés, dont le tabassage et l'incarcération des détenus dans des cellules minuscules, ligotés et les yeux bandés, en les jetant contre les murs et en les soumettant à des bruits forts. Les autorités américaines ont justifié l'emploi de la violence sur fondement de la sécurité nationale, arguant que, dans les circonstances, c'était "juste et nécessaire".³¹⁵

Deux détenus libérés, Saif-ur Rahman et Abdul Qayyum ont raconté des mauvais traitements pendant leur détention et interrogatoire à Bagram.³¹⁶ Les deux hommes se sont plaints d'avoir été privés de sommeil, forcés à rester debout pendant de longues périodes, soumis à des injures humiliantes et dénigrantes par des femmes soldats. Lors de son arrestation à Jalalabad, Rahman a reçu l'ordre de se déshabiller dans sa cellule dans des conditions de grand froid, puis on l'avait aspergé d'un seau d'eau glacée. Pendant les interrogatoires, deux soldats américains avec deux chiens l'auraient ordonné de s'allonger nu sur le plancher avec une chaise placée sur ses mains et pieds. On aurait menacé de l'envoyer à Guantanamo Bay s'il refusait de coopérer. Pour les vingt premiers jours, il affirme avoir été menotté en permanence, les menottes n'étant desserrées que légèrement pendant les repas.³¹⁷

Un porte-parole militaire américain, Roger King, a nié les allégations des détenus quant au déshabillage. Il a reconnu, en revanche, que les détenus peuvent être obligés de rester

³¹¹ *Supra.* note 290, para. 13, [notre traduction, le texte d'origine suit : "One allegation collected by the ICRC concerned the arrest of nine men by the CF in a hotel in Basrah on 13 September 2003. Following their arrest, the nine men were made to kneel, face and hands against the ground, as if in a prayer position. The soldiers stamped on the back of the neck of those raising their head. They confiscated their money without issuing a receipt. The suspects were taken to Al-Hakimiya, a former office previously used by the mukhabarat in Basrah and then beaten severely by CF personnel. One of the arrestees died following the ill-treatment (##### aged 28, married, father of two children). Prior to his death, his co-arrestees heard him screaming and asking for assistance."].

³¹² *Supra.* note 203.

³¹³ *Ibid.* [notre traduction ; le texte d'origine suit : "standing or kneeling for hours, in black hoods or spray-painted goggles ... held in awkward, painful positions and deprived of sleep with 24-hour bombardment of lights"].

³¹⁴ *Ibid.*

³¹⁵ *Supra.* note 203, ["just and necessary"].

³¹⁶ K. Gannon, "Prisoners released from Bagram say forced to strip naked, deprived of sleep, ordered to stand for hours", *AP*, 14 mars 2003.

³¹⁷ *Ibid.*

debout pendant des périodes prolongées et soumis à la privation de sommeil, affirmant que de telles techniques étaient défendables car elles ne relevaient pas de la torture.³¹⁸

Ruhal Ahmed, un ancien détenu britannique affirme que les investigateurs de la MI5 l'ont interrogé en Afghanistan. Il a été obligé de s'agenouiller sur le sol alors qu'un agent se mettait debout sur l'arrière de ses jambes et un autre braquait un fusil contre sa tête.³¹⁹

Les interrogatoires à Guantanamo Bay

Les informations relatives aux méthodes d'interrogatoire employées à Guantanamo Bay provient des récits des détenus libérés. Il transparaît de ces témoignages que les détenus sont interrogés souvent et qu'aucune des interrogatoires n'est conduite en présence de représentants juridiques.³²⁰ Les interrogatoires à Guantanamo Bay seraient basées sur un système de récompenses pour le bon comportement et de retrait de privilèges pour la "non-conformité".³²¹

Deux détenus libérés, Shafiq Rasul et Asif Iqbal ont indiqué qu'ils furent enchaînés au sol pour des périodes prolongées, forcés à rester accroupis pour de longues périodes avec leur les mains enchaînées au sol pendant la durée de l'interrogatoire, allant jusqu' à 12 heures (*short shackled*), et laissés dans des conditions de grand froid provoquée artificiellement au moyen du système de climatisation. Ils ont également fait état de l'emploi de lumières stroboscopiques et de forte musique, l'emploi de chiens, et le refus de nourriture pendant les interrogatoires.³²² Ils se souvenaient en outre que d'autres détenus avaient été laissés tout nu, enchaînés au sol, et que des femmes sont venues dans la pièce pour les provoquer et les brutaliser.³²³

Les interrogatoires en Irak

Les autorités américaines continuent de se référer au traitement des détenus pendant les interrogatoires à Abou Ghraib et au camp Bucca comme des "abus" malgré les résultats du rapport Taguba, qui a conclu que ces traitements étaient des "actes indignes" relevant de "violations graves du droit international"³²⁴

³¹⁸ *Ibid.*

³¹⁹ *Supra.* note 285.

³²⁰ *Supra.* note 262, p. 7.

³²¹ *Panorama*, interview avec le Sénateur Joyn Cornyn, qui a eu le droit d'observer une séance d'interrogatoire, *supra.* note 267.

³²² *Open letter to President Bush and Senate Armed Services Committee*, par Shafiz Rasul et Asif Iqbal, représentés par le Centre for Constitutional Rights, 13 mai 2004, disponible en anglais à : <http://www.ccr-ny.org/v2/reports/docs/ltr%20to%20Senate%2012may04v2.pdf>.

³²³ *Ibid.*

³²⁴ Voir le *Rapport Taguba*, "Conclusion", *supra.* note 288 ; le traitement des détenus constaté par le rapport Taguba entre les mois d'octobre et de décembre 2003 à Abou Ghraib comprenait : coups de poing et de pied et gifles au détenus ; sauts sur leurs pieds nus ; enregistrement de cassettes vidéo et photographies de détenus hommes et femmes nus ; forcer les détenus à adopter divers postures sexuellement explicites pour être photographiés ; forcer les détenus à enlever leur vêtements et à rester nu pendant plusieurs jours d'affilée ; forcer des détenus hommes nus à porter des sous-vêtements féminins ; forcer des groupes de détenus hommes à se masturber tout en étant photographiés et filmés ; obliger des détenus hommes nus à s'entasser pour sauter à pieds joints sur leurs corps ; placer un détenu nu sur une boîte de rations, avec un sac de sable sur sa tête, puis attacher des fils à ses doigts, ses orteils, et son pénis afin de simuler une torture électrique ; faire porter l'inscription "je suis un violeur" (sic) sur la jambe d'un détenu accusé d'avoir violé un autre détenu âgé de 15 ans, et en le photographiant nu ; placer une chaîne ou une laisse de chien autour du cou d'un détenu nu et faire poser une femme soldat pour une photo ; relations sexuelles entre un surveillant militaire homme et une femme détenue ; utilisation de chiens militaires (sans muselières) pour intimider et effrayer les détenus, et dans au moins un cas, la morsure d'un détenu, le blessant gravement ; photographies de détenus irakiens morts ; briser des lumières chimiques et verser le liquide phosphorescent sur les détenus ; menacer les détenus avec un pistolet 9mm chargé ; verser de l'eau froide sur des détenus nus ; frapper des détenus avec un manche à balai et une chaise ; menacer des détenus hommes de viol ; permettre à un garde de la police militaire à suturer la blessure d'un détenu blessé après avoir été jeté contre le mur de sa cellule ; sodomiser un détenu avec une lumière chimique et peut-être un manche à balai ; utiliser des chiens militaires pour effrayer et intimider les détenus avec des menaces d'attaques, et dans un cas en mordant réellement un détenu." (*Rapport Taguba*, Part I, paras. 6 et 8.)

Le rapport Taguba constate que les services du renseignement militaire et les interrogateurs d'autres agences du Gouvernement américain avaient créé lesdites conditions spécifiquement afin de faciliter l'interrogatoire des témoins.³²⁵ De surcroît, le rapport constate que les détenus avaient été frappés et roués de coups de pied par le personnel militaire au camp Bucca, en mai 2003.³²⁶

Le CICR a constaté que le mauvais traitement des détenus pendant l'interrogatoire n'était pas systématique, sauf lorsqu'ils étaient soupçonnés d'infractions contre la sécurité, ou considérés comme ayant une "valeur pour le renseignement".³²⁷ Or, "dans ces cas, les personnes privées de liberté et surveillées par les services du renseignement militaire ont été soumises à toute une gamme de mauvais traitements partant de l'insulte et l'humiliation pour atteindre la coercition, à la fois physique et psychologique, afin de les forcer à coopérer avec leurs interrogateurs, relevant dans certains cas de la torture". Des méthodes d'interrogatoire telles que l'enfermement du détenu, déshabillé, dans une cellule sans lumière, pour des périodes prolongées, étaient vues comme faisant partie des procédures opérationnelles normales du renseignement militaire, comme le confirmaient les agents du renseignement militaire eux-mêmes.³²⁸

Le rapport du CICR a fait état de cas semblables de mauvais traitements pendant l'interrogatoire entre mars et novembre 2003³²⁹. Ces méthodes d'interrogatoire furent utilisées dans la section du renseignement militaire d'Abou Ghraib. Les méthodes d'interrogatoire employées à Umm Qasr et au Camp Bucca, les interrogateurs se seraient de

³²⁵ *Rapport Taguba*, Part I, para. 10, *supra*. note 288.

³²⁶ *Rapport Taguba*, *Ibid.*, Part I, para. 13.

³²⁷ *Rapport du CICR*, section 3, Traitement pendant l'interrogatoire, *supra*. note 290, ["intelligence value"].

³²⁸ *Ibid.* [notre traduction, le texte d'origine suit : "in those cases, persons deprived of their liberty supervised by the military intelligence were subjected to a variety of ill-treatments ranging from insults and humiliation to both physical and psychological coercion that in some cases might amount to torture in order to force them to cooperate with their interrogators."].

³²⁹ Les méthodes d'interrogatoires comprenaient :

"l'utilisation de cagoules (...) parfois lorsque les détenus furent battus, pendant quelques heures, allant parfois jusqu'à 2, voire 4 jours ;

l'utilisation de menottes flexibles (*flexi-cuffs*) (...);

le fait d'être battu avec des objets contondants (y compris des pistolets et des fusils), des gifles, coups de poing, de genoux ou de pied sur diverses parties du corps (jambes, côtes, bas du dos, aine) ;

le fait de maintenir le visage à terre avec des bottes ;

les menaces (de mauvais traitements, de représailles contre des membres de la famille, d'exécution imminente ou du transfert à Guantanamo Bay) ;

le fait d'être gardé en cellule disciplinaire complètement nu dans une cellule totalement vide et sombre (...);

le fait de combiner la cellule disciplinaire et les menaces (d'internement à perpétuité, d'arrêter d'autres membres de la famille, de transférer la personne à Guantanamo), le manque de sommeil, d'eau et de nourriture, l'accès limité aux douches (deux fois par semaine), le refus d'accès à l'air libre et l'interdiction de contacts avec d'autres personnes privées de liberté ;

le fait d'être obligé de marcher nu en dehors des cellules et en présence d'autres personnes privées de liberté, de gardiens, parfois cagoulé ou avec des sous-vêtements de femme sur la tête ;

actes d'humiliation comme le fait d'être obligé de rester debout, tout nu, contre le mur de la cellule, pendant de longues périodes, les bras élevés ou avec des sous-vêtements de femme sur la tête - tout en étant la risée des gardiens, y compris des femmes soldats, voire même photographiés dans cette position ;

le fait d'être régulièrement attaché aux barreaux de la porte de la cellule, dans des positions humiliantes (nu ou en sous-vêtements) ou inconfortables, sur une période de plusieurs jours, pendant plusieurs heures d'affilées, causant ainsi des douleurs physiques ;

l'exposition, tout en demeurant cagoulé, à de la musique ou des sons très bruyants, au soleil pendant plusieurs heures, même au plus chaud de la journée, pouvant atteindre 50 degrés ou plus ;

être obligé de rester dans des postures stressantes pendant de longues périodes, accroupi ou debout avec les bras levés." [notre traduction], *Rapport du CICR*, section 3.1 - Techniques de mauvais traitement, *supra*. note 290.

menottes, de cagoulés, de coups de pied et de crosse, de menaces de transfert à Guantanamo Bay, de mort ou d'internement illimité.³³⁰

Traitement par la police iraquienne: Le CICR a reçu des rapports reçus de mauvais traitements par la police iraquienne, dont des menaces d'envoyer les personnes arrêtées aux forces de la coalition à moins de recevoir un pot-de-vin.³³¹ Des personnes ont été menottées, cagoulées, injuriées verbalement, battues et rouées de coups de pied lors de l'arrestation et du transport. Les allégations de mauvais traitements pendant l'interrogatoire comprennent le fait d'avoir été menotté, roué de coups de pied, soumis à des chocs électriques et brûlé avec des cigarettes. Un rapport affirme qu'un détenu a été soumis à un simulacre d'exécution avec un pistolet braqué sur sa tête. Un autre alléguait que sa mère avait été emmenée au poste de police et menacée avec des mauvais traitements s'il ne coopérait pas. De même on a menacé de faire venir la femme d'un détenu au poste pour la violer.

Conditions dans les centres de détention et techniques d'interrogatoire en cas de "remise"

Le Cas de Maher Arar

M. Arar fut détenu à l'aéroport JFK de New York, le 26 septembre 2002. Pour le premier de ses neuf jours passés en détention aux Etats-Unis, il a été soumis au régime cellulaire dans une petite pièce sans lit, où les lumières restaient allumées toute la nuit.³³² Ensuite, il a été envoyé au centre de détention métropolitain, habillé d'une combinaison orange et replacé au régime cellulaire dans une petite pièce. Il a été tenu au secret pour les premier 5 jours, tout contact avec sa famille ou un avocat lui ayant été refusé. Il a reçu son premier repas après près de deux jours. M. Arar fut enchaîné et entravé pendant le transfert de sa cellule vers le lieu d'interrogatoire. Une semaine après sa détention, le 3 octobre, un agent consulaire canadien a pu visiter M. Arar à la demande de sa famille.³³³

M. Arar a été interrogé souvent par le FBI, des agents d'immigration et des agents du service de l'immigration et la naturalisation (INS).³³⁴ Des agents du FBI ont juré et hurlé sur lui pendant deux séances d'interrogatoire, chacune d'une durée de cinq heures.³³⁵ Pendant une séance d'interrogatoire de six heures avec les agents de l'INS, M. Arar n'a consenti de répondre aux questions que lorsqu'on lui avait fait croire que son avocat ne serait pas présent à l'interrogatoire.³³⁶

Ensuite, M. Arar a été mis sur un vol pour la Jordanie et remis aux autorités jordaniennes le 9 octobre 2002.³³⁷ Il a été battu et interrogé en Jordanie avant d'être remis aux autorités syriennes vers le 9 octobre 2002.³³⁸ En Syrie, il a été placé dans une petite cellule souterraine, mesurant 2 mètres sur 1, et 2,5 mètres de haut, qui était humide, froid et insalubre, presque sans lumière.³³⁹ Il n'a été permis de se baigner qu'à l'eau froide, une fois par semaine, n'a pas été permis de s'exercer et a perdu environ 20 kilos. Par la suite, M.

³³⁰ *Rapport du CICR*, section 3.3 - Umm Qasr et Camp Bucca, *supra*. note 290.

³³¹ *Rapport du CICR*, *Ibid.*, section 3.5 - Allégations de mauvais traitements par la police iraquienne.

³³² *Complaint of Arar*, *supra*. note 215.

³³³ *Ibid.*, paras. 39 & 40.

³³⁴ *Ibid.*, paras. 29-49.

³³⁵ *Ibid.*, paras. 29 et 31.

³³⁶ *Ibid.*, para. 44.

³³⁷ *Ibid.*, para. 49f.

³³⁸ *Ibid.*, para. 50.

³³⁹ *Ibid.*, para. 58 et 59.

Arar a été détenu dans une prison syrienne où, à une reprise, il fut placé au régime cellulaire et a entendu les cris d'autres détenus soumis à la torture.³⁴⁰

Il a été interrogé jusqu'à 18 heures par jour par des officiers syriens de sécurité et battu régulièrement soit avec les poings soit avec des câbles électriques de cinq centimètres d'épaisseur³⁴¹, et les officiers de sécurité menaçaient de l'exposer à d'autres formes de torture.³⁴²

D'autres cas de remise

Le centre de détention de Far' Falastin, à Damas en Syrie, est connue pour être un autre lieu où les terroristes présumés sont remis et détenus. Les conditions y consistent en des cellules minuscules, sans lumière, d'un mètre carré sur deux mètres de haut, où les cris des victimes de la torture peuvent être entendus sans difficulté.³⁴³ Driss bin Lakoul y aurait été battu sur les plantes des pieds avec des câbles en fil de fer pendant sa détention dans ce centre.³⁴⁴

3.3. LES RÉPARATIONS: LE DROIT DES VICTIMES A UN RECOURS PROCÉDURAL ET A LA RÉPARATION

En vertu du droit international, le droit des victimes de la torture à un recours effectif et des réparations adéquates est bien établi. Cependant, comme nous verrons par la suite, la pratique actuelle des Etats dans le cadre de leur "guerre contre le terrorisme" enfreint le droit incontestable des victimes à réparation pour les violations graves des droits de l'homme (y compris la torture et d'autres formes de mauvais traitement), dont le droit d'accès à la justice.

Cette section analysera les garanties contre la torture, les disparitions et la détention arbitraire implicites dans le concept de procès équitable. Nous examinerons comment le déni aux personnes arrêtées lors de la "guerre contre le terrorisme" de certaines protections et garanties fondamentales du procès équitable - comme le recours aux commissions militaires pour juger les détenus de Guantanamo Bay, le refus d'accès aux avocats et les pratiques et arguments évoqués pour justifier la torture et d'autres formes de mauvais traitement -, minent entièrement le droit à réparation consacré par le droit international pour les victimes de la torture et les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, ainsi que d'autres violations graves des droits de l'homme.

3.3.1. Le droit des victimes de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants à un recours et à la réparation

Le droit à la réparation pour les victimes de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants est bien établi. La Cour permanente de justice internationale, soutenue depuis par la jurisprudence internationale, avait déjà constaté le principe fondamental du droit international générale selon lequel la violation d'une obligation

³⁴⁰ *Ibid.* para. 63.

³⁴¹ *Ibid.* para. 51 & 52.

³⁴² *Ibid.*, para. 52.

³⁴³ *Supra.* note 211.

³⁴⁴ *Ibid.*

internationale entraîne le devoir de faire réparation.³⁴⁵ La responsabilité des Etats de faire réparation survient lorsqu'il y a violation d'une obligation internationale – quelle que soit son origine – y compris la violation d'une obligation en vertu des droits de l'homme internationaux ou du droit humanitaire. Comme le souligne le Professeur Theo Van Boven, ancien Rapporteur spécial sur le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des personnes victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales :

" (...) la violation par un Etat de l'obligation de respecter les droits de l'homme reconnus sur le plan international engage sa responsabilité. Cette obligation trouve son fondement juridique dans les accords internationaux (...) et/ou le droit international coutumier, notamment les règles impératives du droit international coutumier (*jus cogens*)."³⁴⁶

Comme nous l'avons expliqué ci-dessus, l'interdiction de la torture en vertu du droit international a obtenu le statut d'une norme de *jus cogens* et, donc, en cas de violation une nouvelle obligation de faire réparation survient en vertu du droit international coutumier (quelles que soient les obligations en vertu du traité). "*La réparation doit autant que possible effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis*".³⁴⁷ Selon le projet onusien de Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international³⁴⁸, les formes que cette réparation peuvent prendre comprennent : la restitution, l'indemnisation, la réadaptation, la satisfaction et les garanties de non renouvellement.

En même temps, le droit international des droits de l'homme exige des Etats qu'ils offrent des recours effectifs en vertu du droit national afin de garantir aux victimes de violations des droits de l'homme des réparations adéquates. Ce principe est énoncé dans chaque instrument international sur les droits de l'homme.³⁴⁹ De fait, le droit à un recours contre la violation d'un droit humain protégé par un de ces instruments internationaux est lui-même un droit garanti expressément par ces derniers, et a été reconnu comme non susceptible de dérogation.³⁵⁰ A titre d'exemple, les garanties procédurales contre la torture et d'autres

³⁴⁵ Voir : CPJI, affaire de *l'Usine de Chorzow* (All. C. Pol.), 13 septembre 1928, P.C.J.I. Rec. Séries A, No. 17, à 47 ; Cour internationale de Justice : *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Etats-Unis c. Nicaragua)*, arrêt du 27 juin 1986, Rec. 1986, p. 114 ; *Affaire du détroit de Corfou* (UK c. Albanie), 9 avril 1949 ; *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies (1948-1949)*, Avis consultatif, Rec. 1949, p. 184 ; *Interpretation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, deuxième phase, avis consultatif*, C.I.J., Rec. 1950, p. 228 ; voir aussi l'article 1 du projet d'Articles sur la Responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, adoptée par la Commission du Droit international en 2001 : "Tout fait internationalement illicite de l'Etat engage sa responsabilité internationale.", Doc. N.U. A/CN.4/L.602/Rev.1, 26 juillet 2001 ("CDI projet d'Articles sur la responsabilité des Etats"), disponible à : [http://www.un.org/law/ilc/texts/State_responsibility/responsibility_articles\(f\).pdf](http://www.un.org/law/ilc/texts/State_responsibility/responsibility_articles(f).pdf).

³⁴⁶ Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/1993/8, 2 juillet 1993, para. 41.

³⁴⁷ CPJI, affaire de *l'Usine de Chorzow* (All. C. Pol.), 13 septembre 1928, P.C.J.I. Rec. Séries A, No. 17.

³⁴⁸ Doc. N.U. E/CN.4/2000/62, 18 janvier 2000, Annexe ; la version révisée du 15 août 2003 est disponible en anglais à : <http://www.unhcr.ch/html/menu2/revisedrestitution.doc>.

³⁴⁹ Au niveau universel, on peut citer entre autres : la Déclaration universelle des droits de l'homme (art. 8) ; le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 2.) ; la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (art. 6) ; la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (art. 13) ; la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (art. 19), Doc. N.U. A/RES/47/133, 18 décembre 1992 (arts. 9 et 13) ; les Principes relatifs à la prévention efficace des exécutions extrajudiciaires, arbitraires et sommaires et aux moyens d'enquêter efficacement sur ces exécutions (Principes 4 et 16) ; au niveau régional il est important de souligner : la Convention européenne des droits de l'homme (art. 13) ; la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (art. 47) ; la Convention américaine relative aux droits de l'homme (arts. 24 et 25) ; la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme (art. XVIII), la Convention inter-américaine sur la disparition forcée de personnes (art. X), la Convention inter-américaine pour la prévention et la répression de la torture (art. 8) ; la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (arts. 3 et 7) ; et la Charte arabe des droits de l'homme (art. 9).

³⁵⁰ Voir, à titre d'exemple, Comité des droits de l'homme, *Observation générale no. 29*, 31 août 2001, Etats d'urgence (article 4), *infra.*, para. 14 : "Le paragraphe 3 de l'article 2 du Pacte exige que soient assurés des recours internes utiles contre toute violation des dispositions du Pacte. Même si cette clause ne fait pas partie des dispositions auxquelles il ne peut être dérogé énumérées au paragraphe 2 de l'article 4, elle constitue une obligation inhérente au Pacte. Même si les Etats parties

formes de mauvais traitement - comme le droit d'accès à un avocat pendant la détention -, ne sont pas susceptibles de limitation ou de dérogation.

Par conséquent, il existe une obligation continue et indépendante d'offrir, à tout moment, des recours internes effectifs, même en temps de paix ou de guerre, ou lorsqu'on l'Etat déclare l'état d'urgence. Les instruments des droits de l'homme garantissent à la fois le droit procédural d'accès effectif à un procès équitable (par un recours judiciaire et/ou non judiciaire)³⁵¹, et le droit matériel à des réparations (telles que restitution, compensation ou réhabilitation).³⁵² La nature des recours procéduraux (judiciaires, administratifs ou autre) devraient être en accord avec les droits matériels violés et l'effectivité du recours, en accordant le remède approprié pour de telles violations.³⁵³ En cas de violations graves des droits de l'homme, comme la torture et d'autres formes de mauvais traitement, le recours doit être *judiciaire*.³⁵⁴

3.3.2. Limitant le droit à réparation : torture et lutte contre le terrorisme

Comme nous avons noté précédemment, les mesures adoptées par l'Etat pour lutter contre le terrorisme devraient être mises en œuvre conformément aux normes internationales en vigueur. De telles mesures ne doivent pas être exécutées uniquement dans le cadre hermétique de l'autorité législative nationale (ou sans autorité législative du tout), mais dans le respect du droit international applicable. La politique gouvernementale récente des Etats-Unis révèle un mépris flagrant des normes du droit international. A titre d'exemple, le conseil juridique auprès du Président américain a rédigé une interprétation controversée selon laquelle la "guerre contre le terrorisme" relève d'un nouveau paradigme qui "rend obsolète les limitations strictes des Conventions de Genève sur l'interrogatoire des prisonniers ennemis et rend pittoresque certaines de ses dispositions qui accordent des privilèges aux prisonniers de guerre."³⁵⁵ Une telle interprétation est contraire à au droit international et affaiblit l'Etat de Droit. Les normes énumérées dans les Conventions de Genève, "qui limitent l'interrogatoire de prisonniers ennemis", en prohibant la torture et d'autres formes de mauvais traitement, font partie du droit international coutumier (et engagent donc la responsabilité de tous les Etats, quelles que soient leurs obligations conventionnelles).

peuvent, pendant un état d'urgence, apporter, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des ajustements aux modalités concrètes de fonctionnement de leurs procédures relatives aux recours judiciaires et autres recours, ils doivent se conformer à l'obligation fondamentale de garantir un recours utile qui est prévu au paragraphe 3 de l'article 2."

³⁵¹ Certains instruments font appel explicitement au développement de recours judiciaires pour les droits qu'ils garantissent ; la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, par exemple, exige que tout recours soit judiciaire ; article 7 de la *Charte africaine [Banjul] des droits de l'homme et des peuples*, adoptée le 27 juin, 1981, OUA Doc. CAB/LEG/67/3 rev.5, entré en vigueur le 21 octobre 1986.

³⁵² Voir, Jeremy McBride, "Access to Justice and Human Rights Treaties" (1998) 17 *Civil Justice Q.*235.

³⁵³ L'article 13 de la CEDH exige "un recours interne habilitant les autorités nationales qualifiées à connaître du contenu du grief fondé sur la Convention et, de plus, à offrir le redressement approprié, bien que les Etats contractants jouissent d'une certaine latitude quant à la manière d'honorer les obligations qu'il leur impose", *D. c. Royaume Uni*, App. No. 30240/96, arrêtu du 2 mai 1997, para. 69 (références à l'arrêt *Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, série A n° 161, p. 47, par. 120, et l'arrêt *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni* du 30 octobre 1991, série A n° 215, p. 39, par. 122) ; le Comité des droits de l'homme a conclu, en ce qui concerne le rapport de la Finlande (CCPR/C/95/Add.6), à propos de l'obligation en vertu de l'art 2 § b du Pacte, que "Tout en constatant que la récente réforme du Code pénal punit le non respect de plusieurs droits individuels et libertés fondamentales, notamment ceux protégés par les articles 21 et 22 du Pacte, le Comité craint que le seul droit pénal ne suffise pas pour déterminer les réparations en la matière" : Observations finales du Comité des droits de l'homme, Finlande : Doc. N.U. CCPR/C/79/Add.91, 08 avril 1998, disponible à : <http://www.hri.ca/fortherecord1998/bilan1998/documentation/tbodies/ccpr-c-79-add91.htm>).

³⁵⁴ La nature (judiciaire, administrative ou autre) du recours devrait être en accord avec la nature du droit violée et l'utilité du recours ; en cas de violations graves des droits de l'homme, qui constituent implicitement un crime, comme la torture, il y a unanimité dans la jurisprudence sur la nature judiciaire des recours effectifs ; voir REDRESS, *Sourcebook on the Right to Reparation*, *supra*.

³⁵⁵ *Draft memorandum from Counsel to the President, Gonzales to the President*, 25 janvier 2002, p. 2, [notre traduction, le texte d'origine suit : "renders obsolete Geneva's strict limitations on questioning of enemy prisoners and renders quaint some of its provisions" affording privileges to prisoners of war."].

Toute personne capturée ou arrêtée et détenue, même dans le cadre de la guerre contre le terrorisme, est protégée par le droit international des droits de l'homme ainsi, là où c'est applicable, que par le droit international humanitaire. Plusieurs situations sont susceptibles d'influencer les obligations des Etats dans leur réponse aux actes terroristes :

- En temps de paix : les droits de l'homme internationaux sont pleinement applicables ;
- Lors d'états d'urgence : les droits de l'homme internationaux s'appliquent, sujets seulement aux dérogations acceptables et strictement requises par les exigences de la situation ;
- En temps de conflit armé : s'appliquent, à la fois, le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme, mais en cas de conflit, les obligations en vertu des droits de l'homme doivent être interprétées à la lumière du droit humanitaire en tant que *lex specialis*.³⁵⁶

La "guerre contre le terrorisme" s'est prolongée au-delà du conflit armé en Afghanistan, pour englober la détention de personnes soupçonnées d'activités terroristes sans lien avec un conflit armé, et remises aux autorités des Etats-Unis ou d'autres Etats. La "guerre contre le terrorisme" s'est prolongée davantage encore en mars 2003, lorsque les Etats-Unis ont déclaré la guerre contre l'Irak et, ensemble avec une coalition d'autres Etats, ont occupé son territoire.³⁵⁷ Par conséquent, toute personne détenue en dehors des zones de conflit armé bénéficie des garanties du droit international des droits de l'homme ainsi que du droit pénal national. Les personnes arrêtées lors des conflits armés en Afghanistan et en Irak bénéficient des garanties en vertu du droit international humanitaire et des droits de l'homme.³⁵⁸

Garanties et recours procéduraux contre la torture et les mauvais traitements

La détermination du statut juridique des détenus: les recours nécessaires pour garantir un procès équitable

Les personnes détenues lors de la "guerre contre le terrorisme" se voient régulièrement nier leur droit à un procès équitable consacré par les droits de l'homme et le droit humanitaire. En particulier, le Gouvernement américain a cherché à placer ces personnes dans une zone de non-droit, afin d'ôter toute garantie d'un procès équitable. Or, certaines mesures adoptées par le gouvernement ont été déclarées anti-constitutionnelles par la Cour Suprême.³⁵⁹

Pour ce qui est des personnes capturées en Afghanistan et détenues à Guantanamo Bay, le Gouvernement des Etats-Unis affirme que les Conventions de Genève de 1949 ne s'appliquent pas aux membres d'Al-Qaida, du fait qu'ils sont des acteurs non étatiques et que cette organisation n'est pas une Haute Partie contractante en vertu de l'article 2 commun aux Conventions.³⁶⁰ Ce gouvernement a également affirmé que, même si les Conventions de Genève s'appliquent aux Talibans du fait que l'Afghanistan est signataire des Conventions,

³⁵⁶ La Cour internationale de Justice a décidé, dans son avis consultatif dans l'affaire des *Armes Nucléaires*, que le droit international humanitaire est *lex specialis* afin de déterminer s'il y a eu une privation arbitraire du droit à la vie ; CIJ, Avis consultatif du 8 juillet sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Rec. 1996, 226.

³⁵⁷ Les forces de la coalition comprenaient des troupes des Etats-Unis, du Royaume-Uni, d'Australie et de la Pologne ; d'autres Etats se sont joints à la coalition pour aider à maintenir la paix dans la région pendant l'occupation.

³⁵⁸ J. Kellenberger, "Protecting life and dignity: No war is above international law", *FT newspaper*, 19 avril 2004 ; ICRC fact sheet, "International humanitarian law and terrorism: Q & A", 5 mai 2004.

³⁵⁹ Voir *Rasul et al v Bush*, note 388 et texte afférant.

³⁶⁰ US Office of Press Secretary, *Fact Sheet*, 07 February 2002 ; *Memo from Bybee, J. to Gonzales, R., Counsel to the President*, 22 January 2002.

ils ne peuvent pas pour autant être qualifiés de prisonniers de guerre.³⁶¹ Il faut noter, à cet égard, que dans une opinion dissidente, deux juges de la Cour Suprême ont considéré qu'en vertu de l'article 4 de la troisième Convention de Genève, Hamdi, qui a été arrêté pendant le conflit en Afghanistan, avait le droit d'être traité comme un prisonnier de guerre, fondé sur l'admission par l'administration américaine qu'il avait été "arrêté alors qu'il se battait du côté des Talibans".³⁶²

Certes, Al-Qaida n'est pas une Haut Partie contractante aux Conventions de Genève, mais il ne s'en suit pas que les règles du droit international humanitaire ne s'appliquent pas à ses membres. Si, comme l'affirme l'administration américaine, ceux-ci se battent dans un conflit armé, à la fois les Etats-Unis et Al-Qaida sont obligés de respecter les lois de la guerre qui sont devenues des règles du droit international coutumier.³⁶³ Si, en revanche, les membres d'Al-Qaida sont considérés comme des criminels et non pas des combattants dans un conflit armé, ceux qui sont arrêtés devraient être traités conformément au droit international des droits de l'homme, comme tout autre criminel présumé. Il n'y a aucune "troisième voie" permettant de mettre ces personnes hors du champ de protection de la loi. Comme le disait Theodore Roosevelt : "personne n'est au-dessus ni en dessous de la loi ; il n'est jamais l'accord de quiconque avant d'exiger qu'il respecte la loi. Le respect de la loi est exigé comme un droit, non demandé comme une faveur."³⁶⁴

L'importance de la coutume en droit international humanitaire est renforcée dans le *Martens clause*, selon laquelle même si un Etat partie dénonce la convention, les obligations coutumières continuent d'engager les parties au conflit "en vertu des principes du droit des gens tels qu'ils résultent des usages établis, entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique".³⁶⁵ Il est intéressant de noter que les Etats-Unis ont accordé aux soldats chinois capturés pendant la Guerre de Corée le statut de prisonniers de guerre, bien que la République populaire de Chine n'était pas partie aux Conventions de Genève. Le même statut a été reconnu à beaucoup de combattants de la guérilla pendant la guerre de Vietnam. Pendant la première guerre du Golfe en 1991, les autorités militaires américaines ont établi des tribunaux spéciaux, comme l'exigent les Conventions de Genève, afin de déterminer le statut juridique de plus de mille détenus irakiens.³⁶⁶

En vertu de la troisième Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, du 12 août 1949 (troisième Convention de Genève), les combattants arrêtés doivent être traités comme des prisonniers de guerre "en attendant que leur statut ait été déterminé par un tribunal compétent".³⁶⁷ En vertu de ces règles, les anciens soldats talibans détenus qualifient quasi-certainement comme prisonniers de guerre. En revanche, il semblerait que beaucoup de détenus qui sont membres d'Al-Qaida ne relèvent pas de ce statut. En vertu de l'article 4 § A(1) de la troisième Convention de Genève, le statut de prisonnier de guerre est accordé aux "membres des forces armées d'une Partie au conflit". Ainsi, les soldats talibans ainsi que les membres d'Al-Qaida (ou tout autre personne) qui appartenait à une "milice (...) faisant partie" des forces armées talibanes/afghanes aurait dû qualifier pour le statut de prisonnier de guerre. Les membres d'Al-Qaida (ou tout autre personne) luttant en dehors des

³⁶¹ *Ibid.*

³⁶² *Hamdi et al. v Rumsfeld et al.*, Part III C, opinions dissidentes des Juges Souter and Ginsburg ; voir note 370.

³⁶³ Voir les références au *Martens Clause* ci-dessous, *infra.* note 365.

³⁶⁴ Center for Constitutional Rights, "Enemy Combatants": A Case of the Rule of Men, Not Law, 8 June 2004, disponible en anglais à : <http://www.ccrny.org>.

³⁶⁵ Préambule à la Convention de la Haye sur la guerre terrestre, 1899 ; article 63 de la première Convention de Genève de 1949 ; article 62 de la deuxième Convention de Genève de 1949 ; article 142 de la troisième Convention de Genève de 1949 ; et article 158 la quatrième Convention de Genève de 1949.

³⁶⁶ HRW, *Human Rights, the Bush Administration, and the Fight against Terrorism: the Need for a Positive Vision* (2002), disponible en anglais à : www.hrw.org.

³⁶⁷ Art. 5 de la troisième Convention de Genève de 1949.

structures talibanes, devraient satisfaire à un certain nombre de conditions avant d'être considérés comme des prisonniers de guerre : avoir une chaîne de commandement responsable ; avoir un signe distinctif ; porter ouvertement les armes ; se conformer aux lois et coutumes de la guerre.³⁶⁸

Clairement, la détermination arbitraire selon laquelle tous ceux qui combattent en Afghanistan pour les forces talibanes ne sont pas des prisonniers de guerre va à l'encontre des exigences de l'article 5 de la troisième Convention de Genève, et plus généralement de l'objet et les buts de la Convention. Le statut de prisonnier de guerre est accordé aux combattants dans un conflit armé (ils ne sont pas des criminels et ne commettent aucun acte illégal du seul fait de combattre dans un conflit). Ces combattants ne devraient être détenus que pendant la guerre, puis libérés après la cessation des hostilités. La détermination générale de la part des Etats-Unis affaiblit l'exigence d'une évaluation au cas par cas, par un tribunal compétent, pour déterminer le statut juridique des prisonniers. Elle va également à l'encontre de la présomption que les détenus doivent être traités comme des prisonniers de guerre jusqu'à ce que leur statut ait été déterminé. En violation de cette garantie essentielle, l'administration américaine a fait une détermination contre les détenus dans leur ensemble.

Il ne peut y avoir de justification pour refuser les garanties essentielles du procès équitable énoncées par le droit international humanitaire. A l'article premier commun aux quatre Conventions de Genève, les Hautes Parties contractantes s'engagent à respecter et à faire respecter ces conventions en toutes circonstances. Or, l'administration américaine semble y opposer les pouvoirs constitutionnels du Président pour l'interprétation des traités : "Il pourrait interpréter la troisième Convention de Genève à la lumière des faits concernant l'opération des forces talibanes pendant le conflit en Afghanistan, pour déterminer qu'aucune de ces forces ne tombent dans la définition légale de prisonniers de guerre en vertu de l'article 4. Une telle détermination présidentielle éliminerait tout "doute" juridique quant au statut des prisonniers en vertu du droit américain, et éviterait alors le besoin des tribunaux évoqués à l'article 5".³⁶⁹ Deux juges de la Cour Suprême des Etats-Unis ont jugé que ce renvoi à une "déclaration catégorique" du Président, refusant à un détenu, Yasser Esam Hamdi, le traitement accordé aux prisonniers de guerre, était contraire au règlement militaire américain, qui incorpore les garanties d'un procès équitable exigées à l'article 5 de la troisième Convention de Genève. Leur opinion dissidente note ainsi : "il y a raison de douter que les Etats-Unis agissent conformément au droit de la guerre sur l'autorité duquel elles affirment s'appuyer".³⁷⁰

Comme nous avons constaté ci-dessus, des obligations internationales coutumières et non susceptibles de dérogation continuent d'engager les Etats-Unis malgré toute détermination présidentielle contradictoire.³⁷¹ Une note rédigée par un adjoint au ministre américain de la justice (*Assistant Attorney General*) suggère que l'autorité présidentielle peut prévaloir sur le droit coutumier parce que ce dernier ne relève pas de la loi fédérale et, par conséquent, n'engage pas l'administration américaine. Fondée sur une interprétation discutable du jugement dans l'affaire *Paquete Habana*, la note affirme : "en vertu d'un précédent clair de la

³⁶⁸ Art. 4 (A)(2) de la troisième Convention de Genève de 1949.

³⁶⁹ *Memorandum from Bybee, J., Assistant Attorney General, US department of Justice to Gonzales, A., Counsel to the President*, 22 January 2002, p. 31 [notre traduction, le texte d'origine suit : "He could interpret Geneva III, in light of the known facts concerning the operation of Taliban forces during the Afghanistan conflict, to find that all of the Taliban forces do not fall within the legal definition of prisoners of war as defined by article 4. A presidential determination of this nature would eliminate any legal "doubt" as to the prisoners' status, as a matter of domestic law, and would therefore obviate the need for article 5 tribunals."].

³⁷⁰ *Hamdi et al. v Rumsfeld et al.*, No. 03-6696 ; plaidé le 28 avril 2004 ; décidé le 28 juin 2004, Part III C, opinions dissidentes des Juges Souter et Ginsburg (Pour une discussion approfondie de cette affaire, voir *infra* la section sur le droit à *habeas corpus*) [notre traduction, le texte d'origine suit : "there is reason to question whether the United States is acting in accordance with the law of war it claims as authority".

³⁷¹ *Supra*. note 369, p. 31.

Cour Suprême, toute décision présidentielle dans le cadre du conflit actuel relatif à la détention et le jugement des détenus des milices d'Al-Qaida ou des Talibans constituerait un acte de 'contrôle' exécutif ayant pour effet immédiat de prévaloir complètement sur toute norme de droit international coutumier".³⁷² La note se soucie d'une menace pour la souveraineté, affirmant que le fait de permettre aux "tribunaux fédéraux de s'appuyer sur le droit international pour limiter la discrétion du Président (...) soulèverait de profonds problèmes structurels" et "enfreindrait directement la discrétion du Président en tant que Commandant en chef et chef de l'Exécutif".³⁷³

Cette note controversée exige une critique qui n'est pas possible dans le contexte de ce rapport. Cependant, il y a un consensus global sur le fait que la réponse des Etats au terrorisme doit s'inscrire dans le cadre des normes internationales et qu'aucune ligne de conduite est au-dessus de la loi. Comme le constate un chercheur : "en vertu du droit international, un acte de l'Exécutif ne peut pas prévaloir sur une règle coutumière générale bien établie (dans le monde entier) qui est largement accepté comme non susceptible de dérogation, telle la règle contre la torture et les règles prohibant tout acte qui équivaldrait à une violation grave des Conventions de Genève".³⁷⁴

La politique qui sous-tend l'approche de l'administration américaine au traitement des détenus semble répondre au désir de protéger ses propres forces contre toute accusation de crimes de guerre. L'adjoint au Ministre américain de la Justice a proposé l'argument suivant : "Si le Président devait constater que les prisonniers talibans ne sont pas des prisonniers de guerre en vertu de l'article 4, ils ne seraient plus des personnes protégées par la Convention. Ainsi, leur traitement ne pourrait pas donner lieu à une infraction grave en vertu de l'article 130, ni constituer une violation de la loi sur les crimes de guerre [*War Crimes Act*, 18 U.S.C. 2441]".³⁷⁵ Cette affirmation passe outre le fait que la torture est un crime de droit international coutumier, qu'elle soit perpétrée en temps de guerre ou de paix, et que lorsqu'elle est commise de façon généralisée ou systématique (sanctionnée officiellement), la torture constitue un crime contre l'humanité.³⁷⁶

Il n'y a aucun doute que le déni arbitraire du statut de prisonnier de guerre aux personnes capturées pendant le conflit armé en Afghanistan est contraire aux obligations des Etats-Unis en vertu des Conventions de Genève et contraire à la tradition américaine d'un large respect des exigences du droit international humanitaire. Ceci est d'autant plus remarquable que l'intention de l'Exécutif était de nier *tout* statut juridique aux personnes capturées dans ce conflit, ainsi que celles détenues en dehors du conflit armé (qui sont présumées être des terroristes par l'administration américaine). Le gouvernement a affirmé que les "combattants ennemis", un terme qui n'a aucune base en droit international ou américain, n'avait aucun droit aux garanties d'un procès équitable habituellement accordées aux personnes soumises au droit américain ou international.³⁷⁷ Or, comme nous verrons dans la section suivante, une

³⁷² *Ibid.*, p. 35 [notre traduction, le texte d'origine suit : "*Under clear Supreme Court precedent, any presidential decision in the current conflict concerning the detention and trial of Al-Qaida or Taliban militia prisoners would constitute a 'controlling' Executive act that would immediately and completely override any customary international law norms.*"].

³⁷³ *Ibid.* p. 36 [notre traduction le texte d'origine suit : "*federal courts to rely upon international law to restrict the President's discretion ... would raise deep structural problems*" and "*directly infringe upon the President's discretion as the Commander in chief and Chief Executive.*"].

³⁷⁴ Kirgis, F, "Distinctions between international and U.S. Foreign relations law issues regarding treatment of suspected terrorists", *ASIL Insights*, June 2004. [notre traduction, le texte d'origine suit : "*under international law, an Executive act could not override any established rule of general (worldwide) custom that is widely accepted as non derogable, such as the rule against torture and the rules prohibiting conduct that would amount to grave breaches under the Geneva Conventions.*"].

³⁷⁵ *Supra.* note 369, p. 31, [notre traduction, le texte d'origine suit : "*If the President were to find that Taliban prisoners did not constitute POWs under article 4, they would no longer be persons protected by the Convention. Thus, their treatment could not give rise to a grave breach under article 130, nor constitute a violation of the WCA [War Crimes Act, 18 U.S.C. 2441].*"].

³⁷⁶ Voir à titre d'exemple, l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale, Doc. N.U. A/CONF.183/9, 1998.

³⁷⁷ Note 364.

décision récente de la Cour Suprême des Etats-Unis a reconnu que les "combattants ennemis" détenus par les Etats-Unis bénéficient d'un certain nombre de garanties d'un procès équitable.³⁷⁸

En revanche, comme nous avons déjà constaté, l'administration américaine a déterminé que les Conventions de Genève s'appliquent à son occupation de l'Irak ; écartant ainsi tout doute quant à l'application aux détenus des normes internationales du droit humanitaire. Cependant, comme il n'y a aucune division précise entre la "guerre contre le terrorisme" et l'occupation de l'Irak, il ne n'est pas facile de savoir quand les arrestations et détentions américaines relèvent de la première – mettant ainsi les personnes concernées dans la catégorie des "combattants ennemis" –, ou bien que les Etats-Unis reconnaissent aux insurgés/combattants le statut de prisonniers de guerre. Rien n'indique, au demeurant, comment les Etats-Unis différencient entre ces deux "catégories" et celle des criminels de droit commun.³⁷⁹

La mise en question des détentions : *habeas corpus*

L'article 118 de la troisième Convention de Genève exige que les prisonniers de guerre soient libérés et rapatriés sans délai après la fin des hostilités actives. Comme le note le Comité international de la Croix Rouge (CICR), le conflit armé international en Afghanistan cessa lorsqu'un nouveau gouvernement fut investi en juin 2002. Par conséquent, les personnes capturées et détenues avant le mois de juin 2002 devaient être libérées. Or, aucun des détenus incarcérés en Afghanistan n'a été libéré, ni les autres détenus "capturés" dans le cadre plus large de la "guerre contre le terrorisme".

La liberté et la sécurité personnelles sont des droits fondamentaux de l'homme et comprennent le droit de ne pas subir l'arrestation ou la détention arbitraires.³⁸⁰ Une des garanties les plus importantes contre l'arrestation et la détention arbitraires est le droit d'un détenu d'être conduit rapidement devant un juge pour mettre en question la légalité de sa détention, appelé souvent le droit à *habeas corpus*.³⁸¹ Ce droit est également une garantie importante contre la torture et les autres formes de mauvais traitement, car l'audience de *habeas corpus* est généralement la première occasion pour un détenu de se plaindre de son traitement devant une autorité indépendante.

Le droit à *habeas corpus* est un recours essentiel pour les personnes qui ont été détenues illégalement. Comme l'explique le Comité des droits de l'homme de l'ONU, dans son Observation Général No. 8 : la détention doit être conforme à des procédures prévues par la loi, l'intéressé doit être informé des raisons de l'arrestation, un tribunal doit pouvoir statuer sur la légalité de la détention et il doit être possible d'obtenir réparation en cas de manquement.³⁸²

³⁷⁸ Note 388.

³⁷⁹ Le rapport Taguba ne se réfère aux détenus en Irak que comme "terroristes présumés" ou "criminels irakiens"; il n'y a aucune référence aux prisonniers de guerre, note 288; de surcroît, la politique américaine sur les conditions de détention en Irak emboîte le pas aux conditions à Guantanamo.

³⁸⁰ Pacte, article 9 § 1; CEDH, article 5 § 1; Convention américaine, article 7 § 3; OSCE, *Document de clôture, troisième réunion de suivi de Vienne* (OSCE document de Vienne), 19 janvier 1989, para. 23.1, disponible à : http://www.osce.org/docs/french/1973-1990/follow_ups/vienn89f.htm.

³⁸¹ Pacte, article 9 § 3; CEDH, article 5 § 4; Convention américaine, article 7 § 6; OSCE, *Document de la réunion de Copenhague de la conférence sur la dimension humaine de la CSCE* (OSCE document de Copenhague), 29 juin 1990, para. 5.15; *Document de la réunion de Moscou de la conférence sur la dimension humaine de la CSCE* (OSCE document de Moscou), para. 23.1(iv), les deux derniers documents sont disponible à : <http://www.osce.org/docs/french/hdf.htm>.

³⁸² Comité des droits de l'homme des Nations Unies, *Observation Générale No. 8*, para. 4 (1982), disponible à : [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/182169aa2e3431a8802565230046ba5d?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/182169aa2e3431a8802565230046ba5d?Opendocument)

La Cour européenne des droits de l'homme a souligné l'importance de garanties contre la détention arbitraire de la façon suivante : "Le contrôle judiciaire de pareille ingérence de l'exécutif constitue un élément essentiel de la garantie de l'article 5 § 3 [de la Convention européenne], conçue pour réduire autant que possible le risque d'arbitraire et assurer la prééminence du droit, l'un des 'principes fondamentaux' d'une 'société démocratique', auquel 'se réfère expressément le préambule de la Convention' (voir les arrêts *Brogan* et autres précité, p. 32, § 58, et *Aksoy* précité, p. 2282, § 76)".³⁸³ Dans l'affaire *Orhan c. Turquie*, la Cour a souligné les obligations de l'Etat de prendre des mesures de sauvegarde contre le risque de disparitions et de conduire une "enquête prompte et effective" sur les allégations de détention arbitraire et de disparitions.³⁸⁴

La Cour interaméricaine des Droits de l'Homme insiste sur le fait que le droit à *habeas corpus* est vital dans la prévention des disparitions et la protection contre la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, à tel point que sa suspension totale ou partielle menace le droit à la vie et au traitement humain.³⁸⁵

Ces garanties ont été appliquées à la détention provisoire pour des raisons d'ordre public dans des affaires d'immigration et de détention administrative.³⁸⁶ Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a également insisté sur l'obligation des Etats d'assurer le droit à un recours effectif là où un procès n'a pas été équitable : "le Comité considère que cette mesure de grâce ne répare pas entièrement le préjudice subi par les personnes victimes de jugements qui n'ont pas respecté une procédure régulière".³⁸⁷ Dans une décision qui a fait précédent, la Cour Suprême des Etats-Unis a reconnu que les tribunaux américains ont compétence pour entendre des pétitions pour *habeas corpus* concernant la légalité de la détention de ressortissants étrangers capturés à l'étranger, en relation avec des hostilités, et détenus à Guantanamo Bay.³⁸⁸ Cette décision ouvre la voie aux détenus pour mettre en cause devant les tribunaux américains la légalité de leur détention. Deux arrêts de la Cour Suprême, *Rasul et al v. Bush et al*, et *Hamdi et al v. Rumsfeld et al* seront donc considérés en plus de détail :

Rasul et al v. Bush et al

La Cour Suprême a entretenu en appel trois pétitions en *habeas corpus* qui avaient été rejetées pour défaut de compétence en première instance (*District Court*). Les trois pétitions couvraient deux Australiens, dont chacun avait déposé une pétition, et douze ressortissants du Koweït, tous actuellement détenus à Guantanamo Bay.³⁸⁹ Tous les pétitionnaires affirmaient qu'ils n'avaient jamais été des combattants contre les Etats-Unis et n'avaient jamais perpétré des actes terroristes.³⁹⁰

³⁸³ CEDH, *Sakik et autres c. Turquie*, 26 novembre 1997, para. 44, disponible à : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewbkm.asp?action=open&table=285953B33D3AF94893DC49EF6600CEBD49&key=36393&sessionId=473115&skin=hudoc-fr&attachment=true>.

³⁸⁴ CEDH, *Orhan c. Turquie*, 18 juin 2002, para. 369 [notre traduction, le jugement n'existe qu'en anglais, le texte d'origine suit : "prompt effective investigation"].

³⁸⁵ Cour interaméricaine de Droits de l'Homme, Avis consultatif OC-8/87, *Habeas Corpus in emergency situations*, 30 janvier 1987, paras. 35-36, 40.

³⁸⁶ Rapport du Rapporteur spécial sur la question de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Doc. N.U. A/57/173, 2 juillet 2002, para. 17.

³⁸⁷ Comité des droits de l'homme des Nations Unies, *observations finales, Pérou*, Doc. N.U. CCPR/C/79/Add.72, para. 10 (1996), disponible à : [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/cd558e4f9bdb0629c1256418004d1f05?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/cd558e4f9bdb0629c1256418004d1f05?Opendocument).

³⁸⁸ US Supreme Court, *Rasul et al v. Bush et al*, et *Al Odah et al v. United States et al*, 28 juin 2004.

³⁸⁹ Les Australiens sont Mamdouh Habib et David Hicks ; des pétitions (*writ of certiorari*) avaient également été reçues par la Cour Suprême de la part de Safiq Rasul et Asif Iqbal, mais les deux pétitionnaires furent libérés, *Shafiq Rasul et al v. Bush et al* ; les douze Koweïtiens ont présenté une plainte commune, *Al Odah et al. v Etats-Unis et al*.

³⁹⁰ *Rasul et al v. Bush et al*, *supra*. note 388, p. 2.

Dans leurs pétitions, les Australiens, Hicks et Habib, réclamaient entre autres : la libération, l'accès à un avocat, et l'arrêt des interrogatoires. Les douze Koweïtiens demandaient d'être informés des accusations portant contre eux, et d'avoir accès à leurs familles, à leur avocat et à une cour ou autre tribunal impartial.

La *District Court* avait prononcé un non lieu pour manque de compétence sur la base du précédent dans l'affaire *Johnson v. Eisentrager* selon lequel des étrangers détenus en dehors du territoire souverain des Etats-Unis ne peuvent pas invoquer *habeas corpus*.³⁹¹

La Cour Suprême s'est cantonnée à cette question "étroite" de la compétence des tribunaux américains pour considérer des pétitions en *habeas corpus* de citoyens étrangers capturés à l'étranger en relation avec des hostilités et incarcérés à Guantanamo Bay.³⁹²

Les Cours fédérales de première instance (*Federal District Courts*) sont investies du pouvoir d'entendre toute pétition relevant de leur compétence territoriale, déposée par une personne qui affirme avoir été détenue en violation de la Constitution ou des lois et traités des Etats-Unis (le "*Habeas*" Statut).³⁹³ Citant divers affaires confirmant l'importance des pétitions en *habeas corpus*, la Cour Suprême a fait sienne l'affirmation selon laquelle "Au coeur de ses origines, la pétition en *habeas corpus* a servi comme moyen de contrôle de la légalité de la détention exécutive, et c'est dans ce contexte que ses garanties ont été les plus fortes".³⁹⁴ La Cour a également noté que conformément à son but historique, les tribunaux ont entendu des pétitions en *habeas corpus* dans une grande variété d'affaires, tant en temps de guerre qu'en temps de paix.³⁹⁵

Dans l'accord de bail pour Guantanamo Bay, les Etats-Unis ont reconnu la souveraineté ultime de Cuba, alors que l'Amérique exerce le contrôle et la compétence absolu sur son territoire. Ainsi, le problème devant la Cour, compte tenu des limitations de compétence dans le *Habeas* Statut, était de savoir si le Statut confère le pouvoir aux tribunaux de déterminer la légalité de la détention exécutive d'étrangers sur un territoire sur lequel les Etats-Unis exerce la "compétence plénière et exclusive", sans y être souverain.³⁹⁶

La Cour Suprême a fait deux distinctions significatives entre les faits l'objet des pétitions et ceux de l'affaire *Eisentrager*. D'une part, la Cour a constaté que les pétitionnaires en l'espèce n'étaient pas des citoyens d'Etats en guerre avec les Etats-Unis, ils n'avaient jamais commis des actes d'agression contre les USA, ils n'ont jamais eu accès à un tribunal, ils n'ont jamais été accusés d'une infraction et ont été emprisonnés pour plus de deux ans dans un territoire sur lequel les Etats-Unis exercent la compétence et le contrôle exclusifs.³⁹⁷

³⁹¹ *Johnson v. Eisentrager*, 339 U.S. 763(1950).

³⁹² *Rasul v. Bush*, *supra*. note 388, p. 1.

³⁹³ 28 U.S.C. section 2241 (a), (c)(3).

³⁹⁴ US Supreme Court, *Rasul v. Bush*, *supra*. note 388, jugement, p. 5, citant *INS v. St. Cyr*, 533 U.S. 289, 301 (2001), [notre traduction, le texte d'origine suit : "at its historical core, the writ of habeas corpus has served as a means of reviewing the legality of Executive detention, and it is in that context that its protections have been strongest."].

³⁹⁵ Référence faite à l'affaire *Ex parte Milligan*, 4 Mur. 2 (1866), une pétition en *habeas corpus* par un citoyen américain qui avait comploté une attaque contre des installations militaires pendant la guerre civile ; *Ex parte Quirin*, une pétition par un étranger ennemi détenu pour crimes de guerre pendant la deuxième guerre mondiale et détenu aux Etats-Unis, et dans l'affaire *In re Yamashita*.

³⁹⁶ *Rasul v. Bush*, jugement, *supra*. note 388, p. 6.

³⁹⁷ *Ibid.*, p. 8 ; les faits de l'affaire *Eisentrager* concernaient la compétence des tribunaux américains pour déterminer les pétitions en *habeas corpus* de 21 ressortissants allemands capturés par les forces américaines en Chine, détenus pour crimes de guerre par une Commission militaire américaine en Chine, et emprisonnés dans l'Allemagne occupé ; la Cour a décidé qu'elle n'avait pas compétence pour entretenir les pétitions, constatant que les Allemands : (a) étaient des étrangers ennemis ; (b) n'avaient jamais été ou résidés aux Etats-Unis ; (c) furent capturés en dehors du territoire des Etats-Unis et détenus sous garde militaire comme prisonniers de guerre ; (d) avaient été jugés et détenus par une Commission militaire américaine en dehors des Etats-Unis ; (e) pour des crimes de guerre commis en dehors des Etats-Unis ; et (f) étaient incarcérés en dehors des Etats-Unis.

D'autre part, dans l'affaire *Eisentrager* la Cour s'est concentrée sur le droit constitutionnel des pétitionnaires à *habeas corpus*, accordant moins d'attention à leurs droits en vertu de la législation américaine.³⁹⁸ A la lumière des décisions plus récentes concernant le droit statutaire des pétitionnaires à *habeas corpus*, la Cour Suprême a conclu que l'arrêt *Eisentrager* n'empêchait pas l'exercice par les tribunaux du pouvoir d'entendre des pétitions en *habeas corpus* en vertu du *habeas Statut*.³⁹⁹

La Cour Suprême a constaté que le *Habeas Statut* s'applique aux personnes détenues sous la compétence plénière et exclusive des Etats-Unis, et que le Statut faisait "aucune distinction entre les Américains et les étrangers détenus sous contrôle fédéral (...) Les étrangers détenus sur la base navale, tout comme les citoyens Américains, sont autorisés à invoquer l'autorité des cours fédérales en vertu de la section 2241 (...) L'application du *habeas Statut* aux personnes détenues sur la base est compatible avec l'étendu historique de la pétition en *habeas corpus*".⁴⁰⁰

Les pétitionnaires prétendaient également qu'ils avaient été détenus sous contrôle fédéral "en violation de la Constitution ou les lois et traités des Etats-Unis" dans la mesure où ils avaient été soumis à la "détention administrative" pendant plus de deux ans, sans accès à un avocat et sans accusation, et que donc la compétence des *District Courts* ne pouvait pas être mise en question. En réponse, la Cour Suprême a précisé que la section 2241 du *Habeas Statut* ne confère que la compétence pour entendre les pétitions en *habeas corpus* déposées par les détenus de Guantanamo Bay. La Cour a également décidé que la *District Court* avait compétence pour entendre la pétition d'Al Odah en vertu de la loi 28 U.S.C. section 1331, le Statut donnant compétence sur les questions fédérales, et section 1350 de l'*Alien Tort Claims Act*.

Hamdi et al v. Rumsfeld et al

La Cour Suprême a également considéré la pétition en *habeas corpus* de Hamdi, un citoyen des Etats-Unis qui a été détenu d'abord à Guantanamo Bay, à partir de janvier 2002, puis sur une base navale américaine à Charleston, en Caroline du Sud.⁴⁰¹ Hamdi fut arrêté par l'alliance du nord pendant les hostilités en Afghanistan et remis aux autorités américaines. Les Etats-Unis ont affirmé que Hamdi pouvait être détenu indéfiniment sans accusation, parce qu'il est considéré comme "combattant ennemi". La pétition déposée par le père de l'intéressé conteste ce statut de combattant ennemi, affirmant qu'il ne prenait pas part aux hostilités, n'étant qu'un travailleur bénévole pour l'Afghanistan. De surcroît le père de Hamdi fait valoir que sa détention sans accusation, et le refus d'accès à un tribunal ou un avocat, violent ses droits constitutionnels. La Cour devait décider si la détention de Hamdi était autorisée en droit, s'il pouvait être détenu indéfiniment sans accusation en tant que "combattant ennemi", et s'il avait bénéficié des garanties d'un procès équitable applicables à un combattant ennemi détenu sur le territoire des Etats-Unis.

La Cour Suprême s'est assurée que la détention était légalement autorisée en vertu de la résolution du *Congress* autorisant l'emploi de la force militaire [*Authorisation for Use of*

³⁹⁸ *Ibid.* p. 8.

³⁹⁹ Référence aux affaires *Ahrens v. Clark*, 335 U.S. 188 ; et *Braden v. 30th Judicial Circuit Court of Ky*, 410 U.S. 484 (1973), pp. 6-11 ; *Rasul v. Bush*, jugement, *supra*. note 388.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, pp. 12-13 [notre traduction, le texte d'origine suit : "no distinction between Americans and aliens held in federal custody, ... Aliens held at the base, no less than American citizens, are entitled to invoke the federal courts' authority under section 2241 ... Application of the habeas statute to persons detained at the base is consistent with the historical reach of the writ of habeas corpus."].

⁴⁰¹ *Hamdi v. Rumsfeld*, *supra*. note 370.

Military Force" (AUMF)].⁴⁰² La cour a constaté que l'AUMF autorise la détention de personnes qui participent aux combats contre les Etats-Unis en Afghanistan : "Il ne peut y avoir de doute que les personnes qui luttent contre les Etats-Unis en Afghanistan en tant que Talibans, une organisation connue pour avoir soutenu Al-Qaida, le réseau terroriste responsable pour ces attaques, font partie des personnes que le *Congress* cherchait à cibler au moyen de l'AUMF". La Cour a pris soin de restreindre ce constat à la catégorie limitée de personnes qui "à son avis" étaient visées par l'AUMF. Alors que le sens exact accordé au terme "combattant ennemi" par les Etats-Unis demeure vague, la Cour l'a défini comme incluant les personnes qui "font partie ou qui soutiennent des forces hostiles aux Etats-Unis ou ses partenaires de la coalition en Afghanistan et qui ont participé au conflit armé contre les Etats-Unis".⁴⁰³

La Cour a noté que la détention indéfinie dans le but de l'interrogatoire n'est pas autorisée. Or, s'appuyant sur l'article 118 de la troisième Convention de Genève, elle a ajouté qu'une personne qualifiée de "combattant ennemi", en vertu de l'acception adoptée par la Cour, peut être détenue pendant la durée des hostilités.⁴⁰⁴ La Cour a considéré par ailleurs que le fait d'être citoyen des Etats-Unis n'empêche pas d'être détenu en tant que "combattant ennemi", notant que les actives hostiles continuaient encore en Afghanistan.⁴⁰⁵

La Cour a déclaré que toute personne détenue aux Etats-Unis avait droit à la pétition en *habeas corpus*, à moins que cette pétition soit suspendue, y compris pour les citoyens détenus en tant que combattants ennemis.⁴⁰⁶ Selon la Cour, "aussi essentiel que soit l'intérêt du gouvernement à détenir les personnes qui posent une menace réelle et immédiate contre la sécurité nationale des Etats-Unis en temps de conflit international, l'histoire et le bon sens nous enseignent qu'un système de détention sans gardes fous risque de devenir un moyen d'oppression et d'abus d'autres personnes qui ne posent pas ce genre de menace".⁴⁰⁷

Le noyau dur du procès équitable dont doit bénéficier toute personne qui met en question sa qualification de "combattant ennemi" comprend le droit d'être notifié des faits à la base de cette qualification et d'avoir une occasion équitable de contredire les affirmations factuelles du gouvernement relatif à leur statut devant un arbitre neutre.⁴⁰⁸ Le droit à notification et l'occasion d'être entendu doivent être accordés à un moment et d'une façon significatifs. En ce qui concerne les garanties appropriées d'un procès équitable, la Cour a jugé que les témoignages par oui-dire peuvent être acceptés et qu'une présomption en faveur des pièces à charge est acceptable à condition de prévoir la possibilité de contredire cette présomption.⁴⁰⁹

⁴⁰² *Ibid.*, Partie II. ; l'AUMF autorise le Président à employer toute force appropriée et nécessaire contre des nations, organisations ou personnes qu'il désignera comme ayant planifié, autorisé, commis ou aidé dans les attaques terroristes du 11 septembre par Al Qaida [notre traduction ; le texte d'origine suit : "*There can be no doubt that individuals who fought against the United States in Afghanistan as part of the Taliban, an organisation known to have supported the Al-Qaeda terrorist network responsible for those attacks, are individuals Congress sought to target in passing the AUMF.*"].

⁴⁰³ *Ibid.*, [notre traduction ; le texte d'origine suit : "*part of or supporting forces hostile to the United States or coalition partners in Afghanistan and who engaged in armed conflict against the United States*"].

⁴⁰⁴ *Ibid.*, la Cour cite l'article 118 de la troisième Convention de Genève, selon lequel les prisonniers de guerre seront libérés et rapatriés sans délai après la fin des hostilités actives.

⁴⁰⁵ *Ibid.* la Cour s'est appuyée sur le précédent dans l'affaire *ex parte Quirin*, pour suggérer que "les notes dans *Quirin* indiquent que sa citoyenneté aurait empêché sa détention pour la durée des hostilités en question" : 317 U.S. à 20.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, Partie III A.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, Partie III C 1, [notre traduction, le texte d'origine suit : "*as critical as the government's interest may be in detaining those who actually pose an immediate threat to the national security of the United States during ongoing international conflict, history and common sense teach us that an unchecked system of detention carries the potential to become a means for oppression and abuse of others who do not present that sort of threat.*"].

⁴⁰⁸ *Ibid.*, Partie III C 3.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, en arrivant à cette conclusion, la Cour a cherché un équilibre entre les droits constitutionnels de l'intéressé et l'intérêt du gouvernement à s'assurer que ceux qui prennent part aux hostilités ne soient pas libérés pour rejoindre les combats, ainsi que les difficultés pratiques de l'organisation d'une audience plénière lorsque les hostilités continuent : Partie III C 1 & 2.

Bien que cette décision de la Cour Suprême est bienvenue, plusieurs questions restent encore sans réponse. La Cour a été prête à appliquer les dispositions des Conventions de Genève aux "combattants ennemis" pour ce qui est du rapatriement. Or, elle ne s'est pas exprimée sur l'application de sa décision aux "combattants ennemis" détenus pour la durée de la "guerre contre le terrorisme" qui, de l'admission de l'administration américaine, "risque de ne pas terminer par un cessez-le-feu formel". Sujet seulement au droit des détenus de déposer une pétition en *habeas corpus*, cette décision pourrait se traduire par la détention indéfinie ou prolongée, jusqu'à une hypothétique "fin" des hostilités.

Il convient de noter que les Juges Souter et Ginsburg, dans leur opinion dissidente, ont considéré en partie que l'AUMF n'autorise pas la détention de citoyens. Un des arguments retenus par les juges consistait à dire que l'AUMF, qui autorise l'emploi de la force militaire, autorisait également le Commandant en chef et les forces armées à accomplir son action conformément aux lois de la guerre. L'administration considère que la détention de combattants ennemis est en accord avec les lois coutumières de la guerre et donc autorisée par l'AUMF.⁴¹⁰ Or, les deux juges n'ont pas été convaincus par l'argument d'une conduite conforme aux lois de la guerre car, en détenant Hamdi au secret, il a été traité comme un prisonnier de guerre ; un tel traitement est en violation des Conventions de Genève. Les juges ont considéré que Hamdi avait le droit d'être traité comme un prisonnier de guerre parce que l'administration américaine affirmait elle-même qu'il avait été "pris alors qu'il portait des armes du côté des Talibans", et qualifierait ainsi comme prisonnier de guerre en vertu de l'article 4 de la troisième Convention de Genève.⁴¹¹

Gherebi

La Cour d'appel fédérale des Etats-Unis a décidé que les *District Courts* sont compétentes pour entendre des pétitions en *habeas corpus* par un détenu à Guantanamo Bay, M. Gherebi. Elle a insisté sur le rôle des tribunaux dans le contrôle des détentions. La Cour a indiqué que la position du gouvernement américain soulevait de graves questions de droit international : "nous ne pouvons pas accepter la position du gouvernement selon laquelle l'Exécutif détient une autorité absolue pour emprisonner indéfiniment toute personne, y compris des citoyens étrangers, sur un territoire sous la compétence et le contrôle unique des Etats-Unis, sans accorder aux prisonniers le moindre recours devant un forum judiciaire, voire l'accès à un avocat, indépendamment de la longueur ou les conditions de leur incarcération. Nous jugeons qu'aucun précédent ni politique licite supporte une position aussi contre intuitive et antidémocratique".⁴¹²

Padilla

Jose Padilla, un citoyen américain qui n'a joué aucun rôle dans la guerre en Afghanistan, fut arrêté en vertu d'un "mandat à témoigner" (*witness warrant*) à l'aéroport de Chicago au mois de mai 2002. Il fut déclaré combattant ennemi par ordre du Président américain et détenu aux Etats-Unis, sans accusation pénale et sans accès à un avocat, entre juin 2002 et mars 2004.⁴¹³ Malgré un arrêt de la Cour d'appel déclarant que sa détention était illicite, il demeure

⁴¹⁰ Citant *ex parte Quirin*.

⁴¹¹ Jugement dans l'affaire *Hamdi v. Bush*, *supra*. note 362, Partie III C : opinions dissidentes de Souter et Ginsburg.

⁴¹² US Federal Appeal Court, *Gherebi v. Bush, Rumsfeld*, 9th Cir D.C. no. CV-03-01267-AHM, 18 décembre 2003, p. 8-9, [notre traduction, le texte d'origine suit : "we simply cannot accept the government's position that the Executive Branch possesses the unchecked authority to imprison indefinitely any persons, foreign citizens included, on territory under the sole

jurisdiction and control of the United States, without permitting such prisoners recourse of any kind to any judicial forum, or even access to counsel, regardless of the length or manner of their confinement. We hold that no lawful policy or precedent supports such a counterintuitive and undemocratic procedure."].

⁴¹³ Pétition en *habeas corpus*, *Padilla v. Hanft*, déposée 2 juillet 2004.

actuellement en détention à la base navale de Charleston. La Cour d'appel a jugé que sa détention n'était pas autorisée par le *Congress*, ni ne trouvait justification dans les pouvoirs constitutionnels inhérents du Président.⁴¹⁴ La Cour Suprême a refusé sa pétition en *habeas corpus* pour des raisons techniques, et il a déposé une nouvelle pétition devant la *District Court* de la Caroline du Sud.⁴¹⁵

Padilla est interné sous un régime quasi-cellulaire, et bénéficie de visites irrégulières et surveillées de ses avocats.⁴¹⁶ L'affaire Padilla est donc une instance de détention arbitraire par l'administration américaine en dépit d'un arrêt de justice déclarant sa détention illégale.

Le droit à un *procès équitable*: les commissions militaires, l'accès aux avocats et l'utilisation de déclarations obtenues par la torture

En vertu du droit international humanitaire, un prisonnier de guerre doit être jugé par un tribunal militaire à moins que la législation de la Puissance détentrice n'autorise expressément les tribunaux civils à juger un membre de ses propres forces armées pour la même genre d'infraction.⁴¹⁷ Dans tous les cas, le tribunal qui juge le prisonnier de guerre doit être indépendant et impartial. L'enquête doit être menée promptement et le prisonnier de guerre ne devrait être détenu en attendant son procès à moins que les intérêts de la sécurité nationale l'exigent. Quoi qu'il en soit, une telle détention ne doit pas dépasser trois mois.⁴¹⁸ Les prisonniers de guerre ont le droit à la représentation légale d'un avocat compétent, de son choix. L'avocat devrait être permis de visiter librement l'accusé et de l'interviewer en privé.⁴¹⁹ Les détails des accusations devraient être communiquées à l'accusé bien avant le procès, et le conseil de la défense devrait disposer d'au moins deux semaines avant le procès pour préparer et convoquer des témoins. Le droit d'appel est reconnu à l'article 106 de la troisième Convention de Genève.

Enfin, l'article 3 commun aux Conventions de Genève, applicable en tant que règle du droit international coutumier⁴²⁰, reconnaît également une garantie essentielle du procès équitable : l'interdiction des condamnations prononcées sans jugement préalable, assortie des *garanties judiciaires* indispensables.⁴²¹

L'accès à un procès équitable est un droit humain fondamental de suprême importance.⁴²² Les garanties minimales d'un procès équitable comprennent la présomption d'innocence,⁴²³ le droit d'accès utile à un avocat et celui de préparer convenablement sa défense,⁴²⁴ le droit

⁴¹⁴ Padilla, A., *Newman as next friend, Rumsfeld*, 18 décembre 2003, p. 4-5.

⁴¹⁵ US Supreme Court, *Rumsfeld v. Padilla et al*, 3-1027, 28 juin 2004.

⁴¹⁶ Thomasson, D, "In legal limbo?" Commentary, *Washington Times*, 13 June 2004.

⁴¹⁷ Article 84, troisième Convention de Genève.

⁴¹⁸ Article 103, troisième Convention de Genève.

⁴¹⁹ Article 105, troisième Convention de Genève.

⁴²⁰ La nature coutumière de l'article 3 commun aux Conventions de Genève a été affirmée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Nicaragua* (CIJ, *Rec.* 1986, à 218) et, plus récemment, par la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Tadic*, para. 98 (TPIY, *Tadic*, Arrêt Relatif à l'Appel de la Défense concernant l'Exception Préjudicielle d'Incompétence, 2 octobre 1995, para. 134, disponible à : <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/decision-f/51002JN3.htm>) ; dans sa décision, la Chambre d'appel a également jugé que beaucoup de dispositions du deuxième Protocole peuvent être considérées comme des règles coutumières (*Ibidem*, para. 117 et s.) ; voir aussi TPIY, *Furundzija*, Jugement, 10 décembre 1998, para. 153 (Torture) ; TPIR, *Akayesu*, Jugement, 2 septembre 1998, paras. 495 (Génocide) et 608 (Art 3 commun aux Conventions de Genève) ; TPIR, *Kayishema et Ruzindana*, Jugement, 21 mai 1999, para. 88 (Génocide).

⁴²¹ Art 3 I (d) des Conventions de Genève (voir note 4).

⁴²² Pacte, article 14(1) ; CEDH, article 6(1) ; Convention américaine, article 8(1).

⁴²³ Pacte, article 14(2) ; CEDH, article 6(2) ; Convention américaine, article 8(2).

de l'accusé de ne pas être obligé de témoigner contre lui-même,⁴²⁵ et le droit de faire appel de toute condamnation devant à un tribunal supérieur.⁴²⁶ Il y a une obligation générale de juger les accusés en public afin de permettre l'accès à la presse et au public.⁴²⁷

Les détenus bénéficient de la protection absolue, ouverte à tous, contre la torture et les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.⁴²⁸ Cette interdiction n'est jamais susceptible de dérogation.⁴²⁹ De surcroît, le droit international des droits de l'homme exige explicitement que les personnes en détention soient traitées avec humanité et la dignité inhérente à la personne humaine.⁴³⁰

L'inadmissibilité des déclarations obtenues par la torture

L'inadmissibilité des déclarations obtenues par la torture ou d'autres formes de mauvais traitement est une garantie supplémentaire, à la fois *contre* la torture et les mauvais traitements et *pour* le droit à un procès équitable : cette garantie met en œuvre l'obligation des Etats d'empêcher les actes de torture et de mauvais traitement pendant l'interrogatoire tout en mettant en cause la fiabilité de déclarations obtenues par la torture ou les mauvais traitements. L'article 15 de la Convention des Nations Unies contre la torture dispose comme suit : "Tout Etat partie veille à ce que toute déclaration dont il est établi qu'elle a été obtenue par la torture ne puisse être invoquée comme un élément de preuve dans une procédure, si ce n'est contre la personne accusée de torture pour établir qu'une déclaration a été faite."

L'inadmissibilité des déclarations obtenues par la torture n'est pas seulement une garantie contre la torture et les mauvais traitements, mais ce principe est également considéré comme une garantie du procès équitable. Comme l'explique Lord Hoffman dans l'arrêt *Montgomery v. HM Advocate*⁴³¹ :

"... un prévenu qui est détenu sur la base d'aveux qui lui ont été obtenus par la torture n'a pas eu un procès équitable. Mais la violation de l'article 6(1) ne découle pas du recours à la torture (qui est en lui même une violation de l'article 3), mais de l'admission de la preuve par le tribunal pour le but de déterminer la culpabilité. Si cette preuve avait été rejetée, il y aurait toujours violation de l'article 3, mais non de l'article 6(1)."

⁴²⁴ Pacte, article 14(3)(b) ; CEDH, article 6(3)(b) & (c) ; Convention américaine, article 8(c) & (d) ; l'obligation de l'Etat de fournir un avocat là où l'accusé ne peut pas le payer est limitée aux circonstances où "l'intérêt de la justice l'exige" [Pacte, article 14(3)(d) ; CEDH, article 6(3)(d)] ; la Convention américaine est l'exception, en accordant un droit inaliénable à être assistée par un conseil fourni par l'Etat [Convention américaine, article 8(2)(d) & (e)] ; dans l'affaire *John Murray*, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que les forces de police britanniques en Irlande du Nord avait violé l'article 6(1) & (3)(c) en refusant l'accès d'un terroriste présumé à son avocat pendant 48 heures [CEDH, *Murray (John) v. Royaume-Uni*, Jugement du 8 février 1996, Rapports 1996-1.] ; l'obligation de fournir un accès rapide à un avocat a également été souligné par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies ainsi que dans le huitième principe (non-obligatoire) des *Principes de base relatifs au rôle du barreau*.

⁴²⁵ Pacte, article 14(3)(g) ; Convention américaine, article 8(2)(g).

⁴²⁶ Pacte, article 14(5) ; CEDH Protocole 7, article 2 ; Convention américaine, article 8(2)(h).

⁴²⁷ Pacte, article 14(1) ; CEDH, article 6(1) ; Convention américaine, article 8(5).

⁴²⁸ Pacte, article 7 ; CEDH, article 3 ; Convention américaine, article 5(2).

⁴²⁹ Pacte, article 4(2) ; CEDH, article 15(2) ; Convention américaine, article 27(2).

⁴³⁰ Pacte, article 10 ; Convention américaine, article 5(2) ; OSCE, Document de Vienne, para. 23.2 ; OSCE, Document de Moscou, para. 23.

⁴³¹ 2 WLR 779 [2001] cité in *Adjouaou and A,B,C and D (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)* [notre traduction, le texte d'origine suit : "... an accused who is convicted on evidence obtained from him by torture has not had a fair trial. But the breach of Article 6(1) lies not in the use of torture (which is separately, a breach of Article 3) but in the reception of evidence by the court for the purposes of determining the charge. If the evidence had been rejected, there would still have been a breach of Article 3 but not a breach of Article 6(1)."]

Malgré ces garanties et normes internationales claires, la commission d'appel spéciale britannique pour l'immigration (*Special Immigration Appeals Commission - SIAC*), qui statue sur les appels contre la détention de personnes en vertu de la loi anti-terrorisme britannique (*UK Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001*), a jugé (dans une décision publique du 29 octobre 2003) qu'une déclaration obtenue d'une tierce personne au moyen de la torture peut être admise dans une procédure devant cette Commission, car les circonstances dans lesquelles une déclaration a été obtenue influencent la valeur probatoire de la preuve, non pas son admissibilité.⁴³² Cette décision est actuellement en appel. Le Gouvernement britannique a endossé la décision de la SIAC, qui n'est que le reflet de sa politique. Or, cette position, qui affaiblit la garantie juridique énoncée à l'article 15 de la Convention contre la torture, est clairement contraire à l'objet et les buts de cette convention.

Il est important de noter que la Commission a tenu compte, lorsqu'elle considérait l'admissibilité de l'admission de déclarations obtenues par la torture, de la dérogation britannique à l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme : "les termes de la dérogation et la nature du danger public auquel elle répond sont importants, car les requérants affirment que leurs activités (...) tombaient en dehors de l'étendue de la dérogation et du danger public en question". Autrement dit, selon la Commission, des preuves obtenues par la torture peuvent servir à charge lors du procès de personnes accusées d'activités qui entrent dans *l'étendue de la dérogation et le danger public en question*.

L'impact préjudiciable de cette décision sur la prohibition de la torture et des mauvais traitements est encore plus grand si on tient compte du fait que la légitimité et la légalité de la dérogation britannique est contestable.⁴³³ Le 12 novembre 2001, Le Ministre de l'Intérieur, David Blunkett, a annoncé que le Royaume Uni avait officiellement déclarerait un "état d'urgence", permettant ainsi de déroger à certaines dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme. Blunkett a assuré le public que cette déclaration relevait de la technique juridique - *nécessaire pour s'assurer que certaines mesures contre le terrorisme qui enfreignent la Convention européenne peuvent être mises en œuvre* - et nullement de la réponse à une éventuelle menace terroriste imminente. Dans une déclaration devant le Parlement, le 15 octobre, pour annoncer les grandes lignes de ses mesures d'urgence antiterroristes, Blunkett a réaffirmé que "il n'y a pas de renseignement indiquant actuellement l'existence d'une menace spécifique contre le Royaume Uni".⁴³⁴

Ces commentaires du Ministre soulèvent de graves doutes quant au respect des exigences de la Convention, en particulier, la limitation des dérogations "dans la stricte mesure où la situation l'exige". Or, la décision de la SIAC de passer outre les garanties internationales fondamentales contre la torture soulève encore d'autres problèmes en ce qui concerne l'engagement du Royaume Uni à respecter les principes de droit international dans sa lutte contre le terrorisme.

⁴³² *SIAC – Adjouaou and A,B,C and D (Appellants) and Secretary of State for the Home Department (Respondent)*, appels nos. SC/1/2002, SC/6/2002, SC/7/2002, SC/9/2002, SC/10/2002, 29 octobre 2003 ; "Justice perverted under the anti-terrorism, Crime and Security Act 2001", *Amnesty International*, Index : EUR 45/029/2003, 11 décembre 2003 ; réponse de Baroness Scotland à une question posée par Lord Judd, *Parliamentary Question & Answer*, 26 juin 2004.

⁴³³ [notre traduction, le texte d'origine suit : "*the terms of the derogation and the nature of the public emergency to which it relates are important because of contentions on behalf of the Appellants that their activities... fell outside the scope of the derogation and that emergency.*"]; comme l'affirme l'*International Helsinki Federation*, "il est hautement contestable que la situation au Royaume Uni remplisse les conditions pour un état d'urgence établies dans le Pacte et la Convention européenne. Par ailleurs, les déclarations de certaines autorités gouvernementales laissent entendre que le Royaume Uni ait dérogé par pure opportunité". *IHF Report*. supra note 15.

⁴³⁴ Human Rights Watch, *Commentary on the Anti-Terrorism, Crime and Security Bill 2001 the Anti-Terrorism, Crime and Security Bill 2001*, 16 November 2001, [notre traduction] disponible en anglais à : <http://www.hrw.org/backgrounder/eca/UKleg1106.htm>.

La compétence des tribunaux militaires

Le recours aux tribunaux militaires pour la poursuite de membres de la population civile, ou de crimes commis contre la population civile, a été largement critiqué par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, ainsi que les Commissions et Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme.⁴³⁵ Comme l'a rappelé la Commission interaméricaine, les tribunaux militaires font partie de l'exécutif et ne satisfont donc pas l'exigence d'un tribunal impartial et indépendant pour la poursuite de civils.⁴³⁶

S'agissant du personnel militaire, les tribunaux militaires peuvent, en principe, être des tribunaux impartiaux et indépendants, pourvu que les infractions relevant de leur compétence sont véritablement liées au service militaire et les garanties minimales du procès équitable sont respectées.⁴³⁷ Cependant, les tribunaux militaires ne peuvent pas être saisis de violations des droits de l'homme qui n'ont aucune relation aux fonctions attribuées aux forces armées en vertu de la loi.⁴³⁸

L'ordre militaire émis par le Président Bush précisait que des commissions militaires seraient chargées de juger tous ceux que le Président décidera de soumettre à cet ordre militaire.⁴³⁹ A ce jour, le gouvernement des Etats-Unis a déterminé que six personnes sont soumis à l'ordre militaire, dont trois ont été mises en accusation.⁴⁴⁰ Les commissions militaires sont composées de personnel militaire, et sont autorisées à condamner des personnes à la peine de mort ou l'emprisonnement à vie. Le seul contrôle de leurs décisions relatives à la culpabilité ou la peine revient au Président ou au Secrétaire d'Etat.

C'est l'Exécutif qui détermine les personnes qui sont soumises à l'ordre militaire, sans que l'intéressé puisse faire le moindre recours, ce qui viole les normes des droits de l'homme et les garanties contre la détention arbitraire. Ainsi, la commission militaire ne satisfait pas les garanties minimales du procès équitable et ne peuvent en aucun cas satisfaire les critères d'un tribunal indépendant et impartial compétent pour juger des allégations pénales contre des personnes soupçonnées d'actes de terrorisme. Le Ministre de la Justice britannique s'est même élevé récemment contre le recours aux commissions militaires pour poursuivre les personnes détenues à Guantanamo Bay, considérant un tel usage inacceptable.⁴⁴¹

Les accusations contre les trois détenus comprennent l'entente en vue de commettre des crimes de guerre, la tentative de meurtre et collaboration avec l'ennemi.⁴⁴² En ce qui concerne un des trois accusés, David Hicks, l'administration américaine a déclaré que s'il est condamné, le procureur ne requerra pas la peine de mort.⁴⁴³ Compte tenu de la décision de la Cour interaméricaine selon laquelle seules les infractions véritablement liées au service

⁴³⁵ Voir International Commission of Jurists, *Military jurisdiction and international law: military courts and gross human rights violations*, vol. 1, disponible en anglais à : http://www.icj.org/publi.php3?lang=en&id_article=3389.

⁴³⁶ IAHC report, *supra*. note 248, para. 231 ; *UN Digest of jurisprudence, terrorism and human rights*, section E2, Military and other special courts ; disponible en anglais à : <http://www.unhcr.ch/html/menu6/2/digest.doc>.

⁴³⁷ IAHC report *Ibid.*, para. 232.

⁴³⁸ *Ibid.*

⁴³⁹ Military Order of 13 November 2001 ; les personnes susceptibles d'être soumises à l'ordre militaire comprennent les membres de Al-Qaida, et toutes celles qui ont fait partie d'une entente en vue de commettre des actes de terrorisme, y ont participé, ou s'en sont rendues complices : Sec. 2.

⁴⁴⁰ Voir note 275.

⁴⁴¹ "UK alarm over Guantanamo trials", *BBC news*, disponible en anglais à : http://news.bbc.co.uk/1/hi/uk_politics/3837823.stm, 25 juin 2004.

⁴⁴² Accusations contre David Hicks, *Ibid.*

⁴⁴³ *US Department of Defense*, communiqué de presse, "Guantanamo detainee charged", *supra*. note 266.

militaire devraient être jugées par un tribunal militaire, le contexte dans lequel les détenus furent capturés, lors de la "guerre contre le terrorisme", soulève la question de la légalité et l'opportunité de procès devant des commissions militaires pour des infractions terroristes présumées.

Le droit d'accès des détenus à un avocat

Tout accès à un avocat a été refusé à la plupart des détenus à Guantanamo Bay ainsi que d'autres personnes détenues sous garde américaine dans le cadre de la "guerre contre le terrorisme". Les premiers rapports de l'accès limité des détenus aux avocats révèlent que ces contacts ont été sporadiques et surveillés en violation des droits de l'homme et des normes du droit humanitaire, qui exigent l'accès libre et privé des avocats à leurs clients.⁴⁴⁴ Un avocat militaire américain, représentant d'un des prévenus n'a pas vu son client pendant deux mois à cause du retard dans l'obtention d'une autorisation de sécurité pour un interprète.⁴⁴⁵ Le refus de l'accès à un avocat aux personnes en détention viole une garantie fondamentale du procès équitable. De plus, l'accès à un avocat est une garantie contre la torture et les mauvais traitements pendant la détention. Comme l'a déclaré la Commission interaméricaine, "Là où la détention n'est pas ordonnée ou surveillée correctement par une autorité judiciaire compétente, où le détenu ne peut pas comprendre pleinement les raisons de sa détention ni avoir accès à un représentant juridique, et où la famille du détenu ne peut pas le retrouver rapidement, il y a un clair risque de violation, non seulement des droits du détenu, mais également de son intégrité personnelle".⁴⁴⁶

3.3.3. L'absence de justification valable de la torture en vertu du droit international

Quelques mémorandums diffusés par l'administration américaine récemment donnent un aperçu de sa politique et les arguments sur lesquels le gouvernement semble s'appuyer pour justifier la détention des suspects et leur traitement pendant l'interrogatoire. L'article 2 § 2 de la Convention contre la torture établit qu'aucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, qu'il s'agisse de l'état de guerre ou de menace de guerre, d'instabilité politique intérieure ou de tout autre état d'exception, ne peut être invoquée pour justifier la torture. L'article 2 § 3 de la même convention précise que l'ordre d'un supérieur ou d'une autorité publique ne peut être invoqué pour justifier la torture. Comme nous avons déjà noté, ces articles codifient des principes bien établis du droit international.

Le fait de justifier la torture ou d'autres formes de mauvais traitement influe directement sur le droit des victimes à la réparation. Non seulement les moyens juridiques pour obtenir réparation sont ainsi écartés, mais le droit d'être reconnu comme victime / survivant d'un acte injustifié et atroce est nié aussi (le droit à satisfaction). De plus, la justification de la torture et d'autres formes de mauvais traitement est également contraire à l'obligation des Etats, en vertu du droit international, de fournir des garanties de non répétition aux victimes et leur familles.⁴⁴⁷

⁴⁴⁴ *Supra*. note 416.

⁴⁴⁵ James, I., "Lawyers unable to meet Guantanamo client", AP, 23 juin 2004.

⁴⁴⁶ Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Fifth report on the situation of human rights in Guatemala*, Doc. OEA/SER.L/V/II.111 doc 21 rev., 06/04/2001, chap. VII, para. 37, [notre traduction, le texte d'origine suit : "Where detention is not ordered or properly supervised by a competent judicial authority, where the detainee may not fully understand the reason for the detention or have access to legal counsel, and where the detainee's family may not be able to locate him or her promptly, there is a clear risk, not just to the legal rights of the detainee, but also to his or her personal integrity."].

⁴⁴⁷ Voir REDRESS, *Reparation: A Sourcebook for Victims of Torture and other Violations of Human Rights and International Humanitarian Law*, *supra*. note 108.

Deux mémorandums, rédigés par l'assesseur permanent auprès des tribunaux militaires (*Staff Judge Advocate*) puis approfondis par un groupe de travail du Département de Défense, ont étudié diverses défenses et justifications de l'emploi de techniques d'interrogatoire qui sont prohibées par le droit international en tant que formes de mauvais traitement ou de torture.⁴⁴⁸ Les deux mémorandums ont pris le droit national comme base principale de leur considération de la légalité des différentes techniques d'interrogatoire, ne se référant aux normes internationales qu'en tant qu'indications politiques. Dans sa conclusion, le groupe de travail a noté que certaines techniques recommandées aux interrogateurs "étaient plus agressives que les moyens acceptables pour l'interrogatoire des prisonniers de guerre, et constituaient un départ significatif des normes militaires américaines traditionnelles".⁴⁴⁹

Les Etats-Unis se considèrent engagés par les termes de la Convention contre la torture, mais seulement de la manière précisée dans sa déclaration interprétative et ses réserves à la Convention. Comme nous avons constaté dans la section du rapport sur les conditions de détention, la plupart des techniques d'interrogatoire en question ont été qualifiées soit de torture soit de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants par les organes des Nations Unies chargés des droits de l'homme, dont le Comité contre la torture, et par la jurisprudence des Cours européennes et interaméricaines des droits de l'homme. Comme nous avons noté ci-dessus, "un comportement allant au-delà des limites fixées dans la déclaration interprétative ou les réserves américaines serait une violation de la convention. La violation d'un traité est une violation du droit international, quelle que soit la justification éventuelle de cette violation tirée du droit national".⁴⁵⁰

Sur fondement de la "détermination" du Président, les Etats-Unis ne se considèrent pas engagés par les dispositions des Conventions de Genève concernant l'interrogatoire des détenus.⁴⁵¹ Les Etats-Unis ont également soutenu que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques n'a aucune application aux opérations en dehors de la compétence juridique des Etats-Unis.⁴⁵² Or, comme l'explique un auteur, "tout comme pour la Convention contre la torture, la violation d'une Convention de Genève ou du Pacte international relatif aux droits civils et politiques serait une violation du droit international, même si le Président ou son délégué autorisait l'acte prohibé en vertu des pouvoirs du Président en tant que Commandant en Chef des forces armées américaines".⁴⁵³

⁴⁴⁸ Certaines de ces techniques d'interrogatoire, qui avaient été approuvées par l'administration américaine et considérées par elle comme légales en vertu des lois fédérales, comprennent les cris et les techniques de déception (où l'interrogateur s'identifie comme ressortissant d'un pays connu pour le mauvais traitement des détenus) ; les techniques dites de "deuxième catégorie", exigeant la permission de l'officier responsable, comprennent l'imposition de "postures de tension" comme rester debout pendant jusqu'à quatre heures, l'emploi de documents falsifiés, l'imposition du régime cellulaire jusqu'à trente jours, la privation de lumière, l'usage de stimulants auditives, l'usage de cagoules pendant le transport et l'interrogatoire, les interrogatoires prolongés jusqu'à vingt heures d'affilée, l'enlèvement d'articles de confort comme des articles religieux, l'enlèvement des vêtements, le rasage forcé du visage, l'emploi de chiens pour induire le stress. Les techniques dites de "troisième catégorie", exigeant l'approbation du Général en Chef comprennent l'exposition à l'eau ou à l'air froid et l'emploi de la force physique : attraper, bousculer etc. (*Department of Defence Memorandum to Commander, Joint Task Force 170, 11/10/2002, Doc JTF-J2.*)

⁴⁴⁹ *Working Group Report on Detainee interrogation in the global war on terrorism: Assessment of legal, historical, policy, and operational considerations* ("mémorandum du groupe de travail"), 4 avril 2003, p. 69. [notre traduction, le texte d'origine suit : "were more aggressive than those appropriate for POWs and constitutes a significant departure from traditional US military norms."].

⁴⁵⁰ *Supra.* note 374, [notre traduction, le texte d'origine suit : "conduct going beyond the bounds of the US understanding or reservation would be a breach of the convention. A breach of a treaty is a violation of international law, notwithstanding anything in domestic law that purports to justify the breach."].

⁴⁵¹ US Staff Judge Advocate memorandum, JTF 170-Sja, 11 octobre 2002, p. 1 ; mémorandum du groupe de travail, *supra.* note 449, p. 4.

⁴⁵² Mémorandum du groupe de travail, *supra.* note 449, p. 6.

⁴⁵³ *Supra.* note 374, [notre traduction, le texte d'origine suit : "as the case of the Convention against Torture, a breach of a Geneva Convention or of the Covenant on Civil and Political Rights would be a violation of international law even if the President or his delegate authorizes the offending act pursuant to the President's power as the Commander-in-Chief of US armed forces."].

Les justifications mises en avant par l'administration américaine pour l'emploi de techniques d'interrogatoire pouvant relever de la torture ou d'autres formes de mauvais traitement s'appuient sur des interprétations critiquables de doctrines juridiques dont celle dite de l'autorité du Commandant en Chef (*Commander-in Chief Authority*), ainsi que la nécessité et la légitime défense. Parmi les autres défenses soulevées, on peut noter les ordres supérieurs et l'emploi de la force dans la mise en œuvre du droit militaire.

L'autorité du Commandant en Chef est peut-être la plus controversée des justifications soulevées, car elle implique la discrétion ou l'autorité absolue et illimitée du Président, en tant que Commandant en Chef, dans la conduite de la guerre contre le terrorisme. Il en résulterait que ni la loi nationale, ni même le *Congress* ne peuvent influencer l'autorité constitutionnelle inhérente du Président pour conduire les opérations militaires, y compris la détention et l'interrogatoire de combattants ennemis.⁴⁵⁴

Le mémorandum laisse entendre que des méthodes d'interrogatoire qui violeraient la prohibition de la torture puisse être considérées comme légales, à condition d'être autorisées par le Président des Etats-Unis dans l'exercice de son rôle de Commandant en Chef. Cet avis fut rédigé dans le contexte de considérations juridiques et politiques nationales, sans prise en compte de normes juridiques internationales.⁴⁵⁵ Or, dans un Etat démocratique, l'étendue des pouvoirs du Président dans ce contexte sera vraisemblablement contrôlée par le pouvoir législatif ou les tribunaux à un moment ou un autre. Ainsi, dans la décision récente de la Cour Suprême concernant le droit de détenus à *habeas corpus*, la Cour a rappelé que "cela fait longtemps déjà que nous avons précisé qu'un état de guerre n'est pas un blanc seing pour le Président lorsqu'il s'agit des droits des citoyens nationaux".⁴⁵⁶ De nombreuses opinions juridiques confirment que le Président ne dispose pas d'une autorité absolue dans un Etat démocratique.⁴⁵⁷

Bien que l'administration américaine considère que Guantanamo Bay entre dans sa compétence maritime et territoriale spéciale, excluant ainsi les dispositions de la loi fédérale contre la torture (18 U.S.C. section 2340), cette loi s'applique clairement au comportement des forces armées américaines en dehors des Etats-Unis, comme par exemple en Afghanistan ou en Irak.⁴⁵⁸ Les défenses soulevées par le gouvernement des Etats-Unis pour contrer d'éventuelles accusations pénales concernant la violation des lois fédérales sont analysées ci-dessous.

La défense de "nécessité" ou de "choix entre deux maux" pourrait, comme le suggère le mémorandum du groupe de travail, être invoquée comme défense dans le recours à la torture. Le mémorandum justifie cette défense comme le fait de faire du mal pour éviter un plus grand mal, notant que dans le contexte de la "guerre contre le terrorisme", certaines

⁴⁵⁴ L'argumentaire des Etats-Unis est rédigé de la façon suivante [notre traduction] : "Une interprétation de l'article 2340A [la loi fédérale qui interdit la torture] qui aurait pour résultat de limiter l'autorité du Président en tant que Commandant en Chef pour fixer l'interrogatoire et le traitement des combattants ennemis soulèverait des questions constitutionnelles sérieuses (...) Par conséquent, nous préférons interpréter la section 2340A de manière à éviter cette difficulté constitutionnelle, et concluons qu'elle ne s'applique pas à la détention et l'interrogatoire de combattants ennemis par le Président en tant que Commandant en Chef. Toute tentative par le *Congress* de réguler l'interrogatoire de combattants illégaux violerait l'octroi constitutionnel de l'autorité du Commandant en Chef au Président seul (...) Le *Congress* n'a pas plus le droit de s'ingérer dans la conduite par le Président de l'interrogatoire de combattants ennemis qu'il a le droit de dicter la stratégie ou les décisions tactiques sur le champ de bataille (...) Une loi qui chercherait à empêcher le Président de récolter les renseignements qu'il croit nécessaires pour empêcher des attaques sur contre les Etats-Unis serait anticonstitutionnel, tout comme une loi qui exigerait du Président de conduire la guerre d'une façon particulière ou pour des buts spécifiques" : mémorandum du groupe de travail, *supra*. note 449, pp. 21-24.

⁴⁵⁵ Mémorandum du groupe de travail, *supra*. note 449, pp. 20-24.

⁴⁵⁶ *Hamdi et al. v. Rumsfeld et al.*, note 370, opinion majoritaire, part D, [notre traduction, le texte d'origine suit : "We have long since made clear that a state of war is not a blank check for the President when it comes to the rights of the Nation's citizens."].

⁴⁵⁷ *Supra*. note 374.

⁴⁵⁸ Mémorandum du groupe de travail, *supra*. note 449, pp. 7-8.

circonstances pourraient *soutenir* une telle défense, comme la situation où les renseignements indiquent qu'un détenu dispose d'informations qui pourraient empêcher un plus grand acte de violence et des dommages encore plus importants que ceux du 11 septembre.⁴⁵⁹ Cette défense repose en réalité sur un principe de politique publique. Par conséquent, le mémorandum reconnaît que la défense ne pourrait pas être invoquée là où le législateur a établi des valeurs, comme c'est le cas dans la Convention contre la torture, qui définit "la torture", entre autre, comme tout acte intentionnellement infligé à une personne aux fins d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux. Selon le mémorandum, "on pourrait déduire qu'une telle définition représente une tentative d'établir que – quelles que soient les circonstances – les bienfaits de l'obtention des renseignements ne peuvent jamais justifier un acte de torture. Autrement dit, la nécessité ne serait pas une défense".⁴⁶⁰

La Cour Suprême israélienne a jugé que la défense de nécessité ne peut pas servir d'autorité pour justifier le recours général à la torture pendant les interrogatoires.⁴⁶¹ En revanche, la Cour a reconnu que, dans une situation particulière d'extrême urgence ("*ticking bomb*" scenario) la défense de nécessité pourrait être soulevée pour contrer une accusation pénale contre des interrogateurs.⁴⁶²

La légitime défense a également été soulevée comme défense possible, en vertu des lois fédérales, pour un acte de torture. Or, il s'agit ici du recours à la force pour empêcher qu'une tierce personne subisse un préjudice, car il est peu probable qu'un interrogateur soit obligé d'utiliser la force pour éviter de subir lui-même un préjudice : "un combattant ennemi en détention ne présente pas en soi une menace de préjudice".⁴⁶³ Le mémorandum fait référence en passant à des propositions contentieuses qui élargiraient les contours de la légitime défense pour inclure la légitime défense contre une attaque sur la nation, ou bien la légitime défense du fait que le détenu qu'on interroge a aidé ou soutenu une entente terroriste et fait partie d'un mécanisme qui est considéré comme une menace.⁴⁶⁴ De telles propositions n'ont pas encore été soutenues devant les tribunaux et, au delà de leur nature critiquable, l'article 2 § 2 de la Convention contre la torture stipule qu'il ne peut y avoir aucune justification pour le recours à la torture ou les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

La défense d'avoir agi de bonne foi a aussi été soulevée comme justification du recours à la torture, car la législation fédérale américaine exige une intention spéciale de causer le mal subi pour constituer l'infraction. Un assesseur militaire américain a interprété le Huitième amendement à la Constitution des Etats-Unis comme signifiant qu'une violation n'intervient que si un acte a été perpétré avec malice ou sadisme pour le but même de causer ce dommage.⁴⁶⁵ Par conséquent, si un acte est commis de bonne foi, dans un intérêt gouvernemental légitime – comme la protection de la sécurité nationale –, le mémorandum de l'assesseur considère que l'auteur peut soulever cette défense.⁴⁶⁶

⁴⁵⁹ *Ibid.*, pp. 25-26.

⁴⁶⁰ *Ibid.*, [notre traduction, le texte d'origine suit : "One could argue that such a definition represented an attempt to indicate that the good of obtaining information – no matter what the circumstances – could not justify an act of torture. In other words, necessity would not be a defence."]; le mémorandum suggère ensuite qu'aucune détermination de valeurs n'est évidente dans la loi fédérale contre la torture, section 2340, et que l'article 2 § 2 de la Convention contre la torture n'ayant pas été incorporé au droit américain, cette défense est encore possible.

⁴⁶¹ Voir les notes 153 à 159 et le texte afférant.

⁴⁶² *Idem.*

⁴⁶³ Mémorandum du groupe de travail, *supra*. note 449, p. 29.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, pp. 29-30.

⁴⁶⁵ Le huitième amendement à la Constitution des Etats-Unis interdit d'infliger des châtements cruels et exceptionnels, une traduction officielle de la Constitution est disponible à : <http://usinfo.state.gov/usa/infousa/facts/funddocs/constfr.htm>.

⁴⁶⁶ *Supra*. note 451, pp. 3-4.

L'article 2340 de la loi fédérale américaine contre la torture est donc interprété par le Groupe de travail comme il suit : "un accusé a commis la torture lorsqu'il inflige intentionnellement une souffrance ou une douleur physique sévère avec l'intention spécifique de causer un dommage mental prolongé".⁴⁶⁷ Pour satisfaire cette définition, le niveau de douleur doit atteindre une intensité telle que la douleur est insupportable ; l'utilisation de drogues ne peut relever de la torture que si l'effet est "de pénétrer au coeur de la capacité d'une personne de percevoir le monde autour de lui, d'interférer substantiellement avec ses capacités cognitives, ou de modifier fondamentalement sa personnalité".⁴⁶⁸

Le mémorandum suggère que si une personne peut montrer qu'elle a agi de bonne foi, croyant que son comportement ne pouvait être qualifié d'aucun des actes prohibés par la loi fédérale, elle peut bénéficier d'une défense complète aux accusations.⁴⁶⁹ La littérature professionnelle, l'avis des experts et la pratique du passé pourraient, dans cette optique, être cités en soutien à une telle défense de bonne foi.⁴⁷⁰

Or, les rapports de presse et les photos récents ainsi que les récits des détenus ayant été incarcérés dans les différents centres de détention sous garde américain fournissent des preuves concordantes de diverses formes de mauvais traitements et de torture. Les normes du droit international des droits de l'homme et du droit humanitaire relatives au traitement et à l'interrogatoire des détenus ont clairement établi qu'aucune circonstance ne peut justifier une défense de bonne foi.

L'emploi de la force contre une personne qui a commis, est en train de commettre, ou va commettre une infraction sérieuse est justifiée dans certaines circonstances en vertu du droit américain.⁴⁷¹ Bien que ces justifications ne portent pas spécifiquement sur les interrogatoires mais sur l'application du droit militaire, le mémorandum du groupe de travail suggère qu'elles fournissent une "comparaison utile" avec l'emploi de la force pour obtenir des renseignements des détenus afin d'empêcher des actes de terrorisme.⁴⁷²

La défense d'ordres supérieurs est également soulevée dans le mémorandum du groupe de travail comme une défense possible après le recours à la torture.⁴⁷³ Le mémorandum s'appuie sur un *obiter dicta* dans l'affaire *des otages* ainsi que le manuel américain des tribunaux militaires pour affirmer que cette défense peut être appliquée lors d'interrogatoires exceptionnels, sauf si l'ordre est manifestement illégal.⁴⁷⁴ La référence à des "interrogatoires

⁴⁶⁷ [notre traduction, le texte d'origine suit : "*a defendant has committed torture when he intentionally inflicts severe physical pain or suffering with specific intent of causing prolonged mental harm.*"]; or, l'article 2340 18 U.S.C. définit la torture comme tout "acte commis par une personne agissant sous autorité de la loi et destiné spécifiquement à infliger une sévère douleur physique ou mentale".

⁴⁶⁸ Mémorandum du groupe de travail, *supra*. note 449, pp. 11-16, [notre traduction, le texte d'origine suit : "*to penetrate to the core of an individual's ability to perceive the world around him, substantially interfering with his cognitive abilities, or fundamentally alter his personality.*"].

⁴⁶⁹ L'article 2340 énumère certains actes qui relèvent de la souffrance ou de la douleur mentale sévère, dont le fait d'infliger ou de menacer d'infliger une souffrance ou une douleur physique sévère ; l'administration ou l'application, réelle ou menacée, de substances calculées à perturber profondément les facultés ou la personnalité ; la menace d'une mort imminente ; la menace de soumettre une autre personne aux mêmes sévices.

⁴⁷⁰ Mémorandum du groupe de travail, *supra*. note 449, p. 13.

⁴⁷¹ L'emploi de la force dans la mise en œuvre du droit militaire est justifié lorsqu'on agit en légitime défense ou pour défendre des tiers contre des personnes hostiles, dans des situations de danger imminent de mort ou de dommages corporels sérieux ; afin d'empêcher le vol ou le sabotage de biens essentiels pour la sécurité nationale ou des ressources constituant un danger intrinsèque pour les autres ; afin d'empêcher que se produisent des crimes sérieux qui impliquent un danger imminent de mort ou de dommages corporels sérieux ; afin d'empêcher la destruction d'installations publiques vitales ; et pour l'arrestation et pour empêcher toute fuite ; *Document du Département de la défense*, DODD 5210.56, 1^{er} novembre 2001.

⁴⁷² Mémorandum du groupe de travail, *supra*. note 449, p. 31.

⁴⁷³ *Ibid.*, pp. 32-33.

⁴⁷⁴ L'affaire *des otages* (*Etats-Unis c. Wilhelm List et consorts*), où le Tribunal, après avoir confirmé que le fait d'avoir commis un acte en obéissance à un ordre supérieur peut diminuer mais non pas justifier l'infraction en question, déclare ainsi [notre

exceptionnels" vise avant tout les techniques les plus agressives prises en compte par le groupe de travail, comme l'isolement, l'obligation de rester debout pendant des périodes prolongées, la privation de sommeil et l'enlèvement des vêtements.

Or, les ordres supérieurs ne pouvaient pas être soulevés comme défense en vertu du Statut du Tribunal de Nuremberg et les Statuts des tribunaux pénaux *ad hoc* pour l'ex Yougoslavie et le Rwanda, et ne pouvaient pas non plus être pris en compte comme facteur de diminution de la peine.⁴⁷⁵ De même, le Statut de la Cour pénale internationale dispose qu'une personne qui commet un crime entrant dans sa compétence sur ordre d'un supérieur n'est pas exonéré de sa responsabilité pénale, à moins que : a) cette personne n'ait eu l'obligation légale d'obéir aux ordres du gouvernement ou du supérieur en question ; b) cette personne n'ait pas su que l'ordre était illégal ; et c) l'ordre n'ait pas été manifestement illégal.

Or, en vertu du Statut de la CPI, l'ordre de commettre un acte de génocide ou un crime contre l'humanité (qui peut comprendre l'acte de torture) est manifestement illégal.

Le Statut de la CPI laisse ainsi une petite fenêtre ouverte pour la possibilité de soulever la défense dans des circonstances très limitées, reflétant ainsi *l'obiter dicta* dans l'affaire *des otages* citée dans le mémorandum du groupe de travail. On pourrait donc arguer qu'un ordre n'était pas manifestement illégal afin de soulever la défense d'ordres supérieurs, mais, comme nous avons noté auparavant, la plupart des techniques considérées représenteraient déjà un départ significatif des normes applicables aux forces armées américaines et il est peu convaincant de suggérer que la combinaison de techniques d'interrogatoire subie par les détenus n'était pas manifestement illégale.

3.3.4. Les immunités générales dans le cadre de la lutte contre le terrorisme et les opérations militaires relevant de la "guerre contre le terrorisme": impunité pour torture?

Il existe une barrière supplémentaire aux demandes de réparation à la suite de violations des normes internationales en matière de droits de l'homme lors de la "guerre contre le terrorisme" : certains Etats ont adopté des mesures extraordinaires pour protéger leur personnel de poursuites ou de procès civils.

La législation antiterroriste de l'Inde et du Népal accorde l'immunité dans tout procès contre l'Etat, et à toute personne agissant sous l'autorité de l'Etat, pour tout acte perpétré de bonne foi pour combattre le terrorisme.⁴⁷⁶ Cette immunité pour des actes perpétrés de bonne foi sert de défense dans tout procès contre l'Etat, et constitue une justification implicite d'actes de torture, considérés comme perpétrés de bonne foi. Le terme "de bonne foi" implique un jugement de valeur et exige de l'Etat de prouver que les circonstances démontrent la bonne foi des acteurs. Une telle législation augmente le risque de torture contre les personnes en détention et enfreint l'article 2 § 2 de la Convention contre la torture.

traduction] : "Nous considérons, cependant, que si l'illégalité de l'ordre n'était pas connue du subalterne, et qu'il n'aurait pas pu raisonnablement connaître son illégalité, l'intention illicite nécessaire pour qualifier un crime n'existe pas et le subordonné sera protégé" [11 TWC 1236] ; Le Manuel des tribunaux militaires affirme que : "Un acte perpétré en vertu d'un ordre illicite sera excusé à moins que l'accusé savait qu'il était illicite ou qu'une personne de sens commun et de compréhension ordinaires aurait su que l'ordre était illicite", R.C.M. 916(d), MCM 2002.

⁴⁷⁵ L'article 8 du Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg ; l'article 7(4) du Statut du TPIY ; et l'article 6(4) du Statut du TPIR.

⁴⁷⁶ L'article 57 de la *Prevention of Terrorism Act, 2002* [Act No. 15 de 2002 (CPA)] dispose ainsi [notre traduction] : "Aucun procès, poursuite pénale ou autre procédure juridique n'est admis contre le gouvernement central, un gouvernement fédéré, ou tout officier ou autorité de l'Etat, du gouvernement central, d'un gouvernement fédéré ou de toute autre autorité à laquelle des pouvoirs ont été conférés en application de cette loi, pour un acte quelconque engagé, ou présenté comme étant engagé, de bonne foi dans l'exécution de cette loi ; voir également l'article 20 du *Terrorist and disruptive activities (Control and Punishment) Act, 2002*.

Les forces multinationales et le personnel militaire et civil non-iraquien qui étaient sous la responsabilité de l'administrateur de l'autorité provisoire de la Coalition en Irak (*Coalition Provisional Authority* - CPA) ont une immunité de poursuites devant les tribunaux irakiens. L'ordre 17 de la CPA accordait à ces personnes l'immunité des lois et poursuites irakiennes, de sorte qu'elles ne sont soumises qu'aux lois et à la compétence exclusive de leur Etat d'origine.⁴⁷⁷ Cette immunité a même été étendue aux entrepreneurs qui ont signé des contrats avec la CPA.⁴⁷⁸ L'administration américaine a cherché à faire appliquer cet ordre même après la remise des pouvoirs au gouvernement iraquien intérimaire, pour que ces personnes bénéficient de l'immunité des poursuites jusqu'à ce que le nouveau gouvernement élu abroge l'ordre, ou que toutes les forces étrangères soient retirées de l'Irak.⁴⁷⁹

L'ordre 17 de la CPA a pour effet de limiter le droit des victimes à réparation en Irak et soulève des barrières insurmontables pour des citoyens irakiens qui ont une cause légitime pour lancer des poursuites dans l'Etat qui a envoyé le personnel militaire concerné. L'ordre accorde l'immunité aux "forces multinationales", définie de façon étendue pour inclure les forces autorisées par les résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies et pour couvrir également tout le personnel militaire des Etats-Unis et du Royaume Uni.

CONCLUSIONS

1. Les définitions nationales des "infractions terroristes" et des "groupes terroristes" devraient être claires et précises, et devraient incorporer une référence à la gravité des actes.

Le terme "terrorisme" devrait être réservé aux crimes les plus sérieux. C'est un terme à contenu hautement politique et il n'existe aucune définition globale du terrorisme en droit international. De multiples conséquences juridiques découlent de la qualification d'un acte de terroriste : les Etats peuvent déroger à certaines obligations en matière de droits de l'homme ; la doctrine des crimes politiques ne s'applique pas ; les fonds et autres actifs financiers ou les ressources économiques peuvent être gelés ; etc. Le Conseil de Sécurité a déclaré que le terrorisme constitue "une menace à la paix et la sécurité internationales". Ainsi, les mesures énumérées dans la résolution 1373 du Conseil, ainsi que les autres mesures antiterroristes qu'il demande aux Etats de mettre en œuvre, ne s'appliquent qu'aux crimes les plus sérieux en droit international. Cette caractéristique (la gravité de l'acte) doit être transposée aux droits nationaux lorsque les Etats définissent un acte comme infraction terroriste, ou des groupes comme des organisations terroristes, et plus généralement lorsqu'ils mettent en place des mesures de sécurité afin de combattre le "terrorisme".

2. L'Etat de Droit doit être respecté en tout temps, même lorsqu'on lutte contre le "terrorisme". En même temps, les Etats doivent reconnaître qu'il existe un grand risque d'affaiblir les droits de l'homme dans la mise en œuvre des mesures de sécurité.

Clairement, ce principe implique le besoin de mettre en place des mécanismes de contrôle de la légalité des mesures antiterroristes à la lumière du droit international des droits de l'homme et du droit humanitaire. Ce contrôle doit intervenir à la fois aux niveaux national et

⁴⁷⁷ Article 2, CPA Ordre 17 (révisé 27/06/2004).

⁴⁷⁸ Article 4, CPA Ordre 17.

⁴⁷⁹ *Regular Department of Defense briefing*, 24/06/2004 ; et *Department of Defense Press news*, "Speech testimony delivered to Senate Armed Services Committee on Transition in Iraq", 25/06/2004.

international. A cet égard, le Comité des Nations Unies contre le terrorisme (CCT) devrait demander aux Etats de faire des rapports plus complets sur leur mise en œuvre de mesures antiterroristes. En particulier, les Etats devraient inclure dans leurs rapports des informations sur la manière dans laquelle ils mettent ces mesures en œuvre, l'efficacité de ces mesures et leur compatibilité avec d'autres obligations internationales, plus particulièrement avec les droits de l'homme internationaux et le droit humanitaire. Le CCT devrait également rechercher une plus grande coopération avec d'autres mécanismes onusiens chargés des droits de l'homme, avec les organes de contrôle conventionnels (le Comité des droits de l'homme, le Comité contre la torture, etc.), et avec les procédures spéciales mises en place par le Commission des droits de l'homme des Nations Unies (rapporteurs spéciaux, groupes de travail, etc.).

3. La prohibition de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ainsi que le principe de non refoulement sont absolus, n'admettent aucune exception ou justification, et ne se prêtent pas à un jeu d'équilibre.

Compte tenu du statut de norme de *jus cogens* de la prohibition de la torture en droit international, un jeu d'équilibre serait contraire au droit international général ; de même, les Etats ne peuvent pas s'appuyer sur des garanties diplomatiques lorsqu'ils extradent, déportent ou expulsent une personne vers un pays où elle est risqué la torture ou des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Les Etats ne peuvent pas s'attendre à ce que des pays qui commettent systématiquement la torture ou les mauvais traitements soit capables *d'assurer* la protection de la personne extradée ou expulsée.

4. La sécurité nationale ne peut être réalisée que lorsque toute la population est en sûreté.

Les Etats ne peuvent pas se dire "sûrs" si leur gouvernement est en train de commettre, permettre ou laisser commettre des violations des droits de l'homme fondamentaux. C'est justement l'argument selon lequel la sécurité nationale peut prévaloir sur les droits de l'homme fondamentaux, qui a créé un environnement où de nombreuses violations graves des droits de l'homme se produisent (telles que la torture et les mauvais traitements, les remises illégales et le refoulement).

5. Les Etats ont l'obligation d'appliquer des procédures légales lors de transferts interétatiques, qu'il s'agisse de l'extradition, la déportation ou l'expulsion.

Dans le cadre de ces procédures légales, les Etats devraient appliquer des garanties contre la torture et les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Les Etats doivent garantir un recours effectif pour les individus qui souhaitent faire appel de leur décision d'extradition, d'expulsion ou de déportation.

6. La pratique des "remises" doit s'arrêter.

Il est impossible d'empêcher les transferts arbitraires qui sont effectués complètement hors la loi. Il est également impossible de protéger les personnes contre la torture et les autres violations des droits de l'homme si les gouvernements ne fournissent pas une occasion à leurs propres autorités judiciaires et/ou administratives d'intervenir dans ces procédures.

7. Des garanties effectives contre la torture

Les événements récents ont démontré que ***la torture et les mauvais traitements se produisent lorsque des garanties suffisantes ne sont pas mises en place.*** Il n'est pas

seulement nécessaire de permettre aux individus de mettre en cause l'action gouvernementale, mais le gouvernement doit mettre en place des mécanismes effectifs pour empêcher que de telles violations ne se produisent. Là où il n'y a pas de mécanisme pour empêcher la torture et les mauvais traitements dans les centres de détention et pendant l'interrogatoire, ces violations ont plus de chances de survenir. Les garanties générales comprennent l'accès au monde extérieur et aux avocats, les examens médicaux et le droit de mettre en cause la légalité de la détention.

Il est tout aussi vital ***d'ouvrir l'accès aux centres de détention aux organisations comme le CICR ou des organes de contrôle comme le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture ou le Comité européen pour la prévention de la torture (dans les limites de leur compétence)***. En particulier, dans des cas où il existe des allégations plausibles de torture ou de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, il est impératif d'opérer un contrôle externe des conditions de détention (et de voir si les détenus sont incarcérés sans accusation, pour une période de temps indéfinie et/ou sans accès à un recours effectif). L'utilisation de centres de détention secrets doit cesser.

Le contrôle juridique des actes de l'Exécutif ne devrait pas être limité pendant les états d'urgence ou des conflits armés. C'est précisément pendant ces périodes difficiles qu'il est encore plus important d'avoir un contrôle effectif sur les forces de sécurité et l'armée (surtout lorsqu'un Etat a dérogé aux engagements en matière de droits de l'homme que les forces de sécurité et l'armée sont habituellement obligées de respecter). Il est important de noter à cet égard comment, à la lumière des allégations d'abus contre les détenus en Irak et en Afghanistan, le Conseil de Sécurité n'a pas renouvelé, cette année, sa résolution sur l'immunité des forces des Etats-Unis de la compétence de la Cour pénale internationale. Le projet, qui n'a été soutenu que par cinq des quinze membres du Conseil, a finalement été retiré par les Etats-Unis, ce qui montre que les Etats reconnaissent que le comportement des forces de sécurité et l'armée doit être "susceptible de contrôle" à tout moment.

8. Les ministères étatiques doivent harmoniser et coordonner leurs procédures afin d'assurer que des mesures antiterroristes ne violent pas leur Constitution ou/et les droits de l'homme internationaux.

A titre d'exemple, si un Etat songe à mettre en place une mesure sans précédent, qui peut avoir un effet négatif sur les droits de l'homme fondamentaux, l'autorité gouvernementale responsable devrait rechercher l'avis des tribunaux (si possible) et des organes ou tribunaux internationaux (i.e. un avis consultatif) avant de mettre en œuvre cette initiative.