

Les Restitutions Extraordinaires et la Convention Internationale Contre la Torture

ISABELLE MOULIER¹

Resumo

Na sequência dos atentados ocorridos em 11 de Setembro de 2001, a luta contra o terrorismo se tornou a principal prioridade da comunidade internacional. Enquanto os Estados tenham adotado legislação antiterror nos últimos anos, a sua compatibilidade com os direitos fundamentais tem levantado grandes preocupações com os direitos individuais ocasionalmente “sacrificados” em nome de imperativos de segurança. Um dos marcos da nova estratégia norte-americana antiterrorismo foi a introdução de um neologismo no vocabulário jurídico internacional: a prática de “rendições extraordinárias”. Esta expressão se refere a práticas extrajudiciais em que os indivíduos suspeitos de estarem envolvidos em atividades terroristas são detidos ilegalmente ou raptados por autoridades do Estado e transferidos para a custódia de agentes dos Estados Unidos e/ou transferidos para outro país para ser detido e interrogado, a fim de obter dados de inteligência para usar na luta contra o terrorismo. Este artigo analisa o quadro legal aplicável às rendições extraordinárias, à luz da Convenção das Nações Unidas contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes de 1984. Uma das primeiras perguntas a fazer é de que maneira as rendições estão abrangidas pelo âmbito de aplicação da presente Convenção. Após ter-se primeiramente demonstrado como o uso de rendições extraordinárias são abrangidos pela Convenção contra a Tortura, este estudo mostra que esta prática viola a obrigação de não-repulsão que contém a Convenção das Nações Unidas.

Abstract

Following the attacks that took place on the September 11 2001, the fight against terrorism became the top priority of the international community. While States have adopted anti-terror legislation in the last years, its compatibility with fundamental rights has raised significant concerns, with individual rights occasionally “sacrificed” in the name of security imperatives. One of the landmarks of the new American anti-

¹ Maître de conférences en droit public à l’Université de Caen (Basse-Normandie), chercheur associé au Centre d’étude et de recherche de droit international (CERDIN) de l’Université Paris I – Panthéon-Sorbonne. Cet article est issu d’une communication orale initialement présentée lors d’une journée d’étude consacrée aux restitutions extraordinaires et à la protection des droits de l’homme, organisée par l’Institut des droits de l’homme Ludwig Boltzmann à l’Université de Vienne, les 6 et 7 octobre 2008. Il constitue la version française remaniée de cette communication. Voy. I. MOULIER, «Extraordinary Renditions and the United Nations Convention against Torture», in M. NOWAK & R. SCHMIDT (eds.), *Extraordinary Renditions and the Protection of Human Rights*, Vienna, Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2010, à paraître.

terrorist strategy has been the introduction of a neologism into the international legal vocabulary: the practice of “extraordinary renditions”. This expression refers to the extrajudicial practice in which individuals suspected of being involved in terrorist activities are illegally arrested or abducted by State authorities and transferred into the custody of United States agents and/or transferred to another country to be detained and interrogated in order to obtain intelligence of use in the fight against terrorism.

This article analyses the legal framework applicable to extraordinary renditions in light of the 1984 United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. One of the first questions to ask is in what way extraordinary renditions are covered by the scope of application of this Convention. After first demonstrating how the use of extraordinary renditions is covered by the Convention against Torture this study shows that this practice contravenes the obligation of “non-refoulement” that the UN Convention contains.



Après les attentats du 11 septembre 2001 aux Etats-Unis, le renforcement de la lutte contre le terrorisme est logiquement devenu l’objectif prioritaire de la communauté internationale. Si les actes de terrorisme qui visent «l’anéantissement des droits de l’homme, des libertés fondamentales et de la démocratie»² nécessitent que les Etats adoptent les mesures qui s’imposent pour renforcer la coopération en vue de prévenir et de combattre le terrorisme, ils n’en doivent pas moins, dans ce cadre, «veiller au respect de toutes les obligations qui leur incombent en vertu du droit international et les mesures adoptées doivent être conformes au droit international, en particulier aux instruments relatifs aux droits de l’homme et aux réfugiés ainsi qu’au droit humanitaire»³.

Or, si de nombreux Etats ont adopté des législations anti-terroristes, leur compatibilité avec les droits fondamentaux s’avère parfois préoccupante. L’étude des mécanismes adoptés par les Etats pour assurer la recherche, la détention, la poursuite ou le jugement des auteurs d’actes de terrorisme montre en effet que les droits et libertés individuels peuvent, dans la pratique, être «sacrifiés» sur l’autel de considérations sécuritaires, certains Etats ayant tendance à redéfinir et à «assouplir» les normes relatives aux droits de l’homme applicables en matière de terrorisme.

Le nouveau cadre exceptionnel mis en place par les Etats-Unis au lendemain des attentats du 11 septembre, destiné à mettre en œuvre la «*Global War on Terror*»⁴, en fournit une illustration topique. L’une des mesures phares de la nouvelle stratégie américaine de lutte contre le terrorisme a en effet consisté dans l’introduction d’un

2 Point 17 de la Déclaration et du Programme d’action de Vienne adoptés lors de la Conférence mondiale sur les droits de l’homme (14-25 juin 1993), 25 juin 1993, A/CONF.157/23, 12 juillet 1993.

3 Doc. ONU, S/RES/1456 (2003), 20 janvier 2003, § 6.

4 Voy. B. M. JENKINS, «From Combating Terrorism to the Global War on Terror», in P. KATONA, M. D. INTRILIGATOR and J. P. SULLIVAN, *Countering Terrorism and WMD: Creating a Global Counter-Terrorism Network*, London, Routledge, 2006, pp. 181-198.

néologisme dans le vocabulaire juridique international: la pratique des restitutions extraordinaires (*extraordinary renditions*)⁵ des «détenus de grande importance»⁶. L'expression désigne la pratique extrajudiciaire en vertu de laquelle des individus soupçonnés d'être impliqués dans des activités terroristes sont illégalement ou irrégulièrement arrêtés ou enlevés par les autorités d'un Etat pour être remis aux mains d'agents des Etats-Unis et/ou transférés vers un Etat tiers pour y être détenus et soumis à des méthodes d'interrogatoires dites «coercitives» afin d'obtenir d'eux des renseignements dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, ces renseignements étant subséquemment transmis aux autorités américaines. Dans le langage courant, l'expression désigne le programme secret mis en œuvre par la CIA pour arrêter, détenir et interroger hors du territoire des Etats-Unis des personnes soupçonnées de terrorisme⁷.

Ces transferts de détenus et ces «restitutions extraordinaires», procédés exorbitants du droit commun, s'avèrent contraires au droit international en ce qu'ils visent notamment à contourner les garanties procédurales attachées aux procédures classiques d'entraide judiciaire internationale, à l'instar de l'extradition. Les restitutions extraordinaires correspondent également à une violation de plusieurs normes relatives aux droits de l'homme, qu'il s'agisse de l'interdiction des arrestations arbitraires ou des disparitions forcées – dont les restitutions extraordinaires constituent bien souvent

5 Pour de plus amples développements sur les restitutions extraordinaires, voy. L. FISCHER, «Extraordinary Rendition: the Price of Secrecy», *American University Law Review*, vol. 57, n°5, 2008, pp. 1405-1451; S. GREY, *Les vols secrets de la CIA: comment l'Amérique a sous-traité la torture*, Paris, Calmann-Lévy, 2007, 504 p; B. HENDERSON, «From Justice to Torture: the Dramatic Evolution of U.S. Sponsored Renditions», *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 20, n°1, 2006, pp. 189-218; J. T. PARRY, «The Shape of Modern Torture: Extraordinary Rendition and Ghost Detainees», *Melbourne Journal of International Law*, vol. 6, n°2, 2005, pp. 516-533.

6 ASSEMBLEE PARLEMENTAIRE DU CONSEIL DE L'EUROPE, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, *Détentions secrètes et transferts illégaux de détenus impliquant des Etats membres du Conseil de l'Europe: second rapport*, rapporteur: M. Dick Marty, doc. 11302 rév., 11 juin 2007, § 22, p. 10.

7 L'existence de ce programme a officiellement été reconnue par le président Bush le 6 septembre 2006, l'existence de prisons secrètes de la CIA ayant été dévoilée dès octobre 2004 par *Human Rights Watch*. Voy. Human Rights Watch, «The United States "Disappeared". The CIA's Long-Term "Ghost Detainees"». A Human Rights Watch Briefing Paper», October 2004, 44 p. Cette pratique fut également dénoncée dès avril 2005 par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, dans un rapport consacré à la *Légalité de la détention de personnes par les Etats-Unis à Guantanamo Bay* (doc. 10497, 8 avril 2005). Ce rapport dénonçait la pratique illégale de la «détention secrète et de la restitution» et recommandait aux Etats membres du Conseil de l'Europe de «veiller à ce que leurs territoires et installations ne soient pas utilisées pour pratiquer la détention secrète ou la restitution, en violation éventuelle des principes des droits de l'homme internationaux», *ibid.*, § 10, vii).

le prélude⁸ – ou encore de la privation du droit d'accès à un tribunal impartial⁹. Cette pratique correspond en fait à un véritable «système de délocalisation et de sous-traitance de la torture»¹⁰. La plupart du temps, les suspects sont en effet transférés dans des Etats notoirement connus pour pratiquer la torture de telle sorte que la pratique de la restitution apparaît finalement comme qu'un moyen de torture « par procuration»¹¹.

L'existence, dans le cadre de la «guerre contre le terrorisme», d'un courant de pensée prônant un certain relativisme des valeurs face à l'impératif de la sécurité nationale conduit à s'interroger sur le champ d'application et sur la portée des instruments internationaux qui prohibent la torture en matière de terrorisme. Ceux-ci laissent-ils une place aux tentatives de justification de la torture présentées par certains Etats au nom de l'efficacité de la lutte contre le terrorisme?

Dans ce contexte, il apparaît intéressant d'analyser le cadre juridique applicable aux restitutions extraordinaires au regard de la Convention internationale des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, du 10 décembre 1984, qui constitue à ce jour l'instrument international de référence en la matière. La question se pose en effet de savoir dans quelle mesure les restitutions extraordinaires s'inscrivent dans le cadre du champ d'application de cette Convention.

Après avoir démontré, dans un premier temps, que la Convention internationale contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants a pleinement vocation à s'appliquer aux restitutions extraordinaires intervenant dans le cadre de la «guerre contre le terrorisme» (I), il conviendra, dans un second temps, de déterminer les dispositions topiques de la Convention auxquelles contrevient

8 Il est remarquable de constater que les restitutions extraordinaires embrassent les éléments de définition de la disparition forcée telle qu'elle résulte de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées du 20 décembre 2006. L'article 2 de la Convention énonce que l'on entend par disparition forcée «l'arrestation, la détention, l'enlèvement ou toute autre forme de privation de liberté par des agents de l'Etat ou par des personnes ou des groupes de personnes qui agissent avec l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement de l'Etat, suivi du déni de la reconnaissance de la privation de liberté ou de la dissimulation du sort réservé à la personne disparue ou du lieu où elle se trouve, la soustrayant à la protection de la loi». On relèvera en outre que cette Convention criminalise l'usage des lieux de détention secrets. Elle dispose en effet, en son article 17, que: «1. Nul ne sera détenu en secret [...]». Voy. B. TAXIL, «A la confluence des droits: la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées», *AFDI*, 2007, pp. 129-156.

9 Pour un panorama des diverses violations des droits de l'homme résultant des restitutions extraordinaires, voy. D. WEISSBRODT, A. BERGQUIST, «Extraordinary Rendition: a Human Rights Analysis», *Harvard Human Rights Journal*, vol. 19, 2006, pp. 123-160.

10 Voy. ASSEMBLEE PARLEMENTAIRE DU CONSEIL DE L'EUROPE, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, *Allégations de détentions secrètes dans des Etats membres du Conseil de l'Europe*, Note d'information II, Rapporteur: Dick Marty, AS/Jur (2006), 22 janvier 2006, § 85. Voy. aussi S. GREY, «Prisonniers sans frontières: les Etats-Unis inventent la délocalisation de la torture», *Le Monde diplomatique*, n°6, 13 avril 2005, p. 1 & pp. 10-11.

11 Ainsi que le relève Dick Marty, «[I]es restitutions extraordinaires et les détentions clandestines facilitent le recours à des traitements dégradants et à la torture. C'est même le but expressément recherché [...]». ASSEMBLEE PARLEMENTAIRE DU CONSEIL DE L'EUROPE, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, *Allégations de détentions secrètes dans des Etats membres du Conseil de l'Europe*, *op. cit.*, § 69.

la pratique des restitutions extraordinaires. Nous verrons à cet égard que c'est principalement sous l'angle de l'obligation de non-refoulement que les restitutions extraordinaires doivent être envisagées (II).

I. L'applicabilité de la Convention Internationale contre la Torture aux Restitutions Extraordinaires

Depuis la première proclamation internationale de son interdiction dans la Déclaration universelle des droits de l'homme¹², la prohibition internationale de la torture a progressivement acquis une dimension universelle. L'interdiction a en effet été reprise dans de nombreux instruments régionaux et internationaux, comme en témoignent l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme de 1950¹³, l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966¹⁴, l'article 5 de la Convention américaine des droits de l'homme du 22 novembre 1969¹⁵ ou encore l'article 5 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981¹⁶.

Au-delà de l'interdiction formelle de la torture consacrée dans ces différents instruments, il faut attendre le milieu des années quatre-vingt pour qu'un instrument conventionnel soit spécifiquement consacré à la torture. La Convention internationale contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1984¹⁷ est importante car elle est la seule parmi les instruments susmentionnés – qui se bornent à comporter des normes prohibitives – à consacrer la torture en

12 Article 5 de la Déclaration universelle des droits de l'homme: «[n]ul ne sera soumis à la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants». Si la Déclaration universelle des droits de l'homme, issue d'une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies, s'avère dépourvue de force juridique contraignante, elle revêt cependant une portée symbolique importante et a constitué le substrat juridique du cadre international de la lutte contre la torture. Voy. I. MOULIER, «L'article 5 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, substrat juridique du cadre international de lutte contre la torture», in *L'universalisme des droits en question(s). La Déclaration universelle des droits de l'homme, 60 ans après, Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux*, n°7, 2009, pp. 87-106.

13 «Nul ne peut être soumis à la torture, ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants».

14 Le Pacte étend la portée de l'interdiction aux expériences médicales ou scientifiques auxquelles une personne serait soumise sans son consentement.

15 Convention américaine relative aux droits de l'homme, San José, 22 novembre 1969. Pour de plus amples développements, voy. L. BURGORGUE-LARSEN, « La prohibition de la torture et ses équivalents dans le système interaméricain des droits de l'homme », in C.-A. CHASSIN (ed.), *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 23-46.

16 Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, 27 juin 1981. Doc. OUA, CAB/LEG/67/3, rev. 5.

17 Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 10 décembre 1984, entrée en vigueur le 26 juin 1987, RTNU, vol. 1465, p. 85. Au 1er mars 2010, 146 Etats étaient parties à cette Convention. Sur cette Convention, voy. J. H. BURGERS et H. DANIELIUS, *The United Nations Convention against Torture. A Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, International Studies in Human Rights, 1988, xii-271 p; C. CHANET, «La Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants», AFDI, 1984, pp. 625-636; M. NOWAK, *The United Nations Convention against Torture: a Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2008, XXVI-1649 p.

tant qu'infraction internationale à part entière, soit, autrement dit, à criminaliser la torture, en établissant une sanction en cas de violation de la règle comportementale posée¹⁸. La torture constitue désormais une infraction pénale autonome. L'article 4 de la Convention onusienne fait en effet obligation à tout Etat partie de veiller «à ce que tous les actes de torture constituent des infractions au regard de son droit pénal»¹⁹ et de rendre ces «infractions passibles de peines appropriées qui prennent en considération leur gravité»²⁰.

Selon l'article premier de la Convention, la torture consiste dans le fait d'infliger à une personne des souffrances aiguës, physiques ou morales, commises directement ou indirectement, 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, dans un but précis.

La définition de la torture ainsi précisée, il importe de présenter les principales spécificités de son interdiction. Elle revêt en premier lieu un caractère absolu qui est opposable en toutes circonstances, la lutte contre le terrorisme ne faisant pas exception à cette règle (A). L'interdiction revêt, en second lieu, une portée extraterritoriale, interdisant tout usage de la délocalisation de la torture (B).

A. L'interdiction Absolue de la Torture et des Mauvais Traitements en Toutes Circonstances

La prohibition de la torture s'avère particulièrement importante: elle constitue non seulement une norme indérogable (1) mais également une norme relevant du droit impératif (*jus cogens*) (2).

1. Une Interdiction Indérogable

Si les instruments internationaux ou régionaux de protection des droits de l'homme prévoient, dans certaines hypothèses, la possibilité d'appliquer des mesures dérogatoires aux droits qu'ils consacrent pour permettre aux Etats d'assurer leur sécurité nationale, le maintien de l'ordre public ou de la sûreté publique, certains droits, relevant du «noyau dur des droits de l'homme» n'admettent cependant aucune dérogation. Il en va précisément ainsi de la prohibition de la torture qui relève de la catégorie des «droits absolument intangibles»²¹ qui ne sont susceptibles d'aucune dérogation et qui s'appliquent en tous temps et en tous lieux, y compris «en cas de

18 La Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture signée le 9 décembre 1985 à Cartagena de Indias (Colombie), entrée en vigueur le 28 février 1987 (*Série des traités de l'OEA*, n°67), s'inscrit également dans le sens d'une criminalisation de la torture. L'article 6 de la Convention énonce que «[l]es Etats parties s'assurent que tout acte ou toute tentative de torture constituent des crimes selon leur droit pénal; ils établissent pour les punir des sanctions sévères tenant compte de leur gravité».

19 Article 4, paragraphe 1 de la Convention.

20 Article 4, paragraphe 2 de la Convention. La complicité, la tentative et la participation doivent également être pénalement incriminées en tant qu'actes de torture (Article 4, paragraphe 2 de la Convention).

21 Pour reprendre l'expression d'Olivier de FROUVILLE, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international: régime conventionnel des droits de l'homme et droit des traités*, Paris, Pedone, 2004, p. 117.

guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation»²². Le caractère indérogable de l'interdiction de la torture est rappelé avec force par la Convention des Nations Unies contre la torture qui dispose qu' :

«[a]ucune 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»²³.

Si la Convention internationale contre la torture ne cite expressément, au titre des «circonstances exceptionnelles», que l'état de guerre, l'instabilité politique intérieure ou tout autre état d'exception, il faut cependant considérer que les circonstances exceptionnelles incluent «toute menace d'acte terroriste ou de crime violent ainsi que le conflit armé, international ou non international»²⁴. Le Comité des Nations Unies contre la torture rejette ainsi «catégoriquement la pratique profondément préoccupante consistant pour les Etats à tenter de justifier la torture ou les mauvais traitements par la nécessité de protéger la sécurité publique ou d'éviter une situation d'urgence, que ce soit dans les situations susmentionnées ou dans toute autre situation [...]»²⁵.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme s'inscrit dans cette droite ligne²⁶. Si la Cour se déclare en effet «parfaitement consciente des énormes difficultés que rencontrent à notre époque les Etats pour protéger leur population de la violence terroriste»²⁷, elle n'en considère pas moins que «même en tenant compte de ces

22 Voy. l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme: «1. En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international. 2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'article 2 [droit à la vie], sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et aux articles 3 [interdiction de la torture], 4 (paragraphe 1) et 7». Voy. également l'article 4, paragraphe 2, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 qui s'inscrit dans cette droite ligne, en disposant notamment que l'article 7 n'est pas susceptible de dérogation.

23 Article 2, paragraphe 2 de la Convention. Au niveau régional, l'article 5 de la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture s'inscrit dans cette droite ligne: «[n]e peut être invoquée ni admise comme justification du crime de torture l'existence de certaines circonstances, telles que l'état de guerre, la menace de guerre, l'état de siège, l'état d'alerte, les bouleversements ou conflits intérieurs, la suspension des garanties constitutionnelles, l'instabilité politique interne et d'autres crises ou calamités publiques. Le caractère dangereux du détenu ou du condamné, l'insécurité de la prison ou du pénitencier ne peuvent justifier la torture».

24 Doc. ONU, COMITE CONTRE LA TORTURE, *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Observation générale n° 2. Application de l'article 2 par les Etats parties*, CAT/C/GC/2, 24 janvier 2008, § 5.

25 Doc. ONU, COMITE CONTRE LA TORTURE, *Observation générale n° 2, ibid.*, § 5.

26 V. not. CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, arrêt du 8 janvier 1978, série A, n° 25, § 163; *Chahal c. Royaume-Uni*, req. n° 22414/93, arrêt, 15 novembre 1996, § 79; *Selmouni c. France*, arrêt, 28 juillet 1999, § 95; *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, req. n° 35763/97, arrêt (Grande Chambre), 21 novembre 2001, § 59; *Chamaïev et autres c. Géorgie et Russie*, n° 36378/02, § 335; *Saadi c. Italie*, req. n° 37201/06, 28 février 2008, § 127.

27 CEDH, *Chahal c. Royaume-Uni*, req. n° 22414/93, arrêt, 15 novembre 1996, § 79.

facteurs, la Convention prohibe en termes absolus la torture ou les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, quels que soient les agissements de la victime»²⁸.

Les lignes directrices du Comité des ministres du Conseil de l'Europe relatives aux droits de l'homme et à la lutte contre le terrorisme (2002) ont d'ailleurs codifié la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur ce point. Le point IV, intitulé «Interdiction absolue de la torture», énonce en effet que:

«[l]e recours à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants est prohibé en termes absolus, en toutes circonstances, *notamment lors de l'arrestation, de l'interrogatoire et de la détention d'une personne soupçonnée d'activités terroristes* ou condamnée pour de telles activités, et quels qu'aient été les agissements dont cette personne est soupçonnée ou pour lesquels elle a été condamnée»²⁹.

Si le point XV des *Lignes Directrices* prévoit parallèlement la possibilité pour les Etats d'adopter, lorsque la lutte contre le terrorisme intervient dans une situation de guerre ou de danger public qui menace la vie de la nation, des mesures dérogeant provisoirement à certaines obligations résultant des instruments internationaux de protection des droits de l'homme, il n'en énonce pas moins, en son deuxième paragraphe, que:

«[l]es Etats ne peuvent toutefois, en aucun cas et quels qu'aient été les agissements de la personne soupçonnée d'activités terroristes [...] déroger [...] à l'interdiction de la torture ou des peines ou traitements inhumains ou dégradants, au principe de la légalité des peines et mesures, ainsi qu'à celui de la rétroactivité pénale»³⁰.

Au niveau international, l'Assemblée générale des Nations Unies rappelle également que «le droit d'être à l'abri de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants est un droit intangible qui doit être protégé en toutes circonstances, y compris en période de conflit armé ou de troubles internationaux ou internes»³¹.

Il faut en outre préciser que le caractère indérogable de l'interdiction de la torture a également vocation à s'appliquer aux traitements cruels, inhumains et dégradants. Une lecture textuelle de la Convention contre la torture pourrait certes laisser à penser que le caractère absolu de l'interdiction en toutes circonstances, y compris dans le

28 CEDH, *Chahal c. Royaume-Uni*, req. n° 22414/93, arrêt, 15 novembre 1996, § 79. Voy. aussi CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, arrêt, 18 janvier 1978, série A, n° 25, § 163. Pour un examen plus détaillé de la jurisprudence de la Cour, voy. I. MOULIER, «Interdiction de la torture v. efficacité de la lutte contre le terrorisme. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», in J.-P. MASSIAS (dir.), *La torture dans les démocraties contemporaines*, Paris, LGDJ, 2010 (Collection Fondation Alexandre et Marguerite Varenne), à paraître.

29 *Lignes directrices du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme* du 11 juillet 2002. Nous soulignons.

30 *Ibid.*

31 Doc. ONU, A/RES/60/148, 21 février 2006.

cadre de la lutte contre le terrorisme, ne s'applique qu'à la torture en tant que telle et n'embrasse pas la catégorie des traitements cruels, inhumains ou dégradants³², ceux-ci n'étant pas mentionnés à l'article 2 de la Convention. Contrairement à ce que la dénomination de la Convention suggère dans la mesure où son intitulé se réfère expressément aux traitements cruels, inhumains ou dégradants, il faut en effet déplorer son silence s'agissant de cette notion qui ne se trouve pas définie plus avant et qui ne se trouve surtout pas *expressis verbis* concernée par les dispositions substantielles de la Convention. Celle-ci a principalement pour objet la torture en tant que telle, c'est-à-dire telle que définie à l'article 1er. L'article 16 de la Convention énonce en effet que «[t]out Etat partie s'engage à interdire dans tout territoire sous sa juridiction d'autres actes constitutifs de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants qui ne sont pas des actes de torture telle qu'elle est définie à l'article premier [...]». Il dispose ensuite que «les obligations énoncées aux articles 10, 11, 12 et 13 de la Convention sont, *en particulier*, applicables moyennant le remplacement de la mention de la torture par la mention d'autres formes de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants». Or, ces articles ne visent que l'obligation des Etats parties de veiller à ce que l'enseignement et l'information concernant l'interdiction de la torture fassent partie intégrante de la formation du personnel militaire et civil intervenant lors de l'arrestation ou de la détention d'individus; l'obligation de surveiller les règles et méthodes d'interrogatoire relativement au traitement des personnes arrêtées et détenues en vue d'éviter la torture; l'obligation de veiller à ce que les autorités compétentes procèdent à une enquête impartiale chaque fois qu'il y a des motifs de croire qu'un acte de torture a été commis et enfin l'obligation pour chaque Etat partie d'assurer à toute personne qui prétend avoir été soumise à la torture sur tout territoire soumis à sa juridiction le droit de porter plainte devant les autorités compétentes. Dès lors, certains Etats considèrent que si l'interdiction de la torture est absolue en toutes circonstances, ce n'est cependant pas le cas des «mauvais traitements» qui pourraient ainsi faire l'objet de dérogations en présence de circonstances exceptionnelles, à l'instar de la lutte contre le terrorisme.

Cette interprétation est cependant erronée. Les obligations énoncées à l'article 16, s'agissant des obligations des Etats parties, ne sont en effet pas exhaustives ainsi que l'atteste l'adjectif «*en particulier*». Cette interprétation occulte en outre le droit international coutumier ainsi que les interdictions des traitements cruels, inhumains ou dégradants qui figurent dans d'autres instruments internationaux, à l'instar des Conventions de Genève de 1949 ou encore du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 dont l'article 7 interdit expressément la torture et les autres

32 Sans entrer dans le détail de la définition des traitements cruels, inhumains ou dégradants, on se bornera à mentionner que les traitements cruels et inhumains impliquent des souffrances qui n'atteignent pas l'intensité de la torture. Les traitements dégradants impliquent pour leur part l'humiliation de la victime ou des traitements qui sont disproportionnés par rapport aux circonstances. Sur cette notion, voy. F. SUDRE, «La notion de "peines et traitements inhumains ou dégradants" dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme», *RGDIP*, 1984, pp. 825-889.

peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Il convient en effet de lire l'article 2 de la Convention en étroite liaison avec le paragraphe 2 de l'article 16 qui dispose que «les dispositions de la présente Convention sont sans préjudice des dispositions de tout autre instrument international ou de la loi nationale qui interdisent les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants».

En 2008, le Comité contre la torture a, ce faisant, considéré que l'interdiction des mauvais traitements s'avérait elle aussi indérogeable en vertu de la Convention internationale contre la torture, en raison notamment du lien ontologique qui unit les traitements cruels, inhumains ou dégradants et la torture. Il a ainsi fait valoir que:

«l'obligation de prévenir la torture consacrée à l'article 2 est de portée large. Cette obligation et celle de prévenir les traitements inhumains, cruels ou dégradants (ci-après «mauvais traitements»), énoncée au paragraphe 1, de l'article 16, sont indissociables, interdépendantes et intimement liées. Dans la pratique, l'obligation de prévenir les mauvais traitements recoupe celle d'empêcher que des actes de torture ne soient commis et lui est dans une large mesure équivalente. En identifiant les moyens de prévenir les mauvais traitements, l'article 16 met l'accent «en particulier» sur les mesures énoncées aux articles 10 à 13, mais sans s'y limiter [...]. Dans la pratique, la ligne de démarcation entre les mauvais traitements et la torture est souvent floue. L'expérience montre que les circonstances qui sont à l'origine de mauvais traitements ouvrent souvent la voie à la torture; les mesures requises pour empêcher la torture doivent donc aussi s'appliquer à la prévention des mauvais traitements. C'est pourquoi le Comité a aussi considéré que l'interdiction des mauvais traitements était elle aussi intangible en vertu de la Convention et que leur prévention devait être efficace et ne souffrir aucune exception»³³.

2. Une Interdiction Relevant du *jus cogens*

L'interdiction universelle de la torture est considérée par un certain nombre d'auteurs et d'instances comme constituant une norme coutumière relevant du *jus cogens*, c'est-à-dire 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»³⁴. C'est en raison de l'interdiction sans exception de la torture que les juridictions internationales considèrent que la torture constitue une norme de *jus cogens*. On doit au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie d'avoir affirmé,

³³ Doc. ONU, COMITE CONTRE LA TORTURE, *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Observation générale n° 2. Application de l'article 2 par les Etats parties*, CAT/C/GC/2, 24 janvier 2008, § 3.

³⁴ Article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969.

le premier, en 1998, la nature de *jus cogens* de l'interdiction de la torture dans l'affaire *Furundzija*. Le Tribunal précise, à propos de l'interdiction de la torture, qu' :

«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'. La conséquence la plus manifeste en est que les Etats ne peuvent déroger à ce principe par le biais de traités internationaux, de coutumes locales ou spéciales ou même de règles coutumières générales qui n'ont pas la même valeur normative»³⁵.

Le Tribunal ajoute encore que:

«[c]lairement, 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»³⁶.

La Cour européenne des droits de l'homme a ensuite repris à son compte cette qualification dans son arrêt rendu en 2001 dans l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni*³⁷. Après avoir souligné que «l'importance primordiale que revêt l'interdiction de la torture est de plus en plus reconnue, comme en témoignent d'autres domaines du droit international»³⁸, la Cour s'est en effet expressément fondée sur la jurisprudence du TPIY et sur le jugement de la Chambre des Lords rendue dans l'affaire *Pinochet*³⁹ pour admettre, à son tour, «que l'interdiction de la torture est devenue une règle impérative du droit international»⁴⁰. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a suivi une démarche similaire et ne manque pas de rappeler, dans sa jurisprudence, que l'article 5 de la Convention constitue une norme de *jus cogens*⁴¹.

35 TPIY, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, affaire n° IT-95-17/1-T10, Chambre de première instance II, jugement, 10 décembre 1998, § 151.

36 TPIY, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, *ibid.*, § 154.

37 CEDH, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, req. n°35763/97, arrêt (Grande Chambre), 21 novembre 2001.

38 CEDH, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, *ibid.*, § 60.

39 Dans l'affaire *Pinochet* soumise aux tribunaux britanniques, les Lords se sont en effet attachés à l'examen de la prohibition de la torture en droit international pour reconnaître que celle-ci avait probablement atteint la dimension d'une norme de *jus cogens* qui imposerait aux Etats des obligations *erga omnes*. *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No 3)*, House of Lords, 24 mars 1999, *International Law Reports*, vol. 119, pp. 137-247.

40 CEDH, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 63.

41 Voy. not. CIDH, *De la Cruz Flores c. Pérou*, 18 novembre 2004, Série C, n° 115, § 125; *Tibi c. Equateur*, 7 septembre 2004, Série C, n° 114, § 143; *Caesar c. Trinité et Tobago*, 11 mars 2005, Série C, n° 123, § 59.

La qualification d'une norme en tant que norme de *jus cogens* emporte différentes conséquences juridiques⁴². Consubstantielle au droit des traités, la notion de *jus cogens* signifie qu'une norme juridique qui relève de cette catégorie ne peut, en aucune circonstance, être écartée par voie d'accord entre deux ou plusieurs Etats. Le cas échéant, «est nul tout traité, qui, au moment de sa conclusion est en conflit avec une norme impérative du droit international général»⁴³. Or, on imagine difficilement deux ou plusieurs Etats conclure un traité international pour violer délibérément une norme fondamentale de protection des droits de l'homme. Si le fait qu'une norme juridique relève du *jus cogens* signifie qu'elle ne peut, en aucune circonstance, être écartée par voie d'accord, entre deux ou plusieurs Etats, il semble ainsi que la notion, à toutes fins pratiques, ne s'applique pas tant à des accords entre Etats qu'à des situations où la dérogation à une norme impérative prend la forme d'une action unilatérale accomplie en violation de la norme impérative. Pour le TPIY,

«le fait que la torture est prohibée par une norme impérative du droit international a [...] des effets aux échelons interétatique et interindividuel. A l'échelon interétatique, elle sert à priver internationalement de légitimité tout acte législatif, administratif ou judiciaire autorisant la torture. Il serait absurde d'affirmer d'une part, que vu la valeur de jus cogens de l'interdiction de la torture, les règles coutumières prévoyant la torture sont nuls et non avenus ab initio et de laisser faire, d'autre part, les Etats qui, par exemple, prennent des mesures nationales autorisant ou pratiquant la torture. Si pareille situation devait se présenter, les mesures nationales violant le principe général et toute disposition conventionnelle pertinente auraient les effets juridiques évoqués ci-dessus et ne seraient au surplus pas reconnues par la communauté internationale»⁴⁴.

Les développements qui précèdent montrent ainsi la large portée progressivement acquise par l'interdiction de la torture, son caractère absolu et non susceptible de suspension ou de dérogation soulignant l'importance capitale du droit de ne pas être soumis à la torture et autres mauvais traitements. Pour autant, la proclamation de l'interdiction de la torture, aussi impérative soit-elle, n'empêche pas certains Etats d'affirmer qu'elle n'a pas en tout état de cause vocation à s'appliquer dans le cadre des restitutions extraordinaires en raison du champ d'application géographique de la Convention.

42 De manière générale, voy. E. de WET, «The Prohibition of Torture as an International Norm of *Jus Cogens* and its Implication for National and Customary Law», *EJIL*, n°1, 2004, pp. 97-121.

43 Article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

44 TPIY, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, *op. cit.*, § 155.

B. Les Restitutions Extraordinaires au Regard du Champ d'Application Spatial de la Convention

Le droit international des droits de l'homme se conçoit comme un droit imposant à l'Etat des obligations vis-à-vis des personnes se trouvant en son pouvoir et c'est généralement l'assise territoriale de l'Etat qui détermine l'application spatiale du droit international des droits de l'homme, c'est à dire sa «juridiction». Les dispositions de la Convention internationale contre la torture ont ainsi vocation à s'appliquer «à tout territoire sous la juridiction de l'Etat partie»⁴⁵. Certains Etats, au premier rang desquels figurent les Etats-Unis, retiennent une conception essentiellement territoriale de la notion de juridiction, interprétant leurs obligations, applicables à tout territoire placé sous leur juridiction, comme signifiant que les obligations en question s'appliquent exclusivement à leur territoire *de jure*.

En vertu de cette conception territoriale de la notion de «juridiction», les obligations énoncées dans la Convention internationale contre la torture n'auraient pas vocation à s'appliquer aux individus détenus dans les centres de détention qui se situent à l'étranger, c'est-à-dire en dehors du territoire des Etats contractants. Elles ne viseraient ainsi pas les transferts de détenus opérés par les Etats dans le cadre des restitutions extraordinaires.

Cette approche restrictive de la notion de juridiction doit cependant être réfutée. Elle s'oppose en effet le but même de la Convention qui est d'appeler les Etats à éliminer la torture et les mauvais traitements en toutes circonstances. Elle conférerait en outre aux agents des Etats-Unis un total blanc-seing pour commettre des mauvais traitements dans les lieux de détention secrets placés sous le contrôle de la CIA, à l'étranger. Le Comité des Nations Unies contre la torture a d'ailleurs condamné l'acception restrictive retenue en la matière par les Etats-Unis. Il a, à ce propos, fait valoir que :

«l'Etat partie devrait reconnaître et garantir que les dispositions de la Convention qui visent expressément les «territoires sous la juridiction» de l'Etat partie s'appliquent et bénéficient pleinement à toutes les personnes placées sous leur juridiction, quelles qu'elles soient et où qu'elles se trouvent dans le monde»⁴⁶.

Le caractère absolu de l'interdiction de la torture milite en fait en faveur d'une interprétation large de cette notion. L'interdiction de la torture doit ainsi nécessairement être comprise comme ayant vocation à protéger quiconque, ressortissant ou non-

45 Voy. par exemple l'article 2 de la Convention qui fait obligation à chaque Etat partie de prendre des mesures administratives, judiciaires et autres pour empêcher que des actes de torture soient commis «dans tout territoire sous sa juridiction».

46 Doc. ONU, COMITE CONTRE LA TORTURE, *Examen des rapports soumis par les Etats parties en application de l'article 19 de la Convention. Conclusions et recommandations du Comité contre la torture. Etats-Unis d'Amérique*, trente-sixième session, 1er-19 mai 2006, CAT/C/USA/CO/2, 25 juillet 2006, § 15. Nous soulignons.

ressortissant, «relève de droit ou de fait d'un Etat partie»⁴⁷. Précisant la portée dans l'espace de la Convention internationale contre la torture, le Comité des Nations Unies contre la torture a utilement indiqué, dans son *Observation générale n°2 relative à l'application de l'article 2 par les Etats parties*, du 24 janvier 2008, que:

«le «territoire» s'étend à toutes les régions sur lesquelles l'Etat partie exerce de fait ou de droit, directement ou indirectement, en tout ou en partie, un contrôle effectif, conformément au droit international. [...] [L]a référence à «tout territoire» [qui figure dans les dispositions pertinentes de la Convention] concerne les infractions commises non seulement à bord d'un navire ou d'un aéronef immatriculé sur le registre d'un Etat partie, mais aussi pendant une occupation militaire ou des opérations de maintien de la paix et dans des lieux tels qu'une ambassade, une base militaire, des locaux de détention ou tout autre espace sur lequel un Etat partie exerce un contrôle effectif. [...] La notion de «territoire» s'étend en outre aux situations dans lesquelles l'Etat partie exerce, directement ou indirectement, de fait ou de droit un contrôle sur les détenus»⁴⁸.

Ce faisant, les restitutions extraordinaires et les détentions à l'étranger de personnes suspectées d'avoir commis des actes de terrorisme s'inscrivent pleinement dans le cadre du champ d'application de la Convention internationale contre la torture.

II. Les Restitutions Extraordinaires au Regard de l'Interdiction Internationale du Non-Refoulement

Dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, les mesures d'éloignement forcé des étrangers apparaissent comme un moyen de prévenir la commission de troubles sur le territoire national et de s'assurer que celui-ci ne devienne pas la base arrière d'un groupe terroriste. Dans la mesure où les Etats disposés à «accueillir» des personnes suspectées de terrorisme sont rares, seul le refoulement de l'individu soupçonné de terrorisme vers son Etat d'origine est, dans ce cadre, généralement envisageable. Depuis le 11 septembre 2001, certains Etats ont ainsi extradé, expulsé, déporté ou transféré des étrangers, soupçonnés de terrorisme, vers leur pays d'origine ou vers d'autres Etats. Le contentieux relatif aux «transferts» de personnes soupçonnées de terrorisme de l'Etat sur le territoire duquel ils se trouvent vers l'Etat dont ils sont ressortissants donne cependant lieu à des difficultés récurrentes, ces Etats «destinataires» n'étant pas toujours exemplaires en ce qui concerne le respect des

47 Doc. ONU, COMITE CONTRE LA TORTURE, Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. *Observation générale n° 2. Application de l'article 2 par les Etats parties*, CAT/C/GC/2, 24 janvier 2008, § 7.

48 Doc. ONU, COMITE CONTRE LA TORTURE, Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. *Observation générale n° 2. Application de l'article 2 par les Etats parties*, CAT/C/GC/2, 24 janvier 2008, § 16.

droits de l'homme. A l'examen, il apparaît en fait que cette pratique contrevient aux obligations internationales des Etats en vertu de la Convention internationale contre la torture, précisément à l'obligation de non-refoulement qu'elle contient (A). Le recours aux «assurances diplomatiques» n'est pas, à cet égard, susceptible de permettre aux Etats de se décharger de leur obligation de non-refoulement (B).

A. L'Obligation de Non-Refoulement Énoncée dans la Convention contre la Torture

L'article 3 de la Convention internationale contre la torture énonce une interdiction absolue du refoulement en ces termes:

- «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»⁴⁹.

Si la Convention internationale contre la torture ne garantit certes pas le droit de ne pas être extradé ou expulsé, l'extradition ou l'expulsion peuvent en revanche s'avérer contraires aux dispositions de la Convention contre la torture et engager la responsabilité de l'Etat. Le Comité contre la torture a ainsi indiqué qu'en vertu de l'article 3, un Etat qui envisage de «transférer» une personne dans un autre Etat devait effectuer une évaluation objective de la situation de l'Etat de destination et une évaluation subjective du danger que court la personne, celle-ci devant pouvoir apporter la preuve d'un risque «individualisé» d'être soumis à la torture. Le transfert ne doit pas avoir lieu si ces évaluations mènent à la conclusion qu'il existe des motifs plus importants que de simples soupçons de croire à un risque de torture. La probabilité de torture n'a cependant pas besoin d'être élevée pour que l'interdiction s'applique⁵⁰.

⁴⁹ Nous soulignons. On relèvera ici que la protection accordée par l'article 3 de la Convention contre la torture est plus large que celle prévue aux articles 32 et 33 de la Convention des Nations Unies de 1951 relative au statut des réfugiés qui pose le principe général selon lequel les Etats contractants n'expulseront un réfugié se trouvant régulièrement sur leur territoire que pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public (article 32). L'article 33 énonce toutefois qu'aucun des Etats contractants n'expulsera ou ne refoulera 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. Le paragraphe 2 dudit article n'en énonce pas moins ensuite que le bénéfice de la disposition qui précède ne pourra pas être invoquée par un réfugié qu'«il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve [...]».

⁵⁰ NATIONS UNIES, COMITÉ CONTRE LA TORTURE, *Observation générale n° 1: Application de l'article 3 dans le contexte de l'article 22 de la Convention contre la torture*, A/53/44, annexe IX, 21 novembre 1997; Doc. ONU, *Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, A/59/324, 1er septembre 2004, § 8.

S'il n'est ainsi pas nécessaire que le risque soit certain⁵¹, il doit cependant exister des motifs sérieux et avérés de penser que la mesure d'éloignement exposera l'individu à un risque «réel» de torture.

La jurisprudence développée par la Cour européenne des droits de l'homme confirme également la protection contre l'expulsion vers un pays où un individu risquerait d'être soumis à la torture ou à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Si l'article 3 de la Convention européenne – qui interdit la torture ou les traitements cruels inhumains ou dégradants – ne prévoit en effet aucune obligation de non-refoulement à l'instar de celle contenue dans la Convention contre la torture, la Cour a cependant inclus dans le champ de l'article 3 certaines situations qu'il ne prévoit pas. Si la Convention européenne ne consacre pas, dans l'absolu, un droit à ne pas être extradé, expulsé ou reconduit à la frontière, elle énonce cependant expressément le droit de ne pas être soumis à la torture ou à des traitements cruels, inhumains ou dégradants. Dès lors, la Cour considère que l'interdiction de la torture emporte, par ricochet, un droit à ne pas être extradé, éloigné ou reconduit à la frontière lorsqu'une telle mesure aurait pour conséquence d'exposer l'individu concerné à la torture ou à des traitements cruels, inhumains ou dégradants⁵².

Dans le même ordre d'idées, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a considéré que cette obligation de non-refoulement, protégeant les individus contre la torture, consistait en une protection par ricochet qui résultait du caractère de *jus cogens* reconnu à l'interdiction de la torture. Selon le TPIY, «l'interdiction de la torture est une norme impérative ou *jus cogens*. Cette interdiction est si large que les Etats ne peuvent, sans enfreindre le droit international, expulser, refouler ou extraditer une personne vers un autre Etat où des motifs sérieux portent à croire qu'elle risque d'être soumise à la torture»⁵³.

Tout en reconnaissant le caractère absolu de l'interdiction de la torture et l'obligation de non-refoulement qui leur incombe au titre de l'article 3 de la Convention, certains Etats – dont les Etats-Unis – font cependant valoir que cet article n'a pas vocation à couvrir les transferts de détenus qui interviennent dans le cadre des restitutions extraordinaires. Ils font à cet égard valoir que si l'article 3 se réfère à l'extradition ou à l'expulsion, il ne mentionne pas, en revanche, les «arrestations extraterritoriales» qui ne seraient dès lors par couvertes par cette disposition. L'enlèvement d'une personne

51 Doc. ONU, COMITE CONTRE LA TORTURE, *Observation générale n° 1...*, *op. cit.*, 21 novembre 1997, § 6.

52 CEDH, *Soering c. Royaume-Uni*, arrêt, 7 juillet 1989, § 88: «un Etat contractant se conduirait d'une manière incompatible avec les valeurs sous-jacentes à la Convention [...] s'il remettait consciemment un fugitif – pour odieux que puisse être le crime reproché – à un autre Etat où il existe des motifs sérieux de penser qu'un danger de torture menace l'intéressé. Malgré l'absence de mention expresse dans le texte bref et général de l'article 3, pareille extradition irait manifestement à l'encontre de l'esprit de ce dernier; aux yeux de la Cour, l'obligation implicite de ne pas extraditer s'étend aussi au cas où le fugitif risquerait de subir dans l'Etat de destination des peines ou traitements inhumains ou dégradants pros crits par ledit article (art. 3)».

53 TPIY, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, *op. cit.*, § 144.

dans un pays en vue de son «transfert» vers un autre pays ne constituerait pas plus une mesure d'expulsion au sens de l'article 3. En outre, si ces individus sont «remis» à un Etat sur le territoire duquel ils ne résidaient pas préalablement, il ne serait pas juridiquement possible de parler de «refoulement». Enfin, si de telles restitutions ne sont pas effectuées par le biais de la mise en œuvre d'un accord d'extradition, elles ne sauraient être qualifiées de mesure d'extradition au sens de l'article 3⁵⁴.

Au-delà de ces subtiles querelles terminologiques avancées par les Etats pour se soustraire à leurs obligations, cette argumentation s'avère en fait dénuée de fondement au regard du caractère indérogable de l'interdiction de la torture qui appelle une interprétation large de l'article 3. L'interdiction de la torture est en effet absolue en toutes circonstances ce, quels que soient les moyens illégaux ou les dénominations utilisées pour «renvoyer» ou remettre un individu. Une interprétation téléologique de l'article 3 en relation avec le caractère indérogable de l'interdiction de la torture permet ainsi de conclure que l'obligation de non-refoulement a vocation à s'appliquer à toutes les opérations par l'intermédiaire desquelles un individu est transféré vers un autre Etat, quel que soit le procédé utilisé pour ce faire. Il a donc vocation à s'appliquer aux restitutions extraordinaires⁵⁵. Le Rapporteur spécial contre la torture, dans son rapport rendu en 2004, à, à cet égard, indiqué que les restitutions extraordinaires contrevenaient à l'obligation de non-refoulement:

«Le Rapporteur spécial est gravement préoccupé par le développement de pratiques qui portent atteinte à ce principe. Selon l'une de ces pratiques, les autorités de police remettent des personnes aux autorités de police d'un pays sans l'intervention d'une autorité judiciaire et sans que les personnes concernées aient la possibilité d'entrer en contact avec un avocat ou avec leur famille. Le Comité contre la torture, tout en reconnaissant la nécessité que les Etats établissent entre eux une coopération étroite dans la lutte contre la criminalité et s'accordent sur des mesures efficaces dans ce sens, a cependant été d'avis que cette pratique constituait une violation de l'article 3 de la Convention»⁵⁶.

Certains Etats ont également fait valoir qu'en cas d'expulsion ou de refoulement, les «mauvais traitements» ne seraient pas administrés par eux-mêmes mais par les autorités d'un Etat tiers. Il faudrait dès lors distinguer les traitements directement

54 Sur cette argumentation, voy. D. WEISSBRODT, A. BERGQUIST, «Extraordinary Rendition and the Torture Convention», *Virginia Journal of International Law*, vol. 46, n° 4, 2006, pp. 608-609.

55 J. H. BURGERS & H. DANIELIUS, *The United Nations Convention against Torture. A Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, International Studies in Human Rights, 1988, p. 126: «*as it now reads, the article is intended to cover all measures by which a person is physically transferred to another state*».

56 NATIONS UNIES, *Rapport intérimaire sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants présenté par M. Theo van Boven*, rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme en application de la résolution 58/164 du 22 décembre 2003, § 29.

infligés par un Etat signataire de ceux qui pourraient être infligés par les autorités d'un Etat tiers, les droits du requérant devant alors être mis en balance avec les intérêts de la collectivité dans son ensemble⁵⁷. Pour autant, lorsqu'un Etat partie à la Convention adopte une mesure d'éloignement à l'égard d'un étranger qui est exposé à un risque de torture dans le pays vers lequel la mesure sera exécutée, il prend une décision qui a pour conséquence – certes de façon indirecte – de soumettre l'intéressé à des actes de torture. L'Etat qui prend la décision de refoulement se rend en quelque sorte « complice » d'une violation de la Convention contre la torture. Son comportement peut alors être considéré comme une violation de son obligation de prévention de la torture et de son obligation d'adopter des mesures efficaces pour empêcher, conformément au paragraphe 1 de l'article 2, que des actes de torture ne soient commis⁵⁸. Comme l'a très justement rappelé le TPIY dans l'affaire *Furundzija*, «il ne suffit pas d'intervenir après coup, quand il a été porté irrémédiablement atteinte à l'intégrité physique ou morale des êtres humains. Les Etats sont tenus de prendre toutes les mesures qui peuvent prévenir le recours à la torture»⁵⁹.

Dès lors, il convient de considérer, au regard du principe de non-refoulement, que les Etats ont l'obligation fondamentale d'empêcher que des actes de torture ne puissent être commis en ne plaçant pas une personne sous le contrôle d'un autre Etat dans lequel il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture.

Enfin, si l'on s'en tient à la lettre de l'article 3 de la Convention internationale contre la torture, l'interdiction du refoulement ne s'applique pas *expressis verbis* aux transferts ou remises de personnes dans des Etats où ceux-ci risqueraient d'être soumis à *des traitements cruels, inhumains ou dégradants*, dont il n'est pas fait mention. Si, à l'origine, les rédacteurs de la Convention avaient envisagé d'étendre la rédaction de l'article 3 aux traitements cruels, inhumains ou dégradants, cette proposition ne fut en effet pas retenue⁶⁰. Cette «omission» est source d'ambiguïtés en ce qu'elle laisse ouverte la possibilité pour certains Etats d'extrader, d'expulser ou de refouler des étrangers dans des pays où ils subiront des traitements cruels, inhumains ou dégradants. Si ces traitements n'atteignent pas le degré d'intensité nécessaire pour tomber sous le coup de la torture, les Etats ne pourraient se voir reprocher de manquer à leurs obligations conventionnelles. Si le libellé de l'article 3 peut ainsi prêter le flanc à la critique, il doit toutefois être lu en relation avec l'article 16, paragraphe 2, qui dispose que «les dispositions de la présente Convention sont sans préjudice des dispositions de tout autre instrument international ou de la loi nationale qui interdisent les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, ou qui ont trait à l'expulsion ou à l'extradition». De surcroît, la jurisprudence des organes internationaux et régionaux de protection des

57 C'est notamment l'argumentation qui a été développée par l'Italie dans l'affaire *Saadi*. Voy. CEDH, *Saadi c. Italie*, arrêt, Grande Chambre, 28 février 2008, §§ 120-122.

58 COMITE CONTRE LA TORTURE, *Observation générale n° 2...*, *op. cit.*, § 19.

59 TPIY, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, *op. cit.*, § 148.

60 J. H. BURGERS & H. DANIELIUS, *The United Nations Convention against Torture...*, *op. cit.*, p. 150.

droits de l'homme a interprété, de manière constante, l'interdiction de la torture et des traitements cruels inhumains ou dégradants comme impliquant implicitement l'interdiction de ne pas refouler un étranger qui risquerait d'être soumis tant à des actes de torture qu'à des actes inhumains, cruels ou dégradants⁶¹. Les lignes directrices sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme, adoptées par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 11 juillet 2002 s'inscrivent également, en ce sens:

«[l']Etat qui fait l'objet d'une demande d'asile a l'obligation de s'assurer que le refoulement éventuel du requérant dans son pays d'origine ou dans un autre pays ne l'exposera pas à la peine de mort, à la torture ou des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Il en va de même en cas d'expulsion»⁶².

Ainsi l'interdiction de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants s'applique-t-elle aux transferts impliquant un risque de torture et de mauvais traitements et l'Etat de transfert peut, à ce titre, voir sa responsabilité engagée, pour violation de la Convention. Le Comité contre la torture l'a récemment rappelé dans son *Observation générale n° 2*:

«dans le cas où un individu doit être transféré ou dirigé à des fins de garde ou de surveillance vers une personne ou une institution, publique ou privée, dont on sait qu'elle a été impliquée dans des actes de torture ou des mauvais traitements ou qu'elle n'a pas mis en place de garanties suffisantes, l'Etat est tenu pour responsable et ses agents passibles de sanctions pour avoir ordonné ce transfert, l'avoir autorisé ou y avoir participé, ce qui constitue un manquement de l'Etat à son obligation d'adopter des mesures efficaces pour empêcher que des actes de torture ne soient commis»⁶³.

Dès lors, il convient de considérer, au regard du principe de non-refoulement, que les Etats ont l'obligation fondamentale d'empêcher que des actes de torture ne puissent être commis en ne plaçant pas une personne sous le contrôle d'un autre Etat dans lequel il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture ou à des mauvais traitements.

61 Ainsi, par exemple, dans son observation générale n° 20, le Comité des droits de l'homme énonce que «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». Doc. ONU, Haut-Commissariat aux droits de l'homme, Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 20 concernant l'interdiction de la torture et des traitements cruels (article 7)*, 10 mars 1992, § 9.

62 Point XII, § 2 des *Lignes directrices du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme* du 11 juillet 2002.

63 Doc ONU, COMITE CONTRE LA TORTURE, *Observation générale n° 2, op. cit.*, § 19.

B. Le Recours Contestable aux Assurances Diplomatiques pour Contourner l'Interdiction du Refoulement

Certains Etats ont trouvé une «parade» pour contourner le respect de leur obligation de non-refoulement. Celle-ci consiste à faire valoir qu'ils sollicitent, préalablement au transfert de la personne en question, des «assurances diplomatiques» de la part de l'Etat de destination⁶⁴, en vertu desquelles l'Etat d'accueil s'engage formellement à ne pas soumettre la personne qui lui sera remise à des actes de torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. Ces assurances diplomatiques prennent des formes variées, qu'il s'agisse d'engagements écrits ou de simples promesses verbales. Certaines assurances se bornent à faire valoir que le gouvernement d'accueil respectera sa législation nationale ou ses obligations par rapport au droit international des droits de l'homme. D'autres comportent des dispositions prévoyant un contrôle au retour dans le pays d'accueil, consistant en l'organisation de visites périodiques des représentants de l'Etat d'envoi dans l'Etat de destination. Ces «assurances diplomatiques» sont censées réduire la probabilité que la personne soit torturée à son retour.

A l'analyse, ce recours aux assurances diplomatiques appelle cependant les plus grandes réserves.

La difficulté inhérente à ces assurances réside en ce que «le simple fait de chercher à obtenir de telles assurances peut être considéré comme la reconnaissance tacite par l'Etat d'envoi que la personne transférée court effectivement le risque d'être torturée»⁶⁵.

De plus, la valeur de ces assurances diplomatiques s'avère problématique. Il s'agit en effet d'un engagement formel de l'Etat d'accueil, non juridiquement contraignant et dont le respect relève en définitive du ressort de la bonne foi et de la confiance mutuelle entre Etats. Leur éventuelle violation ne comporte ainsi aucune conséquence juridique ni aucune sanction. Rien ne permet en effet de contraindre les Etats à honorer de telles promesses et rien n'incite de surcroît les Etats intéressés à révéler que des abus ont été commis. L'Etat expéditeur ne sera guère enclin à constater qu'il y a eu torture ou mauvais traitements parce qu'il admettrait par là même avoir enfreint son obligation absolue de ne pas renvoyer une personne exposée à un risque de torture. L'Etat d'accueil y sera encore moins incité dans la mesure où admettre que le prévenu en question a effectivement été soumis à des actes de torture signifierait reconnaître qu'il a violé l'interdiction internationale de la torture qui a valeur coutumière de même que ses engagements envers l'Etat expéditeur.

64 Voy. K. R. HAWKINS, «The Promises of Torturers: Diplomatic Assurances and the Legality of "Rendition"», *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 20, n° 2, 2006, pp. 213-268; J. C. KIM, «NonRefoulement under the Convention against Torture: How U.S. Allowances for Diplomatic Assurances Contravene Treaty Obligations and Federal Law», *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 32, n° 3, 2007, pp. 1227-1261; G. NOLL, «Diplomatic Assurances and the Silence of Human Rights», *Melbourne Journal of International Law*, vol. 7, 2006, pp. 104-126.

65 Nations Unies, ECOSOC, *Rapport de l'expert indépendant sur la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte anti-terroriste*, E/CN.4/2005/103, 7 février 2005.

On pourra certes faire valoir que le recours à de telles assurances est fréquent en matière d'extradition d'un individu vers un Etat dans lequel la peine de mort est en vigueur. On objectera toutefois que si les assurances destinées à s'assurer que la peine de mort ne sera pas recherchée ni appliquée peuvent être appropriées dans la mesure où leur respect est aisément contrôlable et qu'il est possible de protester contre leur violation éventuelle avant qu'une exécution ait lieu, il en va différemment en ce qui concerne la torture et les mauvais traitements. En dehors en effet de mesures de contrôle très sophistiquées, comme par exemple une surveillance vidéo permanente du détenu, la surveillance est impossible à pratiquer dans la plupart des cas⁶⁶, la torture étant par nature clandestine. En outre, les contrôles sur place qui consistent en des visites de représentants de l'Etat d'envoi auprès du détenu dans l'Etat de destination ne s'avère à l'évidence pas suffisante pour protéger l'individu en cause contre la torture, de manière efficace, en raison de leur caractère périodique. Ces techniques de contrôle, qui sont d'ailleurs assez rares, apparaissent à l'examen comme une «procédure de contrôle rudimentaire»⁶⁷. Enfin, comme le Haut Commissaire aux droits de l'homme l'a fait valoir:

«[a]lors que les détenus peuvent, collectivement, dénoncer leurs bourreaux s'ils sont consultés en privé et de manière anonyme, un individu isolé aura moins tendance à révéler les mauvais traitements dont il a fait l'objet s'il sait qu'il restera sous le contrôle de ses tortionnaires après le départ des «sondeurs» »⁶⁸.

Ainsi, dans les cas où des assurances diplomatiques contre la torture sont émises, les Etats expéditeurs peuvent se trouver dans l'incapacité d'identifier une violation de ces assurances; ils ne seront en tout état de cause en mesure d'identifier une violation de ces assurances seulement après que la torture ait été commise compte tenu du secret qui entoure la commission d'actes de torture.

Le recours à ces assurances diplomatiques crée au surplus des «doubles standards» en ce qu'il institue deux catégories de régimes pour les détenus: un régime de protection bilatérale et de surveillance spécifique pour une catégorie de détenus «protégés» par les assurances qu'ils ne seront pas soumis à la torture ou autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et un autre régime pour les

66 COMMISSION EUROPEENNE DE LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT (COMMISSION DE VENISE), *Avis sur les obligations légales internationales des Etats membres du Conseil de l'Europe concernant les lieux de détention secrets et le transport interétatique des prisonniers adopté par la Commission de Venise*, lors de sa 66ème session plénière, Venise, 17-18 mars 2006, avis n° 363/2005, CDL-AD(2006)009, § 140.

67 NATIONS UNIES, Conseil économique et social, Commission des droits de l'homme, soixante et unième session, Point 17 de l'ordre du jour provisoire, *Promotion et protection des droits de l'homme. Protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, Note de la Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme*, E/CN.4/2005/103, 7 février 2005, § 56.

68 Déclaration de Louise Arbour, Haut-Commissaire aux droits de l'homme à l'occasion de la Journée internationale des droits de l'homme, 7 décembre 2005.

détenus du pays qui peuvent être confrontés à la torture sans bénéficier d'une telle protection. L'introduction de ce double standard s'avère en totale contradiction avec les instruments universels de protection des droits de l'homme qui ont vocation à s'appliquer à tous, de manière égale et dont la finalité ne vise pas, à l'évidence, à introduire une protection différenciée et sélective⁶⁹.

La Cour européenne des droits de l'homme a pu donner l'impression, dans l'affaire *Mamatkulov*, que les garanties reçues dans le cadre d'une extradition/déportation pouvaient s'avérer à même d'éliminer tout risque réel de torture, même lorsque les procédures de contrôle n'étaient pas étendues⁷⁰. Il convient toutefois de ne pas surestimer la «caution» que la Cour a pu sembler donner à ces assurances diplomatiques. La haute juridiction a en effet simplement «pris formellement connaissance des notes diplomatiques des autorités ouzbeks transmises par le gouvernement turc»⁷¹. De plus, la Cour a estimé que pour contrôler l'existence du risque de torture, il fallait «se référer par priorité aux circonstances dont l'Etat en cause avait ou devait avoir connaissance au moment de l'extradition»⁷². Depuis cette date, «l'expérience acquise montre que le risque de torture semble plus important que ce qui avait été prévu auparavant, malgré les assurances. La Commission [européenne de la démocratie par le droit (la Commission de Venise)] constate que l'acceptation de garanties contre la torture ne constitue plus dans ces circonstances un garde-fou aussi sûr. Lorsqu'il existe des éléments concrets permettant de soupçonner qu'un pays pratique ou tolère la torture à l'encontre de certaines catégories de prisonniers, ces garanties ne réduisent pas forcément et de manière satisfaisante ce risque dans le cas de demandes d'extradition de prisonniers appartenant à ces catégories»⁷³.

La jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, telle qu'elle ressort notamment de son arrêt rendu le 28 février 2008 en l'affaire *Saadi c. Italie*⁷⁴, apporte d'ailleurs des précisions supplémentaires s'agissant de la valeur qu'il convient d'accorder aux assurances diplomatiques. En l'espèce, M. Saadi, ressortissant tunisien soupçonné de terrorisme international, qui se trouvait en Italie, faisait valoir devant la

69 Voy. les propos de Louise Arbour, Haut Commissaire des Nations Unies pour les droits de l'homme, en date du 7 décembre 2005.

70 CEDH, *Mamatkulov et Askerov c. Turquie*, requêtes n° 46827/99 et 46951/99, arrêt, 4 février 2005. Il s'agissait en l'espèce de l'extradition par la Turquie de deux requérants ouzbeks en Ouzbékistan à la suite de l'obtention par le gouvernement turc de l'assurance donnée par le gouvernement ouzbek «qu'il n'y aurait pas de confiscation générale des biens des requérants, qu'ils ne seraient pas soumis à des actes de torture et ne seraient pas condamnés à la peine capitale». La Cour a considéré qu'elle n'était pas en mesure de conclure qu'il existait, le 27 mars 1999, des motifs substantiels de croire que les requérants couraient un risque réel de subir des traitements contraires à l'article 3 de la Convention.

71 CEDH, *Mamatkulov et Askerov c. Turquie*, requêtes n° 46827/99 et 46951/99, arrêt, 4 février 2005, § 76.

72 CEDH, *Mamatkulov et Askerov c. Turquie*, *ibid.*, § 69.

73 COMMISSION EUROPEENNE DE LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT (COMMISSION DE VENISE), *Avis sur les obligations légales internationales des Etats membres du Conseil de l'Europe concernant les lieux de détention secrets et le transport interétatique des prisonniers adopté par la Commission de Venise, lors de sa 66ème session plénière*, Venise, 17-18 mars 2006, avis n° 363/2005, CDL-AD(2006)009, § 142.

74 CEDH, *Saadi c. Italie*, arrêt (Grande Chambre), 28 février 2008.

Cour que la décision des autorités italiennes de l'expulser vers la Tunisie l'exposait au risque d'être soumis à des traitements contraires à l'article 3 de la Convention. Le gouvernement italien considérait pour sa part que cette allégation ne s'avérait pas fondée car il avait obtenu des assurances diplomatiques de la part des autorités tunisiennes garantissant que le requérant, en cas d'expulsion, ne serait pas soumis à de mauvais traitements. En l'espèce, deux notes verbales du ministre tunisien des affaires étrangères adressées à l'ambassade italienne à Tunis faisaient valoir que les lois tunisiennes actuellement en vigueur protégeaient les droits des détenus en Tunisie et leur assuraient des procès justes et équitables. Elles rappelaient également que la Tunisie avait adhéré aux traités et conventions internationaux pertinents⁷⁵. La Cour a cependant estimé que ces déclarations n'étaient pas concluantes et elle a considéré, à juste titre, que «les autorités tunisiennes n'avaient pas fourni de telles assurances»⁷⁶. La Cour a ensuite rappelé que:

«l'existence de textes internes et l'acceptation de traités internationaux, garantissant, en principe, le respect des droits fondamentaux, ne suffisent pas, à elles seules, à assurer une protection adéquate contre le risque de mauvais traitements lorsque, comme en l'espèce, des sources fiables font état de pratiques des autorités – ou tolérées par celles-ci – manifestement contraires aux principes de la Convention»⁷⁷.

La Cour a enfin précisé que même si les autorités tunisiennes avaient donné les assurances diplomatiques sollicitées par l'Italie, cela ne l'aurait toutefois pas dispensé d'examiner si de telles assurances fournissaient, dans leur application effective, «une garantie suffisante quant à la protection du requérant contre le risque de traitements interdits par la Convention. Le poids à accorder aux assurances émanant de l'Etat de destination dépend en effet, dans chaque cas, des circonstances prévalant à l'époque considérée»⁷⁸.

Le Comité des Nations Unies contre la torture a également été conduit à apprécier la valeur qu'il convenait d'accorder aux assurances diplomatiques, dans l'affaire *Agiza c. Suède*. En l'espèce, Ahmed Agiza et Mohammed Al-Zari, soupçonnés de s'être livrés à des activités terroristes, avaient été expulsés de Suède en décembre 2001. Ils avaient été envoyés en Egypte à bord d'un aéronef affrété par la CIA. La Suède s'en était remise aux assurances diplomatiques données par le gouvernement égyptien en vertu desquelles les suspects ne seraient pas soumis à la peine de mort, à la torture ou à de mauvais traitements. Malgré ces assurances, M. Agiza a cependant allégué qu'il avait été torturé à l'électricité et soumis à des traitements inhumains et dégradants. Dans la décision qu'il a rendue dans cette affaire, le Comité contre la

75 CEDH, *Saadi c. Italie*, *ibid.*, §§ 54-55.

76 *Ibid.*, § 147.

77 *Ibid.*, § 147.

78 *Ibid.*, § 148.

torture a considéré que la Suède avait violé son obligation absolue de ne pas renvoyer une personne risquant d'être torturée, considérant que:

«l'expulsion du requérant par l'Etat partie était contraire à l'article 3 de la Convention. L'obtention d'assurances diplomatiques qui, de surcroît, n'était assortie d'aucun mécanisme pour assurer leur respect, n'était pas suffisante pour protéger le requérant contre ce risque manifeste»⁷⁹.

Le Comité a ajouté qu'à la date de l'expulsion du requérant vers l'Egypte, la Suède savait ou aurait dû savoir que l'Egypte faisait un usage systématique de la torture contre les prisonniers et que le requérant courait dès lors un risque réel de torture.

Cet exemple permet d'illustrer l'absence d'efficacité et de fiabilité des assurances diplomatiques en tant qu'instrument de protection contre la torture. C'est dans ce contexte que l'Assemblée générale des Nations Unies a récemment demandé aux Etats «de ne pas expulser, refouler, extraditer ou transférer de quelque autre manière que ce soit une personne vers un autre Etat, si l'on a des raisons sérieuses de croire qu'elle risquerait d'être soumise à la torture»⁸⁰. L'Assemblée générale a de surcroît ajouté que «les assurances diplomatiques, lorsqu'elles interviennent, ne libèrent pas les Etats des obligations qui leur incombent en vertu du droit international des droits de l'homme, du droit international des réfugiés et du droit international humanitaire, en particulier du principe de non-refoulement»⁸¹.

Il apparaît ainsi que le recours aux assurances diplomatiques tend à se substituer, dans les faits, au respect de l'obligation de non-refoulement et à atténuer considérablement la portée de cette obligation, en violation de la Convention contre la torture. Les restitutions impliquant un risque de torture, quand bien même seraient-elles «couvertes» par des assurances diplomatiques, constituent en fait une violation de la Convention contre la torture, dès lors qu'il existe des éléments de preuve étayés selon lequel un Etat pratique ou tolère la torture à l'encontre de certaines catégories de détenus. Il convient ainsi de considérer que les Etats ne sauraient s'en remettre aux assurances diplomatiques comme mesures de protection contre la torture et que le principe de non-refoulement doit être strictement respecté dès lors qu'il y a de solides raisons de croire qu'une personne risque d'être soumise à torture ou aux mauvais traitements à son retour⁸².

⁷⁹ COMITE CONTRE LA TORTURE, *Ahmed Hussein Mustafa Kamil Agiza c. Suède*, décision n° 233/2003, CAT/C/34/D/233/2003, 24 mai 2005, § 13.4.

⁸⁰ Doc. ONU, A/RES/61/153, 14 février 2007, § 9. Cette demande a encore été réitérée par l'Assemblée générale dans sa résolution 61/171, «Protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste», le 1er mars 2007.

⁸¹ Doc. ONU, A/RES/61/153, 14 février 2007, § 9. Nous soulignons.

⁸² Doc. ONU, *Rapport de M. Manfred Nowak, Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, A/60/316, 30 août 2005, § 51.

Compte tenu de leur absence de fiabilité et d'efficacité, du fait que les mécanismes de surveillance établis après le retour n'offrent pas de garanties suffisantes pour prévenir le risque de torture, les assurances diplomatiques doivent, à notre avis, être dénoncées⁸³ et elles ne sauraient être invoquées par les Etats pour contourner leur obligation de non-refoulement.

Conclusion

Au regard de la large portée progressivement acquise par l'interdiction de la torture, son caractère absolu et non susceptible de dérogation, toutes les tentatives de justification de la torture présentées par certains Etats au nom de l'efficacité de la lutte contre le terrorisme s'avèrent vaines et juridiquement infondées au regard de la Convention internationale contre la torture.

Dans ce cadre, on ne peut finalement que souligner la dichotomie et le paradoxe qui existent entre l'interdiction absolue de la torture et la persistance de sa pratique qui connaît des formes renouvelées dans le contexte de la lutte contre le terrorisme au nom des exigences sécuritaires, comme en atteste la pratique condamnable des restitutions extraordinaires.

Dès lors, le rappel du caractère fondamental de l'interdiction de la torture, qui constitue un «impératif catégorique», s'avère plus que jamais nécessaire, sauf à ce que cette interdiction soit progressivement vidée de sa substance. Dans le cadre de leur action pour lutter contre le terrorisme, les Etats gagneraient sans conteste à

83 Voy. en ce sens, HUMAN RIGHTS WATCH, *Still at Risk: Diplomatic Assurances. No Safeguard against Torture*, avril 2005; <<http://hrw.org/reports/2005/eca0405>>, 91 p; Doc. ONU, *Rapport de M. Manfred Nowak, Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, doc. A/60/316, 30 août 2005, § 51. En juin 2006, Dick Marty, sénateur suisse chargé par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe d'enquêter sur l'implication des Etats européens dans les restitutions extraordinaires et sur d'éventuels sites secrets de détention a, pour sa part, conclu que «compter sur le principe de la confiance et sur des assurances diplomatiques données par des Etats non démocratiques pour ne pas respecter les droits humains est tout simplement lâche et hypocrite». Voy. dans le même sens, doc. ONU, Conseil économique et social, Commission des droits de l'homme, soixante et unième session, Point 17 de l'ordre du jour provisoire, *Promotion et protection des droits de l'homme. Protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, Note de la Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme*, E/CN.4/2005/103, 7 février 2005, § 56. Voy. encore doc. ONU, COMITE CONTRE LA TORTURE, *Examen des rapports soumis par les Etats parties en application de l'article 19 de la Convention. Conclusions et recommandations du Comité contre la torture, Etats-Unis d'Amérique*, CAT/C/USA/CO/2, 25 juillet 2006, § 20: «[l]e Comité s'inquiète du recours par l'Etat partie aux «assurances diplomatiques» ou à d'autres formes de garanties qu'un individu ne sera pas soumis à la torture s'il est expulsé, refoulé, transféré ou extradé vers un autre Etat. Il est aussi préoccupé par le secret qui entoure ces procédures, notamment le fait qu'elles échappent à tout contrôle judiciaire, et par l'absence de dispositif de surveillance pour vérifier si les assurances ont été honorées». Voy. enfin ASSEMBLEE PARLEMENTAIRE DU CONSEIL DE L'EUROPE, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, *Allégations de détentions secrètes dans des Etats membres du Conseil de l'Europe*, Note d'information II, rapporteur: M. Dick Marty, Suisse, Alliance des Démocrates et des Libéraux pour l'Europe, AS/Jur (2006) 03 rev, 22 janvier 2006, § 63, p. 11: «[e]n aucun cas, le transfert ou le renvoi d'une personne, en se fondant sur des assurances diplomatiques de pays connus pour recourir systématiquement à la torture, et, dans tous les cas, si l'absence de risques de mauvais traitements n'est pas fermement établie, ne doit être rendu possible».

garder présents à l'esprit les propos du juge Myjer, joints à l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Saadi c. Italie*, le 28 février 2008:

«la défense des droits de l'homme dans le cadre de la lutte contre le terrorisme est avant tout une question de défense de nos valeurs, même à l'égard de ceux qui peuvent chercher à les détruire. Il n'y a rien de plus contre-productif que de combattre le feu avec le feu, de donner aux terroristes le prétexte idéal pour se transformer en martyrs et pour accuser les démocraties d'user de deux poids, deux mesures. Pareille conduite ne servirait qu'à créer un terrain favorable à une radicalisation plus forte et au recrutement de futurs terroristes».