

Terrorisme et Droits de l'Homme

Terrorismo y Derechos Humanos

Terrorism and Human Rights

Editor: Federico Andreu-Guzmán



International Commission of Jurists
P.O. BOX 216, 81A, avenue de Châtelaine
1219 Châtelaine, Geneva, Switzerland

Terrorisme et Droits de l'Homme

« Nous pourrions, bien sûr, les relâcher sans les entendre. Mais il en a coûté des milliers de vies américaines pour réduire ces hommes et les empêcher de nuire. Les relâcher sans procès serait se moquer des morts et encourager le cynisme des vivants. Par ailleurs, nous pourrions les exécuter ou les châtier sans procès. Mais des exécutions ou des châtements indiscriminés qui ne seraient pas accompagnés de conclusions précises de culpabilité, auxquelles on serait parvenu en toute équité, violeraient les promesses faites à maintes reprises et pèseraient lourdement sur la conscience américaine, et nos enfants ne se les remémoreraient pas avec fierté. La seule solution consiste à déterminer l'innocence ou la culpabilité des prévenus, après les avoir entendus avec autant d'impartialité que les temps et l'horreur des crimes le permettront, et précisant clairement nos raisons et nos motifs »

Robert H. Jackson¹

1 Extrait du rapport de Robert H. Jackson adressé au Président Roosevelt, publié le 7 juin 1945, in Telford Taylor, Procureur à Nuremberg, Editions du Seuil, Paris 1995, page 67.

SOMMAIRE

| | |
|---|----|
| INTRODUCTION | 11 |
| A. LE TERRORISME INTERNATIONAL | 15 |
| 1. Le Traité de Genève de 1937 | 15 |
| 2. La Commission du droit international | 16 |
| 3. Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale et les Tribunaux <i>Ad hoc</i> | 18 |
| 4. Les Comités spéciaux des Nations Unies sur le terrorisme | 20 |
| 5. Le Centre de prévention de la criminalité internationale des Nations Unies | 21 |
| 6. L'Assemblée générale des Nations Unies | 22 |
| 7. Des actes terroristes spécifiques | 23 |
| 8. Le Droit international humanitaire | 26 |
| 9. Le Droit international coutumier | 29 |
| a) Terrorisme et piraterie | 30 |
| b) Terrorisme et crime contre l'humanité | 31 |
| B. LA CONVENTION INTERNATIONALE GÉNÉRALE SUR LE TERRORISME INTERNATIONAL | 34 |
| 1. La définition du crime de terrorisme international | 35 |
| 2. Le projet de Convention et le Droit international humanitaire | 39 |
| 3. Le principe de <i>non refoulement</i> | 41 |
| 4. Sauvegarde contre l'impunité | 42 |
| C. DROITS DE L'HOMME ET RÉPRESSION DU TERRORISME | 44 |
| I. Certains problèmes liés à la répression du terrorisme | 44 |
| 1. Les définitions de crime de "terrorisme" | 47 |
| 2. L'état d'urgence | 50 |
| 3. Les mesures de privation de liberté | 56 |
| 4. <i>L'Habeas corpus</i> | 64 |
| 5. Le droit à un tribunal indépendant et impartial | 66 |
| 6. Les garanties judiciaires | 71 |
| 7. Refoulement, extradition et expulsion | 80 |
| II. Quelques critères fondamentaux à respecter dans la lutte contre le terrorisme | 84 |

INTRODUCTION

Le terrorisme, de surcroît dans l'actuel contexte international, est généralement abordé à partir de perspectives hautement idéologiques et politiques, voir fréquemment émotives et manipulatrices. La formule connue de « terroristes pour les uns et héros pour les autres » en est une pathétique expression. Comme le signala Jean-Marie Domenach « le mot [terrorisme] a été consacré par le vocabulaire de la propagande ».² Cela dit, il n'en demeure pas moins l'existence d'un réel problème, aux contours flous et à géométrie variable.

Les réactions aux événements du 11 septembre 2001 à New York ainsi que les dynamiques amorcées au nom de la lutte antiterroriste sont plus que préoccupantes. L'adoption de mesures au nom de la lutte antiterroriste dans plusieurs pays, les avancées et projets de législations nationales, le relancement de l'initiative pour une convention internationale générale sur le terrorisme international, le projet d'un mandat d'arrêt européen, etc. sont sources de préoccupation, car plusieurs d'entre elles mettent en tension et, dans certains cas, transgressent des droits de l'homme et des principes du droit international.

Certains pays sont confrontés à des menaces réelles de terrorisme et, fréquemment, les mesures adoptées portent atteinte aux droits de l'homme et sapent les principes du droit international. Dans d'autres cas, sans qu'il existe de réelle menace, la lutte antiterroriste est invoquée pour adopter des mesures destinées à restreindre les libertés publiques et à mater l'opposition politique et sociale. Le droit international et la jurisprudence des cours et organes de droits de l'homme constituent une source d'une valeur inestimable qui indique le type de mesures, les circonstances dans lesquelles elles peuvent être adoptées et les conditions de leur mise en œuvre, pour contre-carrer dans le cadre de l'état de droit les actes terroristes.

2 Cité dans Michel Veuthey, *Guérilla et Droit Humanitaire*, Edition CICR, Genève 1983, page 148.

Il est hors de doute que tout Etat, au regard du droit international, a le droit et le devoir de combattre et de réprimer les actes criminels, qui par leur nature, objectifs ou moyens employés pour leur commission sont réputés ou qualifiés d'actes terroristes. Egalement, la Communauté internationale doit se doter des instruments et moyens nécessaires pour combattre ce fléau. Néanmoins, il n'en demeure pas moins, que les Etats doivent le faire dans le cadre de l'Etat de droit, du respect des principes de droit international et des dispositions du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire. Dans la répression des actes terroristes, l'action des Etats ne serait se soustraire à certains principes élémentaires, notamment de droit pénal et du droit international. La nature odieuse et particulièrement grave de certains actes terroristes, ne peut servir de prétexte à un Etat pour ne pas accomplir ses obligations internationales en matière de droits de l'homme, et à plus juste titre quand des droits intangibles sont mis à l'épreuve. Comme l'a souligné le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, « la lutte contre le terrorisme a pour but de protéger les droits humains fondamentaux et la démocratie, non de les saper. »³

Ce document n'a d'autre prétention que de contribuer avec quelques éléments d'information et de réflexion au débat sur le terrorisme. Il est adressé aux gouvernements, aux magistrats et autres fonctionnaires de l'administration de justice, aux organisations intergouvernementales et non gouvernementales, aux praticiens du droit et aux défenseurs de droits de l'homme. Le document aborde les points suivants : le « terrorisme international » (Section A) ; le projet de convention internationale générale sur le terrorisme international (Section B) et la lutte nationale contre le terrorisme et les droits de l'homme (Section C). La Section A présente un historique des débats sur la définition du « terrorisme international » dans l'intention de montrer les difficultés et obstacles juridiques auxquels s'est heurtée la Communauté internationale lors des différentes initiatives pour établir une définition du crime de terrorisme international. La Section B met en évidence plusieurs aspects du projet de convention internationale générale sur le terrorisme

3 Communiqué de presse « Le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe appelle à la prudence dans l'adoption de lois anti-terrorisme », du 14 novembre 2001.

international qui sont en contradiction avec le droit international existant, en vue d’alerter la Communauté internationale. La Section C est consacrée à la jurisprudence internationale, qui a trait à la compatibilité ou non de mesures nationales pour lutter contre le terrorisme, en matière d’administration de justice. La Commission Internationale de Juristes espère que ce document puisse être pris en compte par les Etats, pour que les mesures adéquates contre le terrorisme, tant au plan international que national, soient prises en conformité avec les exigences du droit international des droits de l’homme et de l’état de droit.

A. LE TERRORISME INTERNATIONAL

Bien que la Communauté internationale ait condamné à maintes reprises le « terrorisme international », il n'existe aucun consensus sur ce qu'est ce crime. Pendant de longues décennies, les Etats, les juristes et la communauté juridique ont essayé sans succès d'arrêter une définition, juridiquement acceptable selon les techniques d'incrimination du droit pénal. Plus d'une centaine de définitions ont été élaborées.⁴

1. Le Traité de Genève de 1937

Le Traité de Genève sur le terrorisme, de 1937, de la Société des Nations, fut le premier précédent de codification d'une définition du terrorisme. Les difficultés ne furent pas mineures, et le texte opta pour inclure une définition générale du crime de terrorisme avec une énumération limitative d'actes qualifiés de terrorisme. Ainsi, le Traité de Genève définissait le terrorisme comme « des faits criminels dirigés contre un Etat et dont le but ou la nature est de provoquer la terreur chez des personnalités déterminées, des groupes de personnes ou dans le public ». Les articles 2 et 3 du Traité incriminaient des actes spécifiques ou des modalités de participation, voire complicité, à ces actes.

La définition générale comme les incriminations spécifiques furent l'objet de sérieuses critiques.⁵ Ainsi, certains auteurs considéraient que les définitions des actes spécifiques étaient trop vagues. D'autres considéraient, que la finalité recherchée du crime de terrorisme n'était pas de créer la terreur, et que la terreur était plutôt un moyen de commettre des actes qui ont des buts

4 Voir A.P. Schmid, Political Terrorism: A Research Guide to Concepts, Theories, Data Bases and Literature, Amsterdam, North-Holland Publishing Co., 1983, pp. 119-152.

5 Voir, entre autres, Annuaire de la Commission du droit international – 1985, Volume II, Première partie, doc. A/CN.4/SER.A/1985/Add.1 (Part.1), paragraphes 138 à 148.

politiques, idéologiques ou criminels. Les définitions du Traité de Genève faisaient l'amalgame également entre différents types de terrorismes (le « terrorisme national » et le « terrorisme international »).

Le traité n'entra jamais en vigueur, faute des ratifications suffisantes.

2. La Commission du droit international

Lors des travaux sur le *projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, la Commission du droit international (CDI) dès 1954 avait abordé le problème du terrorisme. La CDI avait, dans le projet de 1954, abordé le terrorisme comme un crime contre la paix. La CDI, reprenant le Traité de Genève sur le terrorisme de 1937, centra son travail sur une définition générale du terrorisme ainsi que l'incrimination d'actes spécifiques.⁶ Mais il s'agissait de terrorisme d'Etat, où les sujets actifs et passifs de l'infraction sont des Etats. Aux cours des travaux, il fut indiqué que le terrorisme devait faire l'objet d'un traitement particulier.

La CDI décida de considérer l'existence du crime de « terrorisme international », visant ainsi tant le terrorisme d'Etat que celui des particuliers.⁷ Ainsi, dans la version de 1990 du *projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, le crime de « terrorisme international » y était incriminé et sa définition se trouvait à l'article 24 du projet.⁸ En 1995 cependant il n'y eut pas de consensus entre les membres de la CDI.⁹ Plusieurs membres de la CDI ont souligné, notamment, les difficultés d'élaborer une définition du crime de terrorisme qui aurait la précision nécessaire requise

6 Voir, entre autres, *Annuaire de la Commission du droit international – 1985*, Volume II, Première partie, doc. A/CN.4/SER.A/1985/Add.1 (Part.1), paragraphes 124 et suivants. La définition et les actes incriminés se trouvent à la page 85.

7 Voir *Annuaire de la Commission du droit international 1990*, Volume II, Deuxième partie, pages 28-29.

8 Voir Rapport de la Commission du droit international (1991), Doc. Supplément N° 10 (A/46/10), article 24, page 268.

9 Voir Rapport de la Commission du droit international (1995), Doc. Supplément N° 10 (A/50/10), Commentaire à l'article 24, paragraphes 105 et suivants.

par le droit pénal.¹⁰ D'autres ont remarqué que le terrorisme n'était pas *per se* un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, mais que seulement certains actes de terrorisme étaient des crimes internationaux. Néanmoins, des membres de la CDI soulignèrent que « le terrorisme international pourrait être considéré comme un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité quand les actes de terrorisme seraient spécialement graves et à caractère systématique » et dans ce cadre ils pourraient être inclus dans la catégorie des crimes contre l'humanité.¹¹

Sur la nature de menace contre la paix et la sécurité internationale, que pourrait avoir le crime de terrorisme international, il est clair qu'il n'y a pas de consensus. La *Déclaration sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international*¹², adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1994, considérait que les actes terroristes « peuvent représenter une menace contre la paix et la sécurité internationale ». Plus récemment, lors des travaux du Comité *Ad hoc* sur le terrorisme international et du Comité spécial de la Résolution 51/210, si de bien nombreuses délégations se sont manifestées pour dire qu'elles considéraient le « terrorisme international » comme une « menace contre la paix et la sécurité internationale »¹³, il n'en reste pas moins que d'autres ont nuancé la portée de cette qualification. Ainsi, l'Inde, dans son document de travail sur le projet de convention générale sur le terrorisme international, indiquait que « les actes, méthodes et pratiques terroristes [...] peuvent constituer une menace pour la paix et la sécurité internationales ».¹⁴

10 Dans ce même sens, voir le Rapport sur le projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité du Rapporteur Spécial M. Doudou Thiam, in Annuaire de la Commission du droit international – 1985, Volume II, Première partie, paragraphes 124 à 154.

11 Voir Rapport de la Commission du droit international (1995), Doc. Supplément N° 10 (A/50/10), Commentaire à l'article 24, paragraphe 106.

12 Résolution N° 49/60 du 9 décembre 1994.

13 Voir par exemple, Rapport du Comité Spécial créé par la résolution 51/210 de l'Assemblée générale en date du 17 décembre 1996, document des Nations Unies Supplément N° 37 (A/55/37), paragraphe 16.

14 Doc. A/C.6/55/L.2, pages 8-9.

Etant donné ces difficultés, la version du *projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité* de 1996 n'incorpora pas le « terrorisme international » comme crime spécifique ou autonome. La CDI décida toutefois d'inclure les « actes terroristes » dans les actes constitutifs de crime de guerre, commis en violation du Droit humanitaire international et dans le cadre de conflits armés.¹⁵ La proposition de la CDI, qui reprenait la formule du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés sans caractère international (l'article 4, paragraphe 2, alinéa d), ne donnait aucune définition des « actes terroristes ». La CDI se limitait à renvoyer au Droit international humanitaire, et plus concrètement au Protocole II.¹⁶ Il faut souligner que celui-ci ne donne non plus aucune définition — dans les conditions requises par le droit pénal — des « actes terroristes ».¹⁷

3. Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale et les Tribunaux *ad hoc*

Lors des travaux préparatoires du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, le problème du terrorisme fut abordé. La CDI proposa d'inclure certains actes de terrorisme déjà incriminés par des traités dans la liste des

15 « acts committed in violation of international humanitarian law applicable in armed conflict not of an international character », article 20, f, iv du Projet de 1996.

16 *Voir* Rapport de la Commission du droit international (1996), Doc. Supplément N° 10 (A/51/10), Commentaire à l'article 20.

17 Dans ces commentaires à l'alinéa d du paragraphe 2 de l'Article 4, le CICR : « L'interdiction des actes de terrorisme s'inspire de l'article 33 de la IVe Convention. Le projet du CICR prévoyait l'interdiction des « actes de terrorisme sous forme d'actes de violence dirigés contre elles » (à savoir, les personnes protégées). La formule finalement adoptée, plus simple et plus générale, étend la portée de l'interdiction. En effet, la prohibition des actes de terrorisme, sans autre mention, couvre non seulement des actes dirigés contre des personnes, mais aussi des actes dirigés contre des installations (aériennes par exemple) et qui provoqueraient incidemment des victimes. Il convient de relever que les actes ou menaces de violence qui auraient pour but de terroriser la population civile constituent une forme particulière de terrorisme et font l'objet d'une interdiction spécifique à l'article 13 ("Protection de la population civile"), paragraphe 2. »

crimes relevant de la compétence de la Cour, à travers un renvoi à un annexe.¹⁸ La proposition de la CDI qualifiait ces actes de « crimes de portée internationale qui sont d'une exceptionnelle gravité ». Il s'agissait, entre autres, de la capture illicite d'aéronefs, de la Convention de La Haye de 1970, et des crimes définis par le Convention de Montréal de 1971. Le Comité préparatoire, dans son projet de 1998, proposa un article intitulé « Crimes de terrorisme ». Celui-ci établissait deux catégories de crimes de terrorisme (actes de violence de nature à provoquer la terreur et utilisation de certaines armes pour commettre des actes de violence aveugles) et faisait renvois à d'autres conventions, notamment à celles de La Haye et de Montréal, pour ce qui est d'autres actes terroristes déjà incriminés.¹⁹ Néanmoins, aucune de ces deux propositions ne fut retenue dans le Statut de Rome. Le projet de la CDI incorporait aussi, au titre de crimes de guerre, comme violation grave des lois et des coutumes de guerre, les actes terroristes, sans pour autant donner une définition de ceux-ci.²⁰ Le Projet du Comité préparatoire ne faisait aucune référence explicite à cet aspect. Néanmoins, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale ne retint pas cette proposition non plus.

Il faut rappeler, comme l'affirme l'article 5 du Statut de Rome, que « la compétence de la Cour est limitée aux crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ». Lors des travaux préparatoires du Statut de Rome, plusieurs Etats avaient émis l'opinion que les crimes des Conventions de La Haye et de Montréal, étaient « peut-être moins graves » que les crimes de guerre, de génocide et contre l'humanité, et que cela pourrait « banaliser le rôle » de la future cour internationale.²¹ A juste titre, le juge *ad hoc* de la Cour Internationale de Justice dans *l'affaire Congo c.*

18 Il s'agissait de l'article 20, alinéa e, du Projet. Voir Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une Cour criminelle internationale – Volume II – (Compilation des propositions), document des Nations Unies Supplément N° 22A (A/51/22), pages 56 et 301-302.

19 Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une Cour criminelle internationale, document des Nations Unies A/CONF.183/2/Add.1, de 1998, page 28.

20 Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une Cour criminelle internationale – Volume II – (Compilation des propositions), document des Nations Unies Supplément N° 22A (A/51/22), page 62.

21 Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une Cour criminelle internationale (1995), doc. Supplément N° 22 (A/50/22), page 18, paragraphe 81.

Belgique, Mme. Christine Van den Wyngaert, a signalé que « les crimes les plus graves au regard du droit pénal international (core crimes), [sont] à savoir les crimes de guerre, le génocide et les crimes contre l'humanité ».²²

Le Statut du Tribunal pénal international *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie n'a pas incorporé le terrorisme ni les actes terroristes dans la liste des crimes relevant de sa compétence. Mais le Statut du Tribunal pénal international *ad hoc* pour le Rwanda, à son article 4 « Violations de l'article 3 commun aux Conventions de Genève et du Protocole additionnel II », a inclus dans les crimes soumis à la compétence de ce tribunal *ad hoc*, les « actes de terrorisme », sans donner aucune définition.

4. Les Comités spéciaux des Nations Unies sur le terrorisme

Avec l'échec du projet de « Convention pour la prévention et la répression de certains actes de terrorisme »,²³ proposé par les Etats-Unis d'Amérique en 1972, et dans le contexte des graves faits des Jeux Olympiques de Munich, l'Assemblée générale des Nations Unies a créé plusieurs Comités spéciaux chargés d'étudier le terrorisme international : le Comité *Ad hoc* sur le terrorisme international, créé par la résolution 3034 (XXVII), en date du 18 décembre 1972 ; le Comité spécial créé par la résolution 31/103, en date du 15 décembre 1976, pour l'élaboration d'une convention internationale contre la prise d'otages ; et le Comité spécial créé par la résolution 51/210, en date du 17 décembre 1996, en vue d'élaborer une convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif et, par la suite, d'autres instruments internationaux contre le terrorisme, dont une convention générale (voir la Section B).

Les travaux du Comité *ad hoc* sur le terrorisme international tout au long

22 http://www.icj-cij.org/cijwww/cij/cdoCKET/ccobe/ccobeorders/ccobe_corder_declaration_wyngaert_20001208.htm

23 Document A/C.6/L.850.

de plusieurs décades illustrent les difficultés pour parvenir à un consensus sur une définition juridique du crime de terrorisme international.²⁴ Notamment, en ce qui concerne des interprétations qui feraient l'amalgame avec les luttes de libération nationale, de résistance contre l'occupation étrangère ou l'agression ou qui ferait extensive la définition à des formes légitimes d'opposition politiques ou sociales.²⁵ Lors des débats, furent signalés comme éléments de la définition : le caractère international des actes ; les mobiles ; les auteurs ; et les victimes. Néanmoins, il n'y eut aucun consensus sur la nature et portée de ces éléments.²⁶ Ainsi, par exemple, pour certains Etats, les victimes du crime devraient se circonscrire aux Etats et aux organisations intergouvernementales, pendant que d'autres délégations se réfèrent aux personnes innocentes ou aux civils.

Le problème de l'amalgame avec les luttes de libération nationale, de résistance contre l'occupation étrangère ou l'agression fut aussi au centre des débats et des travaux dans l'élaboration d'une convention internationale contre la prise d'otages. Ainsi, la Convention internationale contre la prise d'otages incorpora une clause de renvoi aux Conventions de Genève et aux Protocoles additionnels.²⁷

5. Le Centre de prévention de la criminalité internationale des Nations Unies

Le Service de la prévention du Terrorisme du Centre de prévention de la criminalité internationale, fort de constater que « les Etats membres des Nations Unies ne sont pas arrivés à un accord sur une définition »,²⁸ propose

24 Voir, entre autres, Rapport du Comité ad hoc sur le terrorisme international, document des Nations Unies Supplément N° 37 (A/34/37), paragraphes 88 et suivants.

25 *Ibid.* paragraphes 16, 23, 30, 31 23

26 Voir par exemple Observations présentées par les Etats conformément à la Résolution 3034 (XXVII) de l'Assemblée générale – Etude analytique du Secrétaire général, document des Nations Unies A/AC.160/2, du 22 juin 1973.

27 Article 12 de la Convention internationale contre la prise d'otages.

28 Voir http://undcp.org/terrorism_definitions.html. (original en anglais, traduction libre).

l'élaboration d'une définition du terrorisme international en prenant comme point de départ les consensus existants sur les crimes de guerre. La page web du Service signale « si le noyau des crimes de guerre — attaques délibérées contre les civils, prise d'otages, et meurtre de prisonniers — est appliqué aux temps de paix, nous pouvons simplement définir les actes de terrorisme comme l'équivalent en temps de paix des crimes de guerre ». ²⁹ Bien qu'il ne s'agisse que d'une « définition légale courte : actes de terrorisme = l'équivalent en temps de paix des crimes de guerre » ³⁰ et que la définition *stricto sensu* n'ait pas été apparemment établie, ce raccourci juridique pourrait peut-être devenir une impasse. Car, si on inverse « l'équation » proposée, certains actes terroristes et illicites en temps de paix, mais licites en temps de guerre, ³¹ échapperaient à une telle définition.

6. L'Assemblée générale des Nations Unies

De nombreuses résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies abordent le problème du terrorisme. Aucune d'entre elles ne définit, en termes juridiques, le crime de terrorisme international. Néanmoins, plusieurs d'entre elles apportent une définition opérationnelle ou, plus exactement, une description empirique. Au-delà d'exprimer un consensus sur la condamnation politique et morale du terrorisme et de rappeler les obligations générales des Etats, elles rejettent l'amalgame entre terrorisme et des formes légitimes, selon le droit international, d'exercice de la violence. Ainsi, entre autres, peuvent être citées les Résolutions 2625 (XXV), *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, de

29 Voir http://undcp.org/terrorism_definitions.html. (original en anglais, traduction libre).

30 Voir http://undcp.org/terrorism_definitions.html. (original en anglais, traduction libre).

31 Pour un exemple, voir Eric David, *Principes de droit des conflits armés*, Ed. Bruylant, 1^{re} édition, Bruxelles 1994, paragraphe 4.113, page 596.

1970 ; 2734 (XXV), *Déclaration sur le renforcement de la sécurité internationale*, de 1970 ; 36/103, *Déclaration sur l'inadmissibilité de l'intervention et de l'ingérence dans les affaires intérieures des Etats*, de 1981 ; et 42/22, *Déclaration sur le renforcement de l'efficacité du principe de l'abstention du recours à la menace ou à l'emploi de la force dans les relations internationales*, de 1987.

L'Assemblée générale, dans la *Déclaration sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international*³², a donné une définition opérationnelle du terrorisme comme « actes criminels qui, à des fins politiques, sont conçus ou calculés pour provoquer la terreur dans la population, un groupe de personnes ou chez des individus ».³³ Cette définition a été réitérée par d'autres résolutions de l'Assemblée générale.³⁴ Toutes ces résolutions condamnent « les actes et toutes les méthodes et pratiques de terrorisme [que l'Assemblée générale] juge criminels et injustifiables, où qu'ils soient commis et quels qu'en soient les auteurs ». Mais, au-delà de ce consensus il n'en reste pas moins qu'il n'existe pas de définition juridique du terrorisme international.

7. Des actes terroristes spécifiques

A défaut de consensus sur une définition générale du terrorisme international, tant au plan des Nations Unies qu'aux plans régionaux, l'approche a été d'incriminer des actes de terrorisme spécifiques. Ainsi, l'approche est « sectorielle » et dans ce cadre le terrorisme est une « infraction [...]

32 Résolution N° 49/60 du 9 décembre 1994.

33 Article 3 de la Déclaration.

34 Résolutions N° 51/210 de 1996 ; 52/165 de 1997 ; 53/108 de 1998 ; 54/110, de 1999 ; et 55/158, de 2000.

multiforme ». ³⁵ Les 20 conventions existantes ³⁶ en sont le témoignage. Comme le précisa Rapporteuse spéciale de Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, M^{me} Kalliopi K. Koufa, dans son document de travail sur Terrorisme et droits de l'homme :

« Toutes ces conventions antiterroristes se caractérisent par la criminalisation des actes qu'elles visent, que ces actes puissent ou non être qualifiés de terroristes dans tel ou tel cas particu-

-
- 35 Catherine Bourges-Habif, « Le terrorisme international », *in* H. Ascencio, E. Decaux et A. Pellet, Droit international pénal, Ed. A. Pedone, Paris 2000, Chapitre 35, paragraphe 18.
- 36 Conventions à vocation universelle : Convention relative aux infractions et à certains autres actes survenus à bord des aéronefs, signée à Tokyo le 14 septembre 1963 ; Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, signée à La Haye le 16 décembre 1970 ; Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, signée à Montréal le 23 septembre 1971 ; Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 14 décembre 1973 ; Convention internationale contre la prise d'otages, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 17 décembre 1979 ; Convention sur la protection physique des matières nucléaires, signée à Vienne le 3 mars 1980 ; Protocole pour la répression des actes illicites de violence dans les aéroports servant à l'aviation civile internationale, complémentaire à la Convention sur la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, signé à Montréal le 24 février 1988 ; Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de la navigation maritime, signée à Rome le 10 mars 1988 ; Protocole pour la répression d'actes illicites contre la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental, fait à Rome le 10 mars 1988 ; Convention sur le marquage des explosifs plastiques aux fins de détection, signée à Montréal le 1^{er} mars 1991 ; Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 15 décembre 1997 ; Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 9 décembre 1999. Conventions régionales : Convention arabe sur la répression du terrorisme, signée lors d'une réunion au Caire, le 22 avril 1998, au Secrétariat général de la Ligue des États arabes ; Convention de l'Organisation de la Conférence islamique sur la lutte contre le terrorisme international, adoptée à Ouagadougou le 1^{er} juillet 1999 ; Convention européenne pour la répression du terrorisme, conclue à Strasbourg le 27 janvier 1977 ; Convention de l'Organisation des États américains pour la prévention et la répression des actes de terrorisme prenant la forme de crimes contre des personnes ou d'actes d'extorsion connexes qui ont une portée internationale, conclue à Washington le 2 février 1971 ; Convention de l'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme, adoptée à Alger le 14 juillet 1999 ; Convention régionale de l'ASACR sur la répression du terrorisme, signée à Katmandou le 4 novembre 1987 ; Traité de coopération entre les États membres de la Communauté d'États indépendants dans la lutte contre le terrorisme, adopté à Minsk, le 4 juin 1999.

lier, et par l'obligation qu'elles font aux Etats Membres d'extrader les auteurs présumés de ces actes ou de les traduire devant leurs propres tribunaux (selon le principe *aut dedere aut judicare*) ».³⁷

Pour être plus précis, il faut souligner que les conventions relatives aux actes terroristes qui consacrent le principe *aut dedere aut judicare*, le font en termes non absolus, c'est-à-dire que l'exercice de la juridiction par le tiers pays est conditionné au refus d'extrader le présumé responsable des actes.³⁸ Les débats sur le projet de *Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif*, ont mis en évidence les difficultés pour plusieurs délégations à voir appliquer le principe de juridiction universelle pour ce type de terrorisme. La plupart des délégations se sont manifestées plus en faveur de l'inclusion du principe *aut dedere aut judicare*. Certaines délégations ont même suggéré que ce principe devrait être énoncé dans des termes qui ne créent pas l'obligation d'extrader si la législation de l'Etat requis, dans certaines circonstances, n'autorise pas l'extradition.³⁹ Ce fut la solution retenue dans la Convention.

37 Document des Nations Unies E/CN.4/Sub.2/1997/28, 26 juin 1997, paragraphe 10.

38 Voir entre autres l'article 7 de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, de La Haye ; l'article 7 de la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, de Montréal ; l'article 7 de la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques ; l'article 8 de la Convention internationale contre la prise d'otages ; les articles 6, 7 et 8 de la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif ; et l'article 7 (4) de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme.

39 Voir Rapport du Groupe de travail, Sixième Commission, « Mesures visant à éliminer le terrorisme international », document des Nations Unies A/C.6/52/L.3, 10 octobre 1997.

8. Le Droit international humanitaire

Un des aspects problématiques de l'élaboration d'une définition générale du terrorisme et, en moindre mesure, des définitions d'infractions spécifiques, a été et continue à l'être, celui des actes commis en temps de guerre internationale ou de conflit armé interne. Comme l'a signalé la Rapporteuse spéciale de Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, M^{me} Kalliopi K. Koufa :

« Une des raisons évidentes pour lesquelles il est nécessaire d'établir une claire distinction entre les conflits armés et le terrorisme tient au fait que le droit des conflits armés (et le droit humanitaire) s'applique automatiquement dès qu'il y a un conflit armé. Ce corpus de règles de droit contient des définitions établies de longue date ainsi que des obligations claires concernant tous les aspects du comportement militaire, y compris les opérations militaires et les armements (droit de La Haye) et la protection des victimes des conflits armés (droit de Genève). En vertu du droit des conflits armés, les actes de guerre ne peuvent être assimilés à des actes criminels ou terroristes. Plus important encore, il existe des obligations claires quant à la manière dont ces actes doivent être exécutés, la principale étant le respect du droit humanitaire en toutes circonstances. Il est donc nécessaire de faire la distinction entre la guerre et le terrorisme, entre les actes de guerre et les actes terroristes. »⁴⁰

L'article 33 de la IV Convention de Genève interdit « toute mesure de [...] terrorisme » contre des personnes protégées. Le I Protocole, à son article 51 (2), interdit « les actes ou menaces de violence dont le but principal est de répandre la terreur parmi la population civile ». Le Comité International de la Croix-Rouge a précisé : « il est certain que les actes de violence liés à l'état de guerre créent presque toujours une certaine terreur

40 Document des Nations Unies E/CN.4/Sub.2/2001/31, du 27 juin 2001, paragraphe 72.

parmi la population et parfois aussi parmi les forces armées. Il arrive également que les attaques contre les forces armées soient menées avec une brutalité intentionnelle, de manière à intimider les soldats ennemis et les amener à se rendre. Ce n'est pas ce genre de terreur que l'on a visé. Ce que l'on a voulu prohiber, ce sont les actes de violence qui, sans présenter de valeur militaire importante, ont pour objet principal de semer la terreur parmi la population civile. »⁴¹

Le II Protocole interdit, en tout temps, les « actes terroristes »⁴² commis contre les personnes protégées. Cette interdiction s'étend aussi aux « actes [terroristes] dirigés contre des installations (aériennes par exemple) et qui provoqueraient incidemment des victimes. »⁴³ Le II Protocole, comme l'article 51 (2) du I Protocole, interdit l'utilisation ou la menace d'utilisation de la violence aux fins de créer la terreur dans la population civile.⁴⁴ Comme l'a souligné le Comité International de la Croix-Rouge, « L'article 13 codifie le principe général de protection de la population civile contre les dangers des hostilités, déjà reconnu par le droit international coutumier et l'ensemble du droit de la guerre. Ce principe est précisé[...] par l'interdiction absolue des attaques directes, des actes ou des menaces visant à terroriser. [...] Les attaques visant à terroriser constituent un type d'attaques parmi d'autres, mais elles sont particulièrement condamnables. On a cherché de longue date à interdire ce type d'attaques, dont la pratique est courante et qui infligent des souffrances particulièrement cruelles à la population civile. Ainsi, le projet de règles sur la guerre aérienne, préparé à La Haye en 1922, prévoyait déjà leur interdiction. Les bombardements aériens ont été souvent utilisés pour terroriser la population, mais ce ne sont pas les seules méthodes ; c'est pourquoi le texte contient une expression beaucoup plus large, à savoir « actes ou menaces de violence », pour couvrir toutes les éventualités. [...]

41 Commentaire du CICR relatif à l'article 51 Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, paragraphe 1940.

42 Article 4, paragraphe 2, lettre d.

43 Commentaire du CICR relatif à l'article 4 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux, paragraphe 4538.

44 Article 13 du II Protocole additionnel.

Toute attaque est susceptible de terroriser la population civile. Ici sont donc visés les actes ou les menaces et dont le but principal est de répandre la terreur. On a voulu interdire l'intention de terroriser ».⁴⁵

Néanmoins, comme le précise Pietro Verri, la notion de terrorisme ne s'applique pas aux actes entre combattants ou de combattants contre des objectifs militaires, exécutés avec des moyens licites.⁴⁶ Dans ce cadre, il faut rappeler la précision apportée par le Comité International de la Croix-Rouge, sur le champ d'application du principe de protection des civils : « les personnes civiles perdent la protection de l'ensemble du Titre IV si elles prennent part aux hostilités et pendant la durée de leur participation. »⁴⁷

La prohibition de l'utilisation de la terreur ainsi que des actes terroristes n'est pas générale ni abstraite. Elle est en étroite relation avec les personnes ou des biens visés avec ces actes. Les notions de « population civile » et de « personnes protégées » sont essentielles ainsi que celle de la nature des biens. La prohibition est, également, en étroite relation avec les moyens utilisés, notamment leur caractère illicite, leurs effets non discriminés.⁴⁸ Car comme le signala Michel Veuthey, « c'est dans un principe général, applicable à tous et en toutes circonstances, qu'il faut rechercher une limitation sinon une interdiction de tels actes : le respect des personnes civiles et leurs biens essentiels comme la nécessité, dans l'affrontement armé, d'éviter des souffrances inutiles ».⁴⁹ Cela dit, un fait réputé terroriste en temps de paix pourrait ne pas l'être en temps de guerre, et sa commission pourrait être licite au regard du droit international humanitaire.⁵⁰ Si toutefois les actes ter-

45 Commentaire du CICR relatif à l'article 13 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux, paragraphes 4761, 4785 et 4786.

46 Pietro Verri, Diccionario de derecho internacional de los conflictos armados, Editions TM-Editores /CICR, Bogotá, 1998, page 107.

47 Commentaire du CICR relatif à l'article 13 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux, paragraphe 4761.

48 Michel Veuthey, Guérilla et Droit Humanitaire, Edition CICR, Genève 1983, pages 134 et suivantes.

49 *Ibid.*, page 160.

50 Eric David, Principes de droit des conflits armés, Ed. Bruylant, 1 édition, Bruxelles 1994, page 566, paragraphe 4.113.

roristes se réfèrent à des attaques lancées contre la population civile, des personnes protégées ou des biens à caractère civil, il n'existe pas une définition dans les Conventions de Genève et ses Protocoles du terrorisme ou des actes terroristes.⁵¹

9. Le Droit international coutumier

Les faits du 11 septembre 2001 de New York ont réanimé une vieille polémique : le terrorisme est-il un crime de droit international coutumier ? Ou, comme le suggèrent certains auteurs, un crime de *jus cogens*⁵² et soumis au principe de juridiction universelle ?

A partir des faits du 11 septembre 2001 de New York de nombreuses voix se sont élevées pour qualifier ces faits de « terrorisme international ». Mais cette qualification est plus du ressort du politique que du droit pénal international. Le renvoi à une formule, dont à l'évidence on constate l'absence d'une définition juridiquement valable en termes de droit pénal, répond au besoin de stigmatiser les graves faits du 11 septembre à New York. Certains considèrent qu'il s'agit d'un crime de terrorisme international qui, par analogie au crime de piraterie, serait un crime de *jus cogens* soumis au principe de juridiction universelle. D'autres qualifient les faits de crime de terrorisme international qui, également par analogie, devraient être assimilés à la notion de crime contre l'humanité. Pour sa part, Le Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme et Human Rights Watch considèrent que ces faits sont constitutifs de crime contre l'humanité, étant donné le caractère massif ou à grande échelle des meurtres, sans pour autant considérer que le terrorisme *per se* soit un crime contre l'humanité.

51 Michel Veuthey, *Guérilla et Droit Humanitaire*, *op. cit.*, pages 134 et suivantes.

52 Pour ces auteurs, la notion « crime de *jus cogens* » fait référence aux crimes qui portent atteinte aux normes de *jus cogens* et vis-à-vis desquels il existe une obligation *erga omnes* de les poursuivre. Voir Cherif Bassiouni « International crimes : *jus cogens* and *obligatio erga omnes* » in *Law Contemporary Problems – Accountability for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights*, School of Law / Duke University, Vol. 59, Autumn 1996, N° 4, page 63 et suivantes.

En l'état actuel du droit international, il est difficile d'affirmer que le « terrorisme international » ou que tout « acte terroriste », de manière générale, soient *per se* des crimes contre l'humanité et/ou des crimes de droit international coutumier. Certains « actes terroristes » spécifiques sont des crimes de droit international coutumier, comme la violation des normes prévues à l'article 3 commun aux Conventions de Genève. Néanmoins, il est difficile de dire que tous les « actes terroristes » — tels que définis dans les différentes conventions relatives au terrorisme- soient *per se* des crimes de droit international coutumier.

a) *Terrorisme et piraterie*

Certains auteurs soutiennent que le détournement d'avions est une forme de piraterie, car « il présente par conséquent des ressemblances avec ce crime ». ⁵³ Certains soutiennent notamment, qu'en absence d'une définition générale du terrorisme international, « l'alternative devrait être celle de déclarer le terrorisme international ennemi de l'humanité comme les pirates et la piraterie dans le droit international coutumier ». ⁵⁴

Il est hors de doute que la piraterie maritime en haute mer est un crime de droit international coutumier, universellement reconnu de longue date. ⁵⁵ La Convention de Genève sur la haute mer (1958) puis la Convention des Nations Unies sur le Droit à la mer (1982) ont codifié le crime de piraterie en haute mer, mais également elles n'ont pas codifié de règle spécifique relative au principe *aut dedere aut judicare*. Il faut signaler que la

53 Cherif Bassiouni, in Revue internationale de droit pénal, « Projet de Code pénal international », Association internationale de droit pénal, Editions Erès, 52^e année, 1 et 2 trimestre 1981, page 67.

54 Robert A. Friedlander, in Revue internationale de droit pénal, « Projet de Code pénal international », Association internationale de droit pénal, Editions Erès, 52^e année, 3 et 4 trimestre 1981, page 400 (Original en anglais, traduction libre).

55 Voir Rapport de la Commission du droit international (1984), Doc. Supplément N° 10 (A/39/10), paragraphe 62. Voir également Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier et Alain Pellet, Droit public international, 5^e édition, L.G.D.J., Paris 1994, paragraphe 427, page 622.

Convention des Nations Unies sur le Droit à la mer a défini le crime de piraterie d'aéronef en haute mer ou en « lieu ne relevant de la juridiction d'aucun Etat » (article 101, a, ii). Si, le principe *aut dedere aut judicare* est reconnu en matière de piraterie maritime en haute mer, c'est en vertu du droit international coutumier.⁵⁶

Que tout acte de piraterie aérienne et de détournement d'avion soit considéré un crime de droit international coutumier, cela n'est pas apparemment objet de consensus. Ainsi, Cherif Bassiouni, dans son commentaire à l'article XI du Projet de *Code pénal international* de l'Association internationale de droit pénal (1979), qui reprenait les incriminations des Conventions de La Haye (1970) et de Montréal (1971), écrivait que la piraterie aérienne était « en train de devenir une des normes nouvelles du droit international coutumier ». ⁵⁷ De surcroît, il faut distinguer les différentes modalités de piraterie aérienne et de détournement d'avion : celle en haute mer ou en « lieu ne relevant de la juridiction d'aucun Etat » ; celle strictement nationale ; etc...

Il faut signaler, également, qu'il est peu probable que la piraterie aérienne et le détournement d'avion, bien que considérés comme des crimes internationaux, soient l'objet d'un consensus pour les considérer un crime qui « menace la sécurité de l'humanité ». ⁵⁸

b) Terrorisme et crime contre l'humanité

En l'état actuel du droit international, on ne peut pas dire que le « terrorisme international » ou que tous les « actes terroristes » spécifiques soient *per se* un crime contre l'humanité.

Néanmoins, il est possible d'affirmer qu'un crime contre l'humanité peut être commis moyennant des actes terroristes ou l'utilisation de la terreur.

56 Cherif Bassiouni, in *Revue internationale de droit pénal*, « Projet de Code pénal international », Association internationale de droit pénal, Editions Erès, 52 année, 1 et 2 trimestre 1981, page 67.

57 *Ibid.*, page 145.

58 *Voir* Rapport de la Commission du droit international (1984), Doc. Supplément N° 10 (A/39/10), paragraphe 62.

Ainsi l'ont admis plusieurs membres de la Commission du droit international, en 1995, lors des travaux sur le *projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, toujours étant qu'il s'agisse « d'actes terroristes spécialement graves » et avec un « caractère massif ». ⁵⁹

Un crime contre l'humanité peut être commis moyennant des actes, qui sont aussi constitutifs d'actes terroristes. Que des faits, commis moyennant des actes terroristes, soient qualifiés de crime contre l'humanité cela dépendra d'avoir pu réunir les éléments constitutifs de l'infraction de crime contre l'humanité. Le problème réside à établir si dans les faits, les éléments caractéristiques et constitutifs du crime contre l'humanité sont réunis ; à savoir, certains actes (meurtre, torture, etc..) et leur caractère ou pratique à grande échelle ou systématique.

Dans ces cas, deux hypothèses peuvent être retenues : il s'agit d'un concours réel d'infractions ou il s'agit d'un concours idéal ou cumul idéal d'infractions. Dans la première hypothèse, les faits sont constitutifs de plusieurs infractions. Il s'agit de faits complexes, qui se caractérisent par unité d'auteur et par une pluralité d'infractions et de buts criminels. ⁶⁰ Dans l'hypothèse du concours idéal ou cumul idéal d'infractions, les faits se caractérisent par leur unité d'action, tant en terme matériel qu'intentionnel, et unité de l'auteur. ⁶¹ Il n'y a pas de pluralité d'infractions, « mais une infraction unique dont il s'agit de trouver la qualification exacte ». ⁶² Ainsi, les actes terroristes deviennent un élément de circonstance ou de *modus operandi* de la commission du crime contre l'humanité. Ces actes, en application du principe d'absorption, font partie du crime majeur, le crime contre l'humanité,

59 Voir Rapport de la Commission du droit international (1995), Doc. Supplément N° 10 (A/50/10), paragraphe 105.

60 Guiseppe Bettiol, Diritto penale, Ed. Priulla, Palermo 1962, 5 Ed., p. 506 ; Eugenio Cuello Callon, Derecho penal, ed. Bosch, Barcelona 1980, 13 ed., p. 637 ; Sebastian Soler, Derecho penal argentino, Tipográfica-Editora Argentina, Buenos Aires 1956, Tomo II, p. 315 ; Alfonso Reyes Echandía, Derecho penal – parte general, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 1979, pages 188 — 197 ; Enrique Bacigalupo, Manual de derecho penal – Parte general, Ed. Temis-ILANUD, Bogotá, 1984, p.238 et suivantes.

61 *Ibidem.*

62 G. Stefani, G. Lévassieur et B. Bouloc, Droit pénal général, Ed. Dalloz, 13ème édition, Paris 1987, paragraphe 596, pages 628-629.

en tant qu'éléments de circonstance ou de *modus operandi*. Certains courants du droit pénal distinguent le concours idéal du concours apparent d'infractions.⁶³ Celui-ci se caractériserait, par le fait qu'un même acte serait punissable à différent titre d'incrimination. Il s'agirait de qualifier les actes selon des principes de subsidiarité, de spécialité et d'absorption. Pour d'autres courants du droit pénal, ainsi que pour plusieurs législations pénales nationales, telle distinction n'existe pas et le concours apparent d'infractions n'est qu'une modalité de concours idéal d'infractions.

Dans ces hypothèses, en aucun cas le crime de terrorisme s'assimile en termes juridiques au crime contre l'humanité. Qu'il s'agisse d'un concours réel d'infractions ou d'un concours idéal (inclus la figure du concours apparent), on ne peut pas en déduire que cette situation confère le caractère de crime contre l'humanité à ces actes terroristes et, à plus forte raison, au « terrorisme international ». Cette situation n'est pas inusuelle en matière de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, comme l'a mis en évidence l'arrêt du Tribunal de Nüremberg. Eric David, à ce sujet, a signalé qu'un fait constitutif de crime de guerre peut être également constitutif d'une autre infraction internationale, comme un acte de terrorisme (Convention européenne sur la répression du terrorisme, de 1977) ou un attentat à la sécurité de l'aviation civile (Convention de Montréal de 1971). Si il existe dans ces cas un concours idéal d'infraction, Eric David signale que toutefois « cela ne veut pas dire que réciproquement tout acte de terrorisme est un crime de guerre ».⁶⁴ *Mutatis mutandis*, cela est applicable aux crimes contre l'humanité commis moyennant des actes terroristes.

Il ne faut pas négliger le fait que le crime contre l'humanité est un crime de droit international coutumier et que la définition du Statut de Rome n'est qu'aux effets de l'exercice de la compétence de la future Cour pénale internationale. Ainsi les crimes contre l'humanité ne sont pas limités à la définition de l'article 7 du Statut de Rome, comme le confirment les articles 10 et 22 (3) du même Statut.

63 Voir par exemple Enrique Bacigalupo, *op. cit.*, page 238 et suivantes.

64 Eric David, Principes de droit des conflits armés, Ed. Bruylant, 1^e Edition, Bruxelles 1994, paragraphe 4.113, page 596.

B. LA CONVENTION INTERNATIONALE GÉNÉRALE SUR LE TERRORISME INTERNATIONAL

En 1996, l'Assemblée générale des Nations Unies créa un Comité spécial, dit Comité de la Résolution N° 51/210, en vue d'élaborer plusieurs instruments internationaux contre le terrorisme, et notamment un instrument général sur le terrorisme.⁶⁵ Le Comité spécial s'est attaqué à l'élaboration d'une Convention générale sur le terrorisme international, sur la base d'un projet déposé par l'Inde en 1996 et révisé en 2000,⁶⁶ et à ses effets un Groupe de travail a été constitué. Les travaux de ce Groupe se recoupent avec ceux du Groupe de travail sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international, de la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies.

Les débats amorcés depuis 2000 mettent en évidence les difficultés d'ordre politique, idéologique et juridique, d'une définition du délit de terrorisme international. Plusieurs aspects présentent des difficultés, notamment, tout ce qui a trait à différencier clairement le terrorisme et « la lutte légitime des peuples dans l'exercice de leur droit à l'autodétermination et à la légitime défense face à l'agression et à l'occupation ».⁶⁷ Plusieurs délégations ont insisté sur la nécessité de préciser une définition du crime de terrorisme international et de le distinguer des formes de lutte légitime, dans le cadre de l'exercice du droit à l'autodétermination et à l'indépendance.⁶⁸ Un autre

65 Résolution N° 51/210 de l'Assemblée générale des Nations Unies, du 17 décembre 1996.

66 Documents des Nations Unies A/C.6/51/6 et A/C.6/55/L.2.

67 Documents des Nations Unies A/C.6/55/L.2, paragraphe 12. Notamment voir la proposition de la Malaisie au nom du Groupe de l'OCI. Voir également la proposition de la Côte d'Ivoire, Doc. A/56/37. Voir aussi le doc. A/56/37, paragraphes 10, 12, 13 et 14.

68 Rapport du Comité Spécial créé par la résolution 51/210 de l'Assemblée générale en date du 17 décembre 1996, quatrième session (14-18 février 2000), Documents des Nations Unies Supplément N° 37 (A/55/37).

aspect des difficultés est celui de la reconnaissance du terrorisme d'Etat.⁶⁹ Ces difficultés ne sont pas mineures car, apparemment, il n'existe pas un consensus sur le principe même d'élaborer une définition juridique générale du terrorisme, et certaines délégations se demandent si la technique de définition d'actes spécifiques de terrorisme ne serait pas plus adéquate juridiquement.⁷⁰

Le projet de Convention internationale générale sur le terrorisme international, au stade actuel du développement des débats⁷¹, présente plusieurs aspects qui sont source de préoccupation.

1. La définition du crime de terrorisme international

L'article 2 du projet de l'Inde, dans sa version révisée de 2000, propose une définition qui incrimine, comme crime de terrorisme international, deux types d'actes « lorsque ce[s] comportement[s], par [leur] nature ou [leur] contexte, [ont] pour but d'intimider une population, ou de contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à faire ou ne pas faire quelque chose ». ⁷² Le premier comportement incriminé est défini comme la commission illicite et intentionnelle, par tout moyen, d'un « acte visant [à] tuer ou à blesser grièvement quiconque ». Le second est la commission illícite et intentionnelle, par tout moyen, d'un « acte visant [à] causer de graves dommages à une installation gouvernementale ou publique, une infrastructure, un système de transport ou de communication public dans l'intention de causer des destructions massives de ce lieu, de cette installation ou de ce système, ou lorsque ces destructions entraînent ou risquent d'entraîner des pertes considérables ». Le projet incrimine aussi la tentative et des formes de participation au crime et notamment toute forme de contribution, sans préciser les contours de celle-ci.

69 Documents des Nations Unies A/56/37, paragraphe 15 .

70 *Ibidem*, paragraphe 9.

71 Document des Nations Unies A/C.6/56/L.9 en date du 29 octobre 2001.

72 Document A/C.6/55/L.2, page 10.

Lors des débats, plusieurs propositions et modifications de la définition du crime de terrorisme furent énoncées,⁷³ ce qui illustre les difficultés d'une définition. Finalement, le Coordinateur a soumis un texte officieux de définition en octobre 2001, pour futur débat.⁷⁴ Le texte officieux présenté par le Coordinateur, reprend la définition proposée par l'Inde mais avec certains changements. D'une part le texte scinde en deux catégories les « actes visant

-
- 73 Faites notamment par la Colombie, la Côte d'Ivoire, l'Australie, la Belgique, la Bolivie, le Costa Rica, le Chili, la Malaisie au nom du Groupe de l'OCI, et l'Autriche.
- 74 Documents des Nations Unies A/C.6/56/L.9, pages 14 et 15; Article 2: « 1. Commet une infraction au sens de la présente Convention toute personne qui, par tout moyen, cause illicitement et intentionnellement :
- a) la mort de quiconque ou des blessures graves à quiconque ; ou
 - b) d'importants dommages à un bien public ou privé, notamment un lieu public, une installation d'Etat ou publique, un système de transport public, une infrastructure ou l'environnement ; ou
 - c) des dommages aux biens, lieux, installation, ou systèmes mentionnés à l'alinéa b) du paragraphe 1 du présent article, qui entraînent ou risquent d'entraîner des pertes considérables ;

lorsque le comportement incriminé, par sa nature ou son contexte, a pour but d'intimider une population, ou de contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à faire ou ne pas faire quelque chose.

- 2. Commet également une infraction quiconque menace sérieusement et de manière crédible de commettre une infraction visée au paragraphe 1 du présent article.
- 3. Commet également une infraction quiconque tente de commettre une infraction visée au paragraphe 1 du présent article.
- 4. Commet également une infraction quiconque :
 - a) Se rend complice d'une infraction visée aux paragraphes 1, 2 ou 3 du présent article ;
 - b) Organise la commission d'une infraction visée aux paragraphes 1, 2 ou 3 du présent article ou ordonne à d'autres de la commettre ; ou
 - c) Contribue à la commission d'une ou plusieurs des infractions visées aux paragraphes 1, 2 ou 3 du présent article par un groupe de personnes agissant dans le même dessein. Sa contribution doit être délibérée et faite :
 - i) Soit pour faciliter l'activité criminelle ou servir le dessein criminel du groupe, lorsque cette activité ou ce dessein implique la commission d'une infraction visée au paragraphe 1 du présent article ;
 - ii) Soit en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre une infraction visée au paragraphe 1 du présent article. »

à causer de graves dommages ». Ainsi, une première catégorie d'actes se réfère à ceux qui « cause[nt] [...] d'importants dommages à un bien public ou privé » et autres. La seconde se réfère aux « dommages » à ces mêmes biens, qui « entraînent ou risquent d'entraîner des pertes considérables ». D'autre part, le texte du Coordinateur distingue une nouvelle incrimination : la menace terroriste, c'est-à-dire menacer « sérieusement et de manière crédible de commettre » un des trois actes spécifiques de terrorisme (mort ou blessures graves ; importants dommages à certains biens ; et dommages qui entraînent ou risquent d'entraîner des pertes considérables).

La proposition du Coordinateur pose de nombreux problèmes, spécialement en ce qui concerne la technique d'incrimination du droit pénal. L'article 2 du texte officiel proposé par le Coordinateur du Groupe de travail contient de nombreux éléments qui sont contraires au principe de légalité, car ils nuisent à une définition stricte et précise des infractions. Ainsi, les locutions employées par le texte comme « importants dommages » (article 2,1,b) ; « pertes économiques considérables » (article 2,1,c) ; « nature » et « contexte » (article 2,1) ; et « sérieusement et de manière crédible » (article 2,2) constituent des renvois à des concepts flous, vagues et incertains.

L'article 2 du texte officiel du Coordinateur définit l'intentionnalité de l'acte dans des termes (« par sa nature ou son contexte »), qui suggèrent que celle-ci dépendrait de la « fonctionnalité » du crime et non de l'intentionnalité de l'auteur (élément moral). Ainsi, la définition s'oriente vers l'ébauche d'un principe de responsabilité objective, contraire au principe de responsabilité subjective du droit pénal et au principe de légalité.

Finalement, la lettre c de l'alinéa 4 de l'article 2 du texte officiel du Coordinateur incrimine la contribution. Cette notion — contribution — n'a pas de contours précis et il n'est pas clair si elle fait référence à des modalités de participation criminelles, telles que la complicité, ou à d'autres figures juridiques, telles que l'association criminelle et la « conspiracy ».

Le principe de légalité en matière de crimes et de délits — *nullum crimen sine lege* — est universellement reconnu de longue date. Ce principe vaut tant pour les normes nationales comme pour les incriminations contenues dans des traités de droit pénal international. Le principe *nullum crimen sine*

lege est également reconnu par les traités de droits de l'homme⁷⁵ et le Statut de Rome de la Cour pénale internationale le catalogue comme un des principes généraux du droit pénal.

Le principe de légalité signifie que les définitions des infractions pénales, ou incriminations pénales, doivent être précises et dépourvues de toute équivoque et ambiguïté.⁷⁶ Comme le signala la Commission du droit international des Nations Unies, « le droit pénal énonce des normes de conduite que les individus doivent respecter »⁷⁷. Le principe a, également, pour corollaire, le principe d'interprétation restrictive de la loi pénale et de la prohibition de l'analogie. Ainsi par exemple, l'alinéa 2 de l'article 22 du Statut de Rome prescrit que « la définition d'un crime est d'interprétation stricte et ne peut être étendue par analogie ». Il faut souligner aussi que c'est ce principe de légalité qui a été à la base de l'élaboration des éléments des crimes prévus par le Statut de Rome.

Dans cet ordre d'idées, en application du principe de légalité ne peuvent être admises des incriminations vagues, ambiguës ou imprécises. Ainsi l'a signalé le Rapporteur spécial des Nations Unies sur l'indépendance des juges et des avocats, les définitions légales vagues, « nébuleuses », imprécises sont contraires au droit international des droits de l'homme et aux « conditions générales prescrites par le droit international ».⁷⁸ Quand ces

75 Article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme; article 9 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme; et article 7 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

76 Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 25 mai 1993, *Affaire Kokkinakis c. Grèce*, Série A, N° 260-A, page 22, paragraphe 52.

77 Rapport de la Commission du droit international (1996), Document des Nations Unies Supplément N° 10 (A/51/10), page 90.

78 Rapporteur spécial des Nations Unies sur l'indépendance des juges et des avocats, Document des Nations Unies E/CN.4/1998/39/Add.1, paragraphe 129. Voir aussi les « Observations finales du Comité des droits de l'homme — Portugal (Macau) », document des Nations Unies CCPR/C/79/Add.115, du 4 novembre 1999, paragraphe 12 et « Observations finales du Comité des droits de l'homme : République populaire démocratique de Corée », document des Nations Unies CCPR/CO/72/PRK, du 27 août 2001, paragraphe 14.

79 Document des Nations Unies A/C.6/56/L.9.

définitions permettent de criminaliser des comportements légitimes au regard du droit international des droits de l'homme ou des actes licites selon le droit international humanitaire, elles transgressent le principe de légalité.

2. Le projet de Convention et le Droit international humanitaire

Les articles 1 (2) et 18 (2) du projet de Convention⁷⁹ posent de sérieux problèmes en ce qui concerne l'application du Droit international humanitaire. Le projet, à l'alinéa 2 de l'article 18, prévoit que les Forces Armées soient exclues du champ d'application de la Convention internationale générale sur le terrorisme international. Bien que l'alinéa 2 de l'article 18 emploie la locution « Force Armée », celle-ci est définie à l'alinéa 2 de l'article 1 comme « Forces Armées d'un Etat ».⁸⁰ Mais le projet n'exclut pas du champ d'application de la Convention les parties non-gouvernementales à un conflit armé interne⁸¹ et les mouvements qui « luttent contre la

80 Document des Nations Unies A/C.6/55/L.2, page 8.

81 Voir l'article 3 Commun aux Conventions de Genève et l'article premier du Protocole additionnel relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux.

82 Alinéa 4 de l'article premier du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux. Il faut préciser qu'il s'agit de mouvements qui luttent dans l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, consacré dans la Charte des Nations Unies et dans la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies. Il ne s'agit pas de n'importe quel mouvement de libération nationale, mais bien de ceux qui sont reconnus comme luttant dans les territoires coloniaux, contre l'occupation étrangère ou contre les régimes racistes. Plusieurs résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies règlent les conditions dans lesquelles de telles luttes sont considérées légitimes au regard du droit international. Ainsi par exemple, l'Assemblée générale, dans sa résolution 2105 (XX), du 20 décembre 1965, a reconnu la légitimité de la lutte que mènent les peuples sous domination coloniale pour l'exercice de leur droit à l'autodétermination et à l'indépendance. Dans sa résolution 3103 (XXVIII), du 12 décembre 1973, intitulée « Principes de base concernant le statut juridique des combattants qui luttent contre la domination coloniale et étrangère et contre les régimes racistes », l'Assemblée générale a précisé le statut juridique des combattants des mouvements de libération nationale.

domination coloniale et l'occupation étrangère et contre les régimes racistes». ⁸² Cela a pour conséquence de criminaliser au niveau du droit international tout acte de guerre, qu'il soit licite ou non au regard du droit international humanitaire, commis par ces parties et mouvements. Une telle régulation est contraire aux prescriptions du Droit international humanitaire et permet la criminalisation d'actes licites au regard des Conventions de Genève de 1949 et de ses deux Protocoles additionnels. Cela porte atteinte de manière fondamentale au droit international existant.

Le Droit international humanitaire définit les actes illicites, notamment en ce qui a trait au terrorisme. ⁸³ Dans le cadre de conflits armés, internationaux ou internes, la prohibition de l'utilisation de la terreur et des actes terroristes n'est pas générale ni abstraite. Elle est en étroite relation avec les personnes ou des biens visés avec ces actes. Les notions de «population civile» et de «personnes protégées» sont essentielles ainsi que celle de la nature des biens. La prohibition est, également, en étroite relation avec les moyens utilisés, notamment leur caractère illicite, leurs effets non discriminés. En principe, la notion de terrorisme ne s'applique pas aux actes entre combattants ou de combattants contre des objectifs militaires, exécutés avec des moyens licites.

Pour être en conformité avec les dispositions du Droit international humanitaire, la Convention internationale générale sur le terrorisme international devrait exclure de son champ d'application les parties au conflit, qu'il s'agisse de Forces armées gouvernementales, de parties non-gouvernementales à un conflit armé interne, telles que comprises dans l'article 3 commun aux Conventions de Genève, ou de mouvements qui «luttent contre la domination coloniale et l'occupation étrangère et contre les régimes racistes». Il faut souligner que certains instruments internationaux ont des clauses d'exclusion du champ d'application pour ces parties et ces mouvements. ⁸⁴ Le projet de Convention internationale générale sur le

83 Voir notamment, l'article 3 Commun aux Conventions de Genève; l'article 33 de la IV Convention de Genève; l'article 51 du Protocole I; et les articles 4 et 13 du Protocole II.

84 Voir l'article 12 de la Convention internationale contre la prise d'otages.

terrorisme international devrait employer une formule qui permette d'exclure du champ d'application toutes les parties à un conflit armé, qu'il soit international ou interne. Ainsi, les articles 1 et 18 du projet devraient faire référence aux « parties au conflit », telles que définies par l'article 3 commun aux Conventions de Genève et par les Protocoles additionnels, et non uniquement aux forces armées étatiques.

3. Le principe de non refoulement

L'article 15 du projet de Convention internationale générale sur le terrorisme international établit une sorte de sauvegarde de *non refoulement*. Ainsi le texte proposé reprend les formulations énoncées dans d'autres traités en matière d'extradition et de terrorisme⁸⁵, mais au lieu d'établir le principe de *non refoulement*, dans toute sa dimension, il reproduit la « clause irlandaise » de la *Convention européenne d'extradition*, en y ajoutant les raisons d'origine ethnique. Le texte proposé n'est pas en conformité avec le droit international des droits de l'homme et le droit international des réfugiés.

D'une part, l'article 15 du projet conditionne le non refoulement à l'existence de « sérieuses raisons de croire » que la demande d'extradition serait aux fins de poursuivre ou de punir la personne pour des considérations de race, de religion, de nationalité ou d'opinions politiques. Cette exigence — « sérieuses raisons de croire » — n'est pas prévue par l'article 33 de la Convention relative au statut des réfugiés. Cette exigence additionnelle de

85 La Convention internationale contre la prise d'otages (art. 9), la Convention européenne d'extradition (art. 3), la Convention européenne pour la répression du terrorisme (art.5) et la Convention interaméricaine relative à l'extradition (art.4,5).

l'article 15 porte préjudice à la protection établie par l'article 33 de la Convention relative au statut des réfugiés.

D'autre part, l'article 15 du projet ne tient pas compte des prescriptions du droit international des droits de l'homme en matière de *non refoulement*⁸⁶ et, par conséquent, limite la portée de ce principe. Le droit international des droits de l'homme prohibe toute forme de refoulement s'il y a des risques que la personne soit victime de torture, de disparition forcée et de privation arbitraire de la vie. Ainsi, par exemple, l'article 3 de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, prescrit qu'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. » Bien que le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* ne prévoit aucune disposition explicite sur le principe de *non refoulement*, le Comité des droits de l'homme, dans son Observation générale N° 20 (par. 9), et en ce qui concerne la torture et les mauvais traitements, a considéré qu'il s'agit d'une obligation inhérente à l'article 7 du Pacte.

4. Sauvegarde contre l'impunité

L'article 18 du projet de convention pose le problème du champ d'application de la Convention. Le texte du projet exclu les Forces Armées du champ d'application de la Convention. Hormis le fait que les parties aux conflits — et non seulement les forces armées - devraient être exclues du champ d'application de la Convention, le projet de Convention, plus précisément l'article 18, devrait contenir une clause de sauvegarde contre

86 Voir notamment, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, article 3 ; la Déclaration sur l'asile territorial, article 3 (1) ; la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, article 8 ; et les Principes relatifs à la prévention efficace des exécutions extrajudiciaires, arbitraires et sommaires et aux moyens d'enquêter efficacement sur ces exécutions, principe 5. Voir également la Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme, article 22 (8), et Convention interaméricaine pour prévenir et punir la torture, article 13 (4).

l'impunité. Cette exclusion du champ d'application de la Convention ne devrait pas être interprétée comme une « licence » pour commettre des actes illicites, et notamment des faits constitutifs de crimes internationaux.

Il est important de signaler que lors des débats du Groupe de travail sur le projet de Convention internationale générale sur le terrorisme international, un groupe d'Etats avait proposé l'inclusion à l'article 18 d'une clause de sauvegarde contre l'impunité. Cette clause stipulait que les « dispositions de cet article ne sauraient être interprétées comme cautionnant ou légitimant des actes par ailleurs illicites, ni comme excluant les poursuites prévues par d'autres droits ». En tout évidence, cette proposition aurait due être non seulement retenue mais aussi améliorée, en faisant une référence explicite aux crimes internationaux. Malheureusement, la proposition n'a pas été retenue par le Groupe de travail.

C. DROITS DE L’HOMME ET RÉPRESSION DU TERRORISME

Il est hors de doute que tout Etat, au regard du droit international, a le droit et le devoir de combattre et de réprimer les crimes, notamment les actes criminels, qui par leur nature, objectifs ou moyens employés pour leur commission sont réputés ou qualifiés d’actes terroristes. Cela dit, il n’en demeure pas moins, que l’Etat est tenu de le faire dans le cadre de l’état de droit, du respect des principes de droit pénal et du droit international, notamment du droit international des droits de l’homme. Ainsi, la Commission des droits de l’homme, des Nations Unies, a réaffirmé « que toutes les mesures visant à lutter contre le terrorisme doivent être strictement conformes au droit international, notamment aux normes internationales relatives aux droits de l’homme ».⁸⁷

I. CERTAINS PROBLÈMES LIÉS À LA RÉPRESSION DU TERRORISME

L’expérience enseigne que, fréquemment, les Etats dans la répression des actes terroristes ont recours à des législations, des méthodes et des pratiques contraires au droit international des droits de l’homme, et notamment en matière de droits intangibles. La jurisprudence et la doctrine des organes et des mécanismes intergouvernementaux de droits de l’homme sont riches en exemples à ce sujet. Mais également, a *contrario sensu*, la jurisprudence et la doctrine des organes et des mécanismes intergouvernementaux indiquent le type de mesures, les circonstances dans lesquelles elles peuvent être adoptées et les conditions de leur mise en œuvre, pour lutter dans le cadre de l’état de droit et le respect des droits de l’homme contre les actes terroristes. Dans ce contexte, la jurisprudence, les observations et recommandations relatives aux pays et les observations générales du Comité des droits de

87 Résolution N° 2001/37, du 23 avril 2001, paragraphe 20 du Préambule. Voir également les Résolutions N° 2000/30, 1999/27 et 1998/47, de la Commission des droits de l’homme.

l'homme sont d'une grande importance. Cet organe, formé de 18 experts provenant de toutes les régions du monde, supervise l'application par les Etats du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, principal traité à vocation universelle en matière de droits civils et politiques. Ainsi, la Commission Internationale de Juristes accorde une place privilégiée à la jurisprudence et aux observations du Comité des droits de l'homme.

L'adoption, le 28 septembre 2001, par le Conseil de sécurité des Nations Unies, de la Résolution 1373 (2001) qui demande aux Etats membres des Nations Unies de prendre plusieurs mesures, tant sur le plan national que sur le plan international, pour combattre le terrorisme, relance un défi de longue date, à savoir : garantir que la lutte contre le terrorisme soit en conformité avec le droit international des droits de l'homme et les principes de l'état de droit.

Dans certains pays, les mesures adoptées au nom de la lutte anti-terroriste ont sapé les fondements mêmes de l'état de droit, tels que la séparation des pouvoirs et le principe de légalité. Ainsi, la Commission interaméricaine des droits de l'homme en examinant une série de mesures anti-terroristes adoptées par l'administration péruvienne de M. Fujimori, et qui ont eu pour conséquence de militariser le système judiciaire, considéra que tels types de mesures dénaturaient l'état de droit et portait atteinte au principe de séparation effective des pouvoirs publics.⁸⁸ Les mesures antiterroristes qui portent atteinte aux principes de l'état de droit — tels que les principes de légalité, de séparation effective des pouvoirs publics et de subordination des forces armées aux autorités civiles- sont contraires au droit international des droits de l'homme. Le Comité des droits de l'homme, des Nations Unies, a récemment rappelé que les « principes de légalité et la primauté du droit, [sont] inhérents à l'ensemble du Pacte [international relatif aux droits civils et politiques] ».⁸⁹

88 Commission interaméricaine des droits de l'homme, Deuxième rapport sur la situation des droits de l'homme au Pérou (*Segundo Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en el Perú*), document de l'Organisation des Etats Américains, OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 59 rev., du 2 juin 2000, paragraphe 238.

89 Observation générale n° 29, États d'urgence (art. 4), document des Nations Unies, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, du 31 août 2001, paragraphe 16.

Les mesures et pratiques adoptées au nom de la « lutte antiterroriste » soulèvent fréquemment de nombreux problèmes en matière de droits de l'homme et d'administration de justice. Trop souvent les mesures adoptées sont incompatibles avec les normes internationales. Ainsi l'a souligné le Rapporteur spécial des Nations Unies sur l'indépendance des juges et des avocats :

« Le fléau du terrorisme a aussi donné naissance à des mesures antiterroristes qui posent souvent des problèmes du point de vue de l'indépendance des magistrats et avocats. L'une de ces mesures est souvent, comme dans les états d'exception, la création de tribunaux d'exception. Dans certains pays, cela s'accompagne de l'imposition de règles de procédure qui ont manifestement des répercussions négatives sur la relation avocat-client, par exemple en ce qui concerne la confidentialité. D'autres mesures, telles que la pratique de plus en plus répandue qui consiste à dissimuler le visage des juges pour les protéger contre les représailles, soulèvent le problème plus vaste de la régularité de la procédure, aspect qui peut avoir une certaine incidence sur l'indépendance et l'impartialité de la justice. Certaines normes devraient peut-être être édictées dans ce domaine. »⁹⁰

Mais les normes relatives à l'administration de justice ne sont pas les seules qui sont affectées. Des mesures et pratiques adoptées au nom de la « lutte antiterroriste » soulèvent également de nombreux problèmes en ce qui concerne le droit et les procédures d'asile, le principe de non discrimination, le droit au respect de la vie privée, du domicile et de la correspondance. La liste peut être malheureusement longue. Sans prétendre établir une liste exhaustive des principaux problèmes en matière de droits de l'homme posés par les mesures antiterroristes, il est important de souligner, en ce qui concerne l'administration de justice, les problèmes suivants.

90 Document des Nations Unies E/CN.4/1995/39, 6 février 1995, paragraphe 60.

1. Les définitions de crime de « terrorisme »

Le principe de légalité en matière des crimes et des délits — *nullum crimen sine lege, nulla poena* — est universellement reconnu par les traités de droits de l'homme.⁹¹ Ce principe signifie que les actes qualifiés par la loi comme infractions pénales, doivent être définis d'une manière stricte et sans équivoque ni ambiguïté.⁹² Le principe *nullum crimen sine lege, nulla poena* signifie aussi que la loi pénale, nationale ou internationale, ne peut être appliquée rétroactivement. Le principe a, également, pour corollaires, le principe d'interprétation restrictive de la loi pénale et la prohibition de l'analogie.⁹³ Ainsi, les définitions légales vagues, « nébuleuses », imprécises ou qui permettent de criminaliser des actes légitimes et/ou licites au regard du droit international, sont contraires au droit international des droits de l'homme et aux « conditions générales prescrites par le droit international »⁹⁴.

Malheureusement, en matière de terrorisme, les législations nationales fréquemment ont recours à des définitions vagues, ambiguës, imprécises, qui permettent très souvent de criminaliser des formes légitimes d'exercice des libertés fondamentales, d'opposition politique et/ou sociale pacifique et des actes licites. Ainsi, le Comité des droits de l'homme a été conduit à

91 Article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politique, article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme; article 9 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme; et article 7 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

92 Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 25 mai 1993, *Affaire Kokkinakis c. Grèce*, Série A, N° 260-A, page 22, paragraphe 52.

93 Ce principes et ses corollaires s'applique tant au droit pénal national qu'au droit pénal international. Ainsi, l'article 22 (2) du Statut de Rome prescrit: « la définition d'un crime est d'interprétation stricte et ne peut être étendue par analogie ».

94 Rapporteur spécial des Nations Unies sur l'indépendance des juges et des avocats, Document des Nations Unies E/CN.4/1998/39/Add.1, paragraphe 129. Voir aussi les « Observations finales du Comité des droits de l'homme - Portugal (Macau) », document des Nations Unies CCPR/C/79/Add.115, du 4 novembre 1999, paragraphe 12, et « Observations finales du Comité des droits de l'homme: République populaire démocratique de Corée », document des Nations Unies CCPR/CO/72/PRK, du 27 août 2001, paragraphe 14.

formuler des observations à l'égard de plusieurs Etats.⁹⁵ Par exemple, le Comité des droits de l'homme a considéré vis-à-vis d'une loi anti-terroriste que « la définition du terrorisme dans cette loi est si large qu'elle englobe tout un éventail d'actes de gravité différente. De l'avis du Comité, cette définition doit être revue par les autorités égyptiennes et être beaucoup plus précise compte tenu en particulier du fait qu'elle augmente le nombre d'actes passibles de la peine de mort. »⁹⁶ En outre, le Comité des droits de l'homme a considéré que « Le décret-loi N° 25 475 [du Pérou] contient une définition très large du terrorisme, en vertu de laquelle des innocents ont été incarcérés et demeurent en détention. »⁹⁷

La Commission interaméricaine des droits de l'homme a considéré que la loi s'applique de manière arbitraire, quand les incriminations pénales sont définies en termes vagues ou imprécis, rendant impossible de déterminer avec certitude et au préalable quelles sont les comportements sanctionnés.⁹⁸ La Commission interaméricaine a également considéré que la définition du délit de terrorisme au Pérou, qui était vague et imprécise, et par conséquent portait atteinte au principe de légalité inhérent au droit pénal, a pour but de garantir la sûreté de l'individu en lui permettant de connaître les actions qui engagent sa responsabilité pénale.⁹⁹

Ces dernières années, une nouvelle « technique » est apparue dans certains Etats, selon laquelle les autorités dressent des listes officielles de groupes qualifiés comme terroristes. L'appartenance aux groupes dits terroristes

95 Voir par exemple, « Observations finales du Comité des droits de l'homme — Algérie », document des Nations Unies CCPR/C/79/Add.95, du 18 août 1998, paragraphe 11 et « Observations finales du Comité des droits de l'homme — Portugal (Macau) », document des Nations Unies CCPR/C/79/Add.115, du 4 novembre 1999, paragraphe 12.

96 « Observations et recommandations du Comité des droits de l'homme — Egypte », CCPR/C/79/Add.23, 9 août 1993, paragraphe 8.

97 « Observations et recommandations du Comité des droits de l'homme — Pérou », CCPR/C/79/Add.67, 25 juillet 1996, paragraphe 12.

98 Commission interaméricaine des droits de l'homme, in Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1983-1984, page. 85, paragraphe 7.

99 Commission interaméricaine des droits de l'homme, Deuxième rapport sur la situation des droits de l'homme au Pérou, op. cit., paragraphe 80.

devient *ipso facto* un délit, ainsi que la collaboration avec eux. Il s'agit d'une sorte d'incrimination nationale. Cette « technique » d'incrimination n'est pas sans problème comme l'a signalé la Rapporteuse spéciale de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, M^{me} Kalliopi K. Koufa :

« Certaines [lois] contiennent des dispositions ayant pour effet de recenser officiellement certains groupes comme terroristes, souvent en l'absence de toute analyse de leur situation ou de leur nature particulière, ce qui peut avoir des conséquences extrêmement graves pour eux et pour d'autres groupes professant des opinions similaires mais n'ayant aucun lien avec eux. [...] les procédures judiciaires visant à contester l'imputation de terrorisme ou à défendre une personne inculpée en vertu d'une telle législation antiterroriste peuvent souffrir de graves atteintes aux droits de la défense. »¹⁰⁰

Bien qu'il y ait peu de jurisprudence à ce sujet, il est important de souligner que la Cour européenne des droits de l'homme a précisé que l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme ne légitime pas l'arrestation d'une personne qui est soupçonnée d'envisager de commettre une infraction uniquement à raison du fait qu'elle appartienne à un groupe d'individus reconnus comme dangereux et ayant une propension à commettre des actes criminels.¹⁰¹

100 Document des Nations Unies E/CN.4/Sub.2/2001/31, du 27 juin 2001, paragraphe 111.

101 Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 6 novembre 1980, *Guizzardi c. Italie*, Série A No. 39, paragraphe 102.

2. L'état d'urgence

Les pouvoirs d'exceptions sont fréquemment invoqués dans de la lutte contre le terrorisme.¹⁰² Si certaines limitations ou dérogations sont permises en temps d'exception, celles-ci doivent l'être sur la base des principes de légalité, temporalité, proportionnalité et nécessité, et ne peuvent avoir de valeur au regard des droits intangibles, tant de source conventionnelle comme extra conventionnelle. Ainsi l'a rappelé le Comité des droits de l'homme dans son Observation générale n° 29, relative aux États d'urgence :

« Les mesures dérogeant aux dispositions du Pacte doivent avoir un caractère exceptionnel et provisoire. Avant qu'un État ne décide d'invoquer l'article 4, il faut que deux conditions essentielles soient réunies : la situation doit représenter un danger public exceptionnel qui menace l'existence de la nation et l'État partie doit avoir proclamé officiellement un état d'urgence. Cette dernière condition est essentielle au maintien des principes de légalité et de primauté du droit à des moments où ils sont plus que jamais nécessaires. Lorsqu'ils proclament un état d'urgence susceptible d'entraîner une dérogation à n'importe quelles dispositions du Pacte, les États doivent agir dans le cadre de leur constitution et des dispositions législatives qui régissent l'exercice des pouvoirs exceptionnels ; [...] Le Pacte stipule expressément que même pendant un conflit armé, des mesures dérogeant au Pacte ne peuvent être prises que si, et dans la mesure où, cette situation constitue une menace pour la vie de la nation. [...] Une condition fondamentale à remplir concernant toutes mesures dérogeant aux dispositions du Pacte [...] est que ces dérogations ne soient permises que dans la stricte mesure où la situation l'exige. Cette condition vise la durée, l'étendue géographique et la portée matérielle de l'état d'urgence et de toute dérogation appliquée par l'État du fait de

102 *Voir documents des Nations Unies Réerves, déclarations, notifications et objections concernant le Pacte International relatif aux droits civils et politiques et les protocoles facultatifs s'y rapportant, CCPR/C/2/Rev.4.*

l'état d'urgence. Une dérogation à certaines obligations découlant du Pacte se différencie clairement des restrictions ou limites autorisées même en temps ordinaire par plusieurs dispositions du Pacte. Néanmoins, l'obligation de limiter les dérogations à ce qui est strictement exigé par la situation a son origine dans le principe de proportionnalité qui est commun aux pouvoirs de dérogation et de restriction.[...] En outre, le paragraphe 1 de l'article 4 exige qu'aucune mesure dérogeant aux dispositions du Pacte ne soit incompatible avec les autres obligations qui incombent aux États parties en vertu du droit international, en particulier les règles du droit international humanitaire. L'article 4 du Pacte ne saurait être interprété comme justifiant une dérogation aux dispositions du Pacte si une telle dérogation doit entraîner un manquement à d'autres obligations internationales incombant à l'État concerné, qu'elles découlent d'un traité ou du droit international général. [...] Toute garantie relative à la dérogation, consacrée à l'article 4 du Pacte, repose sur les principes de légalité et la primauté du droit, inhérents à l'ensemble du Pacte. »¹⁰³

A l'occasion de ses observations de pays, le Comité des droits de l'homme a abordé le problème de l'utilisation de l'état d'urgence dans le cadre de mesures antiterroristes. Ainsi, par exemple, le Comité des droits de l'homme a exprimé « sa vive préoccupation devant les propositions faites dernièrement de réformer la Constitution [colombienne] pour supprimer les dates limites imposées aux états d'exception, supprimer le pouvoir du Tribunal constitutionnel de revoir la déclaration d'état d'exception, concéder des fonctions de police judiciaire aux autorités militaires, ajouter de nouvelles circonstances à celles qui peuvent être invoquées pour déclarer un état d'exception et réduire les pouvoirs du bureau du procureur général et du ministère public d'enquêter respectivement sur les violations des droits de l'homme et le comportement des militaires. Dans l'hypothèse où ces textes seraient adoptés, ils soulèveraient de graves difficultés au regard de l'article

103 CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 août 2001, paragraphes 2, 4 et 6.

4 du Pacte. »¹⁰⁴ Egalement, le Comité des droits de l'homme, dans ses observations au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, a noté « avec préoccupation que l'Etat Partie, pour mettre en oeuvre son obligation de combattre les activités terroristes, selon la résolution 1373 du Conseil de Sécurité, considère *inter alia* l'adoption de mesures législatives qui pourraient avoir des effets de longue portée vis à vis de droits garantis par le Pacte, et qui selon l'Etat Partie, impliqueraient des dérogations de ces obligations en droits de l'homme. L'Etat Partie devrait assurer que toute mesure adoptée soit compatible avec les dispositions du Pacte, notamment en ce qui concerne les dérogations de l'article 4 du Pacte. »¹⁰⁵ Vis à vis d'un autre pays, le Comité des droits de l'homme a exprimé sa préoccupation « par la persistance du recours aux pouvoirs d'exception conférés par des textes tels que la loi sur les pouvoirs spéciaux des forces armées, la loi sur la sécurité publique et la loi sur la sécurité nationale dans les zones déclarées zones de troubles [...] et il a souligné] que le terrorisme doit être combattu par des moyens compatibles avec le Pacte. »¹⁰⁶

La Cour européenne des droits de l'homme a admis, dans l'affaire *Lawless*, que la détention sans inculpation ni jugement, sur la base d'une loi d'exception, d'un citoyen irlandais soupçonné de se livrer à des activités contre la sûreté de l'Etat, en violation de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme, était couverte par le droit de dérogation prévu à l'article 15 de la *Convention européenne des droits de l'homme*. Elle a reconnu que la situation qui prévalait en République d'Irlande à l'époque, caractérisée notamment par la présence sur le territoire de cet Etat d'une armée secrète « agissant en dehors de l'ordre constitutionnel et usant de la violence pour atteindre ses objectifs »; par le fait que cette armée opérait également en dehors du territoire irlandais, compromettant gravement les relations de l'Etat « avec le pays voisin »; ainsi que par « l'aggravation

104 «Observations et Recommandations du Comité des droits de l'homme — Colombie », document des Nations Unies, CCPR/C/79/Add.76, 3 mai 1997, paragraphe 23.

105 Document des Nations Unies CCPR/CO/73/UK, CCPR/CO/73/UKOT, du 5 novembre 2001, paragraphe 6.

106 «Observations et recommandations du Comité des droits de l'homme – Inde», Document des Nations Unies, CCPR/C/79/Add.81, 4 août 1997, paragraphe 18.

progressive et alarmante des activités terroristes », constituait une situation de danger exceptionnel menaçant la vie de la nation, justifiant le recours à l'article 15 de la *Convention européenne des droits de l'homme*¹⁰⁷. Elle a déterminé que les mesures prises par le Gouvernement irlandais étaient strictement proportionnées à la gravité de la situation, en remarquant que « le fonctionnement des tribunaux pénaux ordinaires et même des cours criminelles spéciales ou des tribunaux militaires ne pouvaient suffire à rétablir la paix et l'ordre public », cela notamment puisque « la réunion de preuves suffisantes pour convaincre les personnes mêlées aux activités de l'I.R.A. et de ses groupes dissidentes se heurtait aux plus grandes difficultés en raison du caractère militaire et secret de ces groupes ainsi que de la crainte qu'ils inspiraient parmi la population » et du fait que les activités opérationnelles de ces groupes se déroulaient principalement à l'étranger¹⁰⁸.

Dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, la Cour a également constaté l'existence en Irlande du Nord d'une situation particulièrement dangereuse pour la vie de la nation. Alors que les mesures de privation « extrajudiciaire » de liberté adoptées par le Gouvernement britannique à l'encontre des personnes soupçonnées d'activités subversives étaient strictement exigées par cette situation, en tenant compte aussi de la marge d'appréciation laissée au Royaume-Uni pour décider des mesures à prendre contre le terrorisme, elle a jugé que la même situation ne pouvait pas justifier certaines pratiques commises par les autorités britanniques en tant que traitements inhumains et dégradants¹⁰⁹. La Cour a remarqué en particulier que l'arrestation d'individus qui n'étaient pas soupçonnés de crimes ou d'activités contre la paix et l'ordre public, dans le seul but d'obtenir des informations, était justifiée exceptionnellement dans le cas d'espèce par la nécessité de garantir l'intégrité des témoins¹¹⁰. Il est important de noter que, dans la même affaire, la Commission européenne des droits de l'homme avait aussi conclu

107 Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 1^{er} juillet 1961, *Affaire Lawless (Fond)*, Série A No. 3, paragraphe 28.

108 *Ibidem*, paragraphe 36.

109 Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 18 janvier 1978, Série A No. 25, *Irlande c. Royaume-Uni*, paragraphes 163 et 214.

110 *Ibidem*, paragraphe 212.

que l'adoption de mesures de privation « extrajudiciaire » de liberté par le Gouvernement britannique étaient justifiées par la situation existant en Irlande du Nord, notamment vu l'impossibilité du système judiciaire de fonctionner correctement en raison des intimidations menées par les groupes terroristes à l'encontre des témoins¹¹¹. La possibilité pour le Royaume-Uni de se prévaloir du droit de dérogation *ex* article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme a été reconnue par la Cour aussi dans l'affaire *Brannigan*. Ici la Cour, après avoir reconnu une large marge d'appréciation aux Etats d'évaluer les exigences mouvantes d'une situation de crise¹¹², a admis que l'ampleur et les effets de la violence terroriste en Irlande du Nord et les difficultés particulières inhérentes à l'instruction et à la répression de ce type de criminalité rendaient nécessaire la décision du Gouvernement britannique de prolonger provisoirement la durée de la garde à vue pendant laquelle l'intervention d'un magistrat judiciaire était exclue¹¹³. Dans l'affaire *Aksoy*, la Cour a constaté que l'activité terroriste du PKK dans le Sud-Est de la Turquie avait créé une situation de danger public menaçant la vie de la nation et justifiant le recours au droit de dérogation *ex* article 15 CEDH¹¹⁴; elle a cependant considéré que le Gouvernement turc n'avait pas donné « de raisons détaillées expliquant pourquoi la lutte contre le terrorisme dans le Sud-Est de la Turquie rendrait impraticable toute intervention judiciaire »¹¹⁵.

Conduite à considérer l'effet d'un état d'urgence pour cause d'activités terroristes, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a admis que certaines menaces de l'ordre public « par des personnes qui ont recours à la violence », en raison de leur ampleur, peuvent justifier une limitation provisoire des libertés, mais elle a précisé que certains droits fondamentaux

111 Commission européenne des droits de l'homme, Communication No. 5310/71, *Irlande c. Royaume-Uni*, Rapport du 25 janvier 1976, page 97.

112 Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 26 mai 1993, Série A No. 258-B, *Affaire Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, paragraphe 43.

113 *Ibidem*, paragraphes 47, 54 et 59.

114 Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 18 décembre 1996, *Affaire Aksoy c. Turquie*, Rec. 1996-VI, No. 26, paragraphe 70.

115 *Ibidem*, paragraphe 78.

ne peuvent en aucune circonstance être suspendus, comme par exemple le droit à la vie et le droit à un procès équitable.¹¹⁶ La Cour interaméricaine des droits de l'homme a considéré que *l'habeas corpus* et le recours de *amparo* constituent des droits indérogeables, qui ne peuvent pas être suspendus, même en cas d'urgence.¹¹⁷

Il est important de rappeler, que tant que l'état d'urgence n'est pas déclaré, les autorités sont tenues de garantir tous les droits et libertés fondamentales.¹¹⁸

3. Les mesures de privation de liberté

Dans la répression des crimes « terroristes », l'Etat est dans l'obligation de respecter scrupuleusement les normes internationales en matière de privation de liberté, traitement humain, et sûreté juridique de la personne.¹¹⁹ Ni la nature odieuse ni grave d'un crime quel qu'il soit, ne peut justifier de dérogation. Certaines limitations sont admises, mais dans un cadre prescrit

116 Commission interaméricaine des droits de l'homme, Rapport sur la situation des droits de l'homme en Argentine, 11 avril 1980, OEA/Ser.L/V/II.49, page 26. Voir aussi la résolution adoptée par la Commission lors de la Session de 1968, OEA/Ser.L/V/II.19 Doc. 32, page 61, alinéas e) et f).

117 Cour interaméricaine des droits de l'homme, Avis consultatif OC-8/87 du 30 janvier 1987, paragraphe 42; Avis consultatif OC-9/87 du 6 octobre 1987, paragraphes 30 et 41.

118 Il faut signaler aussi, que les Etats parties au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, à la Convention européenne des droits de l'homme, et à la Convention américaine relative aux droits de l'homme, doivent informer cette déclaration de l'état d'urgence à l'instance prévue par le traité correspondant.

119 Notamment: Pacte international relatif aux droits civils et politiques (article 2, 4, 9 et 10); Convention relative aux droits de l'enfant (art. 37); Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (art. 15); Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus; Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement; Code de conduite pour les responsables de l'application des lois; Principes directeurs applicables au rôle des magistrats du parquet; Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature; Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées; Principes relatifs à la prévention efficace des exécutions extrajudiciaires, arbitraires et sommaires et aux moyens d'enquêter efficacement sur ces exécutions.

par le droit international des droits de l'homme. Egalement, si certaines limitations ou dérogations sont permises en temps d'exception, celles-ci doivent l'être sur la base des principes de légalité, proportionnalité et de nécessité, et ne peuvent avoir de valeur au regard des droits intangibles et doivent prévoir des mesures de sauvegarde des droits de l'homme. Le Comité des droits de l'homme dans son Observation générale n° 29, relative aux états d'urgence (art. 4 du Pacte), a considéré que :

« Les États parties ne peuvent en aucune circonstance invoquer l'article 4 du Pacte pour justifier des actes attentatoires au droit humanitaire ou aux normes impératives du droit international, par exemple une prise d'otages [...] des privations arbitraires de liberté [...] »¹²⁰

Le Comité des droits de l'homme a également signalé :

« a) Toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine. Bien que ce droit, énoncé à l'article 10 du Pacte, ne soit pas expressément mentionné au paragraphe 2 de l'article 4, le Comité considère que le Pacte exprime ici une norme du droit international général, ne souffrant aucune dérogation, opinion étayée par la mention de la dignité inhérente à l'être humain faite dans le préambule du Pacte et par le lien étroit entre l'article 7 et l'article 10.

« b) L'interdiction de la prise d'otages, des enlèvements ou des détentions non reconnues n'est pas susceptible de dérogation. Le caractère absolu de cette interdiction, même dans une situation d'exception, est justifié par son rang de norme du droit international général. »¹²¹

120 Documents des Nations Unies CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 août 2001, paragraphe 11.

121 *Ibid.*, paragraphe 13.

Il est important aussi de souligner que les personnes privées de liberté doivent être maintenues dans des lieux officiels de détention et les autorités doivent maintenir un registre des détenus.¹²² En matière de communication entre les personnes privées de liberté et leurs avocats il faut rappeler que les *Principes de base relatifs au rôle du barreau*, des Nations Unies, stipulent que

« Toute personne arrêtée ou détenue ou emprisonnée doit pouvoir recevoir la visite d'un avocat, s'entretenir avec lui et le consulter sans retard, en toute discrétion, sans aucune censure ni interception, et disposer du temps et des moyens nécessaires à cet effet. Ces consultations peuvent se dérouler à portée de vue, mais non à portée d'ouïe, de responsables de l'application des lois. »¹²³

A l'occasion de ses observations de pays, le Comité des droits de l'homme a abordé la compatibilité de mesures « antiterroristes » en matière de privation de liberté, soit de nature judiciaire soit qu'il s'agisse de détention administrative. Ainsi, le Comité a exprimé sa préoccupation « du maintien d'une manière permanente d'une législation spéciale en vertu de laquelle les personnes soupçonnées d'appartenir à des groupes armés ou de collaborer avec eux peuvent être détenues au secret pendant cinq jours [...]». Il souligne que ces dispositions ne sont pas conformes aux articles 9 et 14 du Pacte. De même, le Comité note avec préoccupation, au sujet de ces deux articles du Pacte, que la détention préventive peut se prolonger pendant plusieurs années et que sa durée maximum est déterminée en fonction de la peine encourue. [Le Comité a exhorté] l'État partie à renoncer à la détention au secret et l'invite à réduire la durée de la détention avant jugement et à

122 La Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, article 10 (1); Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus, règle 7; Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement, principes 20 et 29; Règles pénitentiaires européennes, règles 7 et 8

123 Principe 8 des 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 Havane (Cuba) du 27 août au 7 septembre 1990.

renoncer à fixer la durée maximum de la détention provisoire en fonction de la durée de la peine encourue. »¹²⁴

Le Comité a manifesté sa préoccupation sur le fait « du maintien en vigueur des lois antiterroristes du 2 septembre 1986 et du 16 décembre 1992, [en France] qui prévoient un tribunal centralisé et des procureurs dotés de pouvoirs spéciaux en matière d'arrestation, de perquisition et de garde à vue prolongée à quatre jours (le double de la durée normale), et en vertu desquelles l'accusé n'a pas, en ce qui concerne la détermination de la culpabilité, les mêmes droits que dans le cadre des tribunaux ordinaires. Le Comité est, de plus, préoccupé par le fait que l'accusé n'a nullement le droit de prendre contact avec un avocat au cours des premières 72 heures de la garde à vue. Il exprime sa préoccupation devant le fait qu'aucun appel n'est prévu contre les décisions de la juridiction en question. [...]. En conséquence, dans ces conditions : le Comité recommande que les lois antiterroristes, qui paraissent nécessaires pour combattre le terrorisme, soient rendues pleinement conformes aux exigences des articles 9 et 14 du Pacte. »¹²⁵ Vis-à-vis de l'Inde, « Le Comité note avec préoccupation que, malgré la non-prorogation de la loi sur la prévention du terrorisme et des atteintes à l'ordre public, 1 600 personnes sont toujours en détention en vertu de ce texte. En conséquence : le Comité recommande l'adoption de mesures en vue soit de traduire rapidement en justice ces personnes soit de les remettre en liberté. Il est également préoccupé par le dépôt de propositions de loi tendant à remettre en vigueur certaines parties de la loi, ce qui pourrait entraîner de nouvelles violations du Pacte. »¹²⁶

En prenant note que placer des prisonniers en quartier séparé en Israël implique un isolement important et qu'il peut être prolongé sur de longues périodes, le Comité des droits de l'homme a rappelé « son Observation générale 20 (quarante-quatrième session), dans laquelle il a

124 « Observations et recommandations du Comité des droits de l'homme- Espagne », document des Nations Unies CCPR/C/79/Add.61, 3 avril 1996, paragraphes 12 et 18.

125 CCPR/C/79/Add.80,4 août 1997, paragraphe 23.

126 Document des Nations Unies, CCPR/C/79/Add.81, 4 août 1997, paragraphe 25.

noté que l'emprisonnement cellulaire prolongé d'une personne détenue ou incarcérée peut constituer une violation de l'article 7. Le Comité recommande que des efforts soient faits pour éviter l'isolement prolongé des prisonniers placés en quartier séparé. » Le Comité a signalé qu'il demeurait préoccupé « par le fait que [...] les personnes frappées d'une mesure d'internement administratif pour des raisons de sécurité peuvent encore être maintenues en détention sans jugement pendant de longues périodes et apparemment pendant une période illimitée. Il note aussi avec inquiétude que les Palestiniens détenus dans les territoires occupés sur ordre des autorités militaires israéliennes ne jouissent pas des mêmes droits en matière de contrôle judiciaire que les personnes détenues en Israël en vertu du droit commun. En particulier, le Comité note avec préoccupation que certaines au moins des personnes frappées d'une mesure d'internement administratif pour des raisons touchant à la sécurité de l'État [...] ne menacent pas personnellement la sécurité de l'État, mais qu'elles sont gardées en « otages » de manière à faciliter les négociations avec d'autres parties concernant la libération de soldats israéliens détenus ou la restitution des corps de soldats décédés. Le Comité considère que l'internement administratif tel qu'il est appliqué actuellement est incompatible avec les articles 7 et 16 du Pacte, auxquels il ne peut être dérogé en cas de danger public. Le Comité prend note du fait qu'Israël a dérogé à l'article 9 du Pacte. Il souligne cependant qu'un État partie ne saurait contrevenir à la prescription qui veut que la mise en détention fasse l'objet d'un contrôle judiciaire effectif. Le Comité recommande que la mise en détention réponde strictement aux exigences du Pacte et que le contrôle judiciaire effectif soit rendu obligatoire. »¹²⁷

Dans ses observations sur le Pérou, le Comité des droits de l'homme a rappelé que « des mesures doivent être prises d'urgence pour limiter strictement la détention au secret. Il faut introduire dans le Code pénal des dispositions tendant à la criminalisation des actes commis dans le but d'infliger des souffrances, sans préjudice des conséquences de ces actes, qu'ils aboutissent ou non à des lésions permanentes. [...] La durée de la prévention

127 Document des Nations Unies, CCPR/C/79/Add.93, 18 août 1998, paragraphes 20 et 21.

provisoire doit être raisonnable et toute personne arrêtée doit être déférée sans délai devant un juge. »¹²⁸

En ce qui concerne les détentions prolongées, le Comité des droits de l'homme a considéré que « les pouvoirs conférés par les dispositions [du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord] permettant des restrictions aux libertés publiques, comme les périodes prolongées de détention sans inculpation [...] sont excessifs. »¹²⁹ Le Comité a également pris « note avec préoccupation que, sous le *General Terrorism Act 2000*, les suspects peuvent être détenus pendant 48 heures sans accès à leurs avocats si la police a des soupçons que tels contacts pourraient, par exemple, interférer avec les évidences ou serviraient à alerter d'autres suspects. En particulier, quand ces pouvoirs ne sont pas utilisés depuis plusieurs années en Angleterre et au Pays de Gales, où leur compatibilité avec les articles 9 et 14 du Pacte est *inter alia* suspecte, et où d'autres mesures moins intrusives permettent arriver aux mêmes fins, le Comité considère que l'Etat Partie a été défaillant dans la justification de ces pouvoirs. L'Etat Partie devrait réviser ces pouvoirs à la lumière des observations du Comité. »¹³⁰

Le Comité des droits de l'homme, dans une décision relative à une personne jugée et condamnée pour des faits terroristes au Pérou, a considéré que la prohibition « à parler ni à écrire à quiconque » notamment à son avocat, lors de la détention préventive et sa réclusion « dans une cellule sans lumière pendant 23 heures et 30 minutes par jour, à une température inférieure à zéro » constituait une violation du paragraphe 1 de l'article 10 du Pacte.¹³¹ Dans la même affaire, le Comité a considéré que « l'isolement total

128 CCPR/C/79/Add.67, 25 juillet 1996, paragraphes 23 et 24.

129 « Observations et Recommandations du Comité des droits de l'homme — Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord », document des Nations Unies, A/50/40, 3 octobre 1995, paragraphe 418.

130 « Observations et Recommandations du Comité des droits de l'homme — Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord », document des Nations Unies CCPR/CO/73/UK, CCPR/CO/73/UKOT, du 5 novembre 2001, paragraphe 19.

131 Décision du 6 novembre 1997, Communication N° 577/1994, *Affaire Víctor Alfredo Polay Campos c. Pérou*, document des Nations Unies CCPR/C/61/D/577/1994, du 9 janvier 1998, paragraphe 8.4.

[du condamné] pendant une année, de même que les restrictions dont sa correspondance avec sa famille a fait l'objet, constituent un traitement inhumain au sens de l'article 7 et sont incompatibles avec l'obligation de traiter toute personne privée de liberté avec humanité. »¹³²

La Cour européenne des droits de l'homme a affirmé, dans deux affaires concernant des personnes soupçonnées d'activités terroristes, que les mesures privatives de liberté ne sont justifiées que lorsqu'elles sont prises pour conduire les personnes arrêtées devant l'autorité judiciaire compétente, qu'il s'agisse de personnes soupçonnées d'avoir commis ou d'envisager de commettre une infraction.¹³³ Plus récemment, la Cour a précisé qu'il faut des indices objectifs suffisants pour rendre plausibles les soupçons visant la personne arrêtée pour qu'une arrestation soit compatible avec l'article 5 (1) (c) de la Convention européenne des droits de l'homme, en soulignant que, même si la criminalité terroriste doit amener à une certaine souplesse dans l'interprétation de la notion de « plausibilité », elle ne saurait toutefois « justifier que l'on étende [cette notion] jusqu'à porter atteinte à la substance de la garantie assurée » par cet article.¹³⁴

La Cour interaméricaine des droits de l'homme a rappelé à plusieurs reprises que « personne ne peut être privé de sa liberté personnelle que pour les causes, les cas et les circonstances prévues et définies par la loi (aspect matériel) et dans le cadre stricte des procédures objectivement établies par la loi (aspect formel) ». ¹³⁵

En matière de détention administrative, il est important de souligner les considérations de l'Observation générale N° 8 du Comité de droits de l'homme. Le Comité a précisé que « Même si l'on a recours à l'internement

132 *Ibid.*, paragraphe 8.6.

133 Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 1er juillet 1961, *Affaire Lawless (Fond)*, Série A No. 3, paragraphe 14 ; arrêt du 18 janvier 1978, Série A No. 25, *Irlande c. Royaume-Uni*.

134 Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 30 août 1990, *Affaire Fox et autres c. Royaume-Uni*, Série A No. 182, paragraphe 32.

135 Arrêt du 21 janvier 1994, affaire *Gangaram Panday*, in Serie C No. 16, paragraphe 47. Voir également Arrêt du 12 novembre 1997, affaire *Suárez Rosero*, in Serie C No. 35, paragraphe 43.

dit de sûreté, pour des raisons tenant à la sécurité publique, cet internement doit être soumis aux mêmes dispositions, c'est-à-dire qu'il ne doit pas être arbitraire, qu'il doit être fondé sur des motifs et conforme à des procédures prévues par la loi (par. 1), que l'intéressé doit être informé des raisons de l'arrestation (par. 2) et qu'un tribunal doit pouvoir statuer sur la légalité de la détention (par. 4) et qu'il doit être possible d'obtenir réparation en cas de manquement (par. 5). Et si, en outre, il s'agit d'une inculpation pénale, il faut également accorder une protection totale en vertu des paragraphes 2 et 3 de l'article 9 ainsi que de l'article 14. »¹³⁶

La Cour européenne des droits de l'homme a toujours souligné la nécessité d'accompagner d'un minimum de garanties suffisantes contre l'arbitraire les mesures de détention administrative prises à l'encontre de personnes soupçonnées d'activités terroristes dans l'exercice du droit de dérogation *ex* article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans l'affaire *Lawless*, en déterminant que la détention sans comparution devant un juge, prévue par la loi d'exception irlandaise, était une mesure strictement limitée aux exigences de la situation d'urgence existant dans le pays, la Cour a tenu compte du fait que cette loi « était assortie d'un certain nombre de garanties édictées en vue d'empêcher des abus dans la mise en œuvre du régime de la détention administrative » (i.e. contrôle par le Parlement, possibilité de soumettre un cas à une « Commission de détention » compétente pour prononcer la libération de la personne intéressée, libération en cas d'engagement par le détenu à respecter la Constitution et la loi).¹³⁷ Dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, la Cour a relevé que, dans l'adoption des mesures de privation « extrajudiciaire » de liberté, le Gouvernement britannique avait su préserver un minimum de garanties en vue d'éviter tout débordement de la part des autorités exécutives.¹³⁸ Dans cette affaire, le Gouvernement britannique a fait valoir devant la Commission européenne des droits de l'homme que le recours à la détention

136 Observation générale N° 8, « Le droit à la liberté et à la sécurité de la personne (Article 9) », paragraphe 4.

137 Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 1^{er} juillet 1961, *Affaire Lawless (Fond)*, Série A No. 3, paragraphe 37.

138 Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 18 janvier 1978, Série A No. 25, *Irlande c. Royaume-Uni*, paragraphe 218.

administrative était nécessaire dans le cas d'espèce *inter alia* parce que, vu la situation qui prévalait en Irlande du Nord, il aurait été impossible de faire juger et condamner les terroristes par une cour pénale en mesure de fournir les garanties nécessaires d'un procès équitable¹³⁹. La Commission a repris ce point lorsqu'elle a énuméré les raisons, directement ou indirectement liées à la situation d'urgence existant en Irlande du Nord, qui justifiaient une dérogation à l'article 5 CEDH, cela en faisant référence à l'adoption de mesures « extrajudiciaires » comme alternative préférée à celle de modifier les procédures judiciaires ordinaires même dans un état d'urgence.¹⁴⁰

Pareillement, l'existence de garanties réelles contre les abus et les détentions au secret a été considérée par la Cour dans l'affaire *Branningan* comme élément contribuant à déterminer la licéité de la mesure de dérogation prise par le Gouvernement britannique.¹⁴¹ Par contre, dans l'affaire *Aksoy*, la Cour a conclu que l'arrestation et la détention du requérant pendant quatorze jours sans intervention du juge en vertu de la législation antiterroriste turque n'étaient pas des mesures exigées par la situation de danger public menaçant la vie de la nation créée par l'activité terroriste du PKK dans le Sud-Est de la Turquie. Cette conclusion a été justifiée *inter alia* par le fait que le requérant n'avait pas joui de garanties suffisantes contre l'arbitraire : « En particulier, la privation de l'accès à un avocat, un médecin, un parent ou un ami, et l'absence de toute possibilité réaliste d'être traduit devant un tribunal aux fins de contrôle de la légalité de sa détention, signifiaient que le requérant était complètement à la merci de ses gardiens ».¹⁴²

139 Commission européenne des droits de l'homme, Communication No. 5310/71, *Irlande c. Royaume-Uni*, Rapport du 25 janvier 1976, page 59 (dans le texte anglais : « there will continue to be some dangerous terrorists against whom it will not be possible to obtain convictions by any form of criminal trial which we regard as appropriate to a court of law »).

113 *Ibidem*, page 101 (dans le texte anglais : « a reluctance to modify the normal judicial procedures even in an emergency and hence a preference for extrajudicial proceedings for this purpose »).

141 Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 26 mai 1993, Série A No. 258-B, *Affaire Branningan et McBride c. Royaume-Uni*, paragraphes 61-65.

142 Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 18 décembre 1996, *Affaire Aksoy c. Turquie*, Rec. 1996-VI, No. 26, paragraphe 83.

La Commission interaméricaine des droits de l'homme, pour sa part, a précisé que « soutenir que le Pouvoir Exécutif puisse prolonger indéfiniment la détention d'une personne, sans la soumettre à un procès légal, a pour conséquence de le transformer en Pouvoir Judiciaire et d'en finir avec la séparation des Pouvoirs Publics, qui est une des caractéristiques du système démocratique. »¹⁴³ La Commission a rappelé qu'il « n'y a aucune norme dans l'ordre juridique international qui justifie la détention prolongée, sur la base des pouvoirs d'exception, et a plus fort titre, pour maintenir en prison des personnes sans leur formuler des charges pour des violations présumées à des lois de sécurité nationale ou d'autres types et sans qu'elles aient le droit d'exercer les garanties propres à un procès juste et équitable ».¹⁴⁴

Le Comité contre la Torture a également abordé ce problème.¹⁴⁵ En ce qui concerne le « refus d'autoriser les conseils à assister aux interrogatoires en Irlande du Nord lorsqu'il s'agit de délits liés au terrorisme », existant au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, le Comité contre la Torture a recommandé de « Généraliser l'enregistrement des interrogatoires à toutes les affaires et pas seulement à celles n'ayant pas trait aux activités liées au terrorisme et, en tout état de cause, autoriser les avocats à assister aux interrogatoires »¹⁴⁶.

142 Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 18 décembre 1996, *Affaire Aksoy c. Turquie*, Rec. 1996-VI, No. 26, paragraphe 83.

143 Commission interaméricaine des droits de l'homme, in *Diez años de actividades, 1971-1981*, Organisation des Etats Américains, Washington, 1982, page 319. (original en espagnol, traduction libre).

144 Ibid, page 320. (original en espagnol, traduction libre).

145 Voir, notamment, les « Observations et Recommandations du Comité des droits de l'homme — Sri Lanka » (A/53/44, paragraphes 243-257, 19 mai 1998)

146 Document des Nations Unies, A/51/44, paragraphes 58-65, 9 juillet 1996, paragraphe 65.e.

4. L'*Habeas corpus*

Une des pratiques les plus fréquentes en matière de lutte contre le terrorisme est celle de limiter ou de suspendre le droit à un recours, notamment en matière de privation de liberté, comme l'*Habeas corpus*. Bien que le droit à un recours vis-à-vis des privations de liberté, comme l'*Habeas corpus*, n'est pas explicitement inclus dans la liste des droits intangibles du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Comité des droits de l'homme dans son Observation générale n° 29, relative aux États d'urgence (art. 4 du Pacte), a considéré que :

« 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 États parties 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. [...] De l'avis du Comité, ces principes et la disposition concernant les recours utiles exigent le respect des garanties judiciaires fondamentales pendant un état d'urgence. [...] Afin de protéger les droits non susceptibles de dérogation, il découle du même principe que le droit d'introduire un recours devant un tribunal, dans le but de permettre au tribunal de statuer sans délai sur la légalité d'une détention, ne peut être affecté par la décision d'un État partie de déroger au Pacte. »¹⁴⁷

147 CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 août 2001, paragraphes 14 et 16.

Le caractère non dérogeable de l'*Habeas corpus* est également reconnu dans plusieurs normes internationales à vocations déclaratives.¹⁴⁸ La Commission des droits de l'homme des Nations Unies, dans sa Résolution 1992/35 «*Habeas corpus*», a exhorté les Etats à maintenir le recours d'*Habeas corpus* même lors de l'état d'exception. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a considéré que les recours judiciaires de nature à protéger des droits intangibles, comme l'*Habeas corpus*, sont indérogeables.¹⁴⁹

A l'occasion de ses observations de pays, le Comité des droits de l'homme a abordé les problèmes relatifs aux limitations, voire suspension, de l'*Habeas corpus* ou de recours similaires. Ainsi par exemple, le Comité des droits de l'homme a relevé « avec préoccupation que la détention d'une durée indéterminée qui peut être ordonnée par le secrétariat à la défense est incompatible avec le Pacte, d'autant plus qu'elle ne peut être contestée qu'un an après l'incarcération. Ces considérations suscitent des inquiétudes quant à l'efficacité du recours en *Habeas corpus* dans le cas des personnes arrêtées en vertu de la loi sur la prévention du terrorisme. »¹⁵⁰

La Cour européenne des droits de l'homme, dans l'affaire *Branningan*, a constaté que la prolongation provisoire de la durée de la garde à vue décidée par le Gouvernement britannique ne compromettait pas le droit des plaignants (deux individus soupçonnés d'appartenir à l'I.R.A.) à l'*Habeas corpus*, droit considéré par la Cour comme garantie fondamentale contre les abus.¹⁵¹

148 Voir : Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement, principe 32; et La Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, article 9.

149 Avis consultatifs OC-8/87 « *L'Habeas corpus dans les situations d'urgence* », du 30 janvier 1987, et OC- 9/87, « *Garanties judiciaires dans les états d'urgence* », du 6 octobre 1987.

150 « Observations et recommandation du Comité des droits de l'homme — Sri Lanka », document des Nations Unies, A/50/40, 3 octobre 1995, paragraphe 452.

151 Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 26 mai 1993, Série A No. 258-B, *Affaire Branningan et McBride c. Royaume-Uni*, paragraphe 62.

5. Le droit à un tribunal indépendant et impartial

Une pratique fréquente des Etats est celle de traduire les présumés auteurs d'actes terroristes devant des juridictions d'exception ou des cours militaires. Les *Principes relatifs à l'indépendance de la magistrature* font référence au principe du « juge naturel » : « Chacun a le droit d'être jugé par les juridictions ordinaires selon les procédures légales établies ».¹⁵² La Commission des droits de l'homme dans sa Résolution 1989/32, recommanda aux Etats de tenir compte des principes énumérés dans le Projet de Déclaration sur l'indépendance de la justice, laquelle, à son article 5 stipule que :

(b) il n'est établi aucun tribunal d'exception pour connaître des affaires relevant normalement de la compétence des ordinaires; [...]

(e) En cas de danger public exceptionnel l'Etat veille à ce que les civils accusés d'une infraction pénale, quelle qu'en soit la nature, soient jugés par les tribunaux civils. »

Le Comité des droits de l'homme a également précisé, que même en temps de guerre ou état d'urgence :

« Seuls les tribunaux peuvent juger et condamner un individu pour infraction pénale »¹⁵³

En ce qui concerne les juridictions pénales militaires, le Comité des droits de l'homme a recommandé à plusieurs reprises que les législations soient modifiées pour que les civils ne soient jugés que par des tribunaux civils et non par des tribunaux militaires. Ainsi, le Comité des droits de l'homme a été conduit à formuler des observations à l'égard de plusieurs Etats. Ainsi, le Comité a exprimé sa préoccupation « de l'étendue de la compétence des tribunaux militaires au Liban, spécialement le fait que leur compétence dépasse les questions disciplinaires et s'applique à des civils. Il s'inquiète également des procédures suivies par ces tribunaux militaires ainsi que de

152 Principe 5.

153 CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 août 2001, paragraphe 16.

l'absence de contrôle des procédures et des verdicts des tribunaux militaires par les juridictions ordinaires. [Le Comité a recommandé à L'Etat partie d'] étudier la question de la compétence des tribunaux militaires et, dans tous les procès de civils et dans toutes les affaires de violation des droits de l'homme par les membres des forces armées, il devrait transférer la compétence des tribunaux militaires aux juridictions ordinaires. »¹⁵⁴ Le Comité des droits de l'homme a exprimé sa profonde préoccupation : « par les décrets-lois Nos 25 475 et 25 659 [du Pérou], qui portent gravement atteinte à la protection des droits consacrés dans le Pacte dans le cas des personnes accusées de terrorisme, et qui vont à l'encontre, à bien des égards, des dispositions de l'article 14 du Pacte. [...] En vertu du décret-loi N° 25 659, les affaires de trahison relèvent des tribunaux militaires, que le défendeur soit un civil ou un membre de l'armée ou des forces de sécurité. A ce sujet, le Comité se déclare profondément inquiet par le fait que les personnes inculpées de trahison soient jugées précisément par la force militaire qui a procédé à leur arrestation et à leur inculpation, que les membres des tribunaux militaires soient des officiers en service actif, que la plupart d'entre eux n'aient jamais reçu de formation juridique et, de surcroît, qu'aucune disposition ne permette la révision des condamnations par une juridiction supérieure. Ces failles font douter sérieusement de l'indépendance et de l'impartialité des juges des tribunaux militaires. Le Comité insiste sur le fait que les procès de civils doivent être menés par des tribunaux civils, constitués de membres du pouvoir judiciaire indépendants et impartiaux. »¹⁵⁵ Vis-à-vis de la Slovaquie, le Comité a constaté « avec préoccupation que des civils peuvent être jugés par des tribunaux militaires dans certains cas, notamment pour trahison de secrets d'Etat, espionnage ou atteinte à la sûreté de l'Etat. Aussi recommande-t-il de modifier le Code pénal pour interdire quelles que soient les circonstances que des civils soient traduits devant des juridictions militaires. »¹⁵⁶ Le Comité a également pris note « avec préoccupation que les tribunaux militaires [en Ouzbékistan] ont une compétence étendue qui ne se limite pas aux affaires pénales visant des membres des forces armées mais

154 CCPR/C/79/Add.78, párr.14.

155 Document des Nations Unies CCPR/C/79/Add.67, 25 juillet 1996, paragraphe 12.

156 Document des Nations Unies, CCPR/C/79/Add.79, paragraphe 20.

comprend également les matières civile et pénale, lorsque les circonstances exceptionnelles d'une affaire particulière ne permettent pas le recours aux juridictions ordinaires. [Le comité a recommandé à l'État partie de prendre des mesures législatives] pour limiter la juridiction des tribunaux militaires au jugement des militaires accusés d'infractions militaires. »¹⁵⁷ Dans ses observations à la Syrie¹⁵⁸ et au Kuwait¹⁵⁹, le Comité a considéré que le jugement de civils par des tribunaux militaires était incompatible avec l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Le Rapporteur spécial sur l'indépendance des juges et des avocats a considéré que :

« Pour ce qui est du recours à des tribunaux militaires pour juger des civils, un consensus se dégage en droit international quant à la nécessité de limiter cette pratique radicalement, ou même de l'interdire ». ¹⁶⁰

Le Groupe de travail sur la détention arbitraire, des Nations Unies, a estimé « que si une forme quelconque de justice militaire devait subsister, elle devrait, en tout état de cause, être soumise à quatre règles : a) Incompétence pour juger des civils ; b) Incompétence pour juger des militaires s'il y a des civils parmi les victimes ; c) Incompétence pour juger les civils ou les militaires impliqués dans des affaires de rébellion, de sédition ou dans tout fait de nature à porter atteinte ou risquer de porter atteinte à un régime démocratique ; d) Interdiction de prononcer la peine de mort en quelque circonstance que ce soit. »¹⁶¹

La Cour européenne des droits de l'homme a décidé, dans l'affaire *Incal c. Turquie*, que la présence d'un juge militaire à la Cour de sécurité de l'État était contraire aux principes d'indépendance et d'impartialité qui sont les

157 Document des Nations Unies CCPR/CO/71/UZB, du 26 avril 2001, paragraphe 15.

158 Document des Nations Unies CCPR/CO/71/SYR, paragraphe 17.

159 Document des Nations Unies CCPR/CO/69/KWT, paragraphe 10.

160 Document des Nations Unies E/CN.4/1998/39/Add.1, paragraphe 78.

161 Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire, E/CN.4/1999/63, 18 décembre 1998, paragraphe 80.

conditions d'un procès équitable.¹⁶² Dans l'affaire *Findlay*, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que la cour martiale qui avait jugé le requérant n'était ni indépendante ni impartiale parce que ses membres étaient subordonnés à l'officier convocatéur qui tenait le rôle de procureur et la sentence imposée pouvait être modifiée par cet officier.¹⁶³

La Cour interaméricaine de droits de l'homme, dans une affaire relative à des civils jugés pour actes terroristes par un tribunal militaire, a considéré que le jugement de civils par un tribunal militaire était contraire au droit à un procès juste et équitable et au principe « du juge naturel ».¹⁶⁴ La Commission interaméricaine a toujours considéré que les tribunaux militaires ne réunissaient pas les conditions d'indépendance et d'impartialité exigées par la Convention et la Déclaration américaines.¹⁶⁵ Selon la Commission interaméricaine des droits de l'homme, une cour militaire spéciale n'est pas un tribunal indépendant et impartial, car elle est subordonnée au Ministère de la défense, c'est-à-dire au Pouvoir Exécutif.¹⁶⁶ La Commission interaméricaine a également considéré que le jugement de civils, et notamment pour des délits politiques, par des tribunaux militaires violait le droit à un tribunal indépendant et impartial.¹⁶⁷ Récemment, dans sa Résolution « Terrorisme et droits de l'homme », la Commission interaméricaine des droits de l'homme (CIDH) a affirmé que selon sa doctrine :

162 Cité dans l'Avis N° 35/1999 (Turquie), du Groupe de travail sur la détention arbitraire, *affaire Abdullah Öcalan*, du 2 décembre 1999, in document des Nations Unies E/CN.4/2001/14/Add.1, 9 novembre 2000.

163 Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 25 février 1997, *Affaire Findlay c. Royaume-Uni*, Rec. 1997-I, No. 30, paragraphes 74-77.

164 Arrêt du 30 mai 1999, *Affaire Castillo Petruzzi et al c. Pérou*, Voir, également, arrêt du 17 septembre 1997, *Affaire Loaya Tamayo c. Pérou*, Série C No. 33, paragraphe 61.

165 Cité in E/CN.4/Sub.2/1992/Add.2, par. 103.

166 Rapport annuel de la Commission interaméricaine des droits de l'homme – 1994, document de l'Organisation des Etats Américains OEA/Sr.L/V/II.88, doc. 9, Rev. 1995.

167 Voir notamment Rapport sur le Nicaragua, cité in E/CN.4/Sub.2/1992/Add.2, par. 103; Rapport sur la Colombie, OEA/Ser.L/V/II.53, doc. 22; et Rapport sur le Chili, OEA/Ser.I/V/II.17.

« Les tribunaux militaires ne peuvent pas juger des civils, sauf s'il n'existe pas de tribunaux civils, quand tel procès est de fait impossible. Même dans ces cas, la CIDH, a signalé que les procédures doivent reconnaître les garanties minimales établies par le droit international, ce qui inclut la non discrimination entre citoyens et ceux qui se trouvent sous la juridiction d'un Etat, un juge indépendant, le droit de défense, libre choix de l'avocat et accès aux preuves et le principe du contradictoire. »¹⁶⁸

En matière de juridictions d'exception, le Comité des droits de l'homme a précisé que ces juridictions doivent être conformes aux dispositions de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.¹⁶⁹ Toutefois, le Comité des droits de l'homme a souligné que « très souvent, lorsque de tels tribunaux sont constitués, c'est pour permettre l'application de celles qui ne sont pas conformes aux normes ordinaires de la justice ». ¹⁷⁰ Ainsi, le Comité des droits de l'homme a précisé : « La loi [irlandaise] portant [sur la] création du tribunal pénal d'exception ne précise pas clairement quelles sont les affaires qui doivent être portées devant lui, laissant à cet égard une large liberté d'appréciation au Directeur du parquet. [...] L'application de la loi soulève des problèmes de compatibilité avec [...] de l'article 14 du Pacte. [...] Il conviendrait de prendre des mesures en vue de mettre fin à la compétence du tribunal pénal d'exception et de veiller à ce que toutes les procédures pénales soient conformes aux articles 9 et 14 du Pacte. »¹⁷¹

168 Résolution « Terrorisme et Droits de l'Homme », du 12 décembre 2001.

169 Observation générale N ° 13, paragraphe 4.

170 *Ibidem*.

171 « Observations et recommandations du Comité des droits de l'homme — Irlande », document des Nations Unies, A/55/40, 24 juillet 2000, paragraphes 436 et 437.

6. Les garanties judiciaires

Dans la répression des délits, et cela inclut les actes terroristes, les normes internationales relatives aux garanties judiciaires et à l'administration de justice¹⁷² doivent être scrupuleusement observées. Si certaines limitations sont admises (comme le huis clos des audiences), elles ne peuvent l'être que dans le cadre prescrit par le droit international des droits de l'homme. Le Comité des droits de l'homme dans son Observation générale n° 29, relative aux états d'urgence (art. 4 du Pacte), a considéré que :

« Les États parties ne peuvent en aucune circonstance invoquer l'article 4 du Pacte pour justifier des actes attentatoires au droit humanitaire ou aux normes impératives du droit international, par exemple [...] l'inobservation de principes fondamentaux garantissant un procès équitable comme la présomption d'innocence. »¹⁷³

Le Comité des droits de l'homme a ainsi précisé :

« Toute garantie relative à la dérogation, consacrée à l'article 4 du Pacte, repose sur les principes de légalité et la primauté du droit, inhérents à l'ensemble du Pacte. Certains éléments du droit à un procès équitable étant expressément garantis par le droit international humanitaire en cas de conflit armé, le Comité ne voit aucune justification à ce qu'il soit dérogé à ces garanties au cours d'autres situations d'urgence. [...] La présomption d'innocence doit être strictement respectée. Afin de protéger les droits non susceptibles de dérogation, il découle du même principe que le droit d'introduire un recours devant un tribunal, dans le but de permettre au tribunal de statuer sans

172 Notamment : Pacte international relatif aux droits civils et politiques (article 2, 4, 14 et 15) ; Convention relative aux droits de l'enfant (art. 37) ; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (art.15) ; Principes directeurs applicables au rôle des magistrats du parquet ; et Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature.

173 CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 août 2001, paragraphe 11.

délai sur la légalité d'une détention, ne peut être affecté par la décision d'un État partie de déroger au Pacte. »¹⁷⁴

A l'occasion de ses observations de pays, le Comité des droits de l'homme a abordé la compatibilité de mesures « antiterroristes » qui imposent des restrictions en matière de garanties judiciaires. Ainsi le Comité a exprimé son inquiétude « du maintien d'une manière permanente d'une législation spéciale [en Espagne] en vertu de laquelle les personnes soupçonnées d'appartenir à des groupes armés ou de collaborer avec eux peuvent être détenues au secret pendant cinq jours, n'ont pas le droit de choisir un avocat et sont jugées sans appel par l'Audiencia Nacional. [Il a souligné] que ces dispositions ne sont pas conformes aux articles 9 et 14 du Pacte. [Le Comité a recommandé] de supprimer les dispositions législatives qui privent les personnes, accusées d'actes de terrorisme ou celles qui sont soupçonnées de collaborer avec elles, du droit de choisir un défenseur. »¹⁷⁵

Egalement, le Comité s'est montré « préoccupé par le maintien en vigueur des lois antiterroristes du 2 septembre 1986 et du 16 décembre 1992 [en France] qui prévoient un tribunal centralisé et des procureurs dotés de pouvoirs spéciaux en matière d'arrestation, de perquisition et de garde à vue prolongée à quatre jours (le double de la durée normale), et en vertu desquelles l'accusé n'a pas, en ce qui concerne la détermination de la culpabilité, les mêmes droits que dans le cadre des tribunaux ordinaires. Le Comité est, de plus, préoccupé du fait que l'accusé n'a nullement le droit de prendre contact avec un avocat au cours des premières 72 heures de la garde à vue. [Il a exprimé] sa préoccupation devant le fait qu'aucun appel n'est prévu contre les décisions de la juridiction en question. [En conséquence, le Comité a recommandé] que les lois antiterroristes, qui paraissent nécessaires pour combattre le terrorisme, soient rendues pleinement conformes aux exigences des articles 9 et 14 du Pacte. »¹⁷⁶

174 CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 août 2001, paragraphe 16.

175 CCPR/C/79/Add.61, 3 avril 1996, paragraphes 12 et 18.

176 Document des Nations Unies, CCPR/C/79/Add.80,4 août 1997, paragraphe 23.

Concernant la Colombie, le Comité a manifesté sa préoccupation « par le fait que les militaires et les membres des forces de sécurité et autres forces continueraient d'exercer sur les civils et les autorités civiles, les autorités judiciaires notamment, des pouvoirs spéciaux qui leur avaient été accordés au titre de l'institution des zones spéciales d'ordre public prévue par des décrets qui ne sont plus en vigueur. Il est tout spécialement préoccupé par le fait que des militaires exercent des fonctions d'enquête, d'arrestation, de placement en détention et d'interrogatoire. »¹⁷⁷ En ce qui concerne l'Irlande, le Comité a signalé sa préoccupation par le fait « de voir que la loi sur les atteintes à la sûreté de l'État est toujours en vigueur, que la durée de la détention sans chef d'accusation en vertu de cette loi a été prolongée, que les personnes soupçonnées d'être sur le point de commettre une infraction peuvent être appréhendées, et que la majorité des personnes arrêtées ne sont jamais inculpées. Il s'inquiète de ce que, dans les circonstances visées par la loi, le fait de garder le silence peut être considéré comme corroborant un élément de preuve. L'application de la loi soulève des problèmes de compatibilité avec l'article 9 et l'alinéa g) du paragraphe 3 de l'article 14 du Pacte. Le Comité déplore qu'une assistance juridictionnelle ne puisse être fournie qu'après l'inculpation. [Le Comité a recommandé que des mesures soient prises] en vue de mettre fin à la compétence du tribunal pénal d'exception et de veiller à ce que toutes les procédures pénales soient conformes aux articles 9 et 14 du Pacte. »¹⁷⁸ Le Comité a considéré que « les pouvoirs conférés par les dispositions du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord permettant des restrictions aux libertés publiques, comme les périodes prolongées de détention sans inculpation ou sans possibilité de consulter un conseil, la possibilité de pénétrer dans une propriété privée sans mandat judiciaire, la délivrance d'arrêtés d'interdiction de séjour, etc., sont excessifs. »¹⁷⁹ Le Comité a également pris « note avec préoccupation que les dispositions de la loi de 1994 sur la justice pénale et l'ordre public, portant extension de la législation applicable à l'origine à la seule Irlande du Nord, permettant de faire des déductions quand les personnes soupçonnées de

177 Document des Nations Unies, CCPR/C/79/Add.76, 3 mai 1997, paragraphe 19.

178 Document des Nations Unies, A/55/40, 24 juillet 2000, paragraphes 436 et 437.

179 Document des Nations Unies, A/50/40, 3 octobre 1995, paragraphe 418.

délits gardent le silence, violent diverses dispositions de l'article 14 du Pacte, malgré les garanties qui y sont prévues et les règlements promulgués pour l'application de cette loi. »¹⁸⁰

En matière d'interrogatoires lors de la détention, le Comité a pris note « avec une profonde préoccupation que les directives [Israël] régissant la conduite des interrogatoires des terroristes présumés permettent aux forces de sécurité d'user de « pressions physiques modérées » pour obtenir des informations jugées cruciales pour la protection de la vie [...] que la partie du rapport de la Commission Landau qui énumère et décrit les méthodes de pressions autorisées demeure secrète [et que] l'État partie a admis que les méthodes consistant à passer les menottes aux suspects, à les encapuchonner, à les secouer et à les priver de sommeil ont été et continuent d'être utilisées, seules ou en association, lors des interrogatoires ». Le Comité a estimé « que les directives peuvent donner lieu à des abus et que l'emploi des méthodes décrites constitue une violation de l'article 7 du Pacte en toute circonstance [et il a exhorté instamment à] l'État partie de cesser de recourir aux méthodes susmentionnées [et] si une loi autorisant des méthodes d'interrogatoire est promulguée, elle devrait expressément interdire toutes les formes de traitement prohibées en vertu de l'article 7. »¹⁸¹

Une pratique fréquente est celle d'instituer des procédures judiciaires qui admettent l'anonymat des témoins, le caractère secret des preuves et, parfois, l'anonymat des juges, procureurs et auxiliaires de justice. Le Comité a considéré que le « système colombien qui prévoit des juges sans visage et des témoins anonymes, ne va dans le sens ni de l'article 14 du Pacte, en particulier du paragraphe 3 b) et e), ni de l'Observation générale 13 (21) du Comité. »¹⁸² Le Comité a également considéré qu'au Pérou, le décret-loi N° 25 475 qui « établit un système de procès menés par des « juges sans visage » qui fait que les défendeurs ignorent l'identité de ceux qui les jugent et se voient privés d'une procédure publique, ce qui entrave sérieusement, en droit et en fait, la possibilité pour les défendeurs de préparer leur défense et

180 Ibid, paragraphe 424.

181 Document des Nations Unies, CCPR/C/79/Add.93, 18 août 1998, paragraphe 19.

182 Document des Nations Unies, CCPR/C/79/Add.76, 3 mai 1997, paragraphe 21.

de communiquer avec leur avocat. [Le Comité a recommandé de] supprimer le système des « juges sans visage » et à réintroduire immédiatement les procès publics de tous les défendeurs, y compris des personnes inculpées d'activités liées au terrorisme. Le Gouvernement péruvien devrait veiller à ce que tous les procès soient conduits dans le respect absolu des garanties judiciaires énoncées à l'article 14 du Pacte, notamment, en particulier, le droit de communiquer avec un conseil et le droit de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense, ainsi que le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité.»¹⁸³

Le Comité des droits de l'homme, dans une décision relative à une personne jugée et condamnée pour des faits terroristes par un tribunal spécial et « sans visage » au Pérou, a considéré que « les procès qui se déroulent devant des tribunaux spéciaux composés de juges anonymes sont incompatibles avec l'article 14 du Pacte. »¹⁸⁴ Le Comité a précisé :

« Dans ce cas, les défendeurs ne savent pas qui sont les juges devant qui ils sont traduits et ils peuvent avoir des obstacles inacceptables à surmonter pour préparer leur défense et communiquer avec leurs avocats. Qui plus est, ce système néglige un aspect capital d'un procès régulier au sens de l'article 14 du Pacte, à savoir que le tribunal doit être et doit sembler être indépendant et impartial. Avec le système des « tribunaux sans visage » ni l'indépendance ni l'impartialité des juges n'est garantie puisque le tribunal, créé spécialement, peut être composé de militaires en service actif. De l'avis du Comité un tel système ne garantit pas non plus le respect de la présomption d'innocence, consacrée au paragraphe 2 de l'article

183 Document des Nations Unies CCPR/C/79/Add.67, 25 juillet 1996, paragraphes 12 et 19.

184 Décision du 6 novembre 1997, Communication N° 577/1994, *Affaire Víctor Alfredo Polay Campos c. Pérou*, document des Nations Unies CCPR/C/61/D/577/1994, du 9 janvier 1998, paragraphe 8.4. Dans le même sens, voir la Décision de juillet 2000 du Comité des droits de l'homme, Communication N° 688/1996, *Affaire María Sybila Arredondo c. Pérou*, document des Nations Unies CCPR/C/69/D/688/1996, 14 août 2000, paragraphe 11.

14 du Pacte. En l'espèce, le Comité conclut à une violation des paragraphes 1, 2 et 3 b) et d) de l'article 14 du Pacte. »¹⁸⁵

Le Comité contre la Torture a également abordé ce problème et considéré « que la législation péruvienne tendant à réprimer le terrorisme n'est pas conforme aux normes des pactes internationaux relatives à la garantie d'un procès équitable et impartial, entouré des garanties minimales dont doivent jouir les personnes jugées (à cet égard, on peut citer par exemple les juges « sans visage », les graves limitations apportées aux droits de la défense, l'absence de recours devant des instances judiciaires, la mise au secret pendant de longues périodes, etc.). »¹⁸⁶

L'utilisation en Colombie et au Pérou de « juges sans visages », de preuves « secrets » et témoins « anonymes », institués par des législations antiterroristes, a été vivement et à juste titre critiqué par le Rapporteur spécial sur l'indépendance des juges et des avocats.¹⁸⁷

La Commission interaméricaine des droits de l'homme a considéré que les systèmes de « justice sans visage », étaient contraires au droit à un tribunal indépendant et impartial et transgressaient les garanties judiciaires. La Commission a relevé à propos du Pérou :

« Les caractéristiques du système de justice secrète [...] constituent une violation flagrante de garanties essentielles à un procès juste, à d'être juger par un tribunal indépendant et impartial [...] [et] à la garantie de publicité du procès pénal. Dans ce sens, dans son Rapport sur la situation des droits de l'homme au Pérou de 1993, la Commission a indiqué que « le fait de non connaître l'identité des fonctionnaires de justice ne permet pas de se prononcer sur leur indépendance ou leur impartialité, aspect lui même assez questionnable en raison des mesures adopté par le Pouvoir exécutif en relation au Pouvoir

185 Décision du 6 novembre 1997, Communication N° 577/1994, *Affaire Víctor Alfredo Polay Campos c. Pérou*, paragraphe 8.8.

186 Document des Nations Unies A/50/44, 26 juillet 1995, paragraphe 68.

187 Documents des Nations Unies E/CN.4/1998/39/Add.1 et E/CN.4/1998/39/Add.2.

judiciaire depuis le 5 avril 1992. » De surplus, selon l'article 13(h) du décret législatif No. 25,475, dans les procédures anti-terroriste la récusation des juges et des auxiliaires de justice ne sont pas admises. [...] Le droit qu'a toute personne accusée dans une procédure pénale de savoir qui le juge et de déterminer la compétence subjective du juge, est une garantie élémentaire. L'anonymat des juges enlève à l'accusé cette garantie essentielle et vile en plus son droit à être jugé par un tribunal impartial [...] La Commission considère que ce type de procès viole le droit à un procès juste et équitable, c'est à dire le droit de toute personne à être entendue, avec les garanties dues, dans toute accusation pénale ; à être présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie ; à être informée, dans le plus court délai de la nature et des motifs de l'accusation portée ; à disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ; garanties expressément établies par l'Article 8 de la Convention américaine. »¹⁸⁸

Face aux « juges sans visage » en Colombie, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a considéré que ce système ne fournit pas les garanties d'un procès juste et équitable aux accusés. La Commission a précisé que « l'anonymat des juges, des procureurs et des témoins supprime aux accusés des garanties judiciaires essentielles [...] Comme l'accusé ne connaît pas son juge, il ne peut pas savoir si celui-ci est une personne qualifié pour juger. Il ne peut pas savoir non plus, s'il y a des raisons pour contester sa compétence et impartialité. En conséquence, l'accusé ne peut obtenir la garantie d'être jugé par un tribunal compétent, indépendant et impartial [...] L'accusé ne peut pas faire un interrogatoire effectif des témoins à charge. »¹⁸⁹

188 Segundo Informe sobre la situación de Derechos Humanos en Perú, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev. 1, 2 Juin 2000, paragraphes 103, 104 et 110. (original en espagnol, traduction libre)

189 Tercer Informe sobre la situación de Derechos Humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev. 1, 26 February 1999, paragraphes 121, 122, 123 et 124. (original en espagnol, traduction libre)

Il faut signaler que la Cour européenne des droits de l'homme est plus nuancée sur les problèmes de témoins anonymes et de preuves secrètes. Toutefois, la Cour a considéré que l'ont ne peut pas condamner quelqu'un sur la base unique, ou de manière déterminante, de preuves qui n'ont pas été objets de débats contradictoires, soit à l'instruction soit au procès.¹⁹⁰ La Cour ne rejette pas *per se* l'utilisation de témoins anonymes : mais ceux-ci doivent être soumis au contradictoire et ne peuvent constituer la base unique ou déterminante pour la condamnation.¹⁹¹

L'octroi de fonctions de police judiciaire ou de pouvoir d'enquête aux Forces armées est une pratique assez fréquente en matière de lutte contre le terrorisme ou d'autres formes graves de criminalité. Le Comité des droits de l'homme à plusieurs occasions a exprimé sa préoccupation sur le fait que des corps armés exercent de telles fonctions.¹⁹² Le Comité a recommandé à la Bolivie et à la Colombie de prendre les mesures nécessaires pour que la police judiciaire soit sous contrôle judiciaire. Le Comité contre la torture a fait la même recommandation à l'Equateur.¹⁹³

La Commission interaméricaine des droits de l'homme a critiqué à plusieurs reprises l'octroi de fonctions de police judiciaire aux Forces armées et a souligné que cette pratique était notamment à l'origine de graves violations des droits de l'homme.¹⁹⁴

190 Arrêt du 14 décembre 1999, *Affaire A.M. c. Italie*.

191 Arrêt du 20 novembre 1989, *Affaire Kostovski c. Pays-Bas*; Arrêt du 15 juin 1992, *Affaire Lüdi c. Suisse*; Arrêt du 26 mars 1996, *Affaire Doorson c. Pays-Bas*; et Arrêt du 23 avril 1992, *Affaire Van Mechelen et autres c. Pays-Bas*.

192 « Observations finales du Comité des droits de l'homme - France », du 4 août 1997, Document des Nations Unies CCPR/C/79/Add.80, paragraphes 16 et suivants ss; « Observations finales du Comité des droits de l'homme - Bolivie », du 1^o mai 1997, CCPR/C/79/Add.74, paragraphes 17 y 34; « Observations finales du Comité des droits de l'homme - Colombie » CCPR/C/79/Add.76, 5 mai 1997, paragraphe 19.

193 Document des Nations Unies A/49/44, paragraphe 105.

194 Rapport sur la situation des droits de l'homme au Mexique, OEA/Ser.L/V/II.100, Doc. 7 rev. 1, 24 Septembre 1998, paragraphe 35; Rapport sur la situation des droits de l'homme au Brésil, paragraphe 86; Premier rapport sur la situation des droits de l'homme au Pérou OEA/Ser.L/V/II.83, Doc. 31, 12 mars 1993, paragraphe 24; Deuxième rapport sur la situation des droits de l'homme au Pérou, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 juin 2000, paragraphe 210; Cinquième rapport sur la situation des droits de l'homme au Guatemala, OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 21 rev., 6 avril 2001, paragraphe 31; Deuxième rapport sur la situation des droits de l'homme en Colombie, OEA/Ser.L/V/II.84, Doc. 39 rev., 14 octobre 1993.

7. Refoulement, extradition et expulsion

La coopération entre les Etats, et notamment en matière d'extradition, joue un rôle important dans la poursuite des auteurs d'actes terroristes. Néanmoins, des Etats ont recours à l'expulsion et/ou refoulement pour contourner les procédures d'extradition, dans des conditions contraires aux prescriptions droit international, notamment du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*.¹⁹⁵ Ainsi, le Comité des droits de l'homme a précisé que :

« avant d'expulser un étranger, l'État partie devrait lui fournir des garanties suffisantes ainsi qu'un recours utile, conformément à l'article 13 du Pacte. L'État partie est engagé à envisager d'adopter une législation régissant l'expulsion des étrangers, compatible avec le principe du non-refoulement. »¹⁹⁶

Dans une décision relative à une expulsion d'un présumé membre de l'ETA de la France vers l'Espagne, et qui a déclaré que la France avait violé l'article 3 de la Convention, le Comité contre la Torture a considéré :

« L'expulsion a été menée selon une procédure administrative, dont le Tribunal administratif de Pau a constaté l'illégalité ultérieurement, signifiant la remise directe de police à police, de manière immédiate, sans l'intervention d'une autorité judiciaire et sans que l'auteur ait eu la possibilité d'entrer en contact avec sa famille ou son avocat. Ces circonstances ne respectaient pas les droits d'un détenu et plaçaient l'auteur dans une situation particulièrement vulnérable face à d'éventuels abus. Le Comité reconnaît la nécessité d'établir une coopération étroite entre les États dans la lutte contre la

195 Voir Observation générale N° 15 « la situation des étrangers », du Comité des Droits de l'homme.

196 « Observations finales du Comité des droits de l'homme : République populaire démocratique de Corée », document des Nations Unies CCPR/CO/72/PRK, du 27 août 2001, Paragraphe 21.

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. »¹⁹⁷

D'autres Etats ont recours à des procédures d'extradition qui ne sont pas en conformité avec les prescriptions du droit pénal et du droit international des droits de l'homme. Certains invoquent le caractère non politique aux fins d'extradition des crimes terroristes pour méconnaître le principe de *non refoulement*. Le principe du *non refoulement* est reconnu dans plusieurs traités de droit de l'homme¹⁹⁸ et des normes à vocation déclaratives.¹⁹⁹ Bien que le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* ne prévoit aucune disposition explicite à ce sujet, le Comité des droits de l'homme, dans son Observation générale N° 20 (par. 9), et en ce qui concerne la torture et les mauvais traitements, a considéré qu'il s'agit d'une obligation inhérente à article 7 du Pacte. Ainsi, le Comité des droits de l'homme a exprimé sa préoccupation par la position adoptée par le Canada :

« selon laquelle il est en droit d'invoquer les exigences supérieures de sa sécurité pour justifier le transfert de certaines personnes vers des pays où elles sont exposées à des risques graves de torture ou de traitements cruels, inhumains ou dégradants. Le Comité se réfère à son Observation générale sur l'article 7 et recommande au Canada de réviser sa politique en la matière, afin de remplir les exigences prévues à cet article et de s'acquitter de l'obligation qu'il a souscrite de ne jamais expulser, extraditer, ni transférer de quelque autre façon une per-

197 Décision du 9 novembre 1999, Communication N° 63/1997, *Josu Arkauz Arana c. France*, CAT/C/23/D/63/1997, paragraphe 11.5.

198 Convention relative au statut des réfugiés, article 33; Convention sur l'Asile Territorial de l'OEA, (article IV) ; Convention américaine relative aux droits de l'homme, art. 22 (8); Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, article 3; et Convention interaméricaine pour prévenir et punir la torture, art. 13 (4).

199 Déclaration sur l'asile territorial, article 3 (1), la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, article 8 et les Principes relatifs à la prévention efficace des exécutions extrajudiciaires, arbitraires et sommaires et aux moyens d'enquêter efficacement sur ces exécutions, principe 5.

sonne vers un endroit où elle risque sérieusement de subir des traitements ou des châtements contraires à l'article 7. »²⁰⁰

La Commission interaméricaine des droits de l'homme, en citant la Déclaration de Carthagène, a souligné que la clause de non refoulement est la pierre de touche de la protection internationale des réfugiés et un principe de *jus cogens*.²⁰¹

La Cour européenne des droits de l'homme a affirmé qu'un Etat partie se conduirait de manière incompatible avec les valeurs sous-jacentes à la Convention « s'il remettait un fugitif — aussi 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 proscrits par ledit article ». ²⁰² Le même principe a été appliqué par la Cour à l'expulsion de demandeurs d'asile vers un Etat où ils risquent d'être soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.²⁰³

Il faut aussi souligner, également, que le principe de *non refoulement* est retenu par plusieurs traités d'extradition ou sur le terrorisme.²⁰⁴ Ainsi, bien que ces conventions stipulent le caractère non politique des actes terroristes

200 « Observations et recommandations du Comité des droits de l'homme – Canada », document des Nations Unies CCPR/C/79/Add. 105, paragraphe 13.

201 Rapport annuel de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, 1984-1985, OEA/Ser.L/V/II.66, Doc. 10 rev. 1, 1^o octobre 1985.

202 Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 7 juillet 1989, *Affaire Soering*, Série A No. 161, paragraphe 88.

203 Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 20 mars 1991, *Affaire Cruz Varas et autres*, Série A No. 201, paragraphe 69; arrêt du 30 octobre 1991, *Affaire Vilvarajah et autres c. Royaume — Uni*, Série A No. 215.

204 La Convention internationale contre la prise d'otages (art. 9), la Convention européenne d'extradition (art. 3), la Convention européenne pour la répression du terrorisme (art.5) et la Convention interaméricaine relative à l'extradition (art.4,5) ont une clause générale de *non refoulement*. Voir également le Traité type d'extradition adopté par le huitième Congrès sur la prévention du crime (art.3).

aux effets de l'extradition ou le caractère extraditable de ces crimes, elles retiennent également une clause de *non refoulement*. Néanmoins, comme il est souligné à la Section B (point 3), les traités d'extradition et ou sur le terrorisme, plus qu'établir dans toute sa dimension le principe de *non refoulement*, reproduisent la « clause irlandaise ». Selon cette clause un Etat n'est pas tenu « d'extrader si l'Etat requis a des raisons sérieuses pour croire que la demande d'extradition [...] a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir une personne pour des considérations de race, de religion, de nationalité ou d'opinions politiques[...] ».²⁰⁵ La clause irlandaise, bien qu'importante, est limitative de la portée du principe de *non refoulement*. Néanmoins, il faut préciser que ces traités consacrent une clause de *non refoulement* à portée limitée, car elle ne reprend pas le principe de *non refoulement* dans toute sa dimension à la lumière des prescriptions du droit international des droits de l'homme.²⁰⁶ Le droit international considère aussi d'autres causes pour les refus d'extradition ou de refoulement, et au regard des obligations des Etats à la lumière du droit international, on ne saurait restreindre le principe de *non refoulement* à la simple « clause irlandaise ». Toutefois, on ne saurait soutenir l'argument selon lequel le principe de *non refoulement* pourrait être un facteur d'impunité. Car si les conventions sur le terrorisme n'établissent pas une obligation absolue d'extrader, elles incorporent le principe *aut dedere aut judicare*. Dans ce cadre, un auteur présumé d'acte terroriste se trouvant sur le territoire d'un Etat tiers, mais que s'il était extradé serait exposé à des risques graves de torture ou d'une autre grave violation aux droits de l'homme, peut être poursuivi et jugé par les tribunaux de cet Etat.

205 Article 5 de la Convention européenne pour la répression du terrorisme. Voir également P. Weis, « Asilo y Terrorismo », in *La Revista*, Comisión Internacional de Juristas, N° 18-19, 1977, pages 94 et suivantes.

206 Voir notamment, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, article 3 ; , la Déclaration sur l'asile territorial, article 3 (1) ; la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, article 8 et les Principes relatifs à la prévention efficace des exécutions extrajudiciaires, arbitraires et sommaires et aux moyens d'enquêter efficacement sur ces exécutions, principe 5. Voir également la Convention américaine relative aux droits de l'homme, Art. 22 (8) ; et Convention interaméricaine pour prévenir et punir la torture, art. 13 (4).

II. QUELQUES CRITÈRES FONDAMENTAUX À RESPECTER DANS LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME

Dans la répression des actes terroristes, l'action de l'Etat ne saurait se soustraire à certains principes élémentaires, notamment de droit pénal et du droit international, malgré la nature odieuse et particulièrement grave de certains actes terroristes. Comme le réaffirma l'Assemblée générale des Nations Unies, dans sa Résolution « Droits de l'homme et terrorisme », de 1999: « toutes les mesures visant à contrecarrer le terrorisme doivent être strictement conformes aux dispositions pertinentes du droit international, y compris les normes internationales relatives aux droits de l'homme ».²⁰⁷ Ainsi, en ce qui concerne l'administration de justice et la lutte contre le terrorisme, tout Etat doit observer au minimum les critères suivants:

- La primauté de l'état de droit et des obligations internationales en matière de droits de l'homme. Comme critère général, toute mesure de lutte antiterroriste doit être encadré dans le strict respect de la primauté de l'état de droit et des obligations internationales en matière de droits de l'homme.
- L'état d'urgence ou d'exception. La déclaration de l'état d'urgence ou d'exception et l'utilisation des pouvoirs d'exceptions pour conjurer les actes terroristes doivent se faire dans le cadre prescrit par le droit international. L'utilisation des pouvoirs d'exceptions doit être strictement limitée aux besoins temporaires de la situation et être en conformité avec les principes, notamment, de légalité, proportionnalité et de nécessité. Les autorités doivent prévoir des mesures de sauvegarde des droits de l'homme. Aucune dérogation ne peut être faite aux droits intangibles ni de modification qui altérerait l'indépendance et l'impartialité du système judiciaire et le principe de séparation effective des pouvoirs publics.
- La non dérogation des droits intangibles. En tout temps et circonstance, les droits et libertés fondamentales reconnus comme intangibles, tant par

207 Résolution 54/164, du 17 décembre 1999, dernier paragraphe du Préambule.

les traités que par le droit international coutumier, doivent être maintenus et assurés. Mentionnons ainsi, entre autres :

- L'interdiction de la torture et des mauvais traitements ; ainsi, par exemple, toutes mesures comme les « pressions physiques nécessaires » doivent être interdites ;
 - L'interdiction de discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, les opinions politiques, la religion ou l'origine sociale ;
 - L'interdiction de procéder à des privations arbitraires de la vie ;
 - L'interdiction des privations arbitraires de liberté ; ainsi doivent être interdites les détentions non reconnues et secrètes ;
 - Le principe de légalité des crimes et des peines ;
 - Le droit à un recours judiciaire pour contester la légalité de toute mesure de privation de liberté (*Habeas Corpus*) ;
 - Le droit à un tribunal indépendant et impartial, la présomption d'innocence et les garanties judiciaires ; et
 - L'existence effective d'un recours judiciaire contre toute atteinte aux droits de l'homme
- Les infractions pénales. Les définitions des infractions pénales doivent être précises et strictes. Sous aucune circonstance, il ne peut être admis d'incriminations vagues, ambiguës ou imprécises ou qui permettent de criminaliser des actes légitimes ou licites au regard du droit international des droits de l'homme ou du droit international humanitaire. L'application rétroactive de la loi pénale également doit être prohibée.
 - Les tribunaux indépendants et impartiaux. Les tribunaux compétents pour réprimer les actes terroristes doivent être indépendants, impartiaux et compétents. Sous aucune circonstance, les présumés auteurs de ces actes doivent être jugés par des instances non judiciaires (comme des commissions du pouvoir exécutif avec des fonctions « judiciaires) et, quand il s'agit de justiciables civils, par des tribunaux militaires.

- La procédure judiciaire. La procédure pénale doit assurer les garanties judiciaires de toute personne justiciable. Personne ne peut être condamné pour un crime sans avoir été jugé par un tribunal indépendant et impartial, lors d'un procès réunissant les garanties judiciaires élémentaires, notamment :
 - Etre présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie, et être traité comme tel ;
 - Etre informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il puisse comprendre et de façon détaillée, de la nature et des motifs de l'accusation portée ;
 - Désigner un avocat de son choix ;
 - Disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense et à communiquer avec son avocat ;
 - Etre jugé sans retard excessif ;
 - Etre présent au procès ;
 - Interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la comparution et l'interrogatoire des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ;
 - Ne pas être forcé de témoigner contre soi-même ou de s'avouer coupable.
 - Droit au recours judiciaire devant une juridiction supérieure, en cas de condamnation ;
 - Le principe *Non bis in idem*.
- Les mesures de privation de liberté. Les personnes privées de libertés doivent être maintenues dans des lieux officiels de détention et un registre des détenus doit y être maintenu, et leurs avocats et familles doivent y avoir accès. L'isolement cellulaire doit être prohibé. En toute circonstance, les personnes privées de libertés doivent avoir droit à exercer un recours d'*Habeas Corpus* ainsi qu'à communiquer à leurs avocats. Toute

mesure de privation de liberté doit être sous contrôle judiciaire, même en cas de détention administrative.

- Les enquêtes criminelles. Les enquêtes criminelles doivent être sous contrôle judiciaire. Des pouvoirs de Police judiciaire ne doivent pas être octroyés aux corps militaires ou sous contrôle de l'armée.
- L'expulsion, l'extradition et le refoulement. Toute procédure d'expulsion, extradition ou doit réunir les garanties édictées par le droit international des droits de l'homme, notamment assurer le droit à un recours utile, et être en conformité avec le principe du *non refoulement*.
- Droit au respect de la vie privée, du domicile et de la correspondance. Les mesures prises lors des enquêtes et qui affectent le droit au respect de la vie privée, du domicile et de la correspondance — comme les perquisitions et les interception de correspondance — doivent être prises dans le cadre de la légalité et sous contrôle judiciaire.