



**Conseil économique  
et social**

Distr.  
GÉNÉRALE

E/CN.4/2005/103  
7 février 2005

FRANÇAIS  
Original: ANGLAIS

---

COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME  
Soixante et unième session  
Point 17 de l'ordre du jour provisoire

**PROMOTION ET PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME**

**Protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales  
dans la lutte antiterroriste**

**Note de la Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme**

La Haut-Commissaire aux droits de l'homme a l'honneur de présenter aux membres de la Commission des droits de l'homme le rapport de l'expert indépendant sur la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, M. Robert K. Goldman, nommé conformément à la résolution 2004/87 de la Commission.

**RAPPORT DE L'EXPERT INDÉPENDANT SUR LA PROTECTION DES DROITS  
DE L'HOMME ET DES LIBERTÉS FONDAMENTALES DANS LA LUTTE  
ANTITERRORISTE, M. ROBERT K. GOLDMAN**

**Résumé**

Dans sa résolution 2004/87, la Commission des droits de l'homme a décidé de nommer, pour une période d'un an, dans la limite des ressources disponibles, un expert indépendant chargé d'aider la Haut-Commissaire aux droits de l'homme à s'acquitter du mandat exposé dans la résolution et, «compte pleinement tenu de l'étude demandée par l'Assemblée générale dans sa résolution 58/187 ainsi que des délibérations de l'Assemblée et des vues des États s'y rapportant, de présenter un rapport, par l'intermédiaire de la Haut-Commissaire, à la Commission, à sa soixante et unième session, sur les moyens de renforcer la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales tout en combattant le terrorisme».

Le présent rapport est présenté en application de la résolution 2004/87. Il exploite et prolonge l'étude de la Haut-Commissaire (A/59/428) présentée à la cinquante-neuvième session de l'Assemblée générale conformément à la résolution 58/187 de l'Assemblée. Il recense un certain nombre de questions clefs touchant la jouissance des droits de l'homme dans la lutte antiterroriste qui n'ont pas été abordées ou étudiées de manière approfondie par d'autres titulaires de mandat. Il traite ensuite de la manière de renforcer les mécanismes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme afin de protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales tout en luttant contre le terrorisme. L'expert indépendant prend note des mesures importantes qui ont déjà été prises dans le cadre du système des Nations Unies relatif aux droits de l'homme pour examiner la question de la protection et de la promotion des droits de l'homme dans le combat contre le terrorisme. Cependant, compte tenu des lacunes que présentent les systèmes de contrôle mis en place dans le cadre des procédures spéciales et des organes conventionnels et du besoin urgent de renforcer la protection des droits de l'homme dans la lutte antiterroriste, il estime que la Commission devrait envisager de créer une procédure spéciale, avec un mandat multidimensionnel, pour contrôler les mesures antiterroristes adoptées par les États et leur compatibilité avec le droit international relatif aux droits de l'homme.

## TABLE DES MATIÈRES

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
Introduction .....	1	5
I. MÉTHODE .....	2	5
II. OPINIONS DES ÉTATS .....	3	5
III. QUESTIONS TOUCHANT LA JOUISSANCE DES DROITS DE L'HOMME DANS LA LUTTE ANTITERRORISTE.....	4 – 76	5
A. Défense de l'état de droit dans la lutte antiterroriste: la protection des droits de l'homme dans les situations d'urgence	7 – 12	6
B. Rôle de la magistrature civile dans le contrôle des mesures antiterroristes nationales .....	13 – 15	8
C. Applicabilité et pertinence du droit international humanitaire lorsque la lutte antiterroriste donne lieu à un conflit armé .....	16 – 22	9
D. Relation entre droit international des droits de l'homme et droit international humanitaire en période de conflit armé .....	23 – 31	11
E. Le principe <i>nullum crimen sine lege</i> et les définitions du terrorisme et des infractions liées au terrorisme .....	32 – 35	13
F. Droit à la liberté et à la sécurité de la personne .....	36 – 42	14
G. Droits des enfants détenus .....	43	16
H. Droits à une procédure régulière et à un procès équitable.....	44 – 45	17
I. Tribunaux militaires.....	46 – 48	17
J. Droit d'être traité avec humanité .....	49 – 51	19
K. Le principe de non-refoulement et le transfert de personnes d'un État vers un autre .....	52 – 53	20
L. Le transfert, y compris la «reddition», de personnes soupçonnées de terrorisme.....	54 – 55	20
M. Assurances diplomatiques .....	56 – 61	21
N. Droit de propriété: établissement de listes de terroristes et gel de leurs avoirs .....	62 – 65	22
O. Droit au respect de la vie privée: collecte et partage d'informations.....	66 – 70	23
P. Le principe de non-discrimination et les techniques de surveillance des personnes soupçonnées de terrorisme .....	71 – 76	24

TABLE DES MATIÈRES (*suite*)

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
IV. RÔLE DES MÉCANISMES DE L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES RELATIFS AUX DROITS DE L'HOMME EN MATIÈRE DE PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME DANS LA LUTTE ANTITERRORISTE .....	77 – 89	26
A. Organes conventionnels relatifs aux droits de l'homme.....	78 – 84	26
B. Procédures spéciales de la Commission des droits de l'homme	85 – 87	28
C. Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme .....	88	29
D. Haut-Commissariat aux droits de l'homme.....	89	29
V. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS .....	90 – 92	29

## **Introduction<sup>1</sup>**

1. Le présent rapport est présenté conformément à la résolution 2004/87 de la Commission des droits de l'homme. Il exploite et prolonge l'étude que la Haut-Commissaire a présentée à l'Assemblée générale le 8 octobre 2004 (A/59/428) conformément à la résolution 58/187 de l'Assemblée. Il recense un certain nombre de questions clefs touchant la jouissance des droits de l'homme dans la lutte antiterroriste qui soit n'ont pas été abordées ou étudiées de manière approfondie par d'autres titulaires de mandat. Le rapport étant limité à un certain nombre de pages, il n'a pas été possible d'examiner en détail bon nombre de ces questions, et encore moins d'examiner la compatibilité des mesures antiterroristes nationales avec de nombreux autres droits de l'homme protégés sur le plan international, notamment les droits économiques, sociaux et culturels. Le rapport traite ensuite de la manière de renforcer les mécanismes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme afin de protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales tout en luttant contre le terrorisme.

### **I. MÉTHODE**

2. L'expert indépendant a estimé que la meilleure manière de structurer son analyse consistait à adopter une méthode axée sur les droits. Les mesures antiterroristes adoptées par les États sont ainsi analysées dans le contexte du droit international relatif aux droits de l'homme. Une importance particulière a donc été accordée aux décisions, aux observations générales et aux constatations finales du Comité des droits de l'homme, ainsi qu'aux conclusions d'autres organes conventionnels et procédures spéciales des Nations Unies. En outre, la jurisprudence et/ou les rapports de divers organes régionaux relatifs aux droits de l'homme ont également été cités. Le rapport analyse également de quelle façon les règles conventionnelles et coutumières du droit international humanitaire, c'est-à-dire le droit des conflits armés, peuvent affecter les obligations des États en matière de droits de l'homme ou les influencer lorsque la lutte antiterroriste donne lieu à un conflit armé. Les principes fondamentaux du droit applicable aux réfugiés ont également été pris en compte.

### **II. OPINIONS DES ÉTATS**

3. L'expert indépendant a été attentif au volet de son mandat qui l'invitait à prendre en considération les opinions des États. À cet égard, il a examiné attentivement les opinions présentées dans l'étude que la Haut-Commissaire a présentée à l'Assemblée générale, ainsi que d'autres avis figurant dans le rapport du Secrétaire général à la soixantième session de la Commission des droits de l'homme (E/CN.4/2004/91). En outre, les 30 et 31 août 2004, l'expert indépendant a rencontré, à Genève, les coordonnateurs de tous les groupes régionaux représentés à la Commission des droits de l'homme pour discuter de son mandat. Il a tenu d'autres réunions avec les représentants de plusieurs États lorsqu'il est intervenu à la troisième Commission de l'Assemblée générale, à New York, le 27 octobre 2004. Enfin, le Haut-Commissariat aux droits de l'homme (HCDH) l'a tenu informé des discussions qui se sont déroulées à la troisième Commission après son intervention.

### **III. QUESTIONS TOUCHANT LA JOUISSANCE DES DROITS DE L'HOMME DANS LA LUTTE ANTITERRORISTE**

4. L'expert indépendant tient avant toute autre chose à exprimer sa condamnation de tous les actes terroristes et à affirmer qu'il est convaincu que le terrorisme constitue une grave menace

pour l'exercice des droits de l'homme, le fonctionnement des institutions démocratiques et le maintien de la paix et de la sécurité internationales. Il exprime également sa solidarité avec les victimes du terrorisme et leurs familles.

5. L'apparition de réseaux terroristes mondiaux, décidés à faire un nombre de victimes sans précédent, comme cela a été démontré par les terrifiants attentats commis le 11 septembre 2001 aux États-Unis et des attaques perpétrées ailleurs, appelle incontestablement un renforcement de la coopération régionale et internationale pour prévenir, punir et réprimer la violence terroriste. Toutefois, pour remporter le combat contre le terrorisme, la communauté internationale doit non seulement répondre à la violence qu'il déchaîne, mais aussi respecter la règle de droit dans le cadre de ce combat.

6. Au lendemain du 11 septembre 2001, le 28 septembre 2001, le Conseil de sécurité a adopté la résolution 1373 (2001), qui enjoint aux États, notamment, de mettre en œuvre des mesures antiterroristes plus efficaces sur le plan interne, et crée le Comité sur le contre-terrorisme pour suivre ces mesures. Cette résolution ne contenait, hélas, aucune référence générale<sup>2</sup> à l'obligation pour les États de respecter les droits de l'homme lorsqu'ils élaborent et appliquent ces mesures. Cette omission a pu accréditer l'idée qu'il fallait sacrifier les droits et libertés fondamentaux pour remporter la lutte mondiale contre le terrorisme. Cette idée a toutefois été rejetée par le Conseil de sécurité dans une déclaration annexée à la résolution 1456 (2003), adoptée le 20 janvier 2003, dans laquelle il a déclaré que «lorsqu'ils prennent des mesures quelconques pour combattre le terrorisme, les États doivent veiller au respect de toutes les obligations qui leur incombent en vertu du droit international ..., en particulier – les – instruments relatifs aux droits de l'homme et aux réfugiés ainsi qu'au droit humanitaire». Se faisant l'écho de cette déclaration lors d'une réunion spéciale du Comité sur le contre-terrorisme du Conseil de sécurité, le 6 mars 2003, le Secrétaire général a indiqué que «Notre riposte face au terrorisme et l'action que nous menons pour déjouer et prévenir cette menace doivent être fondées sur le respect des droits fondamentaux que les terroristes voudraient réduire à néant. Le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la primauté du droit sont des outils indispensables à la lutte contre le terrorisme, et non des privilèges que l'on peut sacrifier en période de tensions.»

#### **A. Défense de l'état de droit dans la lutte antiterroriste: la protection des droits de l'homme dans les situations d'urgence**

7. Tout bien considéré, la lutte contre le terrorisme et la protection des droits de l'homme ne sont pas antithétiques mais constituent plutôt des responsabilités complémentaires des États. Comme cela est indiqué dans la Déclaration de Berlin, adoptée le 28 août 2004 lors de la Conférence biennale de la Commission internationale de juristes, «protéger les individus des actes terroristes et respecter les droits de l'homme relèvent tous deux d'un même système de protection incombant à l'État»<sup>3</sup>. Plusieurs organisations régionales et organismes intergouvernementaux, tels que l'Organisation des États américains<sup>4</sup> et le Conseil de l'Europe<sup>5</sup>, ont adopté des traités ou des directives qui affirment l'importance de la protection des droits de l'homme dans la lutte contre le terrorisme. Toutefois, depuis l'adoption de la résolution 1373 (2001), d'autres organes régionaux et de nombreux États ont approuvé des mesures antiterroristes qui sont incompatibles avec les normes relatives aux droits de l'homme reconnues sur le plan international. Cette situation a amené des rapporteurs spéciaux et des experts indépendants de l'ONU à adopter une déclaration conjointe (E/CN.4/2004/4, annexe I) à l'occasion de leur réunion annuelle à Genève en juin 2003, dans laquelle ils se sont dits

profondément préoccupés par la multiplication des politiques, législations et pratiques adoptées par de nombreux pays au nom de la lutte contre le terrorisme, qui portent atteinte, selon eux, à la jouissance de la quasi-totalité des droits de l'homme.

8. Il convient de rappeler que, lors de la rédaction du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et de plusieurs autres instruments régionaux relatifs aux droits de l'homme, les États étaient profondément conscients de la nécessité de trouver un juste équilibre entre les exigences de la sécurité nationale et la protection des droits de l'homme. Ils ont donc inclus dans ces instruments des dispositions qui leur permettent, lorsqu'ils font face à une situation d'urgence ou de crise, qui peut comporter des violences ou des menaces terroristes effectives ou imminentes, de limiter ou de restreindre certains des droits consacrés dans ces instruments ou, dans des circonstances tout à fait exceptionnelles visées à l'article 4 du Pacte, d'y déroger. Les restrictions et limitations imposées aux droits, qui sont permises même en temps normal, doivent être prévues dans les dispositions des traités protégeant ces droits<sup>6</sup>.

9. La capacité des États de déroger aux droits prévus dans ces instruments est soumise à plusieurs conditions, qui sont elles-mêmes régies par les principes généralement reconnus de proportionnalité, nécessité et non-discrimination<sup>7</sup>. L'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques énonce les garanties procédurales et substantielles ci-après en ce qui concerne la déclaration et la mise en œuvre de l'état d'urgence: la situation d'urgence doit être de nature à menacer l'existence de la nation; l'existence de la situation d'urgence doit être proclamée par un acte officiel; les mesures doivent être adoptées dans la stricte mesure où la situation l'exige; les dérogations ne doivent pas être incompatibles avec les autres obligations que le droit international impose à l'État; elles ne doivent pas entraîner une discrimination; et l'État concerné doit signaler, par l'entremise du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, aux autres États parties les dispositions auxquelles il a dérogé et les motifs qui ont provoqué cette dérogation, ainsi que la date à laquelle il a mis fin à ces dérogations.

10. Tout en reconnaissant aux États un large pouvoir discrétionnaire dans l'adoption de mesures antiterroristes, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la plupart des autres instruments relatifs aux droits de l'homme prévoient également qu'il ne saurait être dérogé à certains droits même dans des situations d'urgence. La liste des droits auxquels il est impossible de déroger figure au paragraphe 2 de l'article 4 du Pacte. Il s'agit essentiellement du droit à la vie (art. 6); de l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (art. 7); de l'interdiction de l'esclavage, de la traite des esclaves et de la servitude (par. 1 et 2 de l'article 8); de l'interdiction de l'emprisonnement en raison de l'incapacité d'exécuter une obligation contractuelle (art. 11); de l'interdiction des lois pénales rétroactives (art. 15); du droit de chacun à la reconnaissance de sa personnalité juridique (art. 16); et de la liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 18).

11. Le 24 juillet 2001, le Comité des droits de l'homme a adopté l'Observation générale n° 29 relative à l'article 4 (états d'urgence), qui précise dans quelles circonstances il est possible de déroger aux droits dans des situations d'urgence. Le Comité a également recensé les dispositions du Pacte ci-après auxquelles il ne peut être dérogé de façon licite dans les situations d'urgence: toute personne privée de sa liberté doit être traitée avec humanité; l'interdiction de la prise d'otage, des enlèvements ou des détentions non reconnues; la protection des personnes appartenant à des minorités; l'interdiction de la déportation ou du transfert illicites de populations; et la proclamation d'un état d'urgence pour justifier qu'un État se livre à la

propagande en faveur de la guerre ou à des appels à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitueraient une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence.

12. Il ressort de la jurisprudence du Comité des droits de l'homme et des organes régionaux de contrôle que les dérogations sont toujours des mesures exceptionnelles et temporaires. Par conséquent, ces mesures doivent être rapportées dès que la situation d'urgence qui a justifié leur adoption a cessé ou peut être gérée par des moyens moins contraignants en vertu de l'instrument pertinent<sup>8</sup>. Cette jurisprudence suggère également que ces mesures visant en réalité à permettre aux États de sauvegarder les institutions démocratiques, l'état de droit et les libertés fondamentales, elles ne sauraient être légalement prises pour les affaiblir ou les détruire<sup>9</sup>. Parallèlement, les questions liées à la compatibilité des limitations et des dérogations avec les droits énoncés dans le Pacte et les traités régionaux ne relèvent pas du seul pouvoir d'appréciation des autorités nationales, mais sont soumises au contrôle et à la supervision de l'organe compétent chargé de surveiller l'application du traité. Il convient également de rappeler que, pour que les individus bénéficient de la norme la plus favorable en matière de protection des droits de l'homme, le paragraphe 2 de l'article 5 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques prévoit que les restrictions et les dérogations en vertu du Pacte ne sauraient être utilisées pour justifier des restrictions ou des dérogations aux droits de l'homme qui ne sont pas autorisées par d'autres instruments internationaux ou le droit international applicables.

### **B. Rôle de la magistrature civile dans le contrôle des mesures antiterroristes nationales**

13. Les craintes que suscite au niveau international le recours par les États à des mesures d'urgence pour lutter contre la violence terroriste et les troubles internes ne constituent pas, à vrai dire, un phénomène nouveau. À partir du milieu des années 70, la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités<sup>10</sup>, l'Association de droit international<sup>11</sup>, des experts juridiques<sup>12</sup> et quelques organisations non gouvernementales<sup>13</sup> ont réalisé ou parrainé des études qui, notamment, mettaient en évidence les effets des situations d'urgence sur la répartition des pouvoirs dans de nombreux États et les violations caractéristiques des droits de l'homme les plus associées aux mesures antiterroristes et autres mesures d'urgence adoptées par ces États. Dans un grand nombre de ces études, on concluait que bien souvent les droits de l'homme couraient des risques accrus d'être violés, même dans des démocraties, lorsque le pouvoir exécutif concentrait de plus en plus de pouvoirs de crise. Afin de prévenir de tels risques, les études soulignaient que les États devaient garantir l'indépendance et les pouvoirs de contrôle de la magistrature civile durant toutes les situations d'urgence.

14. Cette mise en garde n'est pas moins pertinente aujourd'hui, dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, qu'elle l'était il y a une vingtaine d'années. Dans une allocution à la Conférence biennale de la Commission internationale de juristes, le 27 août 2004, la Haut-Commissaire aux droits de l'homme, M<sup>me</sup> Arbour, a souligné l'importance du contrôle judiciaire, et déclaré: «En d'autres termes, la magistrature ne doit pas abandonner son analyse lucide, à long terme, et fondée sur des principes des différents problèmes parce que l'exécutif réclame des mesures extraordinaires sur la base d'informations qu'il ne peut divulguer pour aboutir à des résultats qui ne peuvent être mesurés.». Elle a ajouté: «Dans les sociétés qui respectent l'état de droit, l'exécutif ne dispose pas de pouvoirs inconditionnels, même lorsqu'il s'agit de gérer des situations exceptionnelles. Ces sociétés acceptent que l'appareil judiciaire et le parlement



jouent un rôle essentiel pour s'assurer que les gouvernements traitent de façon équilibrée et licite les questions complexes liées à l'intérêt national. Un système où l'équilibre des pouvoirs est bien assuré permet l'expression harmonieuse d'opinions divergentes dans un pays et accroît la conviction que le gouvernement tient davantage compte de l'intérêt public que des caprices de l'exécutif.».

15. Un thème récurrent de ce rapport est que les juridictions civiles doivent être compétentes pour se prononcer sur toutes les mesures de lutte contre le terrorisme et pour en contrôler l'application sans aucune pression ou interférence, en particulier des autres pouvoirs.

### **C. Applicabilité et pertinence du droit international humanitaire lorsque la lutte antiterroriste donne lieu à un conflit armé**

16. Un aspect essentiel de la protection des droits de l'homme dans la lutte antiterroriste concerne les avis divergents des États sur la nature de la lutte et, en particulier, les mesures qu'ils ont adoptées dans ce contexte. Depuis le 11 septembre 2001, certains États, sans négliger la nécessité de la coopération internationale, considèrent cette lutte comme un nouveau type de guerre contre un réseau terroriste mondial, qui appelle une réponse essentiellement militaire. D'autres États, sans écarter le recours à la force militaire dans certaines circonstances, estiment que ce combat n'est pas un phénomène entièrement nouveau, et qu'il exige un renforcement de la coopération internationale en matière d'application des lois, de collecte et de partage des renseignements, d'extradition, etc.

17. Quelle que soit la manière dont les États conçoivent la lutte contre le terrorisme, il importe, tant sur le plan légal que conceptuel, que les actes terroristes ne soient pas systématiquement assimilés à des actes de guerre. Par exemple, les attaques contre des civils, la prise d'otages, et la capture et la destruction d'aéronefs civils sont reconnues comme des formes de terrorisme par la communauté internationale. Mais ces actes peuvent se produire en temps de paix, dans des situations d'urgence ou de conflit armé. S'ils sont commis dans le cadre d'un conflit armé, ils sont susceptibles de constituer des crimes de guerre. Toutefois, lorsqu'ils sont commis en temps de paix ou dans une situation d'urgence ne donnant pas lieu à des hostilités, comme cela est fréquemment le cas, ils ne constituent pas des crimes de guerre et leurs auteurs ne devraient pas être qualifiés de combattants, ou jugés ou attaqués comme tels. Ce type de situation est régi non par le droit international humanitaire, mais par le droit international des droits de l'homme, le droit interne et, éventuellement, le droit international pénal.

18. Cela ne signifie toutefois pas que la nature et l'intensité de la violence déclenchée par les auteurs d'actes terroristes, ou contre eux, ne peut pas déboucher sur une situation de conflit armé ou équivaloir à une telle situation. Par exemple, des attentats terroristes ou la lutte contre le terrorisme peuvent entraîner le recours à la force armée entre des États, et ainsi aboutir à un conflit armé international, comme ce fut le cas en Afghanistan en 2002, ou à un conflit armé non international donnant lieu à une lutte armée entre les forces armées d'un État et un groupe armé dissident relativement organisé, ou entre de tels groupes sur le territoire d'un État<sup>14</sup>. Dans de tels cas, les règles pertinentes du droit international humanitaire deviennent applicables et régissent la conduite des hostilités. Un principe cardinal du droit humanitaire est qu'il lie également toutes les parties à un conflit armé, et que son application ne dépend pas des causes ou de l'origine des hostilités<sup>15</sup>. Ainsi, l'hostilité ressentie à l'égard de l'adversaire ou de sa politique déclarée ne saurait justifier le non-respect du droit de la guerre. Bien que le droit

humanitaire interdit le terrorisme<sup>16</sup>, le fait de commettre des attentats terroristes au cours d'un conflit armé ne modifie ni le statut juridique des hostilités ou des parties au conflit ni l'obligation pour celles-ci de respecter le droit humanitaire.

19. Au cours d'un conflit armé international, il est essentiel que les États déterminent correctement, en vertu des traités applicables relatifs au droit humanitaire, le statut de l'ensemble des personnes qui ont directement participé aux hostilités, et en particulier si celles-ci peuvent prétendre au statut de prisonnier de guerre en cas de capture. Le refus d'accorder le statut de prisonnier de guerre à des combattants pouvant éventuellement avoir des conséquences pour la vie même des intéressés, il doit être déterminé dans le strict respect du droit et des procédures applicables. À cet égard, l'article 5<sup>17</sup> de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (troisième Convention de Genève) établit une présomption en vertu de laquelle toute personne qui a commis un acte de belligérance est considérée comme un prisonnier de guerre, à moins qu'un tribunal compétent n'en décide autrement au cas par cas.

20. Le fait que l'une des parties ayant participé aux hostilités en Afghanistan en 2002 n'ait pas déterminé de façon individualisée le statut des personnes qui auraient perpétré des attentats terroristes, ou qui y auraient participé, avant ou pendant le conflit, a donné lieu à une importante controverse. Selon cette partie, ces personnes, qu'elles aient été ou non membres des forces armées régulières adverses ou de groupes irréguliers, étaient du fait de leurs actes ou de leurs liens terroristes présumées *ipso facto* des combattants non privilégiés<sup>18</sup> qui ne pouvaient donc ni prétendre au statut de prisonnier de guerre prévu par la troisième Convention de Genève, ni être protégées en tant que civils au titre de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (quatrième Convention de Genève)<sup>19</sup>. D'autres États et le Comité international de la Croix-Rouge (CICR), se référant à la pratique antérieure des États, aux manuels militaires et aux avis d'un grand nombre de juristes, ont contesté cette position<sup>20</sup>. Ils ont fait valoir que, outre qu'il prescrit que le statut de ces personnes soit déterminé individuellement par des tribunaux conformément à l'article 5, l'ensemble du système de protection mis en place par les Conventions de Genève du 12 août 1949 prévoit que les combattants non privilégiés qui ne bénéficient pas du statut de prisonnier de guerre au titre de la troisième Convention de Genève sont protégés au titre de la quatrième Convention de Genève, sous réserve qu'ils répondent au critère de nationalité énoncé à l'article 4 de ce traité<sup>21</sup>. Les partisans de cette analyse font justement observer que les auteurs d'actes terroristes, même s'ils sont protégés en tant que prisonniers de guerre ou que civils en vertu des Conventions de Genève ou, le cas échéant, du Protocole additionnel I, ne bénéficient d'aucune immunité judiciaire pour les infractions qu'ils auraient commises avant leur capture, notamment les actes terroristes commis avant ou pendant les hostilités. Comme l'a précisé le Président du CICR, «Les Conventions de Genève et leurs protocoles additionnels n'empêchent pas que justice se fasse, ils exigent uniquement que l'on traite les personnes ayant enfreint la loi en utilisant les voies légales»<sup>22</sup>.

21. Malgré ces avis divergents, on s'accorde généralement sur le fait que les personnes qualifiées de combattants non privilégiés dans des hostilités internationales, et qui se voient refuser pour quelque raison que ce soit une protection *de jure* au titre de la troisième ou de la quatrième Convention de Genève, peuvent prétendre aux garanties de droit coutumier prévues à l'article 75 du Protocole additionnel I<sup>23</sup> et à l'article 3<sup>24</sup> commun aux quatre Conventions de Genève. Il convient d'observer que, le droit humanitaire n'accordant pas un statut de combattant privilégié aux membres de groupes armés dissidents dans des conflits armés non internationaux,

ceux-ci ne peuvent pas prétendre au statut de prisonnier de guerre en cas de capture. Par conséquent, les États sont libres de les juger pour leurs actes hostiles, et notamment le terrorisme<sup>25</sup>. Il n'y a donc aucune circonstance dans laquelle une personne, quel que soit son statut, puisse être légalement privée de la protection du droit international humanitaire dans *quelque* conflit armé que ce soit.

22. Sans exclure que la pratique des États dans la lutte contre de nouvelles formes de violence terroriste est susceptible d'évoluer, il semble néanmoins que le droit humanitaire en vigueur ne présente aucun vide juridique manifeste et qu'il tient dûment compte, s'il est respecté et correctement appliqué, de la question du terrorisme lors de conflits armés<sup>26</sup>.

#### **D. Relation entre droit international des droits de l'homme et droit international humanitaire en période de conflit armé**

23. Les droits de l'homme ne cessent pas de s'appliquer lorsque la lutte contre le terrorisme donne lieu à un conflit armé. En réalité, leur application se cumule avec le droit international humanitaire. Comme indiqué précédemment, lorsqu'un conflit armé constitue une véritable situation d'urgence, un État peut restreindre certains droits de l'homme, voire y déroger. Mais il ne peut en aucun cas suspendre des droits qui sont intangibles en vertu des droits de l'homme, même lorsque la situation d'urgence résulte d'un conflit armé. Malgré leurs origines différentes, le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire partagent un même objectif, la protection de la vie et de la dignité humaine. Comme l'a affirmé le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY): «Le principe général du respect de la dignité humaine ... est, en fait, la raison d'être du droit international humanitaire et des droits de l'homme; il est désormais si important qu'il imprègne le droit international dans son ensemble.»<sup>27</sup>.

24. Il n'est pas surprenant que l'on considère de plus en plus que le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire constituent un régime de protections qui se complètent et se renforcent mutuellement, qui devrait être interprété et appliqué dans sa globalité pour offrir aux individus, en période de conflit armé, le niveau de protection le plus favorable.

25. Le Comité des droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme et l'ancienne Commission des droits de l'homme, ainsi que la Commission interaméricaine des droits de l'homme ont estimé que leurs instruments respectifs sont d'application extraterritoriale, même dans des situations couvertes par le droit international humanitaire. Par exemple, le Comité des droits de l'homme a estimé, en 1981, qu'un État partie au Pacte international relatif aux droits civils et politiques est responsable des atteintes aux droits énoncés dans le Pacte dont ses agents se sont rendus coupables sur le territoire d'un autre État<sup>28</sup>. Dans sa récente Observation générale n° 31 (80) relative à l'article 2 du Pacte, le Comité a indiqué que l'obligation de respecter et de garantir les droits des individus «s'applique aussi à quiconque se trouve sous le pouvoir ou le contrôle effectif des forces d'un État partie opérant en dehors de son territoire, indépendamment des circonstances dans lesquelles ce pouvoir ou ce contrôle effectif a été établi, telles que les forces constituant un contingent national affecté à des opérations internationales de maintien ou de renforcement de la paix» (par. 10). Dans de récentes observations finales, le Comité a expressément affirmé que le Pacte s'applique de façon extraterritoriale aux opérations militaires et de maintien de la paix en dehors du territoire des États concernés<sup>29</sup>.

Les organes interaméricains et européens des droits de l'homme ont de même estimé que, dans certaines circonstances, les personnes relevant de l'autorité et du contrôle d'un État en dehors du territoire national relèvent effectivement de la juridiction de cet État et sont titulaires de droits exécutoires en vertu des traités respectifs<sup>30</sup>.

26. Plusieurs États ont contesté la compétence des organes relatifs aux droits de l'homme pour appliquer les droits de l'homme de façon extraterritoriale ou en cas de conflit armé ou d'occupation. La Cour internationale de Justice (CIJ) a précisé quelques-unes de ces questions dans deux avis consultatifs où il était question du rapport entre les droits de l'homme et le droit international humanitaire et l'application extraterritoriale du Pacte et d'autres traités relatifs aux droits de l'homme. Dans son avis consultatif du 8 juillet 1996 sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires<sup>31</sup>, la Cour a clairement indiqué que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques s'appliquait en cas de conflit armé. Au sujet du droit à la vie garanti dans cet instrument, elle a fait observer qu'«En principe, le droit de ne pas être arbitrairement privé de la vie vaut aussi pendant des hostilités. C'est toutefois, en pareil cas, à la *lex specialis* applicable, à savoir le droit applicable dans les conflits armés conçu pour régir la conduite des hostilités, qu'il appartient de déterminer ce qui constitue une privation arbitraire de la vie»<sup>32</sup>.

27. La Cour, dans son avis consultatif du 9 juillet 2004 sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé<sup>33</sup>, a confirmé cet avis, en précisant qu'elle: «... estime que la protection offerte par les conventions régissant les droits de l'homme ne cesse pas en cas de conflit armé, si ce n'est par l'effet de clauses dérogatoires du type de celle figurant à l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>34</sup>...». En ce qui concerne le rapport entre droits de l'homme et droit humanitaire, elle a ajouté: «... trois situations peuvent dès lors se présenter: certains droits peuvent relever exclusivement du droit international humanitaire; d'autres peuvent relever exclusivement des droits de l'homme; d'autres enfin peuvent relever à la fois de ces deux branches du droit international»<sup>35</sup>. La Cour indique clairement dans ces avis qu'en situation de conflit armé le droit international humanitaire ne déroge pas, en tant que *lex specialis*, aux droits de l'homme. Au contraire, il faut se référer au droit humanitaire pour déterminer si un droit fondé sur le Pacte a été violé<sup>36</sup>.

28. Toujours dans son avis consultatif du 9 juillet 2004, et après avoir examiné les travaux préparatoires du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et les décisions et observations du Comité des droits de l'homme, la Cour a rejeté l'argument selon lequel le Pacte n'était pas applicable hors du territoire national d'un État et, plus particulièrement, dans un territoire occupé. Tout en reconnaissant que la compétence des États est avant tout territoriale, la Cour a conclu que le Pacte est applicable aux «actes d'un État agissant dans l'exercice de sa compétence en dehors de son propre territoire»<sup>37</sup>.

29. Les organes créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme n'ont pas une perception commune de la relation existant entre les droits de l'homme et le droit international humanitaire en période de conflit armé. En effet, ni la Cour européenne des droits de l'homme ni la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples n'ont exprimé, à ce jour, d'avis sur cette question. Le Comité des droits de l'homme n'a pas encore formulé de théorie complète sur cette relation. Toutefois, dans son Observation générale n° 31 (80), le Comité a précisé: «Comme il ressort de l'Observation générale n° 29, le Pacte s'applique aussi dans les situations de conflit armé auxquelles les règles du droit international humanitaire sont applicables. Même si, pour certains droits consacrés par le Pacte, des règles plus spécifiques du droit international

humanitaire peuvent être pertinentes aux fins de l'interprétation des droits consacrés par le Pacte, les deux domaines du droit sont complémentaires et ne s'excluent pas l'un l'autre.» (par. 11).

30. La Commission interaméricaine des droits de l'homme a reconnu que le critère pour évaluer le respect d'un droit de l'homme particulier dans une situation de conflit armé peut être différent de celui qui est applicable en temps de paix. La Commission a par conséquent considéré les règles et normes du droit international humanitaire comme des sources faisant autorité ou comme la *lex specialis* pour interpréter et appliquer la Convention américaine relative aux droits de l'homme ou la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme en vue de statuer sur des violations présumées de ces instruments dans des situations de combat<sup>38</sup>.

31. Les approches adoptées par la Commission interaméricaine et par le Comité des droits de l'homme sont donc conformes à l'avis de la CIJ sur le rapport existant entre le droit international humanitaire et les droits de l'homme en situation de conflit armé.

#### **E. Le principe *nullum crimen sine lege* et les définitions du terrorisme et des infractions liées au terrorisme**

32. Les définitions contradictoires et imprécises du terrorisme et/ou des infractions terroristes contenues dans de nombreuses lois nationales et instruments régionaux et sous-régionaux représentent une menace claire pour la jouissance des droits de l'homme. Malgré l'absence d'une définition du terrorisme universellement acceptée, 120 États environ ont ratifié la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (1999) qui définit les éléments constitutifs du crime de terrorisme avec une précision raisonnable. Aux fins de ce traité, le terrorisme inclut «tout acte destiné à tuer ou blesser grièvement un civil, ou toute autre personne qui ne participe pas directement aux hostilités dans une situation de conflit armé, lorsque, par sa nature ou son contexte, cet acte vise à intimider une population ou à contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque». Toutefois, de nombreux États ont promulgué des lois dont la portée va bien au-delà de cette définition, utilisant fréquemment des termes et des concepts vagues, généraux et/ou ambigus. D'autres États ont prudemment adapté leur droit pénal, par exemple en aggravant les peines applicables à des infractions existantes et bien définies, telles que le meurtre, lorsqu'elles sont commises avec une intention terroriste.

33. Quelle que soit leur approche, les États devraient être guidés par le principe de la légalité, aussi appelé *nullum crimen sine lege*, lorsqu'ils élaborent des lois et des traités antiterroristes. Ce principe du droit international général est consacré expressément, en tant que droit auquel il ne peut être dérogé, à l'article 15 du Pacte et dans les dispositions des traités régionaux relatifs aux droits de l'homme<sup>39</sup>. Non seulement il interdit l'application rétroactive des lois, mais il exige également que la conduite incriminée soit décrite en termes précis et dénués d'ambiguïté, qui définissent précisément les infractions punissables, en les distinguant d'un comportement qui n'est pas punissable ou est passible d'autres peines. Une définition imprécise des infractions peut également donner lieu à une interprétation large de la conduite proscrite par le juge. Le principe de légalité entraîne donc aussi le principe de certitude, c'est-à-dire que l'application et les conséquences de la loi peuvent être raisonnablement prévues. Le Comité des droits de l'homme a souligné, au paragraphe 7 de l'Observation générale n° 29, l'importance du principe de légalité dans l'interdiction du droit pénal rétroactif énoncée dans le Pacte.

34. Le Comité a attentivement examiné les mesures antiterroristes adoptées par les États parties dans le cadre de sa procédure d'examen des rapports, et les rapports que les États ont présentés au Comité sur le contre-terrorisme en vertu de la résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité peuvent être consultés. Il est troublant de constater que, sur les 33 rapports qu'il a examinés depuis le 11 septembre 2001, le Comité s'est dit préoccupé, dans ses observations finales, par les mesures de lutte contre le terrorisme présentées dans pas moins de 16 rapports. Ces préoccupations portent notamment sur les définitions du terrorisme et des infractions terroristes<sup>40</sup>. En outre, d'autres organes conventionnels de l'Organisation des Nations Unies, des titulaires de mandat, des experts juridiques et des organisations non gouvernementales ont formulé des craintes similaires à propos des mesures antiterroristes adoptées par différents États, ainsi qu'au sujet d'instruments régionaux et sous-régionaux sur la lutte antiterroriste adoptés avant et après septembre 2001.

35. Les législations qui définissent le terrorisme ou les infractions terroristes de façon imprécise risquent clairement non seulement d'ériger en infraction l'exercice licite de la liberté d'expression, de réunion et d'association et d'autres droits de l'homme fondamentaux, mais aussi de donner lieu à une application abusive. En outre, la prolifération de lois nationales et de traités, en particulier régionaux, qui donnent des définitions juridiques nettement divergentes du terrorisme et/ou des infractions terroristes ne contribue guère à renforcer la coopération internationale dans la lutte contre le terrorisme et peut éventuellement mettre en cause l'extradition de véritables terroristes présumés en raison de l'exigence de la double incrimination, laquelle est étroitement liée au principe *nullum crimen sine lege*.

#### **F. Droit à la liberté et à la sécurité de la personne**

36. Une autre question importante est celle de savoir dans quelle mesure le droit à la liberté et à la sécurité<sup>41</sup> des personnes soupçonnées de terrorisme peut être dûment suspendu dans des situations d'urgence ne donnant pas lieu à un conflit armé. Parmi les évolutions particulièrement problématiques intervenues depuis le 11 septembre 2001, on peut citer la détention indéfinie, prolongée ou au secret de terroristes présumés sans qu'ils soient présentés à un juge, la détention non reconnue ou secrète de terroristes présumés, et la détention d'enfants dans le cadre de mesures antiterroristes.

37. Nul n'ignore, par exemple, que depuis les attentats terroristes du 11 septembre des personnes suspectées de terrorisme ont été détenues pendant des périodes prolongées sans pouvoir contacter un avocat ou d'autres personnes, et sans avoir été présentées à un tribunal ou à d'autres juridictions compétentes chargés de contrôler la légalité et les conditions de leur détention. Il a également été signalé que, dans ces situations échappant à tout contrôle, certains détenus ont été victimes de torture et d'autres mauvais traitements. Ces pratiques sont interdites par le droit international des droits de l'homme, même pendant les états d'urgence. Les règles applicables en matière de protection des droits de l'homme prévoient, notamment, que toute privation de liberté doit être fondée sur des motifs légaux et être conforme à des procédures prévues par la loi, que les détenus sont informés des raisons de leur détention, que les charges retenues contre eux<sup>42</sup> leur sont rapidement notifiées, et qu'ils ont accès à un conseil<sup>43</sup>. En outre, la détention doit être promptement soumise au contrôle effectif d'un juge ou d'un autre fonctionnaire autorisé par la loi à exercer des fonctions judiciaires, qui se prononce sur la légalité de la détention et veille à ce que les autres droits fondamentaux des détenus soient protégés<sup>44</sup>. Le Comité des droits de l'homme a indiqué qu'afin de protéger les droits non susceptibles de

déroger, le droit d'introduire un recours devant un tribunal dans le but de lui permettre de statuer sans délai sur la légalité d'une détention ne saurait être affecté par la décision d'un État de déroger au Pacte<sup>45</sup>. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a de même conclu que le droit d'*habeas corpus* ne peut faire l'objet d'une dérogation dans une situation d'urgence dans la mesure où il est essentiel pour assurer la protection des droits intangibles d'un détenu<sup>46</sup>. Pour des raisons similaires, d'autres protections fondamentales au respect des droits des détenus non susceptibles de dérogation ne sauraient être licitement suspendues pendant un état d'urgence, notamment les dispositions relatives à l'accès à un conseil et aux limites raisonnables et prescrites touchant la durée de la détention provisoire<sup>47</sup>. Les États doivent donc, en tout temps, s'abstenir de détenir des terroristes présumés pendant des périodes indéfinies ou prolongées, leur permettre de s'adresser à un conseil et leur assurer un accès rapide et effectif aux tribunaux ou à d'autres juridictions compétentes pour assurer la protection de leurs droits non susceptibles de dérogation.

38. Lorsque les détentions se produisent durant des conflits armés, il ressort des principes évoqués plus haut au sujet du rapport entre le droit international humanitaire et les droits de l'homme que le droit humanitaire peut être la *lex specialis*, qui s'applique pour déterminer si les détentions liées à un conflit armé ou à une occupation sont arbitraires en vertu des droits de l'homme. Dans le cas de conflits armés internationaux, par exemple, les troisième et quatrième Conventions de Genève de 1949 contiennent des dispositions précisant dans quelles circonstances des prisonniers de guerre et des civils, respectivement, peuvent être internés ou détenus, et les modalités du contrôle de leur internement ou détention, notamment en ce qui concerne l'accès des représentants du CICR<sup>48</sup>. Les articles 21, 118 et 119 de la troisième Convention de Genève autorisent l'internement des prisonniers de guerre jusqu'à ce que qu'ils soient rapatriés «à la fin des hostilités actives» ou jusqu'à la fin de toute procédure pénale qui aurait été engagée contre un prisonnier de guerre ou jusqu'à l'expiration de la peine<sup>49</sup>.

39. En revanche, les articles 42, 43 et 78 de la quatrième Convention de Genève, applicables aux étrangers ennemis sur le territoire d'une partie à un conflit armé international ou aux personnes protégées dans les territoires occupés, n'autorisent l'internement ou le placement en résidence forcée de ces personnes qu'en cas d'absolue nécessité pour la sécurité de la puissance détentrice ou de la puissance occupante. Ces dispositions prévoient également le droit, pour ces personnes, de faire appel de la décision ou de la contester dans le plus bref délai possible et, si elle est maintenue, elle doit être régulièrement réexaminée par un organisme, une juridiction ou un tribunal administratif approprié ou compétent désigné à cette fin. Le TPIY a conclu que: «Un internement licite à l'origine devient clairement illégal si la partie détentrice ne respecte pas les droits fondamentaux des personnes détenues en matière de procédure et ne crée pas de tribunal ou de collège administratif compétent, ainsi que l'exige l'article 43 de la quatrième Convention de Genève.»<sup>50</sup>. Le raisonnement du tribunal pourrait fort bien s'appliquer aussi à des civils détenus ou internés dans un territoire occupé en vertu de l'article 78 de la quatrième Convention de Genève. Dans certaines circonstances limitées, les personnes protégées détenues dans un territoire occupé peuvent être privées de leurs droits de communication conformément au paragraphe 2 de l'article 5 de la quatrième Convention de Genève<sup>51</sup>. Toutefois, le paragraphe 3 de l'article 45 du Protocole additionnel I<sup>52</sup> a limité de manière significative cette privation, qui peut également être atténuée en vertu des protections prévues par les droits de l'homme interdisant en toutes circonstances des détentions au secret prolongées.

40. En outre, les personnes détenues par une partie à un conflit armé international et qui ne bénéficient pas d'un traitement plus favorable au titre des Conventions ou du Protocole additionnel I, notamment les combattants non privilégiés, sont néanmoins protégées par certaines règles applicables à la détention, conformément aux paragraphes 3, 5 et 6 de l'article 75 du Protocole additionnel I, qui reflète pour l'essentiel le droit international coutumier<sup>53</sup>.

41. Ainsi, pendant des conflits armés internationaux et des occupations, certaines catégories de personnes, telles que les prisonniers de guerre, peuvent être détenues sans bénéficier des protections de procédure qui s'appliquent par ailleurs aux personnes détenues en temps de paix. Toutefois, du fait de l'application simultanée du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire pendant les conflits armés, les organes relatifs aux droits de l'homme et/ou les juridictions internes peuvent être tenus de protéger les droits fondamentaux des détenus lorsque les mécanismes prévus par le droit humanitaire pour déterminer leur statut juridique ou contrôler le traitement qui leur est réservé ne sont pas observés et/ou s'avèrent inefficaces<sup>54</sup>.

42. Un certain nombre de terroristes présumés auraient été détenus de façon non reconnue ou secrète depuis le 11 septembre 2001. En outre, des personnes détenues qui pourraient apparemment prétendre à la protection prévue par la quatrième Convention de Genève ont été dissimulées au CICR, ou transférées et détenues en dehors du territoire occupé, pour être interrogées. De tels actes sont interdits par le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire. Le Comité des droits de l'homme a expressément reconnu qu'il est interdit de déroger, en toutes circonstances, aux règles concernant l'interdiction de la prise d'otages, des enlèvements ou des détentions non reconnues, étant donné le rang de ces interdictions qui constituent des normes du droit international général<sup>55</sup>. Les détentions non reconnues ou secrètes favorisent également un climat propice aux disparitions, à la torture et à d'autres violations graves des droits de l'homme. En outre, pendant des conflits armés internationaux ou des occupations, le fait de dissimuler des détenus au CICR viole à la fois la lettre et l'esprit du droit humanitaire applicable, compte tenu en particulier du rôle essentiel joué par le CICR dans la protection des victimes de conflits armés<sup>56</sup> et l'assistance qu'il leur apporte. Par ailleurs, les transferts ou déportations de personnes protégées hors du territoire occupé sont expressément interdits<sup>57</sup> par la quatrième Convention de Genève<sup>58</sup> et constituent des infractions graves. Les États doivent par conséquent s'abstenir, en tout temps et en toutes circonstances, de pratiquer des détentions non reconnues ou secrètes.

### **G. Droits des enfants détenus**

43. La détention d'enfants suspectés d'activités terroristes constitue également un sujet de préoccupation depuis les attentats du 11 septembre. Dans quelques cas, des personnes de moins de 18 ans auraient été détenues dans les mêmes installations que des adultes et auraient été victimes de mauvais traitements, notamment des intimidations par des chiens policiers et des sévices sexuels. On a également signalé que des enfants détenus n'avaient pas été autorisés à entrer en contact avec un conseil, des membres de leur famille et des responsables consulaires, et qu'ils s'étaient vu refuser le droit de contester la légalité de leur détention devant un tribunal. Le droit international des droits de l'homme interdit des mesures de ce type en tout temps, notamment pendant les états d'urgence. À cet égard, il importe de réaffirmer qu'un État ne peut pas prendre de mesures dérogeant aux traités relatifs aux droits de l'homme qui sont contraires aux autres obligations qui lui incombent, en vertu du droit international<sup>59</sup>. Ces obligations



concernent, par exemple, les protections prévues par la Convention relative aux droits de l'enfant et d'autres instruments relatifs à la justice pour mineurs<sup>60</sup>, et découlent des dispositions similaires du droit humanitaire conventionnel qui traitent expressément de la situation des enfants<sup>61</sup>. Par exemple, l'article 37 de la Convention relative aux droits de l'enfant prévoit que la détention d'un enfant doit n'être qu'une mesure de dernier ressort et être d'une durée aussi brève que possible. Tout enfant détenu doit être traité avec humanité et d'une manière tenant compte des besoins des personnes de son âge. Les enfants doivent aussi avoir le droit de rester en contact avec leur famille, sauf circonstances exceptionnelles, et le droit d'avoir rapidement accès à l'assistance juridique ou à toute autre assistance appropriée. Comme le Comité des droits de l'homme l'a fait observer, la Convention relative aux droits de l'enfant ne contient aucune clause dérogatoire et est applicable aux situations d'urgence<sup>62</sup>. La détention des enfants doit donc, en tout temps, demeurer exceptionnelle et s'accompagner de mesures qui reconnaissent et protègent leur vulnérabilité particulière.

#### **H. Droits à une procédure régulière et à un procès équitable**

44. Il est essentiel de garantir le droit des terroristes présumés à un procès équitable pour s'assurer que les mesures antiterroristes respectent la légalité. Les protections dont bénéficient toutes les personnes accusées d'infractions pénales, notamment de crimes liés au terrorisme, sont prévues aux articles 14 et 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ainsi que dans les dispositions correspondantes des instruments régionaux relatifs aux droits de l'homme<sup>63</sup>. Ces protections comprennent notamment le droit à la présomption d'innocence, le droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et dans un délai raisonnable par un tribunal compétent, indépendant et impartial, et le droit de faire examiner par une juridiction supérieure répondant aux mêmes critères la déclaration de culpabilité et la condamnation<sup>64</sup>. Le droit international humanitaire prévoit des protections globalement similaires en ce qui concerne les procès dans le cadre de conflits armés<sup>65</sup>. En effet, un grand nombre des garanties en matière de procès équitable prévues dans les traités de droit humanitaire trouvent leur origine, pour l'essentiel, dans des normes applicables aux droits de l'homme<sup>66</sup>.

45. Dans son Observation générale n° 29, le Comité des droits de l'homme a exprimé son avis sur la nature et l'importance des garanties judiciaires et le droit à un procès équitable s'agissant des droits non susceptibles de dérogation prévus dans le Pacte. Il a fait observer que les garanties qui accompagnent la dérogation prévue à l'article 4 «reposent sur les principes de la légalité et la primauté du droit inhérents à l'ensemble du Pacte» (par. 16). Le Comité a également estimé que l'article 4 ne peut jamais être invoqué «dans le but de déroger aux dispositions non susceptibles de dérogation» (par. 15)<sup>67</sup>; par exemple, tout procès susceptible de donner lieu à une condamnation à mort pendant une situation d'urgence doit respecter toutes les dispositions du Pacte, notamment les garanties en matière de procès équitable prévues aux articles 14 et 15. Le Comité a également précisé que, certains éléments du droit à un procès équitable étant garantis par le droit international humanitaire en cas de conflit armé, il n'y a aucune justification à ce qu'il soit dérogé à cette garantie dans d'autres situations d'urgence. En outre, seul un tribunal, respectant la présomption d'innocence, peut juger et condamner un individu pour infraction pénale (par. 16).

#### **I. Tribunaux militaires**

46. Avant et depuis le 11 septembre 2001, l'application du droit à un procès équitable dans l'exercice des poursuites pénales engagées contre des individus soupçonnés d'activités terroristes

a suscité plusieurs préoccupations particulières. L'une des questions les plus préoccupantes a trait à la création de cours ou de tribunaux spéciaux, notamment des tribunaux militaires, chargés de juger des civils suspectés d'activités terroristes, qui ne respecteraient pas les normes minimales en matière de procès équitable prévues par le droit international. Si des tribunaux militaires peuvent en principe constituer une juridiction indépendante et impartiale pour juger des membres des forces armées pour certaines infractions réellement liées à la discipline et au service militaire, en revanche le recours à des juridictions militaires pour juger des civils soupçonnés d'activités terroristes soulève des problèmes. Dans son Observation générale n° 13, le Comité des droits de l'homme a indiqué que le recours à des tribunaux militaires pour juger des civils devrait être très exceptionnel et se dérouler dans des conditions qui respectent véritablement toutes les garanties prévues à l'article 14 (par. 4). Les organes conventionnels interaméricains, forts d'une expérience de plus de 40 ans<sup>68</sup>, ont été plus catégoriques en affirmant à l'unisson que le procès de civils, notamment des membres de groupes armés dissidents par des juridictions militaires, porte atteinte aux droits fondamentaux en matière de procès équitable.

47. Les expériences du passé tendent amplement à montrer que les tribunaux militaires satisfont rarement les exigences minimales d'indépendance et d'impartialité applicables aux procès de civils comme l'exigent les droits de l'homme, dans la mesure où la justice militaire ne relève généralement pas de la magistrature civile indépendante mais plutôt de l'exécutif<sup>69</sup>. Le recours à des juridictions ou à des tribunaux d'exception est également problématique car ces juridictions appliquent rarement les principes dûment établis d'une procédure équitable. Ainsi, ces juridictions se sont caractérisées par la violation du principe de non-rétroactivité du droit pénal, des restrictions à l'accès aux témoins et aux éléments de preuve, l'utilisation d'arguments liés à la sécurité nationale qui n'ont habituellement pas leur place dans des procès devant des juridictions civiles, et l'obtention d'éléments de preuve à charge selon des méthodes contraires aux droits de l'homme. S'agissant de cette dernière pratique, le droit international interdit clairement l'utilisation des aveux forcés ou involontaires<sup>70</sup>, ainsi que l'emploi comme élément de preuve d'une déclaration obtenue sous la torture<sup>71</sup>. Lorsque les normes internationales sont moins précises, par exemple au sujet des restrictions concernant l'utilisation d'éléments de preuve obtenus moyennant une perquisition illicite, l'élément essentiel à prendre en considération doit être l'effet que l'emploi de ces éléments de preuve est susceptible d'avoir sur le caractère équitable de la procédure dans son ensemble<sup>72</sup>. Lorsqu'il est fait appel à des informations secrètes, il importe de mettre en place des garanties visant à préserver le principe de l'égalité des armes, et notamment l'accès effectif du juge et du conseil de l'accusé aux informations.

48. Depuis le 11 septembre 2001, un certain nombre de personnes qualifiées de combattants «ennemis» ou non privilégiés ont été renvoyées devant des commissions militaires pour être jugées; ces commissions ont été critiquées parce qu'elles ne répondaient pas aux normes minimales en matière de procès équitable prévues en droit international. Il importe de souligner que les garanties fondamentales de procédure prévues par le droit international humanitaire s'appliquent non seulement aux prisonniers de guerre et aux civils, mais aussi aux combattants non privilégiés qui, pour une raison quelconque, ne sont pas protégés par la troisième ou la quatrième Convention de Genève. Dans des procès liés à des hostilités internationales, ces protections découlent des principes coutumiers consacrés à l'article 3 commun aux Conventions de Genève et au paragraphe 4 de l'article 75 du Protocole additionnel I. Les procès liés à des conflits non internationaux doivent également respecter les normes énoncées à l'article 3 commun, telles que complétées par les principes du droit international coutumier

énoncés à l'article 6 du Protocole additionnel II. Ces dispositions constituent des garanties auxquelles il ne saurait être dérogé et, partant, des normes minimales qui ne peuvent en aucun cas être suspendues<sup>73</sup>. En outre, le fait qu'il ne puisse être dérogé à ces protections en vertu du droit humanitaire interdit toute dérogation qui serait par ailleurs autorisée par les instruments relatifs aux droits de l'homme applicables dès lors qu'elles concernent des charges en rapport avec les hostilités<sup>74</sup>. En période de conflit armé, les États ne peuvent donc pas invoquer des dérogations au titre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ou d'autres instruments relatifs aux droits de l'homme pour justifier le refus d'accorder à une personne, quel que soit son statut, les protections minimales en matière de procédure régulière et de procès équitable. Ce principe est particulièrement important dans les affaires où l'accusé encourt la peine de mort. Le Comité des droits de l'homme a expressément déclaré que l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne saurait être invoqué «dans le but de déroger aux dispositions non susceptibles de dérogation»<sup>75</sup>; partant, tout procès susceptible de donner lieu à une condamnation à mort pendant une situation d'urgence doit respecter toutes les dispositions du Pacte, notamment les garanties en matière de procès équitable prévues aux articles 14 et 15.

#### **J. Droit d'être traité avec humanité**

49. Depuis le 11 septembre 2001, le Rapporteur spécial sur la question de la torture et d'autres titulaires de mandat ont exprimé leurs préoccupations au sujet des méthodes de lutte antiterroriste employées par certains États qui auraient cherché à contourner, et ainsi à affaiblir, l'interdiction de la torture et des traitements cruels, inhumains et dégradants énoncées dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (Convention contre la torture), et d'autres instruments relatifs aux droits de l'homme. Ces craintes portent sur les méthodes d'interrogatoire utilisées pour obtenir des informations des terroristes présumés, l'utilisation aux fins de la procédure de moyens de preuves obtenus par la torture, l'existence de lieux de détention secrets, et des projets de loi qui auraient pour effet d'encourager les autorités chargées de l'immigration à renvoyer certaines personnes risquant d'être soumises à la torture dans le pays qui est susceptible de les torturer. Chacune de ces mesures est incompatible avec l'interdiction absolue de la torture et autres formes de mauvais traitements consacrée par les droits de l'homme.

50. Il convient de rappeler que l'interdiction de la torture et des mauvais traitements est également codifiée dans les quatre Conventions de Genève de 1949 et leurs deux Protocoles additionnels de 1977. Les Conventions de Genève prescrivent que les personnes protégées doivent être en tout temps traitées avec humanité et prévoient que le fait d'assassiner, de torturer ou d'infliger des traitements inhumains à ces personnes constitue des violations graves, c'est-à-dire de graves crimes de guerre. En outre, dans un conflit international, les combattants non privilégiés qui, pour une raison quelconque, ne bénéficient pas de la protection prévue par les Conventions de Genève doivent néanmoins être protégés contre la torture et les mauvais traitements au titre de l'article 3 commun et de l'article 75 du Protocole additionnel I, qui énoncent des règles de droit coutumier. L'interdiction des mauvais traitements prévue à l'article 3 commun s'applique également dans tous les conflits armés non internationaux à toutes les personnes qui ne participent pas ou ne participent plus activement aux hostilités lorsqu'elles sont aux mains d'une partie au conflit.

51. Comme indiqué précédemment, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques s'applique aux actes extraterritoriaux des États parties dans un territoire occupé. En outre, le droit international humanitaire s'applique sur l'ensemble du territoire de l'État occupé et il lie les ressortissants, tant militaires que civils, de la (des) puissance(s) occupante(s). Il est donc alarmant de constater que, d'après des reportages et des photographies publiés, plusieurs détenus protégés par les troisième et quatrième Conventions de Genève ont été soumis, par des ressortissants des puissances occupantes, à des traitements équivalents à des actes de torture d'après la jurisprudence des organes relatifs aux droits de l'homme. Bien que certaines personnes ayant infligé directement des traitements illicites à ces détenus aient été poursuivies, conformément aux Conventions de Genève, leurs actes ont compromis des années d'efforts visant à établir des garanties internationales effectives en faveur du traitement des détenus en temps de guerre.

### **K. Le principe de non-refoulement et le transfert de personnes d'un État vers un autre**

52. Depuis le 11 septembre 2001, certains États auraient extradé, expulsé, déporté ou transféré des étrangers, dont certains étaient des demandeurs d'asile, soupçonnés de terrorisme, vers leur pays d'origine ou d'autres pays où ils courraient le risque d'être torturés ou de subir de mauvais traitements, au mépris du principe de non-refoulement. Consacré au paragraphe 1 de l'article 33 de la Convention relative au statut des réfugiés (1951)<sup>76</sup>, ce principe est absolu et non susceptible de dérogation en vertu des droits de l'homme, en particulier l'article 3 de la Convention contre la torture.

53. Dans son Observation générale n° 31, le Comité des droits de l'homme a souligné que l'obligation des États parties «de respecter et garantir à toutes les personnes se trouvant sur leur territoire et à toutes les personnes soumises à leur contrôle, les droits énoncés dans le Pacte entraîne l'obligation de ne pas extraditer, déplacer, expulser quelqu'un ou le transférer par d'autres moyens de leur territoire s'il existe des motifs sérieux de croire qu'il y a un risque réel de préjudice irréparable dans le pays vers lequel doit être effectué le renvoi ou dans tout pays vers lequel la personne concernée peut être renvoyée par la suite, tel le préjudice envisagé aux articles 6 et 7 du Pacte» (par. 12). Le Comité contre la torture a déclaré ce qui suit au sujet de l'article 3 de la Convention contre la torture: «Chaque fois qu'il y a des motifs sérieux de croire qu'un individu risque d'être soumis à la torture s'il est expulsé vers un autre État, l'État partie est tenu de ne pas renvoyer l'intéressé dans cet État. La nature des activités auxquelles l'intéressé s'est livré n'est pas une considération pertinente quand on prend une décision conformément à l'article 3 de la Convention.»<sup>77</sup>. Plusieurs organes régionaux qui s'occupent des droits de l'homme<sup>78</sup> ont exprimé des avis similaires au sujet de l'interdiction de la torture dans le contexte des expulsions, dans leur jurisprudence et/ou leurs rapports.

### **L. Le transfert, y compris la «reddition», de personnes soupçonnées de terrorisme**

54. Il est incontestable que les États ont le devoir de prendre des mesures efficaces pour lutter contre les menaces terroristes et renforcer la coopération avec d'autres États à cette fin. Toutefois, comme indiqué dans la résolution 1456 (2003) du Conseil de sécurité, ils doivent le faire en respectant leurs obligations juridiques internationales, notamment les droits de l'homme. C'est pourquoi le transfert, notamment la «reddition», d'étrangers par certains États vers d'autres

pays selon des méthodes ne respectant pas les procédures juridiquement reconnues d'extradition, d'expulsion ou de renvoi a suscité de graves préoccupations.

55. La plupart des personnes transférées après le 11 septembre étaient des terroristes présumés bien souvent détenus de façon extraterritoriale, qui n'avaient pas été inculpés d'infraction pénale, et qui ont été remis à des États tiers, apparemment pour y être interrogés. Un grand nombre des États de réception pratiqueraient la torture, de façon systématique ou épisodique, souvent durant les interrogatoires. Dans certains cas, des personnes auraient été transférées vers des lieux inconnus, où elles auraient été détenues au secret pendant des périodes prolongées ou indéfinies. Ces opérations semblent se dérouler sans contrôle judiciaire ou toute autre forme de garantie légale. À cet égard, dans des observations finales au sujet du rapport d'un certain État, le Comité des droits de l'homme a exprimé «... sa préoccupation quant aux cas d'expulsion d'étrangers soupçonnés de terrorisme, cela sans qu'il soit possible de contester de telles mesures par voie légale (CCPR/CO/75/YEM, par. 18)». Les transferts qui ignorent ou ne prennent pas en compte le risque pour l'intégrité physique de la personne dans l'État de réception et/ou n'offrent à l'intéressé aucun recours juridique sont incompatibles avec les obligations qui incombent aux États en vertu des instruments relatifs aux droits de l'homme et, partant, ne devraient pas avoir lieu.

### **M. Assurances diplomatiques**

56. Il est également troublant de constater que les États d'envoi cherchent à obtenir des États de réception des assurances diplomatiques accrues que les personnes soupçonnées de terrorisme qui sont transférées ne seront pas victimes de tortures ou d'autres mauvais traitements après leur arrivée. Ces transferts ne s'accompagnent que rarement d'une procédure de contrôle rudimentaire, consistant le plus souvent pour les représentants diplomatiques de l'État d'envoi à rendre visite à l'intéressé de façon épisodique. Certains États ont affirmé qu'en obtenant de telles assurances ils respectent le principe de non-refoulement, mais cette position a été critiquée. Contrairement aux assurances quant à l'utilisation de la peine de mort ou au procès par un tribunal militaire, qui sont facilement vérifiables, des assurances qu'une personne ne sera pas torturée ou soumise à d'autres sévices doivent être constamment vérifiées par un personnel compétent et indépendant. En outre, le simple fait de chercher à obtenir de telles assurances peut être considéré comme la reconnaissance tacite par l'État d'envoi que la personne transférée court effectivement le risque d'être torturée ou maltraitée.

57. Dans son rapport à l'Assemblée générale, le Rapporteur spécial sur la question de la torture a fait état «de plusieurs cas dans lesquels tout porte à croire que les assurances diplomatiques n'ont pas été respectées», et il s'est posé la question de savoir si, pour les États, la pratique consistant à recourir à des assurances ne se substitue pas, pour des raisons politiques, au principe de non-refoulement (A/59/324, par. 31). Le fait que les assurances diplomatiques ne soient pas juridiquement contraignantes et ne fassent donc pas l'objet de sanctions en cas de violation, renforce cette préoccupation. Même lorsque les assurances s'accompagnent d'un contrôle après le transfert, les États qui pratiquaient la torture ont généralement limité l'accès des personnes extérieures, en particulier des médecins et des juristes indépendants qui sont souvent les mieux à même de déterminer si des sévices ont eu lieu. En outre, l'utilité de ce contrôle est également compromise par le fait que les victimes d'actes de torture sont souvent réticentes à en parler, de crainte d'être à nouveau torturées pour avoir osé se plaindre.

58. Le Comité des droits de l'homme s'est dit préoccupé par l'expulsion de demandeurs d'asile soupçonnés de terrorisme vers leur pays d'origine sur le fondement de telles assurances. Dans des observations finales récentes, il a indiqué: «Lorsqu'un État partie expulse une personne vers un autre État sur la base d'assurances quant au traitement de cette personne par l'État de destination, il doit instaurer des mécanismes crédibles afin de s'assurer que l'État de destination observe, dès l'expulsion, les garanties données.» (CCPR/CO/74/SWE, par. 12)<sup>79</sup>.

58. Dans son rapport (A/59/324), le Rapporteur spécial sur la question de la torture a proposé qu'un certain nombre de facteurs soient pris en compte pour déterminer s'il existe un risque de torture ou de mauvais traitement. Ces facteurs sont généralement les conditions politiques existantes dans l'État de destination<sup>80</sup> et la situation personnelle de l'individu susceptible de le rendre particulièrement vulnérable à ce risque dans l'État de destination<sup>81</sup>. Pris séparément ou conjointement, ces facteurs permettraient de déterminer si le principe de non-refoulement interdit de recourir aux assurances. Toutefois, le Rapporteur spécial a indiqué qu'en règle générale, dans le cas où une personne serait renvoyée vers un pays où la torture est systématique, «le principe de non-refoulement doit être strictement respecté et – il – convient de ne pas recourir aux assurances diplomatiques.» (ibid., par. 37).

60. Le Rapporteur spécial sur la question de la torture a également formulé un certain nombre de garanties minimales dont devraient s'accompagner les assurances. Ainsi, les assurances devraient garantir le droit d'accès rapide à un avocat, l'enregistrement des interrogatoires et la mention dans les procès verbaux de l'identité des personnes présentes; la possibilité (pour les détenus) de bénéficier d'un examen médical indépendant, en temps opportun; l'interdiction de la détention au secret ou dans des lieux non communiqués; et le contrôle par des personnes ou des groupes indépendants, qui effectuent des visites rapides et régulières comprenant des entretiens privés. Les personnes qui effectuent ces visites devraient être formées pour déceler d'éventuels signes de torture ou de mauvais traitement (ibid., par. 41 et 42).

61. Étant donné que les États ont l'obligation absolue de n'exposer aucune personne au risque d'être torturée en cas d'extradition, d'expulsion, de renvoi ou de transfert, les assurances diplomatiques ne devraient pas être utilisées pour contourner l'obligation de non-refoulement.

#### **N. Droit de propriété: établissement de listes de terroristes et gel de leurs avoirs**

62. Au lendemain des attentats du 11 septembre, le Conseil de sécurité<sup>82</sup>, des organisations régionales et des États ont pris des mesures pour identifier et geler les avoirs susceptibles d'être utilisés pour faciliter l'organisation d'attentats terroristes. Cela a été fait en partie par l'établissement de listes précisant le nom de personnes, de groupes ou d'organisations suspectés d'être mêlés au terrorisme. Le 8 octobre 2004, le Conseil de sécurité a adopté la résolution 1566 (2004) par laquelle il décidait de créer un groupe de travail chargé d'examiner des mesures concrètes, notamment le gel d'avoirs financiers, à prendre contre des «particuliers, groupes et entités participant ou associés à des activités terroristes autres que ceux visés par la liste arrêtée par le Comité des sanctions créé par la résolution concernant Al-Qaida et les Talibans» (par. 9).

63. L'identification et le gel des avoirs des personnes et groupes impliqués dans des activités terroristes sont des moyens appropriés et nécessaires pour lutter contre le terrorisme. Compte tenu des graves conséquences que peut entraîner le fait de figurer sur ces listes, la plus grande prudence s'impose pour s'assurer qu'aucune personne ou qu'aucun groupe n'a été placé

par erreur sur ces listes. Toutefois, aucune résolution pertinente du Conseil de sécurité n'établit de normes juridiques précises concernant l'inclusion de personnes et de groupes sur ces listes ou le gel d'avoirs, ou les garanties ou les recours juridiques dont disposent ceux placés sur ces listes par erreur.

64. Cette question est délicate étant donné que les États, qui ont adopté des mesures reposant sur des définitions extrêmement divergentes du terrorisme et des infractions terroristes, non seulement établissent ces listes et délivrent les ordonnances aux fins de gel des avoirs, mais omettent aussi en général de prévoir un contrôle juridictionnel ou le droit de contester les décisions initiales d'inclusion dans ces listes. Dans une organisation régionale au moins, le fait de figurer sur une liste suite à une enquête réalisée par un seul État membre entraîne pour tous les autres États membres l'obligation de geler les avoirs de l'intéressé. Dans un pays d'une autre région, un organisme gouvernemental aurait désigné près de 400 individus et groupes de «terroristes mondiaux expressément désignés», plaçant ainsi leurs avoirs sous le coup d'ordonnances aux fins de saisie ou de gel. Les avocats de certaines de ces personnes ont attaqué ces mesures, fondées sur des critères vagues et généraux, qui ont, une fois adoptées, une durée illimitée. En outre, la fiabilité et l'exactitude des renseignements sur lesquels s'appuient les États pour établir ces listes, souvent considérés comme confidentiels, ont suscité des questions. L'Association internationale du barreau a noté à cet égard que: «... les États qui ont adopté ces mesures dévoilent rarement les informations confidentielles en leur possession. Les personnes visées par les ordonnances de gel des avoirs et autres décisions similaires n'ont donc que peu de possibilités de contester l'action de l'État, dans la mesure où elles ignorent les raisons ayant motivé les ordonnances, et elles sont désavantagées lorsqu'elles décident de les attaquer»<sup>83</sup>.

65. Ces préoccupations en matière de procédure équitable montrent combien il est nécessaire de soumettre ces décisions à un contrôle juridictionnel effectif afin de protéger le droit de propriété de ceux qui auraient été placés sur ces listes par erreur<sup>84</sup>.

#### **O. Droit au respect de la vie privée: collecte et partage d'informations**

66. Une question connexe concerne les mesures adoptées aux niveaux régional et national depuis le 11 septembre 2001 portant sur la collecte et le partage de renseignements personnels réputés pertinents pour prévenir des attentats terroristes<sup>85</sup>. Par exemple, de nombreux États ont considérablement renforcé la surveillance des personnes et des groupes soupçonnés d'activités terroristes et la collecte d'informations les concernant, en procédant à des écoutes téléphoniques, des interceptions de correspondance et des perquisitions. Quelques États ont également commencé à recueillir des données «biométriques» et des renseignements personnels non seulement sur des terroristes présumés mais aussi sur tout visiteur étranger. Certains de ces renseignements seront, semble-t-il, partagés avec d'autres États. Compte tenu des moyens de communication de plus en plus sophistiqués employés par des groupes terroristes, de telles mesures sont certainement nécessaires et très efficaces pour identifier, infiltrer et poursuivre les membres de ces groupes. Toutefois, nombre d'entre elles peuvent aussi constituer une atteinte injustifiée au droit au respect de la vie privée.

67. Le droit au respect de la vie privée et à la protection judiciaire contre toute atteinte arbitraire ou illicite à ce droit est garanti à l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et à l'article 11 et à l'article 8 de la Convention américaine et de la Convention européenne, respectivement. Ces instruments prévoient qu'il peut être dérogé à ce droit en cas de véritable situation d'urgence. À cet égard, la Cour européenne des droits

de l'homme a reconnu, dans l'affaire *Klass*<sup>86</sup>, que les sociétés démocratiques menacées par le terrorisme doivent être en mesure d'y faire face efficacement, et elle a admis que «... l'existence de dispositions législatives accordant des pouvoirs de surveillance secrète de la correspondance, des envois postaux et des télécommunications est, devant une situation exceptionnelle, nécessaire dans une société démocratique à la sécurité nationale et/ou à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales»<sup>87</sup>. Elle a ajouté: «La Cour souligne néanmoins que les États contractants ne disposent pas pour autant d'une latitude illimitée pour assujettir à des mesures de surveillance secrète les personnes soumises à leur juridiction. Consciente du danger, inhérent à pareille loi, de saper, voire de détruire, la démocratie au motif de la défendre, elle affirme qu'ils ne sauraient prendre, au nom de la lutte contre l'espionnage et le terrorisme, n'importe quelle mesure jugée par eux appropriée.»<sup>88</sup>.

68. L'on s'est inquiété de ce que l'échange d'informations entre États fera courir le risque que des renseignements recueillis dans un certain but soient utilisés dans un autre but, et que l'on fournira ainsi des données extrêmement sensibles à des gouvernements qui ne sont pas en mesure de les protéger correctement. En outre, selon certaines critiques, ces mesures antiterroristes peuvent servir de prétexte pour influencer et orienter abusivement les programmes politiques, compromettre la capacité des juridictions de contrôler qu'il est fait bon usage des pouvoirs et affaiblir la responsabilité gouvernementale en autorisant un usage accru du secret. Certaines de ces mesures peuvent également faciliter l'accès injustifié aux documents financiers, de voyage et médicaux des particuliers, et accroître la possibilité que certains d'entre eux soient la cible d'une surveillance indue.

69. Reconnaissant que ces mesures peuvent représenter une ingérence injustifiée dans la vie privée, le Conseil de l'Europe, dans ses Lignes directrices sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme, a indiqué que ces mesures, en particulier les fouilles, les perquisitions, les écoutes, les écoutes téléphoniques, la surveillance de la correspondance et le recours à l'infiltration d'agents doivent être prévues par la loi, et pouvoir faire l'objet d'un contrôle juridictionnel (directive VI). Plus particulièrement, la directive V dispose que la collecte et le traitement de données à caractère personnel par toute autorité compétente en matière de sécurité de l'État ne peuvent porter atteinte au respect de la vie privée des personnes que si la collecte et le traitement sont, notamment: «i) régis par des dispositions appropriées en droit interne; ii) proportionnés à l'objectif pour lequel cette collecte et ce traitement ont été prévus; et iii) susceptibles d'un contrôle par une autorité externe indépendante».

70. Outre qu'elles doivent garantir que les juridictions internes sont à même de contrôler les dispositions antiterroristes qui portent atteinte au droit au respect de la vie privée, ces mesures doivent également faire l'objet d'un contrôle étroit et constant de la part d'organisations intergouvernementales et des organes de contrôle conventionnels compétents.

#### **P. Le principe de non-discrimination et les techniques de surveillance des personnes soupçonnées de terrorisme**

71. Les organismes d'application des lois de nombreux États ont eu recours, depuis le 11 septembre 2001, à un ensemble de techniques d'enquête pour identifier des terroristes présumés ou les empêcher de pénétrer sur le territoire national. Ces techniques feraient notamment appel au «profilage» fondé sur des caractéristiques telles que la race, l'origine nationale et la religion. Les personnes visées par ces enquêtes sont souvent des résidents



étrangers, des réfugiés, des demandeurs d'asile et des migrants d'origine musulmane et/ou arabe. Ces opérations peuvent avoir pour effet, désiré ou non, d'associer ces personnes ou groupes au terrorisme et, par conséquent, de les dénigrer.

72. Un principe fondamental des droits de l'homme, consacré à l'article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et dans des dispositions d'autres instruments relatifs aux droits de l'homme, est l'obligation qui incombe aux États de respecter et de garantir à tous les individus relevant de leur compétence les droits reconnus dans ces instruments sans aucune discrimination. Des interdictions comparables sont énoncées dans les Conventions de Genève de 1949 et leurs Protocoles additionnels. Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a déclaré que l'interdiction de la discrimination raciale est une norme impérative de droit international à laquelle aucune dérogation n'est permise<sup>89</sup>. La Commission interaméricaine des droits de l'homme a affirmé que le droit de ne pas être soumis à la discrimination est «un droit auquel il ne peut être dérogé en vertu du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire»<sup>90</sup>. Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a également insisté sur le fait que «les États et les organisations internationales veillent à ce que les mesures prises pour lutter contre le terrorisme n'aient pas pour but ou pour effet d'entraîner une discrimination fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique» et que «le principe de non-discrimination doit être respecté dans tous les domaines, notamment en ce qui concerne la liberté, la sécurité et la dignité de la personne, l'égalité devant les tribunaux et le respect de la légalité, ainsi que la coopération internationale en matière de justice et de police dans ces domaines»<sup>91</sup>. En outre, le Comité des droits de l'homme, dans l'Observation générale n° 29, a indiqué qu'«en aucun cas la proclamation d'un État d'exception ... ne peut être invoquée par un État partie pour justifier qu'il se livre ... à de la propagande en faveur de la guerre ou à des appels à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitueraient une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence» (par. 13 e)).

73. Le principe de non-discrimination s'applique à presque tous les aspects du traitement réservé par l'État aux individus dans le cadre des mesures antiterroristes. Les droits de l'homme n'interdisent pas toute différence de traitement dans la jouissance des droits. Ils exigent, en revanche, que toute différence licite ait une justification objective et raisonnable, qu'elle poursuive un objectif légitime et que les modalités soient raisonnables et proportionnées au but recherché.

74. Plusieurs organes qui s'occupent des droits de l'homme se sont intéressés de près aux effets discriminatoires, réels ou potentiels, des pratiques et des législations des États en matière de lutte contre le terrorisme. Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale et le Comité des droits de l'homme l'ont fait essentiellement lors de l'examen des rapports des États parties. Dans des observations finales, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a enjoint à plusieurs États de ne pas fonder leurs actions sur des stéréotypes raciaux<sup>92</sup>. La Commission interaméricaine des droits de l'homme a souligné que «tout recours au profilage ou à une technique similaire par un État doit être en stricte conformité avec les principes internationaux en matière de nécessité, de proportionnalité et de non-discrimination, et doit faire l'objet d'un étroit contrôle judiciaire»<sup>93</sup>. L'équipe de travail sur le terrorisme de l'Association internationale du barreau a également exprimé sa préoccupation, faisant valoir que des critères de dépistage fondés sur la race, la religion ou la nationalité peuvent être à la fois discriminatoires et inefficaces, dans la mesure où des terroristes qui ne correspondent pas à ces critères peuvent

passer inaperçus, tandis que des parties innocentes qui répondent à ces stéréotypes peuvent se sentir aliénées et attaquées alors même que leur aide pourrait être essentielle pour lutter contre le terrorisme<sup>94</sup>.

75. Si la race et la religion peuvent être des facteurs pertinents, elles ne devraient pas être les seuls critères sur lesquels s'appuient les États pour dépister des terroristes présumés. L'Association internationale du barreau fait justement observer que ces facteurs «... ne devraient être utilisés qu'en appliquant des critères plus précis, qui doivent eux-mêmes être raisonnables. Pour évaluer le caractère raisonnable des critères, il convient de prendre en compte la rigueur des mesures employées»<sup>95</sup>.

76. Étant donné leur incidence potentiellement discriminatoire, toutes ces mesures devraient être régulièrement examinées et soumises au contrôle d'organes internes et internationaux compétents.

#### **IV. RÔLE DES MÉCANISMES DE L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES RELATIFS AUX DROITS DE L'HOMME EN MATIÈRE DE PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME DANS LA LUTTE ANTITERRORISTE**

77. Dans sa résolution 2004/87, la Commission des droits de l'homme a prié l'expert indépendant d'examiner les moyens de renforcer la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales tout en combattant le terrorisme. Pour s'acquitter de cette tâche, il faut pouvoir évaluer sincèrement dans quelle mesure les organes de suivi et les procédures spéciales de l'ONU existants en matière d'application des traités relatifs aux droits de l'homme ont pu déterminer la compatibilité des mesures antiterroristes adoptées par les États avec les obligations internationales qui leur incombent dans le domaine des droits de l'homme. À cet égard, il est particulièrement important de déterminer si le contrôle effectué par les organes conventionnels et les procédures spéciales est réellement universel, dans la mesure où la résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité a contraint tous les États Membres à adopter des mesures antiterroristes. La compétence des organes conventionnels et des procédures spéciales pour traiter de tous les droits de l'homme qui sont ou qui peuvent être affectés par les mesures antiterroristes adoptées par les États, ainsi que le caractère opportun de leurs activités de contrôle, seront également analysés dans la présente étude.

##### **A. Organes conventionnels relatifs aux droits de l'homme**

78. Les organes conventionnels ont essentiellement deux moyens pour contrôler si les États respectent leurs obligations dans le domaine des droits de l'homme, ils examinent: a) les rapports périodiques des États parties (contrôle administratif); et b) les communications individuelles présentées contre un État (contrôle quasi judiciaire). Par ailleurs, seuls le Comité contre la torture et le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes sont également habilités à enquêter en cas de violations systématiques des droits de l'homme<sup>96</sup>. Comme indiqué plus haut, depuis le 11 septembre 2001, les organes conventionnels, et plus particulièrement le Comité des droits de l'homme, le Comité contre la torture et le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale ont examiné un certain nombre de mesures antiterroristes adoptées par les États, et ils se sont interrogés, dans les observations finales<sup>97</sup> et les constatations sur des communications individuelles<sup>98</sup>, sur la compatibilité de ces mesures avec les obligations conventionnelles des États concernés. Ces organes de contrôle ont également diffusé des

déclarations et des communiqués importants sur la question des droits de l'homme et du terrorisme<sup>99</sup>.

79. Toutefois, comme l'a indiqué la Haut-Commissaire dans l'étude présentée à l'Assemblée générale (A/59/428), les organes de suivi des traités sont limités de plusieurs manières dans leur capacité d'examiner dans leur ensemble les mesures nationales de lutte contre le terrorisme. Premièrement, ils ne sont habilités à examiner que les pratiques des États qui sont parties au traité relatif aux droits de l'homme en question. Deuxièmement, le contrôle quasi judiciaire est limité aux seuls États parties qui ont également accepté la procédure de plainte pertinente. Ainsi, au 1<sup>er</sup> octobre 2004, 153 États sont parties au Pacte international relatif aux droits civils et politiques; 150 au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels; 138 à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants; 169 à la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale; 178 à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes; 192 à la Convention relative aux droits de l'enfant; et 26 à la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille<sup>100</sup>.

80. Sur les 191 États Membres de l'Organisation des Nations Unies et 3 États non membres, 41 ne sont pas soumis au contrôle du Comité des droits de l'homme, et 50 à celui du Comité contre la torture, car ces États ne sont pas parties aux traités correspondants. La capacité des organes conventionnels à suivre la mise en œuvre et le respect par les États des obligations qui leur incombent en vertu des traités en procédant à l'examen des rapports périodiques n'est donc pas universelle. En outre, le contrôle quasi judiciaire exercé par ces organes est encore moins complet. Deux traités ne comportent pas de procédures de plaintes<sup>101</sup>, et beaucoup moins d'États ont adhéré aux procédures de plaintes existantes qu'aux traités eux-mêmes<sup>102</sup>.

81. De surcroît, le contrôle exercé par ces organes, qu'il soit administratif ou quasi judiciaire, est limité aux droits énoncés dans chaque traité. Ainsi, les organes conventionnels ne peuvent contrôler que les pratiques des États en ce qui concerne certains droits<sup>103</sup> ou certaines catégories de personnes<sup>104</sup>. Par exemple, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui porte sur une large gamme de droits civils et politiques, ne couvre cependant pas tous les droits de l'homme (par exemple les droits économiques, sociaux et culturels) affectés par des mesures nationales antiterroristes. Par conséquent, le contrôle exercé par le Comité des droits de l'homme ne peut être considéré comme complet à cet égard.

82. Le contrôle administratif exercé par les organes de contrôle est également limité par plusieurs facteurs, tels que le caractère périodique du système d'examen des rapports, l'accumulation de travail et les retards dans la présentation des rapports par les États, et le calendrier de travail des organes conventionnels. Le fait que les rapports<sup>105</sup> soient présentés de façon périodique et que les États les présentent fréquemment en retard compromet gravement la possibilité d'un contrôle opportun et efficace. Le nombre moyen de rapports examinés chaque année par les organes conventionnels est relativement faible. Le Comité des droits de l'homme en examine en moyenne 15 par an, le Comité contre la torture 13, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale 20, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes 15, et le Comité des droits de l'enfant 25. Plus précisément, entre octobre 2001 et juillet 2004, le Comité des droits de l'homme a examiné les rapports de 33 États parties au Pacte<sup>106</sup> et exprimé des craintes dans ses observations finales au sujet des mesures antiterroristes présentées dans 16 rapports<sup>107</sup>. La Haut-Commissaire a récemment signalé à l'Assemblée

générale qu'au 27 août 2004, 93 rapports à présenter au Comité des droits de l'homme ne l'avaient pas été (55 étaient dus depuis au moins 5 ans, 23 depuis 10 ans ou plus (A/58/428, par. 40)). De même, 49 rapports n'avaient pas été présentés au Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, et plus de 100 au Comité contre la torture. Plusieurs États ont quatre ou cinq rapports de retard pour le même comité, de telle sorte que 10 années peuvent s'écouler sans qu'ils fassent l'objet du moindre contrôle par cet organe. Récemment, certains comités ont commencé à examiner les pratiques des États en l'absence de rapport<sup>108</sup>.

83. Pour l'essentiel, le contrôle quasi judiciaire exercé par ces organes conventionnels est aléatoire dans la mesure où il dépend de la réception de communications individuelles. L'examen de ces communications prend, en général, au moins trois ans, voire plus. En outre, seules quelques-unes des communications reçues depuis le 11 septembre 2001 semblaient concerner exclusivement les effets des mesures antiterroristes. Tant le contrôle administratif que l'examen quasi judiciaire exercés par ces organes sont donc, par définition, plus réactifs que préventifs.

84. Pour ces raisons, le système des organes conventionnels ne permet pas d'assurer un contrôle universel, complet et opportun des mesures nationales de lutte contre le terrorisme et de déterminer leur conformité aux normes internationales relatives aux droits de l'homme.

#### **B. Procédures spéciales de la Commission des droits de l'homme**

85. La Commission des droits de l'homme comporte actuellement 27 mandats thématiques et 14 mandats pour des pays. À l'instar des organes conventionnels, ces procédures spéciales ont examiné des questions liées à la protection des droits de l'homme dans la lutte contre le terrorisme (voir A/59/404, par. 16) et elles ont diffusé, ces trois dernières années, d'importantes déclarations conjointes sur ce sujet<sup>109</sup>. Elles aussi sont soumises à plusieurs limitations qui les empêchent d'exercer un contrôle efficace sur tous les droits de l'homme effectivement ou potentiellement affectés par les mesures nationales de lutte contre le terrorisme.

86. Le contrôle exercé dans le cadre de ces procédures spéciales, autres que les mandats pour des pays en particulier, se fonde sur une approche thématique qui est limitée par le caractère spécifique de chaque mandat. Par ailleurs, chaque mandat étant lié à des droits ou des pratiques particuliers ou à un groupe spécifique, le titulaire du mandat ne peut se prononcer que sur les aspects des mesures nationales de lutte contre le terrorisme qui relèvent de son mandat. Une autre limitation tient au fait que de nombreux droits fondamentaux de l'homme affectés par les mesures nationales de lutte contre le terrorisme ne font pas l'objet de procédures spéciales. C'est le cas, par exemple, de la liberté d'association, du droit de grève, du droit d'asile et du droit au respect de la vie privée. Si les titulaires d'un mandat thématique peuvent éventuellement exercer un contrôle plus complet lorsqu'ils se rendent en mission dans des pays, ils n'en effectuent en général que deux ou trois par an. Les titulaires d'un mandat pour un pays en particulier disposent peut-être de plus de latitude pour contrôler les effets des mesures antiterroristes sur l'exercice des droits fondamentaux; toutefois, très peu d'États font l'objet de cette procédure.

87. Les procédures spéciales constituent donc un mécanisme diffus et incomplet de contrôle des mesures nationales de lutte contre le terrorisme, puisque celles-ci touchent toutes les personnes et tous les droits de l'homme non examinés par les titulaires de mandat.

### **C. Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme**

88. La Sous-Commission ne comporte aucune procédure pour contrôler la compatibilité des mesures antiterroristes nationales avec le droit international relatif aux droits de l'homme. En outre, elle n'est pas compétente pour adopter des résolutions sur les situations existant dans des pays, ou pour faire référence à des États en particulier dans ses résolutions<sup>110</sup>. Il est donc évident que la Sous-Commission ne saurait être considérée comme un mécanisme adéquat pour contrôler les mesures nationales de lutte contre le terrorisme.

### **D. Haut-Commissariat aux droits de l'homme**

89. La résolution 2004/87 de la Commission, la résolution 58/187 de l'Assemblée générale et des résolutions antérieures ont prié la Haut-Commissaire aux droits de l'homme, dans le cadre des mécanismes en place, de participer activement à l'examen de la question de la protection des droits de l'homme dans la lutte antiterroriste, en particulier, en examinant la question, en formulant des recommandations générales et en apportant l'assistance et les conseils pertinents aux États, à leur demande. Le HCDH a fait plusieurs contributions importantes sur cette question depuis le 11 septembre 2001, notamment l'analyse contenue dans le rapport de la Haut-Commissaire à la cinquante-huitième session de la Commission des droits de l'homme intitulée «Droits de l'homme: Un cadre fédérateur» (E/CN.4/2002/18); deux notes d'orientation présentées au Comité sur le contre-terrorisme du Conseil de sécurité<sup>111</sup>; la publication du «Récapitulatif de la jurisprudence de l'Organisation des Nations Unies et des organisations régionales concernant la protection des droits de l'homme dans la lutte antiterroriste»<sup>112</sup>; et plusieurs déclarations importantes de la Haut-Commissaire (voir par. 14 ci-dessus). Le HCDH a également participé à plusieurs conférences sur la question<sup>113</sup>. En outre, il a commencé à fournir une assistance technique aux États, qui comprenait la participation à des ateliers sous-régionaux en Afrique de l'Est<sup>114</sup> et en Amérique centrale<sup>115</sup>, ainsi qu'une mission dirigée par le Comité sur le contre-terrorisme au Paraguay en novembre 2004. Le Haut-Commissariat aux droits de l'homme est actuellement engagé dans un dialogue constant avec le Comité sur les moyens d'améliorer la coopération. Il importe que les activités du Haut-Commissariat dans ce domaine se poursuivent et qu'elles soient renforcées.

## **V. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS**

**90. Comme indiqué précédemment, la communauté internationale doit faire face avec détermination et de façon globale à la grave menace posée par le terrorisme. Par ailleurs, l'expert indépendant estime que, pour ce faire, les États peuvent et doivent adopter des mesures antiterroristes efficaces qui respectent l'État de droit et les obligations juridiques internationales qui leur incombent. Toutefois, comme cela est précisé dans le présent rapport, une large gamme de droits de l'homme subissent de plus en plus de pressions ou sont violés par des États dans le cadre des mesures nationales et internationales de lutte contre le terrorisme. L'expert indépendant est donc convaincu que non seulement cette question concerne effectivement la communauté internationale, mais que des mesures supplémentaires devraient être prises pour renforcer la protection des droits de l'homme dans la lutte contre le terrorisme.**

91. Il importe de souligner que d'importantes mesures ont été adoptées dans le cadre du système des Nations Unies relatif aux droits de l'homme pour assurer la protection et la promotion des droits de l'homme dans la lutte antiterroriste. L'expert indépendant considère néanmoins que, compte tenu des lacunes qui existent dans les systèmes de contrôle mis en place dans le cadre des procédures spéciales et des organes conventionnels, et du besoin urgent de renforcer la protection des droits de l'homme dans la lutte antiterroriste, la Commission des droits de l'homme devrait envisager de créer une procédure spéciale, comportant un mandat multidimensionnel, pour contrôler les mesures antiterroristes adoptées par les États et leur compatibilité avec le droit international des droits de l'homme. Pour constituer un mécanisme de contrôle efficace, cette procédure spéciale devrait avoir les caractéristiques suivantes: son mandat devrait comprendre tous les droits de l'homme reconnus sur le plan international et s'étendre à tous les États; elle devrait être habilitée à fournir une assistance technique aux gouvernements pour l'élaboration de mesures antiterroristes; elle devrait être habilitée à recevoir des informations crédibles de sources gouvernementales, intergouvernementales et non gouvernementales, et à instaurer un dialogue avec les gouvernements; elle devrait rendre compte directement à la Commission des droits de l'homme; elle devrait être opérationnelle et habilitée à effectuer plusieurs visites *in situ* par an; elle devrait être autorisée et encouragée à procéder à des consultations et à échanger des informations avec le Comité sur le contre-terrorisme du Conseil de sécurité; elle devrait échanger des informations et coopérer avec le Haut-Commissariat et d'autres titulaires de mandat et organes conventionnels pertinents; elle devrait engager des consultations avec les organismes régionaux et sous-régionaux intergouvernementaux et les organismes relatifs aux droits de l'homme. En outre, le titulaire du mandat devrait avoir des compétences éprouvées dans le domaine des droits de l'homme, et une solide connaissance du droit international humanitaire, du droit pénal et du droit relatif aux réfugiés.

92. Il devrait être entendu que cette procédure spéciale n'a pas vocation à supplanter les autres procédures spéciales et organes conventionnels, mais à compléter leurs travaux; ces procédures et organes continueraient à traiter des questions touchant la protection des droits de l'homme dans la lutte contre le terrorisme qui relèvent de leurs mandats respectifs. Ainsi conçu, ce nouveau mécanisme pourrait contribuer activement à garantir que les mesures prises par un État pour lutter contre le terrorisme sont conformes à ses obligations en vertu du droit international, en particulier le droit international des droits de l'homme, le droit international humanitaire et le droit relatif aux réfugiés, comme prévu par l'Assemblée générale<sup>116</sup>, le Conseil de sécurité<sup>117</sup> et la Commission des droits de l'homme<sup>118</sup>.

Notes

---

<sup>1</sup> The writer acknowledges with thanks the assistance of Brian D. Tittlemore, Esq. and James L. Anderson, Elizabeth M. Matthew and Claire N. Rejan, his Deans Fellows and JD candidates at the Washington College of Law, American University, Washington, DC, in the preparation of this report.

<sup>2</sup> Resolution 1373 (2001) contained only a brief reference to human rights, in paragraph 3 (f) on refugee determinations.

<sup>3</sup> The Berlin Declaration on Upholding Human Rights and the Rule of Law in Combating Terrorism, adopted 28 August 2004 at the Biennial Conference of the International Commission of Jurists, “Human Rights and Counter-Terrorism: Challenges and Responses”, Berlin, 27-29 August 2004, available at <http://www.icj.org>.

<sup>4</sup> See article 15 (1) of the Inter-American Convention Against Terrorism, AG/Res. 1840 (XXXII-0/02), adopted on 3 June 2002, stating “The measures carried out by the States parties under this Convention shall take place with full respect for the rule of law, human rights, and fundamental freedoms”.

<sup>5</sup> See Guidelines on human rights and the fight against terrorism, adopted on 11 July 2002 by the Committee of Ministers of the Council of Europe, guideline II, “Prohibition of arbitrariness”, stating “[a]ll measures taken by States to fight terrorism must respect human rights and the principle of the rule of law, while excluding any form of arbitrariness, as well as any discriminatory or racist treatment, and must be subject to appropriate supervision”, available at [http://www.coe.int/T/E/Human-rights/h-inf\(2002\)8eng.pdf](http://www.coe.int/T/E/Human-rights/h-inf(2002)8eng.pdf). See also Council Framework Decision of 13 June 2002, on combating terrorism of the Council of the European Union, adopted stating that “[t]his Framework Decision respects fundamental rights as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and as they emerge from the constitutional traditions common to the Member States as principles of Community law ...” preamble, paragraph 10, in *Official Journal* No. L 164, 22/06/2002, p. 0003-0007.

<sup>6</sup> The African Charter on Human and Peoples’ Rights, concluded at Banjul, 26 June 1981, entered into force 21 October 1986 (hereinafter the African Charter); the American Convention on Human Rights, concluded at San José, 22 November 1969, entered into force, 18 July 1978 (hereinafter the American Convention); the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, concluded at Rome, 4 November 1950, entered into force 3 September 1953 (hereinafter the European Convention); and the International Covenant on Civil and Political Rights, concluded at New York, 16 December 1966, entered into force 23 March 1976 (hereinafter the Covenant or ICCPR) all provide for restrictions or limitations on certain rights. In accordance with decisions of the Human Rights Committee and some of the regional human rights bodies established under these conventions, such restrictions or limitations must, inter alia, be prescribed by law; be necessary in a democratic society; not impair the essence of the right; conform to the principle proportionality; be appropriate to achieve their protective function; respect the principle of non-discrimination; and not be arbitrarily applied. See Human Rights Committee, general comment No. 29, States of emergency (art. 4), European Court of Human Rights (hereinafter ECHR), *Handyside v. United*

---

*Kingdom*, application No. 5493/72, judgement of 7 December 1976, Ser. A No. 24; ECHR, *The Sunday Times v. United Kingdom*, application No. 6538/74, judgement of 26 April 1979, Ser. A No. 30; Inter-American Commission on Human Rights (hereinafter IACHR.), Case 10.506, *X and Y* (Argentina), report No. 38/96, 15 October 1996, in *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights* (hereafter *IACHR Annual Report*) 1996, OEA/Ser.L/V/II.95, doc. 7 rev.

<sup>7</sup> Derogation clauses are set forth in article 27 of the American Convention, article 15 of the European Convention and article 4 of ICCPR. In contrast, the African Charter does not contain a derogation clause. For jurisprudence on derogation, see, e.g., CCPR/CO/76/EGY (2002); Human Rights Committee, *Landinelli Silva v. Uruguay*, communication No. 34/1978, Views adopted on 8 April 1981; general comment No. 29; ECHR, *Handyside v. United Kingdom*, op. cit., *Ireland v. United Kingdom*, application No. 5310/71, judgement of 18 January 1978, Ser. B No. 25; Inter-American Court of Human Rights (hereinafter IACHR), Advisory Opinion OC-8/87, *Habeas Corpus in Emergency Situations*, 30 January 1987; IACHR, case 10.506, op. cit.; IACHR, case 11.182, *Carlos Moleró Coca et al.* (Peru), report No. 49/00, 13 April 2000, in *IACHR Annual Report 1999*, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 6 rev.

<sup>8</sup> General comment No. 29; ECHR, *Ireland v. United Kingdom*, *ibid.*, *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, application No. 13427/87, judgement of 9 December 1994, Ser. A No. 301-B; IACHR, case 10.506, *ibid.*, case 11.182, *ibid.*

<sup>9</sup> General comment No. 29, *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, *ibid.*; IACHR, case 11.182, *ibid.*

<sup>10</sup> In 1976, the Sub-Commission decided to study the situation of persons detained during emergency situations (resolution 3A (XXXIX) of 31 August 1976). In 1977 the Sub-Commission, convinced of the link between states of emergency and the protection of human rights, entrusted Nicole Questiaux with a study of the subject (resolution 10 (XXX) of 31 August 1977). Mrs. Questiaux submitted her final report on the implications for human rights of recent developments concerning states of siege or states of emergency (E/CN.4/Sub.2/1982) in 1982. In resolution 1985/37, the Economic and Social Council authorized the Sub-Commission to appoint a special rapporteur with a mandate, *inter alia*, to compile and annually update a list of countries which proclaim or terminate a state of emergency; to study the impact of emergency measures on human rights; and to recommend measures for guaranteeing respect for human rights during states of siege or emergency. The Special Rapporteur has submitted 10 reports, the last one in 1997 (E/CN.4/Sub.2/1997/19 and Add.1). In 1997, the Sub-Commission asked Ms. Kalliopi Koufa to prepare a working paper on the question of human rights and terrorism. Ms. Koufa, who was appointed Special Rapporteur by the Commission in 1998, submitted a final report in 2004 (E/CN.4/Sub.2/2004/40).

<sup>11</sup> See Final Report on Monitoring States of Emergency: Guidelines for Bodies Monitoring Respect for Human Rights During States of Emergency to the Sixty-Fourth Conference of the International Law Association in Queensland, 1990; see also the Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in A State of Emergency, reprinted in *American Journal of International Law*, vol. 79 (1985), p. 1072.



---

<sup>12</sup> See S.R. Chowdhury, *Rule of Law in a State of Emergency: The Paris Minimum Standards in a State of Emergency* (London: Pinter Publishers, 1989); J. Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1994).

<sup>13</sup> See *States of Emergency: Their Impact on Human Rights* (Geneva: International Commission of Jurists, 1992).

<sup>14</sup> Article 2 common to the four Geneva Conventions of 12 August 1949 (hereinafter Geneva Conventions) applies to all cases of declared war or any other armed conflict arising between two or more Contracting Parties, as well as to all cases of occupation, whether partial or total, of the territory of a Contracting Party, even if that occupation meets with no armed resistance. The Commentary on the Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War of the International Committee of the Red Cross (Geneva: ICRC, 1960), broadly defines armed conflict as any difference arising between two States leading to the intervention of armed forces. Common article 3 refers to, but does not define, “an armed conflict of a non-international character”. However, article 1 (2) of the Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II) excludes situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence and other acts of a similar nature as not being armed conflicts. The Appeals Chamber of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law in the Territory of the Former Yugoslavia (hereinafter ICTY) since 1991 found that “... an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State”. See *Prosecutor v. Dusko Tadic*, case No. IT-94-1, ICTY Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para. 70.

<sup>15</sup> This customary law principle appears in various military manuals. See the United States Air Force pamphlet stating that it is “unacceptable” to make the legal protection of victims of armed conflict “contingent on the causes of the conflict”, United States Department of the Air Force, *International Law - The Conduct of Armed Conflict and Air Operations*, AFP 110-31 (1976), pp. 1-5. It also is set forth in the Preamble to Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I).

<sup>16</sup> International humanitarian law, for example, prohibits in all armed conflicts and regards as acts of terrorism attacks intentionally directed against the civilian population and individual civilians who do not or no longer directly or actively participate in the hostilities. See article 33 of the Fourth Geneva Convention, and article 51, paragraph 2, of Protocol I and article 4, paragraph 2 (d), of Protocol II. The prohibition of terror in warfare is discussed in H.P. Gasser, “Acts of Terror, ‘terrorism’ and international humanitarian law”, *International Review of the Red Cross*, 2002, No. 847, p. 547.

<sup>17</sup> Article 5 states in pertinent part: “Should any doubt arise as to whether persons, having committed a belligerent act and having fallen into the hands of the enemy, belong to any of the categories enumerated in article 4 [persons entitled to POW status], such persons shall enjoy the

---

protection of the present Convention until such time as their status has been determined by a competent tribunal.”

<sup>18</sup> Although neither the Geneva Conventions nor their Additional Protocols use the terms “privileged” and “unprivileged” combatant, the concept and legal implications of such combatancy are deeply rooted in the customary law of armed conflict and were recognized and applied by various war crimes tribunals convened after the Second World War. See *United States v. List* (The Hostage Case), reported in *Trials of War Criminals Before The Nuremberg Military Tribunal* (1950), pp. 1228 and 1238. A privileged combatant is, in principle, a person authorized by a party to an international armed conflict to directly engage in hostilities and, as such, must be accorded POW status upon capture and immunity from prosecution for his hostile acts that do not violate the laws and customs of war. In contrast, an unprivileged combatant, sometimes called an “illegal” or “unlawful” combatant, refers to a person who without official sanction nevertheless directly participates in hostilities. Such combatants include, inter alia, civilians, as well as non-combatant members of armed forces, who, in violation of their protected status, directly engage in hostilities. The term has also been used to describe irregular combatants, such as guerrillas, partisans and members of resistance movements, who either fail to distinguish themselves from the civilian population at all times while on active duty, or otherwise do not fulfil the requirements for privileged combatant status. Unlike privileged combatants, unprivileged combatants upon capture can be tried and punished under the criminal law of the detaining power for their unprivileged belligerency, even if their hostile acts complied with the laws of war. (The Government of the United States since 11 September 2001 has frequently used the term “enemy combatant” when referring to an unprivileged combatant.) See generally R. Baxter, “So-Called ‘Unprivileged Belligerency’: Spies, Guerrillas and Saboteurs”, *British Year Book of International Law* (1951), p. 328; K. Dormann, “The legal situation of ‘unlawful/unprivileged combatants’”, *International Review of the Red Cross*, 2003, No. 849 (March 2003); R. Goldman and B. Tittlemore, *Unprivileged Combatants and the Hostilities in Afghanistan: Their Status and Rights Under International Humanitarian and Human Rights Law*, available at <http://asil.org/taskforce/goldman.pdf>.

<sup>19</sup> See Fact Sheet, White House Press Office, 7 February 2002, available at <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/02/2002027>; Press Conference, United States Department of Defense, Secretary Rumsfeld and General Meyers, 8 February 2002, available at [http://www.defenselink.mil/news/Feb.2002/t02082002\\_t02085dhtml](http://www.defenselink.mil/news/Feb.2002/t02082002_t02085dhtml).

<sup>20</sup> See, e.g., International Committee of the Red Cross, Communication to the Press No. 02/11 (8 February 2002) stating, in part, “... International Humanitarian Law foresees that the members of armed forces as well as militias associated with them which are captured by the adversary in an international armed conflict are protected by the Third Geneva Convention. There are divergent views between the United States and the ICRC on the procedures which apply on how to determine that the persons detained are not entitled to prisoner of war status”.

<sup>21</sup> See article 4 of the Fourth Geneva Convention, which exempts from protection the following persons: own nationals of parties to the conflict; nationals of a State not bound by the Conventions; nationals of a neutral State; and nationals of a co-belligerent State with normal diplomatic relations with the Occupying Power.

---

<sup>22</sup> Statement of ICRC President Jacob Kellenberg to the Commission on Human Rights, March 2002, available at <http://www.icrc.org>.

<sup>23</sup> On the customary law status of provisions of article 75 of Protocol I, see C. Greenwood, “Customary Law Status of the 1977 Additional Protocols” in *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead*, Delissen and Tanja (eds.), 1991, p. 103; Remarks of M. Matheson at The Sixth Annual American Red Cross-Washington College of Law Conference on International Humanitarian Law: A Workshop on Customary International Law and the 1977 Protocols Additional to 1949 Geneva Conventions, *American University Journal of International Law and Policy*, vol. 2 (1987), p. 415.

<sup>24</sup> The International Court of Justice has stated: “There is no doubt that, in the event of international armed conflicts ... [the rules articulated in common article 3] ... constitute a minimum yardstick ... and they are rules which, in the Court’s opinion, reflect what the court in 1949 called ‘elemental considerations of humanity’.” *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States)*, *Judgement on the Merits*, I.C.J. Reports, 1986, p. 14, at para. 114.

<sup>25</sup> Such unprivileged combatants must be afforded the customary law guarantees enshrined in common article 3, as supplemented by the provisions of article 6 of Additional Protocol II.

<sup>26</sup> The International Bar Association’s Task Force on International Terrorism has stated in this regard: “International humanitarian law remains as applicable and relevant today as it was prior to September 11. Suggestions that international humanitarian law is no longer relevant to situations involving terrorists, together with failure to abide by its principles, only serves to undermine the binding force of international humanitarian law.” *International Terrorism: Legal Challenges and Responses*. A Report by the International Bar Association’s Task Force on International Terrorism (Washington, D.C., 2003), p. 93 (hereinafter IBA, Report on International Terrorism).

<sup>27</sup> *Prosecutor v. Arto Furundizija*, case No. IT/95-17/I-T, Trial Chamber, judgement of 10 December 1998, para. 183.

<sup>28</sup> *Lopez Burgos v. Uruguay*, communication No. 52/79, para. 12.3; and *Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguay*, communication No. 56/79, both Views adopted on 29 July 1981.

<sup>29</sup> See concluding observations on the second periodic report of Israel (CCPR/CO/78/ISR), 21 August 2003, para. 11; concluding observations on the fifth periodic report of Germany (CCPR/CO/80/GER), 30 April 2003, para. 11.

<sup>30</sup> See, e.g., case No. 9903, *Rafael Ferrer-Mazorra et al. (United States)*, report No. 51/01, 4 April 2001, para. 178, in *IACHR Annual Report 2000*, OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 20 rev.; *Saldano* case (Argentina), report No. 38/99, 11 March 1999, paras. 15-20, in *IACHR Annual Report 1998*, OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 6 rev.; case No. 10.951, *Coard et al. (United States)*, report No. 109/99, 29 September 1999, paras. 37-41, in *IACHR Annual Report 1999*, op. cit. at note 7. See similarly ECHR, *Cyprus v. Turkey*, application No. 25781/94, judgement of 26 April 1979, Series A No. 30; *Loizidou v. Turkey* (preliminary objections), judgement of 23 March 1995, Series A No. 310, paras. 59-64; *Issa and others v. Turkey* (admissibility

---

decision), application No. 31821/96, 30 May 2000; but see ECHR, *Bankovic and others v. Belgium and others* (admissibility decision), application No. 52207/99, 12 December 2001, *ECHR 2001-XII*.

<sup>31</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at p. 240.

<sup>32</sup> *Ibid.*, at para. 25.

<sup>33</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territories, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004* (hereinafter ICJ, 9 July 2004 Advisory Opinion).

<sup>34</sup> *Ibid.*, para. 106.

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> One authority notes in this regard: “In these cases, the Covenant cannot provide protection that goes beyond that guaranteed by IHL. In other words, IHL does not supersede human rights law but makes sure that content wise the two bodies of law guarantee the same. This approach enables treaty bodies to look at violations of IHL from a human rights perspective while ensuring, at the same time, that IHL guarantees are not, as a result, broadened by the application of human rights law.” From a paper presented by Walter Kälin entitled “The Covenant on Civil and Political Rights and its Relationship with International Humanitarian Law”, to be published in Proceedings of the Expert Meeting on the Supervision of the Lawfulness of Detention During Armed Conflict, organized by the University Centre for International Humanitarian Law, the Graduate Institute of International Studies, Geneva, 24-25 July 2004.

<sup>37</sup> ICJ, 9 July 2004 Advisory Opinion, *op. cit.* at note 33, para. 111.

<sup>38</sup> Although the Inter-American Court found in the *Las Palmeras* case that neither it nor the Commission is competent to find violations of the Geneva Conventions, the Court indicated that provisions of the Geneva Conventions may be taken into consideration as elements for interpreting the American Convention. *Las Palmeras v. Colombia*, preliminary objections, judgement of 4 February 2000, Series C No. 67, paras. 32-34. The Court confirmed this view in the case of *Bamaca-Velasquez v. Guatemala*, judgement of 25 November 2000, Series C No. 70, paras. 208 and 209. For a discussion of the Inter-American Commission’s views on the relationship between human rights and humanitarian law, see case No. 11.137, *Abella* (Argentina), report No. 5/97, paras. 37-42, in *IACHR Annual Report 1997*, OEA/Ser.L/V/II.98, Doc. 6 rev.; IACHR, *Report on Terrorism and Human Rights*, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., 22 October 2002 (hereinafter IACHR, *Report on Terrorism and Human Rights*); IACHR, *Third Report on The Situation of Human Rights in Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev. 1, 26 February 1999.

<sup>39</sup> See the African Charter, art. 7; the American Convention, art. 9; European Convention, art. 7.

<sup>40</sup> See concluding observations of the Committee: Estonia (CCPR/CO/77/EST), para. 8; Egypt (CCPR/CO/76/EGY), para. 16; the Philippines (CCPR/CO/79/PHL), para. 9; Yemen (CCPR/CO/75/YEM), para. 18; Belgium (CCPR/CO/81/BEL); Uganda (CCPR/CO/80/UGA); New Zealand (CCPR/CO/75/NZL).

---

<sup>41</sup> See ICCPR, art. 9; American Convention, art. 7; European Convention, art. 5; African Charter, art. 6. These provisions, which protect all persons from unlawful or arbitrary interference with their liberty by the State, apply in the context of criminal proceedings as well as other areas in which the State may affect the liberty of persons, such as preventative detention for reasons of public security or detention in relation to immigration status or physical or mental health. See Human Rights Committee, general comment No. 8 (16), article 9 (1982), paras. 1, 4; *A. v. Australia*, communication No. 560/1993 (CCPR/C/59/D/560/1993), 30 April 1997, para. 9.4. See similarly IACHR, *Report on the Situation of Human Rights of Asylum Seekers within the Canadian Refugee Determination System*, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 40 rev., 28 February 2000, paras. 134-142; ECHR, *Winterwerp v. The Netherlands*, application No. 6301/73, judgement of 24 October 1979, Series A No. 33; *Amuur v. France*, application No. 19776/92, judgement of 25 June 1996, para. 53, *Reports 1996-III*.

<sup>42</sup> General comment No. 8. See similarly IACtHR, *Suárez Rosero* case, judgement of 12 November 1997, Series C No. 35, para. 43.

<sup>43</sup> See Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, principle 17.

<sup>44</sup> General comment No. 8, para. 2. See similarly case 11.205, *Jorge Luis Bronstein and others* (Argentina), report No. 2/97, 11 March 1997, para. 11, in *IACHR Annual Report 1997*, op. cit. at note 38; ECHR, *Brogan v. United Kingdom*, application No. 11209/84, judgement of 29 November 1988, Series A No. 145-B, p. 33, para. 62. See also Opinion of the Lords of Appeal For Judgement in the Cause A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) in which nine law lords on 16 December 2004 voted 8 to 1 against parts of the United Kingdom's 2001 Anti-Terrorism, Crime and Security Act under which appellants, all foreign terrorist suspects, had been detained indefinitely without charge or trial since they could not be safely removed to another country; available at <http://www.publications.parliament.uk/pa/1d200405/1djudgmt/jd041216/a&others.pdf>.

<sup>45</sup> General comment No. 29, para. 16.

<sup>46</sup> See IACtHR, Advisory Opinion OC-9/87, *Judicial Guarantees in States of Emergency* (articles 27 (2), 25 and 8 of the American Convention on Human Rights), 6 October 1987, Series A No. 9, para. 31.

<sup>47</sup> See, e.g., IACHR, *Report on Terrorism and Human Rights*, op. cit. at note 42, para. 127; ECHR, *Aksoy v. Turkey*, application No. 21987/93, judgement of 18 December 1996, para. 78, *Reports 1996-VI*. See also Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency (International Law Association, 1984); the Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, *Human Rights Quarterly*, vol. 7, No. 1 (1985), para. 70, cited in general comment No. 29, para. 10, note 6.

<sup>48</sup> See, e.g., Third Geneva Convention, arts. 8, 9, 21.

<sup>49</sup> Third Geneva Convention, arts. 21, 118 and 119. Article 119, fifth paragraph, of the Third Geneva Convention provides in this regard that “[p]risoners of war against whom criminal proceedings for an indictable offence are pending may be detained until the end of such

---

proceedings, and, if necessary, until the completion of the punishment. The same shall apply to prisoners of war already convicted of an indictable offence”.

<sup>50</sup> ICTY, Appeals Chamber, Judgement, *Prosecutor v. Zejnil Delalic and Others*, case No. IT-96-21-A, para. 322. The Appeals Chamber also stated that under article 43 the court or board must have the “necessary power to decide finally on the release of prisoners whose detention could not be considered as justified for any serious reason” (para. 328). The Court also indicated that it “is upon the detaining power to establish that the particular civilian does pose such a risk to its security that he must be detained, and the obligation lies on it to release the civilian if there is inadequate foundation for such a view” (para. 329).

<sup>51</sup> Providing that “[w]here in occupied territory an individual protected person is detained as a spy or saboteur, or as a person under definite suspicion of activity hostile to the security of the Occupying Power, such person shall, in those cases where absolute military security so requires, be regarded as having forfeited rights of communication under the present Convention”.

<sup>52</sup> Article 45 (3) provides: “Any person who has taken part in hostilities, who is not entitled to prisoner-of-war status and who does not benefit from more favourable treatment in accordance with the Fourth Convention shall have the right at all times to the protection of article 75 of this Protocol. In occupied territory, any such person, unless he is held as a spy, shall also be entitled, notwithstanding article 5 of the Fourth Convention, to his rights of communication under that Convention”.

<sup>53</sup> Article 75 (3), (5), (6) states: “3. Any person arrested, detained or interned for actions related to the armed conflict shall be informed promptly, in a language he understands, of the reasons why these measures have been taken. Except in cases of arrest or detention for penal offences, such persons shall be released with the minimum delay possible and in any event as soon as the circumstances justifying the arrest, detention or internment have ceased to exist . . . . 5. Women whose liberty has been restricted for reasons related to the armed conflict shall be held in quarters separated from men's quarters. They shall be under the immediate supervision of women. Nevertheless, in cases where families are detained or interned, they shall, whenever possible, be held in the same place and accommodated as family units. 6. Persons who are arrested, detained or interned for reasons related to the armed conflict shall enjoy the protection provided by this article until their final release, repatriation or re-establishment, even after the end of the armed conflict”.

<sup>54</sup> In this connection, the Inter-American Commission on Human Rights has suggested that in circumstances in which the supervisory regulations and procedures under international humanitarian law prove inadequate to properly safeguard the fundamental rights of detainees in international armed conflicts, for example where the continued existence of active hostilities becomes uncertain, or where a belligerent occupation continues over a prolonged period of time, the full supervisory mechanisms under international human rights law and domestic law may necessarily supersede international humanitarian law. See *IACHR, Report on Terrorism and Human Rights*, op. cit. at note 42, para. 146. In a similar vein, the United States Supreme Court recently held that the United States courts have jurisdiction to consider challenges through habeas corpus proceedings to the legality of the detention of foreign nationals captured abroad in connections with hostilities. U.S.S.C., *Rasul v. Bush*, No. 03-334, Opinion dated 28 June 2004.

---

<sup>55</sup> General comment No. 29, para. 13 (b).

<sup>56</sup> See, e.g., Fourth Geneva Convention, art. 11; Additional Protocol I, art. 81.

<sup>57</sup> See Fourth Geneva Convention, art. 49.

<sup>58</sup> *Ibid.*, art. 147.

<sup>59</sup> General comment No. 29, para. 10. See similarly, IACHR, *Report on Terrorism and Human Rights*, *op. cit.* at note 42, para. 45.

<sup>60</sup> See, e.g., United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice; United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty.

<sup>61</sup> See, e.g., Additional Protocol I, art. 77; Additional Protocol II, art. 4 (3).

<sup>62</sup> General comment No. 29, para. 10, note 5. See also Convention on the Rights of the Child, art. 38.

<sup>63</sup> American Convention, arts. 8, 9; European Convention, arts. 6, 7; article 40 of the Convention on the Rights of the Child prescribes similar protections relating specifically to proceedings involving children.

<sup>64</sup> Human Rights Committee, general comment No. 13 (21), article 14 (1984).

<sup>65</sup> See, e.g., Third Geneva Convention, articles 82-108, governing disciplinary and penal sanctions against prisoners of war, and article 130, prescribing the wilful deprivation of the rights of a fair and regular trial to be a grave breach of the Convention; Fourth Geneva Convention, articles 64-75, governing penal prosecution of civilians in occupied territory, articles 117-126, regulating disciplinary and penal sanctions against interned civilians, article 147, prescribing the wilful deprivation of the rights to a fair and regular trial to be a grave breach of the Convention; Additional Protocol I, article 75 (4); Additional Protocol II, article 6.

<sup>66</sup> See, e.g., International Committee of the Red Cross, *Commentary on the Additional Protocols of 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (Geneva: ICRC, 1987) (hereinafter ICRC, *Commentary on the Additional Protocols*), p. 879, indicating that most of the guarantees listed in subparagraphs 75 (4) (a)-(j) are contained in ICCPR, the European Convention and the American Convention on Human Rights.

<sup>67</sup> *Ibid.* See similarly IACHR, *Report on Terrorism and Human Rights*, paras. 245-247.

<sup>68</sup> See, e.g., *Moriana Hernandez Valentini de Bazzano v. Uruguay*, communication No. 5/1977, Views of the Human Rights Committee adopted 15 August 1979, Selected Decisions Under the Optional Protocol (CCPR/C/OP/1), pp. 40-43. See similarly: IACHR, *Report on the Situation of Human Rights in the Republic of Guatemala*, OEA/Ser.L/V/II.61, doc 47, p. 96 (1983); IACHR, *Second Report on the Situation of Human Rights in Peru*, OEA/Ser.L/V/II.106, doc. 59 (2000); IACtHR, *Castillo Petruzzi et al. case*, *Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights 1999*, OEA/Ser.L/V/III.47, pp. 211-300; IACHR, *Second Report on the Situation of Human Rights in Chile*, OEA/Ser.L/V/II.37, doc. 19 (1976); IACHR, *Report on the Situation of*

---

*Human Rights in Uruguay*, OEA/Ser.L/V/II.43, doc. 19 (1978); IACHR, *Third Report on the Situation of Human Rights in Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1 (1999).

<sup>69</sup> Military courts are frequently presided over by active duty military officers who remain subordinate to their superiors in keeping with the military hierarchy, and where the manner in which they fulfil their assigned task might well play a role in their future promotions, assignments and professional rewards. These and other considerations have led international human rights supervisory bodies to declare that military courts fail to satisfy the conditions of independence and impartiality necessary to try civilians for terrorism-related or other crimes.

<sup>70</sup> See, e.g., ICCPR, art. 14 (3) (g); American Convention, art. 8 (2) (g), (3).

<sup>71</sup> See, e.g., Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, art. 15.

<sup>72</sup> See, e.g., ECHR, *Khan v. United Kingdom*, application No. 35394/97, judgement of 12 May 2000, *ECHR 2000-V*, para. 34.

<sup>73</sup> ICRC, *Commentary on the Additional Protocols*, pp. 879-880, para. 3092.

<sup>74</sup> See ICCPR, art. 5 (2); general comment No. 29, para. 16. See similarly American Convention, art. 29 (b); IACHR, *Report on Terrorism and Human Rights*, para. 259.

<sup>75</sup> General comment No. 29, paras. 11, 15, 16. See similarly IACHR, *ibid.*, paras. 245-247.

<sup>76</sup> Stating: “No Contracting State shall expel or return (‘refouler’) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.” However, subsection 2 of that same article provides that this benefit cannot be “claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by final judgement of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country”.

<sup>77</sup> *Tapia Paez v. Sweden*, communication No. 39/1996, Views adopted on 28 April 1997, para. 6; see *Arkauz v. France*, communication No. 63/1997, para. 11.5, Views adopted on 9 November 1999.

<sup>78</sup> See ECHR, *Chahal v. The United Kingdom*, application No. 22414/93, judgement of 15 November 1996, *Reports 1996-V*, para. 80; ECHR, *Soering v. The United Kingdom*, application No. 24038/88, judgement of 7 July 1989, Series A No. 161, paras. 88, 113; IACHR, *Report on Terrorism and Human Rights* op. cit. at note 42, paras. 384-397; *Second Progress Report of the Special Rapporteurship on Migrant Workers and their Families in the Hemisphere*, OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 20 rev, 16 April 2001.

<sup>79</sup> The Committee also stated that two visits by the sending State’s embassy in three months, the first only some five weeks after the return of the person and under the supervision of the detaining authorities, indicated an “absence of sufficiently serious efforts to monitor the implementation” of the guarantees received.



---

<sup>80</sup> Paragraphs 35-37. The most apparent example of a prevailing political condition precluding assurances is where a receiving State is known for its systematic practice of torture or ill-treatment. It is, however, important to note that torture need not be State policy to be considered systematic. Torture “may be the consequence of factors which the Government has difficulty in controlling, and its existence may indicate a discrepancy between the policy as determined by the central Government and its implementation by the local administration” (para. 36). In either scenario, where a systematic practice of torture is found, assurances should not be utilized.

<sup>81</sup> The Special Rapporteur on the question of torture indicated that various personal circumstances can effect the appropriateness of reliance on an assurance. These include: whether a person has been tortured or maltreated at the insistence or with the acquiescence of a public official in the receiving nation in the past; whether the person has engaged in political or other activity that would make him particularly vulnerable to the risk of torture following return; or whether the person belongs to an identifiable group based on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender, or sexual orientation and because of it is at risk of discrimination that would amount to torture or other ill-treatment. *Ibid.*, paras. 38 and 39.

<sup>82</sup> Paragraph 1 (b) of Security Council resolution 1373 (2001) required all States to “criminalize the wilful provision or collection, by any means, directly or indirectly, of funds by their nationals or in their territories with the intention that the funds should be used, or in the knowledge that they are to be used, in order to carry out terrorist acts”. Paragraph 1 (c) further required States to “freeze without delay funds and other financial assets or economic resources of persons who commit, or attempt to commit, terrorist acts or participate in or facilitate the commission of terrorist acts; of entities owned or controlled directly or indirectly by such persons; and of persons and entities acting on behalf of, or at the direction of such persons or entities, including funds derived or generated from property owned or controlled directly or indirectly by such persons and associated persons and entities”.

<sup>83</sup> IBA, Report on International Terrorism, *op. cit.* at note 26, p. 126.

<sup>84</sup> The Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe, *op. cit.* at note 5, states in this regard: “The use of the property of persons or organizations suspected of terrorist activities may be suspended or limited, notably by such measures as freezing orders or seizures, by the relevant authorities. The owners of the property have the possibility to challenge the lawfulness of such a decision before a court” (guideline XIV, Right to property). See also *A More Secure World: Our Shared Responsibility*, report of the High-Level Panel on Threats, Challenges and Change (New York: United Nations, 2004), para. 152: “The Al-Qaida and Taliban Sanctions Committee should institute a process for reviewing the cases of individuals and institutions claiming to have been wrongly placed or retained on its watch lists.”

<sup>85</sup> Paragraph 3 (a) of Council resolution 1373 (2001), called upon all States to “find ways of intensifying and accelerating the exchange of operational information, especially regarding actions or movements of terrorist persons or networks”.

<sup>86</sup> ECHR, *Klass and others v. Germany*, application No. 5029/71, judgement of 6 September 1978, Series A No. 28.

<sup>87</sup> Ibid., para. 48.

<sup>88</sup> Ibid., para. 49.

<sup>89</sup> *Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Official Records of the General Assembly, Fifty-seventh Session, Supplement No. 18 (A/57/18)*, chap. XI, sect. C, Statement on racial discrimination and measures to combat terrorism.

<sup>90</sup> IACHR, *Report on Terrorism and Human Rights*, op. cit. at note 42, para. 351

<sup>91</sup> See *Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination*, op. cit. at note 89.

<sup>92</sup> See, e.g., *ibid.*, chap. III, paras. 223 and 338

<sup>93</sup> IACHR, *Report on Terrorism and Human Rights*, op. cit. at note 42, para. 353.

<sup>94</sup> IBA, *Report on International Terrorism*, op. cit. at note 26, pp. 64-65.

<sup>95</sup> That report indicates by example that “it might be reasonable for reasons of national security to instigate immigration screening to all male citizens from country X arriving in country Y. By contrast, it may not be reasonable to question, arrest and detain all men from country X residing in, or visiting, country Y”. *Ibid.*, p. 65.

<sup>96</sup> Article 20 of the Torture Convention and article 8 of the Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. In addition, CERD decided at its forty-fifth session, as part of its efforts to prevent racial discrimination, that it may decide to take early warning measures aimed at preventing existing problems from escalating into conflicts, or it may decide to initiate urgent action procedures aimed at responding to problems requiring immediate attention to prevent or limit the scale or number of serious violations of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. See *Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Official Records of the General Assembly, Forty-ninth Session, Supplement No. 18 (A/49/18)*, para. 19.

<sup>97</sup> See, e.g. Human Rights Committee (CCPR/CO/81/BEL, Belgium; CCPR/CO/80/UGA, Uganda; CCPR/CO/80/DEU, Germany; CCPR/CO/80/LTU, Lithuania; CCPR/CO/80/COL, Colombia; CCPR/CO/76/EGY, Egypt; CCPR/CO/75/NZL, New Zealand; CCPR/CO/75/MDA, Republic of Moldova; CCPR/CO/73/UK, CCPR/CO/73/UKOT, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland; CCPR/CO/74/SWE, Sweden; CCPR/CO/78/ISR, Israel; CCPR/CO/78/PRT, Portugal; CCPR/CO/79/LKA, Sri Lanka; CCPR/CO/79/PHL, Philippines; CCPR/CO/79/RUS, Russian Federation, and CCPR/CO/75/YEM, Yemen); Committee against Torture (CAT/C/CR/28/6, Sweden; CAT/C/CR/28/4, Russian Federation; CAT/C/CR/32/4, New Zealand; CAT/C/CR/31/1, Colombia; CAT/C/CR/31/2, Morocco; and CAT/C/CR/31/4, Yemen); Committee on the Elimination of Racial Discrimination (A/57/18, paras. 412-434, New Zealand; *ibid.*, paras. 315-343, Canada; CERD/C/65/CO/3, Kazakhstan; and CERD/C/64/CO/8, Sweden); and the Committee on the Rights of the Child (CRC/C/15/Add.228, India).

<sup>98</sup> See, e.g. Human Rights Committee, communication No. 981/2001, *Gómez Casafranca v. Peru*, Views adopted on 22 July 2003 (CCPR/C/78/D/981/2001)

---

and communication No. 1033/2001, *Singarasa v. Sri Lanka*, Views adopted on 21 July 2004 (CCPR/C/81/D/1033/2001).

<sup>99</sup> *Report of the Committee against Torture, Official Records of the General Assembly, Fifty-seventh Session, Supplement No. 44 (A/57/44)*, chap. I, sect. K, Statement of the Committee in connection with the events of 11 September 2001; and *Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination*, op. cit. at note 89.

<sup>100</sup> Status of ratification of the principal international human rights treaties as of 1 October 2004, available at <http://www.ohchr.org/english/bodies/treaty/index.htm>.

<sup>101</sup> The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and the Convention on the Rights of the Child.

<sup>102</sup> As at 1 October 2004: 104 States are parties to the Optional Protocol to the International Covenant on the Civil and Political Rights; 56 States have made a declaration under article 22 of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment; 39 States have made a declaration under article 14 to the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination; 67 States are parties to the Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women; and 1 State has made a declaration under article 77 to the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families. See <http://www.ohchr.org>.

<sup>103</sup> Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment and International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination.

<sup>104</sup> Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women; International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families; Convention on the Rights of the Child.

<sup>105</sup> Every four years for the reports to CAT (article 19 of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment) and CEDAW (article 18 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women); every two years for CERD (article 19 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination); and every five years for reports to CRC (article 44 of the Convention on the Rights of the Child). While article 40 of the International Covenant on Civil and Political Rights does not establish periods for reporting, the Committee in practice has adopted a periodicity of four years.

<sup>106</sup> See Seventy-third to eighty-first sessions of the Human Rights Committee, available at <http://www.ohchr.org/english/bodies/hrc/sessions.htm>.

<sup>107</sup> See Human Rights Committee, op. cit. at note 97 above.

<sup>108</sup> For example, the Human Rights Committee has considered the situation of the Central African Republic and the Gambia in the absence of State reports, during its eighty-first and seventy-fourth sessions, respectively.

---

<sup>109</sup> See, inter alia: Joint statement issued on 4 November 2004 by the Chairperson-Rapporteur of the Working Group on Arbitrary Detention and the Chairperson-Rapporteur of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances; Joint statements issued by the tenth and the eleventh meetings of special rapporteurs/representatives, experts and chairpersons of working groups of the special procedures of the Commission on Human Rights, on 27 June 2003 and 25 June 2004 respectively (E/CN.4/2004/4, annex I and E/CN.4/2005/5, annex); and Joint statement issued on 10 December 2001 by special rapporteurs/representatives, experts and chairpersons of working groups of the special procedures of the Commission on Human Rights.

<sup>110</sup> See Commission resolutions 1997/22 (para. 3 (b)) and 2001/60 (para. 4) and decision 2000/109.

<sup>111</sup> Available at [http://www.un.org/Docs/sc/committees/1373/sel\\_docs.html](http://www.un.org/Docs/sc/committees/1373/sel_docs.html).

<sup>112</sup> HR/PUB/03/1 (2003).

<sup>113</sup> E.g. Seventh International Conference of National Human Rights Institutions, Seoul, September 2004, with the theme “Upholding human rights during conflict and while countering terrorism”.

<sup>114</sup> Intergovernmental Authority on Development, Khartoum, January 2004.

<sup>115</sup> Expert workshop organized by the Counter-Terrorism Committee, the Organization of American States, the United Nations Latin American Institute for the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders and the International Monetary Fund at San José, October 2004.

<sup>116</sup> Resolution 57/219 of 18 December 2002 and resolution 58/187 of 22 December 2003.

<sup>117</sup> Resolution 1456 (2003) of 20 January 2003.

<sup>118</sup> Resolutions 2003/68 of 25 April 2003 and 2004/87 of 24 April 2004.

-----