



Strasbourg, 17 mars 2006

CDL-AD(2006)009
Or. Angl.

Avis n° 363 / 2005

COMMISSION EUROPEENNE DE LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT
(COMMISSION DE VENISE)

AVIS

**SUR LES OBLIGATIONS LEGALES INTERNATIONALES
DES ETATS MEMBRES DU CONSEIL DE L'EUROPE
CONCERNANT LES LIEUX DE DETENTION SECRETS
ET LE TRANSPORT INTERETATIQUE DE PRISONNIERS**

**Adopté par la Commission de Venise
Lors de sa 66^e Session Plénière
(Venise, 17-18 mars 2006)**

Sur la base des observations de :

**M. Iain CAMERON (Membre suppléant, Suède)
M. Pieter van DIJK (Membre, Pays-Bas)
M. Olivier DUTHEILLET de LAMOTHE (Membre, France)
M. Jan HELGESEN (Membre, Norvège)
M. Giorgio MALINVERNI (Membre, Suisse)
M. Georg NOLTE (Membre suppléant, Allemagne)**

TABLE DES MATIERES

<i>INTRODUCTION</i>	3
SECTION I : LE REGIME JURIDIQUE	4
A. Principes généraux	4
a. Transfert régulier de prisonniers entre États	4
b. Transferts irréguliers de prisonniers entre États	8
c. Coopération internationale dans la lutte contre le terrorisme	9
d. Quelques observations concernant la responsabilité de l'État	10
B. Droit international des droits de l'homme	12
a. Les droits en question	12
i) Liberté et sûreté des personnes.....	12
ii) Torture, traitement ou peine inhumains et dégradants	13
b. Étendue des devoirs des États membres du Conseil de l'Europe de protéger les droits de l'homme.....	15
c. Limites imposées à la compétence en matière de transfert de prisonniers par les obligations de respecter les droits de l'homme	16
d. Dérogations	17
C. Droit humanitaire international	19
D. Principes généraux de l'aviation civile	20
E. Bases militaires	25
F. Article V du traité de l'OTAN	27
SECTION II – LES OBLIGATIONS LEGALES INTERNATIONALES DES ETATS MEMBRES DU CONSEIL DE L'EUROPE	28
A. Obligations des Etats membres du Conseil de l'Europe relatives aux arrestations effectuées sur leur territoire par des autorités étrangères	28
B. Obligations des Etat membres du Conseil de l'Europe à l'égard des lieux de détention secrets allégués	29
C. Obligations des États membres du Conseil de l'Europe à l'égard des transferts de prisonniers entre États	32
CONCLUSIONS	35

INTRODUCTION

1. Par une lettre du 15 décembre 2005, M. Dick Marty, président du Comité des affaires juridiques et des droits de l'homme de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, a demandé un avis de la Commission concernant les questions suivantes, qui sont intimement liées :

- a) Une évaluation de la légalité des centres de détention secrets à la lumière des obligations des États membres du Conseil de l'Europe en matière de droit international, notamment la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et la Convention européenne pour la prévention de la torture. Il s'agit d'évaluer en particulier la responsabilité d'un État qui autorise, de manière active ou passive, la détention illégale ou l'enlèvement par un État tiers ou un agent de celui-ci.*
- b) Quelles sont les obligations juridiques des États membres du Conseil de l'Europe, au regard des droits de l'homme et du droit international en général, concernant le transport de prisonniers par d'autres États sur leur territoire, y compris l'espace aérien ? Quel est le lien entre de telles obligations et les obligations compensatoires éventuelles qui découlent d'autres traités, notamment les traités conclus avec des États non membres ?*

2. Un groupe de travail a été créé, composé des membres suivants : M. Iain Cameron, M. Pieter van Dijk, M. Olivier Dutheillet de Lamothe, M. Jan Helgesen, M. Giorgio Malinverni et M. Georg Nolte. Il a été aidé dans sa tâche par Mme Simona Granata-Menghini, Chef de la Division de la coopération constitutionnelle.

3. Deux réunions de travail ont eu lieu à Paris, le 13 janvier et les 27 et 28 février 2006.

4. Le Groupe de travail a demandé aux Services Juridiques de l'OTAN des précisions sur certaines questions relatives au droit militaire ainsi que certains documents. Il est regrettable que la Commission n'ait reçu ni les unes ni les autres.

5. Le Groupe de travail s'est prévalu également de la précieuse assistance de l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), dont le Bureau juridique a fourni des documents concernant l'interprétation de certaines dispositions de la Convention de Chicago sur l'aviation civile internationale. La Commission désire exprimer sa gratitude et son appréciation pour la collaboration de l'OACI.

6. Le présent avis a été examinée par les Sous-commissions sur le droit international et sur les institutions démocratiques au cours d'une réunion conjointe tenue le 16 mars 2006. Elle a ensuite été adoptée par la Commission lors de sa 66^e session plénière (Venise, 17-18 mars 2006).

7. Le présent avis ne vise pas et n'a pas l'ambition d'évaluer les faits liés aux allégations sur l'existence de centres de détention secrets en Europe ou le transport de prisonniers par la CIA à travers le territoire (y compris l'espace aérien) de certains États européens. Cette tâche ne relève pas de la Commission de Venise. Elle incombe en revanche au rapport qui est préparé par le Comité des affaires juridiques de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE).

8. *Le présent avis n'a pas non plus pour but d'identifier la pratique et le droit interne pertinents des États membres du Conseil de l'Europe. Le 21 novembre 2005, le Secrétaire général du Conseil de l'Europe a décidé d'utiliser ses pouvoirs d'enquête au sens de l'article 52 de la CEDH et a invité les États membres à fournir des explications sur la manière dont leur droit interne assure l'application effective des dispositions de la CEDH en rapport avec la détention secrète et le transport de détenus. Le 28 février 2006 le Secrétaire général a présenté son rapport basé sur les réponses reçues de la part de tous les États membres (voir le rapport du Secrétaire général dans le cadre de sur la question de la détention secrète et du transport de prisonniers suspectés d'actes terroristes, notamment par des agences étrangères ou à leur instigation, SG/Inf (2006)5).*

9. *Le but du présent avis est de donner une réponse aux questions soulevées par la Commission des affaires juridiques de l'APCE et d'identifier ainsi les obligations des États membres du Conseil de l'Europe qui découlent du droit international public en général et des droits de l'homme en particulier concernant le transfert, l'extradition, la déportation ou la détention irréguliers de prisonniers. À cette fin, la Commission juge nécessaire de commencer par rappeler les règles de base du droit international, des droits de l'homme et du droit aérien (section I) concernant la détention et le transport de prisonniers entre les États. La Commission s'efforcera ensuite d'identifier les obligations particulières qui incombent aux États membres du Conseil de l'Europe dans ces domaines (section II), puis répondra aux questions soulevées par l'APCE (conclusions).*

SECTION I : LE REGIME JURIDIQUE

A. Principes généraux

a. Transfert régulier de prisonniers entre États

10. En vertu du droit international et du droit international des droits de l'homme, il existe quatre situations dans lesquelles un État peut légalement transférer un prisonnier vers un autre État : la déportation, l'extradition, le transit et le transfert de prisonniers aux fins d'exécution de leur peine dans un autre pays.

11. La *déportation* est l'expulsion d'un pays d'un ressortissant étranger dont la présence est indésirable ou jugée préjudiciable. Une personne contre laquelle une décision de déportation a été prise par une autorité administrative doit avoir la possibilité de saisir une autorité compétente¹, de préférence un tribunal². La déportation ne peut être fondée que sur les motifs particuliers indiqués par le droit interne pertinent.

¹ Selon l'article 1, Protocole 7 à la CEDH (Garanties procédurales en cas d'expulsion d'étrangers) :

« 1. Un étranger résidant régulièrement sur le territoire d'un État ne peut en être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi et doit pouvoir : a/ faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion, b/ faire examiner son cas et c/ se faire représenter à ces fins devant l'autorité compétente ou une ou plusieurs personnes désignées par cette autorité. »

2. « Un étranger peut être expulsé avant l'exercice des droits énumérés au paragraphe 1.a, b et c de cet article lorsque cette expulsion est nécessaire dans l'intérêt de l'ordre public ou est basé sur des motifs de sécurité nationale. » De même, selon l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques :

« Un étranger qui se trouve légalement sur le territoire d'un État partie au présent Pacte ne peut en être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi et, à moins que des raisons impérieuses de sécurité nationale ne s'y opposent, il doit avoir la possibilité de faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion et de faire examiner son cas par l'autorité compétente, ou par une ou plusieurs personnes spécialement désignées par ladite autorité, en se faisant représenter à cette fin. »

² Cour européenne des Droits de l'Homme, *Klass et autres c/Allemagne*, 24 octobre 1979, § 55.

12. L'*extradition* est une procédure formelle par laquelle une personne, suspectée d'avoir commis une infraction pénale et détenue par un État, est transférée dans un autre État pour y être jugée ou, si le suspect a déjà été jugé coupable, pour y purger sa peine.

13. Le droit interne et le droit international s'appliquent tous deux à la procédure d'extradition. Bien que les traités d'extradition contiennent en général des dispositions relatives au transfert interétatique de suspects ou de personnes condamnées, le droit interne détermine dans quelles conditions et selon quelles procédures la personne concernée doit être remise conformément aux traités pertinents. La législation sur l'extradition varie nettement selon les pays européens concernés, notamment en ce qui concerne l'incorporation de traités dans le droit national, les garanties procédurales, en particulier les rôles respectifs de l'exécutif et du judiciaire dans la procédure d'extradition, et les preuves (et les assurances) exigées pour l'extradition.

14. Dans les États membres du Conseil de l'Europe, les lois sur l'extradition doivent prendre en considération, ou être en conformité avec, les dispositions constitutionnelles garantissant les droits de l'homme, les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme et le droit humanitaire.

15. La Convention européenne d'extradition³ de 1957 exige, comme la plupart des traités bilatéraux d'extradition actuels, le respect des principes de *ne bis in idem* et la règle de la spécialité. Elle n'accorde pas l'extradition vers un pays dans lequel la peine capitale serait exécutée. Il en est de même si le pays qui extrade « a des raisons sérieuses de croire que la demande d'extradition motivée par une infraction de droit commun a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir un individu pour des considérations de race, de religion, de nationalité ou d'opinions politiques ou que la situation de cet individu risque d'être aggravée pour l'une ou l'autre de ces raisons. » En outre, le principe *nulla poena* doit être respecté.⁴

16. La Convention européenne pour la répression du terrorisme⁵ de 1977 a été adoptée en vue d'éliminer ou de restreindre la possibilité pour l'État requis d'invoquer la nature politique d'une infraction dans le but de s'opposer à une demande d'extradition concernant des actes de terrorisme. Pour les besoins de l'extradition, certaines infractions mentionnées dans ladite Convention ne seront jamais considérées comme « politiques », d'autres pouvant ne pas être considérées comme telles (article 2), malgré leur contenu ou leur mobile politique. L'extradition n'est pas une obligation et peut même être refusée si l'État requis a des raisons sérieuses de croire que la demande d'extradition a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir une personne pour des considérations de race, de religion, de nationalité ou d'opinions politiques, ou que la situation de cette personne risque d'être aggravée pour l'une ou l'autre de ces raisons.

³ ETS n° 24. La Décision-cadre du Conseil de l'Europe (2002/584/JHA) du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres simplifie et accélère la procédure d'extradition entre les États membres. Elle exige en effet que chaque autorité judiciaire nationale (l'autorité judiciaire requise) reconnaisse ipso facto, et avec un minimum de formalités, les demandes de remise d'une personne formulées par l'autorité judiciaire d'un autre État membre (l'autorité judiciaire requérante). A compter du 1^{er} juillet 2004, pour les États membres de l'UE et en ce qui concerne l'extradition, cette décision-cadre a remplacé la Convention européenne d'extradition de 1957 et la Convention européenne de 1978 pour la répression du terrorisme, l'accord du 26 mai 1989 entre 12 États membres sur la simplification de la transmission des demandes d'extradition, la Convention de 1995 sur la procédure simplifiée d'extradition, la Convention d'extradition de 1996 ainsi que les dispositions pertinentes de l'accord de Schengen.

⁴ Article 7 de la CEDH.

⁵ ETS n° 90.

17. Le *transit* est un acte par lequel un État B donne les moyens à un État A d'effectuer le transit d'un prisonnier à travers son territoire.

18. Le transit est réglementé par des traités bilatéraux et multilatéraux, notamment l'article 21 de la Convention européenne d'extradition, aux termes desquels :

1. *le transit à travers le territoire de l'une des Parties contractantes sera accordé sur demande adressée par la voie prévue au paragraphe 1 de l'article 12 à la condition qu'il ne s'agisse pas d'une infraction considérée par la Partie requise comme revêtant un caractère politique ou purement militaire compte tenu des articles 3 et 4 de la présente Convention.*
2. *Le transit d'un ressortissant, au sens de l'article 6, du pays requis du transit, pourra être refusé.*
3. *Sous réserve des dispositions du paragraphe 4 du présent article, la production des pièces prévues au paragraphe 2 de l'article 12 sera nécessaire.*
4. *Dans le cas où la voie aérienne sera utilisée, il sera fait application des dispositions suivantes :*
 - a. *lorsqu'aucun atterrissage ne sera prévu, la Partie requérante avertira la Partie dont le territoire sera survolé, et attestera l'existence d'une des pièces prévues au paragraphe 2, alinéa a de l'article 12. Dans le cas d'atterrissage fortuit, cette notification produira les effets de la demande d'arrestation provisoire visée à l'article 16 et la Partie requérante adressera une demande régulière de transit ;*
 - b. *lorsqu'un atterrissage sera prévu, la Partie requérante adressera une demande régulière de transit.*
5. *Toutefois, une Partie pourra déclarer, au moment de la signature de la présente Convention ou du dépôt de son instrument de ratification ou d'adhésion, qu'elle n'accordera le transit d'un individu qu'aux mêmes conditions que celles de l'extradition ou à certaines d'entre elles. Dans ces cas, la règle de la réciprocité pourra être appliquée.*
6. *Le transit de l'individu extradé ne sera pas effectué à travers un territoire où il y aurait lieu de croire que sa vie ou sa liberté pourraient être menacées en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité ou de ses opinions politiques.*

19. Bien que le texte de l'article 21, § 4 a) indique que les États doivent « avertir » la Partie dont le territoire sera survolé, leurs pratiques en la matière varient. En effet, certains États ne semblent pas exiger d'être avertis dans le cas d'un transit de prisonnier par voie aérienne lorsqu'aucun atterrissage n'est prévu⁶.

⁶ Le rapport explicatif de la Convention européenne d'extradition souligne qu'une large discussion s'est instaurée sur la question de savoir si le transport d'un individu à bord d'un navire ou d'un aéronef, ayant la nationalité d'un pays autre que celle de la Partie requérante ou de la Partie requise, devait être assimilé au transit à travers le territoire de ce pays. Il a été considéré que la pratique réglerait cette question (voir rapport explicatif, article 21, à l'adresse Internet suivante : <http://conventions.Council of Europe.int/treaty/en/reports/htlm/024.htm>).

20. La Directive du Conseil de l'Europe n° 2003/110/EC du 25 novembre 2003 concernant l'assistance au transit dans le cadre de mesures d'éloignement par voie aérienne⁷ souligne que « les États membres mettent en œuvre la présente directive dans le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales » et que « conformément aux obligations internationales applicables, le transit par voie aérienne ne sera ni demandé ni autorisé si, dans le pays tiers de destination ou de transit, le ressortissant d'un pays tiers risque un traitement inhumain ou dégradant, la torture ou la peine de mort ou que sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques ». Conformément à l'article 4 de la Directive,

« 1. La demande de transit par voie aérienne avec ou sans escorte et de mesures d'assistance y afférentes au titre de l'article 5, paragraphe 1, doit être présentée par écrit par l'État membre requérant. Elle doit être transmise à l'État membre requis dès que possible, mais au moins deux jours avant le transit. Dans des cas d'urgence particulière dûment motivés, ce délai peut être écourté.

2. L'État membre requis communique sa décision à l'État membre requérant dans un délai de deux jours. Ce délai peut, dans des cas dûment motivés, être prorogé de quarante-huit heures au maximum. Le transit par voie aérienne ne peut débuter sans l'autorisation de l'État membre requis.

Si l'État membre requis ne donne pas de réponse dans le délai visé au premier alinéa, les opérations de transit peuvent être engagées au moyen d'une notification émise par l'État membre requérant.

Les États membres peuvent prévoir, sur la base d'accords ou d'arrangements bilatéraux ou multilatéraux, que les opérations de transit peuvent être engagées au moyen d'une notification émise par l'État membre requérant. »

21. En vertu de cette Directive, s'agissant de toute demande de transit, l'État membre requérant doit fournir des renseignements sur le ressortissant d'un pays tiers qui fait l'objet d'une demande d'extradition, sur le vol ainsi que d'autres informations sur l'état de santé de la personne et les menaces qu'elle pourrait causer à l'ordre public.

22. Un accord d'extradition entre l'Union européenne et les États-Unis a été mis au point de manière définitive en 2003. À ce jour, cet accord n'a été appliqué dans aucun État membre de l'UE⁸. Il stipule qu'un État membre de l'UE peut autoriser le transport à travers son territoire d'une personne remise aux États-Unis par un État tiers, ou par les États-Unis à un État tiers. Une demande de transit doit être formulée par la voie diplomatique et contenir une description de la personne transportée et un bref exposé des faits de l'espèce. Une autorisation n'est pas exigée lorsque le transport par voie aérienne est utilisé et qu'aucun atterrissage n'est prévu sur le territoire de l'État de transit (ce qui ne change pas les obligations qu'ont les États membres du Conseil de l'Europe de respecter les traités relatifs aux droits de l'homme, voir ci-dessous, para. 147). Si un atterrissage imprévu se produit, l'État sur lequel il a lieu peut exiger une demande de transit.

23. Les États peuvent conclure des accords concernant le *transfert de prisonniers* afin qu'ils exécutent leur peine dans leur pays d'origine. De telles procédures n'entrent pas dans le cadre du présent avis.

⁷ OJ L, 321, 6.12.2003, p. 26.

⁸ Les obligations éventuelles des États membres du Conseil de l'Europe à l'égard des traités d'extradition, y compris le présent accord, seront abordées ci-après (voir para. 137-153).

b. Transferts irréguliers de prisonniers⁹ entre États

24. Un transfert est illégal ou irrégulier lorsque le gouvernement d'un État B transfère une personne pour la placer en détention dans un État A, contre sa volonté, selon une procédure non prévue par la loi (il ne s'agit donc pas d'une extradition, d'une déportation, d'un transit ou d'un transfert en vue de l'exécution d'une peine).

25. L'enlèvement d'une personne par des agents d'un État A sur le territoire d'un État B et son transfert vers l'État A ou un État tiers constitue une violation de la souveraineté territoriale de l'État B et par conséquent un acte illicite qui viole le droit international et engage la responsabilité de l'État A¹⁰.

26. En vertu du droit international général (voir para. 37 ci-dessous), dans un tel cas l'État A doit, à la demande de l'État lésé, pleinement réparer le préjudice causé par le fait internationalement illicite, ce qui, en l'espèce, inclut le retour de la personne concernée. Les droits de la personne concernée vis-à-vis de l'État A dépendent de la législation de ce dernier et des obligations applicables en matière de droits de l'homme.

27. Les transferts irréguliers peuvent se produire avec l'accord de l'État territorial. Ce type de situation pose un problème de droits de l'homme. Pour un *Rechtsstaat*, se pose également la double question de la responsabilité d'un gouvernement vis-à-vis des activités de ses organes et services et du contrôle parlementaire sur le gouvernement.

28. Une autre forme de transfert irrégulier se produit lorsqu'un service quelconque de l'autorité publique de l'État B (police, forces de sécurité, etc.) transfère une personne de l'État B sans respecter une procédure légale, voire le droit interne. Le service en question peut, par exemple, participer officiellement au transfert (arrestation et remise du prisonnier), ou faciliter un enlèvement (de manière active ou passive, sans l'empêcher sachant qu'il se produirait). Le gouvernement peut avoir connaissance ou non de l'action de la police ou des forces de sécurité.

29. Si la mesure active (arrestation, remise, etc.) ne s'inscrit pas dans le droit interne, l'arrestation constitue dans de tels cas une violation de celui-ci et donc de l'article 5 de la CEDH. Cette situation soulève également la question du contrôle gouvernemental sur les services de police et de sécurité, et celle du contrôle parlementaire sur le gouvernement (voir ci-dessous, §§ 38-43).

30. En ce qui concerne la terminologie utilisée pour désigner le transfert irrégulier et la détention de prisonniers, la Commission de Venise note que le terme « restitution » est fréquemment utilisé dans le débat public. Il ne s'agit pas d'un terme de droit international. Il s'emploie lorsqu'un État place une personne soupçonnée d'être impliqué dans une infraction grave (un acte terroriste par exemple) en détention dans un autre État. Il désigne également le transfert d'une telle personne en vue de sa détention sur le territoire du premier État, ou dans un lieu relevant de sa compétence, ou dans un État tiers. La « remise » est donc un terme général qui désigne plus le résultat – la mise en détention d'une personne suspectée – que les moyens. La légalité d'une « remise » dépendra de la législation des États concernés et des règles applicables du droit international, notamment le droit international des droits de l'homme. Cela étant, une « remise » particulière conforme au droit national d'un des États impliqués (qui n'interdit pas ou ne régit pas les activités extraterritoriales des organes d'État) n'est pas

⁹ Dans le contexte du présent avis, le terme « prisonnier » signifie « quiconque est privé de sa liberté par les autorités de l'État ».

¹⁰ Voir Stocké c. Allemagne, 12 octobre 1989, série A n° 199, avis de la Commission, p. 24, § 167.

forcément conforme au droit interne des autres États concernés. En outre, une « remise » peut être contraire au droit international coutumier ou aux obligations coutumières ou résultant des traités qui incombent aux États participants dans le cadre du droit international des droits de l'homme et/ou du droit humanitaire international.

31. Le terme « restitution extraordinaire » semble utilisé lorsqu'il y a peu ou pas de doute que la mise en détention d'une personne n'est pas conforme aux procédures juridiques qui s'appliquent dans l'État où la personne se trouvait au moment de son arrestation.

c. Coopération internationale dans la lutte contre le terrorisme

32. Le droit international général permet aux États de coopérer au transport de prisonniers, à condition qu'un tel transport soit effectué dans le respect intégral des droits de l'homme et d'autres obligations juridiques internationales des États concernés. De nombreux traités internationaux confirment cette règle.

33. La circulation des personnes dans le monde étant de plus en plus facile, les activités criminelles prennent une dimension internationale. L'intérêt des États est donc que les crimes terroristes soient prévenus et que les personnes qui sont soupçonnées d'infractions graves, ou d'avoir agi de l'étranger, ou d'avoir fui à l'étranger, soient traduites en justice. Inversement, la création de « zones de sécurité » pour des personnes qui préparent des crimes terroristes ou qui sont soupçonnées d'infractions graves serait non seulement dangereuse pour l'État qui héberge la personne protégée mais ébranlerait également les fondements de l'extradition¹¹.

34. En principe, la Convention européenne des Droits de l'Homme n'empêche pas les États de coopérer, dans le cadre des traités d'extradition ou en matière de déportation, en vue de traduire devant la justice des personnes soupçonnées d'infractions graves, à condition que cette entraide ne soit pas en contradiction avec les droits ou libertés, quels qu'ils soient, reconnus dans la CEDH¹².

35. Le Conseil de l'Europe a produit plusieurs recommandations et instruments internationaux se rapportant à la lutte contre le terrorisme¹³, à la prévention du terrorisme¹⁴, au blanchiment d'argent et au financement des terroristes¹⁵, ainsi que trois recommandations du Comité des ministres aux États membres concernant des techniques spéciales d'enquête, la protection des témoins et des collaborateurs de la justice et la question des pièces d'identité qui se pose dans le contexte d'activités terroristes.¹⁶

¹¹ Cour européenne des Droits de l'Homme, Soering c. Royaume-Uni, arrêt du 7 juillet 1989, p. 35, § 89

¹² Cour européenne des Droits de l'Homme, Stocké c. Allemagne, 12 octobre 1989, série A n° 199, avis de la Commission, p. 24, § 169

¹³ Convention européenne pour la répression du terrorisme, ETS n° 90

¹⁴ Convention européenne pour la répression du terrorisme, ETS n° 196

¹⁵ Convention européenne relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme, ETS n° 198

¹⁶ Recommandation Rec(2005)10 du Comité des Ministres aux États membres sur les « techniques spéciales d'enquête » en rapport avec des infractions graves y compris des actes de terrorisme. Recommandation REC(2005)09 du Comité des Ministres aux États membres relatives à la protection des témoins et des collaborateurs de justice. Recommandation Rec(2005)07 du Comité des Ministres aux États membres relative aux documents d'identité et de voyage et la lutte contre le terrorisme.

36. Une série de normes supplémentaires visant spécifiquement la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ont été élaborées après 2001, notamment les Lignes directrices sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme (2002), une Recommandation de politique générale pour lutter contre le racisme tout en combattant le terrorisme (2004), les Lignes directrices sur la protection des victimes d'actes terroristes (2005) et une Déclaration sur la liberté d'expression et d'information dans les médias dans le contexte de la lutte contre le terrorisme (2005).

d. Quelques observations concernant la responsabilité de l'État

37. Un État qui commet, par l'intermédiaire de ses agents dans l'exercice de leur fonction officielle, un fait internationalement illicite, est responsable et « tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite » à la demande de l'État ayant subi le préjudice (voir article 31, para. 1, des articles de la Commission de Droit International (« CDI ») sur la responsabilité des États).

38. En ce qui concerne l'imputabilité d'un fait illicite international, la question se pose de savoir si, et dans quelle mesure, un État est responsable lorsque ses agents ont *ultra vires* accepté délibérément ou implicitement, en leur prêtant assistance, des actes d'un État étranger enfreignant sa souveraineté territoriale (voir ci-dessus, paragraphes 27 et 29).

39. Les actes *ultra vires* engagent en général la responsabilité de l'État (article 7, Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État).

40. Le consentement à la commission de faits qui, sans cela, seraient internationalement illicites, les rend licites, sauf si ces faits sont contraires au *jus cogens* (voir le paragraphe 42 ci-dessous). Cependant, le consentement à l'interférence avec la souveraineté exclut l'illicéité pour autant que le fait reste dans les limites du consentement (Article 20, Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État). Dans ce contexte, l'article 46 de la Convention de Vienne sur le droit des traités est pertinent. Il énonce en effet que :

1. Le fait que le consentement d'un État à être lié par un traité a été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne concernant la compétence pour conclure des traités ne peut être invoqué par cet État comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale.

2. Une violation est manifeste si elle est objectivement évidente pour tout État se comportant en la matière conformément à la pratique habituelle et de bonne foi.

41. Selon la Commission, si une autorité publique d'un État donne la permission à un représentant d'un autre État d'arrêter et/ou de transférer une personne contre son gré du territoire de cet État, et s'il est clair qu'il s'agit d'un acte qui n'est pas conforme aux procédures (judiciaires, administratives) s'appliquant normalement aux arrestations et aux transferts, une telle permission constituerait une violation manifeste d'une règle du droit interne d'une importance fondamentale dans n'importe quel État soumis à la règle du droit. L'autre État ne pourrait par conséquent pas invoquer une telle permission comme un consentement valable.

42. Même si une telle permission ne se traduit pas par l'accèsion à un traité ou sa conclusion, le droit des traités exprime le principe général de la bonne foi.¹⁷ Ce principe est « l'un des principes les plus fondamentaux régissant la création et l'exécution des obligations juridiques »¹⁸. L'octroi d'une permission est comparable à la conclusion d'un traité pour autant que la validité du consentement soit concernée. Quoi qu'il en soit, la validité de tout consentement comme circonstance excluant l'illicéité est limitée par la règle énoncée dans l'article 26 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'État :

« Aucune disposition du présent chapitre n'exclut l'illicéité de tout fait de l'État qui n'est pas conforme à une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général. »

43. Une norme est impérative (*jus cogens*) lorsqu'elle « est acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise » (article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités). Ces normes incluent, entre autres, l'interdiction du crime de génocide, du crime d'agression, des crimes contre l'humanité, de l'esclavage, de la piraterie et de la torture.¹⁹

44. Pour être considéré illicite, un fait doit être non conforme à une obligation internationale de l'État qui le commet. En ce qui concerne les États membres du Conseil de l'Europe, dans le présent contexte, l'obligation en question découle directement de la CEDH, notamment de l'obligation de n'exposer personne au risque d'un traitement contraire à l'article 3, l'obligation d'empêcher toute détention en violation de l'article 5 et l'obligation d'enquêter sur toute détention prétendument illégale. Ces obligations peuvent être violées par un État également par le simple fait de laisser sciemment un autre État utiliser son territoire afin de commettre un fait en violation du droit international.

45. L'aide au transit qu'un État A fournit à un État B peut être assimilée à une aide qu'un État A fournit à un État B pour commettre un fait illicite, si l'État A connaît le caractère illicite du fait concerné. En vertu du droit international général (voir l'article 16, articles de la CDI sur la responsabilité des États) « un État qui aide ou assiste un autre État dans la commission d'un fait internationalement illicite par ce dernier est internationalement responsable pour avoir agi de la sorte dans le cas où a) ledit État agit ainsi en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite ; et b) le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cet État. »

46. Les conséquences des transferts irréguliers et des détentions secrètes du point de vue du droit international des droits de l'homme pour les États membres du Conseil de l'Europe seront examinées ci-dessous.

¹⁷ Voir Müller/Kolb, Article 2(2), MN. 16, dans : Simma (ed.), The Charter of the United Nations – A Commentary, Oxford, 2nd ed. 2002).

¹⁸ *Actions armées frontalières et transfrontalières, Nicaragua c. Honduras, Compétence et recevabilité, ICJ Rep. 1988, 69, 105, para. 105.*

¹⁹ Voir TPIY, le Procureur c. Furundzija, International Legal Materials 38 (1999) 317, p. 349; d'autres références dans : Andreas Paulus, Jus Cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation, Nordic Journal of International Law 74 (2005) 297-334 (p. 306).

B. Droit international des droits de l'homme

a. Les droits en question

47. Les États membres du Conseil de l'Europe sont engagés à respecter les droits fondamentaux tels qu'ils sont définis par un certain nombre de traités internationaux, à l'échelle universelle, notamment le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 (ICCPR) et la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants de 1984, et à l'échelle européenne, *in primis* la Convention européenne des Droits de l'Homme, mais également la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

48. En ce qui concerne les questions qui constituent l'objet du présent avis, les droits fondamentaux qui sont en cause sont essentiellement le droit à la liberté et la sécurité des personnes, et l'interdiction de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants.

i) Liberté et sûreté des personnes

49. L'article 5 de la CEDH protège le droit et la sûreté des personnes. Bien que ce droit ne soit pas absolu (voir les privations de liberté autorisées par le paragraphe 1 a)) f) de l'article 5), une personne ne peut être détenue que selon des voies légales qui doivent être conformes à des normes européennes reconnues, notamment à certaines (autres) dispositions de la CEDH. En outre, le paragraphe 4 de l'article 5 prévoit que toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention « a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale. » (*habeas corpus*).

50. La détention doit être légale et conforme à une procédure prescrite par la loi : selon la Cour européenne des Droits de l'Homme, l'exigence de légalité signifie que le droit interne et la CEDH doivent être respectés. Les motifs possibles de détention sont énumérés de manière exhaustive dans l'article 5 (1) de la CEDH. Selon le paragraphe 1 (c) de l'article 5, nul ne peut être privé de sa liberté, sauf « s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci. » Le paragraphe (f) de l'article 5 permet, quant à lui, « l'arrestation ou la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours. » Toute détention contraire aux dispositions de cet article est illégale et constitue une violation d'un droit de l'homme.

51. En ce qui concerne les arrangements d'extradition entre deux États, et que l'un est partie à la CEDH et l'autre non, les règles établies par un traité d'extradition ou, en l'absence d'un tel traité, la coopération entre les États concernés, sont également des facteurs pertinents à prendre en compte pour déterminer si l'arrestation était légale. Le fait qu'une personne ait été remise dans le cadre d'une coopération entre États ne rend pas l'arrestation illégale ou éventuellement contraire à l'article 5. Cependant, pour les États membres du Conseil de l'Europe, les dispositions du traité d'extradition ou la pratique de coopération ne peuvent justifier aucun manquement à leurs obligations vis-à-vis de la CEDH. Ce qui compte pour ces États, c'est de savoir si l'extradition est conforme au droit interne et respecte les obligations de l'État au regard de la CEDH.

52. La CEDH ne contient pas de dispositions concernant les circonstances exactes dans lesquelles une extradition peut être accordée, ou la procédure à suivre avant qu'une extradition puisse être accordée. À condition qu'elle soit le résultat d'une coopération entre les États concernés et que la base légale de la demande d'arrestation du suspect soit un mandat d'arrêt émis par les autorités de l'État d'origine du suspect, même une extradition atypique ne peut pas être considérée comme contraire à la CEDH²⁰. Cela étant, il a été également souligné que plusieurs droits et libertés protégés par la CEDH peuvent être pertinents dans le cas d'une extradition et devront être respectés, les plus importants étant énoncés dans les articles 2 et 3 et, dans certains cas, dans les articles 5 et 6.

53. L'article 5 doit être interprété comme imposant à l'État territorial de prendre des mesures efficaces pour protéger toute personne contre le risque de disparition et mener une enquête rapide, approfondie et efficace en cas de plainte motivée concernant les détenus placés en détention et disparus depuis²¹.

ii) Torture, traitement ou peine inhumains et dégradants

54. La torture est interdite par l'article 3 de la CEDH, l'article 7 du Pacte international relatifs aux droits civils et politiques, par la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants et par la Convention des Nations Unies contre la torture. Ce terme désigne « tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. Ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles. »²²

55. La distinction cruciale entre « torture », « traitement inhumain » et « traitement dégradant » tient au degré de souffrance infligée.

56. Un « traitement inhumain » est un traitement qui inflige des souffrances graves, mentales ou physiques, lesquelles, en l'espèce, sont injustifiables. Contrairement à la torture, le traitement inhumain n'a pas besoin d'être intentionnel pour infliger des souffrances²³. Dans son arrêt rendu dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*²⁴, la Cour européenne des Droits de l'Homme indique que les « cinq techniques » spéciales utilisées étaient un traitement inhumain. On a parfois pensé, à tort, que cet arrêt signifiait que des techniques identiques ou analogues n'étaient pas assimilables à la torture. Cependant, dans l'affaire *Selmouni*, la Cour a précisé ultérieurement que, puisque la Convention est un « instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles », certains actes autrefois qualifiés de « traitements inhumains et dégradants » pourraient être classés comme tortures à l'avenir.²⁵ Elle a estimé que « le niveau d'exigence

²⁰ Cour européenne des Droits de l'Homme, *Öcalan c. Turquie*, arrêt [GC] du 12 mai 2005.

²¹ Cour européenne des Droits de l'Homme, *Kurt c. Turquie*, arrêt du 25 mai 1988, § 124.

²² Article 1 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants.

²³ Cour européenne des Droits de l'Homme, *Irlande c. Royaume-Uni*, arrêt du 18 janvier 1978), § 167

²⁴ Cour européenne des Droits de l'Homme, *Irlande c. Royaume-Uni*, arrêt, § 167.

²⁵ Cour européenne des Droits de l'Homme, *Selmouni c. France*, arrêt du 29 juillet 1999, § 101.

croissant en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales implique, parallèlement et inéluctablement, une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. »²⁶

57. Un « traitement dégradant » est un traitement qui humilie l'individu grossièrement devant autrui ou le pousse à agir contre sa volonté ou sa conscience. Bien qu'il inflige moins de souffrances que la torture ou le traitement inhumain, il doit atteindre un seuil minimum²⁷ [référence]. Il n'a pas besoin d'être intentionnel pour infliger des souffrances.

58. L'interdiction de la torture ou des traitements dégradants incarne l'une des valeurs les plus cardinales des sociétés démocratiques. La Cour européenne des Droits de l'Homme a déclaré en maintes occasions que, même dans les pires circonstances, telles que la lutte contre le terrorisme et le crime organisé, elle interdit formellement la torture, les peines ou traitements dégradants, inhumains ou dégradants. Contrairement à la plupart des clauses substantives de la CEDH et des protocoles numéros 1 à 4, l'article 3 ne prévoit ni limites ni dérogation à ce qui est autorisé dans l'article 15, même dans le cas d'un danger public menaçant la vie de la nation.

59. L'article 2, paragraphe 2, de la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants déclare expressément qu'« aucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, qu'il s'agisse de l'état de guerre ou de menace de guerre, d'instabilité politique intérieure ou de tout autre état d'exception, ne peut être invoquée pour justifier la torture. »

60. La Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (« CEPT ») a institué un Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (« CPT ») qui, « par le moyen de visites, examine le traitement des personnes privées de liberté en vue de renforcer, le cas échéant, leur protection contre la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants. » Conformément à l'article 2 de cette Convention, le CPT peut visiter tout lieu sur le territoire des États membres où des personnes sont privées de liberté par une autorité publique (ce qui inclut les bases militaires, les centres de détention non officiels tels que les bureaux des services de renseignement ou un département de police particulier – stupéfiants, antiterrorisme – si le Comité estime que des personnes sont détenues ou interrogées dans ces bureaux).

61. Les États membres de la CEDH ont l'obligation de ne pas recourir à la torture et le devoir de la prévenir.²⁸ En outre, ils ont l'obligation de mener une enquête rapide, approfondie et efficace.²⁹ Les autorités qui reçoivent des informations fondées pouvant laisser suspecter que des faits de torture ou des traitements dégradants ou inhumains ont été commis ont le devoir d'enquêter pour déterminer si de tels actes ont été commis et dans quelles circonstances.

²⁶ Cour européenne des Droits de l'Homme, *Selmouni c. France*, arrêt, § 101.

²⁷ Cour européenne des Droits de l'Homme, *Tyrer c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 avril 1978, § 29.

²⁸ Cour européenne des Droits de l'Homme, *Z c. Royaume-Uni*, arrêt du 10 mai 2001 ; *A. c. Royaume-Uni*, arrêt du 23 septembre 1998, § 22.

²⁹ Cour européenne des Droits de l'Homme, *Caloc c. France*, arrêt du 20 juillet 2000.

b. Étendue des devoirs des États membres du Conseil de l'Europe de protéger les droits de l'homme

62. En vertu de l'article 1 de la CEDH, « les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre 1 de la présente Convention »³⁰. Selon la Cour européenne des Droits de l'Homme, la notion de « juridiction » est essentiellement territoriale. Dans certains cas exceptionnels, cette compétence repose sur des éléments non territoriaux, tels que : actes de puissance publique accomplis à l'étranger par les représentants consulaires et diplomatiques de l'État ; ou par une force occupante, ; actes commis sur des navires battant pavillon de l'état en cause ou sur des aéronefs et engins spatiaux enregistrés par lui.

63. Il existe une présomption que la compétence est exercée par l'État sur l'ensemble de son territoire. Dans certaines situations, les États peuvent également être tenus pour responsables des violations des droits de l'homme qui ne se produisent pas sur leur territoire³¹.

64. L'article 2 du Pacte international relatifs aux droits civils et politiques stipule que les États parties au présent Pacte s'engagent à « respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte. »

65. Le terme « juridiction » utilisé dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques est comparable à celui, identique, figurant dans la Convention européenne des Droits de l'Homme. Il n'est pas non plus limité à une juridiction territoriale. Pour le Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies pour les réfugiés (CDH), par exemple, les communications des personnes qui ont été enlevées par des agents dans un État voisin sont admissibles, sachant que les États parties sont responsables des actions de leurs agents en territoire étranger³². Le Comité des Droits de l'Homme a également précisé dans son observation générale n° 31 qu'un « État partie doit respecter et garantir à quiconque se trouve sous son pouvoir ou son contrôle effectif les droits reconnus dans le Pacte, même s'il ne se trouve pas sur son territoire. »³³

66. En vertu de l'article 1 de la CEDH, le devoir des États parties de « reconnaître » à toute personne relevant de leur juridiction « les droits et libertés ... de la présente Convention » n'est pas limité au devoir des organes d'État de ne pas violer ces droits eux-mêmes. Ce devoir inclut également les obligations positives de protéger les individus contre tout manquement à leurs droits par des tierces parties, qu'ils soient des personnes privées ou des organes d'un pays tiers

³⁰ L'article 2 de la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants énonce également que « tout État partie prend des mesures législatives, administratives, judiciaires et autres mesures efficaces pour empêcher que des actes de torture soient commis dans tout territoire sous sa juridiction. » Voir également par. 146.

³¹ Voir Cour européenne des Droits de l'Homme, Issa c. Turquie, arrêt du 6 novembre 2004, §§ 71-74; Cour internationale de justice, avis consultatif sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, 9 juillet 2004, § 109. Voir également les avis adoptés le 29 juillet 1981 par le Comité des droits de l'homme dans les affaires Lopez Burgos c. Uruguay et Celiberti de Casariego c. Uruguay, n° 52/1979, 56/1979, §§ 12.3 et 10.3 respectivement. Voir la Commission interaméricaine des droits de l'homme, Coard c. États-Unis, affaire 10.951, rapport n° 109/99, 29 septembre 1999, § 37, et Alejandro Cuba, affaire 11.589, rapport n° 86/99 29 septembre 1999, § 23.

³² Lopez Burgos, n° 52/ 1979, § 12.3; Celiberti, n° 56/1979, § 103.3; l'article 2 (1) n'interdit pas aux personnes qui ont fui à l'étranger de transmettre une communication, n° 25/1978, § 7.2 ; n° 74/1980, § 4.1 ; n° 110/1981, § 6 ; les États parties sont responsables des violations du Pacte par les représentants diplomatiques, n° 31/1978 ; n° 57/1979 ; Nr 77/1980, n° 106/1981 ; n° 108/1981 ; n° 125/1982.

³³ Comité des Droits de l'Homme, commentaire général n° 31, § 10.

agissant dans la juridiction de l'État partie concerné. La Cour européenne des Droits de l'Homme a, en particulier, reconnu les obligations positives qui découlent de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains, le droit à la vie, et le droit à la liberté et à la sûreté. De telles obligations positives incluent les devoirs d'enquêter, notamment dans le cas de personnes disparues, et de prendre des mesures correctives efficaces.

c. Limites imposées à la compétence en matière de transfert de prisonniers par les obligations de respecter les droits de l'homme

67. La condamnation internationale de la torture a une incidence claire sur l'extradition et la déportation. Selon l'article 3 de la Convention des Nations Unies contre la torture, aucun État partie « n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre État où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture »³⁴.

68. La CEDH ne garantit pas le droit de ne pas être extradé ou déporté. Elle ne prévoit pas non plus de droit à l'asile politique. L'extradition et la déportation ne constituent pas, en elles-mêmes, une violation de l'article 3 de la CEDH. Néanmoins, l'extradition ou la déportation peuvent être contraires aux dispositions de la CEDH. Selon la doctrine *Soering* de la Cour européenne des Droits de l'Homme, un État peut être tenu responsable d'une violation des articles 2 et 3 et, dans les cas flagrants, de violations possibles des articles 5 et 6 de la CEDH, si une décision, une permission ou toute autre action de sa part a créé un risque réel de violation de ces droits par l'État vers lequel le prisonnier est transféré.³⁵ Il n'est pas pertinent en l'espèce que l'État sur le territoire duquel la violation se produira ou pourrait se produire soit également lié par la CEDH³⁶.

69. Le fait de savoir si un État connaissait le « risque réel de violation » doit être déterminé dans chaque cas d'espèce. Établir la responsabilité d'un État dans une extradition ou une déportation impose inévitablement d'évaluer la situation dans le pays requérant ou requis à l'aune de l'article 3 de la CEDH. Il ne s'agit pas pour autant de constater ou de prouver la responsabilité de ce pays en droit international général, en vertu de la Convention ou autrement. Dans la mesure où une responsabilité se trouve ou peut se trouver engagée sur le terrain de la Convention, c'est celle de l'État contractant qui extrade, à raison d'un acte qui a pour résultat direct d'exposer quelqu'un à des mauvais traitements prohibés par l'article 3 de la CEDH³⁷.

70. Dans l'affaire Agiza, le Comité des Nations Unies contre la torture a estimé qu'il y avait violation de l'article 3, car la Suède, à la date de l'expulsion du requérant vers l'Égypte, savait ou aurait dû savoir que l'Égypte faisait un usage systématique de la torture contre les

³⁴ Voir également l'article 33 (Défense d'expulsion et de refoulement) de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés (1951). En 1990, l'Assemblée générale des Nations Unies cherchait à garantir ce que les droits de l'homme seraient pleinement respectés dans le processus d'extradition lorsqu'elle a approuvé le traité-modèle des Nations Unies sur l'extradition, qui exclut l'extradition non seulement s'il existe des motifs sérieux de croire que la personne sera poursuivie ou punie dans l'État requérant en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son origine ethnique, de son opinion politique, de son sexe ou de son statut, ou sera soumise à la torture ou à une peine ou un traitement dégradant, inhumain ou cruel, mais également si « cette personne n'a pas reçu ou ne recevra pas les garanties minimales concernant les poursuites pénales telles qu'elles sont définies dans le pacte international sur les droits civils et politiques. »

³⁵ Cour européenne des Droits de l'Homme, *Soering c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 1989; *Chahal c. Royaume-Uni*, arrêt du 15 novembre 1996, § 80.

³⁶ Arrêt *Soering*, § 86.

³⁷ Arrêt *Soering*, §§ 89-91.

prisonniers, et que le requérant courait dès lors un risque réel de torture. Le Comité a jugé que l'obtention d'assurances diplomatiques qui, de surcroît, n'était assortie d'aucun mécanisme pour assurer leur respect n'était pas suffisante pour protéger le requérant contre ce risque.³⁸

71. Dans l'affaire Mamatkulov, la Cour européenne des Droits de l'Homme a admis que les garanties reçues dans le cadre d'une extradition/déportation peuvent éliminer tout risque réel de torture, même lorsque les procédures de contrôle ne sont pas étendues³⁹. Cependant, l'analyse des garanties diplomatiques en l'espèce ne doit pas être surestimée. La Cour a simplement « pris formellement connaissance, des notes diplomatiques des autorités ouzbèkes transmises par le gouvernement turc »⁴⁰. En outre, sur la base des preuves produites, il n'a pas été démontré en l'espèce que les requérants avaient en fait été torturés. Enfin, la Cour européenne des Droits de l'Homme a estimé que pour contrôler l'existence de ce risque, il fallait donc « se référer par priorité aux circonstances dont l'État en cause avait ou devait avoir connaissance au moment de l'extradition. »⁴¹

d. Déroptions

72. En vertu de l'article 15 de la CEDH, un État contractant peut déroger à certaines de ses obligations à la Convention « en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation ». Parmi ces obligations « dérogeables » figurent celles énoncées dans les articles 5 et 6, mais pas celles inscrites dans l'article 2, sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, ni celles inscrites aux articles 3, 4 (paragraphe 1) et 7⁴². Cependant, un État ne peut appliquer l'article 15 que dans la mesure où une guerre ou un autre danger public menaçant la vie de la nation se présente dans ce même État, et « dans la stricte mesure où la situation l'exige » et « à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international ». Lorsque c'est le cas, l'État en question doit impérativement faire une dérogation formelle en vertu de l'article 15 de la CEDH⁴³. En outre, dans le cas d'une telle dérogation, le troisième paragraphe de l'article 15 exige que l'État concerné tienne le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées.

³⁸ Ahmed Hussein Mustafa Kamil Agiza c. Suède, Décision CAT/C/34/D/233/2003, 24 mai 2005.

³⁹ Cour européenne des Droits de l'Homme, Mamatkulov et Askerov c. Turquie, arrêt du 4 février 2005.

⁴⁰ Cour européenne des Droits de l'Homme, arrêt Mamatkulov et Askerov, § 76

⁴¹ Cour européenne des Droits de l'Homme, Cruz Varas et autres c. Suède, arrêt du 20 mars 1991, § 75, Mamatkulov et Askerov c. Turquie, arrêt, § 69 ; Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni, arrêt du 30 octobre 1991, § 107.

⁴² Voir par exemple la Cour européenne des Droits de l'Homme, Aksoy c. Turquie, arrêt du 18 décembre 1996, § 62.

⁴³ Voir la Cour européenne des Droits de l'Homme, affaire Issaieva c. Fédération de Russie, arrêt du 24 février 2005, §191 ; CIJ, avis consultatif sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestiniens occupés, 9 juillet 2004, § 127 (« La Cour constate que la dérogation ainsi notifiée ne vise que l'article 9 du pacte international relatif aux droits civils et politiques, proclamant le droit à la liberté et à la sécurité de la personne et fixant les règles applicables en cas d'arrestation et de détention. Les autres articles du pacte demeurent donc applicables non seulement sur le territoire d'Israël, mais encore dans les territoires palestiniens occupés. »).

73. Les termes de l'article 4 (1) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques sont très semblables à ceux de l'article 15(1)⁴⁴.

74. Dans sa Résolution 1271, adoptée le 24 janvier 2002, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe indiquait (paragraphe 9) que « dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, les États membres du Conseil de l'Europe ne devraient pas introduire de dérogations à la Convention européenne des Droits de l'Homme. » Elle appelait également tous les États membres (paragraphe 12) à « s'abstenir de faire usage de l'article 15 de la Convention européenne des Droits de l'Homme pour limiter les droits et libertés garantis par son article 5. »

75. Dans ses lignes directrices sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme (2002), le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a répété que les États membres « ne peuvent toutefois, en aucun cas et quels qu'aient été les agissements de la personne soupçonnée d'activités terroristes ou condamnée pour de telles activités, déroger au droit à la vie tel que garanti par ces instruments internationaux, à l'interdiction de la torture ou des peines ou traitements inhumains ou dégradants, au principe de la légalité des peines et mesures, ainsi qu'à celui de l'interdiction de la rétroactivité pénale. »⁴⁵

76. Dans son Observation générale n° 29/2001 sur l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a constaté (dans le paragraphe 3) avoir « exprimé à plusieurs occasions sa préoccupation au sujet d'États parties qui semblaient avoir dérogé aux droits protégés par le Pacte, ou dont le droit interne semblait autoriser une telle dérogation dans des situations non couvertes par l'article 4. »

77. A l'ère du « terrorisme mondial », il est permis de se demander s'il ne conviendrait pas de réinterpréter les droits de l'homme fondamentaux tels qu'ils sont examinés dans le présent avis ou la portée des dérogations possibles à ces droits. Les arrêts rendus récemment en Europe et en dehors de l'Europe par plusieurs tribunaux nationaux ont confirmé cependant que les normes et droits existants sont en principe adaptés à la lutte contre la terreur à l'échelle mondiale.⁴⁶ La Commission est également d'avis qu'il n'est ni nécessaire ni justifié de les réinterpréter.

⁴⁴ L'article 4 (1) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques a conduit la Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, qui relève du Conseil économique et social des Nations Unies, à élaborer les Principes de Syracuse, qui concernent les dispositions du Pacte autorisant des restrictions ou des dérogations, annexe, UN Doc. E/CN.4/1984/4 (1984). Dans les paragraphes 39-40, sous l'intitulé « Urgence publique menaçant la vie de la nation », il est écrit : « 39. Un État partie ne peut prendre des mesures dérogeant à ses obligations en vertu de l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ci-après « mesures de dérogation ») que lorsqu'il est confronté à une situation de danger, exceptionnel, réel ou imminent, qui menace la vie de la nation. Une menace à la vie de la nation : (a) touche l'ensemble de la population et une partie ou l'intégralité du territoire de l'État, et (b) menace l'intégrité physique de la population, l'indépendance politique ou l'intégrité territoriale de l'État ou l'existence ou le fonctionnement de base des institutions indispensables à l'application et à la protection des droits reconnus par le Pacte. 40. Un conflit interne ou des troubles qui ne constituent pas une menace imminente et grave pour la vie de la nation ne peuvent pas justifier les dérogations prévues par l'article 4 ».

⁴⁵ Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme, 11 juillet 2002, article XV.

⁴⁶ Chambre des Lords, Arrêts - A (FC) et d'autres (FC) (requérants) c. Secrétaire d'État à l'Intérieur (défendeur) (2004), A et d'autres (requérants) (FC) et d'autres c. Secrétaire d'État à l'Intérieur (défendeur) (recours joints), [2005] UKHL 71 ; Chambre des Lords, Arrêts - A (FC) et d'autres (FC) (requérants) c. Secrétaire d'État à l'Intérieur (défendeur), [2004] UKHL 56 ; Bundesverfassungsgericht, Aviation Security Act, 1 BvR 357/05 ; Cour suprême d'Israël, Comité public contre la torture en Israël c. État d'Israël et autres, affaire H CJ 5100/94 ; Cour suprême d'Israël, Centre pour la défense de l'individu c. Commandant des forces de défense israéliennes dans la « West Bank », Affaire HCJ 3278/02 ; Cour suprême d'Israël, Marab c. Commandant des forces de défense israéliennes dans la « West Bank », affaire HCJ 3239/02 ; voir également Cour suprême des États-Unis, Rasul c. Bush, affaire n° 03-334, 542 US 466 (2004) 321 F.3d 1134.

C. Droit humanitaire international

78. A l'heure actuelle, le droit humanitaire international n'a qu'une pertinence limitée concernant la question du droit applicable aux transferts extraordinaires de prisonniers et à la détention secrète sur le territoire ou l'espace aérien des États membres du Conseil de l'Europe. Ce droit s'applique pendant un « conflit armé » et établit une distinction entre les conflits armés internationaux et non internationaux. Le « conflit armé » selon le droit humanitaire international désigne un état prolongé de violence armée entre des États ou entre des autorités gouvernementales et/ou des groupes armés organisés à l'intérieur d'un État.⁴⁷ « La pratique de l'État indique que le brigandage, l'activité criminelle, les émeutes, les flambées de violence et les actes terroristes ne sont pas assimilables à un conflit armé. »⁴⁸. Cela signifie, par exemple, que les hostilités organisées en Afghanistan avant et après 2001 ont relevé du « conflit armé », lequel a commencé par être un conflit armé non international avant de devenir un conflit armé international après l'engagement des troupes américaines. En revanche, les attentats à la bombe et autres actes de violence que les réseaux terroristes commettent de temps à autre dans différents endroits de la planète ainsi que les mesures antiterroristes qui en découlent, même si elles sont parfois exécutées par des unités militaires, ne relèvent pas du « conflit armé » et ne sont donc pas soumis au droit humanitaire international.

79. La Commission de Venise estime que les mesures antiterroristes qui font partie de ce qui est parfois appelé la « guerre contre la terreur » n'entrent pas dans le champ d'application du droit international humanitaire. Elle tient à ce qu'une réflexion approfondie soit menée sur l'éventuelle nécessité d'élaborer d'autres instruments capables de répondre aux nouvelles menaces qui pèsent sur la paix et la sécurité à l'échelle internationale⁴⁹.

80. Le droit humanitaire international ne s'applique donc qu'au transport de prisonniers à travers le territoire et/ou l'espace aérien des États membres du Conseil de l'Europe, ces prisonniers ayant été arrêtés ou capturés dans le contexte d'un « conflit armé » tel que défini ci-avant. Il s'agit, par exemple, d'un prisonnier capturé dans une région de l'Afghanistan dans laquelle ont eu lieu des combats organisés au moment de l'arrestation. Dans ce cas, le transfert de ce prisonnier est soumis au droit humanitaire international, quel que soit l'endroit où il est transféré ou détenu en Europe. En revanche, si des personnes transportées ou détenues ont été arrêtées sur le territoire d'un État, ou dans une région, où aucun conflit armé n'a eu lieu, le droit humanitaire international ne s'applique pas. Dans de tels cas, les normes de protection des droits de l'homme s'appliquent pleinement.

81. Même dans les cas limités où il est pertinent (dans le contexte du transport extraordinaire de prisonniers), le droit international humanitaire ne s'applique pas exclusivement. En règle générale, le droit international des droits de l'homme s'applique en toutes circonstances, que ce soit en temps de paix ou dans des situations de conflit armé, à toutes les personnes soumises à l'autorité et au contrôle d'un État (« juridiction »). Cependant, dès qu'un conflit armé commence, le droit international des droits de l'homme est partiellement supplanté par le droit humanitaire international, qui contient des règles qui définissent spécifiquement le comportement des parties à un conflit armé. Par exemple, le droit international des droits de l'homme ne tient pas compte spécifiquement du régime de l'occupation de belligérants. Cela

⁴⁷ Voir Procureur c. Tadic (1996) 105 ILR 419, 488.

⁴⁸ Manuel du droit des conflits armés (en anglais), Ministère de la défense du Royaume-Uni, Oxford (OUP) 2004, n° 3.5.1(at p. 31).

⁴⁹ Voir l'avis de la Commission de Venise sur la nécessité éventuelle d'un développement des Conventions de Genève, CDL-AD(2003)018, § 87.

signifie que les dispositions du Règlement de La Haye et la Quatrième Convention de Genève de 1949 servent dans une large mesure de *lex specialis*. Cependant, comme la Commission l'a souligné antérieurement ⁵⁰, les règles non dérogeables du droit international des droits de l'homme ainsi que les règles qui n'ont pas fait l'objet de dérogation conformément au mécanisme de dérogation prévu par le traité pertinent sont également applicables dans des situations de conflit armé.

82. En vertu des Conventions de Genève de 1949, les personnes qui sont arrêtées par une puissance dans le cadre d'un conflit armé international sont protégées soit en tant que prisonniers de guerre (article 4, Convention (III) de Genève), soit en tant qu'autres « personnes protégées » (toutes les personnes, notamment les civils, qui ne sont pas ressortissantes de la Puissance occupante ou ne sont pas protégées par d'autres Conventions, article 4 Convention (IV) de Genève). Le texte de l'article 4 (1) et celui de la Quatrième Convention de Genève précisent bien qu'aucune catégorie de personnes ne doit rester sans protection. Comme la Commission l'a souligné auparavant, même les personnes qui ne remplissent pas les exigences de nationalité énoncées dans l'article 4 de la Quatrième Convention de Genève sont protégées par le droit humanitaire international coutumier tel qu'il a été codifié par l'article 75 du premier protocole additionnel de 1977 aux Conventions de Genève.)

83. Les personnes qui sont soupçonnées d'appartenir à réseau terroriste international tel qu'Al-Qaïda et dont l'arrestation est liée à un conflit armé entrent dans la catégorie des autres « personnes protégées » ou dans celle des prisonniers de guerre.

84. Dans la mesure où la Quatrième Convention de Genève, le premier protocole additionnel et le droit humanitaire international coutumier trouvent à s'appliquer, et toutes les personnes protégées, y compris les personnes soupçonnées d'actes terroristes, doivent être traitées selon les règles énoncées dans les articles 27-28 de la Quatrième Convention de Genève et conformément aux exigences minimales de l'article 75 du premier protocole additionnel, ce qui a été confirmé au cours de ces dernières années par les tribunaux nationaux.⁵¹

85. Dans le cas où des personnes soupçonnées d'appartenir à des réseaux terroristes internationaux sont considérées comme des prisonniers de guerre, leur transfert est réglementé par la Troisième Convention de Genève (voir en particulier les articles 12 et 46-48).

D. Principes généraux de l'aviation civile

86. Le droit aérien international dispose d'un cadre codifié dans la Convention relative à l'aviation civile internationale (couramment désignée sous le nom de « Convention de Chicago »), signée à Chicago le 7 décembre 1944.

87. Selon l'article 1 de la Convention de Chicago, chaque État a la souveraineté complète et exclusive sur l'espace aérien au-dessus de son territoire, c'est-à-dire les régions terrestres et les eaux territoriales y adjacentes.

⁵⁰ Avis sur la nécessité éventuelle d'un développement des Conventions de Genève, CDL-AD (2003)018, § 56.

⁵¹ Voir la Cour suprême d'Israël, HCJ 7015/02, Ajuri c. Commandant des forces de défense israéliennes dans la « West Bank », in : Arrêts de la Cour suprême d'Israël – Lutter contre le terrorisme dans le cadre de la loi, <http://www.mfa.gov.il/MFA/Government/Law/Legal+Issues+and+Rulings/Fighting+Terrorism+within+the+Law+2-Jan-2005.htm>, pp. 144-178.

88. L'article 4 de la Convention de Chicago énonce que « *chaque État contractant convient de ne pas employer l'aviation civile à des fins incompatibles avec les buts de la présente Convention* ».

89. La Convention de Chicago décrit le régime des aéronefs civils et de l'aviation civile. Selon l'article 3 (a), ce régime ne s'applique pas aux aéronefs d'État.

90. Au titre de la Convention, les aéronefs « utilisés dans des services militaires, de douane ou de police » sont considérés comme aéronefs d'État (article 3 (b)). Cette présomption, cependant, n'est pas irréfutable⁵². En outre, un aéronef engagé dans d'autres activités telles que la surveillance côtière, la recherche et le sauvetage pourrait être considéré également soit comme un aéronef d'État ou comme un aéronef civil au sens de la Convention⁵³.

91. Il a généralement été admis⁵⁴ qu'en cas de doute, c'est la fonction qu'exerce un aéronef à un moment donné qui détermine s'il est « civil » ou « d'État »⁵⁵. En règle générale, les aéronefs sont considérés comme des « aéronefs d'État » lorsqu'ils sont sous le contrôle de l'État et utilisés exclusivement par l'État à ses propres fins⁵⁶. Un même aéronef peut donc être considéré comme « civil » ou « d'État » en différentes occasions.

⁵² Le Secrétariat de l'OACI a constaté que « l'opinion prédominante est que les aéronefs de ce type [effectuant des services pour le compte de l'État autres que militaires, policiers et douaniers] peuvent être considérés comme entrant dans le champ d'application de la Convention. ». Dans son étude, il est rappelé qu'en vertu de la Convention de Paris de 1919, tous les aéronefs d'État autres que militaires, douaniers ou policiers étaient traités comme des aéronefs privés et soumis à toutes les dispositions de la Convention de Paris (voir Doc. C-WP/9835 du 22/09/1993, Etude du Secrétariat sur les aéronefs civils et d'État présentée par le Secrétaire général au Conseil de l'OACI à sa 140^{ème} session, § 5.2).

⁵³ En Allemagne, par exemple, certains vols utilisés pour des fonctions étatiques, tels le transport de hauts fonctionnaires gouvernementaux ou le secours humanitaire ou en cas de désastres, sont désignés sous le nom de « vols civils d'État » (zivile Staatsflüge) et sont considérés comme des vols civils au sens de la Convention de Chicago (mais pas nécessairement au sens du droit international public général), voir Bericht der Bundesregierung (Offene Fassung) gemäß Anforderung des Parlamentarischen Kontrollgremiums vom 25. Januar 2006 zu den Vorgängen im Zusammenhang mit dem Irakkrieg und der Bekämpfung des Internationalen Terrorismus, at <http://www.bundesregierung.de/Anlage965868/Bericht+der+Bundesregierung+-+offene+Fassung.pdf>, pp. 62-67.

⁵⁴ Etude du Secrétariat du Conseil de l'OACI, LC/29-WP/2-1 ; Pellet, Dailler, Droit International Public, LGDJ, 7^e édition, 2002, p. 1250 ; Combacau (J.), Sur (S), Droit international Public, Montchrestien, 5^e édition, 2001, p. 473 ; Le statut de l'aéronef militaire dans le droit international, intervention du professeur Michael Milde, ancien chef du bureau juridique de l'Organisation internationale de l'aviation civile, lors du troisième séminaire de droit international, publiée à l'adresse suivante : <http://www.mindef.gov.sg/dmg/ls/I1399.doc> ; Diederiks-Verschoor, Introduction to air law, Kluwer, pp. 30 et suivantes.

⁵⁵ Dans l'affaire concernant un aéronef civil (B-737, vol MisrAir 2843 du Caire à Tunis) transférant à l'étranger, sur la base d'un charter fourni par le gouvernement, des terroristes soupçonnés et placés sous une escorte de la police militaire, puis intercepté et sommé d'atterrir en Italie par les forces armées américaines stationnées en Italie, le gouvernement américain, dans une lettre adressée à la Fédération internationale des associations de pilotes de ligne, a déclaré : « Nous estimons que l'aéronef remplissait les fonctions d'un avion d'État au moment de l'interception. Les facteurs pertinents – y compris les fins exclusives de l'État, la fonction de la mission, la présence de personnel militaire armé à bord et le secret entourant la mission – impose cette conclusion. » Cette affaire, citée dans un document de l'OACI (cote LC/29-WP/2-1, pp. 11-12), a été citée par le professeur Milde, voir ci-dessus, note de bas de page 50. Voir également A. Cassese, Terrorism, Politics and Law, the Achille Lauro case, Polity Press, p. 39.

⁵⁶ Diederiks-Verschoor, Introduction to air law, Kluwer, p. 30, §12. Voir également note de bas de page 52.

92. Les aéronefs civils qui ne sont pas engagés dans des services aériens internationaux réguliers d'un État partie à la Convention de Chicago ⁵⁷ ont le droit de pénétrer sur le territoire, de le traverser en transit sans escale et d'y faire des escales non commerciales sans avoir à obtenir une autorisation des autorités compétentes de chacun des États contractants ont le droit de fouiller, à l'atterrissage et au départ, sans causer de retard déraisonnable, les aéronefs des autres États contractants et d'examiner les certificats et autres documents prescrits par la Convention de Chicago (Article 16).

93. Un aéronef d'État n'a pas les mêmes droits de survol qu'un aéronef civil. Selon l'article 3 (c), aucun aéronef d'État ne peut survoler le territoire d'un autre État ou y atterrir, sauf autorisation de l'État concerné, et conformément aux conditions de cette autorisation. Une telle autorisation doit être donnée par voie d'accord spécial « ou de toute autre manière » ; la pratique des États indique que la forme privilégiée est l'accord bilatéral ou multilatéral entre les États concernés, valable pendant une période définie, un an par exemple, ou des autorisations générales ou spéciales obtenues par la voie diplomatique. Dans ce dernier cas, les notes diplomatiques doivent être soumises aux autorités compétentes – au ministère des affaires étrangères par exemple – avant l'exercice du vol. Elles contiennent en général le nom du transporteur aérien étranger, le type d'aéronef ainsi que son enregistrement et son identification, le plan de vol (y compris le dernier point de départ en dehors de l'État, le premier point d'arrivée, la date et l'heure d'arrivée, le lieu d'embarquement et de débarquement à l'étranger des passagers ou du fret), la finalité du vol (nombre de passagers et leurs noms).

94. Si un « aéronef d'État » pénètre dans l'espace aérien étranger sans une autorisation en bonne et due forme, il peut être :

- intercepté aux fins d'identification ;
- sommé de quitter l'espace aérien violé ;
- sommé d'atterrir aux fins d'enquête et de poursuites ;
- forcé à atterrir aux fins d'enquête et de poursuites⁵⁸.

95. En vertu du droit international coutumier⁵⁹, un aéronef d'État bénéficie d'une immunité concernant la fouille et l'inspection à l'intérieur d'une juridiction étrangère. Des autorités étrangères, y compris les autorités d'État, ne peuvent donc pas accéder à un aéronef, le fouiller et l'inspecter sans l'accord du capitaine. Cependant, comme un aéronef d'État a besoin d'une autorisation pour pénétrer dans l'espace aérien d'un autre État, conformément à l'article 3 (c) de la Convention de Chicago, la portée de son immunité dépend d'une autorisation semblable à celle définie dans ce même article⁶⁰.

⁵⁷ Le statut des ratifications de la Convention de Chicago peut être consulté à l'adresse suivante : <http://www.icao.int/ICDB/HTML/English/Representative%20Bodies/Council/Working%20Papers%20by%20Session/163/c.163.wp.11641.en/C.163.WP.11641.ATT.EN.HTM>

⁵⁸ Voir M. Milde, Le statut de l'aéronef militaire dans le droit international, intervention lors du troisième séminaire de droit international du 28 août 1999, op.cit.

⁵⁹ La Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, signée le 1^{er} mars 2004, prévoit dans son article 3, chapitre 3, que « *la présente Convention n'affecte pas les privilèges et immunités que le droit international reconnaît à un État concernant des aéronefs ou des objets spatiaux lui appartenant ou exploités par lui.* »

⁶⁰ Voir Pellet, Dailler, Droit International Public, op. cit., p. 1252 ; A. Cassese, Terrorism, Politics and Law, op. cit., p. 39.

96. Un simple contrôle opérationnel de la circulation aérienne (CCA) ne suffit pas pour répondre aux critères d'autorisation définis dans l'article 3 (c)⁶¹, sauf si cela correspond à une pratique acceptée.

97. L'article 3bis, paragraphe b, de la Convention de Chicago, prévoit que :

[Les États contractants reconnaissent que chaque État, dans l'exercice de sa souveraineté, est en droit d'exiger l'atterrissage, à un aéroport désigné, d'un aéronef civil qui, sans titre, survole son territoire ou s'il y a des motifs raisonnables de conclure qu'il est utilisé à des fins incompatibles avec les buts de la présente Convention ; il peut aussi donner à cet aéronef toutes autres instructions pour mettre fin à ces violations. A cet effet, les États contractants peuvent recourir à tous moyens appropriés compatibles avec les règles pertinentes du droit international, y compris les dispositions pertinentes de la présente Convention, spécifiquement l'alinéa a) du présent article⁶². Chaque État contractant convient de publier ses règlements en vigueur pour l'interception des aéronefs civils.

98. L'État du pavillon de l'aéronef violant l'espace aérien est internationalement responsable de l'infraction. Cette responsabilité pèse sur les relations globales entre les États concernés et consiste essentiellement à prendre les sanctions graduées suivantes, selon la gravité : présenter des excuses, promettre de punir les coupables, promettre de ne pas répéter l'infraction.

99. Conformément à l'article 54 de la Convention de Chicago, toute action qui peut être considérée comme une infraction, une violation ou un manquement à la Convention peut faire l'objet d'une action du Conseil de l'Organisation internationale de l'aviation civile (OACI) en vertu de l'article 54 (j) ou (k). Par exemple, un État contractant qui, par son action, ne respecte pas le principe de l'article 1 selon lequel chaque État a la souveraineté complète et exclusive sur l'espace aérien au-dessus de son territoire, pourrait être considéré comme commettant une infraction à la Convention. Une conclusion analogue peut être tirée à l'égard d'un État qui, par son action, enfreint la notion de « territoire » définie dans l'article 2 ; ou dont les réglementations s'appliquant à un aéronef d'État ne tiennent pas « dûment compte de la sécurité de la navigation des aéronefs civils » (Article 3 (d)) ; ou qui utilise des armes contre les aéronefs civils en vol, contrairement à l'article 3 bis ; ou qui emploie l'aviation civile à des fins incompatibles avec les buts de la Convention de Chicago (article 4). Les infractions peuvent être portées à la connaissance du Conseil par un État contractant ou un groupe d'États contractants.

⁶¹ Voir « Le statut de l'aéronef militaire dans le droit international », intervention du professeur Michael Milde, ancien chef du bureau juridique de l'Organisation internationale de l'aviation civile, lors du troisième séminaire de droit international, publiée à l'adresse suivante : <http://www.mindef.gov.sg/dmg/ls/II399.doc>.

⁶² Le paragraphe a) de l'article 3bis de la Convention de Chicago stipule que « les États contractants reconnaissent que chaque État doit s'abstenir de recourir à l'emploi des armes contre les aéronefs civils <http://fr.sports.yahoo.com/19032006/26/photo/le-milan-ac-bat-udinese-en-serie-a.html> en vol et qu'en cas d'interception, la vie des personnes se trouvant à bord des aéronefs et la sécurité des aéronefs ne doivent pas être mises en danger. Cette disposition ne saurait être interprétée comme modifiant de quelque manière que ce soit les droits et obligations des États en vertu de la Charte des Nations Unies. »

100. Tant qu'un aéronef se trouve dans l'espace aérien et non au sol, les personnes à bord sont soumises à la juridiction concurrente de l'État national et de l'État territorial⁶³. Dans ce contexte, il doit être noté que selon l'article 4 de la Convention relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs (la Convention de Tokyo)⁶⁴, à laquelle pratiquement tous les États membres du Conseil de l'Europe sont parties :

« Un État contractant qui n'est pas l'État d'immatriculation ne peut gêner l'exploitation d'un aéronef en vol en vue d'exercer sa compétence pénale à l'égard d'une infraction commise à bord que dans les cas suivants :

(a) cette infraction a produit effet sur le territoire dudit État ;

(b) cette infraction a été commise par ou contre un ressortissant dudit État ou une personne y ayant sa résidence permanente ;

(c) cette infraction compromet la sécurité dudit État ;

(d) cette infraction constitue une violation des règles ou règlements relatifs au vol ou à la manœuvre des aéronefs en vigueur dans ledit État ;

(e) l'exercice de cette compétence est nécessaire pour assurer le respect d'une obligation qui incombe audit État en vertu d'un accord international multilatéral. »

101. Cette disposition ne limite pas la juridiction de l'État territorial mais l'exercice de son droit d'intervenir à l'égard d'un avion en vol. En premier lieu, des infractions aussi graves que l'enlèvement, la torture, etc. ont certainement un « effet » sur l'État territorial. Si les conditions dans lesquelles se trouve un prisonnier dans un avion ne constituent pas en tant que telles un traitement inhumain ou dégradant, tous les actes commis lors du transfert aérien d'un prisonnier vers un lieu où il court un risque réel d'être torturé ne sont pas nécessairement des infractions pénales dans l'État territorial. Tout dépend en la matière de la façon dont les infractions pertinentes et les infractions réalisées (préparation, conspiration, etc.) sont formulées dans le droit de l'État territorial (par exemple si les actes en question constituent une infraction continue d'enlèvement). Il s'agit également de savoir si la législation de cet État concernant les infractions extraterritoriales considère que la remise délibérée d'une personne à une autorité extraterritoriale est une infraction, dès lors qu'elle entraîne la torture. Il convient, toutefois, de souligner que les obligations d'un État membre du Conseil de l'Europe relatives à la protection des droits de l'homme (voir ci-dessus, paragraphes 62-67, et ci-dessous paragraphe 146) ne se limitent pas simplement à appliquer son droit pénal. Un État territorial peut donc, dans un cas particulier, décider que tous les faits commis lors d'un transfert sont punis par la loi, ou exercer sa compétence pénale. En outre, selon l'alinéa (e) de l'article 4 de la Convention de Tokyo, la limitation, pour un État contractant, de son droit d'intervenir à l'égard d'un aéronef en vol en vue d'exercer sa compétence pénale, ne s'applique pas lorsque « l'exercice de cette compétence est nécessaire pour assurer le respect d'une obligation qui incombe audit État en vertu d'un accord international multilatéral », tel que la Convention européenne des droits de l'homme. Par conséquent, si les obligations positives découlant de la CEDH exigent qu'un État membre du

⁶³ En ce qui concerne l'Allemagne, voir Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 26e éd. 2001, Vor §§ 3-7, para. 30, et § 153 c. Strafprozessordnung (Droit et procédure pénale), selon lequel le procureur public *peut* s'abstenir de poursuivre pénalement l'auteur d'une infraction si celle-ci a été commise par un étranger dans un aéronef étranger ; cette disposition présuppose qu'il existe une juridiction complète qui s'applique à un aéronef étranger en vol et que celle-ci ne donne au procureur que le pouvoir discrétionnaire de ne pas exercer sa compétence, voir Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 48^{ème} éd. 2005. Voir également, par exemple, Males (Cour de cassation française, 29 juin 1972, 27 juin 1973, 73 ILR 698), Procureur public c. Janos V. Cour suprême d'Autriche, 17 mai 1972, 71 ILR 229, Air India c. Wiggins, Chambre des Lords du Royaume-Uni, 3 juillet 1980, 77 ILR 276), États-Unis c. Georgescu, 723 F. Supp. 912 (1989).

⁶⁴ Tokyo, 14 septembre 1963, UNTS 704.

Conseil de l'Europe enquête sur les violations éventuelles des droits de l'homme commises dans un aéronef en vol traversant son espace aérien, cet État membre n'est pas empêché par la Convention de Tokyo de gêner l'exploitation de cet aéronef en vol.

102. Dans ce contexte, la question qui se pose est la suivante : quelle est la situation d'un aéronef enregistré dans l'État pavillon comme un aéronef civil et qui, exécutant des « fonctions d'État » (telles que des missions spéciales liées au transport de prisonniers), pénètre dans l'espace aérien d'un autre État sans demander d'autorisation spécifique ou sans respecter les procédures applicables à l'aéronef d'État ?

103. Selon la Commission de Venise, un aéronef d'État ne peut invoquer l'immunité que dans la mesure où il informe l'État territorial, par les voies appropriées, qu'il exerce des fonctions d'État. Si la finalité publique n'a pas été déclarée dans le but de contourner la nécessité d'obtenir la ou les permissions requises, l'État sera donc privé du droit d'invoquer le statut d'aéronef d'État⁶⁵ et l'aéronef sera considéré comme civil et donc entrant dans le champ d'application de la Convention de Chicago, notamment son article 16 qui prévoit que l'État territorial a le droit de fouiller et d'inspecter les aéronefs des autres États contractants. Par conséquent, l'État territorial pourrait sommer l'aéronef d'atterrir, procéder à une fouille et une inspection, et prendre les mesures nécessaires pour mettre un terme aux violations éventuelles qu'il pourrait identifier⁶⁶. En outre, l'État pavillon serait considéré comme internationalement responsable de la violation de l'article 4 de la Convention de Chicago et du droit international coutumier.

104. Les relations entre le droit aérien et le droit des droits de l'homme seront analysées ci-dessous (voir les paragraphes 144-152).

E. Bases militaires

105. La légalité de la présence de forces armées sur le territoire d'un autre État en temps de paix est subordonnée à l'accord de l'État hôte. La décision initiale d'admettre la force peut prendre la forme d'un traité bilatéral ou multilatéral, souvent des accords de défense. À la suite de cet accord, l'État destinataire décide d'autoriser l'utilisation d'installations se trouvant sur son sol, ce qui n'est normalement possible que par l'intermédiaire d'un autre accord.

106. Un État n'abandonne pas sa souveraineté lorsqu'il accepte la présence de forces armées étrangères sur son territoire. Il garantit la jouissance du privilège d'utiliser son territoire accordé à l'État expéditeur, mais conserve cependant le droit de réglementer ce privilège dans le cadre des traités et accords applicables. L'État expéditeur obtient donc divers pouvoirs concernant les activités de ses forces de défense sur un territoire qui reste soumis à la souveraineté de l'État hôte. Sur le territoire de l'État destinataire ou dans l'espace aérien de celui-ci, l'État expéditeur ne peut invoquer légalement que les droits et pouvoirs qui sont liés directement à l'exploitation des sites dans lesquels les forces étrangères sont installées ainsi qu'à l'accès aux installations implantées. Le principe de souveraineté impose que tout autre droit ou pouvoir ne peut découler que d'une autorisation expresse des États destinataires. En particulier, le droit de l'État destinataire d'inspecter une base militaire étrangère située sur son territoire dépend des termes de l'accord de défense ou d'une convention SOFA⁶⁷.

⁶⁵ Arrêts de la CIJ concernant les affaires du Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark ; République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas) [1969] Recueils de la CIJ de 4 à 42.

⁶⁶ Voir Etude du Secrétariat de l'OACI intitulée « civil/state aircraft », LC/29-WP/2-1 ; document de travail du Conseil C-WP/10588 « Misuse of civil aviation (request from Cuba) ».

⁶⁷ Par exemple, l'article 4 de l'accord du 26 juillet 1962 entre l'Italie et le Commandant suprême de l'OTAN sur les conditions spécifiques de l'établissement et du fonctionnement sur le territoire italien du futur quartier général

107. Les « conventions sur le statut des forces » (SOFA) entre l'État hôte et les forces militaires d'un État stationnant dans l'État hôte définissent le statut juridique du personnel et des biens de l'État expéditeur sur le territoire de l'État hôte. Elles font généralement partie intégrante des accords généraux sur les bases militaires qui permettent aux forces militaires de l'État expéditeur d'exercer leurs activités à l'intérieur de l'État hôte⁶⁸.

108. Les forces armées étrangères dont l'admission a été consentie par l'État destinataire ne sont pas en règle générale soumises aux contrôles de l'immigration et aux formalités d'entrée et de séjour applicables normalement aux ressortissants nationaux. L'accord OTAN-SOFA stipule que « les membres d'une force sont dispensés des formalités de passeport et de visa à l'entrée et à la sortie du territoire d'un État de séjour. Ils ne sont pas davantage assujettis à la réglementation relative à l'enregistrement et au contrôle des étrangers »⁶⁹. En revanche, il est demandé aux membres d'une force de produire à toute réquisition, à l'entrée ou à tout moment du séjour, une carte d'identité personnelle ou un ordre de mission collectif ou individuel attestant le statut de la personne en tant que membre d'une force⁷⁰. L'État destinataire peut exiger que l'ordre de déplacement soit contresigné par un de ses représentants à ce qualifié. Toute exemption aux formalités d'entrée doit être conforme aux formalités mises en place par l'État destinataire concernant l'entrée et le départ d'une force ou de ses membres.

109. L'État expéditeur doit avoir accès à la base et, dans le cas où il y a plus d'une base sur le territoire d'un même État, il doit être autorisé à circuler entre celles-ci. Tout refus d'accès équivaldrait à une dérogation à l'autorisation accordée par l'État hôte. Il est donc courant que les accords relatifs aux bases militaires autorisent l'État expéditeur à accéder à ses forces et aux ports ou aéroports qui lui ont été accordés dans l'État hôte. Cette autorisation est essentielle, car il n'y a pas de droit d'accès aux navires et aux aéronefs publics en vertu du droit international coutumier. Cependant, il est souvent courant dans les traités bilatéraux que l'accès aux ports de l'État destinataire fasse l'objet d'« une notification appropriée selon les règles habituelles » adressée aux autorités dudit État⁷¹.

110. L'État expéditeur ne bénéficie pas d'une liberté de circulation illimitée à l'intérieur du territoire de l'État de destination, ni d'une liberté illimitée de survol de l'espace aérien de ce dernier, sauf si ces droits sont expressément attribués dans un accord de base. Quoiqu'il en soit,

militaire international stipule que le gouvernement italien accepte que les biens meubles et immeubles du quartier général ne soient pas soumis à l'inspection.

⁶⁸ En général, les SOFA sont bilatéraux ; il existe en outre un SOFA multilatéral avec les membres de l'OTAN intitulé la « Convention entre les États parties au Traité de l'Atlantique Nord sur le statut de leurs forces » (SOFA) et adopté le 19 juin 1951 (publié à l'adresse électronique suivante : <http://www.nato.int/docu/basic/txt/b510619a.htm>). Conformément à l'article VII du SOFA OTAN, l'État de séjour a le droit d'exercer sa juridiction pénale en ce qui concerne les infractions commises sur son territoire et punies par sa législation. Lorsque seule la législation de l'État de séjour est violée, l'État de séjour a de droit d'exercer sa seule juridiction pénale. Lorsqu'une infraction a violé les législations des deux pays, il s'agit d'un cas de juridiction pénale : l'État de séjour exerce sa juridiction, à l'exception des infractions portant atteinte uniquement aux biens, à la sécurité ou à un membre de la force de cet État, ou des infractions résultant de tout acte ou négligence accomplis dans l'exécution du service. Dans tous les autres cas, l'État de séjour exerce par priorité sa juridiction. Dans les cas de juridiction concurrente, l'État de séjour peut renoncer à exercer sa juridiction en examinant avec bienveillance les demandes de renonciation à ce droit présentées par l'autre État.

⁶⁹ Article III.1

⁷⁰ Article III.2

⁷¹ Cette notification est courante, par exemple, dans la pratique américaine des traités. Voir John Woodcliffe, "The peacetime use of foreign military installations under modern international law", Martinus Nijhoff, 1992, p. 144.

le droit national et international qui est applicable aux bases militaires ne peuvent pas, et ne prétendent pas, diminuer les obligations et les responsabilités des États membres du Conseil de l'Europe en vertu des traités relatifs aux droits de l'homme.

F. Article V du traité de l'OTAN⁷²

111. L'article V est la clause fondamentale du Traité de Washington, qui est la charte fondatrice de l'OTAN. Elle énonce qu'une attaque armée contre l'une ou plusieurs des parties au Traité sera considérée comme une attaque dirigée contre toutes les parties. Si une attaque se produit, chacune des parties prendra individuellement et d'accord avec les autres parties, telle action qu'elle jugera nécessaire pour rétablir et assurer la sécurité dans la région de l'Atlantique Nord, y compris l'emploi de la force armée.

112. L'article V a été pour la première fois invoqué le 12 septembre 2001 immédiatement après les attaques terroristes du 11 septembre contre les États-Unis. L'invocation a d'abord été provisoire, car il s'agissait de savoir si les attaques étaient dirigées de l'étranger. Ce point fut confirmé le 2 octobre 2001, lorsque les représentants des États-Unis présentèrent les résultats de leur enquête sur les attaques aux États membres du Conseil de l'Atlantique Nord, concluant que le réseau terroriste Al-Qaïda était responsable.

113. Le 4 octobre 2001, les alliés adoptent une série de mesures visant à aider la campagne menée par les États-Unis contre Al-Qaïda et le terrorisme associé⁷³. Ces mesures incluent le partage et la coopération en matière de renseignements, des autorisations générales de survol conformément aux arrangements nécessaires du trafic aérien et aux procédures nationales, et l'accès des forces américaines et alliées aux ports et aux aéroports en vue de mener des opérations antiterroristes.

114. En application de cet accord, certains États membres de l'OTAN ont accordé aux États-Unis (et aux États membres de l'OTAN) des autorisations inconditionnelles de survol valables pendant certaines périodes, ou des droits de survol sur demande⁷⁴.

115. Aux termes de l'article V du Traité de l'Atlantique Nord, les États membres du Conseil de l'Europe ne sont pas tenus d'autoriser des transferts irréguliers de prisonniers ni d'accorder des autorisations inconditionnelles de survol dans le but de lutter contre le terrorisme. Cette disposition du Traité les oblige au mieux à prendre des mesures, notamment en matière de coopération et de consentement, mais elle laisse à l'appréciation de l'État concerné la nécessité de prendre des mesures concrètes pour restaurer et maintenir la sécurité. En outre, ni l'article V du Traité de l'Atlantique Nord ni un quelconque accord d'exécution dudit Traité ne peut, ou ne peut prétendre, réduire les obligations et les responsabilités des États membres du Conseil de l'Europe en vertu des traités relatifs aux droits de l'homme.

⁷² Il existe une disposition similaire dans le Traité sur la sécurité collective de la Communauté des États indépendants (CEI). Deux États membres du Conseil de l'Europe, la Russie et l'Arménie, y sont actuellement parties.

⁷³ La Commission n'a pas été en mesure d'examiner le texte de cet accord.

⁷⁴ Voir le ministère de la défense des États-Unis, fiche du 7 juin 2002 intitulée "International contributions to the War against terrorism" : <http://www.defenselink.mil/news/Jun2002/d20020607contributions.pdf>.

SECTION II – LES OBLIGATIONS LEGALES INTERNATIONALES DES ETATS MEMBRES DU CONSEIL DE L'EUROPE

A. Obligations des Etats membres du Conseil de l'Europe relatives aux arrestations effectuées sur leur territoire par des autorités étrangères

116. Un État partie à la CEDH est censé exercer sa compétence sur l'ensemble de son territoire. Toute arrestation d'une personne par des autorités étrangères sur le territoire d'un État membre du Conseil de l'Europe sans l'accord de cet État est une violation de sa souveraineté et donc contraire au droit international. En outre, l'ancienne Commission européenne des Droits de l'Homme a estimé « qu'une arrestation effectuée par les autorités d'un État sur le territoire d'un autre État sans accord préalable de l'État concerné n'engage pas seulement la responsabilité de cet État vis-à-vis de l'autre État, mais affecte également le droit individuel de cette personne à la sécurité en vertu de l'article 5 § 1 »⁷⁵.

117. La Cour européenne des Droits de l'Homme a clairement montré à quel point la responsabilité d'un État membre du Conseil de l'Europe est engagée dans l'arrestation d'un individu sur son territoire par des autorités étrangères. Que les arrestations violent ou non le droit de l'État dans lequel le suspect a été arrêté, la responsabilité de l'État hôte est engagée, à moins qu'il puisse être prouvé que les autorités de l'État vers lequel le requérant a été transféré ont agi extra-territorialement et sans accord, et donc d'une manière incompatible avec la souveraineté de l'État hôte⁷⁶.

118. Toute forme d'engagement de l'État membre du Conseil de l'Europe ou réception d'informations préalable au déroulement de l'arrestation entraîne la responsabilité en vertu des articles 1 et 5 de la CEDH (et éventuellement de l'article 3 concernant les modalités de l'arrestation). Un État doit donc empêcher le déroulement de l'arrestation, sauf si celle-ci est effectuée par les autorités étrangères conformément aux termes d'une convention SOFA applicable (voir note de bas de page 68 ci-dessus).

119. La responsabilité des États membres du Conseil de l'Europe est aussi engagée lorsqu'une section quelconque de la puissance publique (police, forces de sécurité, etc.) a coopéré avec les autorités étrangères ou n'a pas empêché une arrestation *qui n'avait pas été portée à la connaissance du gouvernement*. Cette situation soulève la question du contrôle gouvernemental sur les services de police et/ou de sécurité et, si le droit interne applicable le prévoit, celle du contrôle parlementaire sur le gouvernement.

120. Différents États européens appliquent différents systèmes pour que le pouvoir politique puisse connaître et contrôler les opérations menées par les services de renseignement et de sécurité, selon la structure constitutionnelle, les facteurs historiques, etc. Il existe divers mécanismes permettant de s'assurer que des opérations particulièrement sensibles sont soumises à une approbation et/ou un contrôle adéquat. La responsabilité d'un gouvernement tout au long de sa législature est évidemment subordonnée à la manière dont ce gouvernement parvient à contrôler les services de sécurité et de renseignement⁷⁷. Lorsque le droit prévoit le contrôle gouvernemental, mais que ce contrôle n'existe pas dans la pratique, les services de sécurité et de renseignement risquent de devenir un « État dans l'État ». Mais le droit peut également prévoir

⁷⁵ Avis de la Commission, 12 octobre 1989, Stocké c. Allemagne, § 167

⁷⁶ Voir Cour européenne des Droits de l'Homme, arrêt Öcalan c. Turquie, § 90.

⁷⁷ Les services de sécurité intérieure en Europe, rapport adopté par la Commission de Venise à sa 34e réunion plénière, 7 mars 1998, CDL-INF(1998)006e)

qu'il existe une certaine distance entre les ministres et les responsables et les opérations quotidiennes des services de sécurité et de renseignement. Cela étant, les ministres peuvent exercer *de facto* une influence, voire un contrôle, sur ces opérations, ce qui peut faire apparaître le phénomène de « capacité de dénégation ». Dans ce cas, l'exercice du pouvoir est dissimulé et la responsabilité n'existe pas. Le Statut du Conseil de l'Europe et la CEDH exigent le respect de la règle du droit, laquelle, à son tour, exige la responsabilité pour *toutes les formes* d'exercice de la puissance publique. Quelle que soit la manière dont un État choisit de réglementer le contrôle politique sur les agences de sécurité et de renseignement, des mécanismes efficaces de contrôle et de supervision doivent exister pour éviter ces deux problèmes.⁷⁸

B. Obligations des Etat membres du Conseil de l'Europe à l'égard des lieux de détention secrets allégués

121. Le terme « secret » peut avoir différentes acceptions. Dans le contexte du présent avis, l'aspect problématique du secret de la détention tient en premier lieu à l'incidence que ce secret a sur les droits de défense du prisonnier aux termes des articles 5⁷⁹ et 6 de la CEDH. En outre, la détention secrète prolongée peut être contradictoire avec l'article 3⁸⁰ et d'autres aspects de l'article 6 de la CEDH.

122. Qu'un État aide matériellement un autre État à conduire des interrogatoires volontaires de suspects sur son territoire ne constitue pas, en principe, une violation du droit international. Au contraire, il s'agit là d'une caractéristique de la plupart des traités d'entraide modernes. Mais que ce processus puisse conduire à des interrogatoires involontaires dépend entièrement des règles administratives et constitutionnelles que l'État territorial est en mesure d'appliquer pour contrôler l'exercice de la puissance publique. Certains États ne permettront qu'à leurs seuls agents d'exercer la puissance publique sur leur territoire. D'autres feront des exceptions en s'appuyant sur des règles prévues dans les traités⁸¹.

123. L'Etat territorial peut exercer sa pleine juridiction au sens de l'article 1 de la CEDH sur tous les lieux de son territoire où se déroulent de tels interrogatoires, notamment les lieux de détention spéciaux. Cet État est donc responsable de tout manquement à la CEDH si un suspect est traité en violation des articles 3 et 5, par exemple un prisonnier qui serait détenu *incomunicado* sur son lieu de détention. Les modalités de l'interrogation et de la détention, ainsi que du traitement infligé, doivent être conformes aux normes de la CEDH.

124. La détention *incomunicado*, c'est-à-dire la détention sans possibilité de contacter son avocat et de saisir un tribunal, n'est absolument pas « conforme à une procédure prévue par la loi », quel que soit l'État membre du Conseil de l'Europe, ne serait-ce que parce que la détention n'est pas soumise à un contrôle juridictionnel. Le détenu ne peut pas exercer son droit à l'habeas corpus garanti par l'article 5, paragraphe 4. La possibilité improbable qu'une telle détention soit

⁷⁸ Cour européenne des Droits de l'Homme, *Klass et autres c. Allemagne*, arrêt du 6 septembre 1978, § 75 en rapport avec le § 71; *Leander c. Suède*, arrêt du 26 mars 1987, § 84.

⁷⁹ Cour européenne des Droits de l'Homme, *Kurt c. Turquie*, arrêt du 25 mai 1998, § 124.

⁸⁰ Cour interaméricaine des droits de l'homme, affaire *Velasquez Rodriguez*, 29 juillet 1988, § 187 et affaire *Suarez Rosero*, 12 novembre 1997, §§ 90-91. Comité des droits de l'homme des Nations Unies, *Polay Campos c. Peru*, Communication 577/1994, 6 novembre 1997, §§ 8.4, 8.6 et 8.7. Voir également Cour européenne des Droits de l'Homme, *Ocalan c. Turkey*, arrêt du 12 mars 1993, §§ 31-232.

⁸¹ Le traité Schengen, par exemple.

« conforme à une procédure prévue par la loi » en vertu du droit de l'État étranger dont les autorités ont ordonné et exécuté la détention n'est pas pertinente en ce qui concerne la question de la responsabilité au regard de la CEDH de l'État sur le territoire duquel elle a lieu.

125. Si une détention *incomunicado* a lieu, est rendue possible ou se déroule de manière continue sur le territoire d'un État membre du Conseil de l'Europe, cette détention, compte tenu de son caractère secret, constitue par définition une violation de la CEDH et du droit interne applicable de cet État.

126. Un État membre du Conseil de l'Europe qui coopère de manière active et passive pour imposer et exécuter des détentions secrètes engage sa responsabilité en vertu de la CEDH. La Cour européenne des Droits de l'Homme a établi que « si les autorités d'un État contractant approuvent, formellement ou tacitement, les actes des particuliers violant dans le chef d'autres particuliers soumis à sa juridiction les droits garantis par la Convention, la responsabilité dudit État peut se trouver engagée au regard de la Convention »⁸². Ce qui est encore plus vrai s'agissant d'actes commis par des agents d'États étrangers.

127. Bien qu'une telle responsabilité ne s'applique pas lorsque la détention est exécutée par les autorités étrangères sans que l'État territorial n'en soit informé, l'État territorial doit prendre des mesures effectives contre le risque de disparition et doit mener une enquête rapide et efficace dès lors qu'il possède des éléments de preuve qu'une personne se trouve en détention secrète.

128. L'éventuelle obligation incombant à un État membre du Conseil de l'Europe en vertu des traités bilatéraux ou multilatéraux de coopérer aux poursuites judiciaires n'a pas d'effets ou ne réduit pas l'obligation de cet État de ne pas autoriser ou de contribuer à la détention secrète sur son territoire.

129. Comme l'a souligné la Cour européenne des Droits de l'Homme⁸³, l'avis de l'État sous l'autorité duquel la détention est décidée et exécutée sur la question de savoir si la détention est en violation des droits fondamentaux n'a pas de lien direct avec celle de savoir si la coopération engage la responsabilité d'un État membre du Conseil de l'Europe en vertu de la CEDH. Cela signifie par exemple que l'avis formulé par certains aux États-Unis à l'égard de la position du Gouvernement américain, selon lequel toute « punition cruelle et inhabituelle », si elle s'applique en dehors du territoire des États-Unis, ne viole pas la Constitution américaine, n'a aucun rapport avec la question de la responsabilité qui incombe aux États membres de respecter la CEDH. Cela signifie également que l'opinion de chaque gouvernement, ou de certaines personnes publiques, sur les limites éventuelles du caractère absolu de la portée de l'interdiction de la torture n'est pas plus pertinente. En complément de l'interprétation donnée par la Cour européenne des Droits de l'Homme concernant le caractère absolu de l'interdiction de la torture, l'article 2, paragraphe 2, de la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants déclare expressément qu'aucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, ne peut être invoquée pour justifier la torture.

130. Si un État est informé ou a des motifs raisonnables de suspecter que des prisonniers sont détenus *incomunicado* dans des bases militaires étrangères sur son territoire, malgré sa juridiction limitée sur les bases militaires étrangères, sa responsabilité en vertu de la CEDH peut encore être engagée, sauf s'il prend toutes les mesures qui sont en son pouvoir pour mettre un terme à cette situation irrégulière.

⁸² Cour européenne des Droits de l'Homme, *Ilascu et autres c. Moldova et Russie*, arrêt du 8 juillet 2004, § 318.

⁸³ Cour européenne des Droits de l'Homme, *Chahal c. Royaume-Uni*, arrêt du 15 novembre 1996.

131. En règle générale, un État ne peut pas inspecter de bases militaires étrangères sur son territoire, sauf si cela est autorisé en vertu des traités pertinents, ou à moins que l'État hôte ne soit autorisé à le faire par l'État expéditeur. Cependant, le droit de détenir du personnel non militaire ne relève pas des droits et pouvoirs ordinaires qui sont connectés directement à l'établissement et au fonctionnement des bases sur lesquelles sont installés les forces étrangères et leurs équipements (voir le paragraphe 106 ci-dessus), sauf si le site dépend de la juridiction de l'État expéditeur en vertu de la Convention SOFA applicable, telle que la Convention OTAN-SOFA (voir note de bas de page 68 ci-dessus).

132. L'État hôte a donc le droit, voire l'obligation, d'empêcher et de réagir à une telle violation de son territoire. Il pourrait exercer son pouvoir concernant l'enregistrement et le contrôle des étrangers, et exiger l'identification et les ordres de circulation des personnes présentes sur la base militaire en question. L'accès à ces bases militaires, en supposant qu'il ait été accordé en vertu d'un accord relatif aux bases militaires, devrait faire l'objet d'une notification adressée en temps utile. En outre, des voies diplomatiques appropriées peuvent être utilisées afin de protester contre de telles pratiques.

133. Il peut arriver qu'un service de la puissance publique d'un État membre du Conseil de l'Europe (police, forces de sécurité, etc.) soit informé, tolère, manque de prévenir voire coopère à l'exécution de détentions secrètes sans en informer le gouvernement. Bien que cette situation soulève la question constitutionnelle susmentionnée du contrôle gouvernemental des forces de sécurité, l'État demeure responsable au regard de la CEDH.

134. Les États qui ont ratifié la Convention européenne pour la prévention de la torture (CEPT) ont l'obligation de coopérer avec le Comité européen pour la prévention de la torture (CPT) et de lui fournir une liste de tous les centres de détention qui sont présents sur leur territoire. Le CPT doit avoir accès à tous les centres de détention, quels qu'ils soient. Le refus d'un État d'informer le CPT de la présence de lieux de détention sur son territoire peut être assimilé à un manque de coopération au sens de l'article 3 de la CEPT⁸⁴, qui, s'il n'est pas clarifié de manière appropriée, peut entraîner des procédures conduisant à une déclaration publique en vertu de l'article 10 (2)⁸⁵.

135. En ce qui concerne le droit humanitaire international, les Conventions de Genève (articles 126, Convention de Genève III et 143 Convention de Genève IV) accordent au Comité international de la Croix-Rouge l'« autorisation de se rendre dans tous les lieux où se trouvent des personnes protégées, notamment dans les lieux d'internement, de détention et de travail », et l'« accès à tous les locaux utilisés par » ces personnes, y compris « les lieux de départ, de passage et d'arrivée des prisonniers qui sont transférés ». La responsabilité pourrait également découler de ces Conventions.

136. Dans la mesure où la détention peut être « secrète » vis-à-vis des autorités nationales, la Commission considère qu'un État n'est exempté de sa responsabilité que si et tant qu'il n'a pas connaissance de la détention opérée par des agents étrangers en violation de son intégrité territoriale. En revanche, si un pouvoir de l'État est impliqué dans la détention ou en a

⁸⁴ L'article 3 de la CEPT énonce : « Le Comité et les autorités nationales compétentes de la Partie concernée coopèrent en vue de l'application de la présente Convention. ». Voir également l'article 8, paragraphe 2 CEPT.

⁸⁵ L'article 10 § 2 de la CEPT dispose : « Si la Partie ne coopère pas ou refuse d'améliorer la situation à la lumière des recommandations du Comité, celui-ci peut décider, à la majorité des deux tiers de ses membres, après que la Partie aura eu la possibilité de s'expliquer, de faire une déclaration publique à ce sujet. »

connaissance, indépendamment du fait que ses agents ont outrepassé leurs pouvoirs, la responsabilité de l'Etat, en tant que sujet de droit international, est engagée (voir paragraphes 38-43 ci-dessus).

C. Obligations des États membres du Conseil de l'Europe à l'égard des transferts de prisonniers entre États

137. Il n'existe que quatre manières légales de transférer un prisonnier à des autorités étrangères : la déportation, l'extradition, le transit et les transferts de condamnés aux fins d'exécution de leur peine dans leur pays d'origine.

138. Les procédures d'extradition et de déportation doivent être définies par le droit applicable, et les prisonniers doivent obtenir un accès aux autorités compétentes. En outre, ces procédures ne peuvent pas être mises en œuvre s'il existe des éléments étayant l'hypothèse que la personne en question, si elle était expulsée dans le pays destinataire, courrait un risque réel d'être soumise à un traitement contraire à l'article 3 de la CEDH et à la Convention des Nations Unies contre la torture. Dans ces conditions, l'article 3 impose l'obligation de ne pas expulser la personne en question vers ce pays.

139. Dans ce contexte, il convient de souligner que les États membres du Conseil de l'Europe sont tenus d'empêcher que les prisonniers *soient exposés au risque* de la torture : la violation ne réside pas dans le fait que le prisonnier peut effectivement être torturé par la suite.

140. L'évaluation de la réalité du risque doit être effectuée très rigoureusement. Elle dépendra des circonstances, et il s'agira d'évaluer les risques susceptibles d'être violés et la situation dans l'État destinataire. Les assurances diplomatiques qui sont généralement fournies par l'État demandeur afin d'exclure tout manquement aux droits de l'homme sur son territoire après que l'extradition ou la déportation ont eu lieu peuvent être appropriées en ce qui concerne les risques d'application de la peine de mort⁸⁶ ou les violations du droit à un procès équitable, car ces risques peuvent être contrôlés de manière satisfaisante dans la plupart des cas. En revanche, en ce qui concerne le risque de torture, la surveillance est impossible à pratiquer dans la plupart des cas concevables. N'oublions pas en effet que même après une condamnation dans une affaire pénale, un État peut vouloir torturer un prisonnier pour obtenir des informations. Parallèlement, il est irréaliste d'être responsable d'une personne extradée pendant toute la vie de celle-ci.

141. Cette situation soulève la question de la valeur des assurances diplomatiques⁸⁷. Selon la Commission de Venise, l'acceptation de telles assurances est en principe l'expression de la bonne foi et de la confiance mutuelle nécessaires entre des États amis. Cela étant, les termes des assurances diplomatiques doivent être sans équivoque dans la mesure où des assurances peuvent être considérées comme un principe acceptable (voir paragraphe 142 ci-dessous) [(par exemple, une référence aux termes « torture » ou « traitement dégradant ou inhumain » et doit être interprétée selon le sens qui leur est donné par la Cour européenne des Droits de l'Homme, le Comité contre la torture, le Comité des droits de l'homme)] et traduire la portée de l'obligation à laquelle l'Etat qui les fournit est juridiquement lié.

⁸⁶ Voir indispensables : voir la Cour européenne des Droits de l'Homme, *Nivette c. France*, arrêt du 3 juillet 2001, dans lequel la CEDH a estimé que toute extradition vers un État appliquant la peine de mort viole le protocole 6.

⁸⁷ Le Comité directeur pour les Droits de l'Homme (CDDH) a créé un groupe de spécialistes dont la mission est de « réfléchir sur les questions relatives aux droits de l'homme soulevées par l'utilisation d'assurances diplomatiques dans le contexte des procédures d'expulsion, étudier l'applicabilité d'un instrument juridique, par exemple une recommandation concernant des normes ou des exigences minimales en matière d'assurances diplomatiques et, le cas échéant, présenter des propositions concrètes. »

142. Cependant, cette confiance mutuelle générale ne remplace pas l'examen précis de chaque situation particulière, surtout s'il existe des précédents, voire des violations répétées d'assurances précédemment acceptées⁸⁸. La grande différence qui existe par exemple entre la situation rencontrée dans l'affaire Mamatkulov (voir paragraphe 71 ci-dessus) et des situations caractéristiques d'autres affaires jugées par la suite est que l'expérience acquise récemment montre que le risque de torture semble plus important que ce qui avait été prévu auparavant, malgré les assurances. La Commission constate que l'acceptation de garanties contre la torture ne constitue plus dans ces circonstances un garde-fou aussi sûr. Lorsqu'il existe des éléments concrets permettant de soupçonner qu'un pays pratique ou tolère la torture à l'encontre de certaines catégories de prisonniers, ces garanties ne réduisent pas forcément et de manière satisfaisante ce risque dans les cas de demandes d'extradition de prisonniers appartenant à ces catégories.

143. L'exigence de ne pas exposer un prisonnier au risque réel de mauvais traitement s'applique également au transit de prisonniers à travers le territoire des États membres du Conseil de l'Europe. En conséquence, les États membres ne doivent pas autoriser le transit dans des circonstances susceptibles de présenter un tel risque.

144. Il peut arriver qu'un État membre du Conseil de l'Europe ait des raisons sérieuses de croire que la mission d'un aéronef traversant son espace aérien est de transporter des prisonniers en vue de les transférer vers des pays où ils pourraient subir des mauvais traitements.

145. Tant qu'il ne demande pas à atterrir, cet aéronef se trouve dans l'espace aérien. À ce titre, toutes les personnes à bord relèvent de la juridiction de l'État pavillon et de l'État territorial. Selon la Commission, la responsabilité des États membres du Conseil de l'Europe au regard de la CEDH serait engagée si ces États ne prenaient pas les mesures préventives en leur pouvoir. De surcroît, ils pourraient être tenus responsables d'avoir aidé un autre État à commettre un acte illicite. Toujours selon la Commission, il s'ensuit que l'État territorial a le droit et le devoir de prendre toutes les mesures nécessaires pour empêcher toute violation des droits de l'homme dans son territoire, notamment dans son espace aérien.

146. Il est évident qu'il n'est pas facile, du point de vue pratique, de garantir la protection efficace des droits de la Convention lorsqu'un aéronef traverse l'espace aérien d'un État membre du Conseil de l'Europe, ou sur une base militaire hébergeant des forces étrangères sur le territoire de cet État. Cette difficulté peut influencer sur la portée des obligations qui incombent à un État de protéger les droits de l'homme en vertu de la Convention. Sans préjuger de cette question plus large, la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme établit nettement que le devoir de l'État de protéger les droits les plus élémentaires dans le cas présent (droit à la sécurité de la personne, interdiction de la torture et droit à la vie) continue de s'appliquer, sans s'arrêter au cas d'acquiescement ou de connivence⁸⁹.

⁸⁸ Voir Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, 15^e rapport général sur les activités du CPT, §§ 39-40, www.cpt.coe.int/fr/annual/rep-15.htm

⁸⁹ Voir Cour européenne des Droits de l'Homme, *Ilascu et autres c. Moldova et Russie*, arrêt du 8 juillet 2004, § 318, *Riera Blume et autres c. Espagne*, arrêt du 14 octobre 1999 (final 14/01/2000) §§ 34-35 ; *Gongadze c. Ukraine*, arrêt du 8 novembre 2005, § 165.

147. L'État territorial peut prendre différentes mesures à l'égard de l'aéronef soupçonné, selon son statut.

148. Si l'aéronef en question s'est présenté comme un avion civil, sans avoir dûment demandé d'autorisation préalable conformément à l'article 3 c) de la Convention de Chicago, cet aéronef viole la Convention de Chicago. En conséquence, l'État territorial peut et doit exiger l'atterrissage. L'aéronef qui n'a pas déclaré ses fonctions d'État ne peut donc pas avoir droit au statut d'aéronef d'État et bénéficier de l'immunité. L'État territorial aura donc le droit et le devoir d'inspecter l'avion conformément à l'article 16 de la Convention de Chicago, et de prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger les droits de l'homme. Il aura également le droit de protester par les voies diplomatiques appropriées.

149. Si l'avion s'est présenté comme un avion d'État et a obtenu une autorisation de survol sans dévoiler le but de sa mission, l'État territorial pourrait prétendre que l'État pavillon a violé les obligations qui lui incombent en vertu des traités internationaux. L'État pavillon pourrait ainsi être confronté à sa responsabilité internationale. Cela étant, l'aéronef obtiendra en principe l'immunité conformément au droit international général et aux traités applicables. L'État territorial ne sera donc pas en mesure d'inspecter l'aéronef, sauf accord du capitaine.

150. Toutefois, l'État territorial peut refuser d'autres autorisations de survol à l'État pavillon ou imposer une obligation de se soumettre aux inspections. Si l'autorisation de survol découle d'un traité bilatéral, d'une Convention SOFA ou d'un accord relatif aux bases militaires, les termes d'un tel traité pourraient être remis en question s'ils ne permettaient pas de procéder à des inspections en vue de garantir le respect des droits de l'homme. De même, l'interprétation abusive de ces termes pourrait être invoquée. À cet égard, la Commission de Venise rappelle que le cadre juridique concernant les bases militaires étrangères situées sur le territoire des États membres du Conseil de l'Europe doit permettre à ces derniers d'exercer des pouvoirs suffisants pour qu'ils puissent respecter leurs obligations en matière de protection des droits de l'homme.

151. Bien que la confiance mutuelle et la coopération économique et militaire entre États amis exigent d'être encouragées, en présence d'indications sérieuses de risques de mauvais traitements, les États membres du Conseil de l'Europe doivent demander des garanties supplémentaires concernant le respect des droits de l'homme en matière de survol et de transit. Dans cette situation, il pourrait s'avérer nécessaire d'insérer de nouvelles clauses, y compris le droit d'inspection, comme condition pour l'autorisation par voie diplomatique en faveur d'avions d'État transportant des prisonniers au cours de missions spéciales. Lorsqu'il y existe des raisons plausibles de soupçonner que, dans certaines catégories de cas, les droits humains de certains passagers risquent d'être violés, les États doivent en effet conditionner les autorisations de survol au respect de clauses « droits de l'homme » explicites. La conformité avec les procédures d'autorisation de survol doit être strictement surveillée ; les demandes d'autorisation de survol doivent fournir des informations suffisantes pour que la surveillance puisse être efficace (par exemple, l'identité et le statut [passager volontaire ou involontaire] de toutes les personnes à bord et la destination du vol, ainsi que la destination finale de chaque passager). En cas de nécessité, le droit d'inspecter des avions civils doit être exercé.

152. En vue d'éviter leur répétition, toute violation des principes de l'aviation civile en rapport avec le transport irrégulier de prisonniers doit être dénoncée et portée à l'attention des autorités compétentes, voire du public. Les États membres du Conseil de l'Europe pourraient porter d'éventuels manquements à la Convention de Chicago devant le Conseil de l'OACI conformément à l'article 54 de la Convention de Chicago.

153. En ce qui concerne les obligations qui incombent aux États membres du Conseil de l'Europe en matière de traité, la Commission considère qu'ils ne sont pas tenus d'autoriser les « remises » ou d'accorder des autorisations de survol aux fins de lutter contre le terrorisme. Selon la Commission, les États doivent interpréter et exécuter les obligations en matière de respect des traités, y compris celles qui découlent du traité de l'OTAN, des accords relatifs aux bases militaires, des conventions SOFA, lorsqu'ils sont applicables, d'une manière compatible avec leurs obligations dans le domaine des droits de l'homme. En ce qui concerne notamment le Traité de l'OTAN, la Commission souligne que ce principe est exprimé dans l'article 7 selon lequel « [L]e présent traité n'affecte pas et ne sera pas interprété comme affectant en aucune façon les droits et obligations découlant de la Charte pour les parties qui sont membres des Nations Unies ». Même si l'on peut avancer que les États membres de l'OTAN ont rempli leurs obligations en matière de transfert irrégulier de prisonniers ou de survol inconditionnel, la Commission rappelle que si la violation d'une obligation assumée en vertu d'un traité est déterminée par la nécessité d'être conforme à une norme impérative (*jus cogens*), elle ne donne pas lieu à un fait internationalement illicite. Comme il est souligné ci-dessus (paragraphe 43), l'interdiction de la torture est une norme impérative.

CONCLUSIONS

154. Les États membres du Conseil de l'Europe ont l'obligation de lutter contre le terrorisme tout en protégeant les droits de l'homme.

155. Les États membres du Conseil de l'Europe ont une obligation juridique internationale de veiller à ce que toutes les personnes qui relèvent de leur juridiction (voir paragraphe 146 ci-dessus) bénéficient des droits fondamentaux convenus internationalement. Ils sont notamment tenus à ce qu'elles ne soient pas illicitement privées de leur liberté personnelle, soumises à la torture et à des traitements inhumains et dégradants, notamment en violation de l'interdiction d'extrader ou d'expulser lorsqu'il existe un risque de torture ou de mauvais traitement. Cette obligation peut également être violée par l'acquiescement ou la connivence dans la conduite d'agents étrangers. Les États membres ont, en particulier, l'obligation positive d'enquêter lorsqu'ils disposent d'éléments de preuve étayés concernant la violation des droits fondamentaux par des agents étrangers, surtout dans le cas d'allégations de torture ou de détention secrète.

156. Les membres du Conseil de l'Europe sont liés par de nombreux traités bilatéraux et multilatéraux dans différents domaines, tels que l'autodéfense collective, l'aviation civile internationale, et les bases militaires. Les obligations découlant de ces traités n'empêchent pas les États de remplir celles concernant les droits de l'homme. Ces traités doivent être interprétés et appliqués conformément aux obligations des parties en matière de droits de l'homme. En effet, une condition implicite de tout accord est qu'en l'exécutant, les États agissent en conformité avec le droit international, notamment celui relatif aux droits de l'homme.

157. La Commission de Venise considère qu'il est possible d'interpréter et d'appliquer les différents traités applicables d'une manière compatible avec le principe fondamental du respect des droits fondamentaux. Les États membres du Conseil de l'Europe doivent s'y conformer. Ainsi, l'inspection d'un aéronef d'État s'étant présenté comme un aéronef civil est autorisée en vertu de la Convention de Chicago et doit être effectuée à chaque fois qu'il existe des éléments laissant raisonnablement soupçonner que l'aéronef est utilisé aux fins de violation des droits de l'homme. La pratique pertinente entre les États doit être changée et adaptée à cette obligation, sans toutefois contrarier les buts légitimes poursuivis par les traités en question. Il se peut aussi que des mesures diplomatiques doivent être prises.

158. Dans la mesure où cette interprétation et cette application des traités existants à la lumière des obligations découlant des droits de l'homme n'est pas possible, les États membres du Conseil de l'Europe doivent prendre toutes les mesures nécessaires pour renégocier et modifier ces traités.

159. Pour répondre aux questions posées par la Commission des affaires juridiques de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, la Commission de Venise a tiré les conclusions suivantes :

En ce qui concerne les arrestations et la détention secrète

- a) Toute forme d'implication d'un État membre du Conseil de l'Europe ou de réception d'information avant une arrestation effectuée par des agents étrangers à l'intérieur de sa juridiction entraîne la responsabilité de cet État aux termes des articles 1 et 5 de la Convention européenne sur les droits de l'homme (voire l'article 3 concernant les modalités de l'arrestation). Un État doit donc empêcher le déroulement de l'arrestation. Si l'arrestation est effectuée par des autorités étrangères dans l'exercice de leur compétence aux termes d'une Convention sur le statut des forces (SOFA), l'État membre du Conseil de l'Europe concerné peut être tenu pour responsable aux termes de la Convention européenne sur les droits de l'homme, car il est obligé de donner la priorité à ses obligations de *jus cogens*, telles qu'elles découlent de l'article 3.
- b) Un État membre du Conseil de l'Europe qui coopère de manière active et passive pour imposer et exécuter des détentions secrètes engage sa responsabilité en vertu de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Bien qu'une telle responsabilité ne s'applique pas lorsque la détention est exécutée par les autorités étrangères sans que l'État territorial n'en soit informé, l'État territorial doit prendre des mesures effectives contre le risque de disparition et doit mener une enquête rapide et efficace dès lors qu'il dispose d'éléments de preuve étayant l'allégation qu'une personne se trouve en détention secrète.
- c) La responsabilité d'un État membre du Conseil de l'Europe est aussi engagée dans le cas où ses agents (police, forces de sécurité, etc.), agissant *ultra vires*, coopèrent avec les autorités étrangères ou n'empêchent pas une arrestation ou une détention secrète *qui n'a pas été portée à la connaissance du gouvernement*. Le Statut du Conseil de l'Europe et la Convention européenne des Droits de l'Homme exigent le respect de l'état de droit, lequel, à son tour, exige la transparence de *toutes les formes* d'exercice de la puissance publique. Quelle que soit la manière dont un État choisit de réglementer le contrôle politique sur les agences de sécurité et de renseignement, des mécanismes efficaces de contrôle et de supervision doivent exister.
- d) Si un État est informé ou soupçonne de manière légitime que des prisonniers sont détenus *incomunicado* dans des bases militaires étrangères sur son territoire, sa responsabilité en vertu de la CEDH est engagée, sauf s'il prend toutes les mesures en son pouvoir pour mettre un terme à cette situation irrégulière.
- e) Les États membres du Conseil de l'Europe qui ont ratifié la Convention européenne pour la prévention de la torture doivent informer le Comité européen pour la prévention de la torture de la présence de tout lieu de détention sur leur territoire afin de lui donner accès à ces lieux. Dans le cas où le droit humanitaire international trouve à s'appliquer, les États doivent accorder au Comité international de la Croix Rouge la permission de visiter ces lieux de détention.

En ce qui concerne le transfert de prisonniers entre États

- f) Il n'existe que quatre manières légales de transférer un prisonnier à des autorités étrangères : la déportation, l'extradition, le transit et les transferts de personnes condamnées aux fins d'exécution de leur peine dans des autres pays. Les procédures d'extradition et de déportation doivent être définies par le droit applicable, et les prisonniers doivent obtenir les garanties juridiques appropriées ainsi qu'un accès aux autorités compétentes. L'interdiction d'extrader ou d'expulser dans un pays où il existe un risque de torture ou de mauvais traitement doit être respectée.
- g) Les assurances diplomatiques doivent être juridiquement contraignantes pour l'État qui les fournit et leur formulation doit être sans équivoque. Lorsqu'il existe des éléments de preuve étayés selon lequel un pays pratique ou tolère la torture à l'encontre de certaines catégories de prisonniers, les États membres du Conseil de l'Europe doivent refuser les assurances dans les cas de demandes d'extradition de prisonniers appartenant à ces catégories.
- h) L'interdiction de transférer dans un pays où il existe un risque de torture ou de mauvais traitement s'applique également au transit de prisonniers à travers le territoire des États membres du Conseil de l'Europe. Ces derniers doivent donc refuser toute autorisation de transit de prisonniers dans des circonstances présentant un tel risque.

En ce qui concerne le survol

- i) Si un État membre du Conseil de l'Europe a des raisons sérieuses de croire qu'un aéronef traversant son espace aérien transporte des prisonniers en vue de les transférer vers des pays où ils pourraient subir des mauvais traitements en violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, cet État doit prendre toutes les mesures nécessaires pour empêcher que ceci ait lieu.
- j) Si l'aéronef d'Etat en question s'est présenté comme un avion civil, sans avoir dûment demandé d'autorisation préalable conformément à l'article 3 c) de la Convention de Chicago, l'État territorial doit exiger l'atterrissage et doit l'inspecter. En outre, il doit protester par les voies diplomatiques appropriées.
- k) Si un aéronef s'est présenté comme un aéronef d'État et a obtenu une autorisation de survol sans toutefois dévoiler la nature de sa mission, l'État territorial ne peut pas l'inspecter, sauf accord du capitaine. Cependant, l'État territorial peut refuser d'autres autorisations de survol à l'État pavillon ou imposer une obligation de se soumettre aux inspections. Si l'autorisation de survol découle d'un traité bilatéral ou d'une Convention sur le statut des forces ou d'un accord relatif aux bases militaires, les termes d'un tel traité doivent être remis en cause si, et dans la mesure où, ils ne permettent pas de prendre des mesures de contrôle visant à assurer le respect des droits de l'homme.
- l) Lors de l'octroi d'autorisations de survol aux aéronefs d'Etat étrangers, les Etats membres du Conseil de l'Europe doivent assurer le respect de leurs obligations en matière de droits de l'homme. Cela signifie qu'ils pourraient être amenés à insérer de nouvelles clauses, y compris l'inspection, conditionnant les autorisations de survol par voie diplomatique en faveur des avions d'État transportant des prisonniers. Lorsqu'il y existe des raisons plausibles de soupçonner que, dans certaines catégories de cas, les droits humains de certains passagers risquent d'être violés, les Etats doivent en effet conditionner les autorisations de survol au respect de clauses « droits de l'homme » explicites. La conformité avec les procédures d'autorisation de survol doit être

strictement surveillée ; les demandes d'autorisation de survol doivent fournir des informations suffisantes pour que la surveillance puisse être efficace (par exemple, l'identité et le statut [passager volontaire ou involontaire] de toutes les personnes à bord et la destination du vol, ainsi que la destination finale de chaque passager). En cas de nécessité, le droit d'inspecter des avions civils doit être exercé.

- m) En vue d'éviter la répétition d'abus, toute violation des principes de l'aviation civile en rapport avec le transport irrégulier de prisonniers doit être dénoncée et portée à l'attention des autorités compétentes, et, en fin des compte, du public. Les États membres du Conseil de l'Europe pourraient porter d'éventuels manquements à la Convention de Chicago devant le Conseil de l'Organisation de l'Aviation Civile Internationale, conformément à l'article 54 de la Convention de Chicago.
- n) En ce qui concerne les obligations qui incombent aux États membres du Conseil de l'Europe en vertu de traités, la Commission considère qu'ils ne sont pas tenus d'autoriser les transferts irréguliers de prisonniers ou d'accorder des autorisations de survol inconditionnelles aux fins de lutter contre le terrorisme. La Commission rappelle que si la violation d'une obligation assumée en vertu d'un traité est déterminée par le besoin d'être conforme à une norme impérative (*jus cogens*), elle ne donne pas lieu à un fait internationalement illicite et l'interdiction de la torture est une norme impérative. Selon la Commission, les États doivent donc interpréter et exécuter les obligations qui découlent des traités, y compris celles qui résultent du traité de l'OTAN, des accords relatifs aux bases militaires, des conventions SOFA, d'une manière compatible avec leurs obligations dans le domaine des droits de l'homme.

160. La Commission de Venise espère que cet avis pourra aider la Commission des Affaires Juridiques et des Droits de l'Homme de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe à compléter son enquête sur ces questions. La Commission espère également que cet avis aidera le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe dans son enquête en cours au sens de l'article 52 de la Convention européenne des Droits de l'Homme. La Commission est prête à continuer son travail de réflexion sur ces questions, si cela lui est demandé.