

# Actualités Droits-Libertés du 24 décembre 2012



**CREDOF – Revue des Droits de l’Homme**

Centre de Recherches et d’Études sur les Droits Fondamentaux  
Université Paris Ouest Nanterre La Défense

## LUTTE CONTRE LE TERRORISME (Art. 3, 5, 8 et 13 CEDH) : Les détentions secrètes de la CIA et les « restitutions extraordinaires » sous l’accablant regard européen

*par Nicolas Hervieu*

*En condamnant sévèrement un Etat pour sa participation aux « restitutions extraordinaires » à la CIA, la Cour européenne des droits de l’homme contribue à mettre fin à l’impunité dont ces opérations ont longtemps bénéficié, sous le sceau équivoque de la lutte contre le terrorisme. A cette occasion, la Grande Chambre unanime fait preuve d’un remarquable volontarisme, teinté de pragmatisme. Elle parvient à saisir au mieux ce vaste système de détentions secrètes conçu précisément pour esquiver les exigences de l’Etat de droit. Devant la Cour, seul l’Etat macédonien – tel un paratonnerre – était susceptible d’attirer les foudres strasbourgeoises. Mais il est à espérer que l’écho de l’orage européen retentira salutairement de l’autre côté de l’Atlantique.*

**Lire le texte intégral sur [le site de la Revue des Droits de l’Homme](#)**

Vers la fin des « cauchemars » issus de la « guerre contre le terrorisme » ? (v. Leila N. Sadat, « [Extraordinary Rendition, Torture and Other Nightmares from the War on Terror](#) », in [The George Washington Law Review](#), 2007, Vol. 75, n° 5/6, pp. 101-149). Entre la fermeture *a priori* imminente du [camp de Guantánamo](#) et le développement *contesté* des [assassinats ciblés](#) par [des drones](#), la réponse ne peut qu’être contrastée. Mais ce contexte rend encore plus remarquable la condamnation prononcée par la Cour européenne des droits de l’homme à l’occasion de l’affaire [El-Masri c. l’Ex-République Yougoslave de Macédoine](#). Par un arrêt du 13 décembre 2012, les dix-sept juges de la Grande Chambre constatent une multitude de violations conventionnelles, et non des moindres. La sévérité de la sanction européenne est à la hauteur de la gravité des faits : **une détention secrète de cinq mois, accompagnée de mauvais traitements confinant à la torture, subie par un homme présenté à tort comme terroriste**. Ceci, dans le cadre d’une « *restitution extraordinaire* » ou « *remise extrajudiciaire secrète* » à la [CIA](#).

Traductions malaisées des tristement célèbres « *extraordinary renditions* », ces expressions désignent le « *transfert extrajudiciaire d’une personne de la juridiction ou du territoire d’un Etat à ceux d’un autre Etat, à des fins de détention et d’interrogatoire en dehors du système juridique ordinaire* » (§ 221 citant Cour EDH, 4<sup>e</sup> Sect. Dec. 6 juillet 2010, [Babar Ahmad et autres c. Royaume-Uni](#), Req. n° 24027/07, § 114 – [ADL du 26 juillet 2010](#)). Or cette « *mesure impliqu[e] un risque réel de torture ou de traitements cruels, inhumains ou dégradants* » (§ 221). Son usage par les États-Unis au lendemain des attentats du 11 septembre 2001 a « *défrayé la chronique dans le monde entier* » (§ 191), en particulier en Europe où certains États ont prêté main-forte à ces opérations. Sans surprise, la Cour refuse de le tolérer. Pour ce faire, **elle place le droit à la vérité ainsi que le rejet de l’impunité au frontispice de son raisonnement**, afin que le souffle strasbourgeois balaye le « *secret d’Etat* ».

La genèse de l’affaire [El-Masri](#) était intimement liée à l’action des agents américains. Mais dans le prétoire européen, une mise en cause directe des États-Unis était inenvisageable. En effet, seule la responsabilité d’un Etat partie à la Convention est susceptible d’être formellement engagée devant la Cour. Cet angle étroit n’est toutefois pas vain. En premier lieu, la complicité active d’un Etat européen

dans les opérations de la CIA peut ainsi être examinée et sanctionnée. En second lieu, la condamnation européenne résonne inévitablement outre-Atlantique (v. Nicholas Kulish, « [Court Finds Rights Violation in C.I.A. Rendition Case](#) », in *New York Times*, 13 décembre 2012 ; v. aussi la tribune de James A. Goldstone, « [Rendition Condemned](#) » in *New York Times*, 13 décembre 2012). Le rappel à l'ordre européen est d'autant plus significatif qu'il survient moins de quatre mois après une autre condamnation solennelle des excès de la lutte anti-terroriste (v. Cour EDH, G.C. 12 septembre 2012, [Nada c. Suisse](#), Req. n° 10593/08 – [ADL du 21 septembre 2012](#)).

A l'exacte image de l'affaire [Nada](#), l'affaire [El-Masri](#) interpelle tout particulièrement puisqu'elle concerne un homme exposé par erreur à des mesures anti-terroristes. Certes, il ne saurait être question de juger moins sévèrement les atteintes aux droits fondamentaux de terroristes avérés. La Cour a d'ailleurs maintes fois rejeté l'idée d'une mise en balance des droits conventionnels les plus absolus, telle l'interdiction de la torture, avec les contingences de la lutte contre le terrorisme (v. Cour EDH, 4<sup>e</sup> Sect. 10 avril 2012, [Babar Ahmad et autres c. Royaume-Uni](#), Req. n° 24027/07 et *al.* – [ADL du 15 avril 2012](#) – v. aussi la fiche thématique « [Terrorisme](#) »). Mais que des personnes suspectées à tort soient parfois longuement et impunément frappées par des mesures anti-terroristes confirme les dangers de dispositifs indument soustraits aux exigences de l'Etat de droit.

Le calvaire subi par M. El-Masri est donc symptomatique. Désireux de prendre des vacances, ce ressortissant allemand emprunta un bus vers la Macédoine. Mais le 31 décembre 2003, à son passage au poste-frontière de [Tabanovce](#), il fut arrêté sans explication par des policiers macédoniens (§ 17). Après vingt-trois jours de détention dans un hôtel de [Skopje](#) (§ 18-19), il fut emmené le 23 janvier 2004 vers l'aéroport pour être remis, menotté et les yeux bandés, à des agents de la CIA. Il fit alors l'objet d'un « *traitement du choc de capture* (*“capture shock” treatment*) » (§ 22 et § 124) particulièrement édifiant : roué de coups, ses vêtements et sous-vêtements arrachés, sodomisé avec un objet, enchaîné et drogué avant d'être placé dans un avion pour une destination inconnue (§ 21). Il ne sut que bien plus tard qu'il s'agissait de l'Afghanistan (§ 21-23). Détenu dans un bâtiment « *utilisée par la CIA pour la détention et l'interrogatoire de personnes soupçonnées d'être des terroristes de premier plan* » (« [Salt Pit](#) » à Kaboul), il fut encore battu puis placé dans une cellule froide et sans lit (§ 24). Après de nombreux interrogatoires musclés (§ 25), il entama une grève de la faim avec ses codétenus (§ 26). Sa santé se détériora rapidement, aggravée encore par un épisode d'alimentation forcée (§ 27-28). Le 28 mai 2004, il fut placé à nouveau dans un avion les yeux bandés (§ 31). Toujours sans aucune information sur l'endroit où il se trouvait, il fut relâché seul dans la montagne, près de la frontière entre la Macédoine et l'Albanie (§ 32). De là, il put enfin repartir en avion pour Francfort. A son arrivée sur le sol de son pays, le 29 mai 2004, « *il avait perdu environ dix-huit kilos depuis son départ d'Allemagne, ses cheveux étaient longs et hirsutes et il ne s'était pas rasé depuis son arrivée en ex-République yougoslave de Macédoine* » (§ 33).

Il entama alors de nombreuses démarches et rassembla une multitude de preuves étayant la véracité de ce qu'il avait subi durant six mois (§ 34-38) dans ce monde orwellien où il fut littéralement réduit au statut de « *détenu fantôme* » (« [Ghost Detainee](#) »). Mais **aucune de ses démarches judiciaires ne déboucha sur une condamnation**. Ni aux États-Unis, où les juridictions américaines retinrent le secret d'Etat pour écarter la plainte de M. El-Masri (§ 62-62). Ni même en Macédoine, où la plainte pénale fut rejetée par la procureure en deux mois (§ 64-73 – *comp.* à [la condamnation en Italie d'agents américains de la CIA](#) pour l'enlèvement d'un islamiste : Francesco Messineo, « [The Abu Omar Case in Italy](#) », in *Journal of International Criminal Justice*, 2009, Vol. 7, N° 5, pp. 1023-1044). M. El-Masri se tourna alors vers la Cour européenne des droits de l'homme, avec le soutien de l'ONG [Open Society Justice Initiative](#). Signe de l'importance de ce contentieux, la Première Section s'est dessaisie au profit de la Grande Chambre (§ 8 – v. [l'audience publique du 16 mai 2012](#)). La présence de tiers intervenants de grande envergure – tel le [Haut-Commissaire aux droits de l'homme des Nations Unies](#) (§ 175), les ONG [Interights](#) (§ 176 – [Tierce intervention](#)) et [Redress](#) (§ 177 – [Tierce intervention](#)), ainsi qu'[Amnesty International](#) et la [Commission internationale de juristes](#) (§ 178 – [Tierce intervention](#)) – témoigne aussi des dimensions de cette affaire.

Dans le prétoire du Palais des Droits de l'Homme, aucun doute ne planait : **les traitements infligés au requérant ont profondément et gravement heurté les droits et libertés protégés par**

**la Convention.** De manière incidente, la juridiction strasbourgeoise avait déjà vertement condamné la pratique de remise extraordinaire en la qualifiant d'« *anathème à l'encontre de l'État de droit et des valeurs protégées par la Convention* » (Cour EDH, 4<sup>e</sup> Sect. Dec. 6 juillet 2010, [Babar Ahmad et autres c. Royaume-Uni](#), Req. n° 24027/07, § 114 – [ADL du 26 juillet 2010](#)). Mais **la véritable difficulté contentieuse se trouvait ailleurs.** A l'exacte articulation des enjeux soulevés par les « *disparitions forcées* » et la lutte internationale contre le terrorisme, la pratique des « *restitutions extraordinaires* » exigeait de relever deux défis pour parvenir enfin à une condamnation. Le premier est **un défi probatoire**, car un épais halo de secret enveloppait les circonstances de l'espèce **(I)**. Le second est **le défi du choix de l'angle conventionnel adéquat** afin d'engager la responsabilité d'un Etat européen comme collaborateur et complice des activités anti-terroristes d'un Etat tiers **(II)**.

## **I – Le défi probatoire face au(x) secret(s) d'Etat**

Par définitions secrètes et marquées par un complet mutisme étatique, l'appréhension juridictionnelle des opérations de restitutions extraordinaires est éminemment complexe. La Grande Chambre parvient toutefois à relever ce défi en adaptant, avec une opportune souplesse, les méthodes et exigences conventionnelles. Ceci est le cas tant pour les règles de recevabilité de la requête **(A)** que pour la preuve des faits allégués dans le prétoire de la Cour **(B)**.

### **A – L'adaptation des règles de recevabilité au profil exceptionnel du contentieux**

Parmi les conditions de recevabilité d'une requête fixées par la Convention (Art. 34) figurent certaines qui, pour les victimes alléguées de détentions secrètes, se révèlent particulièrement éprouvantes : obtenir une décision définitive interne et, corrélativement, respecter le délai de six mois à compter de cette décision pour saisir la Cour. Les pratiques de restitution extraordinaires se caractérisent en effet par **l'insuffisance des recours disponibles et la difficulté à engager la responsabilité des autorités impliquées, promptes à se draper dans le secret d'Etat.** La vaine procédure initiée par le requérant devant les instances macédoniennes l'illustre éloquemment.

Déjà habituellement soucieuse d'appliquer « *la règle de l'épuisement des voies de recours internes [...] avec une certaine souplesse et sans formalisme excessif* » (Cour EDH, 3<sup>e</sup> Sect. Dec. 15 mai 2012, [Colon c. Pays Bas](#), Req. n° 49458/06, § 53 – [ADL du 8 juin 2012](#)), la Cour fait preuve d'une flexibilité encore accrue en ces circonstances. En amont de la décision interne définitive, les juges européens tolèrent les quatre années écoulées entre la libération du requérant et le dépôt d'une plainte en Macédoine. Bien que « *considérable* », ce « *laps de temps* » se justifie par les « *démentis* » et « *dénégations* » persistantes des États européens impliqués (§ 142). En conséquence, et « *eu égard au caractère sensible de la question et à cette politique de dissimulation* », la Cour estime qu'« **il était raisonnable de la part du requérant d'attendre des évolutions qui auraient pu permettre de résoudre des questions factuelles ou juridiques cruciales** » et de ne décider « *d'exercer les voies de recours offertes par l'Etat défendeur seulement lorsqu'il a eu en sa possession des éléments corroborant ses dires* » (§ 142-144).

La juridiction européenne est tout aussi compréhensive à l'égard de l'attitude du requérant après « *la décision définitive sur [l]a plainte pénale* » (§ 145). Le rejet extrêmement rapide de sa plainte le 18 décembre 2008 après seulement deux mois et en l'absence de toute notification n'a pas fait courir le délai de six mois pour saisir la Cour (§ 147), de sorte que la requête n'est pas jugée tardive (§ 148).

### **B – Le pragmatisme probatoire face aux non-dits des pratiques de restitution extraordinaire**

La souplesse juridictionnelle est aussi à l'ordre du jour pour la preuve des circonstances entourant la restitution extraordinaire. Fidèle au « *critère de la preuve "au-delà de tout doute raisonnable"* » (§ 151 – v. not. Cour EDH, 1<sup>e</sup> Sect. 5 avril 2011, [Rahimi c. Grèce](#), Req. n° 8687/08, 63-65 – [ADL du 6 avril 2011](#)), la Cour affiche la liberté qui est la sienne à l'heure d'établir « *la responsabilité des Etats*

contractants au regard de la Convention » (§ 151). Ainsi, elle affirme pouvoir étayer ses « conclusions [...] par la libre appréciation de l'ensemble des éléments de preuve, y compris les déductions qu'elle peut tirer des faits et des observations des parties » (§ 151). Les juges européens estiment surtout pouvoir « examiner d'un œil plus critique les conclusions des juridictions nationales » en tenant « compte [en particulier de] la qualité de la procédure interne et toute déficience propre à vicier le processus décisionnel » (§ 155).

Ces postulats probatoires sont déterminants en l'espèce, alors que l'Etat défendeur « nie fermement toute implication de [ses] agents [...] dans les événements litigieux » (§ 154). Ils permettent d'abord à la Cour de prendre en compte un ensemble considérable d'éléments qui étayaient les assertions et accusations du requérant : la cohérence et la précision de ses allégations (§ 156), le « grand nombre de preuves indirectes recueillies dans le cadre des enquêtes internationales et des investigations menées par les autorités allemandes » (§ 157 – v. § 37-77 qui vise même les « câbles diplomatiques » diffusés par Wikileaks) ou les résultats des enquêtes menées par le requérant lui-même (§ 159). L'édifiante et accablante déposition du ministre de l'Intérieur de la Macédoine en fonction au moment des faits est aussi largement évoquée (§ 161-162 et § 74). La Cour estime ainsi que « les déclarations de hauts dirigeants – même s'il s'agit d'anciens ministres ou de hauts fonctionnaires – ayant joué un rôle central dans le litige en question revêtent **une valeur probante particulière lorsque les intéressés reconnaissent des faits ou un comportement faisant apparaître les autorités sous un jour défavorable** » (§ 163). La Cour n'hésite d'ailleurs pas à voir dans ce type de déclaration « une forme d'aveu », suivant en cela l'analyse de la [Cour internationale de justice](#) (§ 163 – CIJ, Arrêt sur le fond, 27 juin 1986, [Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci \(Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique\)](#), § 64).

Or dans le prétoire européen, ce faisceau d'éléments n'a pas seulement vocation à faciliter la preuve des faits. Il permet aussi et surtout de répondre à une question cruciale « quant à la charge de la preuve » : « celle-ci doit[-elle] être renversée et peser non plus sur le requérant mais sur le gouvernement défendeur » ? (§ 154 et 151 – sur la charge de la preuve, v. Cour EDH, G.C. 15 mars 2012, [Aksu c. Turquie](#), Req. n° 4149/04 – [ADL du 21 mars 2012](#)). Un tel renversement n'est pas inédit à Strasbourg, la Cour ayant souvent souligné que « **la procédure prévue par la Convention ne se prête pas toujours à une application rigoureuse du principe affirmanti incumbit probatio (la preuve incombe à celui qui affirme)** » (§ 152). Ceci est en particulier le cas sur le terrain des articles 2, 3 et 5 de la Convention (droit à la vie, interdiction de la torture et droit à la liberté et à la sûreté) lorsque les personnes concernées sont aux mains des autorités. C'est alors à ces dernières « de fournir une explication plausible et satisfaisante de ce qui s'est passé dans ces lieux » de détention (§ 152 – v. Cour EDH, 5<sup>e</sup> Sect. 4 novembre 2010, [Darraj c. France](#), Req. n° 34588/07 – [ADL du 4 novembre 2010](#)). Ce mécanisme probatoire est particulièrement utile dans le contentieux des « disparitions forcées » (v. Cour EDH, 1<sup>e</sup> Sect. 19 avril 2011, [Matayeva et Dadayeva c. Russie](#), Req. n° 49076/06 – [ADL du 22 avril 2011](#) ; Cour EDH, 1<sup>e</sup> Sect. 27 mai 2010, [Khutsayev et autres c. Russie](#), Req. n° 16622/05 – [ADL du 28 mai 2010](#)). Il empêche l'Etat de jouir de sa propre turpitude, le caractère secret des tortures et autres assassinats ne devant pas faire obstacle aux sanctions mais, au contraire, les faciliter en nourrissant le soupçon envers les autorités (§ 153).

Dans l'affaire [El-Masri](#), la réponse de la Grande Chambre est sans ambiguïté. Puisqu'« il existe un commencement de preuve à l'appui de la version des faits fournie par le requérant [...], la charge de la preuve doit [...] être renversée et peser sur le gouvernement défendeur » (§ 165). Or ce dernier n'a « produit aucune explication satisfaisante et convaincante quant à la façon dont les événements en question se sont produits » et « n'a pas davantage justifié de manière plausible ce qui est arrivé au requérant après que l'intéressé se fut retrouvé sous le contrôle des autorités internes au poste-frontière » (§ 166). L'indigence de l'argumentation des autorités de la Macédoine pèse donc défavorablement (§ 166) et permet à la Cour de « **conclu[re] que les allégations du requérant sont suffisamment convaincantes et établies au-delà de tout doute raisonnable** » (§ 167).

\*

Dépasser « *le mur du silence et la chape de plomb* » (opinion concordante commune aux juges Tukens, Spielmann, Sicilianos et Keller, § 6) qui pèsent inévitablement sur les opérations de restitutions extraordinaires. Ce premier cap est opportunément franchi par la Grande Chambre. En soi, ceci est un résultat important car ainsi, **la Cour enfonce un coin dans un système de détentions occultes sciemment conçu pour demeurer hors de portée de tout contrôle juridictionnel**. Mais à peine la voie vers une sanction des violations conventionnelles est-elle ouverte qu'un second défi surgit immédiatement. Prouver des faits et comportements contraires à la Convention ne suffit pas. Encore faut-il pouvoir les imputer à un Etat partie à cette même Convention.

\*

## **II – Le défi de l'engagement de responsabilité d'un Etat européen complice**

Prêter main-forte aux opérations « *anti-terroristes* » d'un Etat tiers à la Convention engage-t-il la responsabilité conventionnelle d'un Etat partie ? Afin de répondre positivement dans son arrêt [Eli-Masri](#), la Grande Chambre a dû fixer et ajuster l'angle adéquat de mise en cause de l'Etat défendeur tant au titre des tortures et mauvais traitements infligés **(A)** que pour punir l'insuffisance des enquêtes et recours **(B)** ainsi que la privation arbitraire de la liberté **(C)**. A chacune de ces occasions, les juges européens ont étoffé les obligations conventionnelles, notamment en esquissant un « *droit à la vérité* » pour que s'estompe enfin l'impunité liée aux restitutions extraordinaires.

### **A – Les tortures et mauvais traitements : une responsabilité par action et par omission**

Le long calvaire subi par le requérant a commencé sur le sol macédonien pour se poursuivre à l'étranger, en particulier en Afghanistan. Or durant ces deux phases, la responsabilité de l'[ex-République Yougoslave de Macédoine](#) est engagée sur le terrain de l'article 3 en son volet matériel : **l'interdiction de torturer et d'infliger des traitements inhumains et dégradants** (§ 195-198 – v. not. Cour EDH, 2<sup>e</sup> Sect. 16 février 2010, [Alkes c. Turquie](#), Req. n° 3044/04 – [ADL du 16 février 2010](#)).

Sur le sol de l'Etat défendeur, ce constat semblait aller de soi. Il ne faisait aucun doute que les autorités macédoniennes étaient bien responsables des mauvais traitements infligés au requérant à l'hôtel de Skopje (§ 199). Établies grâce à l'approche probatoire retenue par la Cour (v. *supra* I-B), les violences et surtout les menaces des forces de sécurité (§ 200) « *s'analyse[nt] à plusieurs égards en des traitements inhumains et dégradants contraires à l'article 3 de la Convention* » (§ 204). En particulier, il est noté que « *l'enfermement prolongé du requérant à l'hôtel l'a placé en situation de totale vulnérabilité* » et que « *la menace selon laquelle il serait abattu s'il tentait de quitter l'hôtel revêtait un caractère suffisamment réel et immédiat pour être susceptible de se heurter en soi à l'article 3 de la Convention* » (§ 202 – v. Cour EDH, G.C. 1<sup>er</sup> juin 2010, [Gäfgen c. Allemagne](#), Req. n° 22978/05 – [ADL du 1<sup>er</sup> juin 2010](#)). Le fait qu'il ait « *été détenu à l'isolement pendant vingt-trois jours dans un hôtel, lieu de détention extraordinaire se situant en dehors de tout cadre judiciaire* » accroît encore l'intensité de la violation (§ 203).

A cette première série d'actes litigieux s'ajoute une seconde, subie à l'aéroport de Skopje : le « *traitement du choc de capture* (*"capture shock" treatment*) » lors de l'embarquement dans l'avion (§ 205). Le dilemme contentieux est cependant plus conséquent. Certes, lesdits traitements sont manifestement « *excessifs] et injustifiés]* » (§ 207-210) et ont « *été employés] cumulativement et avec préméditation dans le but d'infliger des douleurs ou souffrances aiguës pour obtenir des renseignements de l'intéressé, de le punir ou de l'intimider* » (§ 211). Il n'est donc pas étonnant que la Cour aille jusqu'à les « *qualifier] de torture, au sens de l'article 3 de la Convention* » (§ 211).

Mais s'ils ont eu lieu sur le territoire de la Macédoine, ils furent essentiellement le fait d'« *une*

équipe de remise spéciale de la CIA » (§ 206). La Cour n'absout pas pour autant la Macédoine, « la responsabilité de l'Etat défendeur [étant] engagée au regard de la Convention à raison des actes commis sur son territoire par des agents d'un Etat étranger, **avec l'approbation formelle ou tacite de ses autorités** » (§ 206). Or tel était le cas en l'espèce : « l'Etat défendeur doit être considéré comme **directement** responsable de la violation des droits du requérant de ce chef, ses agents ayant activement facilité le traitement litigieux puis s'étant abstenus de prendre pour l'empêcher les mesures qui auraient été nécessaires dans les circonstances de la cause » (§ 211).

La responsabilité macédonienne ne se limite pas aux actes commis sur son sol et peut s'étendre à ceux réalisés en Afghanistan. Pour ce faire et condamner l'Etat défendeur pour une autre violation de l'article 3 (§ 222), la Cour use du **mécanisme de la « violation par ricochet »** (§ 212-214 – v. Cour EDH, 4<sup>e</sup> Sect. 10 avril 2012, [Babar Ahmad et autres c. Royaume-Uni](#), Req. n° 24027/07 et al. – [ADL du 15 avril 2012](#)). « En remettant le requérant aux autorités américaines », les autorités macédoniennes « **ont sciemment** exposé [M. El-Masri] à un risque réel de mauvais traitements et à des conditions de détention contraires à l'article 3 de la Convention » (§ 220). Les juges européens refusent ainsi que ces autorités plaident l'ignorance. D'une part, elles connaissaient la destination de l'avion (§ 217) et « savaient ou auraient dû savoir à l'époque des faits » que « les autorités américaines [...] employ[ai]ent ou tolér[ai]ent des pratiques [...] manifestement contraires aux principes de la Convention » (§ 218). D'autre part, le requérant fut remis dans les mains de la CIA en dehors de toute procédure juridique (§ 216) et sans qu'« aucune assurance propre à éviter au requérant le risque de subir des mauvais traitements » ne soit demandée aux autorités américaines (§ 219 – sur les « assurances diplomatiques », v. Cour EDH, 4<sup>e</sup> Sect. 17 janvier 2012, [Othman \(Abu Qatada\) c. Royaume-Uni](#), Req. n° 8139/09 – [ADL du 24 janvier 2012](#)).

Il fut déjà souligné à Strasbourg qu'extrader une personne vers un pays se livrant à de telles détentions secrètes revenait à « **conspirer en faveur d'une violation des droits les plus basiques garanties par la Convention** » (Cour EDH, 4<sup>e</sup> Sect. Dec. 6 juillet 2010, [Babar Ahmad et autres c. Royaume-Uni](#), Req. n° 24027/07 et al., § 114 – [ADL du 26 juillet 2010](#)). La Grande Chambre confirme solennellement cette position et condamne la Macédoine pour avoir exposé le requérant à une « remise extraordinaire » (§ 221). Le raisonnement européen dépasse même le seul cas macédonien pour tendre vers **une véritable présomption irréfragable de responsabilité conventionnelle des États européens qui auraient collaborés à ces opérations de la CIA.**

## **B – L'exigence d'enquête et de recours effectifs : une esquisse d'un « droit à la vérité »**

De la même manière que la responsabilité de l'Etat défendeur ne s'arrête pas au franchissement de ses frontières, elle ne cesse pas une fois les actes de torture accomplis. Le dispositif macédonien est donc de nouveau mis en cause du fait de « l'ineffectivité de l'enquête pénale » (§ 261). Aucun « recours concrets et effectifs aptes à mener à l'identification et à la punition des responsables et à l'octroi d'une réparation » ne fut offert au requérant (§ 259 ; sur l'effectivité des recours, v. Cour EDH, G.C. 13 décembre 2012, [De Souza Ribeiro c. France](#), Req. n° 22689/07 – [ADL du 16 décembre 2012](#)).

Cette condamnation de la Macédoine pour violation droit à recours effectif (Art. 13 – § 262) est intimement liée à une seconde carence : **l'absence d'enquête suffisante sur les faits litigieux.** Afin d'éviter que « des agents de l'Etat [puissent] fouler aux pieds, en jouissant d'une quasi-impunité, les droits des personnes soumises à leur contrôle » (§ 182), la Cour a en effet dégagé de l'article 3 – et de longue date – **une obligation procédurale d'enquête sur « des allégations graves de mauvais traitements »** (§ 183-185 – sur l'obligation d'enquête, v. Cour EDH, Anc. 2<sup>e</sup> Sect. 6 décembre 2011, [Donder et De Clippel c. Belgique](#), Req. n° 8595/06 – [ADL du 11 décembre 2011](#)). En l'espèce, l'intéressé avait « établi un commencement de preuve d'abus de la part des forces de sécurité de l'Etat défendeur » (§ 186). Mais les autorités macédoniennes sont restées passives. Le rejet de la plainte eut lieu de façon extrêmement lapidaire, sans « aucune mesure d'investigation » (§ 187-188). En soulignant que l'attitude de la procureure n'est « pas conforme à ce que l'on pouvait attendre d'une autorité indépendante » (§ 189), les juges européens n'hésitent d'ailleurs pas à pointer du doigt les

implications politiques du contentieux (sur l'indépendance des autorités de poursuites, v. Cour EDH, 5<sup>e</sup> Sect. 23 novembre 2010, [Moulin c. France](#), Req. n° 37104/06 – [ADL du 23 novembre 2010](#)).

Relativement classique, cette condamnation sur le terrain de l'article 3 – doublée d'une autre au titre du « volet procédural » de l'article 5 (§ 242-243) – prend néanmoins une résonance particulière avec l'invocation d'un « **droit à la vérité** ». L'[une des tierces interventions](#) fit valoir que « *le droit à la vérité est un droit autonome qui entre en jeu en cas de violations flagrantes, comme dans les affaires de disparitions forcées. Ce droit serait également consacré par l'article 13 et inhérent aux articles 2, 3 et 5 de la Convention* » (§ 175). Devant cette initiative, « *la Cour fait preuve d'une certaine originalité* » (Julie Tavernier, « [Le juge européen face aux "restitutions extraordinaires"](#) », in [Bulletin Sentinelle – SFDI](#), n° 328, 16 décembre 2012). Sous l'angle « *du caractère inadéquat de l'enquête menée* », les juges évoquent ce « **droit à la vérité** » pour « *souligne[r] la grande importance de la présente affaire non seulement pour le requérant et sa famille mais également pour les autres victimes de crimes similaires et pour le grand public, qui ont le droit de savoir ce qui s'est passé* » (§ 191).

Cette prise de position est clef dans le contentieux des restitutions extraordinaires, à propos duquel « *certaines des Etats concernés n'[ont] guère [été] désireux de voir la vérité éclater* » et où « *la notion de "secret d'Etat" a souvent été brandie pour faire obstacle à la recherche de la vérité* » (§ 191). De ce constat, la Cour en déduit que « *les autorités de poursuite de l'Etat défendeur, une fois informées des allégations du requérant, auraient dû s'efforcer de mener une enquête adéquate en vue d'éviter toute apparence d'impunité relativement à certains actes* » (§ 192-193). A défaut, **la Macédoine a donc commis « une violation de l'article 3 de la Convention sous son volet procédural »** (§ 194).

Ce « **droit à la vérité** » est le seul point sur lequel l'unanimité des dix-sept juges européens s'est estompée. La division européenne est atypique car deux séries de critiques – diamétralement opposées l'une à l'autre – sont dirigées contre la motivation de l'arrêt [El-Masri](#). Un premier groupe de juges (opinion concordante commune aux juges Casadevall et López Guerra) estime que la Grande Chambre a été trop loin, « *une analyse séparée en vue d'établir l'existence d'un "droit à la vérité"* » n'étant pas nécessaire à leurs yeux. Pour un second groupe de juges (opinion concordante commune aux juges Tukens, Spielmann, Sicilianos et Keller), **c'est au contraire la « frilosité » de la Cour qui est à déplorer**. Selon ces juges qui regrettent « *l'allusion plutôt timide de l'arrêt au droit à la vérité dans le contexte de l'article 3* » (§ 10), « **une reconnaissance plus explicite, dans le contexte de l'article 13 de la Convention, du droit à la vérité** » aurait du être réalisée (§ 7).

Cette critique ne doit cependant pas occulter les réels progrès de l'arrêt [El-Masri](#). Certes, la Cour n'a pas en soi reconnu « *qu'en l'absence de tout recours effectif [...] le requérant s'est vu dénier le "droit à la vérité", à savoir le droit d'avoir un compte-rendu précis des souffrances endurées et du rôle des responsables de cette épreuve* » (§ 1 de l'opinion concordante). Mais **le raisonnement majoritaire en est très proche**. L'importance du « **droit de savoir ce qui s'est passé** » est soulignée aussi au profit des « *autres victimes de crimes similaires et [du] grand public* » (§ 191). Pour la Cour, « *éviter toute apparence d'impunité* » est également un objectif essentiel (§ 192 – *comp.* respectivement aux § 4 et 6 de l'opinion concordante). De plus, la Cour conclut que « *l'enquête inadéquate conduite en l'espèce a privé le requérant de la possibilité d'être informé de ce qui s'était passé, et notamment d'avoir un compte rendu précis des souffrances que l'intéressé disait avoir endurées et du rôle joué par ceux qu'il en tenait pour responsables* » (§ 192).

En définitive, **les présupposés du droit à la vérité sont le point de départ du raisonnement majoritaire, là où les juges concordants auraient souhaité que ce droit en soit l'aboutissement et le support de condamnation**. Mais ces deux visions emportent des conséquences juridiques et pratiques comparables, même pour le « *droit d'accès aux informations pertinentes* » (§ 4 – sur cette idée, v. Cour EDH, G.C. 3 avril 2012, [Gillberg c. Suède](#), Req. n° 41723/06, § 93 – [ADL du 15 avril 2012](#)). Les juges concordants conviennent eux-mêmes que « *le droit à la vérité n'est pas inconnu dans [la] jurisprudence [européenne] et [qu']il ne s'agit pas davantage d'un nouveau droit* » (§ 5). Reconnaître formellement un droit à la vérité sur le terrain de l'article 13 et donner « *un habit neuf à une réalité bien établie* » (§ 7 de l'opinion concordante) présente donc surtout **une dimension symbolique, certes non négligeable**. Ceci aurait permis de mettre la jurisprudence européenne à

l'unisson d'autres sources internationales (v. § 8 et 9 de l'opinion concordante). Force est toutefois de constater que l'essentiel est sauf : l'arrêt *El-Masri* remplit presque totalement les objectifs assignés à ce « *droit à la vérité* ».

### **C – La ferme prohibition des détentions secrètes, sinistre avatar des disparitions forcées**

Telle une antienne qui ne saurait lasser, la jurisprudence européenne ne cesse de le marteler : **dans la lutte contre le terrorisme, la fin ne justifie pas tous les moyens**. La Cour le confirme une fois de plus sur le terrain du droit à la liberté et à la sûreté : si « *les enquêtes concernant les infractions à caractère terroriste confrontent [certes] indubitablement les autorités à des problèmes particuliers* », « **cela ne signifie pas pour autant que les autorités aient carte blanche, au regard de l'article 5, pour arrêter et placer en garde à vue des suspects, à l'abri de tout contrôle effectif par les tribunaux internes et, en dernière instance, par les organes de contrôle de la Convention, chaque fois qu'elles estiment qu'il y a infraction terroriste** » (§ 232). Appliquée aux détentions secrètes, cette position ne pouvait que déboucher sur une ferme condamnation. Pour la Grande Chambre, « *la détention non reconnue d'un individu constitue une négation totale de ces garanties et une violation extrêmement grave de l'article 5* » (§ 233).

Mais au-delà de l'évidente inconventionnalité des détentions secrètes, **la question de l'imputabilité des détentions secrètes à l'Etat défendeur resurgit à nouveau**. S'agissant de la première période de privation de liberté à Skopje « *du 31 décembre 2003 au 23 janvier 2004* », cela ne pose guère de difficultés puisque la détention eut lieu « *sous la surveillance constante des forces de sécurité macédoniennes* » (§ 234). La Grande Chambre n'a d'ailleurs pas de mots assez durs pour la fustiger et « *estime totalement inacceptable que dans un Etat régi par le principe de la prééminence du droit, une personne puisse être privée de sa liberté dans un lieu de détention extraordinaire et échappant à tout cadre légal, comme l'était l'hôtel susmentionné* » (§ 236). Pour les juges européens, cette « *détention non reconnue, au mépris total des garanties consacrées par l'article 5 de la Convention, [...] constitue une violation particulièrement grave de son droit à la liberté et à la sûreté garanti par cette disposition* » (§ 237).

Plus délicate était l'analyse conventionnelle de la détention ultérieure du requérant une fois dans les mains des autorités américaines (§ 238). Là encore, **c'est le mécanisme des violations « par ricochet » qui va permettre d'imputer à l'Etat défendeur ladite privation de liberté**. L'année 2012 avait commencé par l'inédite consécration à Strasbourg de l'idée qu'« *un Etat contractant méconnaîtrait l'article 5 de la Convention s'il renvoyait un requérant vers un Etat où l'intéressé serait exposé à un risque réel de violation flagrante de cette disposition* » (§ 239 – v. Cour EDH, 4<sup>e</sup> Sect. 17 janvier 2012, *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, Req. n° 8139/09 – **ADL du 24 janvier 2012**). Elle s'achève par la confirmation solennelle de cette « *obligation positive de protéger [les individus] d'une détention contraire à l'article 5 de la Convention* » (§ 239) et surtout par **une condamnation, elle aussi inédite, prononcée par la Grande Chambre sur ce fondement**.

Pour la Cour, en effet, « *il aurait dû être clair pour les autorités macédoniennes que, une fois remis aux autorités américaines, le requérant courrait un risque réel de subir une violation flagrante de ses droits au titre de l'article 5* » (§ 239). En ayant au contraire « *facilit[é] activement sa détention ultérieure en Afghanistan* », la Macédoine a violé le droit à la liberté et la sûreté du requérant (§ 239). Cette condamnation est d'autant plus remarquable que la Grande Chambre estime que « **l'enlèvement et la détention du requérant s'analysent en une "disparition forcée" telle que définie par le droit international** » (§ 240 – en ce sens, v. les tierces interventions spé. § 227). Il est jugé que « *la "disparition forcée" du requérant, bien que temporaire, s'est caractérisée par une incertitude et un manque d'explications et d'informations quant au sort de l'intéressé qui ont persisté pendant toute la durée de sa captivité* » (§ 240).

Ainsi, les juges européens associent les privations de liberté sous l'emprise de la CIA – et dans le cadre des « *remises extraordinaires* » – à d'autres contentieux tragiques où les disparitions forcées



sont « *définitives* » car la présomption de décès y est très forte (v. Cour EDH, G.C. 18 septembre 2009, [Varnava et autres c. Turquie](#), Req. n° 16064/90 – [ADL du 23 septembre 2009](#) ; sur les récurrentes disparitions forcées en Tchétchénie, v. une énième condamnation de la Russie, assortie cette fois de « *mesures générales* » : Cour EDH, 1<sup>ère</sup> Sect., 18 décembre 2012, [Aslakhanova et autres c. Russie](#), Req. n° 2944/06 et *al.* – [Communiqué](#)). Cette reconnaissance est symboliquement forte et souligne une fois encore l'extrême gravité des pratiques en cause. Mais cette qualification n'est pas non plus dénuée de conséquences juridiques. Ainsi analysée, cette privation de liberté constitue **une violation continue des obligations conventionnelles** qui « *débute avec la première des actions et dure aussi longtemps que ces actions ou omissions se répètent et restent non conformes à l'obligation internationale concernée* » (§ 240 – sur la notion de violation continue, v. Cour EDH, G.C. 26 juin 2012, [Kurić et autres c. Slovaquie](#), Req. N° 26828/06 – [ADL du 4 juillet 2012](#)).

\*  
\* \*

L'impressionnante série de condamnations – qui comprend aussi une violation du droit au respect de la vie privée et familiale (Art. 8 – § 248-250) – prononcée par la Grande Chambre sonne comme **un retentissant désaveu des excès de la lutte contre le terrorisme incarnée par la pratique des « extraordinary renditions »**. L'angle de contrôle strasbourgeois était certes réduit. A travers la responsabilité d'un seul Etat partie, il s'agissait de toucher un système plus vaste – les « *restitutions extraordinaires* » et les détentions secrètes – organisé par un Etat tiers à la Convention. Grand absent du prétoire européen, les États-Unis ont ainsi été condamnés par procuration et contumace.

L'arrêt [El-Masri](#) est riche de conséquences et d'enseignements. D'une part, il rappelle fermement aux États européens que **leurs devoirs au regard de la Convention ne sauraient être sacrifiés sur l'autel de la collaboration anti-terroriste**. Et ce, même si c'est au service d'un Etat puissant qui a certes et indéniablement « *une longue histoire de respect de la démocratie, des droits de l'homme et de l'État de droit* » (Cour EDH, 4<sup>e</sup> Sect. 10 avril 2012, [Babar Ahmad et autres c. Royaume-Uni](#), Req. n° 24027/07 et *al.*, § 179 – [ADL du 15 avril 2012](#)). Mais qui, parfois, s'égare gravement. D'autre part, l'exemple strasbourgeois incitera peut-être les juridictions américaines à contrôler plus strictement les mesures anti-terroristes (en ce sens, v. Corner Marian, « [Learning from Others : The Scalia-Breyer Debate and the Benefits of Foreign Sources of Law to U.S. Constitutional Interpretation of Counter-Terrorism Initiatives](#) », in [Vienna International Constitutional Law Journal](#), Vol. 4, n° 1, 2010, p. 5-19).

Le raisonnement européen n'est bien sûr pas exempt de toute critique. La détermination des fondements exacts de la responsabilité conventionnelle de l'Etat défendeur est parfois grevé d'incertitudes (en ce sens, v. André Nollkaemper, « [The ECtHR Finds Macedonia Responsible in Connection with Torture by the CIA, but on What Basis?](#) », in [EJIL Talk](#), 24 décembre 2012). L'arrêt [El-Masri](#) mérite toutefois d'être salué en ce qu'il révèle **la capacité de la Cour à saisir au mieux des contentieux contemporains complexes, car transnationaux et affectés d'une sensibilité diplomatico-politique évidente** (v. ainsi Cour EDH, G.C. 12 septembre 2012, [Nada c. Suisse](#), Req. n° 10593/08 – [ADL du 21 septembre 2012](#)). L'arrêt [El-Masri](#) n'en est certes pas la seule illustration. Ainsi, la Cour a récemment apporté de nouvelles précisions sur l'articulation entre les droits nationaux, les règles de l'Union européenne et les impératifs conventionnels (Cour EDH, Anc. 5<sup>e</sup> Sect., 6 décembre 2012, [Michaud c. France](#), Req. n° 12323/11 – [Communiqué](#) – spé. au § 101-116 ; *comp.* à Cour EDH, G.C. 21 janvier 2011, [M.S.S. c. Belgique et Grèce](#), Req. n° 30696/09 – [ADL du 21 janvier 2011](#) et lire Daria Sartori, « [Michaud v. France: A step forward into the Bosphorus doctrine, or a step backward into "subjective" foreseeability?](#) », in [Strasbourg Observers](#), 21 décembre 2012). Autre illustration plus récente encore de cette adaptation aux évolutions contemporaines, la Cour a jugé que **le blocage total d'un site internet violait la liberté d'expression** (Art. 10 – Cour EDH, 2<sup>e</sup> Sect. [Ahmet Yildirim c. Turquie](#), Req. n° 3111/10 – [Communiqué](#)). A cette occasion, les juges européens ont affirmé qu'« *internet est aujourd'hui devenu l'un des principaux moyens d'exercice par les individus de leur droit à la liberté et à l'information : on y trouve des outils essentiels de participation aux activités et débats relatifs à des questions politiques ou d'intérêt public* » (§ 54).

Cette souplesse juridictionnelle est encore plus indispensable face aux enjeux juridiques de la lutte

contre le terrorisme. Ces derniers demeurent en effet extrêmement vivaces. En France, la [Commission nationale consultative des droits de l'homme](#) a ainsi récemment rendu un avis alarmant et critique (CNCDH, 21 décembre 2012, [Avis sur la loi relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme](#) – [Communiqué](#)). La Commission a vivement regretté l'adoption d'une nouvelle loi anti-terroriste selon la « *procédure accélérée [ce qui ne] permet pas un fonctionnement normal du Parlement, et une prise en compte satisfaisante des droits et libertés* », comme en témoigne le fait que l'avis n'a pu être rendu qu'après le vote de ladite loi (§ 2). Tout aussi pertinemment, l'absence d'« *un débat de qualité* » a été pointée du doigt par la CNCDH. Celle-ci note que « *tout se passe comme si la simple invocation d'une plus grande efficacité de la lutte contre le terrorisme pouvait justifier l'adoption sans aucune discussion de mesures "liberticides"* » (§ 3). Au-delà, et dès à présent, de nouveaux contentieux sensibles se profilent. [Dans un arrêt du 21 décembre 2012](#), la Haute Cour de Justice britannique a ainsi [rejeté un recours](#) initié aux fins d'interdire aux autorités britanniques de communiquer aux services américains des informations susceptibles d'aider à des assassinats ciblés par des drones au Pakistan (High Court of Justice, 21 décembre 2012, [Noor Khan](#), [2012] EWHC 3728).

Face à ces défis persistants et sans cesse renouvelés, il est heureux que **la Cour européenne des droits de l'homme contraigne toujours la nécessaire lutte contre le terrorisme à demeurer dans les limites conventionnelles**. Les dangers du slogan « *pas de liberté pour les ennemis de la liberté* » semblent avoir été perçus par les juges européens (v. [ADL du 18 novembre 2012](#) et [ADL du 8 août 2012](#) ; sur les impératifs de sécurité intérieure, v. cependant [ADL du 8 juin 2012](#) et [ADL du 21 mars 2012](#)). Gageons et espérons qu'il en sera encore ainsi à l'avenir au sujet de la lutte contre le terrorisme. Car « *jamais un État de droit fondé sur le respect des droits de l'Homme ne doit employer les mêmes méthodes et faire preuve du même mépris du droit et de la dignité humaine que les terroristes. S'il le fait, il se délégitime, tombant ainsi dans le piège tendu par les terroristes* » (Peter Leuprecht en 2009 cité par Paul Tavernier, « [Terrorisme et droits de l'Homme](#) », in [Revue politique & parlementaire](#), 2 mars 2012).

**Cour EDH, G.C 13 décembre 2012, [El-Masri c. l'Ex-République Yougoslave de Macédoine](#), Req. n° 39630/09 – [Communiqué de presse](#)**

Jurisprudence liée :

- **Sur la lutte contre le terrorisme** : Cour EDH, G.C. 12 septembre 2012, [Nada c. Suisse](#), Req. n° 10593/08 – [ADL du 21 septembre 2012](#) ; Cour EDH, 4<sup>e</sup> Sect. 10 avril 2012, [Babar Ahmad et autres c. Royaume-Uni](#), Req. n° 24027/07 et al. – [ADL du 15 avril 2012](#) ; Cour EDH, 4<sup>e</sup> Sect. 17 janvier 2012, [Othman \(Abu Qatada\) c. Royaume-Uni](#), Req. n° 8139/09 – [ADL du 24 janvier 2012](#) ; Cour EDH, 4<sup>e</sup> Sect. 15 novembre 2011, [Al Hanchi c. Bosnie-Herzégovine](#), Req. n° 48205/09 – [ADL du 20 novembre 2011](#) ; Cour EDH, 5<sup>e</sup> Sect. 22 septembre 2011, [H.R. c. France](#), Req. n° 64780/09, § 60-65 – [ADL du 24 septembre 2011](#) ; Cour EDH, G.C. 28 février 2008, [Nassim Saadi c. Italie](#), Req. n° 37201/06 – [ADL du 28 février 2008](#).

- **Sur les disparitions forcées** : Cour EDH, 1<sup>ère</sup> Sect., 18 décembre 2012, [Aslakhanova et autres c. Russie](#), Req. n° 2944/06 et al. – [Communiqué](#) ; Cour EDH, 1<sup>ère</sup> Sect. 19 avril 2011, [Matayeva et Dadayeva c. Russie](#), Req. n° 49076/06 – [ADL du 22 avril 2011](#) ; Cour EDH, 1<sup>ère</sup> Sect. 27 mai 2010, [Khutsayev et autres c. Russie](#), Req. n° 16622/05 – [ADL du 28 mai 2010](#) ; Cour EDH, G.C. 18 septembre 2009, [Varnava et autres c. Turquie](#), Req. n° 16064/90 – [ADL du 23 septembre 2009](#).

**Pour citer ce document :**

Nicolas Hervieu, « [Les détentions secrètes de la CIA et les "restitutions extraordinaires" sous l'accablant regard européen](#) » [PDF] in [Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF](#), 24 décembre 2012.

**[Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » \(ADL\) du CREDOF \(pour s'y abonner\) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme \(RevDH\) – Contact](#)**