

ROMANIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

ISSN 2559 – 3846

L'arrêt Al Nashiri c. Roumanie – le Retour des Black Sites devant le Juge de Strasbourg

Carmen-Gina ACHIMESCU

RJIL No. 19/2018

Pages 72-79

Studii și comentarii de jurisprudență și legislație Studies and Comments on Case Law and Legislation

L'arrêt *Al Nashiri c. Roumanie* – le Retour des *Black Sites* devant le Juge de Strasbourg

Carmen-Gina ACHIMESCU¹

Université de Bucarest, Faculté de Droit

Résumé: Dans l'affaire *Al Nashiri c. Roumanie*² la Cour EDH a dû analyser des aspects extrêmement délicats relatifs à l'applicabilité de la Convention en cas de violation des droits garantis commises sur le territoire d'un Etat partie à la Convention par les agents d'un Etat tiers. Notre analyse ne portera pas sur les nombreuses violations substantielles de la Convention constatées dans l'affaire, mais sur la question de l'imputabilité des faits, ainsi que sur la preuve des omissions coupables de la Roumanie, qui ont engagé sa responsabilité sur le terrain de la CEDH.

Mots-clés : CEDH, détention secrète, remise extrajudiciaire, obligations positives

L'arrêt *Al Nashiri c. Roumanie* rendu par la Cour EDH le 31 mai 2018 s'inscrit dans la série des affaires relatives aux violations des droits de l'homme pendant la capture, la détention et la remise extrajudiciaire des suspects de terrorisme, opérées par la CIA en Europe³. La Cour a établi, à l'unanimité, que la Roumanie avait violé la Convention européenne des droits de l'homme en permettant aux agents CIA de placer Monsieur Al Nashiri dans un centre de détention secret sur son territoire, dans des conditions abusives. En plus, la Roumanie avait permis la remise extrajudiciaire du requérant, en secret, vers une destination où il y avait des

¹ Professeur assistant, Faculté de droit, Université de Bucarest et College Juridique franco-roumain, chargée de TD's en Droit international public et Droits de l'homme. Les opinions exprimées dans cet article appartiennent à l'auteur et n'engagent en rien ces institutions.

² Cour EDH, *Al Nashiri c. Roumanie* (requête no 33234/12), 31 mai 2018

³ Fiche thématique, https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Secret_detention_FRA.PDF

risques évidents de détention abusive, déni de justice, mauvais traitements et application de la peine de mort¹. Comme pour les autres affaires similaires, l'Etat a été obligé de dérouler une enquête effective afin d'identifier et de punir les responsables, ainsi qu'a dédommager le requérant du montant de 100.000 euros.

Cet arrêt est en grande partie similaire à celui rendu le 24 juillet 2014 dans les affaires *Al Nashiri et Zubaydah (Husayn) c. Pologne*², pays où les deux requérants avaient également été détenus et soumis à des mauvais traitements par des agents CIA, avant d'être renvoyés vers la Roumanie, respectivement la Lituanie. Les arrêts de condamnation de la Roumanie et de la Lituanie ont été rendus le même jour, le 31 mai 2018. Comme la Pologne, la Roumanie et la Lituanie ont formulé des demandes de renvoi devant la Grande Chambre, qui ont été rejetées³.

Il a été donc prouvé *au-delà de toute doute raisonnable* que les autorités roumaines avaient créé des facilités de détention pour la CIA (dénommés *Black Sites* dans un Rapport de 2014 du Senat des Etats Unis), et que M. Al Nashiri y avait été détenu dans des conditions abusives. L'implication de certains Etats parties à la CEDH (dont la Roumanie) dans les programmes dites de restitution des suspects de terrorisme conduit par les Etats-Unis a été établie par la Cour, malgré leur négation de toute contribution, passive ou active. La difficulté majeure pour établir les faits (I) et pour engager la responsabilité de ces Etats (II) a résulté du caractère secret des pratiques dénoncées, qui en rendait la preuve extrêmement difficile lorsque les Gouvernements défendeurs niaient les faits.

I. La preuve des faits

La première affaire de cette série, jugée par la Cour EDH en 2013, a été l'affaire *El Masri c. Macédoine*⁴. Cette affaire a donnée à la Cour

¹ Ainsi, la Roumanie a violé les articles 3 CEDH (interdiction de la torture), parce que les autorités ont permis à la CIA d'appliquer des mauvais traitements au requérant sur le territoire roumain et n'ont pas procédé à une enquête effective des allégations de ce dernier; 5 CEDH (droit à la liberté et à la sécurité), 8 CEDH (droit au respect de la vie privée); 13 CEDH (droit à un remède effectif) combiné avec les articles 3, 5 et 8; 6 § 1 CEDH (droit à un procès équitable), ainsi que les articles 2 (droit à la vie) et 3, combinés avec l'article 1 du Protocole 6 (abolition de la peine de mort).

² *Al Nashiri c. Pologne* (requête no 28761/11) et *Husayn (Abu Zubaydah) c. Pologne* (requête no 7511/13)

³ Communiqué de presse ECHR 331 (2018) du 9 octobre 2018

⁴ Cour EDH, Grande Chambre, *El Masri c. Macédoine* (requête no 39630/09), 13 décembre 2012

l'occasion de se prononcer sur la responsabilité d'un Etat partie dont les agents accomplissent les démarches préliminaires consistant en la privation de liberté et la remise des suspects de terrorisme visés par la justice répressive d'un Etat tiers. Dans l'affaire *El Masri*, il s'agissait de l'enlèvement du requérant, ressortissant allemand, en Macédoine, afin d'être secrètement remis aux agents américains et ensuite amené en Afghanistan. Le requérant prétendait avoir été enlevé par des officiers macédoniens alors qu'il passait la frontière le 31 décembre 2003. Etant accusé d'être un membre d'Al-Qaida il aurait été enfermé pendant plus de 20 jours dans un hôtel à Skopje et ensuite remis à des agents de la CIA américaine à l'aéroport de Skopje. Après avoir été maltraité et drogué, il aurait été transporté à Kaboul enchaîné sur le sol d'un avion. En Afghanistan, il aurait été détenu pendant quatre mois et ensuite renvoyé en Europe et abandonné au bord de la route en Albanie. Le requérant demandait à la Cour d'obliger le gouvernement de Macédoine à mener une enquête sur l'affaire et de payer des dommages-intérêts pour avoir participé à sa privation de liberté illégale et pour l'avoir soumis à de mauvais traitements.

La Macédoine a nié les faits concernant la détention du requérant sur son territoire, malgré le témoignage de la victime et de nombreux rapports internationaux concernant l'implication de ce pays dans la détention et le transport de prisonniers de la CIA suspects de terrorisme¹. Dans ce contexte, il convient de rappeler la position de la juridiction suprême américaine par rapport aux arrestations illégales opérées par des agents américains à l'étranger : elle a considéré que cette pratique n'était pas illicite en soi, d'autant plus s'il s'agissait de la coopération des autorités locales, comme dans l'affaire *El Masri*². En tout cas, la Cour EDH n'a pas eu à s'interroger

¹ *La participation des Etats européens à la détention illégale et au transport des prisonniers de la CIA*, Rapport présenté à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe dit « Marty », D/10957, juin 2007 ; *La participation des Etats européens à la détention illégale et au transport des prisonniers de la CIA*, Rapport présenté au Parlement européen dit « Fava », P6_TA (2006)0316

² Philippe Berenz, "*La notion de juridiction de l'Etat dans le contentieux européen des droits de l'homme*", thèse de doctorat soutenue en 2011 à l'Université de Paris 1, consultée à la bibliothèque CUJAS ; *affaire Alvarez-Machain*, Supreme Court of United States of America, arrêt du 15.06.1992, disponible sur <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/504/655>

sur la responsabilité des Etats-Unis, puisque cet Etat n'est pas partie à la Convention¹.

Finalement, la Cour a conclu que l'exposé détaillé des faits rendu par le requérant sous serment, ainsi que les enquêtes internationales et les dépositions des experts constituaient des preuves *au-delà de toute doute raisonnable* de la véracité des faits². La Cour EDH faisait ainsi écho à la pratique des juridictions internationales, qui ne se considèrent pas liés par des règles aussi strictes que celles des tribunaux nationaux³. Ainsi, le standard de la preuve *au-delà de toute doute raisonnable* a pu être atteint par le cumul des preuves indirectes avec la déposition sous serment du requérant.

Les affaires similaires qui ont suivi, *Al Nashiri et Husayn c. Pologne*, ont eu la particularité de l'absence des victimes pendant la procédure devant la Cour. A la différence de l'affaire *El Masri*, où le requérant a participé activement à la procédure, les requérants Al Nashiri et Zubaydah (Husayn) ont accompli tous les actes de procédure par l'intermédiaire des représentants. Transférés par la CIA dans la prison américaine Guantanamo Bay, située à Cuba, ils y sont toujours détenus. Cependant, peu de temps après l'arrêt rendu contre la Pologne en juillet 2014, un rapport du Senat des Etats Unis publié en décembre 2014 confirmait l'existence des programmes secrets de détention des suspects de

¹ S'il s'agissait d'un Etat partie, la solution serait-elle la responsabilité partagée entre l'Etat territorial et l'Etat qui exerçait le contrôle effectif sur le détenu ? Il est de jurisprudence constante de la Cour EDH que le contrôle sur un centre de détention par un Etat partie à la CEDH suffit pour lui attribuer des violations des droits de l'homme subis par les détenus dans ces locaux, même s'ils sont situés à l'extérieur du territoire national (voir l'arrêt rendu par la Grande Chambre de la Cour EDH le 7 juillet 2011, *Al Jedda c. Royaume-Uni*, requête 27021/08) ; en plus, un Etat partie qui, par ses agents, a une emprise effective sur une personne qui se trouve sur le territoire d'un autre Etats peut également voire sa responsabilité engagé pour les faits de ses agents (voir l'arrêt *Ocalan c. Turquie* rendu par la Cour EDH 12 mars 2003, requête 46221/99) .

² Les Etats-Unis ont également gardé le silence. Les tribunaux américains avaient rejeté la demande de procès séparé déposée per El-Masri, qui avait recherché l'obtention d'indemnités auprès des membres de l'administration américaine de l'époque des faits. Le requérant a ensuite demandé un même procès contre les Etats-Unis à la Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme, mais les Etats-Unis n'ont pas répondu à la demande de la Commission. A l'époque, le probatoire n'était pas encore aussi consistant qu'au moment du jugement des affaires *Al Nashiri et Husayn*.

³ Voir l'affaire du *Detroit de Corfou*, arrêt du 9 avril 1949, CII, Rec. 1949, p. 4, voir également l'opinion individuelle de Sir Gerald Fitzmaurice dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*, arrêt du 18 juillet 1966, CII, Rec. 1966, p. 6

terrorisme¹. Le rapport confirmait également le fait qu'en route vers Guantanamo, les requérants ont transité la Roumanie (Al Nashiri), respectivement la Lituanie (Zubaydah, dit Husayn). Ce rapport a eu pour conséquence le renforcement des conclusions tirées par la Cour de Strasbourg en 2014, en validant en quelque sorte la valeur de la preuve indirecte ou circonstancielle.

Dans l'affaire *Al Nashiri c. Roumanie* la question de la preuve est analysée sur une cinquantaine de pages, alors que beaucoup d'éléments du probatoire étaient communes à l'arrêt rendu contre la Pologne quatre ans avant. Le requérant a évoqué l'arrêt précédent, tout en soulignant le fait que les opérations de la CIA n'auraient pas été possibles en absence de la coopération, assistance et implication active des Etats partenaires, dont la Roumanie, par la mise à la disposition de la CIA de leur espace aérien, aéroports et des locaux où les détenus pouvaient être interrogés, ainsi que par la création des conditions nécessaires au bon déroulement de ces opérations. Il a demandé à la Cour de raisonner par analogie et de constater que la charge de la preuve était renversée, surtout que la Roumanie avait l'accès exclusif aux informations classifiées et aux témoins qui pouvaient éclairer la situation du requérant².

La Cour a rappelé la nature subsidiaire de son rôle, en soulignant qu'elle n'entendait pas se substituer aux tribunaux nationaux en ce qui concerne l'établissement des faits³. Cependant, la Cour a constaté que de nombreux éléments concordants avaient soutenus la véridicité *prima facie* des allégations du requérant et que, par la suite, le Gouvernement n'avait pas fourni à la Cour des documents de nature à offrir une explication différente du déroulement des événements. En plus, la Cour rappelle que certaines dispositions de la Convention ne peuvent pas se réconcilier avec une interprétation stricte du principe *affirmanti incumbit probatio*, dont les articles 2 et 3, notamment dans le cas des personnes détenues, lorsque certains événements ne sont connus que par les autorités étatiques. La charge de la preuve dans ces situations pèse sur les autorités, qui ont l'obligation d'offrir une explication satisfaisante et convaincante⁴.

Par conséquent, l'établissement des faits a été principalement basé sur des preuves circonstancielle, incluant des rapports internationaux, des documents rendus publics par la CIA le rapport du Sénat des Etats Unis de

¹ <https://web.archive.org/web/20141209165504/http://www.intelligence.senate.gov/study2014/sscistudy1.pdf>

² *Al Nashiri c. Roumanie, supra*, para. 460.

³ *Al Nashiri c. Roumanie, supra*, para. 490.

⁴ *Al Nashiri c. Roumanie, supra*, paras. 492-493.

2014, ainsi que d'autres sources publiques et des témoignages. Le Gouvernement a échoué à prouver que les autorités roumaines n'avaient pas connu ou qu'ils ne pouvaient pas connaître la situation du requérant.

II. La responsabilité

Une fois prouvés les faits, une seconde difficulté se posait - vu que l'Etat territorial ne peut pas être tenu responsable pour les actions des agents étrangers qui ne sont ni à sa disposition, ni sous son contrôle, la seule piste accessible au requérant restait celle de la responsabilité de l'État pour ses propres actions et omissions qui ont permis la perpétration des violations graves de la Convention sur son territoire. Pourtant, l'article 1 de la CEDH ne parle pas de la compétence territoriale des Etats, mais de « *personnes relevant de leur juridiction* ». Il faut ainsi, pour affirmer qu'une personne relève de la « juridiction » d'un Etat, envisager concrètement le lien qui existe entre les deux dans une situation déterminée.

Dans son ouvrage *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, le professeur italien Pasquale de Sena liait l'interprétation de l'article 1 de la CEDH à la question plus générale de l'imputation des actes internationalement illicites¹. Ainsi, du point de vue du contenu, la « juridiction » d'un Etat partie, au sens de la CEDH, se superposerait à sa capacité d'influencer la jouissance des droits garantis par l'exercice des pouvoirs de gouvernement, soit de manière globale sur un territoire - avec tous les biens et toutes les personnes qui s'y trouvent, soit de manière ponctuelle sur une personne déterminée. Alors que la Cour a initialement affirmé la distinction entre l'exercice de la « juridiction » et l'imputation des violations alléguées², sa jurisprudence reflète néanmoins l'application des mêmes critères pour analyser les deux concepts. Ainsi, l'analyse de la « juridiction » se confond partiellement avec la question de l'imputabilité

¹ Pasquale de Sena, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, p 145 ; au même sens voir Carmen Pușcașu, *La notion de juridiction au sens de l'article 1 de la CEDH*, thèse de doctorat soutenue en 2013 à l'Université de Montpellier, disponible aux Bibliothèques Universitaires de Montpellier et de Bucarest

² *Loizidou, supra.*

des actes et omissions contraires à la Convention, dans une démarche dont les étapes ne sont pas strictement délimitées¹.

L'affaire *Al Nashiri c. Roumanie* ne fait pas exception. Nous pouvons observer que la responsabilité de la Roumanie est à la fois attachée à la juridiction territoriale, ainsi qu'à la théorie des obligations positives « générales » inhérentes à l'article 1 de la CEDH. Traditionnellement, la compétence territoriale « doit s'entendre comme l'aptitude de l'Etat à exercer son autorité conformément au droit international, aussi bien sur les biens que sur les situations, les personnes et les activités placées ou exercées à l'intérieur de son territoire »². Dans cet esprit, la Cour EDH a précisé que les engagements d'une Partie contractante « comportent (...) des obligations positives de prendre les mesures appropriées pour assurer le respect de ces droits et libertés sur son territoire » qui « subsistent même dans le cas d'une limitation de l'exercice de son autorité sur une partie de son territoire, de sorte qu'il incombe à l'Etat de prendre toutes les mesures appropriées qui restent en son pouvoir »³.

Si les autorités d'un Etat partie effectuent des démarches préalables sur son territoire afin de faciliter certaines opérations d'un Etat tiers, l'Etat territorial doit-il s'assurer que les opérations qu'ils facilitent se déroulent conformément à la CEDH? La réponse de la Cour de Strasbourg a été oui, sans doute et peu importe si les autorités nationales ont ou n'ont pas un contact direct avec la victime. Dans les affaires *Al Nashiri* et *Hussayn* le contact des autorités nationales avec le requérant est beaucoup plus limité que dans l'affaire *El Masri* ; pourtant, la Cour n'explique pas ou s'arrête la

¹ Le contentieux de la Cour EDH relatif au Chypre de Nord, à la zone transnistrienne de la Moldavie, la jurisprudence liée aux interventions de l'ONU en territoire ex-yougoslave et de celles britanniques en Irak, ainsi que les manifestations ponctuelles (occasionnelles) de la juridiction extraterritoriale – voir les affaires *Issa*, *Öcalan*, *Medvedyev*, *Hirsi Jamaa*.

² Affaire « *Ile de Palmas* » (Etats-Unis c. Pays-Bas), décision rendue par la Cour permanente d'arbitrage le 4 avril 1928. L'arbitre Max Huber attirait l'attention sur le lien existant entre la souveraineté et les caractères de la compétence territoriale : « la souveraineté dans les relations entre Etats signifie l'indépendance. L'indépendance relativement à une partie du globe est le droit d'y exercer à l'exclusion de tout autre Etat les fonctions étatiques. Le développement de l'organisation nationale des Etats durant les derniers siècles et, comme corollaire, le développement du droit international a établi le principe de la compétence exclusive de l'Etat en ce qui concerne son propre territoire, de manière à en faire le point de départ du règlement de la plupart des questions qui touchent aux rapports internationaux ».

³ *Ilaşcu*, *supra*, para. 313

responsabilité de l'Etat pour le fait de ses organes et ou commence sa responsabilité pour manque de diligence¹.

Dans ce contexte, il est utile de rappeler les opinions qui soulignent le fait que la théorie des obligations positives est apparue et s'est développée dans un contexte totalement différent et que, sous peine « *d'élargir la notion de juridiction jusqu'à l'absurde* », comme le signale le juge Loucaides dans son opinion partiellement dissidente vis-à-vis de l'arrêt *Ilaşcu*, il faudrait faire application de ladite théorie uniquement lorsque l'État a réellement la possibilité d'exercer sa juridiction sur la prétendue victime. Dans le même temps, comme le juge Bonello le précisait dans son opinion séparée en marge des arrêts *Al Skeini* et *Al Jedda*, « *veiller au respect des droits de l'homme relève toujours de la juridiction de l'Etat* », donc sa responsabilité ne peut être limitée ou exclue « *qu'en ce qui concerne les droits précis qu'il n'est pas en mesure de reconnaître* » dans des circonstances qui ne lui sont pas imputables.

Conclusion

Les possibilités d'engager la responsabilité des Etats sur le terrain de la CEDH sont devenues de plus en plus nombreuses, grâce à la théorie des obligations positives. A l'aide de cette technique d'interprétation, la Cour de Strasbourg peut éviter, si elle le souhaite, des questions délicates relatives à l'imputabilité des faits et à la preuve, puisque ladite théorie fait naître à la fois des obligations substantielles et procédurales à la charge des autorités nationales. L'application de la théorie des obligations positives dans les affaires relatives aux centres secrets de détention des suspects de terrorisme est sans doute justifiée, mais son dosage semble déséquilibré. Le volet procédural (qui a pour but de renverser la charge de la preuve) est longuement analysé, alors que la question de séparer les faits et les omissions imputables ne semble pas intéresser la Cour.

¹ Dans l'hypothèse de l'affaire *El Masri* concernant la privation illégale de liberté d'une personne confondue avec un suspect de terrorisme par les autorités macédoines, suivie par la remise aux autorités des Etats-Unis, la Cour n'a eu aucune tentative d'expliquer où s'arrêtait la responsabilité de la Macédoine pour les faits de ces agents et où commençait sa responsabilité pour manque de diligence, alors que cette distinction pouvait être facilement opérée.