

**PRUDENCE ET AUDACE DE L'INTERPRETE : A PROPOS DES
CONSTATATIONS ADOPTEES DANS L'AFFAIRE DAVID HICKS C. AUSTRALIE
PAR LE COMITE DES DROITS DE L'HOMME**

Nathan COLIN¹

Les constatations rendues par le Comité des droits de l'homme dans l'affaire *David Hicks c. Australie*² illustrent simultanément la prudente retenue et l'audacieuse créativité dont peuvent faire preuve les organes de contrôle des traités relatifs aux droits de l'homme. Les faits de cette affaire complexe, qui seront développés au fur et à mesure de cette étude, peuvent à ce stade être résumés comme suit. L'auteur de la communication, un citoyen australien du nom de David Hicks, a été capturé en Afghanistan en novembre 2001 par un groupe armé non-étatique, puis livré aux États-Unis qui l'accusaient d'être lié à Al-Qaeda, ce dont l'intéressé se défendait. Il a ensuite été transféré à Guantanamo, où il est resté en détention de janvier 2002 à mars 2007. Le 31 mars 2007, après avoir plaidé coupable quelques jours plus tôt, il a été condamné par une commission militaire à une peine de sept ans d'emprisonnement pour « fourniture de soutien matériel au terrorisme » sur le fondement du *Military Commission Act* de 2006. L'auteur a ensuite été transféré en Australie, suite à un accord de transfèrement avec les États-Unis, et y a effectué les sept mois de prison qui lui restaient à purger. Il argue devant le Comité qu'il a été victime de mauvais traitements durant sa détention à Guantanamo, que celle-ci était arbitraire, que son procès était manifestement inéquitable et qu'il a été l'objet d'une condamnation rétroactive, le texte sur le fondement duquel il a été condamné ayant été adopté plusieurs années après les faits qui lui étaient reprochés. Il est donc clair que les sévices que l'auteur prétend avoir subis trouvent leur origine directe dans des comportements attribuables aux États-Unis³. Cependant - et c'est ce qui fait la complexité de l'affaire - l'auteur ne pouvait diriger sa communication contre les États-Unis, cet État n'étant pas partie au Protocole facultatif se rapportant au Pacte sur les droits civils et politiques qui fonde la compétence du Comité pour examiner des communications individuelles. La communication porte donc uniquement sur la

¹ Doctorant contractuel rattaché au CRDH

² Comité des droits de l'homme, *David Hicks c. Australie*, Communication n° 2005/2010, constatations adoptées le 5 novembre 2015. Au moment où nous écrivons ces lignes, la décision n'a pas encore fait l'objet d'une traduction en français et les extraits seront donc cités en anglais.

³ À l'exception d'une série d'allégations relatives à un *control order* imposé par les autorités australiennes après la libération de l'auteur. Ces allégations étant déclarées irrecevables par le Comité et ne soulevant pas le même type d'interrogations que les autres, elles ne seront pas discutées plus avant. Sur cet aspect de la communication, voir *ibid.*, paras. 2.11-2.13.

part de responsabilité que l'auteur estime portée par l'Australie pour les violations alléguées de ses droits. À cet égard, les arguments de l'auteur peuvent être scindés en deux ensembles.

D'une part, s'agissant des faits survenus pendant qu'il était détenu à Guantanamo, l'auteur estime que les autorités australiennes ont apporté leur soutien aux actions des États-Unis, notamment en l'interrogeant à plusieurs reprises durant sa détention, en négociant avec les États-Unis certains aspects des conditions de sa détention et de la procédure à laquelle il était soumis, en exerçant une influence sur le contenu de l'accord de plaider-coupable qu'il a signé, en faisant des déclarations publiques affirmant sa culpabilité et en s'abstenant de protester contre le traitement qui lui était réservé et de mener des enquêtes sur ses allégations de torture⁴. D'autre part, l'auteur prétend qu'en l'emprisonnant pendant sept mois en vertu de l'accord de transfèrement conclu avec les États-Unis, l'Australie a reconnu et exécuté une condamnation rétroactive résultant d'un procès manifestement inéquitable et que sa détention en Australie était donc arbitraire. Après avoir examiné successivement ces deux séries d'arguments, le Comité refuse de se pencher en détail sur le fond de la première, estimant que l'auteur ne relevait pas de la compétence de l'Australie au sens des articles 2(1) du Pacte et 1^{er} du Protocole facultatif durant sa détention à Guantanamo⁵. Il retient en revanche la seconde et conclut donc à la violation par l'Australie de l'article 9(1) du Pacte prohibant les détentions arbitraires⁶.

Si la solution retenue par le Comité apparaît ainsi équilibrée et permet à l'auteur de la communication d'obtenir *in fine* un constat de violation de ses droits, elle mérite d'être soumise à un examen plus approfondi. L'impression qui se dégage à la lecture de la décision est en effet celle d'une solution de compromis, le Comité se cantonnant prudemment à une approche fort classique s'agissant des allégations relatives à la responsabilité de l'Australie pour les faits survenus à Guantanamo (I), pour ensuite adopter une solution audacieuse et débattue sur la question de l'exécution de l'accord de transfèrement entre l'Australie et les États-Unis (II). Se trouvent ainsi mises en lumière dans une seule et même décision les deux tendances pourtant

⁴ Comité des droits de l'homme, *David Hicks c. Australie*, *op. cit.*, para. 2.4.

⁵ *Ibid.*, para. 4.6.

⁶ *Ibid.*, paras 4.9-4.10.

opposées que sont la retenue et l'activisme judiciaire⁷ (ou plutôt, s'agissant d'un organe comme le Comité, quasi-judiciaire⁸).

I. Une prudente retenue (quasi-)judiciaire : la non-responsabilité de l'Australie pour les faits survenus à Guantanamo

Les faits intervenus à Guantanamo s'étant déroulés lorsque l'auteur était détenu par les États-Unis, l'examen par le Comité de l'éventuelle part de responsabilité de l'Australie pour ces faits soulève une difficulté relative à la compétence exercée par cet État sur l'auteur. L'article 2(1) du Pacte dispose en effet que les États parties ont l'obligation de respecter et garantir les droits reconnus par cet instrument « à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence », tandis que l'article 1^{er} du Protocole facultatif reconnaît au Comité compétence pour examiner des communications « émanant de particuliers relevant de (la) juridiction » des États parties. Avant de se prononcer sur le fond des allégations de l'auteur, le Comité doit donc se demander s'il est possible de considérer que l'Australie a exercé, au moins par moment, sa compétence ou sa juridiction sur l'auteur durant sa détention à Guantanamo⁹. Adoptant une conception traditionnelle de la notion de juridiction extraterritoriale, le Comité répond par la négative à cette interrogation et en conclut qu'il est incompétent *rationae loci* pour se prononcer sur le fond des prétentions de l'auteur¹⁰. Si cette approche peut se comprendre au regard de la pratique antérieure du Comité, on peut néanmoins considérer qu'il aurait été possible pour celui-ci d'adopter en l'espèce une conception plus souple de la notion de juridiction (A). Une telle solution aurait en outre permis d'examiner plus avant les intéressantes questions de droit international des droits de l'homme et de droit international général soulevées par les allégations de l'auteur (B).

⁷ L'expression est ici employée sans la connotation péjorative qui lui est parfois attachée en doctrine, et vise à désigner de manière neutre l'adoption par des organes juridictionnels ou quasi-juridictionnels d'interprétations novatrices permettant de parvenir à une solution jugée souhaitable.

⁸ Sur la notion de « quasi-juridiction » et la valeur juridique des constatations du Comité, voir Emmanuel DECAUX, « Que manque-t-il aux quasi-juridictions internationales pour dire le droit ? », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 217-232.

⁹ Les notions de « compétence » et de « juridiction » sont dans ce contexte synonymes et les versions anglaises des deux instruments utilisent indifféremment le terme de « *jurisdiction* ». Il faut noter que, comme le relève Marko Milanovic, la notion de « juridiction » ou de « compétence » telle qu'elle est utilisée dans les traités relatifs aux droits de l'homme renvoie à l'exercice *factuel* d'une forme de pouvoir sur un territoire ou une personne et n'est donc pas la même que celle connue en droit international général, qui désigne la compétence *juridique* d'un État d'appliquer son droit à des personnes, biens ou activités. V. Marko MILANOVIC, *Extraterritorial application of human rights treaties*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2011, pp. 21-34.

¹⁰ Comité des droits de l'homme, *David Hicks c. Australie*, *op.cit.*, para. 4.6.

A. La prémisse : un traitement traditionnel de la notion de juridiction

Si le principe de l'application extraterritoriale du Pacte¹¹, et plus généralement des traités relatifs aux droits de l'homme¹², est aujourd'hui bien établi, les circonstances de l'espèce ne paraissent pas se plier aisément aux critères dégagés par les organes de contrôle pour qu'une telle application soit retenue.

Comme évoqué précédemment, l'auteur estime que, bien que les violations alléguées de ses droits se soient produites lorsqu'il était détenu par les États-Unis, l'Australie a, par son comportement propre, participé à divers degrés à ces violations et doit donc voir sa responsabilité engagée à ce titre. L'auteur estime ainsi que l'Australie porte une part de responsabilité dans l'iniquité flagrante de son procès car les autorités australiennes auraient négocié directement avec les États-Unis les standards de ce procès et auraient tenu publiquement des propos mettant en cause son droit à la présomption d'innocence garanti par l'article 14 du Pacte¹³. Il reproche également à l'Australie de ne pas avoir protesté vigoureusement contre le caractère arbitraire de sa détention à Guantanamo et l'iniquité de son procès, comme l'a fait efficacement le Royaume-Uni à propos de ses nationaux détenus à Guantanamo¹⁴. L'auteur affirme de plus que, pour remplir ses obligations au titre de l'article 7 du Pacte, l'Australie aurait dû enquêter sur les allégations de torture formulées par l'auteur¹⁵. Il estime qu'en l'interrogeant à plusieurs reprises pendant sa détention à Guantanamo, dans des circonstances où elles savaient ou auraient dû savoir que ses droits étaient gravement violés, et en utilisant ultérieurement les informations ainsi collectées, les autorités australiennes ont reconnu le traitement illicite qui lui était imposé par les États-Unis¹⁶. Enfin, il argue que l'Australie a influencé directement le contenu de l'accord de plaider-coupable qu'il a signé et a donc aidé ou assisté, au sens de l'article 16 des articles de la Commission du droit international (CDI) sur la responsabilité de l'État les États-Unis à commettre les violations de ses droits

¹¹ Voir notamment Comité des droits de l'homme, *Observations générale n° 31 : La nature de l'obligation générale imposée aux États parties au Pacte*, U.N.Doc.HRI/GEN/1/Rev.7, 2004, para. 10 et Cour Internationale de Justice, *Conséquence juridique de l'édification d'un mur en territoire palestinien occupé*, avis consultatif du 9 juillet 2004, *CIJ Recueil 2004(1)*, pp. 179-180, paras.108-111.

¹² Sur la question de l'application extraterritoriale des traités relatifs aux droits de l'homme, voir par exemple Marko MILANOVIC, *Extraterritorial application of human rights treaties*, *op.cit.* et Karen DA COSTA, *The extraterritorial application of selected human rights treaties*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff, 2013.

¹³ Comité des droits de l'homme, *David Hicks c. Australie*, *op.cit.*, annexe II, para. 15.

¹⁴ *Ibid.*, paras 16-17.

¹⁵ *Ibid.*, paras. 37-38.

¹⁶ *Ibid.*, para. 39.

résultant selon lui de cet accord qu'il n'avait d'autre choix que d'accepter pour quitter Guantanamo¹⁷.

Pour déterminer si ces agissements et abstentions sont suffisants pour établir l'exercice par l'Australie de sa juridiction sur l'auteur, le Comité choisit de s'en tenir à l'application de son critère classique en matière d'application extraterritoriale du Pacte, critère énoncé notamment dans son observation générale n°31 relative à la nature de l'obligation générale imposée aux États parties au Pacte¹⁸. Il affirme, en effet, que la question qui se pose est celle de savoir « *whether the State party, at any point, exercised power or effective control over the author and thus whether the author was under its jurisdiction* »¹⁹. Faisant une application stricte de ce critère, le Comité reconnaît que l'Australie « *had some influence over the way the United States treated the author and was in position to take positive measures to ensure that the author was treated in a manner consonant with the Covenant, including to take measures intended to remedy violations of the author's rights* » mais estime néanmoins que « *the influence held by the State party cannot be seen as amounting to the exercise of power or effective control over the author, who was detained in a territory controlled by the United States that was not under the sovereignty or jurisdiction of the State party* »²⁰. Tirant la conclusion logique de ce raisonnement, le Comité affirme que l'Australie ne peut être considérée comme ayant exercé sa juridiction sur l'auteur à aucun moment durant sa captivité à Guantanamo et qu'il lui est donc impossible de se prononcer sur les allégations relatives à cette période²¹.

S'il est compréhensible que le Comité s'en soit ainsi tenu à un certain classicisme sur cette question, il est néanmoins permis d'estimer qu'une interprétation plus souple de la notion de juridiction aurait pu se justifier en l'espèce, au regard de la spécificité des faits et des allégations de l'auteur. Celles-ci ne visent en effet pas à faire de l'Australie l'auteur principal des violations des droits de M. Hicks, mais à établir que cet État a contribué aux faits illicites commis par un autre État et doit donc être tenu conjointement responsable de ceux-ci, un cas de figure qui ne semble jamais s'être présenté devant le Comité²². Dans un tel scénario, la focalisation exclusive

¹⁷ Comité des droits de l'homme, *David Hicks c. Australie*, *op.cit.*, Annexe II, paras. 40-46.

¹⁸ *Op.cit.*, para. 10.

¹⁹ Comité des droits de l'homme, *David Hicks c. Australie*, *op.cit.*, para. 4.2., propos souligné par l'auteur de cette étude.

²⁰ *Ibid.*, paras. 4.4-4.5.

²¹ *Ibid.*, para. 4.6.

²² Comme le relève Sarah JOSEPH, « Australia found to have breached the human rights of David Hicks », *The Conversation*, 21 février 2016, accessible à cette adresse : <http://theconversation.com/australia-found-to-have-breached-the-human-rights-of-david-hicks-55120>.

sur le critère du pouvoir ou contrôle effectif peut en elle-même porter à discussion. Il n'est en effet pas nécessaire, pour qu'un État apporte de manière décisive son aide aux violations des droits de l'homme commises par un autre État ou viole son éventuelle obligation de non-reconnaissance à l'égard de telles violations²³, que le premier État exerce sur la victime une quelconque forme de pouvoir ou de contrôle. Maintenir cette exigence dans ce contexte signifie en pratique que de nombreux cas d'aide et assistance dans les violations d'un État tiers ne pourraient par principe pas être traités par des organes de contrôle des traités relatifs aux droits de l'homme. Pour prendre un exemple proche du cas qui nous occupe, mais plus flagrant, un État qui fournirait des renseignements à un autre État pour l'aider à capturer des individus et les détenir à l'étranger, fournirait à cet autre État des questions pour que celles-ci soient posées lors d'interrogatoires menés sous la torture et utiliserait ensuite les informations ainsi obtenues ne pourrait voir sa part de responsabilité examinée par un organe de contrôle, n'ayant à aucun moment exercé un pouvoir ou un contrôle effectif sur les victimes de torture au sens où ces notions sont interprétées par le Comité. Ce scénario montre qu'il est légitime de se demander si, dans les cas mettant en cause la contribution d'un État dans les violations commises par un autre, une notion de juridiction sans contrôle effectif ne mériterait pas d'être développée. Une telle approche consisterait à considérer que dès lors qu'un État contribue activement aux actes litigieux d'un autre État qui, lui, exerce un contrôle effectif sur les individus alléguant de violations de leurs droits, il doit être considéré comme exerçant *conjointement* sa juridiction à l'égard de ces individus *s'agissant des actes auxquels il apporte sa contribution uniquement*. Si une telle solution peut évidemment apparaître ambitieuse, il faut néanmoins noter que le Comité et les autres organes de contrôle des droits de l'homme ont déjà fait évoluer la notion de juridiction par rapport à la conception restreinte que l'on pouvait en avoir au moment où les traités dont ces organes sont les gardiens ont été rédigés²⁴. En outre, l'idée de l'exercice par un État de sa juridiction en l'absence de contrôle effectif de sa part a déjà été retenue lorsque des cas spécifiques semblaient le justifier. Ainsi, dans l'affaire *Ilascu*, la Cour européenne des droits de l'homme a affirmé que « *même en l'absence de contrôle effectif sur la région transnistrienne, la Moldova demeure tenue, en vertu de l'article 1 de la Convention, par l'obligation positive de prendre les mesures qui sont en son pouvoir et en conformité avec le droit international – qu'elles soient d'ordre diplomatique, économique, judiciaire ou autre – afin d'assurer dans le chef des requérants le respect des droits garantis par la Convention*²⁵ »,

²³ La question de la non-reconnaissance sera traitée en détail *infra*.

²⁴ Voir Karen DA COSTA, *The extraterritorial application of selected human rights treaties, op.cit.*

²⁵ Propos souligné par l'auteur de cette étude.

sans préciser que les personnes se trouvant en Transnistrie devaient se trouver individuellement sous le contrôle de la Moldova²⁶. Il est également possible d'invoquer à cet égard les « affaires des passeports » examinées par le Comité des droits de l'homme dans les années 80 contre l'Uruguay. Dans cette série d'affaires, des citoyens uruguayens se trouvant à l'étranger se plaignaient du refus arbitraire de l'Uruguay de leur délivrer ou renouveler un passeport, refus violant selon eux leur droit à la libre circulation reconnu à l'article 12 du Pacte. Pour établir si l'Uruguay exerçait en l'espèce sa juridiction sur les auteurs dans cette situation particulière, le Comité ne s'est pas demandé si cet État exerçait un pouvoir ou un contrôle effectif sur eux mais s'est contenté de relever que « *the issue of a passport to a Uruguayan citizen is clearly a matter within the jurisdiction of the Uruguayan authorities and he is « subject to the jurisdiction of Uruguay » for that purpose. Moreover, a passport is a means of enabling him « to leave any country, including its own », as required by article 12(2) of the Covenant. Consequently, the Committee found that it followed from the very nature of that right that, in the case of a citizen resident abroad, article 12(2) imposed obligations both on the State of residence and on the State of nationality and that, therefore, article 2(1) of the Covenant could not be interpreted as limiting the obligations of Uruguay under article 12(2) to citizens within its own country* ²⁷ ». Il est évident que dans un cas comme dans l'autre, l'établissement d'une juridiction sans contrôle effectif résulte de circonstances particulières absentes dans l'affaire qui nous occupe (obligations persistantes de l'État sur son propre territoire malgré la perte de contrôle d'une partie de celui-ci dans le premier cas, nature spécifique du droit en cause conjointement avec le lien de nationalité dans le second). Ces décisions montrent cependant que les organes de contrôle des droits de l'homme peuvent conclure à l'exercice de la juridiction d'un État sans que celui-ci exerce de contrôle effectif sur les requérants lorsque les circonstances particulières de l'espèce le justifient. Il aurait donc été théoriquement possible d'adopter une telle solution dans le cas présent, pour s'adapter à la spécificité des faits et des allégations de l'auteur.

Il faut néanmoins reconnaître que cette solution pousserait la notion de juridiction au-delà de l'acceptation qui lui est actuellement donnée en droit international des droits de l'homme et qu'une telle évolution pourrait apparaître comme excessive. Cependant, même en s'en tenant au critère du pouvoir ou du contrôle effectif, une interprétation moins stricte de celui-ci aurait pu aboutir à établir la juridiction de l'Australie. On peut certes reconnaître avec le Comité que

²⁶ Cour européenne des droits de l'homme, *Ilascu et autres c. Moldova et Russie*, requête n° 48787/99, 8 juillet 2004, para. 331.

²⁷ Comité des droits de l'homme, *Samuel Lichtensztejn v. Uruguay*, communication n° 77/1980, views adopted on 31 March 1983, para. 6.1., propos souligné par l'auteur de cette étude.

le simple fait que l'Australie était en mesure d'adopter certaines mesures, et notamment d'influer sur la manière dont les États-Unis traitaient l'auteur, n'est certainement pas suffisant à cet égard. En revanche, il est établi que des autorités et des officiers de police australiens ont rendu visite vingt-et-une fois à l'auteur et que des agents australiens ont interrogé celui-ci à plusieurs reprises durant sa captivité à Guantanamo. De tels interrogatoires menés par des agents d'un État sur un individu détenu par un État tiers dans des conditions particulièrement difficiles ne suffisent-ils pas à considérer que le premier État exerce, sinon un contrôle effectif, à tout le moins une forme de « pouvoir » sur cet individu ? Sans préjuger de la réponse à cette interrogation, on peut en tout cas regretter que le Comité ne l'ait pas soumise à un examen plus poussé. Sans doute peut-on toutefois déceler dans cette retenue une forme de prudence. Une éventuelle réponse positive l'aurait en effet amené à se prononcer sur des questions aussi débattues juridiquement que sensibles politiquement.

B. La conséquence : le non-examen de questions débattues

Les griefs de l'auteur soulèvent en effet un certain nombre de questions de principe, que la déclaration d'incompétence du Comité laisse sans réponse, à une exception près. La mise en avant par l'auteur de la possibilité qu'avait l'Australie d'adopter un comportement semblable à celui du Royaume-Uni, c'est à dire d'émettre des protestations et de tenter d'obtenir le retour de ses nationaux sans qu'ils soient jugés par des commissions militaires étatsuniennes, pose en effet la question de l'existence d'une éventuelle obligation pour les États d'exercer leur protection diplomatique. À cet égard, l'affirmation du Comité selon laquelle le fait que l'Australie aurait pu adopter des mesures positives et tenter d'influencer le traitement de l'auteur par les États-Unis ne suffit pas à considérer que celui-ci se trouvait sous sa juridiction constitue implicitement, mais clairement, une réponse négative. Il n'y a là rien d'étonnant, les organes de contrôle ayant toujours refusé de remettre en cause le caractère discrétionnaire de la décision pour un État de recourir ou non à la protection diplomatique²⁸. Le Comité lui-même a explicitement affirmé dans une affaire précédente que « le droit à la protection diplomatique en droit international appartient aux États et non aux individus. Les États sont libres d'exercer ou non ce droit et de déterminer dans quelles circonstances ils accordent la protection

²⁸ Sébastien TOUZÉ, *La protection des nationaux à l'étranger : recherches sur la protection diplomatique*, Paris, Pedone, 2007, pp. 266-271. Sur l'évolution de la protection diplomatique, voir également Olivier de FROUVILLE, « Affaire *Ahmadou Sadio Diallo* (République de Guinée c. République Démocratique du Congo). Exceptions préliminaires : le roman inachevé de la protection diplomatique », *Annuaire Français de Droit International*, vol. 53, 2007, pp. 291-327.

diplomatique²⁹ ». La solution du Comité prend donc plutôt la forme d'une confirmation que d'une surprise et peut difficilement être contestée au regard du droit international positif. D'ailleurs, l'auteur lui-même n'arguait pas réellement que l'Australie était juridiquement tenue d'exercer sa protection diplomatique à son égard³⁰ et s'en tenait plus modestement à souligner qu'elle *aurait pu* le faire³¹.

Plus délicates étaient les questions relatives à l'obligation d'enquête de l'Australie, à son éventuelle aide ou assistance aux violations commises par les États-Unis et à la prétendue violation de son obligation de non-reconnaissance de situations résultant de faits illicites graves.

S'agissant de la première de ces problématiques, l'auteur argue que l'Australie était tenue d'enquêter sur ses allégations de torture de la part des autorités étatsuniennes pendant sa détention à Guantanamo. Ce grief est indépendant de l'éventuelle part de responsabilité de l'Australie dans les tortures alléguées. L'auteur fonde en effet sa prétention sur l'idée que l'article 7 du Pacte imposerait aux États d'enquêter sur les allégations de torture formulées par un individu se trouvant actuellement sur leur territoire ou sous leur juridiction contre un autre État, si celui-ci n'a pas lui-même rempli son obligation d'enquête³². Le Comité s'étant déclaré incompétent pour examiner l'ensemble des griefs liés à la période de détention de l'auteur à Guantanamo, il n'a pas analysé en détail cette question. Il est cependant pour le moins incertain qu'il se serait aventuré à reconnaître une telle obligation universelle d'enquête, sans lien avec le comportement propre de l'État concerné.

Les questions qui auraient certainement mérité l'examen le plus approfondi sont donc finalement celles relatives à la contribution de l'Australie aux agissements des États-Unis. À cet égard, l'auteur argue tout d'abord qu'en raison d'une série d'agissements et d'abstentions, l'Australie doit être considéré comme ayant apporté une aide ou une assistance, au sens de l'article 16 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'État³³, aux violations commises par

²⁹ Comité des droits de l'homme, *Herbert Schmidl c. Allemagne*, communication n° 1516/2006, constatations adoptées le 31 octobre 2007, para. 6.2.

³⁰ Comité des droits de l'homme, *David Hicks*, *op.cit.*, annexe II para. 98.

³¹ *Ibid.*, para. 16 : « *Australia could have followed a course of action similar to that of the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland regarding British nationals held at Guantanamo* », propos souligné par l'auteur de cette étude.

³² *Ibid.* para. 37.

³³ Cet article dispose que « l'État qui aide ou assiste un autre État dans la commission du 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 ».

les États-Unis et doit en être tenu responsable. Se pose donc la question de ce que l'on peut appeler par analogie la « complicité » de l'Australie aux faits illicites des États-Unis³⁴. Cette « complicité » se serait matérialisée par l'influence qu'aurait exercé l'Australie sur l'accord de plaider-coupable signé de manière contrainte par l'auteur et restreignant ses droits³⁵, par le fait que les autorités australiennes auraient profité des conditions de détention de l'auteur à Guantanamo pour l'interroger à plusieurs reprises³⁶, qu'elles auraient coopéré avec les services de renseignement étatsuniens et partagé des informations avec eux³⁷ et qu'elles ont exprimé à plusieurs reprises leur soutien public pour la manière dont était traité et jugé l'auteur³⁸. Un examen de cette série de griefs par le Comité aurait été d'autant plus intéressant qu'il est difficile de savoir si les agissements de l'Australie remplissent les critères retenus en droit international pour fonder la responsabilité d'un État en raison de son aide à la commission de faits illicites par un autre État, les contours de ces critères étant eux-mêmes extrêmement débattus.

Cet intérêt est d'autant plus grand que des scénarios semblables à celui qui nous occupe se présentent régulièrement dans le cadre de la « *war on terror* » menée par les États-Unis et leurs alliés et soulèvent de vives interrogations juridiques³⁹. Certains organes se sont prononcés dans ce contexte en faveur d'une conception de la « complicité » en droit de la responsabilité internationale susceptible d'englober les comportements de l'Australie. Ainsi, le *Joint Committee on Human Rights* du Parlement britannique a par exemple affirmé dans son rapport sur les allégations de complicité de torture de la part du Royaume-Uni, en se référant à l'article 16 de la CDI, que serait constitutif de « complicité » « *the sending of interrogators to question a detainee who is known to have been tortured by those detaining and interrogating them*⁴⁰ », ce qui correspond aux faits de la présente affaire. De la même manière, le rapporteur spécial des Nations Unies sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés

³⁴ Christian DOMINICÉ, « Attribution of conduct to multiple States and the implication of a State in the act of another State », in James CRAWFORD, Alain PELLET et Simon OLLESON (dir.) *The Law of international responsibility*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2010, p. 283. Sur la « complicité » dans le droit de la responsabilité internationale de l'État, voir notamment Helmut Philipp AUST, *Complicity and the law of State responsibility*, Cambridge, New York, Cambridge Press University, 2011 et Miles JACKSON, *Complicity in international law*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

³⁵ Comité des droits de l'homme, David. Hicks, *op.cit.*, annexe II para. 45.

³⁶ *Ibid.*, para. 111.

³⁷ *Ibid.*, para. 114.

³⁸ *Ibid.* para. 113.

³⁹ Marko MILANOVIC, *Extraterritorial application of human rights treaties*, *op.cit.*, pp. 124-126.

⁴⁰ House of Lords/House of Commons Joint committee on human rights, *Allegations of UK complicity in torture*, 4 août 2009, para. 43. Le rapport est disponible à cette adresse : <http://www.publications.parliament.uk/pa/jt200809/jtselect/jtrights/152/152.pdf>

fondamentales dans la lutte antiterroriste a estimé que « *the active or passive participation by States in the interrogation of persons held by another State constitutes an internationally wrongful act if the State knew or ought to have known that the person was facing a real risk of torture or other prohibited treatment, including arbitrary detention*⁴¹ ». Dans un cas de figure voisin, on peut également citer l'arrêt *Canada c. Khadr* dans lequel la Cour suprême du Canada a jugé que le fait pour des agents canadiens d'avoir interrogé des citoyens canadiens à Guantanamo, puis d'avoir partagé le résultat de ces interrogatoires avec les autorités étatsuniennes constitue une participation du Canada à une procédure contraire à ses obligations internationales⁴². Il est cependant possible que ces prises de position soient moins exigeantes que les critères fixés par l'article 16 des articles de la CDI, que la Cour internationale de justice considère comme reflétant le droit coutumier⁴³. En effet, le commentaire de cette disposition précise que, pour que l'aide ou assistance d'un État engage sa responsabilité, il faut qu'elle ait « contribué de façon significative » au fait illicite principal⁴⁴. Si l'ampleur nécessaire de cette contribution est difficile à définir dans l'absolu⁴⁵ ce critère signifie certainement à tout le moins que « *in order to find responsibility of a complicit State, its support should have changed the situation for the main actor. It must have made it « substantially » easier to commit the internationally wrongful act*⁴⁶ ». Or, l'Australie n'a pas manqué de contester devant le Comité que son comportement ait apporté ce type de contribution aux agissements des États-Unis. L'élément intentionnel de la « complicité » en droit de la responsabilité internationale de l'État aurait également été susceptible de poser des difficultés. En effet, si l'article 16 de la CDI dispose que l'État apportant son aide ou assistance à un fait illicite engage sa responsabilité s'il « agit ainsi *en connaissance* des circonstances du fait internationalement illicite », le commentaire indique quant à lui que « la responsabilité de l'État qui assiste n'est engagée en vertu de l'article 16 que si l'organe considéré de cet État *entendait*, par cette aide ou assistance, faciliter l'adoption par l'autre État du comportement illicite et que ce dernier l'adopte

⁴¹ *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism*, 4 février 2009, UN.Doc.A/HRC/10/3, para. 54.

⁴² Cour suprême du Canada, *Canada c. Khadr*, 2008 CSC 28, 23 mai 2008, paras-26-27.

⁴³ Cour internationale de justice, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, *CIJ Recueil 2007*, p. 217, para. 420.

⁴⁴ CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, reproduit dans *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II(2), p. 166, para. 5 du commentaire de l'article 16.

⁴⁵ Le commentaire n'apporte guère plus de précision à ce sujet. Sur le débat relatif à cette question, voir Miles JACKSON, *Complicity in international law, op.cit.*, pp. 153 et s. et Helmut Philipp AUST, *Complicity and the law of State responsibility, op.cit.*, pp. 195-230.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 215.

effectivement⁴⁷ ». La doctrine est quant à elle partagée entre le critère de la connaissance et celui de l'intention⁴⁸ et ce débat présente un intérêt important pour apprécier le comportement de l'Australie. S'il est en effet difficile d'arguer, au regard des faits de l'espèce et de la notoriété des conditions de détention à Guantanamo, que l'Australie ne *savait pas* que les droits de l'auteur risquaient d'être violés, il n'est en revanche pas certain qu'en l'interrogeant et en exprimant son soutien aux procédures étatsuniennes, cet État avait *l'intention* de participer à ces violations.

S'il n'est donc au total pas certain que les comportements allégués par l'auteur puissent être qualifiés d'« aide ou assistance » au sens du droit de la responsabilité internationale de l'État, l'examen de cette question par le Comité aurait donc été l'occasion pour lui d'apporter sa contribution à l'éclaircissement de l'un des domaines les plus incertains de cette branche du droit international.

Il en va de même pour la question de l'éventuelle violation d'une obligation de non-reconnaissance de la part de l'Australie. En effet, l'auteur affirme que les interrogatoires menés par les autorités australiennes pendant qu'il était à Guantanamo, la coopération des services australiens avec les États-Unis et les déclarations relatives à son procès constituent à tout le moins une reconnaissance par l'Australie du traitement illicite qui lui était réservé par les États-Unis⁴⁹. Il se réfère à cet égard à l'article 41(2) des articles de la CDI sur la responsabilité internationale de l'État selon lequel les États ont l'obligation de ne pas reconnaître comme licite une situation créée par une violation grave d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général⁵⁰. Cet argument soulève à son tour des questions controversées en droit international général car, si l'obligation de non-reconnaissance des acquisitions de territoire par l'usage de la force et des situations emportant violation grave du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes semble bien ancrée en droit international⁵¹, le statut d'une telle

⁴⁷ CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, *op.cit.*, p. 166, para. 5 du commentaire de l'article 16, propos souligné par l'auteur de cette étude.

⁴⁸ En faveur du premier critère, voir Miles JACKSON, *Complicity in international law*, *op.cit.*, pp. 159 et s. En faveur du second, voir Helmut Philipp AUST, *Complicity and the law of State responsibility*, *op.cit.*, pp. 230-249.

⁴⁹ Comité des droits de l'homme, *David Hicks*, *op.cit.*, annexe II, paras. 39 et 114.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, *op.cit.*, pp. 309-311, paras 6-8 du commentaire de l'article 41; Cour internationale de justice, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, *op.cit.*, para. 159; Martin DAWIDOWIC « The obligation of non-recognition of an unlawful situation », in James CRAWFORD, Alain PELLET et Simon OLLESON (dir.) *The Law of international responsibility*, *op.cit.*, pp.679-683. Il faut néanmoins noter que la pratique citée par la CDI est majoritairement celle adoptée par le Conseil de sécurité en vertu du droit

obligation s'agissant des violations d'autres normes de droit impératif est beaucoup plus incertaine. En effet, l'obligation de non-reconnaissance telle qu'elle est formulée à l'article 41 de la CDI concerne les *situations résultant* des violations graves d'obligations fondamentales du droit international, ce qui explique qu'elle se soit développée dans des cas de violations de l'interdiction du recours à la force ou du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Ces violations peuvent en effet s'accompagner d'une prétention juridique de la part de l'État auteur du fait illicite (par exemple celle d'exercer sa souveraineté sur un territoire), prétention susceptible de faire l'objet de l'obligation de non-reconnaissance des États tiers⁵². Il n'est en revanche pas évident de déterminer quelle pourrait être le contenu d'une obligation de non-reconnaissance s'agissant de la violation de l'interdiction de la torture par exemple⁵³, une telle violation ne donnant pas réellement naissance à une situation impliquant une prétention juridique⁵⁴. Mais là encore, précisément parce que cette problématique est complexe et disputée, un examen du Comité aurait pu être profitable. Celui-ci aurait ainsi notamment pu indiquer si une obligation de non-reconnaissance peut s'attacher directement à la violation de certaines normes, comme semble le sous-entendre l'auteur⁵⁵, et pas seulement aux situations en découlant. À cet égard, il est effectivement légitime de se demander si le fait pour l'Australie d'avoir rendu aussi souvent visite à l'auteur sans avoir émis de protestation, de l'avoir interrogé pendant sa détention, et surtout d'avoir exprimé son soutien à la procédure à laquelle il était soumis ne constitue pas une certaine forme de reconnaissance. Encore aurait-il également fallu se pencher sur la gravité des violations des droits de l'auteur, la CDI limitant l'obligation de non-reconnaissance aux conséquences des violations « graves », c'est à dire « flagrante(s) ou systématique(s)⁵⁶ » d'obligations découlant de normes impératives, les contours de ce critère méritant évidemment également d'être éclaircis. L'examen de ces questions délicates par le Comité aurait été d'autant plus profitable que, comme le concède la CDI, « le régime juridique applicable aux violations graves est lui-même en cours d'élaboration. En énonçant certaines conséquences juridiques fondamentales des violations graves au sens de l'article 40, l'article

de la sécurité collective et que sa transposition telle quelle en droit de la responsabilité internationale peut donc prêter à discussion : v. Mathias FORTEAU, *Droit de la sécurité collective et droit de la responsabilité internationale de l'État*, Paris, Pedone, 2006, pp. 196-198.

⁵² Martin DAWIDOVICZ, « The obligation of non-recognition of an unlawful situation », *op.cit.*, p.683.

⁵³ Le caractère impératif de l'interdiction de la torture est communément reconnu, du moins par ceux qui acceptent l'existence de ce type de normes en droit international. V. CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, *op.cit.*, p. 305, para. 5 du commentaire de l'article 40.

⁵⁴ Martin DAWIDOVICZ, « The obligation of non-recognition of an unlawful situation », *op.cit.*, p.683.

⁵⁵ Sur cette question, voir Helmut Philipp AUST, *Complicity and the law of State responsibility*, *op.cit.*, pp. 331-332.

⁵⁶ Article 40 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'État.

41 tient compte de l'éventualité de l'élaboration d'un régime plus élaboré applicable aux conséquences des violations de ce type⁵⁷ ». On peut donc regretter qu'en raison du traitement très strict de la question de la juridiction, le Comité n'ait pu apporter sa contribution au développement du droit international général dans des domaines aussi controversés. Il est cependant évidemment possible que ce soit précisément pour ne pas avoir à s'aventurer dans l'examen de questions aussi incertaines que le Comité a choisi de ne pas se pencher sur la participation de l'Australie aux actions des États-Unis pendant la détention de l'auteur à Guantanamo. En outre, si le Comité refuse d'examiner ces griefs, il conclut en revanche à une violation des droits de l'auteur par l'Australie en raison de son emprisonnement en vertu de l'accord de transfèrement, adoptant ainsi une solution tranchant avec sa retenue antérieure.

II. Une solution audacieuse : la responsabilité de l'Australie pour l'exécution de l'accord de transfèrement

Les difficultés quant à l'établissement de l'exercice de sa juridiction par l'Australie disparaissent évidemment au stade de l'examen des allégations de l'auteur relatives à sa détention dans cet État durant sept mois en vertu de l'accord de transfèrement conclu avec les États-Unis. Il ne fait en effet aucun doute que durant cette période, l'auteur se trouvait sous le contrôle de l'Australie. La question qui se pose est celle de savoir si, en raison de l'iniquité du procès de l'auteur ayant abouti à sa condamnation par les États-Unis, l'exécution de ladite condamnation par l'Australie constitue elle-même une violation de ses droits⁵⁸. Au terme d'un raisonnement audacieux, mais partagé en partie par d'autres juridictions, la majorité du Comité répond par l'affirmative (A), ce qui soulève les protestations de deux membres dissidents⁵⁹. Plus que par des questions de technique juridique, cette division au sein du Comité s'explique en réalité par un désaccord quant à la solution la plus protectrice des droits de l'homme (B).

⁵⁷CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, *op.cit.*, p. 314, para. 14 du commentaire de l'article 41.

⁵⁸ Comité des droits de l'homme, *David Hicks*, *op.cit.*, para. 4.7.

⁵⁹ Il s'agit de Sir Nigel Rodley et de M. Dheerujall Seetulsingh.

A. Le constat de violation des droits de l'homme pour l'exécution d'une condamnation étrangère

L'auteur affirme qu'en acceptant d'exécuter sa peine en vertu de l'accord de transfèrement conclu avec les États-Unis, l'Australie a participé directement à sa condamnation rétroactive, violant l'article 15 du Pacte⁶⁰. Il en irait ainsi parce qu'en vertu de cet accord, l'Australie aurait assumé « *full responsibility* » pour l'exécution de la peine et que la protection de l'article 15 ne serait pas limitée aux condamnations pénales en elles-mêmes mais devrait s'étendre à leur exécution⁶¹. L'auteur estime également que l'iniquité du procès ayant conduit à sa condamnation par les États-Unis rend automatiquement sa détention par l'Australie arbitraire et illicite, en violation de l'article 9 du Pacte⁶². L'Australie conteste ces arguments en faisant valoir que l'accord passé avec les États-Unis ne lui a en aucun cas transféré « *full responsibility* » pour l'exécution de la sentence de l'auteur. Elle souligne notamment en ce sens que l'accord prévoyait que l'Australie « *is to respect and maintain the legal nature and duration of the sentence as determined by the United States*⁶³ » et ne confiait qu'aux États-Unis la compétence de réviser le jugement⁶⁴. L'accord disposait également que l'Australie devait mettre fin à l'exécution de la peine si les États-Unis prenaient toute mesure ou décision par laquelle la condamnation de l'auteur aurait cessé d'être exécutable⁶⁵. Ces éléments montreraient que les États-Unis auraient conservé la responsabilité pour la sentence de l'auteur. L'Australie affirme enfin que les accords bilatéraux de transfèrement de prisonniers ne constituent en rien une reconnaissance de la part de l'État d'exécution du système judiciaire de l'État de condamnation ou de la procédure y ayant eu lieu dans un cas particulier⁶⁶.

Malgré ces éléments, le Comité conclut que l'exécution de la condamnation étatsunienne par l'Australie a constitué une violation du Pacte par cet État. Il observe tout d'abord qu'au moment du transfèrement de l'auteur les informations relatives aux procédures devant les commissions militaires étatsuniennes étaient abondamment accessibles dans le domaine public, ce qui aurait dû être suffisant pour éveiller le doute des autorités australiennes sur la licéité de la

⁶⁰ Comité des droits de l'homme, *David Hicks*, *op.cit.*, annexe II, para. 10.

⁶¹ *Ibid.*, paras 9-10.

⁶² *Ibid.*, para. 14.

⁶³ *Ibid.*, para. 86.

⁶⁴ *Ibid.*, para. 87.

⁶⁵ *Ibid.*, para. 88.

⁶⁶ *Ibid.*, para. 94.

condamnation de l'auteur⁶⁷. Il relève également que la *United States Court of Military Commission Review* a elle-même, dans l'arrêt *David Hicks v. United States* du 18 février 2015, annulé la condamnation de l'auteur, la jugeant rétroactive⁶⁸. Selon le Comité, cette décision, bien que postérieure aux faits concernés par la communication de l'auteur, ne laisse aucun doute sur le fait que sa condamnation était bien rétroactive⁶⁹. Enfin, le Comité estime qu'en raison de leurs visites à Guantanamo, les autorités australiennes étaient bien placées pour connaître les conditions du procès de l'auteur⁷⁰. Ayant ainsi établi que l'Australie était en position de savoir que la condamnation de l'auteur était le fruit d'un procès inéquitable, le Comité affirme que « *under the Covenant, (...) States parties cannot be bound to execute a sentence when there is ample evidence that it was handed down following proceedings in which the defendant's rights were clearly violated. In the Committee's view, giving effect, under a transfer agreement, to sentences resulting from a flagrant denial of justice constitutes a disproportionate restriction of the right to liberty, in violation of article 9(1) of the Covenant*⁷¹ ».

Cette solution peut paraître audacieuse. Il faut en effet souligner que ce type d'accords ne prévoit jamais la possibilité pour l'État d'exécution de contrôler la procédure appliquée dans l'État de condamnation, ni celle de libérer le prisonnier concerné après son transfèrement⁷². Les États considèrent en effet qu'un contrôle étranger de leurs décisions pénales porterait atteinte à leur souveraineté⁷³. Cependant, si la solution adoptée par le Comité ne se trouve jamais dans la lettre des accords de transfèrement, elle a en revanche déjà été consacrée par la Cour européenne des droits de l'homme et les juridictions britanniques⁷⁴.

La Cour de Strasbourg s'est en effet prononcée dans ce sens dans l'affaire *Drozdz et Janousek c. France et Espagne*⁷⁵. Dans cette affaire, deux individus condamnés à Andorre et exécutant

⁶⁷ Comité des droits de l'homme, *David Hicks*, *op.cit.*, para. 4.8

⁶⁸ *Ibid.*, paras. 4.8 et annexe II, para. 63

⁶⁹ *Ibid.*, para. 4.8

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.*, para. 4.9.

⁷² Didier REBUT, *Droit pénal international*, 2^e édition, Paris, Dalloz, 2014, pp. 466-475; Michael ABBELL, *International prisoner transfer*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, pp. 82-83. Il arrive en revanche que des motifs de refus d'exécution soient prévus dans les accords. Toutefois, la conséquence est le refus de transfèrement, et non la possibilité de contrôler la condamnation après que le transfèrement ait eu lieu. En outre, il ne semble pas que l'iniquité du procès dans l'État de condamnation fasse partie des motifs habituellement prévus. V. Didier REBUT, *Droit pénal international*, *op.cit.*, pp. 466-468.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Sarah JOSEPH, « Australia found to have breached the human rights of David Hicks », *op.cit.*

⁷⁵ Cour européenne des droits de l'homme, *Drozdz et Janousek c. France et Espagne*, requête n° 12747/87, 26 juin 1992.

leur peine en France conformément à une tradition pluriséculaire arguaient que leur condamnation avait été rendue par un tribunal ne satisfaisant pas les exigences du procès équitable contenues à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Selon eux, il en résultait que leur détention en France ne découlait pas d'une condamnation par un « tribunal compétent » au sens de l'article 5 de la CEDH et qu'elle était donc arbitraire. La Cour valide ce raisonnement sur le principe en affirmant que, si les États d'exécution ne sont pas tenus d'effectuer un contrôle strict de la procédure débouchant sur la condamnation étrangère, « les États contractants doivent toutefois se garder d'apporter leur concours s'il apparaît que la condamnation résulte d'un déni de justice flagrant⁷⁶ ». En conséquence, les États devraient donc dans un tel cas refuser le transfèrement. Il importe toutefois de souligner que cette affirmation de principe intervient dans un contexte légèrement différent de celui de l'affaire *David Hicks*. En effet, le transfèrement des prisonniers condamnés par Andorre vers la France et l'Espagne s'explique par l'impossibilité matérielle pour Andorre d'exécuter elle-même l'ensemble des peines privatives de liberté qu'elle prononce, et non par des raisons humanitaires, comme c'était le cas pour le transfèrement de M. Hicks. Les enjeux relatifs aux droits des personnes transférées ne sont donc pas les mêmes⁷⁷. En revanche, les juridictions britanniques se sont prononcées sur la question de l'exécution de condamnations étrangères dans des circonstances plus proches de celles de l'affaire qui nous occupe. Dans l'affaire *Wilcox v. Secretary of State for Justice*⁷⁸, la Haute Cour de Justice a en effet examiné le cas d'un citoyen britannique condamné en Thaïlande pour possession de drogues et transféré au Royaume-Uni en vertu d'un accord de transfèrement visant des objectifs humanitaires et de réinsertion. La Haute Cour affirme elle aussi qu'une condamnation résultant d'un déni flagrant de justice ne peut être considérée comme une condamnation par un « tribunal compétent » au sens de l'article 5 de la CEDH et que l'exécution d'une telle condamnation au Royaume-Uni constituerait donc une détention arbitraire⁷⁹. Elle en déduit que la conséquence normale d'une telle condamnation devrait être le refus de transfèrement par le Royaume-Uni⁸⁰. Elle estime néanmoins que si le transfèrement a déjà eu lieu, comme c'était le cas en l'espèce, et qu'une juridiction britannique considère après coup que la condamnation étrangère est entachée d'un déni flagrant de justice,

⁷⁶ Cour européenne des droits de l'homme, *Drozdz et Janousek c. France et Espagne*, *op. cit.*, para. 110. Elle estime cependant qu'en l'espèce, les circonstances n'étaient pas telles que le France aurait dû s'abstenir d'apporter son concours à l'exécution de la condamnation andorrane.

⁷⁷ *V. supra*.

⁷⁸ England and Wales High Court of Justice (Administrative Court), *Wilcox R. v. Secretary of State for Justice* (2009) EWHC 1483 (admin), 1 July 2009.

⁷⁹ *Ibid.*, paras. 35-37.

⁸⁰ *Ibid.*, para. 33.

l'exécution de cette condamnation serait illicite et le prisonnier en question devrait donc être libéré⁸¹. Cette jurisprudence a été confirmée par la suite⁸².

Si les États ne le prévoient jamais dans les accords de transfèrement, il existe donc en revanche une tendance jurisprudentielle à subordonner la possibilité de l'exécution d'une condamnation étrangère dans un État à l'absence de déni flagrant de justice lors de la condamnation en question, et la décision du Comité pourrait renforcer cette tendance. Cette décision se distingue néanmoins sur un point de raisonnement de celles de la Cour européenne et de la Haute Cour britannique. En effet, si le Comité affirme bien que les États parties au Pacte ne doivent pas exécuter une condamnation étrangère résultant d'un déni flagrant de justice, il n'en déduit pas (du moins pas explicitement) qu'ils devraient dans un tel cas refuser le transfèrement ni libérer le prisonnier si le transfèrement a déjà eu lieu. Il affirme plutôt qu'il existe une obligation positive pour les États parties de tout faire pour s'assurer que les termes des accords de transfèrement qu'ils concluent ne les amènent pas à violer le Pacte⁸³. C'est parce que l'Australie n'a pas montré qu'elle a déployé tous les efforts possibles en ce sens que le Comité conclut qu'elle a violé l'article 9(1) du Pacte en exécutant la condamnation de l'auteur⁸⁴. Comme le soulignent les membres dissidents, le Comité n'indique toutefois pas en quoi aurait pu consister un accord de transfèrement plus protecteur des droits de l'auteur⁸⁵, ni ce que l'Australie aurait dû faire si elle avait tenté de négocier un tel accord sans succès. Il est en tout cas peu probable que les États-Unis auraient accepté de conclure un accord prévoyant le contrôle de leur condamnation et l'éventuelle libération de l'auteur⁸⁶. En réalité, la solution adoptée par le Comité semble refléter sa recherche de compromis entre des exigences humanitaires contradictoires.

⁸¹ England and Wales High Court of Justice (Administrative Court), *Wilcox R. v. Secretary of State for Justice*, *op. cit.*, paras. 37-38. La Haute Cour estime que tel n'est pas le cas en l'espèce.

⁸² England and Wales High Court (administrative Court), *Orobator v. HMP Holloway & Annor* (2010), EWHC 58 (admin), 20 January 2010.

⁸³ Comité des droits de l'homme, *David Hicks*, *op.cit.*, para. 4.9.

⁸⁴ *Ibid.*, para. 4.10.

⁸⁵ Opinion individuelle de Sir Nigel Rodley, para. 2; Opinion individuelle de M. Dheerujall Seetulsingh, para. 4.

⁸⁶ *Ibid.*

B. Le débat sous-jacent sur la solution la plus protectrice des droits de l'homme : l'opposition des interprétations téléologiques

La solution retenue par le Comité semble résulter fondamentalement d'une interprétation téléologique du Pacte. Il apparaît en effet que le Comité a privilégié l'interprétation qu'il juge susceptible de garantir la protection la plus étendue et la plus effective des droits de l'homme, une technique interprétative fréquemment utilisée par les organes de protection de ces droits⁸⁷. En effet, le Comité reconnaît tout d'abord que « *transfer agreements play an important role for humanitarian and other legitimate purposes, allowing persons who have been convicted abroad and agree to the transfer to come back to their own country to serve their sentence and benefit from, for instance, closer contact with their family*⁸⁸ ». Il affirme néanmoins immédiatement après le principe précité selon lequel « *under the Covenant however, States cannot be bound to execute a sentence when there is ample evidence that it was handed down following proceedings in which the defendant's rights were clearly violated*⁸⁹ ». La recherche d'une protection la plus effective possible des droits de l'homme est clairement apparente dans cette mise en balance des deux intérêts contradictoires. La majorité estime en effet que cette effectivité des droits garantis par le Pacte justifie dans certains cas d'exiger la non-exécution d'accords de transfèrement. C'est précisément sur ce point que se cristallisent les désaccords sur la solution à retenir dans le type de situations en cause dans la présente affaire. Adoptant encore plus clairement une approche finaliste, les membres dissidents contestent ainsi la décision de la majorité précisément parce qu'ils estiment qu'elle présente un danger pour la protection des droits de l'homme. Ils soulignent en effet à leur tour que les accords prévoyant le transfèrement de prisonniers condamnés à l'étranger pour qu'ils exécutent leur peine dans leur État de nationalité visent des objectifs humanitaires et de réinsertion en leur faveur. Selon eux, exiger des États d'exécution qu'ils n'acceptent de mettre en œuvre des condamnations étrangères que lorsqu'ils ont préalablement vérifié que la procédure étrangère était conforme aux exigences du Pacte risque de remettre en cause ce système, au détriment des intérêts des prisonniers⁹⁰. Quant à la conséquence possible qui consisterait en l'éventualité d'une libération d'un prisonnier après que le transfèrement ait eu lieu, M. Seetulsingh estime, en miroir de

⁸⁷ Sébastien TOUZÉ, « Les techniques interprétatives des organes de protection des droits de l'homme », *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 115, n°2, pp. 520-521.

⁸⁸ Comité des droits de l'homme, *David Hicks, op.cit.*, para. 4.9.

⁸⁹ *Ibid.*, propos souligné par l'auteur de cette étude.

⁹⁰ Opinion individuelle de M. Dheerujall Seetulsingh, paras. 6-9.

l'affirmation du Comité, que « *that would not safeguard human rights and cannot be the purpose of our Covenant* »⁹¹.

Cette tension entre l'exigence de ne pas contribuer à l'exécution d'une condamnation entachée d'un déni flagrant de justice et la sauvegarde de l'intérêt pour les prisonniers d'effectuer leur peine dans leur État national est également présente dans les arrêts précités de la Cour européenne et de la Haute Cour britannique⁹². Comme le Comité, ces juridictions ont tenté de concilier ces intérêts opposés en réservant l'obligation de non-coopération aux cas de déni *flagrant* de justice, ce qui constitue volontairement un test élevé ne pouvant être rempli par tout manquement aux exigences d'un procès équitable⁹³. Le Comité semble vouloir prendre une précaution supplémentaire en dégageant l'obligation positive déjà commentée de conclure des accords les plus protecteurs possible des droits de l'homme.

L'opposition entre la majorité et les membres dissidents, chacun estimant adopter la position la plus protectrice des droits de l'homme, illustre ainsi un constat déjà maintes fois effectué en doctrine : celui selon lequel l'interprétation téléologique est intimement liée à la subjectivité de l'interprète⁹⁴.

Sur le fond, malgré les réserves exprimées dans cette étude, force est de reconnaître qu'il est bien difficile de déterminer « objectivement » laquelle des deux interprétations téléologiques est la plus à même de sauvegarder les droits de l'homme, la subjectivité du commentateur n'étant pas moins grande que celle de l'organe de décision.

⁹¹ Opinion individuelle de M. Dheerujall Seetulsingh, para. 4, propos souligné par l'auteur.

⁹² Cour européenne des droits de l'homme, *Drozd et Janousek c. France et Espagne*, *op.cit.*, para. 110 ; England and Wales High Court of Justice, *Wilcox R. v. Secretary of State for Justice*, *op.cit.*, para. 69 et *Orobator v. HMP Holloway & Annor*, *op.cit.*, para. 140.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ V. Sébastien TOUZÉ, « Les techniques interprétatives des organes de protection des droits de l'homme », *op.cit.*, pp. 517-524 et les références qui y sont citées.