

Journées Strasbourgeoises 2008

3 juillet 2008

**DROIT ET MORALE DANS LA LUTTE CONTRE LE
TERRORISME**

Dick Marty

*Conseiller aux Etats, Président de la Commission de politique étrangère (Sénat, Suisse)
Président de la Sous-commission sur les problèmes criminels et la lutte contre le terrorisme de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de
l'Europe*

En 1990 le Premier Ministre italien Giulio Andreotti révélait l'existence d'une structure appelée Gladio ; il s'agissait d'une espèce d'armée secrète créée juste après la fin de la Seconde Guerre mondiale et dont le but était d'être à même de mener une résistance efficace contre une occupation soviétique du pays considérée alors par d'aucuns comme possible et vraisemblable. Gladio, noyauté par des extrémistes de droite, organisa des attentats très sanglants en Italie dans le but d'en attribuer la responsabilité au Parti Communiste et de discréditer ainsi une formation politique considérée dangereuse et à l'époque très populaire en Italie. La vérité sur l'existence et les agissements de cette organisation secrète avait été découverte en occasion d'une enquête judiciaire ouverte à la suite de l'un de ces attentats. Andreotti révéla que de tels réseaux « *Stay Behind* » avaient existé dans la plupart des pays européens, ce qui fut d'ailleurs confirmé par différentes enquêtes parlementaires¹.

Quelle relation avec notre sujet d'aujourd'hui ? Pendant des décennies, des structures secrètes, avec des entraînements de type militaire et des caches d'armes, ont existé dans nos pays occidentaux, sans aucune base légale et à l'insu des institutions démocratiques et de l'opinion publique. Cela n'est pas sans rappeler ce qui se passe depuis quelques années, toujours dans nos démocraties, dans le cadre de ce qu'on appelle la guerre contre le terrorisme. Aujourd'hui comme alors, on agit en dehors de l'ordre juridique, sans aucun contrôle démocratique, aujourd'hui comme avec Gladio ces opérations ont lieu dans un cadre secret et imprécis de l'OTAN. Quelques semaines après le 11 Septembre, l'administration américaine, lors d'une séance secrète de l'OTAN à Athènes, invoqua l'art 5 du Traité de l'Atlantique Nord². Cette disposition prévoit qu'en cas d'attaque armée contre l'un des pays de l'Alliance, les autres membres sont tenus de lui prêter assistance³. L'Administration

¹ v. Daniele Ganser, Les Armées secrètes de l'OTAN - Réseaux Stay Behind, Gladio et Terrorisme en Europe de l'Ouest – Editions Demi-Lune, 2007 (traduit de l'anglais)

² v. Dick Marty, Rapport du 11 juin 2007 à l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe sur *Détentions secrètes et transferts illégaux de détenus impliquant des Etats membres du Conseil de l'Europe : second rapport* (<http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/Doc07/fdoc11302.pdf>)

³ Art.5 al. 1 : Les parties conviennent qu'une attaque armée contre l'une ou plusieurs d'entre elles survenant en Europe ou en Amérique du Nord sera considérée comme une attaque dirigée contre toutes les parties, et en conséquence elles conviennent que, si une telle attaque se produit, chacune d'elles, dans l'exercice du droit de légitime défense, individuelle ou collective, reconnu par l'article 51 de la Charte des Nations Unies, assistera la partie ou les parties ainsi attaquées en prenant aussitôt, individuellement et d'accord avec les autres parties, telle action qu'elle jugera nécessaire, y compris l'emploi de la force armée, pour rétablir et assurer la sécurité dans la région de l'Atlantique Nord.

américaine est en effet de l'avis que le terrorisme n'est pas un phénomène appréhendable avec les instruments classiques de la justice pénale (police, juge d'instruction, cour d'assises). Elle estime qu'il s'agit, en fait, d'une guerre (*war on terror*) et non pas d'un simple phénomène criminel. Pas de n'importe quelle guerre, cependant ; une guerre asymétrique, ce qui – toujours selon l'Administration américaine – rend inapplicables les Conventions de Genève qui règlent le droit de la guerre classique et que Washington estime désormais dépassées. On a ainsi créé, en dehors de tout contexte de droit international, la notion d' « *ennemi combattant* » et mis en œuvre des instruments totalement étrangers à notre ordre juridique et profondément contraires aux principes éthiques à la base de notre culture.

C'est ainsi qu'au cours de ces dernières années des centaines de personnes ont été arbitrairement arrêtées par des services étatiques, transférées dans des centres de détention, connus ou secrets, mais échappant à toute juridiction ordinaire, comme Guantanamo, Abu Ghraih, Bagrham, Szymani en Pologne, en Roumanie et certainement encore ailleurs. Des centaines de personnes ont été ou sont encore détenues depuis des années sans procès, sans accusations précises, sans pouvoir se défendre convenablement. D'autres personnes, beaucoup d'autres, ont été remises, en dehors de toute procédure d'extradition, à des Etats où elles étaient persécutées et où on pratique couramment la torture. Dans le langage de l'Administration américaine, il s'agit de « *extraordinary renditions* » ou, pour reprendre la définition d'un journaliste britannique qui nous apparaît plus appropriée, de la « *délocalisation de la torture* »⁴. Certaines d'entre elles ont été libérées après des années de détention sans qu'aucune accusation n'ait été formulée à leur encontre, parfois ayant été manifestement objet d'une erreur sur la personne. Arrêtées arbitrairement, libérées sans explications, elles n'ont eu droit à aucun mot d'excuse, ni à aucune indemnité, et elles se sont vues même refuser l'accès aux tribunaux pour obtenir justice : le Gouvernement américain a fait valoir en effet le secret d'état et les intérêts de la défense nationale pour empêcher les tribunaux d'accéder aux moyens de preuve⁵. Seul le Gouvernement canadien a estimé devoir verser une indemnité à une personne victime d'une terrible expérience de « *extraordinary rendition* » ; il s'agit de l'affaire Maher Arar, un citoyen canadien enlevé par la CIA, détenu et torturé en Syrie⁶.

Si l'Administration américaine a fait un choix – à mon avis dramatiquement erroné – elle a eu au moins le courage de finir par l'assumer ; le 6 septembre 2006 le Président en personne reconnaissait l'existence de prisons secrètes et tentait d'en justifier l'utilité⁷. L'attitude de l'Europe est particulièrement décevante : les gouvernements ont fait et persistent à faire semblant de ne pas savoir ce qui s'est passé ou, dans la meilleure des hypothèses, font tout pour ne pas le savoir. C'est

⁴ Stephen Grey, Les Etats-Unis inventent la délocalisation de la torture, Le Monde Diplomatique, avril 2005

⁵ La Cour suprême américaine a refusé d'examiner le recours de Khaled El-Masri, un citoyen allemand détenu à tort plusieurs mois en 2004 par la CIA, jugeant ainsi implicitement que le respect du secret d'Etat empêche la tenue d'un procès. Conformément à l'usage, la Cour n'a pas expliqué les motivations de sa décision. M. El-Masri avait déposé plainte en décembre 2005 en racontant avoir été enlevé lors d'un voyage en Macédoine, conduit en Afghanistan, battu, harcelé, puis libéré au bout de cinq mois sans explication. Il réclamait des excuses des Etats-Unis et 75.000 dollars de réparation. Mais le gouvernement, estimant que les faits dénoncés relevaient des activités clandestines de la CIA et ne pouvaient donc être ni confirmés ni démentis, a demandé à la justice de rejeter la plainte sans même l'examiner (AFP 9 octobre 2004).

⁶ v. www.ararcommission.ca

⁷ Discours du Président Bush du 6 septembre 2006 : <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2006/09/20060906-3.html>

grâce à des ONG, à la presse, aux recherches des rapporteurs du Conseil de l'Europe et du Parlement Européen que nous avons pu connaître la vérité, ou du moins une partie de celle-ci, souvent dans une totale et navrante indifférence des élites politiques. La justice a elle aussi, du moins dans certains pays, accompli un travail remarquable dans cette quête de vérité. C'est notamment le cas de l'Italie où le Ministère public de Milan a pu reconstruire dans le détail l'enlèvement de Abu Omar, transféré et torturé en Egypte ; les magistrats milanais identifièrent les deux douzaines d'agents américains qui participèrent à l'opération et furent à même de démontrer l'implication des services secrets militaires italiens⁸. Les gouvernements italiens successifs, aussi bien de droite que de gauche, ont tout fait pour entraver l'enquête et sont en train d'essayer de saboter le procès en cours, en s'opposant à l'administration de preuves décisives prétendument classées comme secret d'état. Le Premier Ministre italien n'hésite d'ailleurs pas à intervenir dans le domaine judiciaire pour se soustraire lui-même à des poursuites pénales en cours. Cette obstruction à la recherche de la vérité est un exemple emblématique de l'attitude de nombreux gouvernements, notamment de ceux le plus directement impliqués⁹.

Enlèvements, prisons secrètes et techniques d'interrogatoire renforcé – une nouvelle formule pudique pour désigner la torture – sont quelques exemples des moyens mis en action pour combattre le terrorisme. Il s'agit de mesures bien entendu illégales, tout le monde en est bien conscient ; l'Administration américaine les applique d'ailleurs à l'extérieur de son territoire et jamais à l'encontre de citoyens américains, introduisant ainsi une forme de *apartheid juridictionnel*. Il n'est pas non plus nécessaire de démontrer que de tels moyens ne sont pas conformes aux valeurs morales partagées par nos sociétés, même si d'aucuns essayent de soutenir que grâce à eux il est possible de sauver d'autres vies. Méthodes illégales, contraires à nos principes éthiques sont-elles au moins efficaces pour la prévention et la répression du terrorisme ? Franchement je ne le pense pas ; bien au contraire. En ayant recours à de tels moyens pour le combattre, on ne fait en réalité que de transformer des criminels en victimes; on leur confère une légitimité, celle de combattre un état qui se comporte d'une façon illégale. En plus, on crée un mouvement de sympathie à leur égard, ce qui ne fait que les renforcer dans leur détermination ainsi qu'alimenter le prosélytisme¹⁰. Ces abus systématiques entraînent une radicalisation et risquent de pousser les musulmans modérés, qui constituent l'énorme majorité de l'Islam, dans le camp des extrémistes. Les Etats-Unis et l'Europe ont assumé depuis des décennies le rôle d'exemple et de sentinelles en matière de protection des droits de l'homme. Ce qui s'est passé ces dernières années prive le monde occidental de toute crédibilité en ce domaine et compromet ainsi gravement la situation des droits de l'homme partout dans le monde. Avec quelle autorité peut-on maintenant dénoncer les violations des droits fondamentaux en Tchétchénie, en Chine ou au Congo?

Pour un état fondé sur la primauté du droit cette politique signifie également s'acheminer sur une voie sans issue. Comme le fait justement remarquer un de vos

⁸ Différentes publications ont été consacrées à cette affaire de « *restitution extraordinaire* », certainement une des plus connues et mieux reconstruites ; v., par exemple, Guido Olimpio, *Operazione Hotel California*, Feltrinelli 2005, et, avec la reproduction d'actes d'instruction, Guido Ruotolo & Vincenzo Vasile, *Milano – Cairo, L'Imam rapito in Italia dalla CIA*, Pironti, 2005.

⁹ v. Amnesty International, *State of Denial*, Londres, juin 2008.

¹⁰ La plupart des experts conclue que les mesures antiterroristes mises en œuvre ces dernières années sont peu ou pas efficaces, voire contreproductives ; v., par exemple, Domenico Tosini, *Terrorismo e antiterrorismo nel XXI secolo*, Laterza, 2007.

compatriotes – Stephen J. Toope, président de l'Université de la Colombie britannique – « *en détenant secrètement des suspects, en les torturant ou en permettant qu'ils soient torturés par procuration, l'Etat démocratique élimine toute possibilité de procès pénal* »¹¹. Cette érosion des droits de l'homme a, hélas, atteint également le Conseil de Sécurité de l'ONU et l'UE : les listes noires créées en matière de sanctions contre des personnes soupçonnées de soutenir le terrorisme est un exemple scandaleux d'abus et d'arbitraire qui privent les intéressés de leurs droits fondamentaux. Cela est d'autant plus choquant si on pense que les institutions qui mettent en œuvre ces mesures sont supposées donner l'exemple en matière de démocratie et de protection des droits de l'homme¹².

Je suis conscient de ne pas avoir vraiment affronté le problème de l'atelier de cette après-midi consacré au déroulement du procès pénal dans les affaires de terrorisme. Mais comment ignorer que ces dernières années nos démocraties occidentales ont, justement au nom de la lutte contre le terrorisme, abandonné le terrain de la légalité ? Comment ignorer que des centaines de personnes ont été enlevées, souvent avec la complicité des services de nos gouvernements et sont détenues depuis des années sans aucune forme de procès et sans jouir de leurs droits fondamentaux ? En réalité on a voulu empêcher le procès pénal, en sous-entendant ainsi que la justice n'est pas à même de s'occuper de tels problèmes. Ces méthodes veulent suggérer que les instruments de l'état de droit ne sont pas aptes à faire face à la menace terroriste et à protéger nos populations. Ce qui est manifestement faux. Certes, l'évolution de la criminalité exige une adaptation continue aussi bien des mécanismes de prévention que des techniques d'investigation ainsi que des dispositions de la procédure pénale. Le développement phénoménal des technologies de communication et des possibilités de mobilité ont transformé notre vie quotidienne et ont changé nos sociétés mêmes ; le fait criminel – nous le savons bien – est une expression assez fidèle de la société. Dans une décision récente et qui peut être définie historique, la Cour suprême des Etats-Unis a enfin reconnu que les impératifs de sécurité nationale ne permettent pas de bafouer les libertés civiles des prisonniers de Guantanamo. Selon la Constitution, les détenus ont le droit de contester leur détention ; les juges ont stigmatisé le statut particulier de Guantanamo – et à plus forte raison, donc, aussi des prisons secrètes – en faisant valoir que « *Les lois et la Constitution sont faites pour survivre et rester efficaces même dans des moments extraordinaires* »¹³. Déjà en 2004, Sandra Day O'Connor, juge à la Cour Suprême, avait lancé un message percutant en ce sens : « *Si cette nation reste attachée aux idéaux symbolisés par son drapeau, elle ne doit pas utiliser les armes des tyrans pour résister à un assaut des forces de la tyrannie* »¹⁴. Votre compatriote, Mme Louise Arbour, Haut Commissaire des Droits de l'Homme s'était exprimée dans le même sens intervenant dans la procédure à travers l'instrument de l' « *Amicus Curiae* »¹⁵.

¹¹ Stephen J. Toope, Disparitions, prisons secrètes et restitutions extraordinaires : comment perdre la guerre contre le terrorisme, in : L'antiterrorisme et l'état d'exception en échec, Esprit, octobre 2007, p. 57.

¹² v. notre rapport sur les listes noires du Conseil de Sécurité de l'ONU et de l'UE (<http://assembly.coe.int/mainf.asp?Link=/documents/workingdocs/doc07/fdoc11454add.htm>) ainsi que la résolution (<http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta08/FRES1597.htm>) et la recommandation (<http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta08/FREC1824.htm>) adoptées le 23 janvier 2008 par l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe.

¹³ v. International Herald Tribune du 13 juin 2008.

¹⁴ Dans l'affaire José Padilla, jugée par la Cour Suprême le 28 juin 2004.

¹⁵ Interview de Mme Arbour, in : Le Temps (Suisse) du 14 juin 2008 p. 6.

Le terrorisme – dont la définition, soit dit en passant, est encore assez imprécise et différemment interprétée selon les gouvernements et les moments historiques – pose effectivement des problèmes délicats d’investigation et d’administration des preuves. Mais il y a nombre d’autres crimes qui exigent des précautions semblables. Je pense notamment à la lutte contre la criminalité organisée active dans le trafic international de la drogue, le trafic d’armes, de matériel nucléaire ou d’êtres humains. Il s’agit de phénomènes criminels encore largement sous-estimés et qui provoquent bien plus de victimes que le terrorisme. Je suis convaincu qu’il est possible – et en partie on le fait déjà – de sauvegarder la confidentialité des sources, de protéger les témoins et d’administrer des preuves en tenant compte des informations vraiment dignes d’être tenues secrètes. Il y a aujourd’hui un abus manifeste de la part de l’exécutif de la notion de secret, trop souvent invoqué pour cacher des activités illégales ou peu reluisantes de certains de ses services. Dans la lutte contre le terrorisme, comme d’ailleurs pour la répression de la criminalité organisée, l’activité de renseignement revêt une importance essentielle ; les services dits secrets sont donc indispensables. Le problème n’est dès lors pas leur existence mais bien leur surveillance, aujourd’hui largement insuffisante dans la plupart des pays. La répression des formes les plus graves de criminalité, parmi lesquelles le terrorisme, souffre surtout d’une insuffisance chronique de coordination entre les différentes institutions (renseignements, police, magistrats, service administratifs divers) aussi bien à l’intérieur du même pays que, à plus forte raison, au niveau de l’entraide internationale. L’actualité de ces jours nous livre un exemple de plus justement dans le domaine du terrorisme : la mésentente entre Islamabad et Washington ainsi que les querelles entre les différentes agences américaines actives sur le terrain ont, selon des rapports concordants des services de renseignements américains, abouti à la prolifération et au renforcement des réseaux terroristes de Al-Qaïda au Pakistan¹⁶.

Un autre message dévastateur que la *guerre contre le terrorisme* fait passer depuis plusieurs années a trait à l’usage de la torture. Les *restitutions extraordinaires* suggèrent que si la torture ne sied pas tellement à nos habitudes elle est en revanche parfaitement acceptable si elle a lieu ailleurs. On met en discussion ainsi l’interdit absolu de la torture, pourtant consacré par des textes internationaux que nous avons souscrits et qui ont constitué une étape importante dans le progrès de notre civilisation. On fait valoir ainsi que des aveux ou des informations arrachées par la torture sont à même de sauver de nombreuses vies. C’est un argument fallacieux qui est d’ailleurs contredit par de nombreux spécialistes¹⁷. On essaye également de réduire la portée de la notion de torture qui, selon l’Administration américaine, ne comprendrait pas les raffinées techniques psychologiques d’interrogatoires mises au point ces dernières années; là aussi ce n’est pas l’avis de la plupart des experts¹⁸, pour qui il s’agit en fait d’actes de brutalité psychique inacceptables et contraires au droit international. Selon une toute récente révélation, les techniques d’interrogatoires mises en œuvre à Guantanamo et dans d’autres prisons de la CIA – comme la privation de sommeil, l’exposition au froid et au chaud ou au bruit, etc. – ont été reprises d’une étude de l’Air Force effectuée en 1957 sur les méthodes d’interrogatoires des communistes chinois appliquées à l’égard de

¹⁶ Amid Policy Disputes, Qaeda Grows in Pakistan, in : New YorkTimes du 30 juin 2008.

¹⁷ v. Stephen J. Toope, op. cit. p. 56. v. aussi Kennet Roth & Autres Auteurs, *Torture – Does It Make Us Safer ? Is It Ever OK – A Human Rights Perspective*, The New Press, HRW, 2005.

¹⁸ v. Alfred W. McCoy, *Cruel Science, CIA Torture and U.S. Foreign Policy* ; 2005.

prisonniers américains en Corée pour obtenir des aveux, la plupart du temps par ailleurs faux¹⁹. Des techniques que les américains avaient toujours considérées comme étant des actes de torture, jusqu'à récemment lorsqu'elles ont été expressément acceptées et codifiées dans les manuels militaires.

La procédure pénale et l'organisation du procès doivent être adaptées, pas seulement pour faire face à la menace terroriste, mais pour appréhender les formes les plus graves de criminalité organisée en général. Il est même vraisemblable que les droits de la défense doivent être partiellement revus et éventuellement restreints lors de la toute première partie de la procédure. C'est une démarche délicate, certes, mais en le faisant ouvertement et d'une façon démocratique on réduit la tentation de le faire illégalement et de tomber dans de dangereuses dérives comme nous venons de le vivre. Il est néanmoins clair que les principes fondamentaux de l'état de droit doivent être respectés, que le procès doit être conduit d'une façon équitable et que les droits et la dignité de l'homme doivent être protégés en toute circonstance. La justice doit refuser toute preuve obtenue à travers l'usage de la torture ou d'autres violations graves des droits de l'homme. Toute concession en ce domaine ne serait qu'un encouragement à recourir à de telles méthodes illégales. Toujours Louise Arbour, a fait remarquer « *On a toléré de la part de nos gouvernements un niveau de secret inouï, soi-disant à des fins de sécurité de l'Etat. On découvrira peut-être dans dix ans seulement l'ampleur des abus* »²⁰. Je reste quant à moi persuadé que l'injustice est la principale alliée du terrorisme. La combattre, aussi bien sur le plan juridique, que politique et social, signifie également combattre efficacement le terrorisme.

¹⁹ China Inspired Interrogations at Guantánamo, New York Times du 2 juillet 2008.

²⁰ Interview dans Le Monde du 28 juin 2008.