



NOTES DE RECHERCHE

Septembre 2005

**LE CANADA : UN PAYS QUI TRITURE SES OBLIGATIONS EN
MATIÈRE DE TORTURE**

Pierre-Olivier Marcoux

Étudiant à la maîtrise en droit international



Université du Québec à Montréal

Pavillon Hubert-Aquin
1255 rue St-denis
Montréal (Québec) H2X 3R9
Tel : (514) 987 3000 # 7933
<http://www.cedim.uqam.ca>

**INSTITUT
D'ÉTUDES
INTERNATIONALES
DE MONTRÉAL**

Les opinions exprimées et les arguments avancés dans cette publication demeurent l'entière responsabilité des auteur-e-s et ne reflètent pas nécessairement ceux du Centre d'études sur le droit internationale et la mondialisation (CEDIM) ou des membres du Centre Études Internationales et Mondialisation (CEIM).

TABLES DES MATIÈRES

INTRODUCTION	2
1- LE DROIT INTERNATIONAL ET LA TORTURE	3
1.1- Les normes <i>jus cogens</i> : au sommet de la hiérarchie?	4
1.1.1- L'interdiction de la torture et le renvoi vers la torture: des normes <i>jus cogens</i> ?	5
1.1.2- La torture: de la théorie à la réalité	11
1.2- Obligations <i>erga omnes</i> et crimes internationaux	16
2- LE CANADA, LA LUTTE CONTRE LA TORTURE ET LA RÉPRESSION DES TORTIONNAIRES	22
2.1- Le Canada: une compétence extra-territoriale en matière de crimes internationaux	23
2.2- Les lois et le Programme canadien de lutte contre la torture	26
2.2.1- Le Programme canadien et le <i>no safe haven policy</i> : un paradoxe et un déni d'obligation <i>ab initio</i>	28
2.2.2- L'évolution du Programme: du pareil au même	30
3- LE CANADA: POUVOIR SOUVERAIN D'EXCLURE ET SYSTÈME D'IMMIGRATION	35
3.1- La loi sur l'immigration et la protection des réfugiés et les clauses d'exclusion	36
3.1.1- Un gouvernement qui se dégage de ses obligations en utilisant un système demandant un fardeau moins élevé	40
3.2- Pistes de solution	44
3.2.1- Une solution juridique pour les cas particuliers: le recours en <i>mandamus</i>	46
CONCLUSION	48
BIBLIOGRAPHIES	50

INTRODUCTION

Au Canada, la souveraineté absolue héritée de l'État westphalien a évolué du pouvoir souverain de donner la mort physique à un individu vers le pouvoir post-souverain d'octroyer la mort sociale par l'entremise des politiques de contrôle migratoire. Dans la psyché des 4 pouvoirs, cela se traduit par la conviction que le pouvoir d'inclure et d'exclure quelqu'un de la communauté est absolu. C'est une vision où le *locus* premier de l'exercice du pouvoir souverain est la population, sa composition devant être strictement contrôlée. Dans cette optique, la politique migratoire canadienne devient un mécanisme central de gouvernementalité¹, passant par la régulation du contenu de la population. Nous appréhendons donc la société canadienne non pas comme un *panopticon*, mais plutôt un *banopticon*.²

Depuis une quelques années, le gouvernement canadien s'est engagé dans la lutte contre les crimes internationaux, avec entre autres la volonté déclarée de lutter contre la torture et de punir les tortionnaires. Cette volonté se remarque dans la ratification de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* (*Convention contre la torture*), les modifications apportées au *Code criminel*, la mise en place d'un *Programme national sur les crimes de guerre* (*Programme*) et l'adoption plus récente d'une *loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre* (*loi sur les crimes contre l'humanité*). Ces avancés auraient pu nous laisser croire que le Canada était sincère dans sa volonté de réprimer les tortionnaires. Refusant de nous laisser berner et déchantant face à l'énoncé paradoxal du *no safe haven policy*, présent à l'intérieur d'une politique générale de lutte contre les tortionnaires et autres criminels, nous affirmons que la détermination du Canada n'est que façade et apparence. Nous suggérons que, ce qui se trouve à l'arrière-plan de la politique à l'endroit des tortionnaires, c'est la conviction inébranlable que le pouvoir d'exclure de la société un individu non désirable est un pouvoir absolu, sans considération pour les obligations internationales astreignantes relatives à la torture. Suivant cette idée, le plan répressif et de lutte contre l'impunité laisse place à l'instauration d'une politique migratoire justifiant et facilitant l'exclusion des éléments jugés indésirables et ce, pour le plus grand mépris des victimes et du droit international.

¹ Sur la re-nationalisation de la politique par le truchement de l'immigration, lire Saskia Sassen, *Losing Control? Sovereignty in a Age of Globalization*, New York, Columbia University Press, 1995 à la p. 63 et s. [Sassen].

² Sur ce sujet, nous devons l'amorce de nos réflexions à Tamara Vukov, « Imagining communities through immigration policies. Governmental regulation, media spectacles and the affective politics of national borders » (2003) 6 (3) Int'l J. Cult. Stud. 335.

Dans une première partie, nous commencerons par constater l'état du droit international en ce qui a trait à la torture (1). Ensuite, nous discernerons les obligations qui découlent de l'affirmation selon laquelle la torture constitue un crime contre l'humanité (1.2). Dans une deuxième partie, nous nous demanderons comment le Canada entend lutter contre la torture et les tortionnaires (2), nous discuterons de sa compétence extraterritoriale (2.1) et nous évoquerons les grandes lignes du Programme canadien de lutte contre les crimes de guerre (2.2). Dans une troisième partie, nous verrons en quoi la sincérité de ce Programme est mise en doute par l'utilisation récurrente du système d'immigration, par la mise en œuvre du pouvoir souverain d'exclure (3). En outre, nous observerons comment des fardeaux de preuve moins lourds facilitent ce processus (3.1). Enfin, nous proposerons une solution d'ordre politique et législative (3.2), ainsi qu'une solution d'ordre juridique (3.2.1).

1- LE DROIT INTERNATIONAL ET LA TORTURE

Depuis les événements du 11 septembre 2001, certains gouvernements, certaines institutions, certains intellectuels et, plus troublant encore, certaines Cours de justice remettent en cause l'interdiction absolue de la torture et son corollaire, la prohibition de refoulement, de déportation ou d'extradition vers la torture.³ Plusieurs conventions internationales et régionales abordent la torture, de l'interdiction de sa pratique, jusqu'à la prohibition de refouler, déporter ou extraditer⁴ quelqu'un vers la torture.⁵ Dans un premier

³ Lire entre autres, Beth Stephens, « Upsetting Checks and Balances : The Bush Administration's Efforts to Limit Human Rights Litigation » (2003) 17 Harv. Hum. Rts. J. 203; Alan M. Dershowitz, *Why Terrorism Works: Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, New Haven, Yale University Press, 2002 à la p. 144 [Dershowitz]. Dershowitz propose une situation hypothétique qu'il nomme « ticking bomb terrorist », où un présumé terroriste est interrogé. Selon lui, il serait mieux d'infliger des tortures non létales à cette personne pour lui sous-tirer des informations que de risquer la mort de centaines de civils; Rod Morgan, « The utilitarian justification of torture » (1999) 2 (2) *Punishment & Society* 181; Sanford Levinson, « "Precommitment" and "postcommitment" : The ban on torture in the wake of September 11 » (juin 2003) 81 (7) *Tex. L. Rev.* 2013. Cet auteur critique une telle position; *Suresh c. Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. Cette décision montre l'effritement de la protection internationale en matière de torture; *Public Committee Against Torture c. State of Israel*, (1999) H CJ 5100/94. Dans ce jugement, la Haute Cour de Justice d'Israël a confirmé l'interdiction de toute forme de torture, tout en acceptant une dérogation en cas de nécessité pour la défense nationale. Lire aussi Andreas Laursen, « Israel's Supreme Court and International Human Rights Law : The Judgment on "Moderate Physical Pressure" » (2000) 69 *Nordic J. Int'l L.* 413.

⁴ Nous utiliserons le terme général « renvoi » pour regrouper ces trois possibilités. Le terme refouler signifie renvoyer quelqu'un qui est entré illégalement au pays, les termes déporter ou expulser sont utilisés pour quelqu'un qui se trouve légalement au pays et finalement, le terme extraditer est utilisé lorsque le renvoi fait suite à une demande en provenance d'un autre pays qui entend poursuivre un individu.

⁵ *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, A. res. 3452 (XXX), annexe, 30 U.N. GAOR Supp. (No. 34), 91, U.N. Doc. A/10034 (1975), entrée en vigueur le 10 décembre 1984 [*Convention contre la torture*]; *Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, ETS No. 5, 213 U.N.T.S. 222, entrée en vigueur le 3 sept. 1953, tel qu'amendée par les Protocoles n°. 3, 5, 8, et 11 qui sont entrés en vigueur le 21 septembre 1970, le 20 décembre 1971, le 1^{er} janvier 1990 et le 1^{er} Novembre 1998 respectivement, à l'article 3 [*Convention européenne*]; *Convention européenne sur la prévention de la torture et autres traitements et peines*

temps, nous souhaitons discuter du caractère particulier des normes *jus cogens*. Ensuite, nous nous demanderons si l'interdiction de la torture et de renvoi vers la torture constitue de telles normes. Pour ce faire, nous analyserons à la fois le droit conventionnel, l'opinion de publicistes distingués, ainsi que la jurisprudence régionale et internationale.

1.1- Les normes *jus cogens* : au sommet de la hiérarchie?

Il est généralement admis que, depuis l'entrée en vigueur de la *Convention de Vienne sur le Droit des Traités* en 1969 (*Convention de Vienne*), le droit international général s'est enrichi de normes dites *jus cogens*, des métanormes de droit international.⁶ À l'origine, les normes *jus cogens* n'avaient été pensées que pour avoir un rôle à l'intérieur du cadre des traités. Cela est dû au fait qu'à cette époque, la mise en œuvre des droits humains était encore à l'état embryonnaire. À cet effet, les rédacteurs de la Convention de Vienne n'avaient pas le mandat de penser le rôle des *jus cogens* à l'extérieur du cadre conventionnel interétatique. Suivant les avancements et les réflexions sur les droits humains et sur la manière de les mettre effectivement en œuvre, nous suggérons que les normes *jus cogens* aient désormais des effets tant au niveau interétatique qu'intraétatique. Par conséquent, de ces normes découlent des obligations *erga omnes* à l'intérieur même des frontières nationales.⁷

dégradants, ETS 126, entrée en vigueur le 1^{er} 1989 [CEPT]; *Convention interaméricaine des droits de l'Homme*, 22 novembre 1969, O.A.S. Treaty Series No. 36, 1144 U.N.T.S. 123, reportée dans, Documents de Base Appartenant au Système Interaméricain des Droits de l'Homme, OEA/SER.L/V/I.4 rev. 9 (2003) à la p. 27 [*Convention interaméricaine*]; *Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture*, 9 décembre 1985, reportée dans, Documents de Base Appartenant au Système Interaméricain des Droits de l'Homme, OEA/SER.L/V/I.4 Rev. 9, à la p. 91 [*Convention interaméricaine contre la torture*]; *Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples*, adoptée le 27 juin 1981, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982), entrée en vigueur le 21 octobre, 1986 à l'art. 5 [*Charte africaine*].

⁶ *Convention de Vienne sur le Droit des Traités*, 1155 U.N.T.S. 331, entrée en vigueur le 27 janvier 1980. Lire Jean Combacau et Serge Sur, *Droit International Public*, 5^e éd., Paris, Montchrestien, 2001 aux pp. 155-58; Antonio Cassese, *International Law*, Oxford, Oxford Press, 2001 aux pp. 139-49; Francisco Forrest Martin, « Delineating a Hierarchical Outline of International Law Sources and Norms » (2002) 65 *Sask L. Rev.* 333. Dans notre étude, nous utiliserons les termes norme *jus cogens* ou péremptoire pour les obligations desquelles il est en tout temps impossible de s'y soustraire. Le terme norme indérogeable sera employé pour celle pouvant être écartée suivant des circonstances exceptionnelles prévues par la loi.

⁷ La souveraineté étatique ne peut être invoquée pour un manquement à une obligation d'une norme *jus cogens*. Lire Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Law*, 2^e Éd., LaHaie, Kluwer Law International, 1999 à la p. 212 [Bassiouni, *Crimes*]; Lire aussi Georg Schwarzenberger, « International Jus Cogens? » (1966) 43 *Tex. L. Rev.* 455 à la p. 458. Selon cet auteur, l'« indérogeabilité » des normes *jus cogens* a pour effet de les immuniser contre la doctrine de la souveraineté nationale. Également, lire l'*obiter dictum* dans l'affaire *Furundzija* où il est souligné qu'il serait insensé qu'au niveau interétatique une norme *jus cogens* « délégitimerait » internationalement toute action législative, administrative ou judiciaire autorisant la torture, alors qu'au niveau national, elle n'aurait aucun effet semblable. *Procureur c. Furundzija*, Jugement du Tribunal Pénal International sur l'ex-Yougoslavie, Affaire No. IT-95-17/1-T, Chambre de première instance, 10 décembre 1998, aux pp. 155-57 [*Furundzija*].

Le droit n'existe pas simplement pour s'occuper de situations factuelles, mais est aussi concerné par le bon ordonnancement de la société et ce, dans une optique où le droit supporte une société définie par un schème axiologique particulier.⁸ À ce titre, l'idée de normes péremptoires ou *jus cogens*, focalisant uniquement sur l'individu, participe à l'édification d'une société bien ordonnée. Nous affirmons qu'en droit international des droits de l'Homme, il est de ces normes particulièrement essentielles qui sont péremptoires, les normes *jus cogens*.⁹ L'article 53 de la *Convention de Vienne* met en exergue les 4 conditions nécessaires à l'existence d'une norme *jus cogens*. Premièrement, elle doit faire partie du droit international général. Ensuite, elle doit être acceptée et reconnue par la communauté des États souverains. Troisièmement, elle doit être péremptoire et finalement, elle ne peut être modifiée que par une autre norme ayant aussi le statut de *jus cogens*.¹⁰ Parmi ces conditions, la reconnaissance et l'acceptation comme péremptoire par la communauté internationale prise comme un tout est la condition clé et *sine qua non* pour considérer qu'une norme a atteint le caractère de *jus cogens*.¹¹ Cette condition essentielle ramène l'idée que même une norme *jus cogens* conserve un caractère subjectif. Koji souligne que ce consentement doit être évoqué non seulement à l'égard du fait que la norme constitue un des principes de droit international général, mais aussi à l'endroit de son caractère péremptoire. Ce deuxième consentement donne à la norme *jus cogens* son caractère objectif et sa spécificité.¹²

En partant du point de vue que les normes *jus cogens* sont générées par un processus centré sur les valeurs les plus élevées et non simplement sur la fonction qu'elles remplissent, nous affirmons que seuls les droits humains, étant placés au sommet de la hiérarchie des différentes cultures juridiques, peuvent prétendre au caractère *jus cogens*.

1.1.1- L'interdiction de la torture et de renvoi vers la torture : des normes *jus cogens*?

Plusieurs instruments internationaux, ainsi que moult organes judiciaires et quasi judiciaires, ont affirmé le caractère péremptoire des normes interdisant la torture et le renvoi vers la torture. Premièrement, l'article 5 de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme (DUDH)* est considérée comme le berceau des affirmations conventionnelles

⁸ Philipp Alston, *Eunomia : New Order for a New World*, New York, Oxford University Press, 1990 à la p. 110.

⁹ Theodor Meron, « On a Hierarchy of International Human Rights » (1986) 80 A.J.I.L. 1 [Meron].

¹⁰ Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit International Public*, 7^e éd., Paris, L.G.D.J. 2002 aux n^o 125-28.

¹¹ Teraya Koji, « Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond : From the Perspective of Non-derogable Rights » (2001) 12 (5) E.J.I.L 917 à la p. 928.

¹² *Ibid.*, à la p. 928.

interdisant la torture.¹³ La même interdiction existe dans la lettre de la *Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH)*. Celle-ci stipule qu'aucune personne ne peut être soumise à la torture ou à des traitements et punitions dégradants et inhumains. Cette prohibition est absolue pour toutes les formes de mauvais traitements énumérés.¹⁴ Il est à remarquer que l'article 3 de la *CEDH* interdisant la torture ne contient pas de dérogations possibles dans une situation où la sécurité nationale serait menacée, comme c'est le cas pour la liberté d'assemblée et d'expression. Ceci renforce son caractère péremptoire.¹⁵ En 1996, dans une décision faisant jurisprudence, la Cour européenne des droits de l'Homme a confirmé le caractère péremptoire de cet article.¹⁶ Il s'agissait de déterminer si l'article 3 permettait un test de proportionnalité entre la sécurité nationale du Royaume-Uni et le besoin de protection de M. Chahal. La Cour européenne a soutenu que ce test n'était pas permis et que la protection de l'article 3 impliquait également la protection totale contre le refoulement dans un pays où un individu risquait la torture, sans considération aucune pour la question de la sécurité nationale du pays en cause.¹⁷ La décision *Ahmed* confirma plus tard cet arrêt. À ce titre, il est possible d'affirmer que le refoulement vers la torture est totalement proscrit dans les pays astreints au droit du Conseil d'Europe.¹⁸

Troisièmement, l'article 7 du *Pacte international sur les droits civils et politiques (PIDCP)* contient aussi une prohibition contre la torture et les autres traitements cruels et dégradants.¹⁹ Cet article a été interprété par le Comité des droits de l'Homme, comme incluant une prohibition absolue de refouler quelqu'un dans un pays où subsiste un risque de torture.²⁰ L'article 7 du *PIDCP* a un caractère péremptoire et empêche les États d'y déroger pour quelques motifs que ce soit.²¹ La *Convention interaméricaine des Droits de*

¹³ *Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*, rés. AG 217(III), Doc. Off. AG, NU, 3^e sess., supp. no 13, Doc. NU A/810 (1948) 71 à l'art. 5. Même si la déclaration elle-même n'est pas à proprement parlée une convention internationale, plusieurs soutiennent que les droits qui y sont enchâssés aient atteint le caractère de coutume internationale.

¹⁴ *Convention européenne*, supra note 5 à l'art. 3; Michael K. Addo et Nicholas Grief, « Does Article 3 of the European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights » (1998) 9 E.J.I.L. 510 à la p. 512 [Addo]

¹⁵ La même chose peut être dite de la *Charte africaine* et de la *Convention interaméricaine*, supra note 5. Le fait qu'aucun des trois systèmes régionaux ne prévoit de clause dérogatoire renforce le statut péremptoire de la norme interdisant la torture et celle du renvoi vers la torture.

¹⁶ *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, Cour européenne des Droits de l'Homme, Appl. No. 22414/93. Cette décision confirmait l'arrêt *Soering c. Royaume-Uni* (1989) 11 E.H.R.R. 439.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ahmed c. Austria*, CEDH, 17 décembre 1996, appli. no. 25964/94. Lire aussi: *Tyrer c. Royaume-Uni* (1978) 2 E.H.R.R. 1; *D. c. Royaume-Uni* (1997) 24 E.H.R.R. 423.

¹⁹ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171, R.T. Can. 1976 n° 47 (entrée en vigueur le 23 mars 1976, accession du Canada 19 mai 1976) à l'art. 7 [*PIDCP*].

²⁰ Comité des droits de l'Homme, Observation générale n° 20 : Remplacement de l'Observation générale 7 concernant l'interdiction de la torture et des traitements cruels (art. 7) 10/03/92, 44^e sess. au n° 9 [Observation générale n° 20]. Lire aussi *Kindler c. Canada*, Communication No. 470/1991, Comité des droits de l'Homme, U.N. Doc. CCPR/C/48/D/470/1990 au para. 13.2 (1993).

²¹ *Convention contre la torture*, supra note 5 à l'art. 4 (2).

*l'Homme (Convention interaméricaine)*²² et la *Charte africaine des droits de l'Homme et des Peuples (Charte africaine)*²³ contiennent aussi des dispositions interdisant la torture et le renvoi vers la torture. Par contre, les rédacteurs de la Convention interaméricaine ont cru qu'il était de bon aloi d'inclure une clause limitative à la protection contre le non-refoulement en temps de guerre, en période d'urgence ou lorsque la sécurité de l'État est menacée.²⁴

Enfin, cinq résolutions de l'Assemblée Générale furent adoptées entre 1973 et 1976 et aucune d'entre elles ne reçut de votes négatifs.²⁵ Ces résolutions, ainsi que l'article 7 du *PIDCP* et l'article 5 de la *DUDH*, allaient servir à rédiger la *Convention contre la torture*, ce qui arriva en 1984.²⁶ Cette convention constitue une avancée sur ses prédécesseurs en ce qu'elle est la première à définir de manière express l'acte de torture. Il est défini comme constituant tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées par un officiel.²⁷ L'ajout spécifique d'un article interdisant l'expulsion, l'extradition ou le refoulement d'une personne dans un État où existeraient des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture fut inspiré de la jurisprudence issue de la *CEDH* et de l'article 33 de la *Convention relative au Statut des Réfugiés de 1951 (Convention de Genève de 1951)*. Ainsi, la protection contre la torture a été interprétée comme impliquant nécessairement celle de non-refoulement.²⁸ En effet, la *Convention contre la torture* ne contient pas explicitement de disposition évoquant le caractère absolu de la prohibition contre le refoulement. Par contre, d'aucuns sont d'avis que l'article 3 doit être interprété à la lumière de l'article 2(2) et de l'esprit de la Convention qui souligne qu'aucune circonstance exceptionnelle ne pourra être évoquée pour justifier la torture.²⁹ Le Comité surveillant le respect de la Convention contre la torture est arrivé à cette conclusion à maintes reprises.³⁰ Dans le même ordre d'idée, nous pensons que la Convention contre la

²² *Convention interaméricaine*, supra note 5 à l'art. 5.2; *Convention interaméricaine contre la torture*, supra note 5.

²³ *Charte africaine*, supra note 5 à l'art. 5. Voir aussi, *Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique*, Organisation de l'Unité Africaine, CAB/LEG/24.3.

²⁴ *Convention interaméricaine*, supra 5 à l'art. 27.

²⁵ Entre autres, *Question de torture et autre traitement cruel, inhumain, ou traitement dégradant ou punition*, A.G. Res. 3059 (XXVIII), adoptée à l'unanimité, 2 novembre 1973.

²⁶ *Convention contre la torture*, supra note 5.

²⁷ *Convention contre la torture*, supra note 5 à l'art. 1.

²⁸ David Weissbrodt et Isabel Hörtreiter, « The Principle of Non-Refoulement : Article 3 of the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Comparison with the Non-Refoulement Provisions of Other International Human Rights Treaties » (1999) 5 *Buff. H.R.L. Rev.* 1 à la p. 7 [Weissbrodt et Hörtreiter].

²⁹ Herman Burgers et Hans Danelius, *The United Nations Convention Against Torture : A Handbook on the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988 à la p. 125.

³⁰ Voir entre autre la célèbre remontrance à l'endroit de la Suède : Comité contre la torture, 18^e sess., Communication No 39/1996 : Suède. 28/04/97. CAT/C/18/D/39/1996, au para. 3.1.

torture doit être interprétée comme interdisant le refoulement indirect d'une personne vers la torture, soit le refoulement vers un pays tiers qui risquerait de renvoyer cette personne dans un autre pays où subsisterait une menace de torture.

Quant à la spécificité de la torture infligée en temps de guerre, les Conventions de Genève et les Protocoles Additionnels l'interdisent, peu importe que ce soit dans un conflit international ou national, que ce soit contre des nationaux ou des non nationaux et que ce soit contre des civils, des prisonniers de guerre ou des personnes agissant pour l'ennemi, mais n'entrant pas dans la catégorie des prisonniers de guerre, comme les espions.³¹

Au-delà de ces affirmations conventionnelles et jurisprudentielles qui interdisent absolument la torture, il est utile de vérifier si l'interdiction de torture et celle de refoulement vers la torture ont accédé au rang des normes *jus cogens*. Tout d'abord, rappelons que la *Convention interaméricaine*, la *CEDH* et le *PIDCP* contiennent tous une clause dérogatoire en situation d'exception, respectivement aux articles 15, 27 et 15. Cependant, dans ces trois traités, l'interdiction de la torture ne fait pas partie du champ d'application de cette clause. Cet état de fait milite pour la position selon laquelle cette norme possède un statut particulier, le statut de norme *jus cogens*. En 1994, le Comité des droits de l'Homme a statué sur cette question et a soutenu que la prohibition contre la torture se place au même rang que celle liée à l'esclavage et à la privation arbitraire de la vie et qu'elle était une norme impérative de droit international.³² Puis, en 1998, le Tribunal Pénal International sur l'ex-Yougoslavie (TPIY), le tout premier tribunal international à discuter de *jus cogens*, a attribué la qualité de métanorme de droit international à la prohibition contre la torture. Dans un *obiter dictum*, le tribunal évoqua, qu'en raison de l'importance des valeurs qu'il protège, ce principe était devenu une norme impérative, soit une norme qui se situe dans la hiérarchie internationale à un rang plus élevé que le droit conventionnel et même, que les règles du droit coutumier « ordinaire ». ³³ Cette prise de position a aussi été entérinée dans le passé par différentes juridictions américaines et par la Cour européenne des droits de l'Homme.³⁴

³¹ *Convention de Genève du 12 Août 1949*, art. 3 commun; *Protocole Additionnel aux Conventions de Genève du 12 Août 1949 et Relatif à la Protection des Victimes des Conflits Armés Internationaux* (Protocoles I), 1125 N.U.T.S. 3, entrée en vigueur le 7 Décembre 1978, art. 11; *Protocole Additionnel aux Conventions de Genève du 12 Août 1949 et Relatif à la Protection de Victimes des Conflits Armés Non-Internationaux*, 1125 N.U.T.S. 609, entrée en vigueur le 7 Décembre 1978, aux art. 5.2 (e) et 6-7 [*Conventions de Genève de 1949*].

³² Comité des droits de l'Homme, Observation générale n° 24, *Questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des protocoles facultatifs et relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte*, 04/11/94, 52^e sess., CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, n° 8 et 10

³³ *Furundzija*, supra note 7 aux pp. 155-57.

³⁴ Voir notamment les affaires: *Republic of Argentina c. De Blake*, 507 US 1017.123, Ed.2d.444, 113S.Ct.1812 (1993); *Committee of U.S. Citizens Living in Nicaragua c. Reagan*, 859F, 2d 929, 949 (D.C.

En droit international des droits de l'Homme, plusieurs auteurs promeuvent le fait que la prohibition de la torture ait atteint la qualité de norme péremptoire de droit international.³⁵ À l'appui de notre point de vue, Shelton affirme que la prohibition de la torture se place au même rang que l'acquisition illégale de territoire par l'usage de la force et que le génocide.³⁶ La Commission du Droit International partage aussi cet avis et soutient que ces normes péremptoires existent pour interdire ce qui apparaît comme absolument intolérable en raison des menaces qu'elles font peser sur la survie des États, sur la démocratie, sur les peuples et sur les valeurs humaines élémentaires.³⁷ Plus encore, le Comité des droits de l'Homme, dans son Observation générale sur l'article 4 du *PIDCP*, a soutenu que la prohibition de la torture avait atteint le stade de norme péremptoire de droit international.³⁸ Enfin, dans de récents rapports sur les droits humains et le terrorisme, la Commission interaméricaine des droits de l'Homme et le Rapporteur Spécial sur la torture prenaient la même position.³⁹

Dans un domaine plus circonspect du droit international, le droit des réfugiés, moult scoliastes affirment que l'interdiction de refoulement vers la persécution constitue une norme *jus cogens*, en tant que pierre angulaire de ce domaine du droit.⁴⁰ Par

Cir.1988); *Al-Adsani c. The United Kingdom*, jugement du 21 novembre 2001, A.35763/97 au para. 30. Voir aussi *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte (Amnesty International and Others intervening)* (No. 3) [1999] 2 All E.R. (H.L.), au para. 108 [*Pinochet 3*].

³⁵ Jaime Oraá, *Human Rights in a State of Emergency in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1992 à la page 69; R. Abi-Saab, « Human Rights and Humanitarian Law in Internal Conflicts » dans D. Warner, dir., *Human Rights and Humanitarian Law. The Quest for Universality*, Lahaie, Martinus Nijhoff, 1997, 110 à la page 120; Hansje Plagman, « The Status of the Right to life and the Prohibition of Torture under International Law : Its Implications for the United States » (2003) 3 JIJIS 172 aux pp. 177-79.

³⁶ Dinah Shelton, « International Law and 'Relative Normativity' » dans Malcolm D. Evans dir., *International Law*, New York, Oxford University Press, 2003, 153 à la p. 158.

³⁷ Commission du Droit International, *Commentaries to the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Act*, Article 40, aux pp. 283 (3) et 284 (5). Ces Commentaires mentionnent l'agression, l'esclavage, la traite d'esclave, le génocide, la discrimination raciale, l'apartheid, le droit à l'auto-détermination des peuples et la torture comme des exemples de crimes internationaux ayant atteint le statut de normes *jus cogens*; Voir aussi le rapport du Haut-Commissariat des Nations-Unis pour les Réfugiés, 40 U.N. GAOR, Supp. No. 12, U.N. Doc. A/34/12/Add.1 (1979) au para. 6. Thomas M. Franck, « The Emerging Right to Democratic Governance » (1992) 86 A.J.I.L. 46; David Hope, « Torture » (octobre 2004) 53 I.C.L.Q. 807 à la p. 808 [Hope].

³⁸ Comité des droits de l'Homme, *Observation Générales 29, l'État d'Urgence (Article 4)*, U.N. Doc. /CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001), au para. 11.

³⁹ Commission interaméricaine des droits de l'Homme, *Report on Terrorism and Human Rights*, 22 octobre 2002, OEA/SER.L/V/II.116, Doc.5 rev. 1 corr., aux para. 13-15, 18-20, 22, 28, 94-95, 117 et 208; Commission des droits de l'Homme, *Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment : Report by Special Rapporteur*, M. P. Kooijmans, E/CN.4/1992/17.

⁴⁰ Jean Allain, « Insisting on the *Jus Cogens* Nature of *Non-Refoulement* » dans Joanne van Selm et al., dir., *The Refugee Convention at Fifty. A View from Forced Migration Studies*, Lexington, Oxford University Press, 2003, 81 aux pp. 82-87 [Allain]; René Bruin et Kees Wouters, « Terrorism and the Non-derogability of *Non-refoulement* » (2003) 15 n° 1 Int'l J. Refugee L. 5; Obiora Chinedu Okafor et Pius Lekwuwa Okoronkwo, « Reconfiguring *Non-refoulement*? The Suresh Decision, 'Security Relativism', and the International Human Rights Imperative », (2003) 15 n° 1 Int'l J. Refugee L. 30 [Okafor];

extension et *a fortiori*, nous soutenons l'idée selon laquelle toutes formes de renvoi vers la torture aient aussi atteint ce statut. En effet, la torture peut être considérée comme la forme la plus grave de persécution. Dans cette optique, le renvoi vers la torture est envisagé comme une forme de participation indirecte à la commission de la torture. En effet, la norme *jus cogens* interdisant la torture serait vidée de tout contenu si un État se gardait le droit de renvoyer un individu vers la torture.

En somme, afin de déterminer si les normes interdisant la torture et le renvoi vers la torture ont atteint la valeur métanormative d'une norme *jus cogens*, celles-ci doivent passer un double examen. Tout d'abord, elles doivent être acceptées comme telles par la communauté internationale des États, vue comme une entité monolithique.⁴¹ Ensuite, aucune dérogation à ces normes ne doit être permise, sans exception.⁴² Nous envisageons cet examen dans la foulée du débat actuel sur la coutume internationale traditionnelle et moderne. Le débat met en exergue la coexistence d'une coutume traditionnelle, davantage inductive et mettant l'accent sur la pratique étatique, versus une coutume moderne, davantage déductive et mettant l'accent sur l'*opinio juris*, soit la conviction que nos actions découlent d'une prescription du droit. Pour constater cette dernière, il faut non seulement considérer ce que font les États et ce qu'ils ne font pas, mais surtout leurs *speech acts*, à savoir ce qu'ils disent qu'ils font ou ce qu'ils croient qu'ils devraient faire.⁴³ À l'instar de Roberts, nous affirmons qu'il est davantage fécond d'envisager la coutume internationale, comme oscillant entre coutumes *facilitatives* (traditionnelles) et coutumes morales (modernes). Les premières, qui font la promotion de la coopération et de la coexistence, sont plus descriptives de la réalité. Les secondes, qui s'occupent des considérations morales substantives, sont davantage normatives et représentent des idéaux.⁴⁴ À l'extrémité morale du spectre se retrouvent les normes péremptoires qui, au regard de la torture, décrivent davantage un impératif moral catégorique que la pratique étatique actuelle. En vertu de ce point de vue et suite à l'exposition des conventions, en tant qu'expression de la volonté étatique, de la jurisprudence et de la pensée de plusieurs auteurs, nous affirmons que les normes interdisant la torture et le renvoi vers la torture réussissent le double examen décrit ci-haut.⁴⁵

⁴¹ Allain, *supra* note 40 à la p. 84.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Cherif Bassiouni et Edward M. Wise, *Aut Dedere Aut Judicare : The Duty to Prosecute or Extradite in International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995 à la p. 46.

⁴⁴ L'oscillation peut aussi être envisagée à la manière de Koskeniemi qui parle d'un mouvement entre l'apologie de la coutume descriptive traditionnelle et l'utopie de la coutume normative moderne. Le mouvement oscillatoire consiste alors en la perception des tensions entre le droit international et le politique. Martti Koskeniemi, *From Apology to Utopia : The Structure of International Legal Argument*, Philadelphie, Coronet Books, 1989 à la p. 42.

⁴⁵ Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners Under International Law*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 1999 à la p. 74 [Rodley]. Le premier rapport du Rapporteur Spécial argue aussi que la prohibition de la torture ait atteint un tel statut. Lire Rapporteur Spécial sur la Torture, U.N. doc. E/CN.4/1986/15, para.3.

1.1.2- La torture : de la théorie à la réalité

Suivant ce raisonnement, il nous est possible d'appréhender la pratique des États dans une autre optique. En effet, si la condamnation principielle de la torture par la communauté internationale est une chose, l'éradication de sa pratique en est une autre.⁴⁶ Une étude montre que la torture « gouvernementale » est pratiquée dans plus de 130 pays.⁴⁷ Le Rapporteur Spécial de l'ONU sur la Torture reçoit annuellement des rapports concernant des actes de torture en provenance de plus de 60 pays. Davantage, le rapport annuel d'Amnistie Internationale de 1999 montre que la torture a été pratiquée dans plus de 125 pays en 1998, dont 31 pays en Europe et 21 pays dans les Amériques.⁴⁸ Le rapport souligne entre autres le fait que, dans la plupart des cas, la torture est réalisée par des agents de l'État. Dans une récente allocution, Alex Neve de la section canadienne d'Amnistie Internationale, amplifiait ces chiffres et parlait de 150 pays qui pratiqueraient la torture, dont la moitié de manière systématique.⁴⁹ La pratique de la torture se faisant souvent dans l'« ombre de l'obscurité », nous sommes portés à croire que le rapport ne démontre que la pointe de l'iceberg.⁵⁰ Est-ce que la différence entre d'une part, la lettre des conventions internationales et régionales, les interprétations jurisprudentielles internationales et régionales, ainsi que les différentes déclarations nationales et, d'autre part, la pratique de la torture par les États, attaque la prétention que l'interdiction de la torture et de renvoi vers la torture ont accédé au rang des normes péremptoires?

Lire Anthea Elizabeth Roberts, « Traditional and Modern Approaches to Customary International Law : A Reconciliation » (2001) 95 A.J.I.L. 757 aux pp. 761-65.

⁴⁶ Hope, *supra* note 37 à la p. 808.

⁴⁷ International Rehabilitation Council for Torture Victims, « A World Without Torture », Copenhague, Denmark, en ligne: <<http://www.irct.org/usr/irct/home.nsf>>.

⁴⁸ Amnistie Internationale, *Rapport Annuel 1998*, en ligne: <www.amnesty.org>.

⁴⁹ Alex Neve, *Absolute Protection: No Matter Who, No Matter Why, Torture is Never Justified*, allocution présentée à l'occasion du *United Nations International Day in Support of Victims of Torture*, 26 juin 2003, en ligne:

<<http://64.233.167.104/search?q=cache:EatJ50azdLoJ:www.ccvvt.org/alex.html+alex+neve+torture&hl=fr>>.

Ces propos de Neve renforcent nos dires selon lesquels tout refoulement ou toute expulsion vers un pays connu pour pratiquer la torture risquent d'être un renvoi vers un pays pratiquant la torture de manière systématique.

⁵⁰ En effet, comme le souligne Goldstein, il est un axiome d'affirmer que dans le cas de la torture, le plus répressif est le régime, le plus difficile sera l'accès à l'information quant aux violations de droits humains. Inversement, le plus libéral le régime, plus les violations ressortiront car l'accès aux données est généralement plus facile et ce, même si les violations sont généralement moins nombreuses. Il est donc nécessaire de ne pas prendre les statistiques comme des chiffres absolus mais comme des indicateurs. R.J. Goldstein, « The Limitations of Using Quantitative Data in Studying Human Rights Abuses » dans T.B. Jabine et R.P. Claude, dir., *Human Rights and Statistics : Getting the Record Straight*, Philadelphie, University of Pennsylvania, 1992, 35 aux pp. 44-45. Lire aussi Ryan Goodman et Derek Jinks, « Measuring the Effects of Human Rights Treaties » (2003) 14 (1) E.J.I.L. 171 à la p. 174 et s.

À ce sujet, en 1986, la Cour Internationale de Justice nous lançait sur une piste de réflexion.⁵¹ Selon elle, la norme péremptoire n'a pas à être nécessairement et rigoureusement respectée par la pratique des États en toute occasion.⁵² S'il est vrai que, depuis le 11 septembre 2001, certains auteurs essaient ouvertement de justifier la torture en développant notamment la théorie du « ticking bomb terrorist »,⁵³ aucun État ne clame haut et fort son droit de torturer. En fait, aucun État n'avoue ouvertement pratiquer la torture. Bien au contraire, tous les États qui la pratique le nient ardemment.⁵⁴ À cet égard, la pratique de la torture ne peut être justifiée pour abaisser le caractère péremptoire de sa prohibition.⁵⁵ Par analogie, les cas contemporains de génocide ne détruisent pas l'interdiction absolue de le commettre. Tel que discuté précédemment, le fait de mettre trop d'accent sur la pratique des États, comme pour la formation de la coutume dite traditionnelle et pas assez sur l'expression de l'*opinio juris*, comme pour la formation d'une coutume plus normative, reviendrait à nier la grande majorité des normes *jus cogens*, teintées d'idéaux moraux. La réalité montre que la pratique réelle des États, au-delà des déclarations et des conventions, participe rarement à la création de coutumes limitant leur souveraineté.⁵⁶ Nous inscrivons donc notre réflexion dans une vision qui tend à voir l'effet d'une norme péremptoire, non pas seulement sur l'annulation d'actes interétatiques facilitant la contravention de la norme, mais aussi sur la pénalisation des actes intraétatiques qui facilitent la perpétration de l'acte interdit.⁵⁷ Plus loin encore, nous affirmons que l'effet principal d'une telle norme décrivant un crime international est d'obliger les États à ne pas laisser les crimes impunis en rendant les personnes individuellement responsables. L'interdiction de la torture étant dirigée vers et pour les individus, les effets utiles doivent se faire sentir au bénéfice des individus.

Mais alors, comment éradiquer ce clivage entre conventions, jurisprudences et déclarations étatiques et la pratique contemporaine de la torture, endémique dans plusieurs États? Comment rendre plus effectifs les idéaux d'une coutume davantage

⁵¹ *Cas concernant les activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, Rapports de la Cour Internationale de Justice, 1986 au para. 218, en ligne: <<http://www.icj-cij.org/cijwww/cpublications.htm>> [*Nicaragua*]. La Cour a notamment déclaré que l'article 3 commun aux 4 *Conventions de Genève*, qui prohibe la torture, constituait un principe fondamental de droit international humanitaire.

⁵² *Ibid.* à la p. 98.

⁵³ Dershowitz, *supra* note 3.

⁵⁴ Comme le dit Nagan, la torture ne peut être sanctionnée par la loi puisqu'elle s'attaque au fondement même de la loi et de l'État de droit. Winston P. Nagan et Lucie Atkins, « The International Law of Torture : From Universal Proscription to Effective Application and Enforcement » (2001) 14 Harv. Hum. Rts. J. 87 à la p. 90.

⁵⁵ Rodley, *supra* note 45 à la p. 66.

⁵⁶ Patrick Kelly, *The Twilight of Customary International Law*, 40 Va. J. Int'l L. 449 à la p. 522.

⁵⁷ Erika de Wet, « The Prohibition of Torture as an International Norm of Jus Cogens and its Implications for National and Customary Law » (2004) 15 (1) E.J.I.L. 97 à la p. 99 [Wet].

moderne, avec en tête la norme *jus cogens* interdisant la torture et tenter de promouvoir une pratique des États plus en ligne avec ces mêmes idéaux? Plusieurs mécanismes de surveillance et de prévention ont été mis au point, tant au niveau régional qu'international. Tout d'abord, le Comité sur les droits de l'Homme a trois fonctions principales : l'analyse des rapports étatiques, la transmission des Observations générales et l'examen des plaintes interétatiques.⁵⁸ De ces fonctions, seule celle de la remise des rapports périodiques est obligatoire. Ce mécanisme est jugé insuffisant à plusieurs niveaux. Notamment, les critiques déplorent le fait que les contenus des rapports ne dépendent le plus souvent que du bon vouloir des États et des moyens dont disposent ceux-ci pour les rédiger. Également, certains auteurs critiques aussi le retard dans la remise des rapports et le fait que le processus ne donne que très peu d'indices sur la situation réelle en matière de torture.⁵⁹ En outre, les États sont peu enclins à faire participer les organismes issus de la société civile, ainsi que les individus à risque dans la rédaction de rapports les mettant eux-mêmes en cause. Pour sa part, le Comité contre la torture reçoit et examine les rapports étatiques périodiques. Il peut aussi, si les États en acceptent la compétence, recevoir les plaintes interétatiques, des plaintes individuelles, entamer des enquêtes et produire des rapports sur la situation d'un pays en particulier.⁶⁰ Les mécanismes de plaintes individuelles prévus par le *Protocole Additionnel au PIDCP* et à l'article 22 de la *Convention contre la torture* permettent à terme le dépôt de recommandations et d'exiger que des compensations soient versées aux victimes de torture. L'effet utile de ces derniers mécanismes est amoindri par leur caractère optionnel. Le problème réside dans le fait que très peu d'États ont adhéré à ces mécanismes, soit seulement 39 pour le Comité contre la torture et 89 pour le Comité des droits de l'Homme. De plus, le Protocole Optionnel à la Convention contre la torture, censé mettre en œuvre un système de visite *in situ* dans le but de prévenir la torture, n'est toujours pas en vigueur.⁶¹ Enfin, nous mentionnons le travail du Rapporteur Spécial sur la Torture qui, sur invitation, effectue des visites *in situ* pour enquêter sur des violations manifestes. Également, il rédige des recommandations générales dans le but de faire évoluer la situation mondiale en général. Le Rapporteur Spécial est aussi le seul mécanisme répondant à des situations d'urgence et ce, sur des critères strictement humanitaires.

⁵⁸ *PIDCP*, *supra* note 19 aux art. 40, 40 (4) et 41.

⁵⁹ Jastine Barrett, « The Prohibition of Torture under International Law : Part 1: The Institutional Organisation » (printemps 2001) 5 (1) *Int'l J. H.R.* 1 aux pp. 8-9 [Barrett].

⁶⁰ *Convention contre la torture*, *supra* note 5 aux art. 19-22. Ce Comité aurait eu avantage à développer plus rapidement la pratique établie par les autres comités onusiens, soit celle de publier des « Observations générales ». En effet, le CAT n'a jusqu'à maintenant adopté qu'une seule observation alors que le Comité des droits de l'Homme en a adopté 28.

⁶¹ *Protocole Additionnel à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, A.G. res. A/RES/57/199, adopté le 18 décembre 2002. À défaut d'être un organe disposant de moyens coercitifs, le Comité peut demander aux États parties des explications sur les allégations de torture et peut faire des visites *in situ*.

Du côté de l'Europe, le travail de la Cour européenne des droits de l'Homme est essentiel, mais celle-ci ne s'attaque qu'aux États et ne rend pas responsable des individus. En effet, la Cour peut imposer aux États de modifier les lois et règlements défectueux ou de corriger les pratiques reprochées.⁶² Les jugements de la Cour n'ayant pas force de loi, c'est ensuite le Comité des ministres qui veillera à la bonne application de ceux-ci. Le Comité des ministres peut demander des informations sur les progrès réalisés dans l'application du jugement et peut décider, à la limite, de suspendre ou d'expulser le membre fautif du Conseil d'Europe. Malgré le fait que le système européen de protection est le plus développé en droit international, nous critiquons la nature trop politique du mécanisme d'application des jugements. Plus encore, la simple existence d'un tel système de protection est subordonnée au fait qu'il s'est développé dans des États occidentaux ayant pour la plupart une tradition démocratique. Ainsi, les violations les plus massives de l'interdiction de la torture demeurent impunies. Un autre procédé constitue celui utilisé par le Comité européen pour la prévention de la torture. Celui-ci peut effectuer des visites *in situ* régulières et imprévisibles à l'intérieur du territoire des États membres du Conseil d'Europe et ce, dans tous les endroits où des personnes sont détenues par les autorités publiques.⁶³ Nous saluons le caractère préventif du mécanisme des visites qui est certes innovateur et louable. Par contre, le seul moyen dont dispose le Comité pour faire appliquer ses conclusions consiste en la remise de recommandations générales aux pays en cause.

Des remarques similaires peuvent être faites à l'endroit du système interaméricain. Le système de plainte individuelle devant la Commission interaméricaine est quasi illimité et le caractère flexible et informel des procédures, suivant les critères d'admissibilité des articles 44 à 47 de la Convention interaméricaine, ainsi que selon les articles 23 et 27-34 des règles de procédures de la Commission⁶⁴, améliore la mise en œuvre effective du régime de protection et de prévention. Ses pouvoirs en matière d'enquête sur la situation des droits humains dans un pays particulier tout comme ses pouvoirs en matière d'imposition de mesures préventives, suivant l'article 25 des règles de procédure de la Commission, sont tous des avantages liés à ce système.⁶⁵ Le mécanisme de visite *in situ* par un Rapporteur constitue également un aspect positif lié au

⁶² *Simon Herold c. Autriche* (App. 4340/69), 2 février 1971, *Yearbook*, vol. 14, 1971 à la p. 352.

⁶³ *CEPT*, *supra* note 3. Le Comité de Prévention mis en place par cette convention opère dans 41 des 43 pays membres du Conseil d'Europe. Ce Comité joue un rôle non-judiciaire et préventif en ce qu'il fait des visites dans le but de prévenir les actes de torture. Pour une analyse détaillée de la différence entre l'approche européenne et onusienne, lire Malcom D. Evans, « Getting to Grips with Torture » (Avril 2002) 51 *I.C.L.Q.* 365 [Evans]. Sur le système européen, lire Barrett, *supra* note 46 aux pp. 15-27.

⁶⁴ *Rules of Procedures of the Inter-American Commission on Human Rights*, à jour en janvier 2003, reportée dans, Documents de Base Appartenant au Système Interaméricain des Droits de l'Homme, OEA/SER.L/V/II.9 (2003), à l'art. 25 [*Rules of Procedure*].

⁶⁵ Dinah L. Shelton, « The Inter-American Human Rights System » dans Hurst Hannum, dir., *Guide to International Human Rights Practice*, 4^e éd., New York, Transnational Publishers, 2004, 127 à la p. 140 [Shelton].

système interaméricain.⁶⁶ De plus, suite à l'acceptation d'une plainte et à la conclusion qu'une violation a effectivement eu lieu, la Commission peut soit prendre une résolution qui sera publiée dans le rapport annuel de OEA, soit référer le différend à la Cour interaméricaine, si les États en ont accepté la compétence.⁶⁷ Par contre, outre la lenteur des procédures et le manque de ressources,⁶⁸ ce système ne permet pas encore la responsabilité pénale individuelle des tortionnaires. Si la mise en œuvre des compétences juridictionnelles extraterritoriales relève des États, ceux-ci semblent lents à mettre en œuvre les obligations relatives à l'interdiction de la torture, à la fois dans un cadre isolé et dans un cadre de pratique plus systématique.

Bien que de tels mécanismes régionaux et internationaux soient nécessaires pour prévenir la torture et superviser l'application des Conventions, la répression des actes de torture et le début d'une justice tous azimuts pour les victimes résident ailleurs.⁶⁹ En effet, à terme, seul les États seront tenus responsables des exactions commises par leurs officiels. De plus, ces mécanismes sont inefficaces pour punir les responsables des actes de torture systématiques, lorsqu'appréhendés dans le cadre des crimes contre l'humanité. Plus encore, aucun mécanisme de prévention ou de protection efficace n'existe dans les régions du monde ou dans les pays où ont lieu les actes de torture chroniques et systématiques. Selon nous, aux mécanismes préventifs, il manque un mécanisme répressif et dissuasif. Nous pensons que le complément logique aux mécanismes étudiés précédemment se trouve dans l'exercice effectif de la compétence universelle ou, à tout le moins, d'une compétence extraterritoriale à l'encontre des individus responsables. En somme, nous soutenons le fait que les normes *jus cogens* interdisant la torture et le renvoi vers la torture n'ont pas seulement des effets au niveau interétatique, par exemple par l'annulation de traités internationaux étant en contravention à celle-ci. Nous arguons que ces normes *jus cogens* ont des effets à l'intérieur des États. L'incongruité de la position contraire réside entre autres dans le fait que le plus grand péril encouru par ces normes ne se situe pas tant dans les traités bilatéraux ou multilatéraux facilitant leur non-respect, mais bien davantage dans des actions commises par des officiels, à l'intérieur même des frontières étatiques et à l'encontre d'individus ou de groupes réels de population.⁷⁰ Notamment, ces normes permettent ou, comme nous l'argumenterons, obligent les États à enquêter et à poursuivre ou à extraditer les responsables des cas de torture envisagés en tant que crimes contre l'humanité. Les obligations et les outils internationaux, régionaux et nationaux sont déjà existants. Il est maintenant temps de les mettre en œuvre

⁶⁶ *Rules of Procedure*, *supra* note 64 à l'art. 40.

⁶⁷ *Ibid.* aux art. 42-45.

⁶⁸ Shelton, *supra* note 65 aux pp. 140-41.

⁶⁹ Pour une discussion sur l'utilité de ces mécanismes dans l'évolution effective des protections contenues dans les instruments protégeant les droits humains, lire Brian Gorlick, « Human Rights and Refugees : Enhancing Protection through International Human Rights law » (2000) *Nordic J. Int'l L.* 117.

⁷⁰ Wet, *supra* note 57 à la p. 99.

pleinement et efficacement, par le truchement du forum judiciaire, à l'abri des aléas du politique. Cette mise en oeuvre permettra de pallier aux défaillances inhérentes liées aux mécanismes de prévention et aux systèmes de surveillance quasi judiciaires.

1.2- Obligations *erga omnes* et crimes internationaux

Dans cette partie de notre étude nous nous concentrerons sur la question de la torture étendue et systématique, tel qu'entendu au sens de crime contre l'humanité. Les fondements de la définition du crime contre l'humanité n'avaient été inclus qu'implicitement dans la Charte de Nuremberg, soit à l'intérieur de la catégorie « autres actes inhumains ». ⁷¹ Plus tard, il a été expressément inséré dans les Statuts du TPIY, du TPIR et ce la CPI. Comme en font foi les Statuts et la jurisprudence des deux tribunaux *ad hoc* et le Statut de Rome, les éléments constitutifs du crime contre l'humanité ne sont pas homogènes. Par contre, il demeure possible d'en tirer des inférences générales. Ainsi, pour que des actes de torture soient considérés comme des crimes contre l'humanité : 1- l'acte doit infliger des souffrances graves ou porter grandement atteinte à l'intégrité physique ou mentale d'une personne, ⁷² 2- l'acte doit s'inscrire dans un cadre généralisé ou systématique, ⁷³ 3- l'acte doit viser des populations civiles, ⁷⁴ 4- l'acte doit être commis pour un ou des motifs discriminatoires. ⁷⁵ Nous mentionnons aussi le fait que le Statut de Rome ajoute un élément à la définition du crime contre l'humanité, soit le fait que les attaques doivent découler de l'application ou de la poursuite d'une politique étatique ou

⁷¹ Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis Powers and Charter of the International Military Tribunal, Août 1945, 59 Stat. 1544, 82 U.N.T.S. 279.

⁷² *Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda*, C.S. Res. 955, U.N. SCOR, 49^e Sess. U.N. doc. S/RES/955 (1994) à l'art. 3a) [TPIR]. Le Statut du TPIR ne mentionne pas directement cet élément. Lire l'affaire *Akayesu*: «[...] must be inhumane in nature and character, causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health. *Le Procureur c. Akayesu*, Tribunal pénal international pour le Rwanda, 2 septembre 1998, N. ICTR-96-4-T au para. 578 [Akayesu]; *Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie*, S.C. Res. 808, U.N. SCOR, 48^e Sess., Annexe, 20, U.N. Doc. S/27274 (1993) à l'art. 5a) [TPIY]. Lire l'affaire *Kunarac, Kovac Vokovic* qui souligne que la torture constitue: « the infliction, by act or omission, of severe pain, whether mental or physical. *Prosecutor c. Kunarac, Kovac et Vokovic*, Case No. IT-96-23 and IT-96-23/1 (Chambre d'appel), 12 juin 2002, au para. 412 [Kunarac]; Statut de Rome sur la Cour pénale internationale, A/Conf.183/9*, 1998 à l'art. 7)1)f)1) [Statut de Rome].

⁷³ TPIR, *ibid.* à l'art 3a); *Akayesu, ibid.*; Statut de Rome, *ibid.* à l'art. 7)1)f)5). Le Statut du TPIR souligne la nécessité que l'attaque ait lieu à l'intérieur d'un conflit armé. L'arrêt *Tadic* a précisé cet élément en rappelant que le droit coutumier international n'exigeait plus que la torture, vue en tant que crime contre l'humanité, ait lieu dans les cadres d'un conflit armé. *Prosecutor c. Tadic*, Case No. IT-94_1 (Chambre d'appel), 15 juillet 1999, au para. 251.

⁷⁴ TPIR, *ibid.* à l'art. 3a); *Prosecutor c. Semanza*, Case No. ICTR-97-20 (Trial Chamber), 15 Mai 2003; TPIY, *ibid.* à l'art 5a); *Kunarac, ibid.*; Statut de Rome, *ibid.* à l'art. 7)1)f)4).

⁷⁵ TPIR, *ibid.* à l'art. 3a). Le Statut du TPIR ne fait pas directement mention du terme discrimination mais parle plutôt d'une attaque faite sous des motifs de nationalité, d'allégeance politique, d'ethnicité, de race ou de groupe religieux; *Prosecutor c. Bagilishema*, Case No. ICTR-95-23 (Chambre du Procès), 7 juin 2001, au para. 81; le Statut du TPIY et les arrêts du TPIY, ainsi que le Statut de Rome, ne mentionnent pas expressément les bases de la discrimination.

d'une organisation ayant pour but une telle attaque.⁷⁶ Plus récemment, il est intéressant de mentionner que le Statut du Tribunal Spécial sur l'Irak reprend l'essentiel de cette définition.⁷⁷

Suivant ceci, il devient possible d'affirmer que l'inclusion postérieure de la torture dans la catégorie des « crimes contre l'humanité » suit la logique développementale du droit criminel international, défait de son lien intrinsèque avec le droit de la guerre.⁷⁸ Mais une interrogation surgit. L'insertion de la torture dans la catégorie des crimes contre l'humanité amène-t-elle réellement des obligations pour les États? À cet effet, la décision de la Cour Internationale de Justice dans *Barcelona Traction* est considérée par plusieurs comme étant une affirmation de l'existence des obligations *erga omnes*, la reconnaissance d'une hiérarchie à l'intérieur des droits humains et une stipulation à l'effet que les crimes contre l'humanité emportent des obligations *erga omnes*.⁷⁹ Suivant certaines interprétations de cette décision, seuls certains droits humains particulièrement essentiels généreraient ce type d'obligations.⁸⁰ Selon la décision, deux éléments essentiels produisent des obligations *erga omnes*, à savoir certains droits de protection ayant pénétré le droit international général et l'inclusion de ces droits à l'intérieur d'un instrument conventionnel à caractère universel ou quasi universel, par exemple l'interdiction de la torture.⁸¹ Un point davantage litigieux concerne la question de savoir si ces obligations produisent réellement un effet particulier. Il peut être dit des obligations *erga omnes* qu'elles sont détenues par la communauté internationale prise comme un monolithe, plutôt que par un État particulier.⁸² Un manquement grave à ces obligations entraînerait des conséquences importantes et nécessaires, mais lesquelles?

Au niveau théorique, l'état du droit international sur la question de la relation entre obligations *erga omnes*, normes *jus cogens* et crimes internationaux est loin d'être claire. Selon l'approche privilégiée par la Commission du Droit International, les obligations *erga omnes* et les normes *jus cogens* sont expliquées comme étant les deux côtés de la même médaille. En effet, selon le Commentaire des *Articles on State Responsibility*:

⁷⁶ Statut de Rome, *supra* note 72 à l'art. 7.2a).

⁷⁷ *The Statute of the Iraqi Special Tribunal*, Coalition Provisional Authority, 3^e partie à l'art. 12a), en ligne: <http://www.cpa-iraq.org/human_rights/Statute.htm>.

⁷⁸ *Pinochet 3*, *supra* note 30 au para. 108.

⁷⁹ Cour Internationale de Justice, *Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd. (New Application)* (Belgique c. Espagne) Rep. 4, 5 février 1970 [*Barcelona Traction*]. Ce jugement ajouta au concept de *jus cogens* celui d'obligations *erga omnes*. Voir aussi *Draft Articles on State Responsibility*, U.N. doc. A/C.N.4/SER.A/1976/Add.1 (pt.2) [*Draft Articles*] et James Crawford, « Revising the Draft Articles on State Responsibility » (1999) E.J.I.L. 10 (2) 435 aux pp. 447 et ss. [Crawford].

⁸⁰ Meron, *supra* note 9 à la p. 155.

⁸¹ *Barcelona Traction*, *supra* note 55 au para. 34.

⁸² Crawford, *supra* note 79 à la p. 442.

« The example which the International Court has given of obligations towards the international community as a whole all concern obligations which, it is generally accepted, arise under peremptory norms of general international law. Likewise the examples of peremptory norms given by the Commission in its commentary to what became article 53 of the Vienna Convention involve obligations to the international community as a whole ». ⁸³

Selon cette position, la distinction entre les 2 catégories juridiques serait une « *difference of emphasis* ». ⁸⁴ Autrement dit, le contenu des obligations envers la communauté prise comme un tout (*erga omnes*) serait largement coextensif au contenu des normes péremptoires du droit international. ⁸⁵ Selon les mots exacts du Commentaire:

« while peremptory norms of general international law focus on the scope and priority to be given to a certain number of fundamental obligations, the focus of obligations to the international community as a whole is essentially on the legal interest of all States in compliance, i.e.... in being entitled to invoke the responsibility of any State in breach ». ⁸⁶

Cette approche est loin de faire l'unanimité parmi les juristes. Si plusieurs acceptent l'idée selon laquelle toutes les normes *jus cogens* amènent des obligations *erga omnes*, beaucoup moins défendent la proposition inverse, soit celle à l'effet que toutes les obligations *erga omnes* découlent nécessairement de normes *jus cogens*. ⁸⁷ Une analyse plus poussée de ce débat dépasse largement la portée de notre étude, débat qui pour le moment demeure en grande partie académique. Pour notre part, nous suggérons qu'un point de convergence des deux positions se situe dans le fait que les obligations *erga omnes* et les normes *jus cogens* constituent des limites au volontarisme juridique et politique des États. ⁸⁸

Traditionnellement, à un niveau relevant davantage de la praxis, les concepts de norme *jus cogens* et d'*obligation erga omnes* étaient séparés de celui d'une compétence

⁸³ *Introduction to the Commentary on Articles 40 and 41*, U.N. Doc. A/5/10, 281 au para. 7. [Commentary]

⁸⁴ Linos-Alexander Sicilianos, « The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of the International Responsibility » (2002) 13 (5) E.J.I.L. 1127 à la p. 1136 [Sicilianos].

⁸⁵ James Crawford, *Third Report*, UN Doc. A/C.N.4/507/Add.4, au para. 368-74.

⁸⁶ *Commentary*, *supra* note 72 au para. 7.

⁸⁷ C.F. Gaja, « Obligations *Erga Omnes*, International Crimes and *Jus Cogens* : A Tentative Analysis of Three Related Concepts » dans A. Cassese et M. Spinedi, dir., *International Crimes of States : A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, Berlin, De Gruyter, 1989, 151 à la p. 151 et s.; Maurizio Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford, Clarendon Press, 1997 à la p. 194 et s.; Ian Scobbie, « The Invocation Of Responsibility for the Breach of 'Obligations under Peremptory Norms of General International Law' » (2002) 13 (5) E.J.I.L. 1201 aux pp. 1208-12.

⁸⁸ Denis Alland, « Countermeasures of General Interest » (2002) 13 (5) E.J.I.L. 1221 à la p. 1237.

juridictionnelle extensive. Les premiers concernaient la responsabilité étatique. Le deuxième avait trait à la responsabilité individuelle. Par contre, suivant les évolutions récentes du droit pénal international et afin que la responsabilité pénale individuelle passe d'un concept purement théorique à une réalité pratique, certains auteurs révisent cette position. Ils soutiennent que la violation de normes de droits humains *jus cogens*, par exemple celle interdisant la torture ou celle prohibant le génocide, impliquent des obligations *erga omnes*, des obligations liant tous les États, qu'ils soient partis ou non aux traités protégeant le droit en particulier.⁸⁹ Cette position est soutenue par deux approches. La première est à l'effet que les conventions internationales contenant les crimes internationaux les plus graves emportent une obligation d'enquête et d'extradition ou de poursuite (*aut dedere aut judicare*) et ce, par le truchement d'une compétence extraterritoriale ou universelle.⁹⁰ Des obligations de ce type sont inscrites dans les quatre *Conventions de Genève de 1949* et dans la *Convention contre la torture*.⁹¹ La deuxième approche ne se base pas sur les normes de droit criminel international, mais sur l'idée qu'un aspect punitif constitue une garantie nécessaire au respect et à la protection effective des droits humains.⁹² Cette approche peut être renforcée par l'argument suivant : tel que le prescrit l'article 2 de la *Convention contre la torture*, les États ont l'obligation de prévenir les actes de torture, dans quelques pays que ce soit et donc, si un tortionnaire se trouve sur leur territoire, c'est qu'ils ont failli à cette obligation de prévention et ce manquement enclenche une autre obligation, celle de punir le ou les responsables du crime. Suivant cette idée, certains organes de révision des traités auraient interprété les obligations conventionnelles des parties comme comprenant nécessairement

⁸⁹ Pour une discussion à ce sujet, lire Christian J. Tams, « Do Serious Breaches Give Rise to Any Specific Obligations of the Responsible State » (2002) 13 (5) E.J.I.L. 1161 aux pp. 1174-175 [Tams].

⁹⁰ Christopher C. Joyner, « Arresting Impunity : the Case for Universal Jurisdiction in Bringing War Criminals to Accountability » (1996) 59 Law & Contemp. Probs 153 à la p. 159. Lire aussi Kenneth Randall, « Universal Jurisdiction Under International Law » (1987-1988) 66 Tex. L. Rev. 785 aux pp. 830-31 [Randall]. Ce dernier parle simplement du droit pour un État d'exercer sa juridiction. Nous ferons plus tard l'argument que, dans le cas de la torture, il s'agit plutôt d'une obligation et d'un devoir que d'un droit. Cette position est aussi celle de Lord Browne-Wilkinson dans *Pinochet 3*, supra note 34 au para 109.

⁹¹ *Conventions de Genève de 1949*, supra note 31 respectivement aux articles 51, 52, 131 et 148 des *Convention de Genève I-IV*; Dans l'affaire *Tadic*, le tribunal déclara que la coutume internationale imposait dorénavant une responsabilité criminelle pour les violations graves de l'article 3 commun. Par défaut, le tribunal évoqua l'existence d'une obligation pour les États de mettre en œuvre une compétence universelle pour ce type de violation. Lire *Prosecutor c. Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, case No. IT-94-I-AR72, 2 octobre 1995, au para. 134. *Convention contre la torture*, supra note 5 à l'art 7. Nous faisons nôtres les propos d'Enache-Brown et Fried qui soutiennent que, si un État devient partie à un grand nombre de traité contenant l'obligation *aut dedere aut judicare*, alors cet État a démontré par sa pratique qu'il considère que cette obligation est une norme coutumière. Lire Colleen Enache-Brown et Ari fried, « Universal Crime, Jurisdiction and Duty: The Obligation of *Aut Dedere Aut Judicare* in International Law » (1997-1998) 43 McGill L. J. 613 à la p. 629 [Enache]; Edward M. Wise, « Extradition : The Hypothesis of a Civitas Maxima and the Maxim *Aut Dedere Aut Judicare* » (1991) 62 R.I.D.P. 109.

⁹² Tams, supra note 89 à la p. 1175.

celle de punir les individus violateurs, comme ce serait le cas des actes de torture et ceux de génocide.⁹³

Nonobstant cette exigence conventionnelle, en ce qui a trait à la torture prise comme crime contre l'humanité, il est loin d'être certain que l'obligation *aut dedere aut judicare* envers les individus responsables ait atteint le stade de la coutume internationale.⁹⁴ D'un côté, le jugement dans l'affaire *Furundzija* et les Observations générales du Comité des droits de l'Homme penchent vers l'idée qu'une telle obligation existe, même en l'absence de traité.⁹⁵ Plus récemment, le préambule du *Statut de Rome* évoquait aussi le devoir qui est celui de tous les États d'exercer leur compétence sur les crimes internationaux.⁹⁶ D'un autre côté, l'acceptation des lois d'amnistie dans de nombreux États par la communauté internationale, par exemple en Afrique du Sud, en Algérie, en Uruguay ou encore au El Salvador, en amène plusieurs à dire que l'obligation *aut dedere aut judicare* et l'obligation de mettre en œuvre une compétence universelle en matière de torture et de crimes contre l'humanité sont bien loin d'avoir pénétré le droit international général. En 1999, Rodley soulignait que la coutume internationale n'avait pas encore intégré le principe de la compétence universelle obligatoire et celui de l'obligation *aut dedere aut judicare* en ce qui a trait aux actes de torture commis par des individus, soit de manière isolée ou de manière étendue et systématique. Ce dernier parlait plutôt de *permissive universal jurisdiction*.⁹⁷ Ainsi, avant l'entrée en vigueur de la *Convention contre la torture*, les États ne devaient pas se soumettre impérativement à cette obligation, mais avaient plutôt un simple devoir moral de le faire.⁹⁸ Par contre, d'un même élan, Rodley souligne que l'adoption et la large ratification de la *Convention contre la torture*, qui oblige la mise en œuvre d'une compétence universelle pour les poursuites des officiels de l'État ayant commis des actes de torture isolés, constitue un indicateur montrant que la coutume internationale se rapproche de plus en plus vers l'intégration de l'obligation de mettre en œuvre une compétence universelle pour les actes de torture systématiques.⁹⁹

De notre côté, en cohérence avec nos idées sur l'évolution des normes *jus cogens* et sur la vision d'une coutume internationale moderne, nous suggérons que les effets de l'interdiction de la torture et de renvoi vers la torture doivent se faire ressentir

⁹³ Entre autres, lire *Velasquez Rodriguez Case* (Mérite), IACHR, (1988) 9 H.R.L.J. 212; *Caballero Delgado y Dantana*, IACHR, (1996) 17 H.R.L.J. 24.

⁹⁴ Tams, *supra* note 89 à la p. 1176.

⁹⁵ *Furundzija*, *supra* note 7 au para. 155; Observation générale n° 20, *supra* note 20.

⁹⁶ Nous notons au passage que la *Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture*, pour le crime de torture isolé, oblige les États à poursuivre ou extraditer les tortionnaires. Voir *Convention interaméricaine contre la torture*, *supra* note 5 aux art. 11-14.

⁹⁷ Rodley, *supra* note 45 aux pp. 125-26.

⁹⁸ *Pinochet 3*, *supra* note 34, opinion de Lord Millet.

⁹⁹ À ce jour, 139 pays ont ratifié la *Convention contre la torture*.

effectivement au niveau des États qui adhèrent en principe à ces normes.¹⁰⁰ Dans cette optique, nous suivons l'argument de Bassiouni, de Goodwyn-Gill et de l'organisation Amnistie Internationale qui affirme que la norme *jus cogens* interdisant la torture prise comme crime contre l'humanité emporte une obligation *erga omnes* de poursuivre ou d'extrader découlant directement de la coutume internationale.¹⁰¹ La ratification par 138 États de la *Convention contre la torture* et la ratification du *Statut de Rome* par près de 100 pays militent en faveur de cette position.

Suivant cette position, il est possible d'affirmer que, selon la coutume internationale et la normes *jus cogens* prohibant la torture, les États avaient l'obligation d'enquêter et de poursuivre ou d'extrader en étendant leur juridiction pénale pour les violations étendues et systématiques de l'interdiction de la torture et ce, même avant 1984.¹⁰² La *Convention contre la torture*, en enjoignant les États à se doter d'une compétence universelle, n'a fait qu'étendre l'obligation *aut dedere aut judicare* pour les cas de crime de torture isolé ou individuel commis par un agent officiel d'un État.¹⁰³

Cette obligation est alternative. Tout d'abord, si certaines conditions sont satisfaites, l'État a l'obligation d'extrader. Dans le cas contraire, l'État a l'obligation alternative de poursuivre.¹⁰⁴ La volonté de poursuivre par l'État demandant l'extradition n'est pas suffisante, encore faut-il que celui-ci ait un système judiciaire basé sur l'État de droit et capable de conduire à un procès juste et équitable et basé sur la présomption d'innocence. De plus, dans le cas où le tortionnaire risquerait lui-même la torture dans le pays demandant l'extradition, la norme *jus cogens* interdisant le renvoi vers la torture prohiberait celle-ci.¹⁰⁵ Dans ce cas de figure, l'avis de plusieurs consiste à dire que les

¹⁰⁰ Wet, *supra* note 57 à la p. 100.

¹⁰¹ Cherif Bassiouni, « International Crimes : *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes* » (1996) 59 *Law & Contemp. Probs.* 63 [Bassiouni 96]. Bassiouni soutient qu'un crime international ayant atteint le statut de *jus cogens*, (tel l'interdiction de la torture et de refoulement vers la torture), entraîne des obligations *erga omnes* non-dérogeables comme conséquence de cette norme, incluant le **devoir** de poursuivre ou d'extrader, le devoir d'établir une compétence universelle sur les auteurs de tels crimes et l'impossibilité d'invoquer l'urgence nationale pour déroger aux obligations. Goodwin-Gill prend aussi le même point de vue. Lire Guy S. Goodwin-Gill, « Crime in International Law : Obligations *Erga Omnes* and the Duty to Prosecute » dans G. S. Goodwin-Gill et Stephan Talmon, dir., *The Reality of International Law. Essays in Honour of Ian Brownlie*, Oxford, Clarendon Press, 1999, 199 à la p. 220; Amnistie Internationale, *Universal Jurisdiction : The duty of States to enact and implement legislation. Chapter 9. Torture : The legal basis*, septembre 2001, en ligne : <<http://web.amnesty.org/library/index/ENGIOR530122001>>. Pour une discussion de l'obligation d'*aut dedere aut judicare* dans un contexte général et dans le contexte du génocide, lire Lee A. Steven, « Genocide and the Duty to Extradite or Prosecute: Why the United States is in Breach of its International Obligations » (1998-1999) 39 *Va. J. Int* 425 aux pp. 439-50.

¹⁰² *Pinochet 3*, *supra* note 34, opinion de Lord Millet.

¹⁰³ Evans, *supra* note 63 à la p. 376.

¹⁰⁴ Cherif Bassiouni, « The Penal Characteristics of Conventional International Criminal Law » (1983) 15 *Case W. Res. J. Int'l L.* 27 [Bassiouni, « Penal »]; Bassiouni, *Crimes*, *supra* note 7 aux pp. 219-20.

¹⁰⁵ À cet effet, il est constructif d'analyser une décision des deux chambres du Parlement suisse qui, en 1999, avait invalidé une initiative du peuple. Si elle avait été mise en application, elle aurait eu pour effet

assurances diplomatiques ne suffiraient pas à assurer les bases d'une extradition licite en droit international.¹⁰⁶

Suivant les assises que nous venons d'établir, nous analyserons maintenant les obligations du Canada en matière de torture, conçue en tant que crime contre l'humanité. Nonobstant notre positionnement à l'effet que l'obligation *aut dedere aut judicare* pour la torture systématique fait partie intégrante de la coutume internationale, le Canada doit désormais mettre en œuvre le Statut de Rome et respecter les obligations internationales qu'il a lui-même contractées. D'aucuns diront que les traités internationaux doivent avoir un effet utile (*purposive approach*).¹⁰⁷ Dans le cas contraire, les normes qui y gisent perdraient leurs raisons d'être. À ce titre, la mise en œuvre des obligations incluses dans le Statut de Rome et accessoirement, dans la Convention contre la torture, permettrait de construire un pont entre concepts idéaux et réalité, pour passer de simples *desiderata* à la réalité effective des obligations du droit pénal international.¹⁰⁸ Comme nous le verrons, beaucoup d'éléments nous portent à croire que les efforts du Canada en ce sens relèvent davantage de l'apparence que d'une réelle volonté.

2- LE CANADA, LA LUTTE CONTRE LA TORTURE ET LA RÉPRESSION DES TORTIONNAIRES

Depuis quelques années, le Canada s'est engagé dans cette voie qui consiste à ne pas laisser impunis les crimes de guerre, le génocide et les crimes contre l'humanité, avec en tête le crime de torture, en mettant en œuvre un ambitieux *Programme sur les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité* et la législation afférente (2.2). Afin de remplir ses obligations internationales (*aut dedere aut judicare*) en matière de torture, le Canada a entre autres dû étendre sa juridiction en matière de crimes internationaux (2.1). Il semble que les démarches canadiennes soient de la poudre aux yeux, le Canada ne s'étant engagé dans cette voie que pour sauver les apparences et faire figure de bon joueur au yeux de la communauté internationale. Dans cette optique, sa politique migratoire et les

d'attaquer la norme péremptoire contre le refoulement des réfugiés. Le Conseil fédéral avait alors considéré que la norme de non-refoulement était effectivement un norme *jus cogens* et que cette norme emportait l'obligation pour l'État de s'assurer qu'aucun individu ne serait refoulé vers la torture. Par conséquence, ce fut aussi la reconnaissance qu'une norme péremptoire pouvait limité la souveraineté de l'État suisse (cité dans Wet, *supra* note 45 à la p. 101). Nous poussons donc se raisonnement à sa limite et arguons que cette norme particulière oblige l'État à poursuivre où à extradier.

¹⁰⁶ Human Rights Watch, *"Empty Promises: Diplomatic Assurances No Safeguard Against Torture"*, avril 2004, vol. 16 (4) (D).

¹⁰⁷ Victor Nnamdi Opara, « Sovereign and Diplomatic Immunity as Customary International Law : Beyond R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, Ex Parte Pinochet Ugarte » (2003) Wis. J. Int'l L. 255 à la p. 292.

¹⁰⁸ Bassiouni 96, *supra* note 70 à la p. 67.

mécanismes inclus dans *Loi sur l'Immigration et la Protection des Réfugiés (LIPR)* deviennent les moyens privilégiés pour éviter toute poursuite des tortionnaires (3).

2.1- Le Canada : une compétence extraterritoriale en matière de crimes internationaux

En droit international, il existe cinq bases possibles pour ancrer la compétence judiciaire d'un pays. Premièrement, la compétence territoriale qui tire sa source d'un acte illicite commis sur le territoire réclamant la juridiction. Deuxièmement, la compétence personnelle active, lorsqu'elle se fonde sur un ressortissant de l'État la réclamant. Ensuite, la compétence personnelle passive qui survient lorsque la victime est un ressortissant de l'État. Quatrièmement, il y a la compétence de protection ou *protective jurisdiction* qui émerge lorsque des actions briment des intérêts essentiels à l'État ou mettent en danger sa sécurité nationale.¹⁰⁹ Finalement, l'acmé de la compétence étatique, la compétence universelle qui jaillit de l'idée que certains crimes ou actes sont tellement horribles qu'ils choquent la conscience de l'humanité toute entière et qu'ils commandent l'exercice d'une compétence par n'importe quelle nation, afin d'éviter des situations d'impunité.¹¹⁰ Cette dernière a trouvé son origine dans la nécessité de combattre le piratage, où le pirate était vu comme *hostis humani generis*. Elle a évolué vers la nécessité de lutter contre les violations les plus graves des droits humains.¹¹¹ La compétence personnelle active et passive, ainsi que la compétence universelle et de protection fondent le corpus de la compétence dite extraterritoriale. Celles-ci constituent une importante évolution de la compétence sur des matières criminelles en ce qu'autrefois, celle-ci était basée quasi exclusivement sur la territorialité.

¹⁰⁹ Bert Swart, « Analyse des Critères Traditionnels de Compétence » dans Mireille Delmas-Marty et Antonio Cassese, dir., *Juridictions Nationales et Crimes Internationaux*, Paris, PUF, 2002, 571 aux pp. 571-80 [Cassese et Delmas-Marty]; J.-Maurice Arbour, *Droit International Public*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997 à la p. 274.

¹¹⁰ Randall, *supra* note 90 à la p. 830; Diane F. Orentlicher, « Settling Accounts : The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime » (1990-91) 100 Yale L. J. 2537 aux pp. 2566-67, 788; Damien Vandermarch, « La compétence universelle », dans Cassese et Delmas-Marty, *supra* note 73, 589 aux pp. 589- 609. Lire généralement M. Henzelin, *Le principe de l'universalité en droit pénal : droit et obligation de l'État de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, Bâle, Helbing et Lichtenhahn, 2000; *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, New Jersey, Program in Law and Public Affairs, 2001 [*The Princeton Principles*]; Cherif Bassiouni, « Universal Jurisdiction for International Crimes : Historical Perspectives and Contemporary Practice » (2001-2002) 42 Va. J. Int'l L. 81 aux pp. 118-39; Darren Hawkins, « Universal Jurisdiction for Human Rights: From legal Principle to Limited Reality » (2003) 9 Glob. Gov. 347 aux pp 358 et s.; Pour une réflexion théorique sur les poursuites domestiques en matière de crimes internationaux, lire Brent Wible, « "De-Jeopardizing Justice" : Domestic Prosecutions for International Crimes and the Need for Transnational Convergence » (2002-2003) 31 Denv. J. Int'l L. & Pol'y 265.

¹¹¹ *Filartiga c. Peña-Irala*, (1980) 2nd Cir. 639 F. 2d 876 à la p. 890 [*Filartiga*]; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2003; Hari M. Osofsky, « Domesticating international criminal law : Bringing human rights violators to justice » (octobre 1997) 107 (1) Yale L. J. 191 à la p. 192.

La reconnaissance initiale des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité et des crimes de génocide à travers la *Charte du Tribunal Militaire International (Charte de Nuremberg)* et de la *Convention sur la Prévention et la Répression du Crime de Génocide (Convention sur le génocide)* ne contenait pas explicitement la notion élargie de compétence universelle. Au contraire, la *Charte e Nuremberg* prévoyait la poursuite par des tribunaux internationaux et la *Convention sur le Génocide* n'avait prévu compétence que pour l'État où le crime avait été commis ou par une Cour internationale.¹¹² La compétence universelle s'est d'abord développée par l'entremise de la *Convention Supplémentaire sur l'Abolition de l'Esclavage, de la Traite d'Esclave et des Pratiques et Institutions Similaires à l'Esclavage* et la *Convention sur la Suppression et la Répression du Crime d'Apartheid*.¹¹³ La lutte contre le terrorisme international a aussi contribué à donner une impulsion au développement de compétence criminelle extraterritoriale.¹¹⁴ La *Convention contre la Torture* constitue la manifestation conventionnelle la plus importante concernant le devoir d'élargissement d'une compétence nationale pour un crime international grave.¹¹⁵ La décision *Filartiga*, qui était néanmoins une cause civile, a été l'une des premières décisions où la compétence universelle sur le crime de torture fut discutée. Dans ce cas, il a été considéré qu'un tortionnaire pouvait être poursuivi à l'extérieur de son État d'attache, en l'occurrence les États-Unis, alors même que la victime était aussi ressortissante d'un autre État.¹¹⁶

Un principe épuré de la compétence universelle signifie qu'un État pourrait poursuivre un criminel, même dans le cas où la victime et l'agresseur ne sont pas nationaux de cet État ou ne se trouvent pas, au moment de la poursuite, sur le territoire de ce même État. À la limite, il s'agirait du pouvoir d'enclencher des poursuites *in absentia*. L'ancienne Loi belge prévoyait une telle possibilité, mais plusieurs tentatives de la mettre en application s'avérant infructueuses et politiquement et diplomatiquement impossibles à mettre en œuvre, celle-ci fut amendée.¹¹⁷

¹¹² *Convention sur la Prévention et la Répression du Crime de Génocide*, 78 U.N.T.S. 277, entrée en vigueur le 12 janvier 1951, l'art. 6.

¹¹³ *Convention Supplémentaire sur l'Abolition de l'Esclavage, de la Traite d'Esclave et des Pratiques et Institutions Similaires à l'Esclavage*, 226 U.N.T.S. 3, entrée en vigueur le 30 avril 1957, art. 3; *Convention sur la Suppression et la Répression du Crime d'Apartheid*, 1015 U.N.T.S 244, entrée en vigueur le 30 novembre 1973, aux art. IV et V.

¹¹⁴ *Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft (The Hague Convention of 1970)*, art. 4, en ligne: <http://www.iasl.mcgill.ca/airlaw/public/aviation_security/hague1970.pdf>; *Convention sur la Suppression des Actes Illicites contre la Sécurité des Avions Civils*, 974 U.N.T.S. 178, entrée en vigueur le 26 janvier 1973, art. 5; *Convention Contre les Prises d'Otages*, G.A. rés. 34/146, U.N. AGOR, 34^e sess., Supp. No. 99, U.N. Doc. A/34/819, adoptée le 12 décembre 1979, art. 5.

¹¹⁵ *Convention contre la torture*, supra note 5 à l'art. 5.

¹¹⁶ *Filartiga*, supra note 111.

¹¹⁷ Eva Brems, « Universal Criminal Jurisdiction For Grave Breaches of International Humanitarian Law : The Belgian Legislation » (2002) 6 S.J.I.C.L. 909.

Ces évocations conventionnelles de la compétence universelle ne valent que pour les États partis, à moins, comme nous le suggérons pour le cas de la torture, que certains crimes soient sujets à la juridiction universelle au moins permissive et au plus obligatoire, par le truchement du droit coutumier international. À la suite de la ratification de la *Convention contre la torture*, le Canada a légiféré de façon à développer une juridiction quasi universelle.¹¹⁸ En effet, les modifications apportées à son *Code criminel* et les dispositions récentes de sa *Loi sur les crimes contre l'humanité* permettent deux conclusions. Premièrement, le Canada s'est doté d'une compétence extraterritoriale élargie ou quasi universelle pour le crime de torture isolé, lorsque commis par des agents d'un autre État. En effet, si un agent de la paix, un fonctionnaire public, un membre des forces armées canadiennes ou une personne que la loi d'un État étranger investit d'un des trois pouvoirs mentionnés auparavant, le Canada aura compétence pour poursuivre, mais l'individu soupçonné devra se trouver sur le territoire canadien pour le début des poursuites.¹¹⁹ Deuxièmement, en ce qui concerne la torture dans un cadre généralisé et systématique, le Canada ne s'est pas doté d'une compétence universelle absolue, mais bien d'une compétence quasi universelle et ce, à travers un amendement à son *Code criminel* et plus récemment, par sa *Loi sur les crimes contre l'humanité*.¹²⁰ Dans les deux cas de figure, nous préférons parler de compétence quasi universelle, car suivant une compétence universelle parfaite, le Canada se serait donné la possibilité d'enclencher sa juridiction même advenant le cas où le tortionnaire se trouverait à l'extérieur du pays.

L'objectif principal dans la criminalisation de certains comportements, telle la torture, est la dissuasion générale par la répression. Par contre, cette dissuasion tous azimuts ne deviendra réalité que dans la mesure où il y a une réelle possibilité d'être poursuivi et puni.¹²¹ Dans cette ligne de pensée, voyons concrètement comment le Canada a entrepris de mettre en œuvre cette compétence quasi universelle et en quoi il a décidé de remplir son obligation de poursuivre ou d'extrader les tortionnaires. Nous nous demanderons aussi en quoi le *Programme* mis en place et les législations mises en œuvre par le Canada représentent ou non une réelle volonté de réprimer les personnes ayant commis des actes de torture.

¹¹⁸ M. N. Shaw, *International Law*, 5^e éd., Cambridge, Grotius Press, 2003 à la p. 597.

¹¹⁹ *Code criminel et lois connexes annotés* (Alain Dubois et Philip Schneider), L. R. C. 2004 à l'art. 7 (3.7), en suivant l'art. 269.1(1) et (2) [*Code criminel*].

¹²⁰ *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, L.R.C. 2000, ch. 24 [*Loi sur les crimes contre l'humanité*]; *Code criminel*, supra note 119 à l'art. 469 c.1). Cet article du *Code criminel* renvoi directement à la *loi sur les crimes contre l'humanité*.

¹²¹ Bassiouni, *Crimes*, supra note 5 à la p. 214.

2.2- Les lois et le Programme canadien de lutte contre la torture

En 1985, suivant des allégations selon lesquelles de nombreux criminels de guerre nazis se trouvaient sur le territoire canadien, la Commission Deschênes fut mise sur pied.¹²² Celle-ci révéla que 883 de ces présumés criminels se trouvaient en sol canadien et recommanda d'amender le *Code criminel*, afin de pouvoir lancer des poursuites contre les criminels de guerre.¹²³ Plus tard, une révision des conclusions de la Commission révéla que seulement 20 personnes pour lesquelles existaient des preuves *prima facie* se trouvaient effectivement sur le sol canadien.¹²⁴ Nonobstant, ces révélations ont forcé le Canada à développer une politique visant apparemment la poursuite des criminels de guerre et des personnes ayant commis des crimes contre l'humanité.¹²⁵ À la suite des recommandations de la Commission, le Canada modifia certaines dispositions de son *Code criminel* pour lui permettre d'assimiler les crimes de guerre et crimes contre l'humanité à des infractions commises au Canada. Selon Cotler, ces modifications seraient déclaratoires et n'auraient fait que codifier le droit international et la coutume internationale de l'époque.¹²⁶ Au dire même de la Commission Deschênes, ces changements découleraient naturellement de l'article 11g) de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui elle, s'inspire d'un des Principes généraux de droit international qui permet de mettre de côté le principe de non-rétroactivité des lois criminelles.¹²⁷ Des modifications avaient aussi été apportées à l'ancienne *loi sur l'immigration* et l'ancienne *loi sur la citoyenneté*, pour faciliter la révocation de citoyenneté, pour favoriser le refus d'accorder la citoyenneté et la résidence permanente et pour simplifier l'extradition et la déportation des personnes ainsi déclassées.¹²⁸ Nous verrons dans la troisième partie que c'est l'esprit de ces modifications qui se trouve en arrière-plan du *Programme* pour lutter contre les crimes contre l'humanité et plus précisément, le crime de torture (voir *infra* partie 3).

¹²² Ottawa, Division des affaires politiques et sociales, Rapport de la Commission d'Enquête sur les Criminels de Guerre (Le Rapport de la Commission Deschênes), 1986, en ligne : <<http://www.parl.gc.ca/information/library/PRBpubs/873-f.htm>> (texte révisé de 1998) [Commission Deschênes].

¹²³ *Ibid.*, à la p. 148.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ *Code criminel*, S.C.R. 1985, c. C- 46, article 7 (3.71-3.76) [*Code criminel* 1985].

¹²⁶ Irwin Cotler, « War Crimes law and the Finta Case » (1995) 6 (2d) S.C.L.R. 577 aux pp. 601 et 608 [Cotler].

¹²⁷ Commission Deschênes, *supra* note 122 aux pp. 147-48; *Charte canadienne des droits et libertés*, Acte Constitutionnel de 1982, partie 1, c. 11 à l'art. 11g). « Tout inculpé a droit de ne pas être déclaré coupable en raison d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle est survenue, ne constituait pas une infraction d'après le droit interne du Canada où le droit international et n'avait pas le caractère criminel d'après les Principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations ».

¹²⁸ *Loi sur l'immigration*, L.R.C. 1985 ch. I-2, aux art. 19 (1j) et 27 (1) g) et h) et *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. 1985 c-29, aux art. 22 (1) c) et d), tel que modifié par le projet de loi C-71.

Dans la même vague, le Canada amenda son *Code criminel* pour respecter ses obligations internationales découlant de la *Convention contre la torture*.¹²⁹ Le Canada rendit aussi inadmissibles les défenses d'ordres supérieurs et l'invocation de l'état d'urgence et de l'état de guerre.¹³⁰ Ces nouvelles dispositions du *Code criminel* ont été mises au rancart pendant une longue période. Jusqu'à ce jour, aucun criminel de guerre ou aucune personne alléguée avoir commis des crimes contre l'humanité n'a été trouvé coupable. Le gouvernement avait pourtant eu une belle occasion de tester les nouvelles dispositions interdisant la torture dans l'affaire *Finta* et ce, dans l'optique où celles-ci ne constituaient qu'une codification du droit coutumier existant.¹³¹ Les actes allégués à l'encontre de *Finta* s'inscrivait dans le contexte plus large de l'exécution des 6 phases du *Baky order*, à savoir, l'isolation, l'expropriation, la ghettoïsation, la concentration, le « divertissement » et la déportation des Juifs vers le camp de concentration de Strasshof et vers le camp d'extermination d'Auschwitz.¹³² Pour sa part, Imre Finta était accusé de confinement illégal, de vol, de kidnapping et de meurtre, ces charges constituant des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité, en contravention du *Code criminel*. Le cas *Finta* fut le premier à mettre à l'épreuve la législation canadienne de 1987 sur les crimes de guerre discuté plus haut, ces dispositions qui, selon Cotler, étaient des *jurisdiction-endowing provisions* et non pas des *offence-creating provisions*.¹³³ À ce titre, étant déclaratoire des Principes généraux du droit international, ces dispositions auraient dû être interprétées à la lumière de ceux-ci.¹³⁴ Pourtant, la Cour suprême a considéré que l'article 7 (3.71) créait une nouvelle offense.¹³⁵ La Cour suprême a alors admis la défense d'ordre supérieur qui, selon elle, existait en droit international. Le juge Cory soutenait que les preuves établissant le climat général antisémite donnaient un « air de réalité » à la défense d'obéissance d'ordre supérieur.¹³⁶ À l'époque, cette défense n'était permise en droit international que si l'ordre n'était manifestement pas illégal.¹³⁷ L'acceptation de

¹²⁹ *Code criminel*, *supra* note 119.

¹³⁰ *Ibid.*, à l'art. 269.1 (3).

¹³¹ Bruce J. Einborn et autres, « Prosecution of War Criminals and Violators of Human Rights in the United States » (1997-1998) 19 Whittier L. Rev. 281 à la p. 288; David Matas, « Prosecution in Canada for Crimes Against Humanity » N. Y. L. Sch. J. Int'L Comp. L. 347 aux pp. 348-49.

¹³² *Code criminel*, *supra* note 119, à l'art. 7 (3.71) (abrogé); *La Reine c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701 au para. 790 [*Finta*].

¹³³ *Code criminel* 1985, *supra* note 125; Cotler, *supra* note 126 à la p. 611.

¹³⁴ Cotler, *ibid.*

¹³⁵ *Finta*, *supra* note 132 au para. 811.

¹³⁶ *Finta*, *ibid.* au para. 847. Selon plusieurs la Cour suprême a mal interprété le droit international et aurait dû condamner Finta. David Matas, « Canada as a Haven for Torturers », document préparé pour le *Centre for Refugee Studies*, 29 février 2000, en ligne: <<http://www.ccvr.org/haven.html>> [Matas, « Haven »]; Cotler, *supra* note 126 à la p. 635. Dans un autre texte, Matas souligne que les procès des tribunaux inférieurs ont été perdus par la Couronne par leur inertie face à la propagande haineuse propagée par l'avocat de la défense et face au *jury stacking*. Lire David Matas, « The Case of Imre Finta » (1994) 43 U.N.B.L.J. 282 aux pp. 292-94 [Matas, « Finta »].

¹³⁷ Requel Cross, « Memorandum for the Office of the Prosecutor. Issue 1 : The Relevance of the Eichmann, Barbie, and Finta Trials for the ICTR » (printemps 2003), Case Western Reserve University

cette défense et l'acceptation de la défense d'erreur de fait (*mistake of fact*), interdite en droit international, combinées aux errements de la Cour quant à l'acceptation d'un seuil plus élevé pour la preuve de l'*actus reus* et la *mens rea*, ont eu pour conséquence l'acquiescement de Finta.¹³⁸ Pourtant, certains disent que si Finta avait été poursuivi en vertu des dispositions du *Code Criminel* interdisant la torture, qui exclut de manière expresse la défense d'ordre supérieur, il aurait pu être trouvé coupable.¹³⁹ Après cette défaite, le Gouvernement canadien évacua l'idée de poursuivre les criminels de la deuxième guerre mondiale et l'unité du ministère de la Justice responsable de la poursuite des criminels internationaux modifia son objectif de poursuite vers des objectifs d'extradition, de révocation de citoyenneté et de déportation.¹⁴⁰ Avec déférence pour l'opinion contraire, il appert que l'application de ces mesures, qui semblent par ailleurs fonctionner parfaitement, a l'effet pervers de détourner des ressources qui pourraient être attribuées pour mener à terme des enquêtes et des procédures criminelles fécondes. Comme le souligne Matas, les demandes d'extradition pour la poursuite de tortionnaires étant inexistantes, l'impunité guette à l'horizon.¹⁴¹

2.2.1- Le Programme canadien et le *no safe haven policy* : un paradoxe et un déni d'obligation *ab initio*

Un second souffle fut donné à la stratégie canadienne de lutter effectivement et efficacement contre les crimes les plus graves par la mise en place du *Programme canadien sur les crimes de guerre*. À l'origine, le Programme fut placé sous les auspices du ministère de la Justice et celui de la Citoyenneté et de l'Immigration, chacun de ces ministères fut alors doté d'une section contre les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. Le premier rapport du *Programme* évoquait déjà la tendance lourde qui sous-tendrait, en s'accroissant, la politique canadienne face aux criminels internationaux : le *no safe haven policy*.¹⁴² Depuis son instauration, après le dépôt de la Commission Deschênes et jusqu'à l'année 1997 -98, avec un budget d'un peu moins de 2 millions de dollars par

School of Law, International War Crimes Project, aux pp. 23-24, en ligne:

<www.nesl.edu/center/wcmemos/2003/cross.pdf> [Cross].

¹³⁸ *Ibid.* aux pp. 17-25.

¹³⁹ Matas, « Haven », *supra* note 136.

¹⁴⁰ *Re Federal Republic of Germany and Rauca*, (1983) 41 O.R. (2d) 225 (C.A.); *Canada (Secretary of State) v. Luitjens*, [1989] 2 F.C. 125 (T.D.); *Rudolph c. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, (1992) 142 N.R. 62 (F.C.A.).

¹⁴¹ Matas, « Haven », *supra* note 136.

¹⁴² Ministère de la Justice et Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration, *Rapport public. Programme canadien sur les crimes de guerre*, Juillet 1998, en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/pub/guerre1998.html>> [Rapport 1998]. Comme nous le suggérons plus loin, le *no safe haven policy* constitue un paradoxe en soi. En effet, en regardant la politique migratoire canadienne en conjonction avec la politique en matière de lutte contre les crimes internationaux, tout donne à croire que le *Programme* canadien n'est qu'une façade et que tous les criminels et tortionnaires qui pourraient potentiellement être poursuivis au Canada sont exclus et déportés par le truchement de la *LIPR*, *infra* note 145.

année, la section des crimes de guerre du ministère de la Justice a dû traiter 1571 cas, tous relatifs à la seconde guerre mondiale. Sur ce total, 2 causes pénales ont été perdues, incluant la cause *Finta* et 3 causes civiles ont été gagnées. Pour l'année 98, 9 dossiers restaient actifs avec des procédures apparemment en route et le reste était rendu inactif ou fermé, soit par le décès des personnes, soit parce que celles-ci n'habitaient plus au Canada ou encore, faute de preuves suffisantes.

Toujours selon ce premier rapport, la Section des crimes de guerre du Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration, qui disposait d'un budget encore moindre, soit 1,25 million pour l'année 1997 -98, a dû traiter 440 cas.¹⁴³ Il appert que l'objectif principal de la section consistait à appliquer les modifications successives qui avaient été apportées à la *loi sur l'Immigration*. Une de ces modifications a consisté à intégrer la clause d'exclusion de l'article 1Fa) de la *Convention de Genève relative de 1951*.¹⁴⁴ En effet, la *loi sur l'immigration* fut modifiée en 1993 de manière à élargir la catégorie d'exclusion aux dirigeants et hauts fonctionnaires soupçonnés d'appartenir à des régimes ayant commis des infractions graves aux droits humains ou soupçonnés d'encourager la commission de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité, tels des actes de torture.¹⁴⁵ Ainsi, le seul fait d'appartenir à un tel régime rendait ces individus inadmissibles à une quelconque protection sur le territoire canadien. En 1997, la loi fut de nouveau modifiée afin que les personnes susceptibles d'être exclues en vertu de l'article 1F ne puissent plus bénéficier d'une évaluation individuelle des risques sur leur personne, dans le cas d'un renvoi dans leur pays d'origine. Par exemple, une personne soupçonnée d'avoir commis des crimes de torture, donc tombant sous le chapeau de la clause d'exclusion, et qui risquerait la torture à son retour au pays, ne bénéficiait plus d'une évaluation individuelle de ce risque.¹⁴⁶

Dans le même ordre d'idée, une autre partie des fonds du *Programme* fut dès l'origine consacrée à augmenter les contrôles dans les bureaux canadiens d'immigration

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ *Convention de Genève Relative aux Statut des Réfugiés*, adoptée à Genève, Suisse, conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides, 189 U.N.T.S. 150, le 28 juillet 1951, entrée en vigueur le 22 avril 1954, art. 1F a). Cet article se lit comme suit : « Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser : qu'elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes ».

¹⁴⁵ *Loi sur l'immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2, tel que modifiée par le projet de loi C-86; *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.R.C. 2001, ch. 27, art. 35(1) b) [*LIPR*]. Par exemple, en vertu de cet article, les hauts fonctionnaires, les diplomates et officiers de rangs supérieurs du régime de Saddam Hussein seront plus facilement exclus de toutes protections *ab initio*, car ils seront considérés comme des complices des atrocités commises et ce, même si ces personnes pourraient avoir des motifs valides pour demander protection.

¹⁴⁶ Cette disposition a été remodifiée dans la nouvelle *LIPR* où chaque personne, avant son renvoi, bénéficie d'un *pre-removal risk assessment* à géométrie variable, suivant la cause d'exclusion. Voir *LIPR*, *supra* note 145 aux art. 112-116.

situés dans les pays dits à risques, soit les pays étant de grands « producteurs de réfugiés » et les pays étant en conflit et où le risque de commission de crimes les plus graves était plus élevé.¹⁴⁷ Le Rapport de 1998 mentionnait aussi de manière distinctive que la priorité serait mise sur l'expulsion, l'exclusion et la non entrée des personnes soupçonnées de crimes, plutôt que sur la poursuite, à moins que l'obligation *aut dedere aut judicare* ne s'applique. En fait, les dispositions sur l'exclusion et l'expulsion des criminels transcendent l'ancienne *loi sur l'immigration*.¹⁴⁸ Nous verrons qu'il est possible de faire la même assertion pour la nouvelle *LIPR*.

En somme, à lecture de la lettre et de l'esprit de ce premier rapport du *Programme canadien*, il apparaît très clairement que la maxime « *Canada will not be a safe haven for war criminals* » signifierait trois choses. Premièrement, les services d'immigration outre-mer, flanqués des services de renseignement canadien, mettraient tout en œuvre pour empêcher que les criminels ne pénètrent sur le territoire canadien, alors même que ces personnes pourraient avoir des motifs valides pour demander un statut de protection selon la *Convention de Genève de 1951* ou pour un motif humanitaire. Deuxièmement, si certains individus soupçonnés de ces crimes arrivaient à tromper la vigilance des services outre-mer, les bureaux d'immigration canadiens mettraient tout en œuvre pour les exclure et les empêcher d'obtenir un quelconque statut de protection ou un un permis de résident permanent. Le fardeau de preuve étant beaucoup moins élevé en matière d'immigration qu'en matière criminelle, la procédure serait presque toujours couronnée de succès.¹⁴⁹ Troisièmement, advenant le cas très hypothétique qu'une quantité suffisante de preuves soit amassée, suivant l'obligation de poursuivre ou d'extrader, des poursuites criminelles pourraient être enclenchées. S'il est vrai que ce *Programme* avait à l'origine été conçu pour les crimes de la Deuxième Guerre Mondiale et que, dû à l'écoulement du temps, les preuves étaient réellement difficiles à recueillir. Par contre, le Programme a maintenant évolué pour s'occuper des crimes contemporains et les preuves devraient désormais être plus faciles à obtenir et les poursuites être plus faciles à démarrer. Voyons de quoi il en retourne.

2.2.2- L'évolution du Programme : du pareil au même

La même odeur émane des rapports successifs du *Programme*. Le rapport de 1998-99 vantait la politique canadienne favorisant la révocation de citoyenneté et l'expulsion plutôt que les poursuites criminelles.¹⁵⁰ C'est donc dire que le Canada se

¹⁴⁷ Rapport 1998, *supra* note 142.

¹⁴⁸ Joseph Rikhof, « Access, Asylum and Atrocities : An Unholy Alliance? » (Février 2001) 19 (4) *Refugee* 100 à la p. 103 [Rikhof].

¹⁴⁹ *Ibid.* Selon le rapport de 1998, 90% des demandes d'expulsion ont été validées par la Cour fédérale.

¹⁵⁰ Citoyenneté et Immigration Canada, *Programme canadien concernant les crimes de guerre. Rapport annuel 1998-99*, à la p. 2, en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/pub/guerre1999.html>>.

targue de favoriser l'impunité plutôt que la responsabilité. À la fin du mois de mars 1998, les enquêtes menées par le service nouvellement créé des Crimes de guerre contemporains avaient mené à l'exclusion de 300 personnes du processus de détermination du statut de réfugié, à 80 expulsions, à 40 refus de visa à l'étranger, mais à aucune poursuite criminelle.¹⁵¹ La nouvelle répartition des budgets et les réaménagements dans l'affectation du personnel témoignent aussi de l'ardeur et des efforts mis sur le contrôle migratoire, plutôt que sur les enquêtes criminelles.¹⁵² En fait, dès 1995, suite à la défaite dans l'affaire *Finta*, le gouvernement avait annoncé sa volonté de passer d'une stratégie des poursuites de criminels de guerre à une stratégie utilisant tous les moyens disponibles du système d'immigration. À cet effet, comme le mentionne les rapports subséquents, plusieurs individus ayant commis des violations de droits humains, comme des actes de torture de manière systématique et organisée, ont été expulsés ou refoulés dans leur pays d'origine ou dans un État tiers, sans promesse d'enquête ou de poursuite et ce, en contravention de l'obligation *aut dedere aut judicare*.¹⁵³ De la sorte, nous pourrions continuer à analyser tous les rapports annuels produits par les responsables du *Programme*. Pourtant, la majorité des analystes sagaces arriveraient à la même conclusion : les efforts du gouvernement canadien dans la lutte contre la criminalité internationale, en général, incluant la torture, s'effectue presque exclusivement au niveau du contrôle du contenu de sa population, à l'aide du système d'immigration, et beaucoup plus rarement au niveau du combat contre l'impunité.

Pour plus de certitude, à la sortie du septième rapport annuel, les déclarations des ministres Irwin Cotler et Anne McLellan étaient claires et paradoxalement contradictoires. Leurs propos se résumaient ainsi : le Canada doit amener les criminels vers la justice, [mais] le Canada ne deviendra pas un *safe haven* pour ces criminels [et] le Canada a eu beaucoup de succès à empêcher ceux-ci de rentrer au pays et à les déporter vers leurs pays d'origine.¹⁵⁴ Ces déclarations transpirent le paradoxe et donnent l'impression que le *Programme* canadien n'est qu'une façade pour cacher d'une part, l'inaction réelle dans le domaine de lutte contre l'impunité et d'autre part, le très grand

¹⁵¹ *Ibid.* à la p. 3.

¹⁵² *Ibid.* à la p. 4 et s.

¹⁵³ *Ibid.* aux pages 17-18; Citoyenneté et Immigration Canada, *Programme canadien sur les crimes de guerre. Rapport annuel 1999-00*, aux pp. 25-26, en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/pub/guerre2000.html>>; Citoyenneté et Immigration Canada, *Programme canadien sur les crimes de guerre*, Rapport annuel, 2000-01, annexe H, en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/pub/guerre2001.html#annexeH>> ; Citoyenneté et Immigration Canada, *Programme canadien sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, Cinquième rapport annuel, 2001-02, annexe J, en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/pub/guerre2002/section16.html>>; Ministère de la Justice du Canada, *Programme canadien sur les crimes de guerre*, Activités pour la période du 1er avril 2002 au 31 mars 2003, annexe 1, en ligne : <<http://canada.justice.gc.ca/fr/dept/pub/cca/report0203/index.html>>.

¹⁵⁴ Fil de presse, *Canada's Modern-War Crimes Program Releases Its 7th Annual Report*, en ligne : <<http://www.cbsa-asfc.gc.ca/newsroom/releases/2004/0930ottawa2-e.html>>.

dynamisme dans l'exclusion et le renvoi de personnes soupçonnées d'avoir commis des crimes graves dont la torture et ce, par le truchement du système d'immigration.

Comme l'indique le septième rapport annuel, trois institutions travaillent maintenant en partenariat dans l'exécution du Programme canadien sur les crimes de guerre. Il s'agit de l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC), du ministère de la Justice et de la Gendarmerie royale du Canada (GRC).¹⁵⁵ La responsabilité du Programme qui incombait jusqu'à la fin 2003 au ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration a été transférée à l'ASFC qui dépend, tout comme la GRC, du nouveau ministère de la *Sécurité publique et de la Protection civile du Canada* (SPPCC). Il semble que le travail à l'étranger, dit préventif, se soit accru et que l'ASFC travaille de plus en plus à empêcher l'entrée de gens soupçonnés de crimes contre l'humanité, par le refus de visa ou par le rejet initial d'une demande protection.¹⁵⁶ Advenant le fait qu'un individu fasse sa demande de statut de réfugié à partir du territoire canadien et, qu'à la suite d'un contrôle par l'entremise du *formulaire de renseignements personnels*, l'ASFC soupçonnerait que celui-ci aurait pu commettre des crimes contre l'humanité, un agent d'audience représentant le ministre de SPPCC interviendrait à l'audience devant la Section de protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR) et demandera l'exclusion de la personne. Si le commissaire du SPR conclut que la personne a commis des crimes graves, il l'exclura et une mesure de renvoi (conditionnel) sera déposée.¹⁵⁷ Une procédure similaire existe pour les personnes faisant une demande de résidence permanente. Également, les autorités utilisent une procédure de révocation de citoyenneté pour renvoyer les personnes sur lesquelles pèsent des soupçons. Au 31 mars 2004, il y avait 145 mesures de renvois non exécutés, soit parce qu'il y avait une action en justice, soit par manque des documents de voyages ou soit parce qu'un conflit faisait rage dans le pays de retour.

Suivant une nouvelle procédure instaurée en 2001, les personnes exclues et renvoyées suivant les articles 112 à 116 de la *LIPR*, notamment les personnes soupçonnées d'avoir commis systématiquement des actes de torture, ne seront soumises qu'à une version amoindrie du *pre-removal risk assessment*.¹⁵⁸ En effet, l'article 115 (2) b) mentionne qu'une personne trouvée inadmissible et menacée d'exclusion ne bénéficiera pas d'une évaluation des risques de persécution pour des raisons de race, de

¹⁵⁵ Agences des services frontaliers du Canada, *Programme canadien sur les crimes de guerre. Septième rapport annuel*. Rapport d'activités pour la période du 1er avril 2003 au 31 mars 2004 à la page 2, en ligne : <<http://www.cbsa-asfc.gc.ca/general/enforcement/annual/annual7-f.htm>> [Rapport 2003-04].

¹⁵⁶ *Ibid.* à la page 6. Pour le seul exercice 2003-04, 242 personnes ont été exclues outre-mer.

¹⁵⁷ *Ibid.*, mesures d'exécution de la loi, aux pp. 7-9.

¹⁵⁸ *LIPR*, *supra* note 145 aux art. 112(3)a), 115 (1) et (2)b). Pour des commentaires, lire Lorne Waldman, *Canadian Immigration & Refugee Law Practice 2005*, Ontario, Butterworths, 2004 aux pp. 373-85 [Waldman].

religion, de nationalité et d'appartenance à un groupe social ou pour une opinion politique, mais simplement d'une évaluation des risques de torture et autres traitements cruels et inhumains.¹⁵⁹ Ainsi, un tortionnaire qui invoquerait un risque de persécution pourrait quand même être déporté. Dans le cas de figure où celui-ci invoquerait un risque de torture, un *pre-removal risk officer* ferait en premier lieu une évaluation de ce risque et, dans un deuxième lieu, un haut fonctionnaire (*senior officer*) balancerait ce risque avec celui du risque pour le public dans une procédure appelée le *restriction assessment*.¹⁶⁰ Suivant ces deux examens, le ministre ou son délégué prendrait une décision, en considérant toutes les alternatives possibles à la déportation.¹⁶¹ Ce processus d'évaluation des risques doit être considéré dans les carcans établis par la fameuse décision *Suresh*.¹⁶² Même si cette décision réitère les engagements internationaux du Canada en matière de protection des réfugiés et protection contre la torture et même si le risque de renvoi vers la torture pour un tortionnaire demeure minime, celle-ci a quand même laissé une brèche en laissant la possibilité au ministre de mettre en balance le risque de torture, la sécurité de la personne et la sécurité du public.¹⁶³ En bref, toutes ces mesures et ces procédures ont été mises en place pour faciliter les processus d'exclusion et d'expulsion.

Dans le même ordre d'idée, la GRC s'occupe désormais de faire appliquer la *loi sur les crimes contre l'humanité*. Cette dernière constitue la loi de mise en œuvre du *Statut de Rome*.¹⁶⁴ La GRC s'occupe d'amasser la preuve pour pouvoir lancer des poursuites ou pour fournir des éléments permettant l'exclusion. Elle procède entre autres à des enquêtes *in situ* et coopère avec les services d'enquêtes internationaux.¹⁶⁵ Après enquête, c'est la GRC qui fait la recommandation de lancer des poursuites au bureau du procureur qui lui, la soumettra ou non au Procureur général. En bout de ligne, il détient la

¹⁵⁹ *LIPR*, *supra* note 145 aux art. 115 (2)b), en exception de l'art. 97.

¹⁶⁰ *Ibid.* aux art. 112 à 116.

¹⁶¹ *Sogi c. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] F.C.J. No. 1080, (2004) FC 853; Waldman, *supra* note 158 à la p. 378.

¹⁶² *Suresh*, *supra* note 3.

¹⁶³ À en croire les nombreuses critiques, cette décision confirme le faible poids qu'accorde la Cour et, par conséquent, le gouvernement canadien, au droit international, en laissant la possibilité au ministre de renvoyer quelqu'un, malgré un risque de torture. Nous suggérons que le simple fait de vouloir éviter le *death row phenomenon* et le fait de ne pas vouloir soumettre quelqu'un à la torture psychologique de l'attente d'un risque possible de torture commande la plus grande prudence en matière d'expulsion vers des pays à risque. Lire entre autres, Sharryn J. Aiken, « Manufacturing "Terrorists" : Refugees, National Security and Canadian Law (Part 2) » (février 2001) 19 (4) *Refugee* 116 aux pp. 122-23; Okafor, *supra* note 40 aux pp. 45-46; James Hathaway et Colin Havey, « Framing Refugee Protection in the New World Disorder » (2001) 34 *Cornell Int'l L.J.* 257 à la p. 294 [Hathaway et Harvey]; Michel Coutu et Marie-Hélène Giroux, « L'après-11 septembre devant la Cour suprême du Canada : situation exceptionnelle et légitimité » (mars 2003) numéro spécial R. du B. 237 aux pp. 247-248 [Coutu]; Department of Justice, *Regulation Concerning the Convention Against Torture*, 64 *Fed. Reg.* 8477 (1999).

¹⁶⁴ *Loi sur les crimes contre l'humanité*, *supra* note 120.

¹⁶⁵ Rapport 2003-04, *supra* note 156 aux pp. 9-11.

discrétion absolue sur l'autorisation d'entamer des poursuites.¹⁶⁶ Il est ici utile de rappeler que le Procureur général est à la fois un ministre, l'homme politique, et le plus haut fonctionnaire et conseiller juridique du gouvernement.

Si nous récapitulons, depuis la mise en place du Programme, 2608 personnes soupçonnées de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité n'ont jamais pu atteindre le Canada. De plus, sur 1415 cas où est intervenue l'AFSC pour demander l'exclusion, 415 l'ont été et 325 ont été renvoyés.¹⁶⁷ Le dernier rapport rappelle que l'objectif numéro un du Programme est d'empêcher que les criminels ne rejoignent le territoire canadien et que, s'ils réussissent, qu'ils en soient renvoyés le plus rapidement possible. Enfin, si le rapport mentionne à profusion le fait que le Canada ne doit pas être un refuge (*safe haven*) pour les criminels, il ne mentionne que trois fois la question de l'impunité, incluant 2 fois en relation avec la collaboration requise avec la Cour pénale internationale.

Que devons-nous conclure du fait que depuis l'affaire *Finta*, aucune poursuite criminelle n'a été lancée? Que devons-nous penser du fait que seulement 3 cas ont été déposés entre les mains du ministère de la Justice par la GRC, afin que ce dernier conseille peut-être au Procureur général d'utiliser son pouvoir discrétionnaire d'entamer des poursuites criminelles? Est-ce que la politique du *no safe haven* n'est pas un paradoxe en soi? Suivant notre première partie, cette politique ne constitue-t-elle pas un déni des obligations canadiennes découlant du droit international, notamment celle d'*aut dedere aut judicare* en ce qui a trait au tortionnaire? Est-ce que, en laissant aux bureaux postés outre-mer le soin de trier les demandes sommairement afin d'évaluer si une personne a commis un crime contre l'humanité, le Canada ne contrevient-il pas à ses obligations en matière de protection de réfugiés, pour les personnes tombant dans les critères des clauses d'exclusions mais qui pourraient par ailleurs avoir des motifs valides pour demander l'asile? En concentrant ses efforts sur les expulsions plutôt que sur les poursuites, le Canada respecte-t-il ses obligations en matière de lutte contre l'impunité? En analysant dans la prochaine partie certaines de ces interrogations, nous verrons qu'un principe plus élevé transcende toute l'action du Canada, tant au niveau des pouvoirs politiques que judiciaires. Ce principe, c'est le pouvoir souverain d'exclure et surtout la conviction que ce pouvoir d'exclure un membre indésirable de la communauté est absolu.

¹⁶⁶ *Ibid.* à l'art. 9(3). Les poursuites à l'égard des infractions visées aux articles 4 à 7 de la présente loi sont subordonnées au consentement personnel écrit du Procureur général du Canada ou du Sous-Procureur général du Canada.

¹⁶⁷ Rapport 2003-2004, *supra* note 156 à la p. 9.

3- LE CANADA : POUVOIR SOUVERAIN D'EXCLURE ET SYSTÈME D'IMMIGRATION

Après avoir exposé l'origine et les grandes lignes du *Programme* canadien, incluant le combat contre les tortionnaires, il est difficile d'aller plus loin et de pousser notre réflexion au-delà du simple constat suivant : le Canada n'a pas mis en œuvre son *Programme sur les crimes de guerre* et sa plus récente *loi sur les crimes contre l'humanité*. Plus précisément, il n'a pas mis en œuvre la partie du *Programme* qui traite de la poursuite des tortionnaires, des criminels de guerre et des génocidaires. D'un autre point de vue, sans cynisme, nous pourrions au contraire dire que le *Programme* et la *Loi sur les crimes contre l'humanité* ont parfaitement été mis en œuvre en suivant à la lettre la politique du *no safe haven* qui les sous-tend. Tellement, que presque toutes les personnes soupçonnées de crimes graves, avec parmi eux des tortionnaires, ont toutes été empêchées de mettre les pieds au Canada ou ont été exclues et renvoyées dans leurs pays d'origine.

Il est aussi quasi impossible de savoir combien, parmi toutes ces personnes qui ont été renvoyées depuis les débuts du *Programme*, étaient des tortionnaires et combien des 72 cas présentement à l'étude, incluant les 3 référés au bureau du procureur par la GRC, sont soupçonnées d'avoir commis des actes de torture. Également, nous ne pouvons réellement savoir si, parmi toutes les personnes renvoyées et exclues ou parmi les 69 cas qui n'ont pas été référés au bureau du procureur, le manque de preuves était la véritable raison pour ne pas entamer des poursuites.¹⁶⁸ Par contre, les faits en présence nous amènent à supposer certaines choses. Premièrement, la déférence absolue à l'exécutif en matière d'exclusion apparaît découler de la conception que le pouvoir souverain d'exclure quelqu'un de la communauté est absolu. Suivant cette conception, ce pouvoir semble transcender tous les autres objectifs gouvernementaux en matière de lutte contre la torture et les autres crimes graves.¹⁶⁹ Deuxièmement, le gouvernement canadien et, par ricochet, les Cours de justice, semblent n'accorder en réalité qu'une faible force au droit international et plus précisément, aux obligations en matière de torture.¹⁷⁰ Troisièmement, l'inaction du gouvernement et l'absence de poursuite nous laissent croire que ce dernier se sert de son *Programme* comme façade et que l'intention réelle de poursuivre ou d'extrader les criminels et les tortionnaires est en réalité très faible. À ce titre, le gouvernement ne semble pas vouloir suivre les recommandations du Comité

¹⁶⁸ Rapport 2003-2004, *supra* note 156 à la p. 10. Le gouvernement y réitère l'extrême difficulté à amasser des preuves et ce, à la fois pour les crimes de la Deuxième Guerre comme pour les crimes contemporains.

¹⁶⁹ Catherine Dauvergne, « Evaluating Canada's New Immigration and Refugee Protection Act in its Global context » (2003) 41 Alta. L. Rev. 725 au para. 8; Gerald P. Heckman, « Securing Procedural Safeguards for Asylum Seekers in Canadian Law : An Expanding Role for International Human Rights Law? » (2003) 15 (3) Int'l J. Refugee L. 212 à la p. 214.

¹⁷⁰ Okafor, *supra* note 40.

contre la torture qui faisaient suite au troisième rapport périodique du Canada.¹⁷¹ En effet, le Comité recommandait au Canada de tenter poursuivre ou d'extrader tous les présumés tortionnaires présents sur son territoire et ce, avant toute tentative de déportation.¹⁷² Suivant cette idée, en cas de déportation, le Canada devait aussi se soumettre à l'obligation de ne pas renvoyer quelqu'un vers la torture.¹⁷³ De plus, il nous est permis d'exprimer des doutes à l'effet que sur les 69 cas présentement sous enquête et analyse, aucun ne présente des preuves suffisantes ou, à tout le moins, assez de preuves pour enclencher un processus de coopération fécond qui mènerait à terme à des poursuites dans un État tiers. Enfin, il apparaît clairement que le gouvernement se sert systématiquement de ses pouvoirs en matière d'immigration afin de se délier de ses obligations internationales en expulsant les criminels plutôt qu'en les poursuivant ou en les extradant.¹⁷⁴ Par ailleurs, si nous saluons le récent dépôt par la GRC de trois rapports d'enquête au ministère de la Justice avec recommandation au Procureur général de lancer des poursuites, demeure le constat accablant : aucune poursuite n'a été enclenchée sous l'égide de la *loi sur les crimes contre l'humanité*.¹⁷⁵ Également, malgré plusieurs investigations en route, aucune poursuite n'a été lancée en vertu des articles du *Code criminel* concernant la torture.¹⁷⁶ Voyons maintenant comment cela se passe dans la réalité.

3.1- La loi sur l'immigration et la protection des réfugiés et les clauses d'exclusion

Aux dires du gouvernement canadien, de la GRC et des autres instances de l'ASFC, la raison principale pour laquelle aucun des cas à l'étude à l'intérieur du *Programme* n'a abouti à des poursuites est la difficulté d'obtenir des preuves et les coûts faramineux des enquêtes sur des crimes commis à l'étranger.¹⁷⁷ Comme d'autres, nous

¹⁷¹ Recommendations from the Committee against Torture in response to Canada's 3rd periodic report, CAT/C/SR/A/56/44 [*Recommendations*].

¹⁷² *Ibid.*, au para. 446, 449 et 453.

¹⁷³ À ce titre, les Cours de justice canadiennes ont refusé au Comité contre la torture et au Comité des droits de l'Homme d'examiner les plaintes relatives aux risques de torture évoqués par les personnes en attente de déportation. Lire *Ahani c. Canada* (2002) 58 O.R. (3d) 107. Le Comité des droits de l'Homme a jugé que la déportation d'Ahani avant la décision sur la plainte de ce dernier allait en contravention des obligations du Canada relative aux interdictions absolues de la torture et de renvoi vers la torture incluses dans le *PIDCP*. *Ahani c. Canada* Communication No. 1051/2002: Canada 15/06/2004, CCPR/C/80/D/1051/2002.

¹⁷⁴ International Legal Resources Centre, *Canada's War Crimes Program : An Independent Assessment*. Montréal, 2003 (cité par CCIJ, *infra* note 160 à la p. 7).

¹⁷⁵ Canadian Center for International Justice, Submission to the United Nations Committee against Torture in Conjunction with the Examination of Canada's Fourth Periodic Report, *Preventing impunity for torturers and ensuring real justice for victims*, non-publié, 5 octobre 2004 à la p. 7 [CCIJ]

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ Rapport 2003-2004, *supra* note 103 à la p. 10. Nina Larsesus, « The Relationship between Safeguarding Internal Security and Complying with International Obligations of Protection. The Unresolved Issue of Excluded Asylum Seekers » (2004) 73 *Nordic J. Int'l L.* 69 à la p. 70 [Larsesus]; Bruce Broomhall, « Towards the Development of an Effective System of Universal Jurisdiction for Crimes under International Law » 35 (2) *New Eng. L. Rev.* 399 aux pp. 412-14. International Council on Human Rights

croions que les difficultés inhérentes liées aux enquêtes transnationales ne délient pas le Canada de ses obligations.¹⁷⁸ À en croire certaines données, les budgets et le personnel ne sont pas à la hauteur d'une politique visant vraiment la poursuite des tortionnaires et autres criminels. En effet, en 2002, sur un budget total de 15,6\$ millions, seulement 682 000\$ est allé à la GRC et son équipe de 12 enquêteurs, alors que les 2/3 du montant total sont allés à la section des crimes de guerre du bureau de l'Immigration, qui lui, disposait de 55 agents pour essayer d'exclure et d'expulser les criminels du Canada.¹⁷⁹ Selon Frank Chalk du *Institute for Genocide Studies* de l'Université de Concordia, ce manque de ressources accordées aux enquêteurs et la proportion élevée de celles-ci utilisée en immigration plutôt que pour des enquêtes criminelles peut nous faire douter de la sincérité du gouvernement.¹⁸⁰

Une autre raison évoquée serait la difficulté d'obtenir une coopération efficace et sincère de l'État où le crime a été commis. Pourtant, le Canada se targue publiquement d'être un des meilleurs élèves du système pénal international en ayant été l'un des principaux artisans et promoteurs des mécanismes de coopération internationale développés pour le fonctionnement efficient des deux tribunaux internationaux *ad hoc* et plus récemment, de la Cour pénale internationale.¹⁸¹ Ce comportement schizophrénique se vérifie aussi par une analyse de la politique étrangère canadienne en matière de sécurité humaine qui décrit les objectifs élevés et les réalisations canadiennes en matière de coopération dans la mise en place d'un système de justice pénale internationale, afin de lutter contre l'impunité.¹⁸² Le paradoxe qui ressort est que le Canada prêche à l'étranger ce qu'il ne pratique pas sur son propre territoire. De plus, lorsqu'un État veut vraiment offrir la forme coopération ultime en demandant l'extradition d'un criminel, le Canada tergiverse et évite lui-même de coopérer. Nous pensons notamment au cas de Josip Budimci, ce Serbe trouvé coupable *in absentia* de crimes de torture par une Cour de justice croate et où le Canada a mis des années à réagir. Tel que discuté

Policy, *Hard cases : bringing human rights violators to justice abroad. A guide to universal jurisdiction*, Versoix, Suisse, 1999 à la p. 43.

¹⁷⁸ CCIJ, *supra* note 1775 à la p. 8.

¹⁷⁹ Juliet O'Neill, « Lacking conviction » *Ottawa Citizen* (13 avril 2002) 2, en ligne : <<http://migs.concordia.ca/PDFs/LackingConviction1.PDF>> [O'Neill]. L'autre 1/3 du budget fut consacré au ministère de la Justice, lui qui disposait de 27 employés dont 10 avocats et qui devait conduire des poursuites qui n'ont jamais eu lieu. Nous mentionnons aussi que de 1998 à 2000, le Programme n'avait bénéficié au total que de 46, 8\$ millions; CCIJ, *supra* note 157 à la p. 8. Ce dernier suggère des chiffres un peu plus élevés soit, pour les années 1999-2003, une moyenne de 20\$ millions par année octroyée à l'unité des crimes de guerre du ministère de l'immigration et, pendant la même période, une moyenne de 2\$ millions par année accordés à l'unité des crimes de guerre de la GRC.

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ Lire tous les rapports du Programme canadien dans les préambules, en ligne : <<http://www.cbsa-asfc.gc.ca/general/enforcement/annual/menu-f.html>>.

¹⁸² Ottawa, Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international. Vivre à l'abri de la peur. La politique étrangère du Canada en matière de sécurité humaine, 2002, à la p. 10, en ligne : <http://www.humansecurity.gc.ca/freedom_from_fear-fr.asp>.

précédemment, si l'État requérant l'extradition possède un système de justice pénale permettant la tenue d'un procès juste et équitable et respectant les droits de l'accusé, l'État détenant l'accusé a l'obligation d'extrader. Nous disons cela sous réserve des limites imposées par les traités bilatéraux et multilatéraux d'extradition, les lois nationales sur l'extradition et les obligations en matière de droit de l'Homme, notamment le droit d'être protégé contre la torture ou autres traitements cruels et inhumains.¹⁸³

Pour notre part, nous pensons que les efforts d'enquête, les budgets accordés et la recherche d'une coopération interétatique efficace seront directement proportionnels à la volonté de réellement traquer et d'amener un tortionnaire en justice. Plus précisément, ces efforts seront fonction de la perception qu'a un gouvernement de ses obligations de poursuivre un criminel, notamment des obligations qui découlent de l'application des clauses d'exclusions de l'article 1F.¹⁸⁴ Lors de l'élaboration de la clause d'exclusion de la *Convention de Genève de 1951*, deux objectifs guidèrent les rédacteurs. Premièrement, la nécessité d'éviter que des criminels n'utilisent les systèmes nationaux de protection des réfugiés et deuxièmement, la nécessité de lutter contre l'impunité pour les crimes les plus graves et l'atteinte de la justice globale.¹⁸⁵ Si les clauses d'exclusion sont tombées en désuétude pour longtemps, avec les turbulences internationales récentes et notamment les événements du 11 septembre, celles-ci ont trouvé un second souffle. Au Canada, les principes des clauses d'exclusion sont appliqués indifféremment aux demandeurs d'asile, aux réfugiés ou demandeurs de permis de résident permanent. Nonobstant cela, si l'utilisation de ces clauses et le processus de renvoi en découlant peuvent être davantage légitimés dans un cas où la sécurité nationale est apparemment menacée par un potentiel terroriste, nous pensons que la justification sécuritaire est intenable en matière de poursuite de tortionnaire.¹⁸⁶

¹⁸³ Bassiouni, *Crimes*, *supra* note 7 aux pp. 219-21; Sibylle Kapferer, *Legal Protection Policy Research Series. The Interface between Extradition and Asylum*, novembre 2003, aux pp. 25 à 54, en ligne : <<http://www.unhcr.ch/cgi-bin/texis/vtx/home?page=search>>. [Kapferer]; Dans le cas où un pays requerrait l'extradition d'un présumé tortionnaire, le Canada serait quand même astreint à des obligations en droit international et sous la *Charte canadienne*. Lire Paul Mitchell, « Domestic Rights and International Responsibilities : Extradition Under the Canadian Charter » (1998) 23 *Yale J. Int'l Law* 141.

¹⁸⁴ Larseus, *supra* note 177 aux pp. 70-71. Pour en analyse minutieuse de l'application et de l'interprétation de l'article 1F par les Cours canadiennes, lire James Sloan, « The Application of Article 1F of the 1951 Convention in Canada and the United States » (2000) 12 *Int'l J. Refugee L.* 222.

¹⁸⁵ Haut-Commissariat des Nations-Unis pour les Réfugiés (HCR), *Guidelines on International Protection n° 5 : Application of the Exclusion Clauses : Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*, HCR/GIP/03/05, 4 septembre 2003, à la p. 2; Geoff Gilbert, « Current Issues in the Application of the Exclusion Clauses » dans E. Feller et autres, dir., *Refugee Protection in International Law : UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 425; Guy S. Goodwin-Gill, *Refugee in International Law*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 1996 aux pp. 95-104. Ce dernier suggère aussi que la protection de l'État d'accueil était aussi une autre des raisons à la base de 1F.

¹⁸⁶ Stephen J. Toope, « Fallout from 9-11: Will a Security Culture Undermine Human Rights? » (2002) 65 *Sask. L. Rev.* 281. En fait, nous pensons que l'invocation d'un risque à la sécurité nationale pour exclure et expulser de potentiels terroristes est aussi empreinte de paradoxe. En effet, d'un côté, le gouvernement

L'application de l'article 1Fa) à un tortionnaire mènera généralement à l'expulsion de ce dernier et plus rarement, à son extradition.¹⁸⁷ *Prima facie*, comme l'extradition entraîne des poursuites dans le pays qui en fait la requête, les obligations du Canada seraient remplies dans ce cas d'espèce.¹⁸⁸ Par contre, dans le cas d'un renvoi pur et simple et dans le cas où le tortionnaire risquerait lui-même des violations de ses droits fondamentaux, par exemple celui d'être renvoyé vers la torture (*supra* partie 1), des problèmes se posent. En effet, si un État refuse le statut de réfugié à une personne soupçonné d'avoir commis des actes de torture, cela remplissant le premier objectif de la clause d'exclusion, nous devrions nous attendre à ce que, à la fois moralement et légalement, ce même État mette tout en son pouvoir pour ne pas laisser ce criminel impuni et ce, selon le deuxième objectif de la Convention de Genève. Tel que mentionné précédemment, ce deuxième objectif ne ressort pas de la lettre mais de l'esprit de la *Convention de Genève de 1951*. En effet, celle-ci ne contient pas l'obligation expresse de lancer des poursuites ou d'extrader vers un pays prêt à le faire. Par contre, ces obligations existent ailleurs.

Tel que mentionné, dans le cas de la torture simple, en regard du droit conventionnel, l'obligation *aut dedere aut judicare* est explicite.¹⁸⁹ Pour la torture en tant que crime contre l'humanité, nous affirmons qu'une même obligation existe au regard de la coutume internationale et dans le droit conventionnel, par l'entrée en vigueur du *Statut de Rome* et de sa loi d'application au Canada, la *loi sur les crimes contre l'humanité*.¹⁹⁰ Conséquemment, si le Canada décidait d'exclure un tortionnaire de la protection de la *Convention de Genève de 1951* en vertu de l'article 1Fa), une obligation de poursuivre ou d'extrader le tortionnaire subsisterait.¹⁹¹ D'ailleurs, les concepts traditionnels

canadien et la Cour suprême du Canada parle d'un monde où la donne sécuritaire est une notion interdépendante et où l'insécurité dans un pays égale à l'insécurité pour le Canada et d'un autre côté, ce même gouvernement et cette même Cour ordonnent et permettent la déportation de potentiels terroristes qui resteront libre de vaquer à leurs occupations. Lire *Suresh*, *supra* note 3; Coutu, *supra* note 163 aux pp. 247-48.

¹⁸⁷ Lire généralement Hathaway et Harvey, *supra* note 163. Sur l'interface entre le droit d'asile et l'extradition, lire généralement Kapferer, *supra* note 183. Nous suggérons que l'expulsion ou le refus d'octroyer un visa à un présumé tortionnaire entraîne au moins un obligation de notification à l'État d'attache des risques que posent la personne.

¹⁸⁸ Tel que mentionné auparavant, les obligations seraient remplies si et seulement si l'État demandant l'extradition ne fait pas seulement qu'exprimer cette volonté, mais que cet État est effectivement un État de droit qui offrira un procès juste et équitable à l'accusé. Voir Bassiouni, *Crimes*, *supra* note 7.

¹⁸⁹ *Convention contre la torture*, *supra* note 5 aux art. 6, 7, 12.

¹⁹⁰ Sur ce point, les opinions divergent. Voir entre autres, Larsaeus, *supra* note 177 à la p. 82.

¹⁹¹ John Dugard et Christine Van den Wyngaert, « Reconciling Extradition with Human Rights » (1998) 92 (1) A.J.I.L. 187 aux pp. 209-12. Dans l'affaire *Sivakumar c. Canada*, [1994] 1 F.C. 433 (C.A.) [*Sivakumar*], les juges ont soutenus que pour qu'une affaire de torture tombe sous 1Fa), elle doit être systématique, commise à l'encontre d'un concitoyen et suivant une l'action ou une politique étatique, mais sans que l'individu ne soit attaché à l'État ou sans la nécessité d'un conflit.

d'extradition ont aidé à façonner la terminologie de l'article 1F.¹⁹² Suivant ceci, si sur le territoire canadien se trouve un tortionnaire avéré et que celui-ci a des motifs pour demander une protection internationale, le Canada se devrait tout d'abord de lui offrir une procédure équitable d'asile, incluant les mécanismes de l'article 1F. Ensuite, il devrait utiliser les mécanismes réguliers d'extradition ou de remise à un tribunal national d'un État tiers ou à un tribunal international compétent et apte. Finalement, si cela est impossible, il devrait enquêter et poursuivre cette personne.¹⁹³ Nous affirmons que le fait que le Canada n'ait jamais suivi cette ligne de conduite dans la pratique n'est pas fatal à notre argument.¹⁹⁴ En effet, les modifications apportées au *Code criminel*, la mise en place du *Programme*, la mise en œuvre de la nouvelle *Loi sur les crimes contre l'humanité* et les déclarations ministérielles militent en faveur de notre position, à savoir que le Canada a conscience qu'il a le devoir et l'obligation de poursuivre ou d'extrader un tortionnaire qu'il a exclu par le processus de sélection et d'exclusion mis en place par sa politique migratoire. Voyons maintenant comment procède le Canada pour se défaire de ses obligations internationales en matière de torture.

3.1.1- Un gouvernement qui se dégage de ses obligations en utilisant un système demandant un fardeau moins élevé

L'argument généralement invoqué par les autorités responsables, pour ne pas poursuivre un tortionnaire, mais quand même l'exclure du Canada, est la difficulté d'obtenir des preuves solides pour convaincre le juge au-delà de tout doute raisonnable. Ainsi, l'attrait d'un fardeau de preuve moins lourd amène les autorités canadiennes à se servir systématiquement du processus de sélection relatif aux immigrants et demandeurs d'asile. La décision Mugesera rendue en 2003 par la division d'appel de la Cour fédérale nous renseigne à ce sujet en précisant les fardeaux de preuve applicable en matière d'exclusion pour crimes contre l'humanité.

Le 22 novembre 1992, à Kabaya au Rwanda, Mugesera prononçait un discours dont la teneur devait mener à l'émission contre lui à l'équivalent d'un mandat

¹⁹² Joan Fitzpatrick, « The Post-Exclusion Phase : Extradition, Prosecution and Expulsion » (2000) 12 Int'l. J. Refugee L. 272 à la p. 273 [Fitzpatrick].

¹⁹³ *Ibid.* 283. Rappelons que la *Convention contre la torture*, *supra* note 5 à l'art. 8, soutient que la torture est *extraditable*. Même s'il n'est pas du propos de cette étude d'approfondir les problèmes et questions liées à l'extradition, il aurait été intéressant de se demander à quel niveau les différents seuils et fardeau de preuve compliquent la situation. En effet, l'extradition requiert généralement le seuil de la « cause probable » ou celui disant qu'un suspect aurait *prima facie* commis un crime alors que les tribunaux *ad hoc* demandaient la coopération d'un État pour la remise d'un suspect lorsqu'une accusation basée sur des « motifs raisonnables » avaient été lancée. Le CAT recommandait aussi au Canada de poursuivre tous les tortionnaires se trouvant sur son territoire et qu'il décide de ne pas extrader. Lire, *Recommendations*, *supra* note 171.

¹⁹⁴ Nous prenons cette position contre celle de Larsaeus, *supra* note 177 à la p. 91, en nous appuyant sur Bassiouni et Goodwin-Gill, *supra* note 101.

d'arrestation. Mugesera avait réussi à s'échapper du Rwanda le 12 décembre de la même année et à trouver un refuge temporaire en Espagne d'où il fit, le 31 mars 1993, une demande de résidence permanente au Canada. La demande fut acceptée et le droit d'établissement au Canada lui fut accordé.¹⁹⁵ En 1995, le ministre de l'Immigration de l'époque reçut un rapport, suivant la procédure de l'article 27 de la *loi sur l'immigration*, soulignant le fait que *Mugesera* aurait, dans le passé, prononcé un discours incitant à la violence et aux meurtres des Tutsis.¹⁹⁶ En vertu de cet article, un résident permanent pouvait être jugé inadmissible et expulsé du Canada s'il était prouvé par le ministre, sous recommandation de l'agent d'immigration, que l'individu avait commis des actes criminels ou si l'individu avait obtenu son droit d'établissement suite à de fausses déclarations et ce, avant ou après l'obtention de son statut de résident permanent.¹⁹⁷ Le travail de la Cour fédérale ne visait donc pas à définir la culpabilité ou non de Mugesera, mais bien à décider s'il pouvait ou non être exclu. Les juges ont profité de cette décision pour préciser les critères applicables en matière d'exclusion et par ricochet, d'expulsion.¹⁹⁸

Le juge Décary a déclaré qu'en matière de crimes contre l'humanité, incluant la torture, à la fois des questions de fait et des questions de droit étaient soulevées.¹⁹⁹ Les deux premières allégations pesant contre lui contenaient des questions de fait et de droit. L'allégation A soutenait que le discours prononcé le 22 novembre 1992 constituait une incitation au meurtre, en contravention du Code pénal rwandais et des articles 22, 235 et 464a) du *Code criminel* canadien, ce qui rendait un personne non admissible selon la *loi sur l'immigration*²⁰⁰. L'allégation B soutenait que Mugesera avait prononcé un discours incitant à la haine contre les Tutsis, ce qui constituait une incitation à la haine et au génocide suivant les articles 318 et 319 du *Code criminel*, devenant ainsi une personne non admissible au sens de la *loi sur l'immigration*.²⁰¹ Pour la preuve de ces allégations, les articles 27 (1)a. 1(ii) et 27 (1)a. 3 (ii) de la *loi sur l'immigration* demandait que l'opinion de l'agent d'immigration se fonde sur le critère de la « prépondérance des probabilités » pour les questions de droit et sur le « critère du manifestement déraisonnable » pour les questions de fait.²⁰² Cet article de la loi concernait le renvoi d'une personne après son admission comme résident permanent. Dans un premier temps,

¹⁹⁵ *Mugesera c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)*, (2003) C.A.F. 325 au para. 4 [*Mugesera*].

¹⁹⁶ *Ibid.*, aux para. 5-6.

¹⁹⁷ *Loi sur l'immigration*, R.C.S. 1985, c. I-2, à l'art. 27(1)a. 1)ii) [*Loi sur l'immigration*].

¹⁹⁸ Mentionnons que la *Loi sur l'immigration* de 1985 assimile les critères d'exclusion et d'expulsion pour les réfugiés, respectivement aux art. 1F et de l'art. 33 de la *Convention de Genève* de 1951, à ceux reliés aux résidents permanents jugés inadmissibles et « expulsables ».

¹⁹⁹ *Mugesera*, *supra* note 195 au para. 29.

²⁰⁰ *Code criminel*, *supra* note 119 aux art. 22, 235 et 464a); *Loi sur l'immigration*, *supra* note 197 à l'art.27 (1)a.1)ii).

²⁰¹ *Code criminel*, *ibid.* aux art. 318-19; *Loi sur l'immigration*, *ibid.* à l'art. 27 (1)a.3)ii).

²⁰² *Mugesera*, *supra* note 195 au para. 27; *Loi sur l'immigration*, *ibid.* à l'art. 27 (1)a.1)ii) et 27 (1)a.3)ii).

pour le cas en l'espèce, l'explication du discours et l'intention derrière le discours de Mugesera étaient des questions de fait. Le fardeau de preuve incombant en amont au ministre, mais en aval à l'agent d'immigration, était donc de démontrer qu'il avait des « motifs raisonnables de croire » que cette personne avait effectivement prononcé ce discours et que des intentions haineuses et d'incitation au « génocide des Tutsis se trouvaient dans ce discours ». ²⁰³ Pour les questions de droit, le ministre devait prouver par prépondérance des probabilités que ce discours haineux constituait effectivement un crime au terme du droit canadien et du droit rwandais. Cette décision reprenait en fait la *ratione* adoptée dans la décision *Ramirez* qui soulignait que l'expression « motifs raisonnables de croire » avait le même sens que l'expression « raisons sérieuses » présente à l'article 1Fb) de la *Convention de Genève de 1951*. ²⁰⁴ Deux autres décisions sont venues confirmer que ce critère ne s'appliquait qu'aux questions de fait. ²⁰⁵ Le fardeau requis selon le critère des « motifs raisonnables de croire » est considéré comme inférieur à celui fondé sur la « prépondérance des probabilités ». ²⁰⁶ Dans ce cas d'espèce, les juges de la Cour d'appel fédérale ont soutenu que le ministre ne s'était pas déchargé de son fardeau de preuve pour les allégations A et B. ²⁰⁷

La troisième allégation (C) pesant contre Mugesera concernait l'article 19 (1)j) et 27 (1)g) de la *loi sur l'immigration* qui traite des personnes non admissibles à l'immigration au Canada. ²⁰⁸ L'argument du ministre était de dire que le même discours constituait un crime contre l'humanité au sens des articles 7 (3.76), 21, 22, 235, 318 et 464 du Code criminel et au sens du droit international. ²⁰⁹ Les critères de preuve applicable étaient les mêmes que pour les allégations A et B. En ce qui a trait aux faits, le ministre devait donc prouver qu'il avait des « motifs raisonnables de croire » que le discours et l'intention derrière le discours visait la commission d'un crime contre l'humanité, la personne devenant alors inadmissible au sens de la *loi sur l'immigration*. ²¹⁰ Pour la question de droit, le ministre devait prouver selon la « prépondérance de probabilités » que ce discours incitant au meurtre et à la violence constituait bien un crime contre l'humanité en droit canadien et en droit international. ²¹¹ Selon les juges, le

²⁰³ *Mugesera, ibid.* au para. 27.

²⁰⁴ *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.A.F. 312. Lire aussi Lawyers Committee for Human Rights, Report, « Safeguarding Refugees under the 1951 Exclusion Clauses », Août 1997, au para. 317.

²⁰⁵ *Gonzalez c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1994] 3 C.F. 646 (C.A.); *Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298 (C.A.).

²⁰⁶ *Zrig c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] C.A.F. 178 au para 174.

²⁰⁷ *Mugesera, supra* note 195 au para. 340.

²⁰⁸ *Loi sur l'immigration, supra* note 197 aux art. 19 (1)j) et 27 (1)g)

²⁰⁹ *Ibid.* au para. 27. *Code criminel, supra* note 119 aux art. 7 (3,76), 21, 22, 235, 318 et 464.

²¹⁰ *Loi sur l'immigration, supra* 197 à l'art. 27 (1)a.3)ii).

²¹¹ *Mugesera, supra* note 195 para. 29. La Cour d'appel fédérale rappelle au para. 52 les critères de détermination d'un crime contre l'humanité en se basant sur ceux établis dans les affaires suivantes :

ministre ne s'est pas ici non plus déchargé de son fardeau de prouver qu'il avait des motifs raisonnables de croire que le discours contenait une intention d'inciter à la commission d'un crime contre l'humanité. Également, il ne s'est pas déchargé du fardeau de prouver par prépondérance des probabilités que ce discours constituait effectivement un crime contre l'humanité.²¹²

Derechef, nous rappelons que ce cas d'espèce ne visait pas à déterminer la culpabilité de Mugesera mais bien à vérifier si ce dernier tombait sous l'égide des clauses d'inadmissibilité de la *loi sur l'immigration*. En matière criminelle, le fardeau de preuve incombant à l'État est de prouver « hors de tout doute raisonnable » la culpabilité de l'accusé, un fardeau beaucoup plus élevé que celui « du motif raisonnable de croire » et aussi plus substantiel que celui de la « prépondérance des probabilités ».²¹³ À la lumière de la décision Mugesera, certains pourraient être tentés de conclure qu'il serait quasi impossible de prouver « hors de tout doute raisonnable » qu'un tortionnaire a effectivement torturé des personnes dans un cadre systématique et organisé. En effet, si le ministre a éprouvé de la difficulté à prouver ses allégations et ce, suivant des critères de preuves moindres, comment aurait-il pu le faire selon des critères plus exigeants? Suivant nos développements antérieurs, la preuve que la torture peut, dans certaines situations, être considérée comme un crime contre l'humanité, serait facilitée par le fait que la situation étant maintenant très claire en droit interne et en droit international.²¹⁴ Donc, il ne resterait qu'à prouver qu'un individu en particulier aurait exécuté, participé ou planifié des actes de torture systématiques et qu'ils seraient de l'ordre du crime contre l'humanité.²¹⁵ Nous ne suggérons pas que les preuves sont plus évidentes et plus faciles à établir dans les cas de torture, même si elle est pratiquée systématiquement. Simplement au niveau des preuves apportées par les témoignages des victimes, mis à part les séquelles physiques permanentes qui sont généralement plus facile à prouver, les preuves de torture par la démonstration de dommages ou de traumatismes psychologiques ne sont jamais une chose facile.²¹⁶ Quoiqu'il en soit, si les victimes de torture sont présentes sur

Akayesu, *supra* note 72; *Finta*, *supra* note 132; *Sivakumar*, *supra* note 191; *Figueroa c. Canada (M.C.I.)*, 212 F.T.R. 318 (C.A.).

²¹² *Mugesera*, *supra* note 195 au para. 251-53.

²¹³ Pour une comparaison des fardeaux de preuve en matière criminelle, en droit civil et en droit des réfugiés, lire Brian Gorlick, « Common Burdens and Standards : Legal Elements in Assessing Claims to Refugee Status » (2003) 15 (3) *Int'l J Refugee L*. 357 aux pp. 367-70.

²¹⁴ Voir les critères discutés aux notes 65-68.

²¹⁵ Sur les éléments définissant les crimes contre l'humanité, voir *supra* notes 72-76.

²¹⁶ Richard F. Mollica et Yael Caspi-Yavin, « Measuring Torture and Torture-Related Symptoms » (décembre 1991) 4 (3) *Psychological Assessment* 581. Hans Draminsky Petersen et Peter Jacobsen, « Psychical and physical symptoms after torture. A prospective controlled study » (nov. et déc. 1985) 29 (3-4) *Forensic Science International* 179. Cette dernière étude suggère qu'un groupe d'individu torturé diffèrait du groupe-témoin par la présence de dépression, d'anxiété, de cauchemars, de troubles de mémoire et de concentration et de troubles du sommeil. Nous ajoutons que ces troubles ne sont pas nécessairement l'apanage des victimes de torture.

le territoire de l'État poursuivant, elles constitueront souvent les meilleures « preuves vivantes » d'actes de torture systématiques.²¹⁷ Tel que mentionné, nous croyons que si le Canada mettait vraiment les ressources nécessaires pour la réalisation des enquêtes, la preuve serait plus facile à accumuler et le public aurait au moins l'impression que tous les moyens nécessaires ont été utilisés pour éviter l'impunité. En tout état de cause, un simple début de réparation pour les victimes commande au Canada de faire tout en son pouvoir pour en arriver à des poursuites utiles, que ce soit ici ou en coopérant avec un autre pays disposé à la faire.

3.2- Pistes de solution

Dans cette dernière partie, nous aimerions proposer des pistes de solution qui pourraient s'avérer fécondes, dans le but de réellement développer un programme de lutte contre les crimes les plus graves, dont le crime de torture. Premièrement, pour les solutions d'ordre politique, il s'avère fécond de recommander aux groupes de pression et aux organismes non gouvernementaux intéressés à la lutte contre l'impunité de mettre davantage de pression sur l'exécutif afin qu'il mette en oeuvre un *Programme* qu'il a lui-même développé et afin qu'il alloue plus de fonds et de ressources à l'ACSF et particulièrement, à la GRC. Cette dernière pourrait alors réellement mener des enquêtes criminelles à terme. De plus, ces groupes pourraient presser le gouvernement en lui demandant de cesser d'utiliser ce *Programme* comme façade et par le fait même lui rappeler que l'expulsion et l'exclusion de tortionnaires ne constituent pas des actes punitifs mais bien de simples inconvénients. Enfin, ces groupes et ces organismes auraient avantage à publiciser l'existence même du *Programme* et la politique du *no safe haven* qui le sous-tend, ainsi que d'en expliquer les réelles conséquences et implications, à savoir l'impunité généralisée pour les tortionnaires.

Deuxièmement, au niveau législatif, nous suggérons que la *loi sur les crimes contre l'humanité* soit amendée de manière à modifier le principe selon lequel le Procureur général a l'entière discrétion pour lancer des poursuites. Les Cours canadiennes reconnaissent généralement qu'un pouvoir discrétionnaire n'est jamais absolu et que celui-ci doit être exercé suivant la loi, avec en tête la Charte, la Constitution et les obligations internationales du Canada.²¹⁸ Suivant la décision *Ertel* : « dans l'exercice de ses pouvoirs discrétionnaires, le Procureur général rend compte au Parlement ou

²¹⁷ Pour un point de vue intéressant sur la réparation et la participation des victimes dans et par le processus pénal, lire Raquel Aldana-Pindell, « In vindication of Justiciable Victims' Rights to Truth and Justice for State-Sponsored Crimes » (novembre 2002) 35 (5) Vand. J. Transnat'l L. 1399.

²¹⁸ Patrice Garant, *Droit Administratif*, 5^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2004 à la p. 205 [Garant].

l'Assemblée législative et ses décisions sont sujettes au contrôle de la juridiction compétente si elles portent atteinte à des droits constitutionnellement protégés ». ²¹⁹ Nous pouvons penser au cas de figure où les enquêteurs de la GRC ou le Bureau de l'immigration et de la Protection des Réfugiés feraient la découverte qu'un demandeur d'asile, un réfugié, un résident permanent ou un citoyen aurait été impliqué dans la commission de crimes de torture systématique mais que celui-ci risquerait lui-même la torture advenant son expulsion ou qu'il ne bénéficierait pas d'un procès juste et équitable advenant le cas d'une extradition. ²²⁰ Dans une perspective de lutte contre l'impunité et dans l'esprit du respect de l'obligation *aut dedere aut judicare* existant en matière de torture, les enquêteurs auraient alors le devoir d'approfondir les enquêtes et, advenant la suffisance des preuves, le Procureur devrait user de son pouvoir en conformité avec la *Charte canadienne*. Il devrait donc déclencher des poursuites afin que le tortionnaire ne soit pas torturé, qu'il bénéficie d'un procès juste et équitable et que le Canada respecte ses obligations internationales. ²²¹ Dans le cas ultime de l'insuffisance de preuves après une enquête sincère, le tortionnaire pourrait alors être expulsé, sauf s'il risque la persécution ou la torture.

Maintenant, en se positionnant du côté des victimes, prenons le cas de figure où à la fois les victimes et les présumés tortionnaires se trouveraient en sol canadien. La discrétion du Procureur devrait être exercée de manière à protéger les droits des victimes à ne pas être exposées à des traitements cruels et inhumains, par le fait de revivre les souffrances passées par la connaissance que l'agresseur vit en toute liberté.

Bien qu'encadré par la jurisprudence, nous pensons que, dans le cadre de la *loi sur les crimes contre l'humanité*, le pouvoir discrétionnaire du Procureur devrait l'être encore davantage. À ce sujet, nous sommes du même avis que l'organisation Amnistie Internationale. Celle-ci a ouvertement critiqué la discrétion donnée au Procureur général dans plusieurs pays, notamment au Canada, de poursuivre ou non un criminel ou un tortionnaire. ²²² Le rapport soutient que ce personnage, à la fois homme politique et

²¹⁹ *R. c. Ertel*, (1987) 20 O.A.C. 257. Lire aussi *Slaight Communications c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Côté c. La Reine* [1993] R.J.Q. 1350.

²²⁰ *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441. Dans la décision *Schmidt*, il a été décidé que l'exercice du pouvoir discrétionnaire par l'exécutif d'extrader un fugitif doit se conformer aux exigences de la *Charte canadienne*. Par extension, si le Canada ne peut extrader, il devrait faire tout en son pouvoir pour poursuivre. Lire *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500 à la p. 521. Mentionnons que le pouvoir discrétionnaire est aussi limité par la common law. Celle-ci soutient que ce pouvoir doit entre autres être utilisé suivant les principes de justice naturelle.

²²¹ Addo, *supra* note 14 à la p. 516. Cet auteur souligne que toute violation apparente ou réelle de l'interdiction absolue de la torture commande des investigations diligentes et une réparation adéquate, notamment par l'entremise de la justice punitive.

²²² Amnistie Internationale, *Universal Jurisdiction : The duty of States to enact and implement legislation. Chapter fourteen. Overcoming obstacles to implementing universal jurisdiction*, septembre 2001 aux pp. 8-12 [Amnistie, *Chapter fourteen*].

principal conseiller juridique du gouvernement, risque de se voir influencé par le manque de réelle volonté politique de poursuivre les tortionnaires. Le rapport répertorie aussi de nombreux cas où des tortionnaires n'ont pas été poursuivis, suite à des tractations politiques. De plus, nous jugeons que le fait de laisser une discrétion totale au Procureur général risque d'aller à l'encontre du principe selon lequel un État doit exercer sa juridiction de bonne foi et suivant ses obligations internationales.²²³ Dans cette optique, nous suggérons que trois solutions alternatives s'imposent. Premièrement, il y a la possibilité de confier la discrétion de la poursuite à un procureur indépendant, comme c'était le cas en Angleterre et aux Pays de Galles avant l'entrée en vigueur du Statut de Rome pour les poursuites de manquements graves aux quatre *Conventions de Genève* et du *Protocole I*.²²⁴ Dans le cas contraire, soit en laissant la discrétion à un homme politique, les refus de poursuivre, pourraient laisser croire et donner l'impression au public que les poursuites sont exercées davantage pour des motifs politiques que juridiques. Deuxièmement, nous suggérons qu'une modification à la *loi sur la Cour fédérale* pourrait permettre la création d'une chambre spéciale, entièrement dédiée aux crimes contre l'humanité et aux crimes de guerre, qui soupeserait la preuve remis par le bureau du procureur au Procureur général afin de déterminer s'il y a matière à poursuite ou non. Les décisions seraient alors prises par un organe judiciaire, indépendant des aléas politiques, du moins, en apparence. Enfin, une autre solution mitoyenne consisterait à modifier la loi de telle sorte qu'elle prévoirait des critères pour l'exercice de la discrétion du Procureur général. Il reste que ces solutions se situent en aval. En amont, la meilleure solution demeure de mettre à la disposition des enquêteurs des ressources adéquates pour amasser suffisamment de preuve.

3.2.1- Une solution juridique pour les cas particuliers : le recours en *mandamus*

Maintenant, une solution juridique s'offre aussi à nous. Nous voulons ici discuter de l'utilisation possible du recours en *mandamus* dans un cas particulier de poursuite en droit criminel. Ce recours de droit administratif est entamé par la voie d'une requête faite au juge compétent par un administré à l'encontre d'une autorité publique qui refuse d'exercer un devoir que la loi lui impose expressément ou par implication nécessaire.²²⁵ L'objectif premier de la requête est de forcer l'autorité publique à agir et à prendre une décision, mais pas à l'obliger à prendre une décision plutôt qu'une autre. En principe, un justiciable n'a pas la possibilité de faire une requête en *mandamus* pour faire contrôler l'exercice d'une discrétion, à tout le moins dans le cas des pouvoirs discrétionnaires des

²²³ À ce sujet, lire *The Princeton Principles*, *supra* note 110 au principe 1 (5).

²²⁴ Aministie, *Chapter fourteen*, *supra* note 22 à la p. 11.

²²⁵ Garant, *supra* note 218 à la p. 548. Le *mandamus* est accordé *ex debito justitiae*, s'il n'y pas d'autres recours possibles, ou de manière discrétionnaire, s'il y a un autre recours possible. Lire *R. ex. rel. Lee c. W.C.B.*, [1942] 2 W.W.R. 129 aux pp. 150-51 (B.C.C.A.).

juges.²²⁶ Dans l'optique où nous avons affirmé le fait que les lois canadiennes et le droit international imposent une obligation de poursuivre ou d'extrader les tortionnaires, nous nous sommes demandé si un justiciable, une victime ou une personne ayant un intérêt suffisant pour agir pouvait demander au Procureur général de prendre une décision promptement pour les trois cas (voir *supra* à la p. 35) qui lui ont été soumis ou pour tout autre cas concernant un tortionnaire. Comme aucun précédent n'existe, nous ne pouvons avoir une réponse définitive sur cette question. De plus, suivant notre proposition d'ajouter une chambre préliminaire à la Cour fédérale, nous pouvons aussi nous demander si la requête en *mandamus* ne pouvait pas être utilisée à l'encontre d'un juge fédéral refusant d'exercer son pouvoir. Suivant la jurisprudence actuelle, si le Procureur décidait effectivement d'exercer sa discrétion dans un sens ou dans l'autre, il serait en théorie possible d'utiliser le *mandamus* pour forcer cette autorité à suivre la ligne de conduite qu'elle s'est ainsi elle-même fixée.²²⁷ Ainsi, nous suggérons que si le Procureur refusait de poursuivre, il serait possible d'utiliser le *mandamus* pour le forcer à trouver un pays demandant l'extradition et si le Procureur acceptait de poursuivre, le *mandamus* serait aussi ouvert pour forcer l'activation du processus judiciaire *per se*.

À l'encontre de nos arguments, il est généralement invoqué le fait que le Procureur général est immunisé contre la requête en *mandamus* et que ses pouvoirs décisionnels ne sont pas sujet à la révision judiciaire.²²⁸ Pour détruire ces contre-arguments, Attaran invoque le fait que le *mandamus* est permis contre un serviteur de la Couronne qui est une *persona designata* dans l'accomplissement d'un devoir spécifique.²²⁹ Pour soutenir son argument, l'auteur utilise le fameux jugement rendu par Lord Denny dans l'affaire *Metropolitan Police Commissioner*.²³⁰ Dans ce jugement, la Cour a considéré que le *mandamus* pouvait être utilisé à l'encontre du chef de police, en tant que fonctionnaire public chargé de faire appliquer la loi, pour le forcer à suivre une loi ou une politique publique. Selon l'auteur, il est *a fortiori* possible de conclure que le *mandamus* pourrait aussi être utilisé contre le Procureur général, en tant qu'il est le plus haut fonctionnaire public chargé de faire appliquer la loi. Selon notre étude, il s'agirait de le forcer à appliquer la *loi sur les crimes contre l'humanité*. Même si nous adhérons à cette position, il reste à voir si la Cour accepte notre raisonnement.

²²⁶ Pierre Béliveau et Martin Vaclair, *Traité Général de Preuve et de Procédure Pénales*, 9^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2002 au para. 2206. Par exemple, on ne pourrait contraindre par *mandamus* un juge à accepter ou refuser un plaidoyer de culpabilité.

²²⁷ Garant, *supra* note 218 à la page 551.

²²⁸ Amir Attaran, « *Mandamus in the Enforcement of the Criminal Law : Ending the Anti-Protest Injunction Habit-Issues Arising from Macmillan Bloedel v. Simpson* » (1999-2000) 33 U. Brit. Colum. L. Rev. 181 aux pp. 185-86.

²²⁹ *Ibid.*, au pp. 184-85.

²³⁰ *R. c. Metropolitan Police Commissioner ex parte Blackburn (No.1)*, [1968] 1 All ER 763 (C.A.).

Enfin, d'un point de vue plus philosophique, nous suggérons que si un tortionnaire avéré se trouve au Canada et que ce dernier a un statut de réfugié, est résident permanent ou est citoyen, le simple intérêt public et la valeur intrinsèque et extrinsèque conférée à ces statuts commande que tous les efforts soient déployés pour pousser une enquête et poursuivre ou au moins procéder à une extradition.²³¹ Dans cette optique, la révocation des statuts et l'expulsion devraient être des recours ultimes et non pas des recours principaux. Le fait que des victimes se trouvent au Canada et qu'elles aient un quelconque statut juridique devraient aussi militer pour la tenue d'une enquête sérieuse, pour le simple respect des souffrances que ces personnes ont endurées. En effet, des poursuites criminelles pourraient se combiner à l'effet des poursuites civiles, en route vers une justice plus ample.²³²

CONCLUSION

À la lumière des faits, il semble que la volonté du gouvernement canadien de lutter contre l'impunité des criminels et des tortionnaires est bien mince, cet objectif apparaissant davantage comme un dommage collatéral. En fait, ce qui ressort de notre analyse c'est que l'objectif principal du Canada est de garder les tortionnaires et autres malfrats à l'extérieur de la communauté, ce processus d'exclusion étant guidé par la conviction profonde que le pouvoir souverain d'exclure est absolu et qu'aucune obligation internationale supérieure ne peut le limiter. Cette idée suit la vision selon laquelle le contrôle migratoire est un des derniers châteaux forts de l'exercice gouvernemental du pouvoir souverain.²³³ À notre avis, l'exercice de ce pouvoir souverain serait davantage légitime s'il s'affairait à punir les tortionnaires plutôt que de les laisser libres dans un autre pays. Ainsi, le principal dommage collatéral de cette politique est le droit international *per se* et à l'intérieur de l'État canadien, un droit qui demeure bien virtuel et des obligations qui restent perçues comme facultatives.

Si des normes *jus cogens* existent réellement, que l'interdiction de la torture et de renvoi vers la torture en font partie, que la torture est aussi un crime contre l'humanité et que, par ce fait, des obligations *erga omnes* y sont rattachées avec notamment l'obligation *aut dedere aut judicare*, nous sommes d'avis que le Canada est un de ces pays qui a les moyens de mener à terme des enquêtes et de poursuivre les tortionnaires. Dans un monde contemporain où l'interdiction absolue de torturer est remise en doute, la

²³¹ Wet, *supra* note 57 à la p. 111. Wet suggère que l'obligation *aut dedere aut judicare* emporte l'obligation d'enquêter et de mettre des ressources suffisantes entre les mains de enquêteurs.

²³² Mark S. Zaid, « Will or Should the United States Ever Prosecute War Criminals? : A Need For Greater Expansion in the Areas of Both Criminal and Civil Liability » (2000-2001) 35 New Eng. L. Rev. 447.

²³³ Catherine Dauvergne, « Sovereignty and the Rule of Law in Global Times » (2004) 67 (4) Mod. L. Rev. 588; Okafor, *supra* note 40 à la p. 52; Sassen, *supra* note 1 aux pp. 63-65.

lutte contre la torture doit aller au-delà des simples déclarations et doit se refléter dans la pratique. Dans le cas contraire, le Canada participe à bien des égards à la continuation d'un monde où règne l'impunité et donne l'impression qu'il cautionne la torture. L'exclusion et l'expulsion d'un tortionnaire ne constituent pas des punitions adéquates pour le tortionnaire et encore moins un début de réparation pour les victimes, mais bien davantage de simples inconvénients.

BIBLIOGRAPHIES

LÉGISLATIONS ET DOCUMENTS INTERNATIONAUX

Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis Powers and Charter of the International Military Tribunal, Août 1945, 59 Stat. 1544, 82 U.N.T.S. 279.

Ahani c. Canada Communication No. 1051/2002: Canada 15/06/2004, CCPR/C/80/D/1051/2002.

Annex to Agreement for the Prosecution and Punishment of Major War Criminals of the European Axis (London Agreement), London, 8 Août 1945, 82 U. N.T.S. 279, 59 Stat. 1544, E.A.S. No. 472.

Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982) 27 juin 1981, entré en vigueur le 21 octobre 1986, en ligne :
<<http://www1.umn.edu/humanrts/instree/french/fz1afchar.html>>.

Code criminel et lois connexes annotés (Alain Dubois et Philip Schneider), L. R. C. 2004.

Comité contre la torture, 18^e sess., Communication n° 39/1996 : Suède. 28/04/97. CAT/C/18/D/39/1996, en ligne :
<[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/ac83790666e4b33d802566f80062a76f?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/ac83790666e4b33d802566f80062a76f?Opendocument)>.

Comité des droits de l'Homme, Observation Générale n° 20 : Remplacement de l'Observation Générale 7 concernant l'interdiction de la torture et des traitements cruels (art. 7) 10/03/92 (1992), 44^e sess.

Comité des droits de l'Homme, Observation générale n° 24, *Questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des protocoles facultatifs et relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte*, 04/11/94, 52^e sess., CCPR/C/21/Rev.1/Add.6.

Comité des droits de l'Homme, Observation Générales n° 29, *L'État d'Urgence (Article 4)*, U.N. Doc. /CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001).

Commission des droits de l'Homme, *Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment : Report by Special Rapporteur*, M. P. Kooijmans, E/CN.4/1992/17.

Commission interaméricaine des droits de l'Homme, *Report on Terrorism and Human Rights*, 22 octobre 2002, OEA/SER.L/V/II.116, Doc.5 rev. 1 corr.

Commission du Droit International, *Commentaries to the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Act*, en ligne :
<http://www.un.org/law/ilc/texts/State_responsibility/responsibilityfra.htm>.

Convention interaméricaine des droits de l'Homme, 22 novembre 1969, O.A.S. Treaty Series No. 36, 1144 U.N.T.S. 123, reportée dans, Documents de Base Appartenant au Système Interaméricain des Droits de l'Homme, OEA/SER.L/V/I.4 rev. 9 (2003).

Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, 9 décembre 1985, reportée dans, Documents de Base Appartenant au Système Interaméricain des Droits de l'Homme, OEA/SER.L/V/I.4 Rev. 9.

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée par l'Assemblée générale, 10 décembre 1984, A.. res. 3452 (XXX), annexe, 30 U.N. GAOR Supp. (No. 34), 91, U.N. Doc. A/10034 (1975), le 10 décembre 1984.

Convention Contre les Prises d'Otages, G.A. rés. 34/146, N.U. AGOR, 34e Sess., Supp. No. 99, U.N. Doc. A/34/819, adoptée le 12 décembre 1979.

Convention de Genève du 12 Août 1949.

Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique, Organisation de l'Unité Africaine, CAB/LEG/24.3.

Convention de Vienne sur le Droit des Traités, 1155 U.N.T.S. 331, entrée en vigueur le 27 janvier 1980.

Convention Européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, (ETS No. 5), 213 U.N.T.S. 222, entrée en vigueur le 3 sept. 1953, tel qu'amendé par les Protocoles nos. 3, 5, 8, et 11, entrées en vigueur le 21 septembre 1970, 20 décembre 1971, 1^{er} janvier 1990 et le 1^{er} November 1998 respectivement.

Convention européenne sur la prévention de la torture et autres traitements et peines dégradants, ETS 126, entrée en vigueur le 1^{er} 1989.

Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft (The Hague Convention of 1970), en ligne : http://www.iasl.mcgill.ca/airlaw/public/aviation_security/hague1970.pdf.

Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitation to War Crimes and Crimes Against Humanity, G.A. res. 2391 (XXIII), annexe, 23 U.N. GAOR Supp. (No.18) 40 U.N. Doc. A/7218 (1968).

Convention Relative aux Statut des Réfugiés, adoptée à Genève, Suisse, conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides, 189 U.N.T.S. 150, le 28 juillet 1951, entrée en vigueur le 22 avril 1954.

Convention Supplémentaire sur l'Abolition de l'Esclavage, de la Traite d'Esclave et des Pratiques et Institutions Similaires à l'Esclavage, 226 U.N.T.S. 3, entrée en vigueur le 30 avril 1957.

Convention sur la Prévention et la Répression du Crime de Génocide, 78 U.N.T.S. 277, entrée en vigueur le 12 janvier 1951.

Convention sur la Suppression des Actes Illicites contre la Sécurité des Avions Civils, 974 U.N.T.S. 178, entrée en vigueur le 26 janvier 1973.

Convention sur la Suppression et la Répression du Crime d'Apartheid, 1015 U.N.T.S 244, entrée en vigueur le 30 novembre 1973.

Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, rés. AG 217(III), Doc. Off. GA, NU, 3^e sess., supp. no 13, Doc. NU A/810 (1948) 71.

Department of Justice, *Regulation Concerning the Convention Against Torture*, 64 Fed. Reg. 8477 (1999).

Draft Articles on State Responsibility, U.N. doc. A/C.N.4/SER.A/1976/Add.1 (pt.2).

European Convention for the Prevention of Torture, Inhuman or Degrading Treatment and Punishment, ETS 126, entrée en vigueur le 1er février 1989.

Haut-Commissariat des Nations-Unies pour les Réfugiés, 40 U.N. GAOR, Supp. No. 12, U.N. Doc. A/34/12/Add.1 (1979).

Haut-Commissariat des Nations-Unies pour les Réfugiés, *Guidelines on International Protection No. 5 : Application of the Exclusion Clauses : Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*, HCR/GIP/03/05, 4 septembre 2003.

Haut-Commissariat des Nations-Unies pour les Réfugiés, Sibylle Kapferer, *Legal Protection Policy Research Series. The Interface between Extradition and Asylum*, novembre 2003, en ligne : <http://www.unhcr.ch/cgi-bin/texis/vtx/home?page=search>.

Introduction to the Commentary on Articles 40 and 41, U.N. Doc. A/5/10, 281

Crawford, James. *Third Report*, U.N. Doc. A/C.N.4/507/Add.4.

Kindler c. Canada, Communication No. 470/1991, Comité des droits de l'Homme, U.N. Doc. CCPR/C/48/D/470/1990 au para. 13.2 (1993).

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.R.C. 2001, c.27.

Loi sur l'immigration, R.C.S. 1985, c. I-2, tel que modifié par le projet de loi C-86.

Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985 ch. I-2, tel que modifié par le projet de loi C-71.

Loi sur la citoyenneté, L.R.C. 1985 c-29, tel que modifiée par le projet de loi C-71.

Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, L.R.C. 2000, ch. 24.

Optional Protocol to the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhumane or Degrading Treatment or Punishment, G.A. res. A/RES/57/199, adopté le 18 décembre 2002.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171, R.T. Can. 1976 no 47.

Protocole Additionnel aux Conventions de Genève du 12 Août 1949 et Relatif à la Protection des Victimes des Conflits Armés Internationaux (Protocoles I), 1125 U.N.T.S. 3, entrée en vigueur le 7 Décembre 1978.

Protocole Additionnel aux Conventions de Genève du 12 Août 1949 et Relatif à la Protection de Victimes des Conflits Armés Non-Internationaux, 1125 U.N.T.S. 609, entrée en vigueur le 7 Décembre 1978.

Protocole Additionnel à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, G.A. res. A/RES/57/199, adopté le 18 décembre 2002.

Question de torture et autre traitement cruel, inhumain, ou traitement dégradant ou punition, G.A. Res. 3059 (XXVIII), adoptée à l'unanimité, 2 novembre 1973.

Rapporteur Spécial sur la Torture, U.N. doc. E/CN.4/1986/I5.

Recommendations from the Committee against Torture in response to Canada's 3rd periodical report, CAT/C/SR./A/56/44.

Rules of Procedures of the Inter-American Commission on Human Rights, à jour en janvier 2003, reportés dans, Documents de Base Appartenant au Système Interaméricain des Droits de l'Homme, OEA/SER.L/V/I.4 rev.9 (2003).

Statut de Rome sur la Cour pénale internationale, A/Conf.183/9*, 1998.

Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, C.S. Res. 808, U.N. SCOR, 48^e Sess., Annexe, 20, N.U. Doc. S/27274 (1993).

Statut du tribunal pénal international pour le Rwanda, C.S. Res. 955, U.N. SCOR, 49^e Sess. U.N. doc. S/RES/955 (1994).

The Princeton Principles on Universal Jurisdiction, New Jersey, Program in Law and Public Affairs, 2001.

The Statute of the Iraqi Special Tribunal, Coalition Provisional Authority, en ligne : <http://www.cpa-iraq.org/human_rights/Statute.htm>.

JURISPRUDENCES

Ahani c. Canada (2002) 58 O.R. (3d) 107.

Ahmed c. Austria, CEDH, 17 décembre 1996, Appli. no. 25964/94.

Al-Adsani c. The United Kingdom, Jugement du 21 novembre 2001, A.35763/97

Cabiri c. Assassie-Gyimah, 921F, Supp.1189, 1196 (S.D.N.Y., 1996).

Caballero Delgado y Dantana, IACHR, (1996) 17 H.R.L.J. 24.

Canada (Secretary of State) v. Luitjens, [1989] 2 F.C. 125 (T.D.).

Canada c. Schmidt, [1987] 1 R.C.S. 500.

Cas concernant les activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), Rapports de la Cour Internationale de Justice, 1986, en ligne : <<http://www.icj-cij.org/cijwww/cpublications.htm>>.

Chahal c. Royaume-Uni, 15 novembre 1996, Cour européenne des Droits de l'Homme, Appl. No. 22414/93.

Committee of U.S. Citizens Living in Nicaragua c. Reagan, 859F, 2d 929, 949 (D.C. Cir.1988).

Côté c. La Reine [1993] R.J.Q. 1350.

Cour Internationale Justice, *Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd. (New Application) (Belgique c. Espagne)* Rep. 4, 5 février 1970.

D. c. Royaume-Uni (1997) 24 E.H.R.R. 423.

Ex parte Pinochet (No. 3), 2 All.E.R.

Figueroa c. Canada (M.C.I.), 212 F.T.R. 318 (C.A.).

Filartiga c. Peña-Irala, (1980) 2nd Cir. 639 F. 2d 876.

Gonzalez c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, [1994] 3 C.F. 646 (C.A.).

La Reine c. Finta, [1994] 1 R.C.S. 701.

Le Procureur c. Akayesu, Tribunal pénal international pour le Rwanda, 2 septembre 1998, N. ICTR-96-4-T.

Marcos Manto c. Thajane, 508 U.S. 972, 1251, Ed. 2d 661, 113 S Ct. 2960 (1993).

Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1994] 1 C.F. 298 (C.A.).

Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), (2003) C.A.F. 325.

Operation Dismantle c. La Reine, [1985] 1 R.C.S. 441.

Procureur c. Furundzija, Jugement du Tribunal Pénal International sur l'ex-Yougoslavie, Affaire No. IT-95-17/1-T, Chambre de première instance, 10 décembre 1998, en ligne : <http://www.un.org/icty/cases/jugemindex-f.htm>.

Prosecutor c. Kunarac, Kovac et Vokovic, Case No. IT-96-23 and IT-96-23/1 (Chambre d'appel), 12 juin 2002.

Prosecutor c. Tadic, Case No. IT-94_1 (Chambre d'appel), 15 juillet 1999.

Prosecutor c. Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, case n° IT-94-I-AR72, 2 octobre 1995.

Prosecutor c. Bagilishema, Case n° ICTR-95-23 (Chambre du Procès), 7 juin 2001.

Public Committee Against Torture c. State of Israel, (1999) HCJ 5100/94.

Prosecutor c. Semanza, Case No. ICTR-97-20 (Trial Chamber), 15 Mai 2003.

R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte (Amnesty International and Others intervening) (No. 3) [1999] 2 All E.R. (H.L.).

R. c. Ertel, (1987) 20 O.A.C. 257.

R. c. Metropolitan Police Commissioner ex parte Blackburn (No.1), [1968] 1 All ER 763 (C.A.).

R. ex. rel. Lee c. W.C.B., [1942] 2 W.W.R. 129 (B.C.C.A.).

Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1992] 2 C.A.F. 312.

Re Federal Republic of Germany and Rauca, (1983) 41 O.R. (2d) 225 (C.A.).

Republic of Argentina c. De Blake, 507 US 1017.123, Ed.2d.444, 113S.Ct.1812 (1993).

Rudolph c. Canada (Minister of Employment and Immigration), (1992) 142 N.R. 62 (F.C.A.).

Simon Herold c. Autriche (App. 4340/69), 2 février 1971, *Yearbook*, vol. 14, 1971.

Sivakumar c. Canada, [1994] 1 F.C. 433 (C.A.).

Slaight Communications c. Davidson, [1989] 1 R.C.S. 1038.

Soering c. Royaume-Uni (1989) 11 E.H.R.R. 439.

Sogi c. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2004] F.C.J. No. 1080, (2004) FC 853.

Suresh c. Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2002] 1 R.C.S.

Tyrer c. Royaume-Uni (1978) 2 E.H.R.R. 1.

Velasquez Rodriguez Case (Mérite), IACHR, (1988) 9 H.R.L.J. 212.

Xuncax et al. c. Gramajo, 886F. Supp.162 (D. Mass. 1995).

Zrig c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2003] C.A.F. 178.

DOCTRINE: MONOGRAPHS

Alston, Philipp. *Eunomia : New Order for a New World*, Oxford, Oxford University Press, 1990.

Arbour, J.-Maurice. *Droit International Public*, 3^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1997.

Bassiouni, Cherif et Edward M. Wise. *Aut Dedere Aut Judicare : The Duty to Prosecute or Extradite in International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995.

Bassiouni, Cherif. *Crimes Against Humanity in International Law*, 2^e éd., LaHaie, Kluwer Law International, 1999.

Béliveau, Pierre et Martin Vauclair. *Traité Général de Preuve et de Procédure Pénales*, 9^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2002.

Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, Oxford, 6^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2003.

Burgers, Herman et Hans Danelius. *The United Nations Convention Against Torture : A Handbook on the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988.

Cassese, Antonio. *International Law*, Oxford, Oxford Press, 2001.

Combacau, Jean et Serge Sur. *Droit International Public*, 5^e éd., Paris, Montchrestien, 2001.

Dershowitz, Alan M. *Why Terrorism Works : Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, New Haven, Yale University Press, 2002.

Dinh, Nguyen Quoc, Patrick Daillier et Alain Pellet. *Droit International Public*, 7^e éd., Paris, L.G.D.J. 2002

Garant, Patrice. *Droit Administratif*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004.

Goodwin-Gill, Guy S. *Refugee in International Law*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 1996.

Henzelin, M. *Le principe de l'universalité en droit pénal : droit et obligation de l'État de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, Bâle, Helbing et Lichtenhahn, 2000.

Koskenniemi, Martti. *From Apology to Utopia : The Structure of International Legal Argument*, Philadelphie, Coronet Books, 1989.

Oraá, Jaime. *Human Rights in a State of Emergency in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1992.

Ragazzi, Maurizio. *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford, Clarendon Press, 1997.

Rodley, Nigel S. *The Treatment of Prisoners Under International Law*, 2e éd., Oxford, Oxford University Press, 1999.

Sassen, Saskia. *Losing Control? Sovereignty in a Age of Globalization*, New York, Columbia University Press, 1995.

- Shaw, M.N. *International Law*, 5^e éd., Cambridge, Grotius Press, 2003.
- Waldman, Lorne. *Canadian Immigration & Refugee Law Practice 2005*, Ontario, Butterworths, 2004.
- DOCTRINE: ARTICLES
- Abi-Saab, R. « Human Rights and Humanitarian Law in Internal Conflicts » dans D. Warner, dir., *Human Rights and Humanitarian Law. The Quest for Universality*, Lahaie, Martinus Nijhoff, 1997, 110.
- Addo, Michael K. et Nicholas Grief, « Does Article 3 of the European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights » (1998) 9 E.J.I.L. 510.
- Aiken, Sharryn J. « Manufacturing "Terrorists" : Refugees, National Security and Canadian Law (Part 2) » (Février 2001) 19 (4) *Refuge* 116.
- Aldana-Pindell, Raquel. « In vindication of Justicialble Victims' Rights to Truth and Justice for State-Sponsored Crimes » (Novembre 2002) 35 (5) *Vand. J. Transnat'l L.* 1399.
- Allain, Jean. « Insisting on the *Jus Cogens* Nature of *Non-Refoulement* » dans Joanne van Selm et al. dir. *The Refugee Convention at Fifty. A View from Forced Migration Studies*, Lexington, Oxford, 2003, 81.
- Alland, Denis « Countermeasures of General Interest » (2002) 13 (5) E.J.I.L. 1221.
- Attaran, Amir. « *Mandamus* in the Enforcement of the Criminal Law : Ending the Anti-Protest Injunction Habit-Issues Arising from *Macmillan Bloedel v. Simpson* » (1999-2000) 33 U. Brit. Colum. L. Rev. 181.
- Barrett, Jastine « The Prohibition of Torture under International, Law : Part 1 : The Institutional Organisation » (Printemps 2001) 5 (1) *Int'l J. H.R.* 1.
- Bassiouni, Cherif « International Crimes : *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes* » (1996) 59 *Law & Contemp. Probs.* 63.
- , « Universal Jurisdiction for International Crimes : Historical Perspectives and Contemporary Practice » (2001-2002) 42 *Va. J. Int'l L.* 81.
- , « The Penal Characteristics of Conventional International Criminal Law » (1983) 15 *Case W. Res. J. Int'l L.* 27.
- Brems, Eva. « Universal Criminal Jurisdiction For Grave Breaches of International Humanitarian Law : The Belgian Legislation » (2002) 6 *S.J.I.C.L.* 909.
- Broomhall, Bruce. « Towards the Development of an Effective System of Universal Jurisdiction for Crimes under International Law » 35 (2) *New Eng. L. Rev.* 399.
- Bruin, René et Kees Wouters. « Terrorism and the Non-derogability of Non-refoulement » (2003) 15 n° 1 *Int'l J. Refugee L.* 5.
- Caron, David D. « The ILC Articles on State Responsibility : The paradoxical Relationship Between Form and Authority » (2002) 96 *A.J.I.L.* 857.
- Coutu, Michel et Marie-Hélène Giroux. « L'après-11 septembre devant la Cour suprême du Canada : situation exceptionnelle et légitimité » (mars 2003) numéro spécial R. du B. 237.
- Crawford, James. « Revising the Draft Articles on State Responsibility » (1999) E.J.I.L. 10 (2) 435.
- Dauvergne, Catherine « Evaluating Canada's New Immigration and Refugee Protection Act in its Global Context » (2003) 41 *Alta. L. Rev.* 725.

- Draminsky Petersen, Hans et Peter Jacobsen. « Psychological and physical symptoms after torture. A prospective controlled study » (nov. et déc. 1985) 29 (3-4) *Forensic Science International* 179.
- Dugard John et Christine Van den Wyngaert. « Reconciling Extradition with Human Rights » (1998) 92 (1) *A.J.I.L.* 187.
- Einborn, Bruce J. et autres. « Prosecution of War Criminals and Violators of Human Rights in the United States » (1997-1998) 19 *Whittier L. Rev.* 281.
- Enache-Brown, Colleen et Ari Fried. « Universal Crime, Jurisdiction and Duty: The Obligation of *Aut Dedere Aut Judicare in International Law* » (1997-1998) 43 *McGill L. J.* 613.
- Evans, Malcolm D. « Getting to Grips with Torture » (Avril 2002) 51 *I.C.L.Q.* 365.
- Fitzpatrick, Joan. « The Post-Exclusion Phase : Extradition, Prosecution and Expulsion » (2000) 12 *Int'l. J. Refugee L.* 272.
- Franck, Thomas M. « The Emerging Right to Democratic Governance » (1992) 86 *A.J.I.L.* 46.
- Gaja, C.F. « Obligations *Erga Omnes*, International Crimes and *Jus Cogens* : A Tentative Analysis of Three Related Concepts » dans A. Cassese et M. Spinedi, dir., *International Crimes of States : A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Reponsability*, Berlin, De Gruyter, 1989, 151.
- Gilbert, Geoff. « Current Issues in the Application of the Exclusion Clauses » dans E. Feller et autres, dir., *Refugee Protection in International Law : UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 425.
- Goldstein, R.J. « The Limitations of Using Quantitative Data in Studying Human Rights Abuses » dans T.B. Jabine et R.P. Claude, dir., *Human Rights and Statistics : Getting the Record Straight*, Philadelphie, Pennsylvania University, 1992, 35.
- Goodman, Ryan et Derek Jinks. « Measuring the Effects of Human Rights Treaties » (2003) 14 (1) *E.J.I.L.* 171.
- Goodwin-Gill, Guy S. « Crime in International Law : Obligations *Erga Omnes* and the Duty to Prosecute » dans G. S. Goodwin-Gill et Stephan Talmon, dir., *The Reality of International Law. Essays in Honour of Ian Brownlie*, Oxford, Clarendon Press, 1999.
- Gorlick, Brian. « Human Rights and Refugees : Enhancing Protection through International Human Rights law » (2000) *Nordic J. Int'l L.* 117.
- « Common Burdens and Standards : Legal Elements in Assessing Claims to Refugee Status » (2003) 15 (3) *Int'l J. Refugee L.* 357.
- Hathaway James C. et Colin J. Harvey. « Framing Refugee Protection in the New World Disorder » (2001) 34 *Cornell Int'l L.J.* 257.
- Hawkins, Darren. « Universal Jurisdiction for Human Rights : From legal Principle to Limited Reality » (2003) 9 *Glob. Gov.* 347.
- Heckman, Gerald P. « Securing Procedural Safeguards for Asylum Seekers in Canadian Law: An Expanding Role for International Human Rights Law? » (2003) 15 (3) *Int'l J. Refugee L.* 212.
- Hope, David. « Torture » (octobre 2004) 53 *I.C.L.Q.* 807.

Joyner, Christopher C. « Arresting Impunity : the Case for Universal Jurisdiction in Bringing War criminals to Accountability » (1996) 59 Law & Contemp. Probs 153.

Kapferer, Sibylle. *Legal Protection Policy Research Series. The Interface between Extradition and Asylum*, novembre 2003, en ligne : <<http://www.unhcr.ch/cgi-bin/texis/vtx/home?page=search>>.

Kelly, Patrick. «The Twilight of Customary International Law», 40 Va. J. Int'l L. 449.

Koji, Teraya. « Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond : From the Perspective of Non-derogable Rights » (2001) E.J.I.L 12 (5) 917.

Larseus, Nina. « The Relationship between Safeguarding Internal Security and Complying with International Obligations of Protection. The Unresolved Issue of Excluded Asylum Seekers » (2004) 73 Nordic J. Int'l L. 69.

Laursen, Andreas. « Israel's Supreme Court and International Human Rights Law : The Judgment on "Moderate Physical Pressure" » (2000) 69 Nordic J. Int'l L. 413.

Levinson, Sanford. « "Precommitment" and "postcommitment": The ban on torture in the wake of September 11 » (juin 2003) 81 (7) Tex. L. Rev. 2013.

Martin, Fransisco Forrest. « Delineating a Hierarchical Outline of International Law Sources and Norms » (2002) 65 Sask L. Rev. 333.

Matas, David. « Canada as a Haven for Torturers », document préparé pour le *Centre for Refugee Studies*, 29 février 2000, en ligne : <<http://www.ccvf.org/haven.html>>.

----- « Prosecution in Canada for Crimes Against Humanity » N. Y. L. Sch. J. Int'l Comp. L. 347.

----- « The Case of Imre Finta » (1994) 43 U.N.B.L.J. 282.

Meron, Theodor. « On a Hierarchy of International Human Rights » (1986) 80 A.J.I.L. 1.

Mitchell, Paul. « Domestic Rights and International Responsibilities : Extradition Under the Canadian Charter » (1998) 23 Yale J. Int'l Law 141.

Mollica, Richard F. et Yael Caspi-Yavin. « Measuring Torture and Torture-Related Symptoms » (décembre 1991) 4 (3) Psychological Assessment 581.

Nagan, Winston P. et Lucie Atkins, « The International Law of Torture : From Universal Proscription to Effective Application and Enforcement » (2001) 14 Harv. Hum. Rts. J. 87.

Plagman, Hansje. « The Status of the Right to life and the Prohibition of Torture under International Law : Its Implications for the United States » (2003) 3 JIJS 172.

Okafor, Obiora Chinedu et Pius Lekwuwa Okoronkwo. « Reconfiguring Non-refoulement? The Suresh Decision, 'Security Relativism', and the International Human Rights Imperative », (2003) 15 no. 1 Int'l J. Refugee L. 30.

Opara. Victor Nnamdi. « Sovereign and Diplomatic Immunity as Customary International Law : Beyond R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, Ex Parte Pinochet Ugarte » (2003) Wis. J. Int'l L. 255

Orentlicher, Diane F. « Settling Accounts : The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime » (1990-91) 100 Yale L. J. 2537.

- Osofsky, Hari M. « Domesticating international criminal law : Bringing human rights violators to justice » (octobre 1997) 107 (1) Yale L. J. 191.
- Randall, Kenneth. « Universal Jurisdiction Under International Law » (1987-1988) 66 Tex. L. Rev. 785.
- Rikhof, Joseph. « Access, Asylum and Atrocities : An Unholy Alliance? » (Février 2001) 19 (4) Refuge 100.
- Roberts, Anthea Elizabeth. « Traditional and Modern Approaches to Customary International Law : A Reconciliation » (2001) 95 A.J.I.L. 757.
- Schwarzenberger, Georg. « International Jus Cogens? » (1966) 43 Tex. L. Rev. 455.
- Scobbie, Ian. « The Invocation Of Responsibility for the Breach of 'Obligations under Peremptory Norms of General International Law' » (2002) 13 (5) E.J.I.L. 1201.
- Shelton, Dinah L. « International Law and 'Relative Normativity' » dans Malcolm D. Evans dir., *International Law*, New York, Oxford University Press, 2003, 153.
- « The Inter-American Human Rights System » dans Hurst Hannum, dir., *Guide to International Human Rights Practice*, 4^e éd., New York, Transnational Publishers, 2004, 127.
- Sicilianos, Linos-Alexander. « The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of the International Responsibility » (2002) 13 (5) E.J.I.L. 1127.
- Sloan, James. « The Application of Article 1F of the 1951 Convention in Canada and the United States » (2000) 12 Int'l J. Refugee L. 222.
- Stephens, Beth. « Upsetting Checks and Balances : The Bush Administration's Efforts to Limit Human Rights Litigation » (2003) 17 Harv. Hum. Rts. J. 203.
- Steven, Lee A. « Genocide and the Duty to Extradite or Prosecute : Why the United States is in Breach of its International Obligations » (1998-1999) 39 Va. J. Int 425.
- Swart, Bert. « Analyse des Critères Traditionnels de Compétence » dans Mireille Delmas-Marty et Antonio Cassese, dir., *Juridictions Nationales et Crimes Internationaux*, Paris, PUF, 2002, 571.
- Tams, Christian J. « Do Serious Breaches Give Rise to Any Specific Obligations of the Responsible State » (2002) 13 (5) E.J.I.L. 1161.
- Toope, Stephen J. « Fallout from 9-11 : Will a Security Culture Undermine Human Rights? » (2002) 65 Sask. L. Rev. 281.
- VanderMarch, Damien. « La compétence universelle », Mireille Delmas-Marty et Antonio Cassese, dir., *Juridictions Nationales et Crimes Internationaux*, Paris, PUF, 2002, 589.
- Vukov, Tamara. « Imagining communities through immigration policies. Governmental regulation, media spectacles and the affective politics of national borders » (2003) 6 (3) Int'l J. Cult. Stud. 335.
- Weissbrodt, David et Isabel Hörtreiter. « The Principle of Non-Refoulement : Article 3 of the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Comparison with the Non-Refoulement Provisions of Other International Human Rights Treaties » (1999) 5 Buff. H.R.L. Rev. 1
- Wet, Erika de. « The prohibition of Torture as an International Norm of jus cogens and Its Implications for National And Customary Law » (2004) 15 (1) E.J.I.L. 97.

Wible, Brent. « "De-Jeopardizing Justice" : Domestic Prosecutions for International Crimes and the Need for transnational Convergence » (2002-2003) 31 Denv. J. Int'l L. & Pol'y 265.

Wise, Edward M. « Extradition: The Hypothesis of a Civitas Maxima and the Maxim *Aut Dedere Aut Judicare* » (1991) 62 R.I.D.P.109.

Wylar, Eric. « From 'State Crime' to Responsibility for 'Serious Breaches of Obligations under Peremptory Norms of General International Law' » (2002) 13 (5) E.J.I.L. 1147.

Zaid, Mark S. « Will or Should the United States Ever Prosecute War Criminals? : A Need For Greater Expansion in the Areas of Both Criminal and Civil Liability » (2000-2001) 35 New Eng. L. Rev. 447.

AUTRES SOURCES

Agences des services frontaliers du Canada, *Programme canadien sur les crimes de guerre. Septième rapport annuel*. Rapport d'activités pour la période du 1er avril 2003 au 31 mars 2004, en ligne : <<http://www.cbsa-asfc.gc.ca/general/enforcement/annual/annual7-f.html>>.

Amnistie Internationale, *Rapport Annuel 1998*, en ligne : <www.amnesty.org>.

Amnistie Internationale, *Universal Jurisdiction : The duty of States to enact and implement legislation. Chapter fourteen. Overcoming obstacles to implementing universal jurisdiction*, septembre 2001.

Canada's Modern-War Crimes Program Releases Its 7th Annual Report, en ligne : <<http://www.cbsa-asfc.gc.ca/newsroom/releases/2004/0930ottawa2-e.html>>.

Canadian Center for International Justice, Submission to the United Nations Committee against Torture in Conjunction with the Examination of Canada's Fourth Periodic Report, *Preventing impunity for torturers and ensuring real justice for victims*, non-publié, 5 octobre 2004.

Citoyenneté et Immigration Canada, *Programme canadien concernant les crimes de guerre. Rapport annuel 1998-99*, en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/pub/guerre1999.html>>.

Citoyenneté et Immigration Canada, *Programme canadien sur les crimes de guerre. Rapport annuel 1999-00*, en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/pub/guerre2000.html>>.

Citoyenneté et Immigration Canada, *Programme canadien sur les crimes de guerre*, Rapport annuel, 2000-01, annexe H, en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/pub/guerre2001.html#annexeH>>.

Citoyenneté et Immigration Canada, *Programme canadien sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, Cinquième rapport annuel, 2001-02, annexe J, en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/pub/guerre2002/section16.html>>.

Department of Justice, *Regulation Concerning the Convention Against Torture*, 64 Fed. Reg. 8477 (1999).

Human Rights Watch, *"Empty Promises:" Diplomatic Assurances No Safeguard Against Torture*, avril 2004, vol. 16 (4) (D).

International Council on Human Rights Policy, *Hard cases : bringing human rights violators to justice abroad. A guide to universal jurisdiction*, Versoix, Suisse, 1999.

International Legal Resources Centre, *Canada's War Crimes Program : An Independent Assessment*. Montréal, 2003.

International Rehabilitation Council for Torture Victims, « A World Without Torture », Copenhague, Denmark, en ligne : <<http://www.ircct.org/usr/ircct/home.nsf>>.

Lawyers Committee for Human Rights, Report, « Safeguarding Refugees under the 1951 Exclusion Clauses », Août 1997.

Ministère de la Justice et Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration, *Rapport public. Programme canadien sur les crimes de guerre*, Juillet 1998, en ligne :
<<http://www.cic.gc.ca/francais/pub/guerre1998.html>> [Rapport 1998].

Ministère de la Justice du Canada, *Programme canadien sur les crimes de guerre*, Activités pour la période du 1er avril 2002 au 31 mars 2003, annexe 1, en ligne :
<<http://canada.justice.gc.ca/fr/dept/pub/cca/report0203/index.html>>.

Neve, Alex. *Absolute Protection : No Matter Who, No Matter Why, Torture is Never Justified*, allocution présentée à l'occasion du *United Nations International Day in Support of Victims of Torture*, 26 juin 2003, en ligne :
<<http://64.233.167.104/search?q=cache:EatJ50azdLoJ:www.ccvr.org/alex.html+alex+neve+torture&hl=fr>>.

O'Neill, Juliet. « Lacking conviction » *Ottawa Citizen* (13 avril 2002) 2, en ligne :
<<http://migs.concordia.ca/PDFs/LackingConviction1.PDF>>.

Ottawa, Division des affaires politiques et sociales, Rapport de la Commission d'Enquête sur les Criminels de Guerre (Le Rapport de la Commission Deschênes), 1986, en ligne :
<<http://www.parl.gc.ca/information/library/PRBpubs/873-f.htm>> (texte révisé de 1998).

Ottawa, Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international. *Vivre à l'abri de la peur. La politique étrangère du Canada en matière de sécurité humaine*, 2002, en ligne :
<http://www.humansecurity.gc.ca/freedom_from_fear-fr.asp>.