



Le transfert de prisonniers afghans par les Forces armées canadiennes: la torture, le droit international humanitaire et le droit international pénal



Marie-Louise Tougas LL.D.
L'auteur est conseillère en affaires
intergouvernementales canadiennes
pour le gouvernement du Québec
et chargée de cours à l'Université
du Québec à Montréal (UQAM).
Elle s'exprime ici à titre personnel.
Ce texte a été écrit en avril 2011.

Le Canada s'est engagé en Afghanistan d'abord comme participant à l'opération *Liberté immuable* dirigée par les États-Unis à la suite des attaques du 11 septembre 2001. En 2003, les Forces armées canadiennes se sont jointes à la Force internationale d'assistance et de sécurité (FIAS) créée par l'Organisation des Nations Unies afin d'aider « l'Autorité intérimaire afghane à maintenir la sécurité à Kaboul et dans ses environs ». ¹ Cette force a été autorisée par le Conseil de sécurité à prendre *toutes les mesures nécessaires* à l'exécution de son mandat, y compris le recours à la force. Le traitement des Afghans arrêtés et détenus par les États membres de la FIAS, en particulier ceux détenus par les États-Unis à Guantanamo Bay, de même que le transfert de ces personnes aux autorités afghanes ont soulevé plusieurs questions relatives au respect des règles de droit international applicables et ont été l'objet de nombreuses critiques de la part de l'opinion publique et ce, depuis plusieurs années maintenant. À cet égard, les actions des Forces armées canadiennes ne font pas exception.

En 2005, les Forces armées canadiennes et le ministère de la Défense de l'Afghanistan conclurent un accord établissant les règles devant être respectées par les deux parties concernant le traitement des personnes détenues par les Forces armées canadiennes transférées aux autorités afghanes. ² Après des allégations selon lesquelles les détenus transférés aux autorités afghanes auraient été victimes de mauvais traitements, un second accord fut conclu en 2007. Ce dernier prévoyait un mécanisme de surveillance du traitement des détenus, une fois ceux-ci transférés aux autorités afghanes, par les diplomates canadiens,

la Commission afghane des droits humains et le Comité international de la Croix-Rouge (CICR). ³ Malgré ce second accord, le transfert de détenus afghans a continué de soulever des questions en raison des allégations de torture et de mauvais traitements. Ces allégations ont fait l'objet de procédures judiciaires et de débats devant le Parlement canadien.

De plus, un Comité de la chambre des Communes a été mis en place et une enquête a été entreprise par la Commission des plaintes de la Police militaire des Forces armées canadiennes. Ce texte propose de traiter certaines des obligations internationales qui incombent au Canada et aux membres des Forces armées canadiennes, en particulier

1. Résolution du Conseil de sécurité 1386, NU CS, 4443^e séance, S/RES/1386 (2001).

2. Entente sur le transfert des détenus convenue entre les Forces canadiennes et le ministre de la Défense de la République islamique d'Afghanistan, 18 décembre 2005. Accessible en ligne : http://www.afghanistan.gc.ca/canada-afghanistan/news-nouvelles/2010/2010_09_22b.aspx?lang=fra.

3. Entente sur le transfert des détenus convenue entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de la République islamique d'Afghanistan, 3 mai 2007. Accessible en ligne : http://www.afghanistan.gc.ca/canada-afghanistan/documents/arrangement_detainee.aspx?lang=fra.

celles issues du droit international humanitaire (DIH) et du droit pénal international, et des possibles conséquences de leur violation.

Les règles de DIH sont-elles applicables au transfert des prisonniers afghans par les Forces armées canadiennes ?

Le DIH s'applique uniquement lors de situations de conflits armés et établit une distinction entre les conflits internationaux et les conflits non internationaux. Traditionnellement, les premiers sont régis par un plus grand nombre de règles, mais aujourd'hui une importante partie des règles de DIH ont acquis le statut de règles coutumières et sont considérées comme pouvant trouver application lors de conflits armés non internationaux.⁴

La première question est donc celle de savoir si la situation en Afghanistan peut être qualifiée de conflit armé. Depuis 2001, il y a peu de doute que le degré de violence et d'organisation des talibans (et, dans une certaine mesure d'Al Qaïda) est suffisamment élevé pour que la situation soit qualifiée de conflit armé rendant ainsi applicable le DIH.⁵ En 2001, le conflit a pu être considéré comme étant international puisqu'il opposait les États-Unis et le gouvernement *de facto* de l'Afghanistan alors formé par les talibans. Cependant, depuis l'arrivée au pouvoir du gouvernement Karzaï en 2002, la plupart des acteurs, incluant le CICR, sont d'avis que le conflit est de nature non internationale⁶.

Ce conflit est donc régi par l'article 3 commun aux Conventions de Genève et les règles coutumières applicables lors de conflits armés non internationaux. Bien que spécifiquement applicable lors de ce type de conflit, le second Protocole additionnel aux Conventions de Genève n'est entré en vigueur pour l'Afghanistan que le 10 mai 2010. Il ne trouve donc application qu'à partir de cette date. Le DIH régissant tous les actes en lien avec le conflit, il s'applique aux transferts de prisonniers par les Forces armées canadiennes aux autorités afghanes.

La prohibition de la torture

Il y a plusieurs allégations sérieuses à l'effet que certains détenus afghans transférés aux autorités afghanes par les Forces armées canadiennes ont été

torturés. La torture, de même que les traitements cruels, inhumains ou dégradants, sont formellement interdits par le DIH. Par exemple, l'article 3 commun aux Conventions de Genève, applicable lors de conflits armés non internationaux, énonce notamment que :

En cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes, chacune des Parties au conflit sera tenue d'appliquer au moins les dispositions suivantes :

1) Les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres de forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat par maladie, blessure, détention, ou pour toute autre cause, seront, en toutes circonstances, traitées avec humanité, sans aucune distinction de caractère défavorable basée sur la race, la couleur, la religion ou la croyance, le sexe, la naissance ou la fortune, ou tout autre critère analogue.

À cet effet, sont et demeurent prohibées, en tout temps et en tout lieu, à l'égard des personnes mentionnées ci-dessus :

- a) les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices ;
- (...)
- c) les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants ;⁷

Au moment de leur transfert, les personnes détenues par les Forces canadiennes ne participaient assurément plus directement aux hostilités. Elles étaient, dès lors, protégées par l'article 3 commun prohibant la torture et les autres traitements cruels, inhumains ou dégradants.

Les règles particulières relatives au transfert de prisonniers

De plus, l'article 12 de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre⁸ (Convention de Genève III) énonce que :

Les prisonniers de guerre sont au pouvoir de la Puissance ennemie, mais non des individus ou des corps de troupe qui les ont fait prisonniers. Indépendamment des responsabilités individuelles qui peuvent exister, la Puissance détentrice est responsable du traitement qui leur est appliqué.

Les prisonniers de guerre ne peuvent être transférés par la Puissance détentrice qu'à une Puissance partie à la Convention et lorsque la Puissance détentrice s'est assurée que la Puissance en question est désireuse et à même d'appliquer la Convention. Quand des prisonniers sont ainsi transférés, la responsabilité de l'application de la Convention incombera à la Puissance qui a accepté de les accueillir pendant le temps qu'ils lui seront confiés.

Néanmoins, au cas où cette Puissance manquerait à ses obligations d'exécuter les dispositions de la Convention, sur tout point important, la Puissance par laquelle les prisonniers de guerre ont été transférés doit, à la suite d'une notification de la Puissance protectrice, prendre des mesures efficaces pour remédier à la situation, ou demander que lui soient renvoyés les prisonniers de guerre. Il devra être satisfait à cette demande.

Cependant, cet article n'est généralement applicable que lors de conflits armés internationaux, le statut de *prisonnier de guerre* n'étant reconnu que dans ce type de conflit. Néanmoins, l'article 3 commun invite les Parties à convenir par voie d'accords à l'application des règles de la Convention de Genève III lors de conflits armés non internationaux. C'est ce que le Canada et l'Afghanistan ont fait en convenant, dans l'Accord signé le 18 décembre 2005, de traiter les prisonniers afghans conformément aux prescriptions de la Convention de Genève III.

Dans l'affaire de l'*Hôpital de Vukovar*, la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), a fait référence à une :

[o]bligation of each agent in charge of the protection or custody of the prisoners of war to ensure that their transfer to

4. Voir à ce sujet, Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, éd., *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

5. Pour une définition, voir : *Comment le terme « conflit armé » est-il défini en droit international humanitaire ?*, Prise de position du Comité international de la Croix-Rouge, 2008. Accessible en ligne : <http://www.icrc.org/fre/resources/documents/article/other/armed-conflict-article-170308.htm>.

6. Voir par exemple, Adam Roberts, « The Laws of War in the War on Terror » (2003) 32 *Israel Yearbook of Human Rights* 193.

7. Voir, par exemple, *Convention de Genève (III) relative au traitement des prisonniers de guerre*, 12 août 1949, 75 U.N.T.S. 135, voir aussi Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains, ou dégradants, 10 décembre 1984, 1465 U.N.T.S. 85.

8. *Ibid.*

another agent will not diminish the protection the prisoners are entitled to. This obligation is so well established that it is even reflected [...] in paragraphs 2 and 3 of Article 12 of Geneva Convention III, which applies to the transfer of prisoners of war to another High Contracting Party.⁹

Suivant la Chambre d'appel, l'article 12 de la Convention de Genève III fait partie des règles découlant du principe selon lequel les prisonniers de guerre doivent être traités humainement et protégés contre les abus physiques ou psychologiques et auquel il ne peut être dérogé. Ce principe implique aussi l'obligation de veiller à ce qu'ils ne soient pas transférés s'il y a un risque pour leur sécurité.¹⁰ Dans cette affaire, la Chambre d'appel a considéré les standards de protection établis par la Convention de Genève III comme étant des règles coutumières.¹¹

Ainsi, suivant l'article 12 de la Convention de Genève III, le Canada avait l'obligation de s'assurer que les autorités afghanes étaient non seulement disposées à respecter les standards de protection prescrits par cette convention, mais qu'elles étaient aussi en mesure de le faire. Si elles n'étaient pas convaincues que les détenus transférés ne seraient pas soumis à des actes de torture ou à d'autres formes de traitements cruels, inhumains ou dégradants, les Forces armées canadiennes auraient dû s'abstenir de procéder à leur transfert. Dans le cas où le Canada aurait été informé de l'existence d'un risque après avoir procédé au transfert, il aurait dû, conformément à l'article 12, prendre des mesures pour remédier à cette situation ou demander à ce que les prisonniers transférés lui soient renvoyés.

Il n'est cependant pas certain qu'en vertu de l'accord signé le 18 Décembre 2005, l'article 12 de la Convention de Genève III lie le Canada. Néanmoins, même si l'on devait conclure que cet accord n'est pas une base suffisante pour emporter l'application de cet article, l'article 3 commun aux Conventions de Genève demeure incontestablement applicable. Concernant la situation des personnes détenues, cet article a été interprété comme reflétant l'esprit de la Convention de Genève III au regard du devoir de protéger les personnes détenues.¹²

Qu'en est-il du droit pénal international ?

Les violations sérieuses du DIH constituent des crimes de guerre en vertu du droit international coutumier. Elles font l'objet de plusieurs dispositions pénales, notamment en vertu du Statut de la Cour pénale internationale et de la *Loi canadienne sur les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité*¹³. Il est aujourd'hui établi que des crimes de guerre peuvent être commis autant lors de conflits armés non internationaux que de conflits armés internationaux.

Les violations de l'article 3 commun aux Conventions de Genève sont des crimes de guerre¹⁴. En vertu de l'article 6 (3) de la *Loi canadienne sur les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité*, un crime de guerre est un :

Fait — acte ou omission — commis au cours d'un conflit armé et constituant, au moment et au lieu de la perpétration, un crime de guerre selon le droit international coutumier ou le droit international conventionnel applicables à ces conflits, qu'il constitue ou non une transgression du droit en vigueur à ce moment et dans ce lieu.

Ainsi le fait de torturer des prisonniers de guerre ou des personnes détenues ou de les soumettre à un traitement cruel, inusité, inhumain ou dégradant est un crime de guerre. Cependant, les membres des Forces armées canadiennes n'ont pas eux-mêmes infligé de tels traitements à des détenus afghans. Même si le simple fait pour un État de transférer une personne vers un autre État où elle risque la torture a été considéré comme une violation des droits humains¹⁵, cela n'a pas encore été jugé comme équivalent à la perpétration d'un crime de guerre.

Néanmoins, toute personne qui apporte son aide, son concours ou son

assistance à la perpétration d'un crime de guerre peut se voir imputer une responsabilité pénale individuelle à titre de complice. La notion d'aide et d'assistance a été interprétée largement par la jurisprudence internationale. Ainsi, elle comprend toute forme d'aide, d'encouragement, de soutien moral qui a un effet substantiel sur la perpétration du crime, qu'elle soit fournie avant, pendant ou après celle-ci. Pour qu'une personne soit reconnue coupable de complicité, elle doit avoir connaissance que cette aide ou assistance a été donnée.

Dans l'affaire de l'*Hôpital de Vukovar* précédemment mentionnée, deux officiers de l'Armée populaire de Yougoslavie (JNA) furent condamnés pour crimes de guerre relativement au transfert de Croates de l'hôpital de Vukovar jusqu'à un hangar à Ovčara où ils furent laissés aux mains de forces serbes irrégulières qui les maltraitèrent et les exécutèrent après le départ des JNA.¹⁶ Un des officiers fut reconnu coupable d'avoir failli à son devoir de protéger les prisonniers croates de mauvais traitements même après que le retrait des JNA fut ordonné. Le TPIY conclut que cette obligation, découlant principalement de l'article 12 de la Convention de Genève III déjà mentionné, « *included the obligation not to allow the transfer of custody of the prisoners of war to anyone without first assuring himself that they would not be harmed* »¹⁷. Évidemment, les faits de cette affaire diffèrent considérablement de ceux relatifs au transfert de détenus afghans par les Forces armées canadiennes. Il n'en demeure pas moins que les membres de celles-ci ont le devoir de protéger les personnes qu'ils détiennent contre le risque de mauvais traitements et que cette obligation ne prend pas fin avec le transfert. Un manquement à un tel devoir peut, dans certaines circonstances, être considéré comme une

9. *The Prosecutor v. Mrkšić et al.*, IT-95-13/1-A, Chambre d'appel, arrêt, (5 mai 2009), Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, par. 71 [*The Prosecutor v. Mrkšić et al.*].

10. *Ibid.*, par. 71 et 74.

11. *Ibid.*, par. 70. Voir aussi *Le Procureur c. Krnojelac*, IT-97-25-A, Chambre d'appel, arrêt (17 septembre 2003), Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, par. 220.

12. *The Prosecutor v. Mrkšić et al.*, *supra* note 9, par. 70.

13. 2000, c-24.

14. Article 8 (2) c), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, Rome, 17 juillet 1998, 2187 U.N.T.S. 90.

15. Voir par exemple, *Soering c. Royaume-Uni* (1989), Cour Eur.D.H. (Ser. A) et *Saadi c. Italie* (GC), n° 37201/06, [2008] Cour Eur. D.H.

16. *The Prosecutor v. Mrkšić et al.*, *supra* note 9, par. 69. Voir aussi Giulia Pinzauti, « Protecting Prisoners of War. The Mrkšić et al., Appeal Judgement » (2010) 8 IJCI 199.

17. *The Prosecutor v. Mrkšić et al.*, *supra* note 9, par. 74.

forme d'aide et d'assistance par omission à la perpétration de crimes de guerre commis contre les personnes détenues. Même si l'on devait conclure qu'un tel devoir n'incombait pas aux membres des Forces armées canadiennes, le fait de procéder au transfert des détenus pourrait tout de même être considéré comme une forme d'aide et d'assistance, par action cette fois, aux actes de torture infligés à certaines personnes transférées. Bien sûr, il devrait aussi être démontré que les membres des Forces armées canadiennes savaient que leur action ou omission contribuerait à l'imposition de mauvais traitements par les autorités afghanes aux détenus transférés et qu'ils en connaissaient les principaux éléments.¹⁸ À cet égard, la simple existence d'accords convenus avec les autorités afghanes ne fait pas obstacle à une telle connaissance.

En conclusion, il est certain que le transfert de détenus afghans par les Forces armées canadiennes aux autorités afghanes, malgré de graves allégations de torture et de mauvais traitements, soulève d'importantes questions qui méritent d'être prises au sérieux et devraient faire l'objet d'enquêtes approfondies.

18. *Ibid.*, par. 49 et 159.

Saviez-vous que ?

- Entre 2001 et 2008, 375 détenus ont été transférés aux autorités afghanes par les Forces armées canadiennes.
- En mai 2007, à la suite de la deuxième entente signée les Forces armées canadiennes et les autorités afghanes, les représentants du Canada ont effectué plus de 260 visites dans des centres de détention sous le contrôle des autorités afghanes et ont réalisé plus de 265 entrevues avec les détenus.
- En raison des allégations de torture et de mauvais traitements, le Canada a suspendu une fois le transfert de détenus (de novembre 2007 à février 2008). Le transfert de détenus a aussi été mis en attente par le commandant de la Force opérationnelle Kandahar à trois reprises en 2009.
- Amnistie internationale a déposé une demande en contrôle judiciaire relativement aux transferts des détenus afghans par les Forces armées canadiennes invoquant une application de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La demande a été rejetée, notamment au motif que le gouvernement afghan n'avait pas consenti à l'application de la *Charte* sur son territoire et que reconnaître une telle application porterait atteinte à la souveraineté de ce pays. Voir *Amnistie internationale Canada c. Canada (Chef d'état-major de la Défense)*, 2008 CF 336, [2008] 4 R.C.F. 546.
- En matière de droits humains, l'existence de textes internes et l'acceptation de traités internationaux garantissant, en principe, le respect des droits fondamentaux par l'État vers lequel une personne sera transférée ne suffisent pas, à elles seules, à assurer une protection adéquate contre le risque de mauvais traitements. Cela est démontré lorsque des sources fiables font état de pratiques des autorités – ou tolérées par celles-ci – manifestement contraires aux droits humains. Voir *Saadi c. Itlie* (GC), n° 37201/06, [2008] Cour Eur. D.H., par. 147.
- Les droits humains demeurent applicables en temps de conflits armés.
- La prohibition de la torture est une norme impérative de droit international, c'est-à-dire une norme à laquelle elle ne peut être dérogée.

Pour en savoir plus :

- Marco Sassòli et Marie-Louise Tougas, « International Law Issues Raised by the Transfer of Detainees by Canadian Forces in Afghanistan » 56 *McGill Law Journal* 2010, p. 959.
- Giulia Pinzauti, *Protecting Prisoners of War: The Mrkšić et al. Appeal Judgment*, (2010) 8 *JICJ* 199.
- Cordula Droege, « “In Truth the Leitmotiv”: the Prohibition of Torture and Other Forms of Ill-Treatment in International Humanitarian Law », (2007) 89 *IRRC* 515.

Les opinions exprimées dans cet article sont celles de l'auteur et ne sauraient être attribuées au Programme Paix et sécurité internationales, à l'Institut québécois des hautes études internationales ou aux personnes responsables de la publication de Sécurité mondiale.

The opinions expressed in this paper belong solely to the author and are not to be attributed to the Programme Paix et sécurité internationales, the Institut québécois des hautes études internationales or the persons in charge of the Sécurité mondiale publication.

Pour soumettre un article
à Sécurité mondiale, écrivez à l'adresse
courriel de irving.lewis@hei.ulaval.ca

Sécurité mondiale

- **Rédacteur:** Professeur *Olivier Delas*
- **Rédacteur adjoint:** *Irving Lewis*
- **Publiée par:** Le Programme
Paix et sécurité internationales
Directeur : *Gérard Hervouet*
*Institut québécois des hautes études
internationales (HEI), Université Laval*
- **Supervision éditoriale:** *Claude Basset*
- **Conception et réalisation graphique:**
Alphatek
*Le bulletin Sécurité mondiale est accessible
sur Internet à l'adresse suivante :*
www.psi.ulaval.ca
Pour informations : 418 656-7771