

**Human Rights and Counter-Terrorism:  
International Monitoring Systems  
October 23-24  
Palais des Nations (Room XVI), Geneva**

**Contre terrorisme et détention arbitraire**

**Par Leila Zerrougui  
Présidente du Groupe de travail sur la détention arbitraire**

**Introduction.**

Les atteintes aux droits de l'homme d'une façon générale et la détention arbitraire, objet de cette intervention, plus particulièrement ont souvent été constatées lorsque des mesures, actions et/ou dispositifs juridiques sont adoptés au niveau national, pour combattre ce que les Etats concernés qualifient à tort ou à raison de terrorisme, d'activités subversives ou d'atteintes à la sûreté de l'Etat. D'autres qualificatifs sont également employés pour expliquer ou justifier le recours aux états d'exception et l'exercice de prérogatives liées aux états d'exception.

Dans un article intitulé «La sécurité ne peut être au-dessus des lois», Jacques Robert\*<sup>1</sup> écrivait il y a plus de quinze ans : " Face aux entreprises criminelles de ceux qui, estimant ne plus trouver d'autres issues que l'emploi de moyens violents pour donner une publicité à leur cause, jouent la politique du pire, toute société peut être tentée de se défendre par les moyens les mieux adaptés, même s'ils ne sont pas tous très reluisants. Pour combattre, au nom de la liberté, ceux qui la menacent directement, les démocraties, en situation d'infériorité dans ces combats pour lesquels elles ne sont point naturellement préparées, en viennent les unes après les autres, à recourir à des législations d'exception et à des pratiques gouvernementales qui tournent souvent le dos aux idéaux dont elles se réclament<sup>2</sup>..."

Dès les premières années de son existence et dans ces tous premiers rapports, le Groupe de Travail sur la Détention Arbitraire soulignait qu'il "a constaté avec inquiétude que les gouvernements tentent fréquemment de combattre le terrorisme en ayant recours à des lois ou procédures spéciales ou d'exception [qui] permettent ou du moins font augmenter, le risque de détention arbitraire<sup>3</sup>." Depuis le 11 septembre 2001, les inquiétudes que suscitait le contre terrorisme tel qu'il était et tel qu'il est toujours pratiqué par quelques Etats à l'intérieur de leurs frontières ont pour plusieurs raisons, pris une dimension planétaire.

La première est qu'en ayant eu pour cible la première puissance du monde, les attaques du 11 septembre 2001 ont accéléré, de manière stupéfiante, la lutte contre le terrorisme qui depuis est devenue l'une des priorités, sinon la principale priorité, de tous les Gouvernements

---

\* Professeur de droit public à l'université de Paris II,

<sup>2</sup> L'auteur qui à l'époque était président du Centre français de droit comparé étudiait dans son article les dispositifs adoptés par les pays européens pour combattre le terrorisme. Voir J.F. de Raymond : Les enjeux des droits de l'homme. Edition Larousse 1988, page 87.

<sup>3</sup> Voir le rapport annuel couvrant l'activité du Groupe pour l'année 1994 (E/CN.4/1995/31§25(d).

et de tous les systèmes intergouvernementaux, à l'échelle tant internationale que régionale<sup>4</sup>. Dans de telles circonstances et comme dans toutes les situations exceptionnelles, il était évident que les préoccupations relatives à la sécurité allaient prendre le dessus sur le respect des droits de la personne.

La deuxième est qu'en application de la résolution 1373 adoptée le 28 septembre 2001, par le Conseil de sécurité, pratiquement tous les États ont été amenés à adopter un ensemble de mesures pour prévenir, incriminer et réprimer tous les actes terroristes relevant de leur juridiction et à renforcer la coopération interétatique pour éradiquer le terrorisme international<sup>5</sup>. Dans ce contexte, il est justement reproché à certains États d'avoir adopté des mesures qui ne sont pas toujours conformes aux normes impératives du droit international des droits de l'homme et du droit humanitaire.

La troisième raison, est que deux conflits internationaux ont, à ce jour été menés sous couvert de lutte contre le terrorisme, le premier en Afghanistan, avec l'aval du Conseil de sécurité et le deuxième unilatéralement en Irak, avec le risque de déclenchement d'autres conflits légitimés par un nouveau concept – la guerre préventive, une nouvelle conception de la légitime défense et une définition controversée du terrorisme, notamment dans le contexte de l'occupation étrangère et de l'opposition à des régimes dictatoriaux. Dans ce contexte certains États se considèrent en guerre permanente contre le terrorisme, confondent délibérément crimes de guerre et actes de terrorisme et invoquent l'état de guerre permanent pour écarter l'application de certaines normes du droit international et notamment celles se rapportant aux garanties dont peuvent se prévaloir les présumés terroristes arrêtés et détenues. C'est justement ce dernier argument qui a été invoqué pour contester la compétence du Groupe de travail sur la détention arbitraire, dans la mesure où les situations de conflits armés régis par les Conventions de Genève ne relèvent pas de son mandat<sup>6</sup>.

Des voix se sont même élevées pour soutenir qu'une lutte efficace contre le terrorisme qui représente une menace grave pour la paix et la sécurité dans le monde, ne peut s'encombrer du respect des droits de l'homme. Grâce à la mobilisation de la communauté internationale et de l'ensemble des acteurs et défenseurs des droits de l'homme, cette tendance est aujourd'hui, largement rejetée<sup>7</sup>, mais, la partie est loin d'être gagnée, d'où l'importance de cette rencontre qui va peut être nous permettre d'apporter une contribution au

---

<sup>4</sup> Voir le deuxième rapport intérimaire de madame Koufa, Rapporteuse spéciale de la Sous-commission sur la question du terrorisme et des droits de l'homme. (E/CN.4/Sub.2/2002/35)

<sup>5</sup> Dans une déclaration faite le 31 mars 2003, le président du Comité contre le terrorisme a annoncé que 187 États avaient soumis en application du paragraphe 6 de la résolution 1373 du Conseil de Sécurité leur premier rapport au Comité contre le terrorisme. (Voir [www.un.org/docs/sc/commettes/1373/31march](http://www.un.org/docs/sc/commettes/1373/31march).)

<sup>6</sup> En réaction à un avis rendu par le Groupe de travail à sa 36ème session (mai 2003), non encore publié, les États-Unis ont contesté la saisine du Groupe et sa décision en invoquant l'état de guerre contre le terrorisme et en soutenant que les personnes détenues à Guantanamo Bay ont été arrêtées dans le cadre d'un conflit armé non couvert par le mandat du Groupe de travail sur la détention arbitraire.

<sup>7</sup> Voir le rapport du Secrétaire général établi en application de la résolution 57/219 de l'Assemblée générale, intitulée « Protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste » (A/58/266.) Dans sa résolution 57/219 du 18 décembre 2002, intitulée « Protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste », l'Assemblée générale a affirmé que les États devaient faire en sorte que toute mesure prise pour combattre le terrorisme soit conforme à leurs obligations en droit international, en particulier les normes internationales relatives aux droits de l'homme et aux droits des réfugiés et le droit international humanitaire; elle a engagé les États à tenir compte dans la lutte antiterroriste des résolutions et décisions pertinentes de l'Organisation des Nations Unies concernant les droits de l'homme et les a incités à prendre en considération les recommandations émanant des procédures et mécanismes spéciaux de la Commission des droits de l'homme et les observations et vues pertinentes des organes de l'Organisation des Nations Unies créés par les instruments relatifs aux droits de l'homme.

débat sur le cadre juridique le mieux approprié pour mener une lutte efficace contre le terrorisme.

Cette communication tente d'apporter un petit éclairage sur la contribution du Groupe de travail sur la détention arbitraire pour définir, au regard du droit international, le cadre légal de la détention dans le contexte de la lutte antiterroriste.

Sur certaines questions préoccupantes, le Groupe de travail avait précisé sa position bien avant le 11 septembre 2001, pour d'autres questions, il a été amené à se prononcer après le 11 septembre et il attend que l'occasion lui soit donnée pour faire connaître son point de vue sur d'autres questions relevant de son mandat et qui sont actuellement en débat.

Mais avant de mettre en exergue la jurisprudence du Groupe de travail sur la détention arbitraire, il est peut-être utile de rappeler très brièvement son mandat et ses méthodes de travail.

### **1. Mandat et méthodes de travail du Groupe de travail sur la détention arbitraire.**

Le Groupe de travail sur la détention arbitraire est un mécanisme non conventionnel créé par la résolution 1991/42 de la Commission des droits de l'homme qui définit son mandat en le chargeant "d'enquêter sur les cas de détention imposée arbitrairement ou de toute autre manière incompatible avec les normes internationales pertinentes énoncées dans la Déclaration universelle des droits de l'homme ou dans les instruments de droit internationaux pertinents acceptés par les Etats concernés". Le Groupe de travail a précisé dans son rapport publié en 1997, que son mandat porte sur les privations de liberté tant administratives que judiciaires et, à l'intérieur de cette dernière catégorie, sur les privations de liberté avant ou après le verdict final<sup>8</sup>. Dans sa résolution 1997/50, la Commission des droits de l'homme a redéfini le mandat révisé du Groupe de travail et l'a élargi aux questions ayant trait à la rétention administrative des demandeurs d'asile et des immigrants.

Le Groupe de travail a publié dans son premier rapport, ses méthodes de travail qu'il continue d'améliorer et a arrêté trois catégories pour se prononcer sur le caractère arbitraire ou non de la détention<sup>9</sup>

- La catégorie I, est appliquée à la privation de liberté dénuée de base légale
- La catégorie II à la privation de liberté due à des poursuites ou à une condamnation pour des actes accomplis dans l'exercice de droits ou de libertés fondamentaux, à condition que ces droits et libertés aient été exercés pacifiquement<sup>10</sup> ;

---

<sup>8</sup> Voir (E/CN.4/1997/4).

<sup>9</sup> Voir E/CN.4/1993/24, E/CN.4/1994/27, E/CN.4/1996/40 et E/CN.4/1998/44, Annexe I, Méthodes de travail révisées.

<sup>10</sup> Sur l'exercice des droits ou des libertés proclamés dans les articles 7, 13, 14, 18, 19, 20 et 21 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et pour les Etats parties, dans les articles 12, 18, 19, 21, 22, 25, 26 et 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Groupe de Travail souligne à chaque fois : « à moins qu'en exerçant ces droits ou libertés, la ou les personnes concernées aient appelé au crime, à la haine raciale, fait usage de la violence, ou menacé en violation de la loi, la sécurité nationale, la sécurité publique, l'ordre public, ou la santé ou la moralité publiques, ainsi que les droits ou la réputation d'autrui, ce qui dans le cas d'espèce ne semble pas être le cas. »

- La catégorie III à l'inobservation, totale ou partielle, des normes internationales relatives au droit à un procès équitable, d'une gravité telle qu'elle confère à la privation de liberté un caractère arbitraire.

Ces trois catégories constituent le fondement de toute la jurisprudence du Groupe de travail. Cette jurisprudence est reflétée dans les délibérations et dans les avis juridiques de portée générale figurant dans ses rapports annuels, dans les opinions qu'il adopte dans le cadre de l'examen des communications individuelles, dont il est régulièrement saisi et dans les rapports de visites *in situ*. Le Groupe de travail est pratiquement, le seul organisme international universel qui puisse visiter des lieux de détention pour s'enquérir non pas des conditions de la détention, mais de la légalité de la détention et du statut juridique des détenus.

Dans cette communication nous tenterons de mettre en exergue la jurisprudence pertinente élaborée par le Groupe de travail sur la détention arbitraire, pour encadrer la détention dans le contexte de la lutte antiterroriste. Les griefs qui contestent la légalité de la privation de liberté, sont connus, elles mettent particulièrement en cause☐

- L'exercice abusif de prérogatives liées aux états d'exception☐
- Les définitions trop vagues du terrorisme dans les législations nationales☐
- L'absence de recours interne pour contrôler la légalité de détentions prolongées sans inculpations et parfois au secret☐
- Le recours aux tribunaux militaires et aux juridictions d'exception pour juger les présumés terroristes☐

Il est également reproché à certains Etats de procéder à des déportations en violation de la procédure d'extradition et de recourir de façon abusive à leur législation relative à l'immigration pour contourner les garanties judiciaires et maintenir indéfiniment des personnes en détention sans charges suffisantes et sans inculpation<sup>11</sup>.

Le Groupe de travail a eu à se prononcer sur ces questions, bien avant le 11 septembre 2001, son expérience lui a permis, dès les premières années d'existence, d'affirmer que les principales causes de privation arbitraire de liberté sont l'abus de l'état d'exception, l'exercice d'attributions propres à l'état d'exception sans que le gouvernement en fasse la déclaration formelle, le recours à des juridictions militaires, spéciales ou d'exception, le non-respect du principe de proportionnalité entre la gravité des mesures prises et la situation en cause et des définitions trop vagues des infractions liées à l'état en cause et qui souvent sont qualifiées d'atteintes contre la sécurité de l'Etat<sup>12</sup>.

---

11 En janvier 2002, Amnesty International a publié un document intitulé « Rights at risk. Amnesty International's concerns regarding security legislation and law enforcement measures », dans lequel elle fait état des pays qui ont adopté des lois renfermant des dispositions discriminatoires ou non conformes aux normes d'un procès équitable; elle cite entre autres : l'Égypte, Israël, la Chine, la Malaisie, la Turquie, le Royaume Uni, les États Unis, la Zambie, le Zimbabwe; elle cite également le projet de texte sur le mandat d'arrêt européen (AI-index : ACT 30/001/2002).

12 Voir le rapport annuel E/CN.4/1995/31 page 62 § 14.

Après le 11 septembre 2001, le Groupe de travail a précisé sa position sur d'autres questions et notamment sur l'application du droit à un recours pour contester la légalité de la détention à des terroristes présumés arrêtés dans le cadre d'un conflit armé.

## **2. L'exercice abusif de prérogatives liées aux états d'exceptions.**

Dans son rapport publié en 1994, le Groupe de travail lançait un appel à tous les gouvernements qui maintiennent des états d'exception pendant des périodes prolongées, souvent sans respecter les exigences établies à l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, afin qu'ils limitent le recours à ces états d'exception aux situations suffisamment graves et exceptionnelles pour le justifier. Le Groupe de travail précise en outre qu'en aucun cas une arrestation en vertu de lois d'exception ne peut être prolongée indéfiniment et ajoute qu'il est particulièrement important que les Etats prouvent que les mesures adoptées dans le cadre d'états d'exception restent strictement proportionnelles à la gravité du péril invoqué<sup>13</sup>. De même, il encourage les gouvernements à abolir les règles juridiques contenues dans leur législation ordinaire qui, de fait, présentent le caractère de mesures d'exception, et sont en contradiction avec les normes internationales relatives aux droits de l'homme<sup>14</sup>.

Avant le 11 septembre 2001 et même si comme le souligne à juste titre, le Groupe de travail, la détention arbitraire n'est pas l'apanage des régimes répressifs<sup>15</sup>, elles étaient tout de même plus fréquentes et plus graves dans les pays non démocratiques. Après le 11 septembre, la distinction entre régimes démocratiques et régimes répressifs a volé en éclats. Une guerre totale est déclarée contre le terrorisme, sur un espace qui est celui de la planète. Dans des pays où la démocratie et l'état de droit ne sont nullement contestés, des lois et mesures d'exception sont décrétées sans respecter les exigences établies par les dispositions de l'article 4 du Pactes, des restrictions sont imposées à des libertés et droits non susceptibles de dérogation et des juridictions d'exception dérogeant aux principes les plus essentiels d'un procès équitable sont instaurées<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Sur le respect du principe de la proportionnalité, le Rapporteur Spécial de la Commission des droits de l'homme sur la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés vient de publier un rapport (E/CN.4/2004/6), particulièrement intéressant. Le Rapporteur Spécial souligne au paragraphe 5 de son rapport : "That Israel has legitimate security concerns cannot be denied. That it is entitled to take strong action to prevent suicide bombings and other acts of terror is not disputed. On the other hand, there must be some limit to the extent to which human rights may be violated in the name of counter-terrorism. Even in the present international environment, in which anti-terrorism measures challenge old liberties and freedoms, it is not denied that a balance must be struck between respect for basic human rights and the interests of security. Here the principle of proportionality recognized by international humanitarian law has a key role to play. It is not possible to adopt an armchair attitude in assessing Israel's response to suicide bombings and Palestinian violence. Israel is entitled to a wide margin of appreciation in its response. But, even allowing for this, it is suggested, on the basis of the evidence provided in this report, that Israel's response to terror is disproportionate. On occasion, Israel's action in the OPT is so remote from the interests of security that it assumes the character of punishment, humiliation and conquest.

<sup>14</sup> Voir E/CN.4/1994/27 § 72.

<sup>15</sup> Dans son rapport (E/CN.4/1995/31§40). Le Groupe de travail souligne que les détentions arbitraires ne sont pas l'apanage des régimes répressifs, où elles sont certes plus nombreuses, plus injustes, effectuées dans des conditions plus dures avec des possibilités moindres de libération et un plus grand risque d'être victime de tortures ou de disparition forcée, mais qu'elles existent également dans les régimes démocratiques, notamment avec les procédures d'admission ou d'expulsion des étrangers.

<sup>16</sup> Des lois anti-terroristes ont été adoptées dans plusieurs pays dans les semaines qui ont suivi les attentats dirigés contre New York et Washington, mais c'est le dispositif juridique adopté par le Gouvernement des États Unis qui a suscité le plus de critiques et particulièrement le décret présidentiel du 13 novembre 2001, intitulé « The Presidential order on military tribunals »..

C'est dans ce contexte que des centaines de personnes ont été arrêtées et placées en détention prolongées et au secret, sans inculpation ni jugement sur la base de témoignages anonymes et de présomption de preuves frappées du sceau du secret<sup>17</sup>. Saisi contre les détentions de Guantanamo Bay, le Groupe de travail a adopté un avis juridique de portée générale pour réaffirmer sa position sur les états d'exception en s'appuyant sur l'Observation générale n°29 relative aux dérogations aux dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques en période d'état d'urgence adoptée par le Comité des droits de l'homme<sup>18</sup>. Dans son rapport pour 2002, le Groupe de travail précise que "La lutte contre le terrorisme exige incontestablement l'adoption de mesures spécifiques limitant certaines garanties, y compris en ce qui concerne la détention et le droit à un procès équitable. De telles restrictions sont, rappelle-t-il prévues par l'article 4 du Pacte dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation, sous réserve toutefois, qu'ait été respectée la procédure de notification prévue au paragraphe 3, selon lequel les États parties [...] qui usent du droit de dérogation doivent, par l'entremise du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, signaler aussitôt aux autres États parties les dispositions auxquelles ils ont dérogé ainsi que les motifs qui ont provoqué cette dérogation<sup>19</sup>." Le Groupe de travail a également précisé dans cet avis de portée générale, qu'en toute circonstance et quelle que soit la menace, il y a des droits auxquels il n'est pas permis de déroger.

### 3. La définition du terrorisme dans les législations nationales.

S'agissant de la définition du terrorisme, la jurisprudence des mécanismes internationaux compétents pour se prononcer sur cette question, insiste sur l'importance du respect du principe de légalité (*nullum crimen sine lege*) qui veut qu'un comportement criminel ne puisse être considéré comme une infraction que s'il est préalablement caractérisé par la loi, et ce, avec suffisamment de précision pour éviter toute application arbitraire.

Le Groupe de travail sur la détention arbitraire s'est depuis longtemps, particulièrement préoccupé de la définition extrêmement vague et large du terrorisme, dans les dispositifs juridiques adoptés à cet effet. Il a à plusieurs reprises relevé que "de par leur nature même ou dans leur application, [ces définitions] touchent les innocents comme les suspects et augmentent le risque de détention arbitraire, en réduisant de façon disproportionnée le niveau des garanties dont jouissent les personnes ordinaires dans des circonstances normales<sup>20</sup>."

En 1994 et en 1995, le Groupe de travail a réitéré sa préoccupation devant l'imprécision avec laquelle, dans de nombreux pays, la législation décrit la conduite incriminée. Le Groupe de travail souligne à cet effet que la loi pénale exige la précision, pour que les conduites répréhensibles soient parfaitement comprises des justiciables. Les descriptions vagues, au sujet desquelles le Groupe a déjà exprimé sa préoccupation, sont dit-il une source générale d'abus et favorisent l'arbitraire. A cet égard, il avait suggéré au neuvième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants qui devait se tenir, de

---

17 Voir entre autre, le rapport publié par Human Rights Watch : « Presumption of Guilt : Human Rights Abuses of Post-September 11 Detainees. » Vol.14,N°4 (G) – August 2002.

18 En adoptant l'Observation générale no 29, quelques semaines avant le 11 septembre 2001, le Comité des droits de l'homme a eu un geste prémonitoire qui a permis d'encadrer de façon rigoureuse et dans la sérénité, les dérogations au Pacte en période d'état d'urgence. Cette jurisprudence s'est avérée très utile et elle a permis au Groupe de travail de consolider sa position sur les restrictions liées aux états d'exception.

19 Voir E/CN.4/2003/8 § 61 : Avis juridique sur les privations de liberté visant les personnes détenues à Guantanamo Bay.

20 Voir : (E/CN.4/1993/24, §. 31). (E/CN.4/1994/27, §. 72 et73) (E/CN.4/1995/31§25(d).

formuler des recommandations visant à ce que la qualification des infractions pénales énoncées par les législations nationales soit conforme aux principes généraux qui garantissent le respect du principe de la légalité.

En l'absence d'une définition de l'infraction (simple référence au terrorisme) ou lorsque la description des actes ou omissions incriminés est inadéquate, le Groupe de travail considère que l'exigence d'une définition précise des crimes, qui est la clé de tout système pénal moderne n'est pas remplie et conclut qu'il y a violation du principe de la légalité qui confère à la privation de liberté un caractère arbitraire<sup>21</sup>.

Après le 11 septembre, le principe de la légalité a souvent été malmené<sup>22</sup>. Des personnes ont été arrêtées, transférées d'un pays à un autre et maintenues en détention souvent sans inculpation en invoquant leurs liens ou leur appartenance à des Groupes figurant sur des listes de groupes terroristes établies par un ou plusieurs Etats. En l'absence d'une définition du terrorisme international, l'établissement de ces listes pose problème. Parfois, des personnes sont accusées de financement ou de collecte de fonds au profit de ces groupes, sans qu'il soit toujours prouvé que les faits qui leur sont reprochés ont été commis après la publication de la liste qui les concerne, d'où le risque de porter atteinte au principe de la non rétroactivité de la loi pénale<sup>23</sup>. Dans ses recommandations pour 1995, le Groupe de travail soulignait que « toute personne doit savoir de façon très précise quel comportement est légal ou illégal sans aucun doute. »

#### **4. L'absence de recours interne pour contrôler la légalité de la détention.**

Le contrôle de la légalité de la détention est normalement exercé par les autorités judiciaires qui disposent en cas d'atteinte à la légalité, du pouvoir d'abroger les actes juridiques inférieurs et de prendre une décision exécutoire pour rétablir la légalité et réparer, le cas échéant, le préjudice subi. Certes le Groupe de travail sur la détention arbitraire n'est pas doté d'un tel pouvoir, il ne peut abroger les actes législatifs d'un Etat, mais dans

---

21 Voir E/CN.4/1993/24 § et 32 : « Another matter of concern is the misuse of criminal charges for acts or omissions that are described inadequately, if at all, as offences. When article 11 of the Universal Declaration of Human Rights and article 15 of the International Covenant on Civil and Political Rights prohibit a sentence for "any act or omission which did not constitute a criminal offence, under national or international law, at the time when it was committed", national or international law are also required to define the act or omission, and this can only be done with a proper description of the particular kind of conduct. Mere references to "treason", "enemy propaganda", "propaganda against the Republic" or "subversive propaganda", "offences against public order", "State security offences"; "organizing of activities against the State"; "terrorism" and others do not meet the requirements of proper characterization of offences, which is the key to any modern penal system. The Working Group learned of accusations of "terrorism" in two countries, affecting approximately 20 people, yet the detainees were not accused of any act of violence.

22 Critiquant le dispositif signé par le président des Etats-Unis, Robert Kodok Goldman souligne dans un article adressé au Groupe de travail sur la détention arbitraire que : The military order is highly problematical in that, it confuses distinct legal concepts and contains substantive anomalies. The Order does not define the terms international terrorism or terrorists in the text or by reference to any U.S. statute or international instrument. It would appear that the President at his sole discretion can make this critical determination and therefore who can be detained, tried and potentially sentenced to death.

23, Robert Kodok Goldman qui a présidé la Commission internationale établie par le Gouvernement américain et péruvien pour vérifier la compatibilité de la loi antiterroriste péruvienne avec les standards internationaux relève à propos du principe de la légalité : Defining crimes without certainty and precision violates the principle of legality enshrined in international and municipal jurisprudence. It should be remembered that the U.S. government has objected to the trial and conviction of an U.S. citizen for an aggravated form of the crime of terrorism by a Peruvian military court precisely for these and related due process.

l'exercice de son mandat, il se reconnaît la faculté de vérifier la conformité de la législation interne de l'Etat concerné aux instruments internationaux qu'il juge pertinents. Dans son premier rapport, le Groupe de travail avait précisé que lorsqu'il enquête sur des cas individuels, il peut être amené à examiner la législation nationale pour s'assurer que la loi du pays a bien été appliquée et, dans l'affirmative, de vérifier si cette loi est bien conforme aux normes internationales<sup>24</sup>.□

S'agissant des conditions d'application de la législation nationale par les juges, le Groupe de travail s'est toujours gardé de se substituer aux autorités judiciaires ou de se considérer comme une sorte de juridiction supranationale. Lorsqu'il examine une communication, il s'efforce de ne pas remettre en cause les faits et les preuves, sauf lorsqu'il s'agit de preuves obtenues par la torture. De même que dans ses opinions, il dit ne pas viser les juges et les tribunaux, mais uniquement le respect des normes pertinentes du droit international<sup>25</sup>.□

Dans cet exercice, le Groupe de travail considère que le contrôle interne de la légalité de la détention ou l'action en *habeas corpus* est l'un des moyens de prévention et de lutte les plus efficaces contre la pratique de la détention arbitraire. Comme tel, dit-il, il ne doit pas être considéré comme un simple élément du droit à un procès équitable, mais, dans un Etat de droit, comme un droit attaché à la personne auquel il ne devrait pouvoir être dérogé même sous un état d'exception<sup>26</sup>.□

Dans son rapport pour 1995, le Groupe de travail rappelle les fondements du droit à un recours pour contester la légalité de la détention dans les normes internationales en se référant à l'article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, qui consacre le droit de chacun à "un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes, contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi" et à l'article 9.4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui dispose que "Quiconque se trouve privé de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin que celui-ci statue sans délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale" Le Groupe de travail considère que l'absence d'un tel recours prive les citoyens d'une défense puissante contre les détentions arbitraires ou du moins, du moyen de remédier rapidement au mal causé par une incarcération illégale ou injuste et ajoute que le recours en *habeas corpus*, régi par les principes de l'informalité, de l'urgence et de l'intervention ex officio de la justice, [est] le meilleur remède contre ce type d'atteinte aux droits de l'homme<sup>27</sup>.□

L'expérience du Groupe de travail démontre que pour les personnes arrêtées pour terrorisme et notamment lorsqu'un état d'exception est décrété ou lorsqu'il est fait application de prérogatives liées aux états d'exception, le recours en *habeas corpus* est souvent suspendu ou dans les faits, rendu impraticable<sup>28</sup>. Après le 11 septembre, cette pratique s'est vérifiée, la manifestation la plus flagrante est bien évidemment celle des personnes détenues à Guantanamo Bay, mais pas uniquement puisque nous savons aujourd'hui, que des personnes

---

<sup>24</sup> Voir E/CN.4/1992/20 §10.

<sup>25</sup> Voir E/CN.4/2003/8 §59.

<sup>26</sup> Voir E/CN.4/1994/24 §74.

<sup>27</sup> Voir E/CN.4/1995/§45

<sup>28</sup> Sur la suspension de l'*habeas corpus* pour les personnes arrêtées pour terrorisme, voir le rapport de visite du Groupe de travail au Pérou E/CN.4/1999/63/Add.2.



soupçonnées de collusion avec les réseaux d'El-Kaida ou avec d'autres groupes terroristes sont détenues au secret dans plusieurs pays et que des personnes qui étaient détenues à Guantanamo Bay ont été transférées dans leur pays d'origine où elles continuent à être détenues<sup>29</sup>. Pour justifier le maintien en détention de centaines de personnes -dont l'identité n'a à ce jour pas été révélée- sans inculpation et sans possibilité de recours, plusieurs arguments ont été avancés dont la légitimité de la guerre contre le terrorisme, l'efficacité de cette guerre et le secret défense. Pourtant, qu'il s'agisse de conflits armés, d'états d'urgence ou d'exception, le droit à un recours pour contester la légalité de la détention est, en droit international, un droit non susceptible de dérogation<sup>30</sup>.

Saisi pour se prononcer sur la légalité de la détention de la catégorie *sui generis* dite des «ennemis combattants» qui à ce titre, ne seraient pas couverts par la Convention de Genève et ne peuvent [ni] prétendre au statut de prisonniers de guerre, ni revendiquer les droits indérogables et notamment le droit à un recours pour contester la légalité de la détention, le Groupe de travail a décidé d'adopter un avis de portée générale qui lui permet de jeter les bases de sa propre jurisprudence et de faciliter l'examen de cas ultérieurs.

Le Groupe de travail dont la compétence a été contestée a précisé que :

- Le mandat du Groupe de travail sur la détention arbitraire ne l'autorise pas à se prononcer sur l'applicabilité ou non du statut de prisonnier de guerre aux personnes actuellement détenues à Guantanamo Bay
- L'autorité compétente pour déterminer le statut de prisonnier de guerre n'est pas l'autorité exécutive, mais l'autorité judiciaire conformément aux dispositions du paragraphe 2 de l'article 5 de la troisième Convention de Genève, qui dispose que «s'il y a doute sur l'appartenance à l'une des catégories [de prisonniers de guerre] énumérées à l'article 4 [...], lesdites personnes bénéficieront de la protection de la présente Convention en attendant que leur statut ait été déterminé par un tribunal compétent» de la puissance détentricer
- Tant qu'une juridiction compétente au sens du paragraphe 2 précité n'aura pas tranché le point en litige, les personnes détenues bénéficient de la protection de la Convention de Genève, d'où il découle qu'elles bénéficient d'une part de la protection de son article 3 («Les prisonniers de guerre doivent être traités en tout temps avec humanité»), d'autre part des garanties du contrôle de la légalité de la détention et du droit à un procès équitable en application des articles 105 et 106 de ladite Convention
- Dans l'hypothèse où le bénéfice du statut de prisonnier de guerre ne serait pas reconnu par la juridiction compétente et dans la mesure où la puissance détentricer est partie au Pacte, la situation des personnes détenues demeurerait régie par les dispositions pertinentes du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et notamment par ses articles 9 et 14, qui garantissent l'un le droit à ce que la

---

<sup>29</sup> Le Gouvernement américain l'a reconnu dans une lettre adressée au Groupe de travail sur la détention arbitraire et un représentant du CICR l'a confirmé dans une déclaration faite à la presse.

<sup>30</sup> Afin de protéger les droits non susceptibles de dérogation, le Comité des droits de l'homme a énoncé un principe général qui consacre le droit d'introduire un recours devant un tribunal, dans le but de lui permettre de statuer sans retard sur la légalité d'une détention comme un droit non susceptible de dérogation. Voir CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, par. 16.

légalité de la détention soit examinée par une autorité judiciaire compétente, l'autre le droit à un procès équitable.

Le Groupe de travail conclut qu'en appréciant si l'absence des garanties minimales prévues par les articles 9 et 14 du Pacte est susceptible de conférer à la détention un caractère arbitraire, il demeure dans le cadre de son mandat<sup>31</sup>. La position du Groupe de travail est d'autant plus confortée que parmi les détenus de Guantanamo Bay, certains ont été arrêtés loin du champ de bataille (Etats Unies, Bosnie, Zambie...) et transférés à Guantanamo Bay et que depuis, un représentant du CICR a révélé que le site est utilisé comme un centre d'investigation et non comme un simple centre de détention<sup>32</sup>.

Les détentions administratives sont une pratique courante dans la lutte antiterroriste, elles sont utilisées pour contourner la présomption d'innocence et les garanties judiciaires qui l'entourent. Après le 11 septembre, le recours à cette pratique a de plus été facilité par une utilisation abusive et discriminatoire des lois sur l'immigration. Des personnes arrêtées pour des infractions mineures à la législation sur l'immigration se sont vues maintenues en détention pendant des mois avant d'être déportées dans leur pays d'origine. Saisi d'une communication concernant deux personnes arrêtées pour violation de la loi sur l'immigration, le Groupe de travail a constaté qu'elles ont été maintenues en détention plus de quatorze (14) mois, à l'isolement, sans qu'aucun chef d'inculpation ne leur soit officiellement notifié, sans pouvoir communiquer avec leurs familles et sans qu'un tribunal ait eu à statuer sur la légalité de leur détention<sup>33</sup>.

Dans d'autres cas, des personnes placées en détention administrative ont été transférées dans leur pays d'origine où elles continuent à être détenues, soit à la demande du pays qui les a transférées, soit parce qu'elles étaient recherchées<sup>34</sup>. Ces transferts contournent les garanties judiciaires qui encadrent la procédure d'extradition et qui permettent d'invoquer devant la juridiction compétente de l'Etat requis, l'interdiction d'extrader des personnes dans des pays où elles risquent de subir la torture, de ne pas bénéficier des normes d'un procès équitable et dans le cas où la peine de mort a été abrogée, d'encourir la peine de mort.

## **5. Le recours aux tribunaux militaires et aux juridictions d'exception.**

Traduire les présumés terroristes devant des juridictions d'exception, corollaires du recours aux états d'exception, est une pratique courante. Dès 1992, le Groupe de travail exprimait son inquiétude vis-à-vis de la mise en place de cours spéciales aux dénominations variées. En 1993 et en 1994 il appelait à nouveau l'attention de la Commission sur le fonctionnement des tribunaux spéciaux et des tribunaux militaires et il ajoute que sur le plan des principes, l'appellation d'une juridiction d'exception importe moins que le respect - ou le

---

<sup>31</sup> Voir E/CN.4/2003/8 § 61 : « Avis juridique sur les privations de liberté visant les personnes détenues à Guantanamo Bay. »

<sup>32</sup> Christopher Girod représentant du CICR aux Etats-Unis a fait cette déclaration à la presse le 10 octobre 2003.

<sup>33</sup> Voir E/CN.4/2003/8 §64.

<sup>34</sup> Dans l'interview donnée le 10 octobre 2003, Christopher Girod représentant du CICR aux Etats-Unis a déclaré à propos des personnes transférées de Guantanamo Bay : The military has released 68 detainees to their home countries. Most of those sent to Afghanistan were freed. Those sent to Saudi Arabia were imprisoned there. Cette déclaration n'est pas contestée par le Gouvernement des Etats-Unis, il a reconnu dans une lettre adressée au Groupe de travail sur la détention arbitraire que : « some enemy combatants have been transferred to their countries of nationality for continued detention. »

non-respect - par cette même juridiction des principes énoncés à l'article 14 du Pacte. Depuis et presque dans tous ces rapports, il met en garde contre les excès de cette forme justice, cause permanente de détentions arbitraires<sup>35</sup>.

Dans son rapport pour 1995, Le Groupe de travail soulignait qu'il a constaté que l'une des causes les plus graves de détention arbitraire est l'existence de juridictions d'exception, militaires ou non et quelle qu'en soit la dénomination. S'il reconnaît que ces juridictions ne sont pas en soi prohibées par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Groupe de travail constate néanmoins à l'expérience que dans leur quasi-totalité, elles ne respectent pas les garanties du droit à un procès équitable prévues par la Déclaration universelle des droits de l'homme et ledit Pacte<sup>36</sup>.

S'agissant du recours à des juridictions militaire pour juger des civils, le Groupe de travail a, dès les premières années de son existence, exprimé sa réserve en soulignant qu'il ressort de son expérience que dans la quasi-totalité des cas, les tribunaux militaires sont fortement enclins à l'arbitraire en raison d'une part de la procédure suivie et d'autre part de leur esprit de corps, d'où l'impression trop fréquente qu'ils ont deux poids deux mesures, selon qu'ils jugent un civil ou un militaire<sup>37</sup>. Il a souligné que dans la communauté juridique internationale, on s'accorde de plus en plus largement sur la nécessité de limiter de la manière la plus stricte, voire d'interdire, le jugement de civils par ces juridictions<sup>38</sup>.

Le Groupe de travail a même parfois été un peu plus loin dans la mise en cause de l'impartialité et de l'indépendance des tribunaux militaires. C'est ainsi qu'il a considéré alors qu'il était saisi de plaintes émanant de militaires détenus pour diverses infractions, que de part leur composition et le mode de désignation de leurs membres, les tribunaux militaires sont des juridictions dont l'indépendance vis-à-vis de l'exécutif n'est pas évidente<sup>39</sup>.

Le Groupe de travail estime que si une forme quelconque de justice militaire devait subsister, elle devrait, en tout état de cause, être soumise à quatre règles :

- a) Incompétence pour juger des civils;
- b) Incompétence pour juger des militaires s'il y a des civils parmi les victimes;
- c) Incompétence pour juger les civils ou les militaires impliqués dans des affaires de rébellion, de sédition ou dans tout fait de nature à porter atteinte ou risquer de porter atteinte à un régime démocratique;
- d) Interdiction de prononcer la peine de mort en quelque circonstance que ce soit<sup>40</sup>.

---

<sup>35</sup> Voir E/CN.4/1993/24 §34, E/CN.4/1994/27§ 35, E/CN.4/1999/63 §79 et 80 et E/CN.4/2000/4§67.

<sup>36</sup> Voir E/CN.4/1996/40 §107.

<sup>37</sup> Voir E/CN.4/1994/27§ 35. En 1999, il soulignait qu'il a une fois de plus été à même de constater dans de nombreux pays l'arbitraire des tribunaux militaires. Aussi le Groupe de travail réitère-il les recommandations qu'il a faites dans son rapport de mission concernant le Pérou (E/CN.4/1999/63/Add.2, par. 179, 180). (E/CN.4/1999/ 63 §79.)

<sup>38</sup> Voir E/CN.4/1998/39/Add.1, par. 78.

<sup>39</sup> Voir entre autres, l'avis n°27/2001(E/CN.4/2003/8 Add.1)

<sup>40</sup> Voir E/CN.4/1999/63/Add.2, par. 179, 180

Ainsi et alors que l'impartialité et l'indépendance des tribunaux militaires étaient de plus en plus contestées et qu'un consensus commençait à se dégager pour plaider leur suppression en temps de paix, ou du moins exclure de leur champ de compétence les civils ainsi que les militaires impliqués dans de graves violations des droits de l'homme, le président des Etats-Unis a promulgué un décret instaurant des commissions militaires qui dérogent aux principes les plus fondamentaux d'un procès équitable et qui, de surcroît, introduit une discrimination fondée, non pas sur la gravité des faits reprochés aux présumés terroristes, mais sur leur nationalité<sup>41</sup>.

Dans la Résolution 2002/37 intitulée « Intégrité de l'appareil judiciaire », la Commission des droits de l'homme a réaffirmé que toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, qui décidera, soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Elle a également réaffirmé le droit de chacun d'être jugé par des tribunaux de droit commun, appliquant des procédures dûment établies, et que des tribunaux d'exception ne doivent pas être institués pour se substituer à la juridiction des tribunaux de droit commun ou judiciaires.

## **Conclusion**

Tels sont les principaux sujets de préoccupation que le Groupe de travail sur la détention arbitraire a identifiés dans la pratique des Etats et dans leurs dispositifs juridiques encadrant la lutte contre le terrorisme et sur lesquels il s'est prononcé. Les événements du 11 septembre ont mis révélé d'autres sujets de préoccupation sur lesquels le Groupe de travail n'a pas encore fait connaître sa position, il le fera certainement dans ses prochains rapports, je pense notamment, à la discrimination fondée sur la nationalité et à cette nouvelle pratique, jusque là inconnue dans des pays respectueux de l'état de droit et de l'indépendance du pouvoir judiciaire, qui consiste à refuser de révéler à la justice, les noms des personnes détenues, les charges retenues contre elles et les preuves qui les accablent, pour affirme-t-on, ne pas compromettre la lutte contre le terrorisme.

En mettant en exerce les préoccupations que suscite, les mesures adoptées pour combattre le terrorisme, il n'est nullement dans notre intention de minimiser la menace que représente le terrorisme contre la paix et la sécurité dans le monde, cette menace est réelle, ni de douter de sa capacité destructrice et déstabilisatrice y compris pour les gouvernements les plus légitimes et les plus démocratiques, ni encore moins de contester le droit sinon le devoir de tous les Etats d'user de tous les moyens légaux pour lutter efficacement contre le terrorisme.

Il n'est nullement non plus contesté que la lutte contre le terrorisme nécessite le recours à des moyens exceptionnels limitant certaines garanties, y compris en ce qui concerne la détention et le droit à un procès équitable. Le Groupe de travail l'a rappelé et le Comité des droits de l'homme en a précisé le contenu et les limites en adoptant, quelques semaines avant le 11 septembre 2001, l'Observation générale no 9 relative aux dérogations aux dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques en période d'état d'urgence.

---

<sup>41</sup> Voir entre autres, les critiques formulées par Robert Kodok Goldman, ex-président de la Commission interaméricaine des droits de l'homme sous le titre « Why President Bush's Military Order Runs Afoul of the Law ».

En rappelant aux Etats qu'il y a des droits auxquels il n'est pas permis de déroger même lorsque l'existence de la nation est menacée, le Groupe de travail sur la détention arbitraire et le Comité des droits de l'homme ont coupé court au débat sur la sécurité et l'horreur des crimes commis par les terroristes pour justifier la mise entre parenthèse des droits de l'homme. Même dans la lutte contre le terrorisme, les Etats n'ont pas le droit de porter atteinte à des principes aussi fondamentaux que la présomption d'innocence, la légalité des infractions et des peines, la non rétroactivité de la loi pénale plus sévère et le droit d'être jugé dans un délai raisonnable par un tribunal compétent, indépendant et impartial, sinon, ils perdent toute la légitimité dont ils se réclament face aux organisations terroristes.

**Speaking notes Theo van Boven, UN Special Rapporteur on Torture**

1. Principles of monitoring and protection

- accountability (basis of supervision);
- legality (defending the rule of law);
- non-derogability (sanctity of human life and the integrity of the human person);
- proportionality (means and ends);
- non-discrimination (race, religion, descent, gender, ethnic and national origin);
- due process;
- effective remedies.

2. The absolute prohibition of torture; erosion of a consensus?

- non-derogability as a legal and moral *acquis*, as *opinio iuris*, as enshrined in many instruments of international human rights and humanitarian law, as the hard core of human rights;
- a new human rights order (*Umwertung aller Werte?*) in the face of a newly declared global enemy number one: the practice and the threat of terrorism?

Examples and illustrations:

- (a) authorisation and justification of torture in situations of necessity and immediate threat (the “ticking bomb”scenario)?
- (b) towards a redefinition of torture and the related concept of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment?
- (c) the creation of legal and jurisdictional limbos or human rights no-man’s lands;
- (d) frequent resort to prolonged *incommunicado* detention which “may facilitate the perpetration of torture and can in itself constitute a form of cruel, inhuman and degrading treatment or even torture” (CHR);
- (e) export of torture by way of deportation or transfer of suspects in violation of the principle of *non-refoulement* (fundamental in international human rights and refugee law).

3. Activities of the Special Rapporteur on Torture to monitor human rights and counter-terrorism

- a) The sending of allegation letters and, in cases of immediate threats to the life and physical integrity of persons (often *incommunicado* detention), the dispatch of urgent appeals to numerous governments and occasionally to non-state entities. These allegation letters and urgent appeals are being sent in increasing numbers, often jointly with other mandate holders, and relate to thousands of persons. These actions often concern suspects allegedly linked to terrorist (or quasi-terrorist) groups and movements and also include such suspects who would imminently be deported to a State where he/she would be in serious danger of being subjected to torture.

NB: Among the weaknesses of this procedure, which by its nature is more humanitarian than judicial, are lack of any or adequate responses on the part of many governments and ineffective follow-up control on the part of the Special Rapporteur.

- b) In some instances, the sending of urgent appeals to express concern about envisaged legislative, administrative or enforcement measures to be taken with a view to combating terrorism, which may carry the inherent danger of resorting to torture or other forms of cruel, inhuman and degrading treatment or punishment. These urgent appeals differ from the earlier mentioned procedure in as much as they do not relate to individual persons (or groups of persons) but to policy measures having potentially an adverse effect on the rule of law and national and international action against torture.
- c) The carrying out of visits in situ. Thus, in a visit to Uzbekistan, a country situated in Central Asia and deeply involved in international actions against terrorism, it became clear that belonging to certain traditional religious groups and movements carried the label, in the perception and the actions of the authorities, of being terrorists. Such persons were subjected to very harsh treatment, amounting to torture so as to extract confessions to be used as evidence in serious penal cases, entailing many death penalty convictions and executions. It is important that in the selection of countries for a visit and in weighing the various criteria for such selection, the issue of monitoring counter-terrorism measures be taken into account with a view to raising this issue with the authorities and making appropriate recommendations.
- d) In the preparation of reports to be submitted to political organs of the United Nations, notably the Commission on Human Rights and the General Assembly, identification and analysis of tendencies and evolutions having a bearing on the prohibition of torture and other forms of ill-treatment in the context of anti-terrorism measures. In the two recent reports presented to the UN Commission on Human Rights the principle of the non-derogable and absolute nature of the prohibition of torture was underlined and insisted upon as well as the fundamental principle of non-refoulement. Similarly, the reports presented to the General Assembly were largely consecrated to the prohibition of torture within the context of counter-terrorism (see in particular UN doc. A/57/173).

## Human Rights and Counter-Terrorism: International Monitoring Systems October 23-24

Françoise Hampson

### United Nations Charter-based Mechanisms : Sub-Commission on the Promotion & Protection of Human Rights

#### 1. History of the Sub-Commission's interest in related areas

- **States of emergency** – *Questiaux* report, Study of the Implications for human rights of recent developments concerning situations known as states of siege or emergency (E/CN.4/Sub.2/1982/15).
- **Special Rapporteur on States of Emergency**: At the Sub-Commission's request, the Economic and Social Council, by resolution 1985/37, authorized the Sub-Commission to appoint a special rapporteur to carry out the work referred to in Commission resolution 1983/18 and Sub-Commission resolution 1983/30. The mandate of the Special Rapporteur included the following main tasks: (a) to draw up and update annually a list of countries which proclaim or terminate a state of emergency; (b) to examine, in annual reports, questions of compliance by States with internal and international rules guaranteeing the legality of the introduction of a state of emergency; (c) to study the impact of emergency measures on human rights; (d) to recommend concrete measures with a view to guaranteeing respect for human rights in situations of state of siege or emergency. The Special Rapporteur (*Leandro Despouy*) submitted an explanatory paper (E/CN.4/Sub.2/1985/19) and ten reports, the last one being in 1997 (E/CN.4/Sub.2/1997/19 and Add.1).
- **The Commission on Human Rights** in Decision 1998/108 decided to request the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights to submit to the Sub-Commission at its fifty-first session (1999), and every second year thereafter, a list of States in which a state of emergency was proclaimed or was continued during the reporting period.
- **Military tribunals** – Report on the evolution of the administration of justice through Military Tribunals by *Louis Joinet* (interim report: E/CN.4/Sub.2/2001/WG.1/CRP.3; further report: E/CN.4/Sub.2/2002/4) and up-dated report by *Emmanuel Decaux* (E/CN.4/Sub.2/2002/4)

#### 2. Sub-Commission's current interest in terrorism

- The Sub-Commission asked *Ms. Kallipoi Koufa* to prepare a working paper on the question of terrorism and human (E/CN.4/Sub.2/1997/28). Ms Koufa was appointed as Special Rapporteur by the Commission (1998/107), endorsed by ECOSOC (1998/278).
- The Special Rapporteur's preliminary report (E/CN.4/Sub.2/1999/27) contained an historical overview of the evolution of the question of terrorism within the United Nations system and analysis of the major areas in which terrorism affects, directly and indirectly, the full enjoyment of human rights. She identified and discussed other priority areas that she thought would need to be examined, such as the question of definition, the interrelated questions of the scope of application of human rights law and of the accountability of the non-State actors, as well as recent trends in contemporary terrorism.



- The Special Rapporteur presented her progress report (E/CN.4/Sub.2/2001/31) in which she addressed several controversial issues, such as the problem of definition, the concept of terrorism by reference to the potential State and non-State actors involved in it, but exploring more fully the manifestations of State terrorism, the issue of new forms of terrorism and of the potential use of weapons of mass destruction by terrorist groups. In this context, she discussed the potentially grave implications that both the terrorist use of weapons of mass destruction and States' counter-terrorism policies hold for human rights, and warned against the disturbing tendency to categorize ordinary criminal activity as terrorism.
- A second progress report, written in the wake of the events of 11 September 2001, was submitted in 2002 (E/CN.4/Sub.2/2002/35). The significant unintended consequences of the global fight against terrorism and the risk of damage to the cause of justice and the rule of law justified, in the opinion of the Special Rapporteur, some diversion from her basically conceptual approach of the study on terrorism and human rights towards one that is more human rights specific. It should be noted that the Special Rapporteur thought that her mandate required one kind of study and that an examination of State counter-terrorist activity required a different kind of study.
- An additional progress report (E/CN.4/Sub.2/2003/WP.1) was submitted in 2003, together with an Addendum: An Update on International Anti-Terrorist Activities and Initiatives (E/CN.4/Sub.2/2003/WP.1/Add.1), written by the OHCHR.
- The Final Report of the Special Rapporteur will be submitted in 2004.

### **3. Sub-Commission's current interest in counter-terrorist activities**

- In 2002, a draft resolution was submitted for the consideration of the Sub-Commission. This was based on the unsuccessful attempt at the 2002 session of the Commission to have appointed a Special Rapporteur. It proposed that a working group of the Sub-Commission as a whole would, in 2003, consider a report on the compatibility of State counter-terrorist activities with their human rights obligations. The report would be produced by a co-ordinator, to whom States, NGOs and members of the Sub-Commission were requested to submit information. The draft resolution stated that the working group would not meet if, in the meantime, a Special Rapporteur or equivalent mechanism was created, with a similar mandate. The draft resolution was opposed by most NGOs, who thought it would prejudice the chance of obtaining the appointment of a Special Rapporteur at the 2003 session of the Commission. The principle was supported by many members of the Sub-Commission but they indicated that they would withhold their support owing to the opposition of Ms. Koufa, who thought that her own mandate covered the proposed mandate of the Working Group. The draft resolution was withdrawn, following changes made to the texts of two related resolutions.
- In 2003, after the second failure to appoint a Special Rapporteur by the Commission on Human Rights, another draft resolution was submitted for the consideration of the Sub-Commission. It was significantly amended during the negotiation process. The resolution, as adopted, is attached to this presentation.

### **4. Characteristics of what is needed**

#### **a. coverage**

- universal coverage – excludes treaty bodies & regional bodies
- regular & constant – excludes treaty bodies
- comprehensive – excludes the existing Charter mechanisms

- proactive as well as reactive
- bottom-up (driven by factual situations) as well as top down (legislation & what Governments admit to)
- No current mechanism can examine the whole range of issues raised by State counter-terrorist activities on a universal & regular basis
- b. goals**
  - identify areas of concern, identified by subject
  - identify good practice
- c. procedural considerations**
  - not dependent on consent of Governments for the existence of the mechanism – problem with appointment of Spec Rapp
  - adequate resources to do the above
- Unless a Special Rapporteur is appointed with a broad enough mandate, the Sub-Com appears to be the least bad option

## **5. Issues to be covered**

### **a. laws**

- Emergency laws – whether emergency declared; if so, what were the procedural requirements; justification; application of previous/existing emergency regime
- Emergency laws – requirements re procedures for making laws under emergency powers
- Laws problematic on the face of them

### **b. context**

- Where a State starts using “terrorism” as a new justification for previous & continuing activities &/or to avoid international scrutiny eg. Chechnya; Colombia

### **c. potential human rights issues**

- *Use of unlawful force* – targeted killings; indiscriminate killings; disproportionate use of force; death in detention; failure to investigate; death penalty after trial not conforming with due process; death resulting from use of unlawful weapons or of lawful weapon in an unlawful way
- *Torture etc* – ill-treatment & ticking bomb; transfer in order to; transfer where likely to happen; transfer where no due process; transfer without acknowledgement of fact of detention – disappearances; special cases – children; grounds for denying refugee status; failure to provide prompt medical treatment;
- *Detention* – grounds; acknowledged; not arbitrary; conditions; ability effectively to challenge lawfulness
- *Due process* – especially if different process from usual; military tribunals & composition of courts; public proceedings; death penalty &; changes in burden of proof or rules of evidence; anonymous witnesses
- *Search & seizure* (privacy, home & family life) – especially if changes in rules; how carried out; destruction of property &; religious/ethnic profiling &; unknown searches - surveillance
- *Freedom of religion* – interference in; freezing of assets of religious bodies
- *Freedom of expression* – grounds for restrictions; proportionality; obligation to take effective action against incitement to violence
- *Freedom of assembly* – grounds for restrictions; proportionality
- *Freedom of movement* – discrimination in exercise of

- *Discrimination* – in exercise of legitimate power; positive obligation to prevent discrimination by 3<sup>rd</sup> parties?
- *Right to remedy*
- *Right to nationality* – not arbitrary deprivation of
- *Conduct of elections*

**d. problems**

Do the following come within such a study and, if so, how should they be handled:

- When fighting against “terrorists” constitutes an armed conflict; implications for status of those fighting;
- Where State A is faced with a request from State B, based on “terrorist activity” in State B organised by non-State actors in State A, does the “terrorist context” affect whether consent is required for an operation in State A’s territory (e.g. Afghanistan; Yemen)
- Where State A is faced with a request from State B which State A cannot legally comply with (e.g. transfer of a person with a well-founded fear of persecution), how can State A be persuaded to resist possible pressure from State B?
- Where States C, D & E, committed participants in the fight against “terrorism”, take action in relation to State F for economic reasons, a foreseeable effect of which is likely to be an increase in terrorist activity in State F (e.g. activities of US & UK & American & British TNCs in Central Asia), who has the jurisdiction to deal with the issue; is there or should there be an early warning mechanism?
- Etc. etc.

22nd meeting  
13 August 2003

[Adopted without a vote. See chap. VI.]

**2003/15. Effects of measures to combat terrorism  
on the enjoyment of human rights**

*The Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights,*

*Guided* by the principles embodied in the Charter of the United Nations, the Universal Declaration of Human Rights, the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations, the International Covenants on Human Rights and other international and regional instruments, relating to human rights and international humanitarian law,

*Reaffirming* its condemnation of the heinous acts of terrorism that caused enormous loss of human life, destruction and damage in the cities of New York, host city of the United Nations, and Washington, D.C., and in Pennsylvania, which prompted the adoption of the General Assembly resolution 56/1 of 12 September 2001, as well as Security Council resolutions 1368 (2001) of 12 September 2001, 1373 (2001) of 28 September 2001 and 1377 (2001) of 12 November 2001,

*Reaffirming also* that all States have an obligation to promote and protect all human rights and fundamental freedoms and to ensure effective implementation of their obligations under international humanitarian law,

*Reaffirming further* that all measures to counter terrorism must be in strict conformity with international law, including international human rights standards and obligations,

*Noting with great concern* that some measures adopted after 11 September 2001 at the national, regional and international levels have a harmful impact on the exercise of human rights and fundamental freedoms,

*Alarmed in particular* at the establishment of military courts whose rules derogate flagrantly from the intangible standards relating to the right to liberty and security, as well as the right to a fair trial,

*Concerned* at the existence of discriminatory laws and practices in the administration of justice, directed, in particular, against non-citizens,

*Concerned also* at the rise in racism and xenophobia following the attacks of 11 September and at the measures adopted by States concerning non-citizens and

asylum-seekers, in particular the derogations from the principle of non-refoulement of asylum-seekers,

*Deploring* that the legitimate measures taken by States to combat terrorism has, in some cases, served as a pretext for infringing the right to liberty and security, freedom of movement, the right to a fair trial, the right to privacy and family life, freedom of expression and the rights to freedom of religion, assembly and association, and deploring, in particular, the measures taken against human rights defenders, unionists, political opponents and journalists,

*Bearing in mind* the fundamental principle according to which any restriction on the exercise of human rights and fundamental freedoms must be provided for by law and be necessary, in a democratic society, for the pursuit of a legitimate aim, and not undermine the substance of the right considered,

*Recalling*, moreover, that derogations from human rights and fundamental freedoms must strictly respect the criteria set forth in article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights, as interpreted by the United Nations Human Rights Committee in its general comment No. 29 of 24 July 2001 (CCPR/C/21/Rev.1/Add.11),

*Bearing in mind* the important studies submitted this year to the Sub-Commission, particularly on terrorism and human rights, and also on the rights of non-citizens (E/CN.4/Sub.2/2003/23 and Add.1-4), on the issue of the administration of justice by military tribunals (E/CN.4/Sub.2/2003/4) and on discrimination in the criminal justice system (E/CN.4/Sub.2/2003/3),

*Noting* that nothing in the present resolution should be interpreted as limiting in any way any action that may be taken by the United Nations High Commissioner for Human Rights in the field of State measures to counter terrorism,

*Welcoming* the publication of the Digest of Jurisprudence of the United Nations and Regional Organizations on the Protection of Human Rights While Countering Terrorism,

1. *Strongly condemns* all acts, methods and practices of terrorism as criminal and unjustifiable, wherever and by whomsoever committed;

2. *Recalls* that States must ensure that all measures adopted to combat terrorism comply with their obligations under international human rights law, international refugee law and international humanitarian law;

3. *Emphasizes* that States have the obligation, under international law, to protect all persons within their jurisdiction against terrorist acts, and to pursue and punish their perpetrators, in full respect of international human rights standards;

4. *Notes* that several important studies submitted this year to the Sub-Commission address, from different standpoints, the problem of respect for human rights in the fight against terrorism;

5. *Decides*, with a view to rationalizing the work of the Sub-Commission on the subject, to rename the existing sub-item 6 (c) “New priorities, in particular terrorism and counter-terrorism” to study the compatibility of counter-terrorism measures, both legislation and other activities adopted at the national, regional and international levels, particularly those adopted after 11 September 2001, with international human rights standards, giving particular attention to their impact on the most vulnerable groups, with a view to elaborating detailed guidelines;

6. *Also decides* to appoint Ms. K. Koufa as coordinator, with a mandate to gather the necessary documentation for the effective work of the Sub-Commission;

7. *Requests* Governments, intergovernmental organizations, national institutions for the protection and promotion of human rights, experts and non-governmental organizations to provide the coordinator and the Sub-Commission with all pertinent and precise information in this respect.

## **Ben MAJEKODUNMI**

### **Assistant to the Special Representative of the Secretary General on the situation of human rights defenders**

[\*The following text is a transcript of the comments made by Ben Majekodunmi during the conference]

I have been invited to speak primarily as a substitute to Hina Jilani who is the Special Representative of the Secretary General on human rights defenders. To a certain degree, I will be speaking in her name but some of my statements will be partly my own. My objective will be to give you an idea of how the situation of human rights defenders has been affected by counter-terrorism practices and policies and to give you an idea of how Ms. Jilani's mandate as Special Representative has been able to address the impact of counter-terrorism on human rights defenders, including any limitations on that impact. I will cover four points: firstly, a brief introduction to Hina Jilani's mandate, secondly some of the main concerns with regard to the impact of counter-terrorism upon defenders; thirdly, the impact of Ms. Jilani's mandate on these concerns and finally a few recommendations.

#### **1) Hina Jilani's mandate as Special Representative of the Secretary General on the situation of human rights defenders**

Hina Jilani's mandate, although she is Special Representative of the Secretary General, is very similar to that of Special Rapporteurs. Her main activities include: the capacity to receive information, including in the form of cases; to raise these cases and other concerns directly with States; to conduct country visits; and to report (to the Commission on Human Rights and the General Assembly) on geographic situations, cases and thematic concerns. The mandate focuses on the role and situation of human rights defenders. She has not defined human rights defenders in strict terms, however, one can say that the definition runs from at one end, for example, a human rights lawyer conducting full-time human rights work through an NGO to, at the other extreme, a police officer who is a witness to torture and decides to take the risk of bearing witness to that torture in a court and so becomes, in the limited context of this testimonial, a human rights defender.

#### **2) What are the main concerns that we have seen with regard to counter-terrorism and human rights defenders?**

Hina Jilani has just published her 2003 annual report to the General Assembly which focuses on the impact of security legislation, including counter-terrorist legislation, on human rights defenders. The impact of counter-terrorism activities on defenders is broader than just the impact of legislation and there are different ways of looking at it. I have defined two main categories:

- In order to conduct their work, human rights defenders require access to information on human rights concerns and access to the victims of human rights violations. What is happening is that counter-terrorist legislation, practices and policies are being used to prevent human rights defenders from gaining access to information. For example: information justifying the legality of the arrest of a person who has been accused of terrorism. Human rights defenders are also prevented from having access to individuals. For example, somebody who is accused of being a terrorist is then detained and is then forbidden from having any access to a human rights lawyer. If

human rights defenders have no access to information or to the victims of human rights violations they cannot conduct their work effectively and the quality of their information begins to deteriorate and every other mechanism that is established pursuant to having that information then begins to breakdown. That includes the quality of the work that can be conducted by Ms Hina Jilani. As her information becomes weaker, it is much less easy for her to bear witness to what is happening.

- A second main concern is that counter-terrorist legislation and practices are being used to target human rights defenders themselves. The fact that counter-terrorist legislation sets lower human rights standards, for example with regard to detention and arrest, makes these practices very useful for the illegal arrest and detention of human rights defenders. We have seen increasingly that human rights defenders engaged, for example, in publicizing information on torture are being accused of terrorism and arrested and detained and they no longer have access to the sort of support that they would normally have. So, there are two very broad concerns: the access of human rights defenders to information and to victims and secondly, the increasing use of counter-terrorist practices against human rights defenders.

A general concern is that of the perceptions of human rights defenders. Increasingly, in many States, human rights defenders are being portrayed in the media, sometimes by State officials and sometimes by influential private individuals, as friends of terrorists, as terrorists themselves, as anti-State or as anti-people. In some States, there is deep concern among human rights defenders that they no longer have popular support. They are not seen as good people, heroic or brave, but instead are being portrayed as trouble-makers. Defenders consider that it is the actual right to defend human rights that is being challenged and, therefore, one can argue that the basis of human rights themselves is being questioned. The argument being pushed forward is that human rights are no longer good in certain situations when one is making an effort to counter terrorism. Ms. Jilani is very concerned by this trend. It is a little bit subjective and it is not happening everywhere but it is a major concern.

### **3) What is the impact of Ms Hina Jilani's mandate in addressing these concerns?**

There is a positive impact. We receive a vast amount of information. We have raised probably about 300 cases this year with governments. There is a considerable degree of welcoming from some States with regard to Ms Jilani's mandate. There is a recognition that it is a very useful one. There is a very positive perception from among defenders themselves. Defenders find it very reassuring to have a tangible person who they can relate to. Human rights defenders, including those engaged in monitoring counter-terrorism actions, benefit from the practical actions taken under the mandate and also from the positive perceptions among many States and other actors.

On the side of limitations, there are a lot: limitations in terms of resources, staffing, physical time (Ms Jilani has other work responsibilities in Pakistan), limitations of the support provided to her from OHCHR, limitations in terms of the information we receive (just a small fraction of what is actually occurring). We have limitations in terms of our capacity to verify information. It is sometimes difficult to know how accurate information is. And we have serious limitations in terms of follow-up. The biggest limitation I see with regard to the capacity of the Special Representative's mandate to address the impact of terrorism and counter-terrorism on human rights defenders is that of implementation; this is a limitation common to all the Special procedures' mandates. Many concerns and recommendations are



raised every single year by the Special procedures and the treaty bodies. On the whole, they are very good but are simply not implemented.

Finally, Ms. Jilani feels very strongly that the capacity of her mandate to effectively address human rights concerns, in the context of counter-terrorism and human rights defenders, depends a lot on her personal integrity and on the integrity of the UN. She is perceived as a representative of the UN and she has felt that, where the image of the UN has been damaged internationally, this damages her mandate and her capacity to seek responses from States. She feels very much that the strength of the Special procedures is dependent upon the respect accorded to the UN globally.

#### **4) Comments and recommendations**

This Conference is focusing on the existence and capacity of universal monitoring mechanisms, in the context of counter-terrorism and human rights. ‘Monitoring’ is fundamental to human rights but I have often felt that it can be perceived as a very limited type of action. I feel that monitoring should be understood as a term that encompasses several different types of activities, including those of a proactive nature, and not only the passive gathering of information.

A second general comment I would make is that, here in the Conference, we are talking in the context of ‘universal’ monitoring and, again, I think this is appropriate from some perspectives but it is also misleading. Universal monitoring is dependent upon information coming from regional and national monitoring and I think, in terms of making recommendations for a universal monitoring structure, one has to bear this in mind.

#### **Recommendations:**

- 1) The work of human rights defenders at a national level is absolutely fundamental to the success of any universal monitoring mechanism and is also essential to States’ own efforts to address counter- terrorism and human rights. Without human rights defenders at a national level, these would be entirely dysfunctional. My suggestion is that, in any recommendation to establish a ‘universal’ mechanism to address counter-terrorism and human rights concerns, one should bear in mind the essential role that human rights defenders must play at a national level in providing information to that mechanism, without which it will not function effectively.
- 2) Many terrorist groups seek legitimacy by claiming to be defending human rights and to have resorted to terrorism as a last resort to address human rights concerns. If there were genuine human rights defenders actively, visibly and effectively addressing those same human rights concerns, this would help to reduce any claim to legitimacy that these terrorist groups are making. In many instances there are human rights defenders addressing many issues that terrorist groups are also claiming to support but the problem is the perception that those human rights defenders are not being successful in their efforts. My second recommendation would be that supporting human rights defenders and seeking implementation of the Declaration on human rights defenders could be included as a key strategy in counter-terrorism and human rights efforts.
- 3) Finally, I consider that universal monitoring mandates, such as Ms. Jilani’s, should not be seen as existing in a vacuum. To be fully effective they must benefit from the full

support of the UN system of which they are a part and most especially the support of those organs that have a mandate and capacity to implement. Any recommendation that you might make with regard to creating a mechanism that would monitor counter-terrorism and human rights should take into consideration the need for implementation and create a functional link with organs that have an implementing authority and capacity within the UN system. From the perspective of my support to Ms. Jilani's mandate, as opposed to the fact that I also work for the OHCHR, I believe that the OHCHR should have an important role to play in this regard.

Thank you.

## **Jelena Pejic (ICRC)**

As opposed to previous speakers who focused mainly on mechanisms aimed at safeguarding human rights in the fight against terrorism, I will speak about the relationship between human rights and IHL, as well as about the relevance of IHL in the fight against terrorism. A preliminary question that needs to be answered is whether the acts of violence making up the "war on terrorism" qualify as an armed conflict in the legal sense. I will then speak very briefly about the role of the ICRC.

Permit me - for those of you who might not be as familiar with IHL as you might be with human rights law - to start with a reminder. IHL is the body of law that becomes applicable in situations of armed conflict, that is, it regulates, on the one hand, the conduct of hostilities and, on the other hand, the treatment of persons in enemy hands. It is often characterized as a pragmatic body of law aimed essentially at striking a balance between the competing considerations of military necessity and humanity. It is contained in numerous treaties, but the ones you are surely most familiar with are the four Geneva Conventions of 1949 and their two Additional Protocols of 1977. The four Geneva Conventions and Additional Protocol I regulate international armed conflicts. Article 3 common to the four Conventions pertains to non-international conflict and is further elaborated by the provisions of Additional Protocol II.

### IHL and human rights

Before I go on to IHL specifically, I think it is also worth outlining a couple of similarities and differences between IHL and human rights. As has been mentioned, we are talking about distinct, but complementary bodies of law. In the ICRC's view, the comprehensive protection of persons in situations of armed conflict can only be achieved through the complementary application of IHL, human rights law, refugee law and other bodies of law that may be relevant, including of course domestic law. The purpose of IHL and international human rights law is very similar. They aim to protect human life, health and dignity, albeit in different circumstances, and the content of many of their rules also overlaps. Thus, IHL protects the right to life, as does human rights law, except that IHL rules obviously differ from those applicable to situations of law enforcement in a peace time regime. As you know, IHL also has provisions prohibiting torture, provisions aimed at ensuring the right to a fair trial, at ensuring the provision of food to populations in need, etc.

The differences, apart from the fact that IHL applies only in armed conflict, is that IHL binds non-state actors whereas human rights law, according to the still dominant opinion, does not. Very importantly, IHL does not permit derogations. While most of the discussions today centered on restrictions and derogations to human rights law in the fight against terrorism, with IHL the situation is different. As a matter of law there can be no derogations to IHL treaties and what is currently happening is in fact the contrary of what is happening to human rights law. Rather than a restriction of IHL application, we are witnessing an extension of IHL to situations that do not necessarily qualify as armed conflict in the legal sense. We have also had some unusual interpretations of this body of law. A further important difference between IHL and human rights is the extraterritorial application of these two bodies of law. There is no doubt that IHL is extraterritorially applicable because international armed conflict by definition involves two or more states, meaning that the conflict will be carried over by at least one of them into the territory of another. While not everyone may agree, the acceptance of the extraterritorial application of human rights law is still - in my view - a work in progress.

## **IHL and the fight against terrorism**

In terms of IHL and terrorism, the key issue of course is the concept of armed conflict. While there is no generic legal definition of what constitutes armed conflict under IHL, it is a fact that we can and do differentiate between two types of armed conflicts, international and non-international. International armed conflict involves two or more states, whereas non-international armed conflict involves the armed forces of a state and non-state actors or involves hostilities between non-state actors, i.e. between armed groups themselves.

As I indicated earlier, IHL regulates two issues: the conduct of hostilities and the protection of persons in enemy hands. In terms of the conduct of hostilities rules relevant to a discussion of IHL and terrorism, I would like to specifically mention two. One is the principle of distinction, which is an explicit treaty law rule in international armed conflicts and a customary law rule in both international and non-international armed conflicts. Simply put, it obliges parties to an armed conflict to distinguish at all times between civilians and combatants and between civilian objects and military objectives. Related to this principle is the prohibition of attacks against civilians and civilian objects. To the extent that "terrorist" acts involve the unlawful targeting of civilians, when such acts are committed in the context of an armed conflict they are already prohibited under IHL and may, moreover, constitute war crimes.

There are a range of other IHL rules which in practice subsume acts of terrorism when such acts are committed in situations of armed conflict: e.g. rules prohibiting the taking of hostages, attacks against places of worship, the use of human shields, etc. In addition, and this seems to be not known well enough, Additional Protocol I to the Geneva Conventions specifically prohibits "acts or threats of violence the primary purpose of which is to spread terror among the civilian population". Additional Protocol II, applicable in non-international armed conflict, also prohibits acts of terrorism against persons not taking or no longer taking part in hostilities. Therefore, it can be said that when armed conflict level is reached most, if not all acts of what is called "terrorism" in peacetime are prohibited already.

In terms of the second aspect - the protection of persons in enemy hands - one has to distinguish between the rules applicable to international and non-international conflict. International armed conflict involves states and therefore the forces waging war are usually the armed forces of a state. Members of armed forces are known as combatants who, upon capture, must be granted prisoner of war status. The main privilege of POW status is that upon capture combatants cannot be tried by the detaining power for mere participation in hostilities - they can of course be tried for war crimes - and they have to be released at the end of active hostilities. The Third Geneva Convention is entirely devoted to the status and treatment of POWs, including their fair trial rights in case of prosecution for criminal offences.

The rules applicable to non-international conflict are different because these are usually conflicts that take place within a state between its armed forces and organized armed groups. There is no combatant or POW status in non-international armed conflict, but nevertheless the rules do contain significant safeguards for the protection of persons whose liberty has been restricted or are subject to penal prosecution.

As opposed to human rights law, which regulates relations between individuals and a state, IHL regulates the behavior of parties to an armed conflict. A party to an armed conflict is usually understood to mean either the armed forces of a state or an armed group with a certain level of organization, command structure and therefore the ability to implement international humanitarian law. The very existence of "parties" implies an equality of rights and obligations among them when they are engaged in armed conflict. Why? Because parties in war need to know the rules within which they are allowed to operate and need to know that they can count on similar behavior by the adversary - for the benefit of civilians and other persons not or no longer taking part in hostilities. In other words, there can be no armed conflict, i.e. war in which - as a matter of law - one side has all the rights under IHL and the other has none. This is simply logically and legally impossible. It should be stressed, however, that while parties to an armed conflict are equal under IHL, they are not equal under domestic law.

In the context of the "war on terrorism", it was never disputed that war in Afghanistan was an international armed conflict. The question is how does one legally qualify the totality of the other acts of violence that have been going on since then between states and transnational networks. The question we need to ask ourselves is: do we have a party to an armed conflict in the legal sense on the other side? In our view, the answer to that question, based on the available evidence, has to be negative. Moreover, it is very clear that, as a matter of practice and policy, states would not be willing to grant equality of rights and obligations to members of transnational networks because that would, in their view, imply granting them a certain status which they do not deserve. It must be reiterated however that, under IHL, that equality would have to be acknowledged because there can be no lopsided wars in terms of the rights and obligations.

### ICRC's role

While I will not discuss country-specific contexts, I would like to remind you that the ICRC visits prisoners of war and civilian internees worldwide and that, under the Geneva Conventions, states are obliged to grant ICRC access to protected persons in international armed conflicts. In situations of non-international conflict, the ICRC has the right to offer its services to the parties and it does so in a regular basis. In fact, most of the detainees visited today are persons not involved in international conflict, but rather in internal armed conflicts. There is also a significant number of detainees whom the ICRC visits outside of any conflict whatsoever, based on its right of humanitarian initiative under the Statutes of the International Red Cross and Red Crescent Movement.

Apart from visits to detainees in those three situations, the ICRC also monitors the implementation of IHL by both states and non-state actors. Under its standard operating procedures, the ICRC will transmit any observations made to the party directly concerned in a confidential manner and will make public statements about any of its findings in very exceptional circumstances

We are, of course, aware that the world is faced with what some refer to as new forms of violence. Partly in response to this need the ICRC last year established a Project on the "Reaffirmation and Development of IHL", aimed at generating internal reflection and external consultation on the current and emerging challenges to IHL. Thus, in 2003, we organized a series of seven experts meetings devoted to various issues of IHL. One issue we examined - and will continue to work on - is the notion of "direct participation in hostilities" under IHL,

which is relevant to both international conflict and non-international armed conflicts, as well as to the possible legal categorization of persons captured in the fight against terrorism.

We also organized regional expert seminars in Cairo, Pretoria, Kuala Lumpur, Mexico City and Bruges aimed at generating proposals, from governments and others, on how to improve compliance with IHL during armed conflict. Whereas the Geneva Conventions and other IHL instruments provide for a variety of preventive actions that governments must take before the outbreak of a conflict and while the international community has made significant progress in terms of criminal repression *ex post facto* - through both *ad hoc* and permanent international tribunals and the application of universal jurisdiction - the question remains as to what can be done to better implement IHL during armed conflict. A significant number of proposals were made at the regional seminars, but for lack of time, I cannot go into any detail now.

Finally, I would like to briefly mention that several weeks ago, together with the International Institute of Humanitarian Law, we also organized a Round Table on "IHL and Other Legal Regimes: Interplay in Situations of Violence". I can preliminarily report that the vast majority of the Round Table participants agreed with the view that the comprehensive protection of persons in situations of violence can only be achieved through the complementary application of IHL, human rights and other bodies of law. The results of the Round Table and of the other meetings mentioned will be presented to the 28<sup>th</sup> International Conference of the Red Cross and Red Crescent in December this year in an ICRC Report entitled "IHL and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts".

Thank you.

**EJ Flynn**

**Office of the UN High Commissioner for Human Rights**

*“Human Rights and Counter-Terrorism: International Monitoring Systems”  
ICJ Conference, Geneva, 23-24 October 2003*

***Activities of the Office of the High Commissioner for Human Rights***

The issue of protecting human rights in the context of emergency situations has been a concern of the United Nations human rights program for many years, but it became much more prominent following the tragic events of 11 September 2001. There are several initiatives currently underway to strengthen the UN’s contribution on this critical issue, and in particular on the issue of human rights and counter-terrorism measures.

**I. Counter-Terrorism Committee**

Since 11 September 2001, High Commissioner Mary Robinson and the late High Commissioner Sergio Vieira de Mello both addressed the Security Council’s Counter-Terrorism Committee (CTC) and urged it to take account of human rights in its review of state security measures designed to prevent and punish terrorism. The CTC has so far declined to address human rights concerns directly. However, the Security Council, in resolution 1456 (2003), declared that “States must ensure that any measure taken to combat terrorism comply with all their obligations under international law, and should adopt such measures in accordance with international law, in particular international human rights, refugee, and humanitarian law.”

The late High Commissioner for Human Rights, Sergio Vieira de Mello, addressed the Counter-Terrorism Committee in October 2002, and stated his conviction that “the best – the only – strategy to isolate and defeat terrorism is by respecting human rights, fostering social justice, enhancing democracy and upholding the primacy of the rule of law.”

Altogether, the Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR) has exchanged views with the CTC three times since the CTC’s inception in 2001. In September 2002, High Commissioner Mary Robinson submitted a “Note to the Chair of the Counter-Terrorism Committee: A Human Rights Perspective On Counter-Terrorist Measures”, in which general principles of law and proposed lines of inquiry were set out to offer guidance to the CTC on the issue of protecting human rights in counter-terrorism efforts <http://www.un.org/Docs/sc/committees/1373/ohchr1.htm> (at <un.org>, Counter-Terrorism Committee, Documentation, Speaking Notes). HC Robinson earlier provided the CTC with a “Proposal for Further Guidance” for the submission of reports pursuant to paragraph 6 of Security Council Resolution 1373, setting out key principles for compliance with international human rights standards.

A member of the CTC expert staff provided a briefing to the UN Human Rights Committee in Geneva on 27 March 2003, which was followed by a briefing of the CTC by a member of the Human Rights Committee, Sir Nigel Rodley, on 19 June 2003 in New York. OHCHR now routinely shares with the CTC, on a periodic basis, key actions and findings of UN human rights mechanisms with respect to counter-terrorism measures.

## **II. Secretary-General's Policy Working Group on Terrorism**

In its report issued in August 2002 (A/57/273, S/2002/875), the Secretary-General's Policy Working Group focused on practical steps that the UN might take and adopted a number of recommendations made by its sub-group on human rights and terrorism, chaired by the Deputy (now Acting) High Commissioner for Human Rights. The report emphasized that the protection and promotion of human rights under the rule of law is essential in the prevention of terrorism, and stated that the struggle against terrorism should be carried out in keeping with international human rights obligations. The report further states, "The various international instruments on human rights include clear limitations on the actions that States may take in the context of the fight against terrorism. States should be made aware of the responsibilities placed upon them by the various human rights instruments and reminded that key provisions of the International Covenant on Civil and Political Rights cannot be derogated from."

As recommended by the Policy Working Group, the UN has now published a Digest of Jurisprudence of the United Nations and Regional Organizations on the Protection of Human Rights while Countering Terrorism (<http://www.unhchr.ch/html/menu6/2/digest.doc>), prepared by OHCHR. The aim of the Digest is to assist policy makers and others in developing a vision of counter-terrorism strategies that are fully respectful of human rights.

The Report underlined the importance of the dialogue between the High Commissioner for Human Rights and the Counter-Terrorism Committee on the importance of ensuring respect for human rights in the implementation of legislation, policies and practices to combat terrorism. As recommended by the Policy Working Group, a conference bringing together international and regional organizations and NGOs will take place in New York on 7 November 2003, organized by the International Peace Academy, Columbia University and OHCHR.

## **III. General Assembly Resolution 57/219 (2002); Commission on Human Rights Resolution 2003/68 (2003)**

The resolutions, whose chief sponsor has been Mexico, emphasize the importance of protecting human rights in counter-terrorism efforts, and call upon the High Commissioner's office to take three actions:

- a) Examine the question of the protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, taking into account reliable information from all sources;
- b) Make general recommendations concerning the obligation of States to promote and protect human rights and fundamental freedoms while taking actions to counter terrorism; and
- c) Provide assistance and advice to States, upon their request, on the protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, as well as to relevant United Nations bodies.

In connection with this mandate, OHCHR has initiated a project to strengthen the Office's capacity to examine the question of counter-terrorism policies and practices and to propose strategies in OHCHR's technical cooperation program which might help



Governments to ensure respect for human rights in this context. The project relies to a great extent on external partners, including regional organizations, national human rights institutions and NGOs.

The main objectives of the project include:

- To strengthen OHCHR's capacity to gather and analyze information on policies and measures adopted at the country-level worldwide in the campaign against terrorism;
- To strengthen the Office's capacity to offer advice, particularly through its technical cooperation program, on how to ensure protection of human rights in measures against terrorism;
- To strengthen the Office's capacity to provide meaningful input into the work of the Counter-Terrorism Committee, as recommended by the Secretary-General's Policy Working Group;
- To strengthen the Office's capacity to make practical recommendations to the High Commissioner for Human Rights for action in the short and long-term, including through technical cooperation projects as requested by member States.

The Office is now examining the question of human rights and counter-terrorism measures by following developments in different regions around the world. Support is also being provided to the work of the UN human rights mechanisms in this area.

The GA and CHR resolutions call on the Secretary-General to submit reports on their implementation to the General Assembly and the Commission on Human Rights, and OHCHR is responsible for that task. The latest report to the GA (A/58/266) provides an overview of State views on the issue, action by the UN and others, and key issues of concern (as detailed in the *Digest of Jurisprudence*).

#### **IV. Human Rights Organs, Treaty Bodies and Special Mechanisms**

##### *Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights*

At present, there is not a special mechanism, such as a special rapporteur or working group, vested by the UN Commission on Human Rights with a formal mandate to monitor this issue on an ongoing basis. There is, however, a Special Rapporteur of the Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights (Mme. Kalliopi K. Koufa, Greece) who has been mandated by the Sub-Commission to study the question of terrorism and human rights generally and to consider the impact of terrorism on the full enjoyment of human rights. Since 1997, the Special Rapporteur has produced a series of studies, focusing on themes including the legal definition of terrorism and the role of non-state actors. In August 2003, the Sub-Commission took a further step, deciding to create a working group under the coordination of the Special Rapporteur to consider counter-terrorism measures at the national, regional and international level, with a view to developing guidelines in this area. The Sub-Commission will not take this matter up, however, until its next annual meeting in August 2004.

### *Special Mechanisms and Treaty Bodies*

UN special mechanisms, including the Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers and the Working Group on Arbitrary Detention, and the UN human rights treaty bodies have placed a priority on examining the issue of protecting human rights in the context of counter-terrorism measures. Their respective mandates are not, however, always conducive to effective action in the area of counter-terrorism measures, as some issues of concern fall under the rubric of several different mandates while others are not covered at all.

The Special Rapporteurs and Representatives, Independent Experts and Chairpersons of Working Groups, at their annual meeting in Geneva in June 2003, adopted a statement in which, while joining in the global condemnation of terrorism, they voiced “profound concern at the multiplication of policies, legislation and practices increasingly being adopted by many countries in the name of the fight against terrorism, which negatively affect the enjoyment of virtually all human rights: civil, cultural, economic, political and social.” They drew attention to the danger inherent in indiscriminate use of the term ‘terrorism’ and resulting new categories of discrimination. They deplored “the fact that, under the pretext of combating terrorism, human rights defenders are threatened, and vulnerable groups are targeted and discriminated against on the basis of origin and socio-economic status, in particular migrants, refugees and asylum-seekers, indigenous peoples and people fighting for their land rights or against the negative effects of economic globalization policies.” The mandate-holders stated their commitment, within their respective mandates, to monitor developments, and called on all concerned parties, including the United Nations, to be vigilant to prevent any abuse of counter-terrorism measures.

UN treaty bodies have also placed a priority on this issue. Several (the Human Rights Committee, the Committee against Torture, and the Committee on the Elimination of Racial Discrimination) routinely include questions relating to human rights and counter-terrorism measures in their lists of issues to discuss with States parties, and they have developed considerable jurisprudence in this area. These treaty bodies consider in total only some 40 country reports per year. Gaps between reviews of State reports may reach five years or more, although the treaty bodies are now implementing measures to review State action on their recommendations at more frequent intervals. The treaty system is thus in search of ways to make the review of State compliance with international human rights obligations more timely and sustained.