

## "Omar Khadr n'est pas un ennemi combattant, il est d'abord une victime"

LE MONDE | 22.01.08

Robert Badinter et plusieurs juristes internationaux ont déposé, vendredi 18 janvier, un mémoire à la demande de la défense d'un jeune détenu de Guantanamo. Cet *amicus curiae* brief (littéralement : mémoire d'amis de la cour) est destiné à éclairer les juges sur certains points de droit. Omar Khadr a été arrêté en Afghanistan en 2002. Il est soupçonné d'avoir lancé une grenade qui a tué un militaire américain. Pour ses défenseurs, Omar Khadr, élevé dans une famille islamiste, qui a fréquenté les camps d'Al-Qaida dès l'âge de 11 ans, est un enfant soldat, qui, à ce titre, devrait être d'abord considéré comme une victime, conformément à la jurisprudence de la justice internationale. Sa situation doit être examinée à Guantanamo par une commission militaire, les 4 et 5 février.

### ÉTABLISSEMENT DES FAITS

#### A. L'accusé

##### 1. La vie d'Omar Khadr

Omar Khadr est né à Toronto, au Canada, le 19 septembre 1986. En 1988, son père, Ahmed Said Khadr, d'origine afghane, a emmené sa famille à Peshawar, au Pakistan, où il dirigeait une organisation caritative canadienne musulmane. En 1992, Ahmed Khadr fut blessé par l'explosion d'une mine et la famille retourna pendant deux ans au Canada. Après son rétablissement, Ahmed Khadr ramena sa famille à Peshawar. Au Canada et au Pakistan, Omar Khadr était inscrit dans des écoles islamiques. Quand Omar Khadr eut 11 ans, sa famille s'installa à Jalalabad, en Afghanistan. Pendant son séjour en Afghanistan, la famille Khadr a séjourné au camp de base d'Oussama Ben Laden et les fils Khadr ont été envoyés dans des camps militaires d'Al-Qaida.

##### 2. Circonstances de son arrestation en Afghanistan le 27 juillet 2002

Omar Khadr est réputé avoir participé à un combat contre les forces armées des Etats-Unis et de la coalition dans un bâtiment près de la ville de Khost, en Afghanistan, le 27 juillet 2002. Khadr était le seul survivant, après le bombardement du bâtiment par l'aviation américaine. Khadr fut blessé par balles à la poitrine et par des shrapnels à la tête et aux yeux.

##### 3. Circonstances de sa détention

Khadr fut conduit à l'hôpital de la base aérienne de Bagram où il fut détenu pendant plusieurs mois durant lesquels il subit des interrogatoires poussés bien qu'il ne fût pas encore remis de ses blessures. (...) Au moins une fois, ses interrogateurs lui mirent des sacs en plastique sur la tête et utilisèrent des chiens d'attaque pour l'effrayer. (...) En octobre 2002, peu de temps après son seizième anniversaire, Omar Khadr fut transféré à Guantanamo Bay. Il fut placé dans le Camp Delta et non dans le Camp Iguana, où étaient détenus les autres mineurs. Khadr subit à nouveau des mauvais traitements. Il fut placé dans des positions stressantes et entravé si serré qu'il fut souvent contraint de se souiller. Selon ses dires, il aurait été battu par les gardes, strangulé et menacé de viol. Il fut maintenu à l'isolement dans une cellule. De juillet 2004 à juillet 2007, Khadr fut transféré au Camp V, réservé aux détenus non coopératifs et présentant une grande valeur pour les services de renseignement, où les cellules sont éclairées par des plafonniers au néon vingt-quatre heures sur vingt-quatre.

#### B. La procédure

Le 8 septembre 2004, le cas de Khadr a été examiné par le tribunal d'examen du statut de combattant, qui conclut qu'il était un "ennemi combattant". En novembre 2004, après plus de vingt-sept mois en détention, il fut autorisé à consulter un avocat. Il put téléphoner pour la première fois à sa mère en mars 2004. Le 7 novembre 2005, après plus de trois ans en détention, Omar Khadr fut renvoyé devant la commission militaire établie à Guantanamo. Cependant, avant le début de son procès, la Cour suprême des Etats-Unis a jugé le 29 juin 2006 que le président (Bush) avait outrepassé ses pouvoirs en instituant les commissions militaires sans l'accord du Congrès, et que ces commissions violaient le droit militaire américain ainsi que les conventions de Genève. En septembre 2006, le Congrès adopta la loi régissant les commissions militaires à Guantanamo.

Le 2 février 2007, le procureur Jeffrey D. Groharing retint les charges suivantes contre Omar Khadr : meurtre ; tentative de meurtre ; conspiration ; soutien matériel au terrorisme ; espionnage.

## DISCUSSION

### A. Un accusé mineur

1. Agé aujourd'hui de 21 ans, Omar Khadr n'avait que 15 ans le jour de son arrestation par les troupes américaines, le 27 juillet 2002. Il avait été enrôlé dans les rangs d'Al-Qaida bien avant cette date, sans doute depuis l'âge de 11 ans, par la volonté de son père. Il est évident qu'à cet âge aucun enfant ne peut être considéré comme disposant d'un consentement libre et éclairé.

2. Khadr relève donc de ces "enfants soldats", enrôlés par des groupes armés tels qu'il y en eut au Cambodge à l'époque des Khmers rouge, au Liberia et en Sierra Leone dans les années 1990. En tant qu'enfant soldat, Omar Khadr n'est donc pas un ennemi combattant volontaire : il est d'abord une victime.

3. Alors qu'Omar Khadr est incarcéré à Guantanamo depuis plus de cinq ans, la commission militaire entend le juger comme l'adulte qu'il est aujourd'hui et non comme le mineur de 15 ans qu'il était au moment des faits. Ceci est contraire aux règles internationales les mieux établies. (...) Omar Khadr, en tant qu'enfant soldat, est d'abord une victime.

4. La pratique d'enrôlement des enfants dans les forces armées ou dans des groupes armés est considérée comme un fléau moderne par la communauté internationale. (...) La secrétaire au travail de l'administration Bush, Elaine L. Chao, a elle-même déclaré que "l'emploi d'enfants soldats offense l'éthique de la communauté mondiale et le code de conduite des nations civilisées".

5. Signe de l'urgence à agir contre cette pratique, le Conseil de sécurité des Nations unies a adopté six résolutions en ce sens depuis 1999. (...)

6. Le 5 février 2007, à l'initiative de l'Unicef, ont été adoptés les Principes de Paris en vue de protéger les enfants contre une utilisation ou un recrutement illégaux par des groupes ou des forces armés. Le Principe 3.6 demande que les enfants de moins de 18 ans qui seraient accusés de crimes au regard du droit international "soient considérés en premier lieu comme des victimes de violation du droit international". Selon le Principe 8.8, ils devraient de plus être traités "conformément aux normes internationales de la justice pour mineurs". (...)

7. Afin d'éviter que des enfants deviennent des enfants soldats, le droit international oblige les Etats à ne pas enrôler et à ne pas faire participer aux hostilités les mineurs de moins de 15 ans. Même si l'on admet qu'Omar Khadr a commencé à participer aux hostilités à partir de 15 ans seulement, ses séjours répétés dans les camps d'Al-Qaida, par la volonté de son père, dès l'âge de 11 ans, sont assimilables à un enrôlement forcé et donc à une violation de ces principes internationaux. (...)

8. Le protocole à la convention relative aux droits de l'enfant concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés (25 mai 2000) - auquel les Etats-Unis et l'Afghanistan sont parties - oblige les Etats à relever l'âge minimum d'engagement dans leurs forces armées à 16 ans (article 3.1). Il interdit toute utilisation de mineurs de moins de 18 ans par des groupes armés, tel qu'Al-Qaida. En tant que partie à ce protocole, les Etats-Unis ont l'obligation de reconnaître qu'Omar Khadr, qualifié de soldat d'Al-Qaida, est avant tout une victime.

9. En matière de poursuites pénales, l'effort de la communauté internationale a porté à titre principal contre les individus responsables de l'enrôlement et de la participation des enfants soldats dans les conflits armés, et non pas contre les enfants soldats eux-mêmes.

10. Aucun procureur d'une juridiction pénale internationale n'a jamais engagé la responsabilité d'un enfant soldat devant elle, ni d'aucun mineur de 18 ans. (...) Le procès contre Khadr constituerait le premier cas dans lequel un tribunal se prononcerait sur des crimes de guerre commis par un enfant soldat. Omar Khadr a droit à la protection accordée à tous les mineurs.

11. Il existe un consensus universel sur le fait qu'un mineur doit bénéficier d'un traitement judiciaire particulier, à finalité plus éducative que répressive, qu'il s'agisse de la détention, du jugement ou de la peine encourue. Tous les principaux textes internationaux affirment ce principe.

12. Le fait qu'Omar Khadr soit considéré par les Etats-Unis comme un ennemi combattant illégitime ("unlawful enemy combatant") ne fait aucunement obstacle à l'application de ces textes. Le droit des conflits armés reconnaît à toute personne des garanties fondamentales minimales, lorsqu'elle ne jouit pas d'un statut plus favorable en tant que personne protégée. L'article 3 commun aux conventions de Genève de 1949 prévoit notamment que les condamnations doivent être prononcées à l'issue d'un jugement "rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés". (...)

#### a) Conditions de détention

13. Khadr est détenu par les Etats-Unis depuis juillet 2002 et à Guantanamo depuis novembre 2002. Quel que soit le motif de sa détention, ce régime carcéral ne satisfait pas aux règles impératives minimales concernant les détenus mineurs, ni par sa durée ni par ses conditions.

14. Il est reconnu internationalement que la détention des mineurs doit être une mesure de dernier ressort, qu'elle doit être la plus courte possible, et que leur cas doit être tranché aussi rapidement que possible. Khadr n'a pu bénéficier d'un conseil qu'à partir de novembre 2004, alors que tout enfant privé de liberté a "le droit d'avoir rapidement accès à l'assistance juridique ou à toute autre assistance appropriée".

15. Omar Khadr a été détenu avec des adultes en contravention avec le principe selon lequel les jeunes prévenus sont séparés des adultes. (...) Il a été détenu seul jusque très récemment, et n'a pu bénéficier d'aucun programme éducatif, en violation des règles internationales.

16. La qualification d'"ennemi combattant étranger illégal" ne transforme pas un captif en une personne sans droits. Cette exigence première dans tout Etat de droit vaut particulièrement s'agissant de mineurs détenus.

#### b) Exigences requises pour le procès

17. Il est de principe que les mineurs doivent être jugés par des juridictions composées de juges qualifiés et jugeant selon une procédure adaptée. Cette exigence est reconnue et respectée par les Etats-Unis. Les textes internationaux relatifs, directement ou indirectement, à la justice des mineurs confirment la nécessité de ces juridictions spécialisées.

18. Lorsqu'il s'agit de mineurs, la finalité des sanctions pénales doit être éducative et permettre de garantir au mieux leur réinsertion, particulièrement dans le cas des "enfants soldats". La peine encourue doit tenir compte de l'atténuation de responsabilité pénale des mineurs.

19. Rappelons que l'article 73 a) de la convention sur les droits de l'enfant énonce que "ni la peine capitale ni l'emprisonnement à vie sans possibilité de libération ne doivent être prononcés pour les infractions commises par des personnes âgées de moins de 18 ans".

### B. La procédure contre Omar Khadr

#### a) Les commissions militaires

20. Les commissions militaires ne sont pas des juridictions qualifiées pour juger des mineurs. De surcroît, elles n'offrent pas les "garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés", telles que définies dans de nombreux instruments juridiques internationaux et renforcées spécifiquement pour les enfants.

21. Dès lors que des soldats américains ont été victimes, sur un territoire étranger (Afghanistan) d'actes imputés à un étranger (canadien), ce dernier peut être jugé par les juridictions américaines. Pour autant, une autre compétence internationale est envisageable, fondée sur la nationalité de l'auteur des actes reprochés. Ce titre de compétence est fermement établi en droit pénal international. Il a été mis en oeuvre par plusieurs Etats après que leurs ressortissants, appréhendés en Afghanistan et détenus par les autorités américaines, leur ont été remis. Tel est le cas, notamment, de l'Afghanistan, de l'Arabie saoudite, de l'Australie, de la France, du Maroc, du Royaume-Uni, de la Suède. Le Canada est également et indiscutablement doté de juridictions aptes à juger Omar Khadr.

22. Les commissions militaires ont été constituées de manière irrégulière dans la mesure où ce sont des juridictions d'exception, constituées postérieurement aux faits, pour une catégorie de personnes définie arbitrairement ("alien enemy unlawful combatant"). (...) Contrairement à la justice canadienne, les commissions militaires n'ont pas de procédure spéciale pour juger des mineurs.

23. De surcroît, l'indépendance et l'impartialité des commissions militaires ne sont pas respectées en raison des interventions répétées du pouvoir exécutif dans leur fonctionnement. Le secrétaire à la défense forme les commissions et désigne leurs membres ; il définit les règles relatives à la désignation du juge militaire, des conseils de l'accusation et des conseils de la défense, ainsi que les règles en matière de preuve ; il adopte des règles de procédure spéciales à propos des informations classées ; (...) De plus, ces juridictions devront se soumettre à certaines interprétations du droit imposées par le pouvoir exécutif. (...)

#### b) Les droits de la défense

24. Des atteintes caractérisées aux droits de la défense d'Omar Khadr apparaissent dès la phase de communication des charges. Elle a été différée jusqu'en janvier 2006, alors que l'accusé était détenu depuis juillet 2002. La défense n'a pu intervenir que tardivement en novembre 2004.

25. Les preuves, par oui-dire... sont recevables dès lors que l'autre partie a la possibilité de les discuter. En pratique, cette disposition profite à l'accusation. Le recours à ces preuves par oui-dire est d'autant plus contestable que les restrictions à l'accès aux informations classées leur sont applicables.

26. Le droit d'apporter preuves et témoignages à l'appui de ses dires est restreint pour la défense, par rapport à l'accusation. Il y a là une atteinte au principe de l'égalité des armes. De plus, l'accès de la défense aux informations classifiées est limité. L'accusation n'est pas obligée de porter à la connaissance de la défense ces informations, lorsqu'elles sont "préjudiciables à la sécurité nationale". (...)

27. La violation des droits de la défense la plus choquante, en matière de preuve, réside dans la recevabilité de certains renseignements obtenus par la contrainte. Si la procédure interdit l'auto-incrimination et les déclarations obtenues sous la torture, elle permet sous certaines conditions de considérer comme recevables les déclarations obtenues avec un degré de coercition "sujet à débat". (...)

28. Khadr était encore un enfant lorsqu'il a subi des traitements cruels, inhumains et dégradants. (...) Aucune des déclarations de Khadr obtenues grâce à de tels déplorables procédés ne devrait être considérée comme des preuves admissibles. Selon le droit international des droits de l'homme, toute condamnation reposant sur des éléments probatoires obtenus par toutes formes de pression ou contrainte est considérée comme contraire au droit fondamental à un procès équitable.

## CONCLUSION

29. Citoyen du Canada, Omar Khadr a pour juge naturel les juridictions canadiennes pour mineurs. Forcé de comparaître devant une commission militaire spéciale créée par le gouvernement des Etats-Unis pour juger les terroristes étrangers, Khadr ne saurait être privé des garanties assurées à tout accusé par les conventions internationales.

30. Ce n'est point faire injure à la grande démocratie américaine que de rappeler ici cette vérité historique et cette exigence morale : la cause de la liberté ne se défend jamais en violant les principes de la liberté.

-----  
Rédigé par Robert Badinter, ancien ministre de la justice, ancien président du Conseil constitutionnel, professeur émérite à l'université Paris-I, à la demande du cabinet américain McKenzie Livingston, Esq.

**Cosigné par :**

Hervé Ascensio, professeur de droit international à l'université Paris-I, Panthéon-Sorbonne ;  
Cherif Bassiouni, président de l'Association internationale de droit pénal ;  
Mohammed Bedjaoui, ancien président de la Cour internationale de justice, ancien président du Conseil constitutionnel d'Algérie ;  
Ian Brownlie, professeur de droit international (Oxford), président de la commission du droit international des Nations unies ;  
Lucius Caflisch, ancien juge à la Cour européenne des droits de l'homme ;  
Antonio Cassese, ancien président du tribunal international pour l'ex-Yougoslavie ;  
Giovanni Conso, ancien président de la Cour constitutionnelle italienne ;  
Norman Dorsen, ancien président de l'Association américaine pour les libertés civiles, professeur de droit (New York University) ;  
Thomas M. Franck, professeur de droit international (New York University) ;  
Zdzislaw W. Galicki, professeur de droit international à l'université de Varsovie, ancien président de la commission du droit international des Nations unies ;  
Gil Carlos Iglesias, ancien président de la Cour européenne de justice ;  
Otakar Motejl, ancien président de la Cour suprême de la République tchèque ;  
Alain Pellet, professeur à l'université Paris-X - Nanterre, ancien président de la commission du droit international des Nations unies ;  
William A. Schabas, directeur du Centre irlandais des droits de l'homme ;  
Mirjam Skrka, vice-présidente de la Cour constitutionnelle de Slovénie ;  
Pierre Truche, premier président honoraire de la Cour de cassation française ;  
Antonio Vitorino, ancien vice-président de la Commission européenne, ancien membre de la Cour constitutionnelle du Portugal.