

La légalité du traitement de Maher Arar en vertu du droit de l'immigration des É.-U.

Par Stephen W. Yale-Loehr et Jeffrey C. O'Neill*

Présentation à la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar

Déposée le 16 mai 2005

Introduction

Ce rapport analyse la légalité du traitement de M. Maher Arar au vu du droit de l'immigration des É.-U. Le rapport débute par un court résumé des faits pertinents à la détention de M. Arar aux États-Unis à l'automne 2002 et sa « remise » ultérieure à la Syrie, où il a été présumément torturé et détenu durant un an avant d'être finalement libéré sans accusation. La partie 2 définit brièvement la remise et la remise extraordinaire. La partie 3 donne un aperçu de la Convention contre la torture des Nations Unies, particulièrement de l'article 3 de la Convention, qui interdit à un pays d'expédier une personne dans un autre pays où il y existe des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture. La partie 4 résume les dispositions du droit de l'immigration des É.-U. visant le renvoi des États-Unis. La partie 5 applique le droit de l'immigration des É.-U. aux faits du cas de M. Arar, et conclut que les autorités des É.-U. ont probablement violé l'article 3 de la Convention contre la torture en remettant M. Arar à la Syrie où il faisait face à un risque sérieux et connu d'être torturé. La partie 6 présente de modestes recommandations pour tenter de prévenir qu'un autre cas comme celui de M. Arar ne se reproduise.

1. Résumé de la détention et de la remise de Maher Arar à la Syrie¹

Maher Arar est né en Syrie. Il a immigré au Canada avec sa famille alors qu'il était adolescent. Il est aujourd'hui un citoyen canadien.

* Stephen W. Yale-Loehr (SWY1@cornell.edu) est le co-auteur de *Immigration Law and Procedure*, le traité de droit de l'immigration le plus important (en vingt volumes), publié par LexisNexis Matthew Bender. Il enseigne aussi le droit de l'immigration et le droit d'asile à la Cornell Law School et agit à titre d'avocat-conseil au sein du cabinet True, Walsh & Miller (<http://www.twmlaw.com>) à Ithaca, New York. Il a écrit ou co-écrit plusieurs livres dont *America's Challenge: Domestic Security, Civil Liberties and National Unity After September 11*. À plusieurs reprises, il a comparu devant le Congrès américain, ainsi que comme témoin expert devant les tribunaux canadiens et américains. Il est président du Refugee Steering Committee de la section américaine d'Amnistie Internationale. En 1981, il a obtenu son diplôme *avec distinction* de la Cornell Law School, où il occupait le poste d'éditeur en chef du Cornell International Law Journal. Il est président du Business Immigration Committee de l'American Immigration Lawyers Association (AILA). En 2001, il a reçu le prix Elmer Fried de l'AILA pour l'excellence de son enseignement et, en 2002, le prix Edith Lowenstein de l'AILA pour l'excellence dans la pratique du droit de l'immigration.

Jeffrey C. O'Neill (JCO8@cornell.edu) a obtenu son diplôme de doctorat en droit de la Cornell Law School en 2005. Durant l'année 2005-2006, il fera un stage à Porto Rico auprès du juge Juan Torruella de la Cour d'appel des États-Unis.

¹ Ces faits proviennent de la plainte dans *Arar c. Ashcroft*, n° 04-CV-0249-DGT-VVP (E.D.N.Y. déposée le 24 janvier 2004) et de Maher Arar: Chronology of Events: September 26, 2002 to October 5, 2003, a la p. 3) au site Internet <http://www.maherarar.ca/cms/images/uploads/mahersstory.pdf> (dernière visite le 10 mai 2005).

Alors qu'il était en vacances avec sa famille en Tunisie à la fin de septembre 2002, M. Arar a reçu un courriel de MathWorks, son ancien employeur, lui demandant de revenir à Ottawa pour une consultation avec un client potentiel. Le 25 septembre 2002, M. Arar a pris l'avion pour Zurich, en Suisse, laissant sa femme et ses deux enfants poursuivre leurs vacances. Après s'être arrêté une nuit à Zurich, il a pris l'avion pour Montréal, avec une escale pour changer d'avion à l'aéroport John F. Kennedy de New York. À son arrivée à New York, M. Arar est passé par les inspections de l'immigration des É.-U. pour pouvoir prendre son vol de correspondance pour le Canada. Des agents des É.-U. ont détenu M. Arar et l'ont interrogé durant plusieurs jours au sujet de sa présumée participation ou affiliation avec divers groupes terroristes.

Le 1^{er} octobre 2002, M. Arar a reçu un document précisant qu'il lui était interdit de pénétrer sur le territoire des États-Unis parce qu'il appartenait à une organisation désignée par le secrétaire d'État des É.-U. comme une organisation terroriste étrangère, à savoir Al Qaeda. M. Arar a demandé d'être renvoyé au Canada, et a exprimé sa crainte d'être torturé s'il était déporté en Syrie.

Le 8 octobre 2002, les agents du gouvernement des É.-U. ont expédié M. Arar par avion en Jordanie, où il a été remis aux agents de la Syrie. Pendant l'année qui a suivi, il a été détenu et présumément torturé par les agents de sécurité de la Syrie. Il a finalement été libéré sans accusation en octobre 2003.

2. Définition de remise et remise extraordinaire

Il n'y a pas de définition précise en droit international de la remise (le transfert) d'une personne d'un État à un autre. Le terme implique un consentement par l'État effectuant la remise de transférer une personne à l'État d'accueil.² Les États ont recours à la remise lorsqu'ils ne possèdent pas de traité d'extradition avec un État requérant ou qu'ils tentent d'éviter les contraintes légales d'une extradition formelle.³

Traditionnellement, la remise a été utilisée pour répondre au désir de l'État d'accueil de citer un individu à son procès pour un crime. Cependant, plus récemment c'est l'État qui effectue la remise qui a le plus souvent pris la décision d'expédier des personnes à l'étranger, particulièrement au vu de préoccupations en matière de sécurité ou de terrorisme. Ces remises sont connues sous le nom de remises extraordinaires. Bien que l'ampleur des remises extraordinaires soit inconnue, on estime que le gouvernement des É.-U. a utilisé la remise extraordinaire vers d'autres pays à l'égard de plus de 150 personnes depuis l'attaque terroriste du 11 septembre 2001.⁴

² FITZPATRICK Joan, *Rendition and Transfer in the War Against Terrorism: Guantanamo and Beyond*, 25 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 457, 457-58 (2002) (citant Geoff Gilbert, *Transnational Fugitive Offenders in International Law: Extradition and Other Mechanisms* 337 (1998)).

³ Idem.

⁴ MAYER Jane, *Outsourcing Torture*, New Yorker, 14 février 2005, à la p. 106. Voir aussi PRIEST Dana, *CIA's Assurances on Transferred Suspects Doubtful; Prisoners Say Countries Break No-Torture Pledges*, Washington Post, 17 mars 2005, à la page A1 (à elle seule, la CIA a remis plus de cent personnes).

3. Survol de la Convention contre la torture

La Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (ci-après désignée Convention contre la torture ou Convention) a été conçue pour « accroître l'efficacité de la lutte contre la torture ... dans le monde entier ». ⁵ La Convention exige que les États signataires prennent des mesures pour prévenir la torture à la fois à l'intérieur et à l'extérieur de leur territoire. L'article 3 de la Convention, la disposition de non-refoulement, interdit à un État d'expédier une personne dans un autre État « où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture ». ⁵

L'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la Convention contre la torture en 1984 et l'a ouverte à la signature en 1985. ⁷ La Convention est entrée en vigueur en 1987. ⁸ Plus de 135 États ont ratifié la Convention. ⁹

Les États-Unis ne se sont pas empressés de ratifier la Convention contre la torture. Ils ne l'ont signée qu'en avril 1988. ¹⁰ Le Sénat des É.-U. a adopté sa résolution d'avis et de consentement en octobre 1990, ¹¹ mais les États-Unis ne sont devenus une partie officielle au traité qu'en novembre 1994. ¹² Lorsque le Sénat a ratifié la Convention contre la torture, il a ajouté une explication selon laquelle les termes « motifs sérieux » de l'article 3 signifiaient que l'article 3 s'applique s'il est « plus probable que non » que la personne soit torturée. ¹³

Même après la ratification, les agences des É.-U. chargées des procédures d'immigration ont refusé d'appliquer la disposition de non-refoulement de la Convention contre la torture en l'absence d'une loi habilitante du Congrès. ¹⁴ Dans l'affaire *Matter of H-M-V-*, le requérant prétendait qu'il serait torturé lors de son retour en Iran, mais le tribunal d'appel de l'immigration des É.-U. (U.S. Board of Immigration Appeals (BIA)) a refusé d'appliquer la Convention. ¹⁵ Le BIA a conclu que puisque le Congrès n'avait pas adopté une loi mettant en application la Convention contre la torture, et avait plutôt adopté une loi limitant la disponibilité d'une forme reliée de protection, connue sous le nom de protection contre l'expulsion, il n'était pas habilité à agir. ¹⁶

⁵ Préambule de la Convention contre la torture, A.G. rés. 39/46, 39 U.N. GAOR Supp. No. 51, à la p. 197. U.N. Doc. A/RES/39/708 (10 déc. 1984) [ci-après nommé CCT].

⁶ CCT art. 3.

⁷ 24 I.L.M. 535 (1985).

⁸ Voir <http://www.ohchr.org/french/countries/ratification/9.htm> (dernière visite le 22 avril 2005). L'article 27 de la Convention contre la torture énonce qu'elle entrera en vigueur lors du vingtième instrument de ratification.

⁹ *Idem*

¹⁰ GORDON Charles, MAILMAN Stanley et YALE-LOEHR Stephen, *Immigration Law and Procedure*, § 33.10[2] (rev. ed. 2005)

¹¹ 136 Cong. Rec. S17,486 (27 octobre 1990).

¹² *Idem*.

¹³ 136 Cong. Rec. S10093 (19 juillet 1990).

¹⁴ Voir *Matter of H-M-V-*, 22 I. & N. Dec. 256 (U.S. Board of Immigration Appeals (BIA) 1998).

¹⁵ *Idem* à la p. 258.

¹⁶ *Idem* à la page 259. En 1996, le Congrès a approuvé la *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996* (AEDPA), Pub. L. No. 104-132, 110 Stat. 1214, et la *Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act of 1996* (IIRIRA) (adoptée comme *Division C of Omnibus Consolidated Appropriations Act, 1997*, Pub. L. No. 104-208, § 303(b)(3), 110 Stat. 3009, 3009-586), deux lois qui limitent certains types de protection contre l'expulsion.

En 1998, peu de temps après la décision dans *Matter of H-M-V*, le Congrès a adopté la loi de restructuration et de réforme des affaires étrangères (Foreign Affairs Reform and Restructuring Act (FARRA)).¹⁷ La FARRA est pertinente à ce rapport à trois égards. Tout d'abord, elle prévoit que « la politique des États-Unis est de ne pas expulser, extraditer ou effectuer d'aucune autre façon un retour involontaire de toute personne vers un pays où il existe des motifs sérieux de croire que celle-ci risque d'être soumise à la torture, sans égard au fait que la personne soit physiquement présente aux États-Unis ». ¹⁸ Ce libellé suit essentiellement celui de l'article 3 de la Convention contre la torture. De plus, il protège les gens même s'ils ne sont pas physiquement aux États-Unis. Ainsi, tout type de transfert est couvert par cette disposition, y compris les remises extraterritoriales.

Ensuite, la FARRA exige que les agences fédérales publient des règlements d'application de l'article 3 de la Convention contre la torture.¹⁹ Enfin, la FARRA donne instruction aux agences, lors de la publication de leur réglementation et « conformément aux obligations des États-Unis en vertu de la Convention », d'exclure de la protection les non citoyens décrits dans la loi sur la nationalité et l'immigration (Immigration and Nationality Act (INA)) § 241(b)(3)(B)).²⁰ Cette disposition exclut d'un type semblable de protection, intitulée restriction sur le renvoi d'une variété de non citoyens, y compris ceux qui ont été condamnés pour un crime particulièrement grave, ou « lorsqu'il existe des motifs sérieux de croire qu'un étranger est un danger pour la sécurité des États-Unis ». ²¹

Il est important de souligner que la FARRA ne prévoit pas qu'on doit exclure de la protection en vertu de l'article 3 de la Convention contre la torture les personnes qui constituent un risque pour la sécurité. Elle ne donne que des instructions aux agences des É.-U. de le faire dans leur réglementation, précisant que « celle-ci doit être conforme aux obligations des États-Unis en vertu de la Convention ».

À la suite de l'entrée en vigueur de la FARRA, le service de naturalisation et d'immigration (Immigration and Naturalization Service (INS)), qui fait maintenant partie du ministère de l'Intérieur (Department of Homeland Security), a adopté des règlements d'application provisoires en 1999²² et les a légèrement révisés en 2000.²³ Ces règlements s'appliquent au Executive Office for Immigration Review, qui fait partie du ministère de la Justice.²⁴ De plus, le département d'État a adopté ses propres règlements en 1999 pour appliquer l'article 3 de la Convention contre la torture dans le contexte de l'extradition.²⁵ En revanche, d'autres agences

¹⁷ Pub. L. No. 105-277, Div. G, § 2242, 112 Stat. 2681, 2681-822 (1998) [ci-après la FARRA].

¹⁸ *Idem* § 2242(a).

¹⁹ *Idem* § 2242(b).

²⁰ *Id.* § 2242(c).

²¹ INA § 241(b)(3)(B), 8 U.S.C. § 1231(b)(3)(B).

²² 64 Fed. Reg. 8478 (19 février 1999) (règlement provisoire, avec demande de commentaires).

²³ 65 Fed. Reg. 76,121 (6 déc. 2000) (règlement final) (codifié au 8 C.F.R. § 208.16-18). Il n'y avait pas de différences significatives entre les règlements provisoires et finals relatifs à la Convention contre la torture.

²⁴ En 2003, lorsque l'INS a été réorganisé en ministère de l'Intérieur (Department of Homeland Security), ces règlements ont été reproduits pour s'appliquer au EOIR. 68 Fed. Reg. 9824, 9834, 9846 (28 février 2003); 8 C.F.R. § 1208.16-18. Comme les règlements à 8 C.F.R. § 1208 sont identiques à ceux du 8 C.F.R. § 208, ce rapport ne cite que les règlements § 208.

²⁵ 64 Fed. Reg. 9435, 9437 (26 février 1999) (codifié à 22 C.F.R. § 95.1-4).

des É.-U., comme le ministère de la Défense et la CIA, n'ont pas publié de réglementation formelle d'application de la Convention contre la torture.²⁶

Les règlements de l'INS mettant en application la Convention contre la torture ne prévoient pas d'exceptions importantes à la disposition de non-refoulement.²⁷ Comme l'indiquaient récemment les États-Unis dans un rapport au Comité contre la torture de l'ONU : « Les États-Unis demeurent engagés à fournir la protection de l'article 3 à tous les étrangers sur son territoire qui ont besoin d'une telle protection, et reconnaissent qu'il n'existe pas de catégorie d'étrangers qui sont exclus de la protection en vertu de l'article 3. »²⁸ Dans trois situations cependant, des procédures différentes peuvent s'appliquer, en vertu du droit des É.-U., à certains non citoyens demandant une protection en vertu de la Convention contre la torture. La première s'applique lorsque le non citoyen est l'objet d'un renvoi accéléré pour des motifs liés à la sécurité.²⁹ La deuxième s'applique lorsque le non citoyen est l'objet de certaines procédures de renvoi des terroristes étrangers.³⁰ La troisième s'applique lorsque le Secrétaire d'État demande des garanties au pays de résidence d'un non citoyen que ce dernier ne sera pas torturé à son retour. Ces trois situations sont analysées ci-dessous de façon plus détaillée.

4. Procédures d'immigration aux États-Unis

A. Procédures normales d'inspection

Lorsqu'un non citoyen des États-Unis arrive à un port d'entrée des É.-U., les agents de l'immigration effectuent une inspection.³¹ Le non citoyen doit présenter les documents requis à l'inspecteur et établir son admissibilité à la satisfaction de ce dernier. L'inspecteur est habilité à interroger, sous serment ou non, chaque personne arrivant, à refuser l'entrée et à détenir les personnes dont l'admissibilité semble douteuse. Il peut aussi arrêter les personnes qui essaient d'entrer illégalement. Si l'inspecteur de l'immigration est convaincu que le demandeur est autorisé à entrer aux États-Unis, il l'y admet. Si l'admissibilité du non citoyen est mise en doute ou si une enquête plus poussée semble indiquée, le demandeur peut être détenu en attendant la décision finale sur son admissibilité par un juge de l'immigration. Le juge de l'immigration préside à une procédure de renvoi pour établir si le non citoyen est admissible ou s'il doit être renvoyé.

²⁶ La Central Intelligence Agency peut avoir certaines directives de politiques internes relatives aux garanties diplomatiques en contexte de torture. Voir PRIEST Dana, *CIA's Assurances on Transferred Suspects Doubtful; Prisoners Say Countries Break No-Torture Pledges*, Washington Post, 17 mars 2005, à la p. A1

²⁷ 8 C.F.R. §§ 208.17, 208.18(d).

²⁸ U.S. Dep't of State, Second Periodic Report of the United States of America to the [UN] Committee Against Torture ¶ 35 (6 mai 2005), *disponible au site* <http://www.state.gov/g/drl/rls/45738.htm> (dernière visite en date du 16 mai 2005).

²⁹ INA § 235(c), 8 U.S.C. § 1225(c).

³⁰ INA §§ 501-07, 8 U.S.C. § 1531-37.

³¹ Voir en général 2 GORDON Charles, MAILMAN Stanley et YALE-LOEHR Stephen, *Immigration Law and Procedure* § 12.07 (rev. ed. 2005).

B. Procédures normales de renvoi³²

Les procédures de renvoi sont des procédures de nature civile et non criminelle, et l'expulsion n'est pas une sanction.³³ Les non citoyens faisant face à des procédures de renvoi ont donc moins de protections en matière d'application régulière de la loi que les personnes faisant face à des procédures criminelles.³⁴ Par exemple, un non citoyen n'a pas, dans le cadre des procédures d'immigration des É.-U., droit à un avocat nommé d'office ou à procès devant jury. Les non citoyens ont le droit d'embaucher un avocat à leurs frais pour les représenter lors des procédures d'immigration.³⁵

Le juge de l'immigration doit établir si le non citoyen est interdit de territoire ou si ce dernier doit être déporté. Ce processus comporte plusieurs étapes. Premièrement, le gouvernement des É.-U. a le fardeau d'établir la compétence du tribunal en prouvant que la personne devant le tribunal est un étranger, savoir un non citoyen des États-Unis.³⁶

Deuxièmement, le non citoyen doit établir son droit d'être admis. Un non citoyen demandant de transiter par les États-Unis doit démontrer « qu'il a clairement et hors de tout doute le droit d'être admis et qu'il n'est pas interdit de territoire ».³⁷ Cette norme est encore plus importante que le fardeau de la preuve du gouvernement des É.-U. dans des procédures criminelles. Au criminel, la poursuite doit démontrer que l'accusé est coupable « hors de tout doute raisonnable ». Le non citoyen peut être interdit de territoire pour plusieurs raisons, y compris la maladie, des condamnations criminelles antérieures ou des activités terroristes présumées.³⁸

Troisièmement, si le non citoyen établit son admissibilité, le gouvernement doit établir hors de tout doute raisonnable, par une preuve claire et convaincante, que le non citoyen peut être expulsé.³⁹ Le fondement de l'expulsion doit être une preuve raisonnable, substantielle et probante.⁴⁰ Il existe plusieurs motifs d'expulsion, y compris le fait d'être engagé dans des « activités terroristes ».⁴¹

Quatrièmement, le non citoyen peut tenter d'établir un motif de protection contre l'expulsion. Pour être admissible à une protection en vertu de la Convention contre la torture, la personne doit démontrer qu'il est plus que probable qu'elle sera torturée lors de son retour dans le pays de renvoi proposé.⁴²

³² Voir en général 5 GORDON Charles, MAILMAN Stanley et YALE-LOEHR Stephen, *Immigration Law and Procedure* § 64.03 (rev. ed. 2005).

³³ *INS c. Lopez-Mendoza*, 468 U.S. 1032 (1984).

³⁴ *Idem*.

³⁵ INA § 292, 8 U.S.C. § 1362.

³⁶ *INS c. Lopez-Mendoza*, 468 U.S. 1032, 1039 (1984).

³⁷ INA § 240(c)(2)(A), 8 U.S.C. § 1229a(c)(2)(A).

³⁸ Les motifs d'interdiction de territoire sont exposés dans INA § 212, 8 U.S.C. § 1182. Voir en général 5 GORDON Charles, MAILMAN Stanley et YALE-LOEHR Stephen, *Immigration Law and Procedure* § ch. 63 (rev. ed. 2005).

³⁹ INA § 240(c)(3)(A), 8 U.S.C. § 1229a(c)(3)(A).

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ INA § 237(a)(4), 8 U.S.C. § 1227(a)(4).

⁴² 8 C.F.R. § 208.16(c)(2).

Finalement, si le juge de l'immigration décide que le non citoyen peut être expulsé, il doit aviser cette personne qu'elle a la possibilité d'en appeler de la décision.⁴³

C. Procédures accélérées de renvoi⁴⁴

En plus des procédures normales de renvoi décrites précédemment, les procédures accélérées de renvoi sont disponibles dans deux cas.⁴⁵ Le premier est lorsqu'un non citoyen ne possède pas les documents requis ou qu'il a utilisé la fraude ou la fausse représentation pour obtenir ses documents.⁴⁶ Nous qualifions ce renvoi de renvoi accéléré en vertu de l'INA § 235(b). Le deuxième est lorsqu'il y a divers motifs liés à la sécurité⁴⁷. Nous qualifions ce renvoi de renvoi accéléré en vertu de l'INA § 235(c).

On ne peut déterminer si M. Arar a été confronté à une quelconque procédure visant le renvoi accéléré. Si c'est le cas, ce serait le renvoi accéléré en vertu de l'INA § 235(c), pour des motifs de sécurité. Nous mentionnons ceci parce que rien n'indique qu'il y avait une quelconque irrégularité dans les documents de M. Arar d'où aurait pu découler un renvoi accéléré en vertu de l'INA § 235(b). Nous commencerons toutefois par une analyse de la procédure de renvoi accéléré en vertu de l'INA § 235(b), car ces procédures diffèrent de celles d'un renvoi accéléré en vertu de l'INA § 235(c).

(1) Renvoi accéléré en vertu de l'INA § 235(b)

Si un inspecteur de l'INS juge qu'une personne est sujette à un renvoi accéléré en vertu de l'INA § 235(b), en raison d'une fraude ou fausse représentation, ou de l'absence de documents d'immigration, l'inspecteur doit obtenir une déclaration sous serment du non citoyen.⁴⁸ En prenant cette déclaration sous serment, l'inspecteur doit demander au non citoyen s'il éprouve une crainte quelconque à retourner dans son pays. Si le non citoyen n'exprime pas de crainte quant à son retour non plus qu'un désir de demander l'asile, son renvoi peut être exécuté sans autre formalité. L'ordre devient final après examen et approbation par un agent supérieur de l'immigration.⁴⁹ Un juge de l'immigration n'a pas compétence pour réviser cet ordre.⁵⁰

En revanche, si la personne faisant l'objet d'un renvoi accéléré en vertu de l'INA § 235(b) exprime une crainte de persécution ou de torture, l'agent d'immigration ne peut procéder immédiatement au renvoi, mais doit plutôt référer le non citoyen à une entrevue avec un agent chargé du traitement des demandes d'asile pour déterminer la « crédibilité de la crainte ».⁵¹ Lors de cette procédure, le non citoyen a le droit d'avoir recours aux services d'un avocat à ses frais⁵².

⁴³ INA § 240(c)(4), 8 U.S.C. § 1229a(c)(4).

⁴⁴ *Voir en général* 5 GORDON Charles, MAILMAN Stanley et YALE-LOEHR Stephen, *Immigration Law and Procedure* § 64.06 (rev. ed. 2005).

⁴⁵ INA § 235(b), (c), 8 U.S.C. § 1225(b), (c).

⁴⁶ INA § 235(b), 8 U.S.C. § 1225(b).

⁴⁷ INA § 235(c), 8 U.S.C. § 1225(c).

⁴⁸ INA § 235(b)(1), 8 U.S.C. § 1225(b)(1); 8 C.F.R. § 208.30.

⁴⁹ INA § 235(b)(1)(B)(iii)(I), 8 U.S.C. § 1225(b)(1)(B)(iii)(I).

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ INA § 235(b)(1)(A)(ii), 8 U.S.C. § 1225(b)(1)(A)(ii).

⁵² INA § 235(b)(1)(B)(iv), 8 U.S.C. § 1225(b)(1)(B)(iv).

L'agent chargé du traitement des demandes d'asile doit établir si la crainte du demandeur est crédible, savoir « s'il existe une possibilité importante, compte tenu de la crédibilité des déclarations faites par l'étranger à l'appui de sa demande et des autres faits connus de l'agent, que l'étranger puisse établir son admissibilité à l'asile ».⁵³ L'agent chargé du traitement des demandes d'asile doit aussi établir si la crainte de torture de la personne est crédible aux fins d'examen pour la protection en vertu de l'article 3 de la Convention contre la torture.⁵⁴

Si l'agent chargé du traitement des demandes d'asile conclut que la crainte de persécution ou de torture est crédible, il doit référer le demandeur d'asile à la procédure normale de renvoi.⁵⁵ La personne n'est plus sujette aux procédures de renvoi accéléré et elle peut voir sa demande d'asile et de protection entendue par un juge de l'immigration, dans le cadre des procédures normales de renvoi.

Si la crainte de persécution ou de torture n'est pas jugée crédible, le demandeur peut réclamer une révision de cette décision par un juge de l'immigration.⁵⁶ Cet examen peut survenir dans les 24 heures⁵⁷ et il peut être effectué par conférence téléphonique plutôt qu'en personne.⁵⁸ Le juge de l'immigration doit établir s'il existe une possibilité importante, compte tenu de la crédibilité des déclarations du non citoyen et des autres faits, que la personne puisse établir son admissibilité à l'asile ou à une protection en vertu de la Convention contre la torture.⁵⁹ Si le juge de l'immigration conclut que la crainte de persécution ou de torture du non citoyen est crédible, il doit référer le demandeur d'asile à la procédure normale de renvoi.⁶⁰ Si le juge de l'immigration conclut que la crainte de persécution ou de torture du non citoyen n'est pas crédible, il doit confirmer la décision de l'agent chargé du traitement des demandes d'asile et renvoyer le cas pour exécution de l'ordre de renvoi accéléré.⁶¹

(2) Renvoi accéléré en vertu de l'INA § 235(c)

L'INA § 235(b) prévoit que « si un agent d'immigration ou un juge de l'immigration soupçonne qu'un arrivant étranger peut être interdit de territoire... [pour un motif lié à la sécurité], l'agent ou le juge doit ... ordonner le renvoi de l'étranger ».⁶² Un motif lié à la sécurité existe lorsque « le Procureur général sait, ou a des motifs raisonnables de croire, que l'étranger est engagé ou qu'il est probable qu'il s'engagera, après son entrée, dans une activité terroriste ».⁶³ Le Procureur général doit réviser cet ordre. S'il conclut que le non citoyen est interdit de territoire pour des motifs liés à la sécurité, et que « la divulgation des renseignements pourrait être préjudiciable à l'intérêt public, à sa protection ou à sa sécurité », il peut « ordonner le renvoi de

⁵³ INA § 235(b)(1)(B)(v), 8 U.S.C. § 1225(b)(1)(B)(v).

⁵⁴ 8 C.F.R. § 208.30(e)(3).

⁵⁵ 8 C.F.R. §§ 208.30(f), 235.3(b)(4).

⁵⁶ INA § 235(b)(1)(B)(iii)(III), 8 U.S.C. § 1225(b)(1)(B)(iii)(III).

⁵⁷ INA § 235(b)(1)(B)(iii)(III), 8 U.S.C. § 1225(b)(1)(B)(iii)(III); 8 C.F.R. § 1003.42(e).

⁵⁸ 8 C.F.R. § 1003.25(c).

⁵⁹ 8 C.F.R. § 1003.42(d).

⁶⁰ 8 C.F.R. § 1003.42(f).

⁶¹ *Idem.*

⁶² INA § 235(c)(1), 8 U.S.C. § 1225(c)(1).

⁶³ INA § 212(a)(3)(B)(i)(II), 8 U.S.C. § 1182(a)(3)(B)(i)(II).

l'étranger ». ⁶⁴ La décision du Procureur général ne peut être révisée par un juge de l'immigration. ⁶⁵

L'INA § 235(c) ne prévoit pas explicitement une protection en vertu de la Convention contre la torture, mais les règlements le font. ⁶⁶ Les règlements prévoient que l'agence d'immigration « ne doit pas exécuter un ordre de renvoi en vertu de [l'INA § 235(c)]... dans des cas qui violent ... l'article 3 de la Convention contre la torture ». ⁶⁷ Les règlements ne précisent toutefois pas spécifiquement la procédure pour tenir compte des demandes d'asile en vertu de la Convention contre la torture dans le contexte d'un renvoi accéléré en vertu de l'INA § 235(c). Ils prévoient simplement que l'agence d'immigration « évaluera l'application de l'article 3 dans le cadre du processus d'expulsion pour s'assurer que l'ordre de renvoi n'est pas exécuté dans des circonstances pouvant violer les obligations des États-Unis en vertu de l'article 3. » ⁶⁸ Les règlements ajoutent que les procédures normales d'asile « ne s'appliquent pas ». ⁶⁹ Ainsi, il n'est pas clair quelle procédure l'agence d'immigration des É.-U. aurait du suivre pour traiter la demande de M. Arar d'éviter d'être soumis à la torture.

D. Procédures de renvoi de terroristes étrangers ⁷⁰

La loi antiterroriste et sur la peine de mort effective de 1996 (*Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996* (AEDPA)) ⁷¹ établit des procédures de renvoi spéciales pour les « terroristes étrangers ». ⁷² L'AEDPA crée un tribunal spécial de renvoi comprenant cinq juges de la Cour fédérale de district, nommés par le juge en chef des États-Unis. ⁷³ Le Procureur général initie la procédure de renvoi spéciale en déposant une requête auprès du tribunal de renvoi. La requête doit établir la probabilité que la personne est un terroriste étranger, qu'elle est physiquement présente aux États-Unis, et que les procédures normales de renvoi présentent un risque pour la sécurité nationale. ⁷⁴ Un seul juge de la cour de renvoi établit s'il doit accorder la requête pour tenir l'audience de renvoi.

La procédure spéciale de renvoi s'apparente de maintes façons à un procès criminel. Elle est ouverte au public. ⁷⁵ Le non citoyen a le droit d'être représenté par un avocat et le droit à un avocat d'office s'il est indigent. ⁷⁶ Le non citoyen peut produire des preuves, interroger et contre-

⁶⁴ INA § 235(c)(2), 8 U.S.C. § 1225(c)(2).

⁶⁵ INA § 235(c)(2)(B), 8 U.S.C. § 1225(c)(2)(B).

⁶⁶ 8 C.F.R. §§ 208.18(d), 235.8(b)(4).

⁶⁷ 8 C.F.R. § 235.8(b)(4).

⁶⁸ 8 C.F.R. §§ 208.18(d), 235.8(b)(4).

⁶⁹ 8 C.F.R. §§ 208.18(d), 235.8(b)(4).

⁷⁰ Voir en général 5 GORDON Charles, MAILMAN Stanley et YALE-LOEHR Stephen, *Immigration Law and Procedure*, § 64.11 (rev. ed. 2005).

⁷¹ *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996* (AEDPA), Pub. L. No. 104-132, § 401, 110 Stat. 1214, 1258 (promulgation d'un nouveau titre V dans l'INA) telle qu'amendée par la *Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act of 1996* (décrétée comme *Division C of Omnibus Consolidated Appropriations Act*, 1997, Pub. L. No. 104-208, § 354, 110 Stat. 3009, 3009-641).

⁷² INA § 237(a)(4)(B), 8 U.S.C. § 1227(a)(4)(B).

⁷³ INA § 502(a), 8 U.S.C. § 1532(a).

⁷⁴ INA § 503(a)(1), 8 U.S.C. § 1533(a)(1).

⁷⁵ INA § 504(a)(2), 8 U.S.C. § 1534(a)(2).

⁷⁶ INA § 504(c)(1), 8 U.S.C. § 1534(c)(1).

interroger des témoins, et demander des citations à comparaître ou de production de documents.⁷⁷ Les Federal Rules of Evidence ne s'appliquent pas,⁷⁸ toutefois, et une preuve peut ne pas être divulguée si sa divulgation mettrait en danger la sécurité nationale.⁷⁹

Le gouvernement doit justifier le renvoi en vertu de la prépondérance de la preuve.⁸⁰ Pour le gouvernement, il s'agit d'un fardeau de preuve moins élevé que celui des procédures normales de renvoi. Le gouvernement et le non citoyen peuvent faire appel de la décision de la cour à la Cour d'appel des É.-U. pour le circuit du district de Columbia.⁸¹ À la suite de la décision de cette cour, l'une des parties peut demander à la Cour suprême des É.-U. de réviser l'affaire.⁸²

Cette loi ne prévoit pas explicitement si un « terroriste étranger » peut, dans le cadre de procédures spéciales, demander la protection en vertu de la Convention contre la torture. Quoi qu'il en soit, les États-Unis n'ont pas invoqué ces procédures contre M. Arar. En fait, depuis leur adoption il y a neuf ans, les États-Unis n'ont jamais utilisé les procédures spéciales de renvoi contre des terroristes étrangers.

E. Garanties diplomatiques obtenues par le Secrétaire d'État

Le Secrétaire d'État peut demander des garanties du pays où le non citoyen sera renvoyé, selon lesquelles le non citoyen ne sera pas torturé lors de son retour. Pour évaluer ces garanties, le département d'État utilise le test « plus probable que non », *c.-à-d.*, il est plus probable que non que la personne sera torturée dans le pays où elle est renvoyée.⁸³

Si le département d'État fournit ces garanties, « le Procureur général doit établir, en consultation avec le Secrétaire d'État, si les garanties sont suffisamment fiables pour permettre le renvoi de l'étranger dans ce pays sans enfreindre l'article 3 de la Convention contre la torture. »⁸⁴ Il n'est pas clair si le Procureur général est régi par la norme du plus probable que non, car cela peut ne s'appliquer qu'à une décision d'un juge de l'immigration.⁸⁵ La décision du Procureur général ne peut être révisée par un juge de l'immigration ou par le tribunal d'appel de l'immigration (Board of Immigration Appeals).⁸⁶

⁷⁷ INA § 504(c)-(d), 8 U.S.C. § 1534(c)-(d).

⁷⁸ INA § 504(h), 8 U.S.C. § 1534(h).

⁷⁹ INA § 504(e)(1)(A), 8 U.S.C. § 1534(e)(1)(A).

⁸⁰ INA § 504(g), 8 U.S.C. § 1534(g).

⁸¹ INA § 505(c), 8 U.S.C. § 1535(c).

⁸² INA § 505(d), 8 U.S.C. § 1535(d).

⁸³ *Al-Anazi v. Bush*, Civil Action No. 05-0345 (JDB), 2005 U.S. Dist. LEXIS 6803, at *9 (D.D.C. 21 avril, 2005) (citant une déclaration de Pierre-Richard Prosper, agent du département d'État).

⁸⁴ 8 C.F.R. § 208.18(c)(2). Bien que les règlements continuent d'énoncer que le procureur général des É.-U. devra consulter le département d'État relativement à la fiabilité des garanties diplomatiques, selon toute vraisemblance le ministère de l'Intérieur (DHS) a assumé ce rôle depuis le transfert de l'agence de l'immigration du ministère de la Justice au DHS. *Voir* Dep't of State, Second Periodic Report of the United States of America to the [UN] Committee Against Torture ¶ 35 (6 mai 2005), *disponible au site* <http://www.state.gov/g/drl/rls/45738.htm> (dernière visite en date du 16 mai 2005).

⁸⁵ 8 C.F.R. § 208.16(c)(4).

⁸⁶ 8 C.F.R. § 208.18(c)(3).

Les États-Unis ont reconnu avoir renvoyé plusieurs personnes dans leurs pays depuis les attaques terroristes du 11 septembre 2001, en s'appuyant sur des garanties diplomatiques des pays de réception selon lesquelles ces personnes ne seraient pas torturées.⁸⁷

5. Analyse juridique

A. Les droits de M. Arar en vertu de la Convention contre la torture

La Convention contre la torture ne contient aucune exception à la disposition de non-refoulement. Le Sénat des É.-U. n'a pas non plus cautionné quelque exception que ce soit à la disposition de non-refoulement lorsqu'il a ratifié la Convention contre la torture. Ainsi, le renvoi de Maher Arar vers la Syrie a violé la Convention, telle qu'adoptée par les États-Unis, s'il était plus probable que non qu'il soit torturé en Syrie.

Le dossier de la Syrie en matière de torture est bien connu. Le Président Bush a décrit « l'histoire de torture, d'oppression, de misère et de ruine de la Syrie ».⁸⁸ Le rapport annuel sur les droits de la personne de 2002 du département d'État, année durant laquelle les États-Unis ont expédié M. Arar en Syrie, souligne « qu'il existe une preuve crédible que les forces de sécurité [de la Syrie] continuent à utiliser la torture », méthodes de torture qui comprennent : « administrer des chocs électriques, arracher des ongles, insérer de force des objets dans le rectum, battre la victime, parfois alors qu'elle est suspendue du plafond, hyper-élongation de la colonne vertébrale, plier un détenu dans le cadre d'une roue et fouetter les parties exposées de son corps, et utiliser une chaise qui penche vers l'arrière pour asphyxier la victime ou fracturer sa colonne vertébrale ».⁸⁹

M. Arar a mentionné à maintes reprises aux agents des É.-U. qu'il craignait d'être torturé s'il était renvoyé en Syrie.⁹⁰ M. Arar a expliqué qu'il avait quitté la Syrie sans avoir fait son service militaire et que le gouvernement syrien avait accusé un membre de sa famille d'être affilié à l'organisation terroriste connue sous le nom de Fraternité musulmane.⁹¹ En raison de la situation particulière de M. Arar et de l'historique de torture de la Syrie, il semble évident que M. Arar serait torturé s'il était renvoyé en Syrie.

Les États-Unis ont peut-être demandé des garanties de la Syrie selon lesquelles M. Arar ne serait pas torturé. Toutefois, il serait grotesque que les États-Unis demandent même ces garanties, étant donné le fait que M. Arar est citoyen canadien, qu'il a vécu au Canada depuis environ

⁸⁷ U.S. Dep't of State, Second Periodic Report of the United States of America to the [UN] Committee Against Torture ¶ 35 (6 mai 2005), *disponible au site* <http://www.state.gov/g/drl/rls/45738.htm> (dernière visite en date du 16 mai 2005).

⁸⁸ Voir les nouvelles de la BBC, extraits de discours du président des É.-U., George W. Bush, au National Endowment for Democracy (6 novembre 2003), *disponible au site* : <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/3248639.stm> (dernière visite en date du 30 avril 2005).

⁸⁹ U.S. Department of State, Country Reports on Human Rights Practices, Syria, 2002 (Mar. 2003), *disponible au site* : <http://www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/2002/18289.htm> (dernière visite en date du 10 mai 2005).

⁹⁰ Maher Arar: Chronology of Events: September 26, 2002 to October 5, 2003, à la p.3, *au site* : <http://www.maherarar.ca/cms/images/uploads/mahersstory.pdf> (dernière visite en date du 10 mai 2005).

⁹¹ *Idem.*

1987,⁹² et que la preuve accablante suggérait qu'il serait torturé en Syrie. Même si ces garanties ont été obtenues du gouvernement de la Syrie, elles ne pouvaient être prises au sérieux, en raison de l'historique de torture de la Syrie.

B. Droits procéduraux de M. Arar dans les procédures de renvoi des É.-U.

L'INS dispose de plusieurs options procédurales pour établir l'admissibilité de M. Arar aux États-Unis : procédures normales de renvoi, renvoi accéléré pour motifs de sécurité, et procédures de renvoi de terroriste étranger.⁹³ Puisque aucune procédure assimilable à un procès n'a été accordée à M. Arar, l'INS peut avoir appliqué les procédures dites de renvoi accéléré. Dans les procédures de renvoi accéléré en vertu de l'INA § 235(c), le fardeau de la preuve requise pour justifier le renvoi pour risque de sécurité présumé est très faible. Le Procureur général doit uniquement avoir « un motif raisonnable de croire [que le non citoyen] est engagé ou qu'il est probable qu'il s'engagera ... dans une activité terroriste ».⁹⁴

M. Arar a déclaré que lorsqu'il était détenu aux États-Unis, il a reçu un document mentionnant qu'il était interdit de territoire en vertu de l'article 235C [sic] de l'INA, parce qu'il était présumé membre de Al Qaeda.⁹⁵ Malheureusement, nous ne connaissons pas le fondement factuel de cette allégation. Même si M. Arar avait pu contester cette allégation devant un tribunal des É.-U., celui-ci aurait probablement confirmé sa légalité. En vertu d'un arrêt de la Cour suprême des É.-U., *Kleindienst c. Mandel*, les autorités de l'immigration n'ont besoin que d'un motif « *prima facie* légitime et de bonne foi » pour appuyer la décision que quelqu'un est interdit de territoire.⁹⁶ Il est probable que les autorités d'immigration des É.-U. pouvaient rencontrer ce critère peu élevé et ainsi justifier le renvoi de M. Arar en vertu de l'INA § 235(c).

Cela ne clôt cependant pas la question. Même si les autorités d'immigration des É.-U. ont suivi les procédures appropriées en concluant que M. Arar pouvait être renvoyé en vertu de l'INA § 235(c), leur propre réglementation les empêchait de le renvoyer réellement en Syrie s'il était confronté au risque d'être torturé dans ce pays. Donc, les autorités d'immigration des É.-U. ont violé l'article 3 de la Convention contre la torture en renvoyant M. Arar en Syrie.⁹⁷

⁹² <http://www.maherarar.ca/> (dernière visite en date du 10 mai 2005).

⁹³ Une autre option procédurale est le renvoi administratif. Voir 5 GORDON Charles, MAILMAN Stanley et YALE-LOEHR Stephen, *Immigration Law and Procedure*, § 33.10[2] (rev. ed. 2005). Le renvoi administratif s'applique aux non citoyens reconnus coupables de « délit grave » (aggravated felony), un terme technique de l'immigration défini dans INA § 101(a)(43), 8 U.S.C. § 1101(a)(43). M. Arar ne serait pas visé par le renvoi administratif, puisqu'il n'a pas été reconnu coupable de « délit grave ».

⁹⁴ INA § 212(a)(3)(B)(i)(II), 8 U.S.C. § 1182(a)(3)(B)(i)(II).

⁹⁵ Maher Arar: Chronology of Events: September 26, 2002 to October 5, 2003, à la p.3, *au site* <http://www.maherarar.ca/cms/images/uploads/mahersstory.pdf> (dernière visite en date du 10 mai 2005). Le département d'État a corroboré ces faits. U.S. Dep't of State, *U.S. Views Concerning Syrian Release of Mr. Maher Arar* (6 oct. 2003), disponible à l'adresse suivante: <http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2003/24965.htm> (dernière visite en date du 11 mai, 2005). « [Traduction] M. Arar a été détenu à New York le 26 septembre 2002 par les autorités de l'immigration et d'exécution de la loi des États-Unis parce que son nom figurait sur une liste de surveillance. Par la suite, on lui a refusé l'entrée aux États-Unis en vertu du paragraphe 235C [sic] de la United States Immigration and Nationality Act au vu des renseignements dont disposaient les agents d'exécution de la loi des États-Unis. ».

⁹⁶ 408 U.S. 753, 769 (1972).

⁹⁷ 8 C.F.R. § 235.8(b)(4).

C. Droit de M. Arar d'être renvoyé au Canada et non en Syrie

La loi sur l'immigration des É.-U. précise vers quels pays un non citoyen peut être renvoyé.⁹⁸ Les non citoyens arrivant aux États-Unis qui sont visés par les procédures normales de renvoi doivent être renvoyés dans le pays d'où ils viennent.⁹⁹ Dans le cas de M. Arar, ce pays aurait dû être la Suisse, d'où son vol pour New York était parti. Toutefois, étant donné que M. Arar n'a pas fait l'objet de la procédure normale de renvoi, il n'avait pas ce choix. Néanmoins, les non citoyens comme M. Arar qui ne font pas l'objet des procédures normales de renvoi peuvent désigner un pays où ils désirent être renvoyés.¹⁰⁰ L'agence de l'immigration « doit » renvoyer le non citoyen dans ce pays,¹⁰¹ sauf dans quatre cas : (1) le non citoyen ne désigne pas rapidement un pays ; (2) le pays étranger n'informe pas les États-Unis dans les 30 jours qu'il entend accepter la personne ; (3) le pays étranger n'est pas disposé à accepter le non citoyen ; ou (4) l'agence de l'immigration décide que le fait de renvoyer le non citoyen dans ce pays causerait un préjudice aux États-Unis.¹⁰² Si l'une de ces exceptions s'applique, l'agence de l'immigration peut renvoyer le non citoyen dans un autre pays dont il est citoyen.¹⁰³

M. Arar a déclaré avoir dit aux autorités de l'immigration des É.-U. qu'il désirait être renvoyé au Canada.¹⁰⁴ Nous ne disposons pas de suffisamment de faits pour établir si l'une des quatre exceptions s'appliquait, autorisant ainsi les États-Unis à renvoyer M. Arar en Syrie plutôt qu'au Canada. Même si l'une des exceptions accordait aux États-Unis la discrétion de renvoyer M. Arar dans un pays autre que le Canada, l'article 3 de la Convention contre la torture aurait dû empêcher le gouvernement des É.-U. de renvoyer M. Arar en Syrie, où il faisait face à un risque sérieux et connu d'être torturé.

D. Recours possibles de M. Arar

M. Arar a déposé une poursuite civile aux États-Unis contre les agents des É.-U.¹⁰⁵ Ses avocats ont allégué plusieurs violations des lois des É.U. Le gouvernement des É.-U. se défend vigoureusement contre ces allégations. Il reste à voir si M. Arar aura gain de cause. Entre-temps, l'analyse suivante donne un aperçu des allégations de M. Arar.

⁹⁸ INA § 241(b), 8 U.S.C. § 1231(b).

⁹⁹ INA § 241(b)(1)(A), 8 U.S.C. § 1231(b)(1)(A).

¹⁰⁰ INA § 241(b)(2), 8 U.S.C. § 1231(b)(2).

¹⁰¹ INA § 241(b)(2)(A)(ii), 8 U.S.C. § 1231(b)(2)(A)(ii).

¹⁰² INA § 241(b)(2)(C), 8 U.S.C. § 1231(b)(2)(C).

¹⁰³ INA § 241(b)(2)(D), 8 U.S.C. § 1231(b)(2)(D).

¹⁰⁴ Maher Arar: Chronology of Events: September 26, 2002 to October 5, 2003, à la p.3, *au site* :

<http://www.maherarar.ca/cms/images/uploads/mahersstory.pdf> (dernière visite en date du 10 mai 2005).

¹⁰⁵ *Arar c. Ashcroft*, n° 04-CV-0249-DGT-VVP (E.D.N.Y. déposé le 24 janvier 2004). Plusieurs des documents concernant le litige se trouvent au site : http://www.ccr-ny.org/v2/legal/september_11th/sept11Article.asp?ObjID=zPvu7s2XVJ&Content=377 (dernière visite en date du 10 mai 2005).

(1) Application régulière de la loi

La Constitution des É.-U. déclare que nul ne doit être privé de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans avoir droit à l'application régulière de la loi.¹⁰⁶ M. Arar prétend que le gouvernement des É.-U. a violé ses droits à l'application régulière de la loi en le détenant sans accès à un avocat ou au système judiciaire, tant aux États-Unis avant d'être renvoyé que lors de sa détention par le gouvernement de Syrie, qui agissait de connivence avec les États-Unis. Il prétend aussi que les agents d'immigration des É.-U. qui ont effectué le renvoi ont violé son droit à l'application régulière de la loi en le soumettant de manière négligente à la torture aux mains d'un gouvernement étranger, dont ils avaient toutes les raisons de croire qu'il procéderait à des interrogatoires abusifs.

(2) Loi sur la protection des victimes de torture (*Torture Victim Protection Act*)

La loi sur la protection des victimes de torture permet à une victime de torture de poursuivre son tortionnaire étranger devant les tribunaux des É.-U.¹⁰⁷ La réclamation de M. Arar contre les agents des É.-U., en vertu de la loi sur la protection des victimes de torture, est fondée sur leur complicité qui a permis la torture subie en Syrie.

(3) Loi de réclamation par un étranger pour délit civil (*Alien Tort Claims Act*)

Une loi de 1789 permet à un non citoyen de poursuivre devant les tribunaux des É.-U. pour un délit civil (tort) commis « en violation de la loi des nations ». ¹⁰⁸ Les tribunaux des É.-U. ont conclu que la torture délibérée, perpétrée en vertu d'une apparence d'autorité officielle, viole les normes universellement acceptées des droits de la personne et donne ainsi au non citoyen le droit d'intenter des poursuites en Cour fédérale¹⁰⁹. La Cour suprême a jugé que cette loi est uniquement une dévolution de compétence aux tribunaux des É.-U. et qu'une cause d'action doit reposer sur d'autres fondements.¹¹⁰ Cependant, en fonction des faits, cette loi peut donner à M. Arar un autre volet de compétence auquel il peut greffer des poursuites devant les tribunaux des É.-U. pour détention illégale et torture.

6. Recommandations

Le Canada et les États-Unis ont pris certaines mesures pour tenter de prévenir la remise involontaire d'un autre Canadien à un pays tiers pour y être torturé. En janvier 2004, le secrétaire d'État des É.-U., Colin Powell, et le ministre canadien des Affaires étrangères, William Graham, ont échangé des lettres exprimant l'accord des deux pays au sujet des renvois de leurs citoyens respectifs dans des pays tiers.¹¹¹ Ces lettres prévoient un avis et une

¹⁰⁶ Const. É.U., cinquième amendement.

¹⁰⁷ *Torture Victim Protection Act of 1991*, Pub. L. No. 102-256, 106 Stat. 73 (codifié à 28 U.S.C. § 1350 note).

¹⁰⁸ *Judiciary Act of 1789*, ch. 20, § 9(b), 1 Stat. 73, 77 (1789) (codifié à 28 U.S.C. § 1350).

¹⁰⁹ Voir, p. ex. *Kadic c. Karadzic*, 70 F.3d 232 (2d Cir. 1995); *Filartiga c. Pena-Irala*, 630 F.2d 876, 878 (2d Cir. 1980).

¹¹⁰ *Sosa c. Alvarez-Machain*, __ U.S. __, 124 S. Ct. 2739, 2754-55 (2004).

¹¹¹ Lettres échangées par le secrétaire d'État des É.-U., Colin Powell, et le ministre canadien des Affaires étrangères, William Graham (13 janvier 2004) (des copies de ces lettres sont en possession de l'auteur).

consultation rapide entre les deux pays au sujet de toute intention de renvoyer un citoyen de l'autre pays dans un pays tiers. En annonçant l'échange de lettres, le ministre des Affaires étrangères, William Graham, a souligné cet accord comme « une mesure sans précédent ».¹¹²

Malheureusement, l'accord ne va pas assez loin. Il ne prévoit qu'un avis et une consultation; il ne requiert pas que le Canada donne son consentement avant que les États-Unis puisse renvoyer un Canadien dans un pays tiers. Par exemple, l'accès à un agent consulaire canadien a été accordé à M. Arar pendant qu'il était détenu aux États-Unis.¹¹³ Un rapport de la Gendarmerie royale du Canada démontre aussi que les agents du Canada et des É.-U. se sont consultés au sujet de M. Arar alors qu'il était détenu aux États-Unis (il est cependant difficile, au vu du dossier public disponible, d'évaluer s'ils se sont consultés au sujet de son renvoi en Syrie).¹¹⁴ En dépit de cet avis et de cette consultation, M. Arar a été involontairement renvoyé en Syrie. L'accord ne prévient pas nécessairement la répétition d'une situation semblable.

Le Canada et les États-Unis devraient négocier un accord plus sérieux au sujet des renvois involontaires de leurs citoyens respectifs dans un pays tiers. Les États-Unis devraient convenir de ne pas renvoyer un citoyen canadien dans un pays tiers à moins que le Canada n'exprime son accord à l'avance, et par écrit. À défaut d'un tel accord, les États-Unis devraient alors tout au moins convenir que dans le cas où un Canadien exprime une crainte de torture ou de persécution à la suite d'un renvoi dans un pays tiers, ils ne renverront pas cette personne avant qu'elle n'ait demandé l'asile ou une protection en vertu de la Convention contre la torture devant un juge de l'immigration des É.-U., et avant que le juge ait rendu jugement sur cette demande. (Le Canada devrait accepter des mesures semblables pour les citoyens des É.-U. qu'il pourrait désirer renvoyer dans un pays tiers.) Comme le démontre le cas de M. Arar, les procédures actuelles relatives au renvoi accéléré des États-Unis des terroristes présumés sont trop vagues pour garantir le respect de l'article 3 de la Convention contre la torture.

Le cas de M. Arar démontre aussi que les garanties diplomatiques sont inadéquates. Comme le rapport annuel sur les droits de la personne (joint à l'intention de cette commission) le souligne en plus amples détails, les garanties diplomatiques ne sont efficaces ni en droit ni en pratique. Le Canada et les États-Unis devraient abolir le recours aux garanties diplomatiques dans les cas d'application de la Convention contre la torture.

Conclusion

La loi sur l'immigration des É.-U. accorde beaucoup d'autorité et de discrétion aux agents des É.-U. pour décider qui renvoyer des États-Unis et comment les renvoyer. Une telle autorité n'est cependant pas exempte de tout contrôle. L'article 3 de la Convention contre le terrorisme interdit aux agents des É.-U. d'expédier une personne dans un autre pays où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture. À mon avis, il existait une preuve

¹¹² Idem.

¹¹³ Maher Arar: Chronology of Events: September 26, 2002 to October 5, 2003, à la p.3, *au site* : <http://www.maherarar.ca/cms/images/uploads/mahersstory.pdf> (dernière visite en date du 10 mai 2005).

¹¹⁴ Rapport final rédigé par Brian S. Garvie, surintendant en chef de la Gendarmerie royale du Canada, dossier n° 2003A-5075 (non daté) disponible au site : http://www.ccr-ny.org/v2/legal/september_11th/sept11Article.asp?ObjID=zPvu7s2XVJ&Content=377 (dernière visite en date du 10 mai 2005).

considérable que les agents de la Syrie tortureraient M. Arar s'il était renvoyé dans ce pays. En outre, M. Arar a déclaré aux agents des É.-U. qu'il craignait d'être torturé s'il était renvoyé en Syrie. Pour ces motifs, il semble que les agents du gouvernement des É.-U. ont violé l'article 3 de la Convention contre la torture en renvoyant M. Arar en Syrie.