



Commissions nationales des droits de l'homme et Médiateurs en tant que mécanismes nationaux de prévention en vertu du *Protocole facultatif à la Convention contre la torture*

Janvier 2008

Introduction

Le Protocole facultatif à la Convention contre la torture (OPCAT) prévoit un système de visites régulières des lieux de détention par des experts indépendants afin de mieux prévenir la torture et les autres traitements ou peines cruels, inhumains et dégradants.

Ce système repose sur un Sous-Comité des Nations Unies pour la prévention de la torture (SPT) fonctionnant parallèlement à un mécanisme national de prévention (MNP) dans chaque État.¹ Les États ont le choix de créer une nouvelle institution pour servir en tant que MNP ou de désigner une ou des institutions existantes, pour autant que celles-ci satisfassent aux exigences de l'OPCAT.

Bien que les institutions nationales des droits de l'homme (INDH) puissent contribuer de différentes manières à la prévention de la torture et des autres formes de mauvais traitement,² la présente publication se limite aux questions qui se posent fréquemment lorsqu'une commission nationale des droits de l'homme ou un médiateur³ est envisagé pour servir de MNP. En effet, le but de cette publication est d'encourager les décideurs à bien vérifier si une institution existante et dotée d'un mandat généraliste est la mieux à même de servir de MNP.

¹ L'article 3 de l'OPCAT stipule : « Chaque État Partie met en place, désigne ou administre, à l'échelon national, un ou plusieurs organes de visite chargés de prévenir la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ».

² Pour plus d'informations quant au rôle des institutions nationales des droits de l'homme dans la prévention de la torture, veuillez vous référer à notre déclaration de principe intitulée « Le rôle des institutions nationales des droits de l'homme dans la prévention de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants », publiée par l'APT en 2005 et disponible sur notre site : http://www.apr.ch/component?option=com_docman/task.doc_download/gid.190/Itemid.59/lang.en/.

³ Beaucoup d'institutions existantes emploient le titre de « *ombudsman* » qui est une version anglicisée du terme suédois original signifiant médiateur. En anglais, « *ombudsman* » pourrait être entendu comme désignant un médiateur masculin, nous lui préférons donc le terme « *ombudsperson* ». Ailleurs, les médiateurs peuvent porter le titre de « défenseurs publics », « avocats du peuple », « protecteurs du citoyen » ou autre. De manière générale, nous employons le terme « médiateur » pour désigner toutes ces institutions, quelle que soit leur appellation formelle.

De prime abord, un État pourrait penser qu'une solution opportune et peu onéreuse de satisfaire à son obligation d'établir un MNP au titre de l'OPCAT serait de désigner une commission nationale des droits de l'homme ou un médiateur déjà en place. Il est cependant rare que de telles institutions remplissent a priori toutes les exigences de l'OPCAT. Lorsqu'une telle institution endosse le rôle de MNP, il est presque toujours nécessaire de modifier la législation, de refondre sa structure et d'en accroître les ressources humaines, logistiques et financières. En outre, dans certains cas, la composition, le travail ou le statut d'une telle institution peut s'avérer incompatible avec sa désignation en tant que MNP, que des changements puissent y être apportés ou non.

De manière générale, les **médiateurs** jouissent d'un statut indépendant garanti constitutionnellement dans leur pays et ont acquis une certaine expérience pour juger de l'adéquation de l'action d'un État par rapport à certains individus en particulier. Alors que certains pays peuvent avoir un ou des médiateurs spécialisés, dans la plupart des cas, les mandats des médiateurs sont très généraux. À quelques exceptions près, ces derniers se composent d'une personne qui détient seule le pouvoir décisionnel, même si elle peut être secondée dans son travail par du personnel. D'habitude, les médiateurs ne peuvent pas donner d'ordre aux gouvernements quant aux mesures correctives à apporter pour régler une situation donnée, mais s'appuient plutôt sur leur pouvoir de persuasion, aussi bien en privé, qu'en attirant l'attention du public sur certains cas précis afin d'exercer une pression politique. Les médiateurs et leur personnel sont, en général, au bénéfice d'une formation juridique. Leur mandat se limite parfois à évaluer l'impartialité de procédures, plutôt que de déterminer le bien-fondé ou la pertinence de décisions de fond. Il arrive que leur rôle se limite à prendre des décisions en se référant uniquement aux normes en vigueur au niveau national, et non pas au niveau international. Dans d'autres cas, en revanche, la législation établissant le mandat de médiateur peut faire expressément référence aux instruments internationaux pertinents.

Les **commissions nationales des droits de l'homme**, elles, comptent généralement un grand nombre de membres. Elles bénéficient parfois, mais pas toujours, d'une base constitutionnelle solide. Là encore, elles ont souvent un mandat thématique généraliste, bien que la perspective des droits de l'homme tende à légèrement réduire la portée de leur mandat comparé à celui des médiateurs. Les compétences des commissions des droits de l'homme diffèrent énormément selon leur nature. D'un côté de l'éventail se trouvent des commissions extrêmement indépendantes, jouissant de pouvoirs quasi-judiciaires qui leur permettent de formuler des conclusions publiques quant à des plaintes individuelles et de rendre des décisions contraignantes pour les représentants des autorités publiques. De l'autre côté se trouvent des commissions qui ne sont pas toujours particulièrement indépendantes (elles peuvent, notamment, comprendre des représentants de ministères gouvernementaux) et qui, vis-à-vis du gouvernement, ont un rôle essentiellement, voire exclusivement consultatif. Leurs membres et leur personnel peuvent venir d'horizons très divers, mais ils ont le plus souvent une formation de juriste. Là encore, certaines commissions nationales des

droits de l'homme se limitent à l'application de droits découlant de la législation nationale, tandis que d'autres sont expressément autorisées à appliquer le droit et les principes qui prévalent en matière de droit international des droits de l'homme.

Dans chaque pays, un examen des points mentionnés ci-dessous peut aider à déterminer les mesures juridiques à prendre et les ressources humaines et financières réellement nécessaires pour se mettre en conformité avec l'OPCAT. Une étude approfondie de ces questions peut également révéler les problèmes que pourrait poser au travail et au mandat d'une institution déjà en place sa désignation en tant que MNP. Dans certains cas, la conclusion pourra être qu'une nouvelle institution spécialisée est la meilleure solution pour qu'un État se conforme à l'OPCAT. En revanche, dans d'autres cas, l'exercice permettra de veiller à ce que les discussions entre le gouvernement, la société civile et les institutions nationales se fondent sur une évaluation réaliste de l'impact en terme législatif, humain et financier qu'induirait la désignation d'une institution nationale existante en tant que MNP.

Étant donné le nombre d'INDH de par le monde,⁴ il n'aurait pas été possible, voire souhaitable, de toutes les évaluer en fonction des exigences de l'OPCAT. La présente publication ne s'intéresse donc qu'aux INDH qui, au moment de sa rédaction, avaient déjà été ou allaient, selon toute vraisemblance, être formellement désignées en tant que MNP.

Exigences de l'OPCAT en matière de MNP

L'OPCAT prévoit des exigences minimales devant être remplies par les MNP que IAPT a déjà expliquées en détail dans un guide publié précédemment, intitulé *Mise en place et désignation des mécanismes nationaux de prévention* (ci-après le Guide).⁵ Les exigences-clés pour qu'un MNP soit efficace peuvent se résumer comme suit :

⁴ Vous pouvez consulter la liste des INDH accréditées par le Comité international de coordination des institutions nationales de protection et de promotion des droits de l'homme sur Internet : http://www.nhri.net/2007/List_Accredited_NIs_Nov_2007.pdf.

⁵ Le Guide est disponible sur notre site : www.apt.ch. La présente publication ne s'intéresse qu'aux questions spéciales ayant trait aux commissions ou aux médiateurs généralistes. Cependant, plusieurs des aspects analysés dans le Guide s'appliquent aussi à ce genre d'institutions. Cette publication doit donc être lue de concert avec le Guide qui est plus détaillé.

- Mandat permettant d'effectuer des visites préventives
- Ressources suffisantes pour mettre en œuvre un programme complet de visites
- Accès à tous les lieux de détention
- Accès à toute information pertinente
- Droit de procéder à des entretiens en privé
- Indépendance
- Compétences
- Droit d'émettre des recommandations et de recevoir une réponse réfléchie
- Droit de publier des rapports
- Privilèges et immunités indispensables
- Crédibilité.

La présente publication considère tour à tour chacun de ces éléments dans le contexte spécifique du travail des commissions nationales des droits de l'homme et des médiateurs. Ces questions seront illustrées à l'aide d'exemples tirés de pays ayant désigné une commission ou un médiateur en tant que MNP ou contemplant cette possibilité. Pour plus d'informations quant au statut actuel des MNP dans chaque Etat signataire et chaque État partie à l'OPCAT, vous pouvez consulter le *Rapport sur le statut des mécanismes nationaux de prévention pays par pays* publié par l'APT.⁶

1. Mandat permettant d'effectuer des visites préventives

L'OPCAT exige que chaque MNP ait le droit et la faculté d'entreprendre un programme de visites régulières pour étudier le traitement réservé aux personnes privées de liberté et pour protéger ces dernières de la torture et de tout autre mauvais traitement. Néanmoins, le fait qu'une institution existante effectue déjà parfois des visites dans des lieux de détention n'implique pas toujours qu'il s'agisse bien du type d'activité envisagé par l'OPCAT. Tous les types de visite de lieux de détention ne correspondent pas forcément à l'esprit de l'OPCAT, c'est-à-dire à la prévention de violations futures des droits de l'homme, en exposant régulièrement et de façon répétée les problèmes existants et en s'engageant dans un processus de dialogue direct avec les représentants des lieux de détention.⁷ De la même manière, tous les types de visite ne jouissent pas forcément des garanties prévues par l'OPCAT et toutes les institutions effectuant des visites n'en appliquent pas toujours la méthodologie.⁸

L'OPCAT établit, par exemple, une distinction fondamentale entre les visites régulières effectuées dans tous les lieux de détention afin de prévenir les mauvais traitements actuels ou futurs que pourrait subir tout détenu dans un lieu de détention, d'une part, et les visites aléatoires auprès d'individus en particulier afin d'enquêter rétrospectivement sur des mauvais traitements, de

⁶ Voir www.apr.ch/hpm.

⁷ Voir le préambule et les articles 1, 4, 19 et 22 de l'OPCAT, ainsi que le chapitre 3 du Guide.

⁸ Voir les articles 18, 19, 21 et 22 de l'OPCAT, ainsi que les chapitres 6 et 7 du Guide.

l'autre. Bien que ces deux fonctions puissent se confondre dans la pratique, les visites visant à enquêter *a posteriori* sur des cas individuels n'ont généralement pas l'effet préventif large que vise pourtant l'OPCAT.

Une autre distinction peut aussi être établie entre les visites dont le but premier est de protéger les détenus d'abus et qui peuvent donc impliquer des activités de plaidoyer au nom des détenus (une approche donnant une place centrale aux droits de l'homme) et celles dont l'objectif serait autre (inspection générale, contrôle des finances, enquête pénale ou enquête impartiale dans le cadre d'un processus d'adjudication, etc.).

Les commissions nationales des droits de l'homme peuvent faire valoir leur longue expérience et leur solide compétence dans la prise en compte de la dimension « droits de l'homme » de tous types de questions. D'ailleurs, certaines de ces commissions ont déjà pu effectuer des visites de lieux de détention. Les médiateurs peuvent également avoir déjà effectué des visites de lieux de détention afin d'enquêter suite à des plaintes formelles ou informelles dont ils ont été saisis ou dans le cadre de l'examen annuel d'une question particulière dans l'ensemble du pays. Cependant, à quelques exceptions près, ces institutions n'ont pas l'expérience de visites préventives systématiques de tous les lieux de détention du pays.

Dans ce contexte, il est très important de considérer la fréquence, le but et la nature des visites qu'effectuent déjà la commission ou le médiateur. Bien évidemment, n'importe quel type de visite permet aux visiteurs de se familiariser avec la situation au sein de lieux de détention fermés. Pourtant, si, par le passé, les visites étaient réactives et irrégulières, si elles étaient effectuées sur la base de plainte individuelle ou s'expliquaient par une combinaison de toutes ces raisons, il est généralement nécessaire de procéder à des sessions de formation et des changements méthodologiques pour veiller à ce que l'institution comprenne le principe des visites *préventives* et qu'elle soit à même de les effectuer de manière efficace. À titre d'exemple, si un organe a l'habitude de se cantonner à l'administration et aux salles de réunion des lieux de détention, sans pour autant se promener ni dans les quartiers cellulaires, ni dans les parties où se déroulent les activités des détenus, il ne peut espérer remplir les fonctions prévues par l'OPCAT sans changer substantiellement ses méthodes de travail.

Pour les cas où une institution continuerait d'exercer des fonctions quasi-judiciaires ou d'effectuer des enquêtes publiques suite à des plaintes individuelles, tout en endossant de nouvelles fonctions pour engager un dialogue constructif par le biais des visites préventives au titre de l'OPCAT, il pourrait s'avérer nécessaire de modifier son organisation interne pour s'assurer que les détenus et les représentants des prisons comprennent bien la nature des discussions qu'ils ont avec le personnel de la commission ou du médiateur. Sans cela, si les représentants du gouvernement peuvent être poursuivis ou jugés par le MNP, il pourrait s'avérer difficile pour ce dernier de coopérer avec ces mêmes représentants gouvernementaux dont dépendent pourtant les visites effectuées dans le cadre de l'OPCAT. De la même manière, si les fonctions de MNP sont censées être assumées par des

personnes qui enquêtent déjà sur des plaintes individuelles, ceci pourrait devenir une grande source de confusion, d'abord et avant tout pour les personnes remplissant ces fonctions, ces dernières risquant de ne plus savoir à quel titre elles travaillent, mais aussi pour le public de manière plus générale.

En outre, certains individus pourraient se montrer plus réticents à parler ouvertement avec le MNP s'ils ont peur que leur identité ou que les informations qu'ils divulguent ne soient révélées à un stade ultérieur (dans le cadre de poursuites pénales ou d'une audience, par exemple). Par ailleurs, la charge de travail résultant des plaintes individuelles et leur caractère urgent peuvent submerger l'institution et nuire à sa capacité de maintenir un programme complet et robuste de visites préventives. Ces points devraient être examinés, tout en notant que les recommandations de l'institution pourraient se voir renforcées si cette dernière devait combiner les fonctions de MNP avec des fonctions d'investigation publique et d'adjudication de plaintes.

L'approche dictée par leur mandat aux médiateurs et la portée de leurs pouvoirs de recommandation varient d'un pays à l'autre. L'OPCAT exige du MNP qu'il envisage son travail de manière à améliorer les conditions de détention et à protéger les personnes de manière tout à fait pratique. Aussi les institutions dont le mandat vise le caractère impartial des procédures, et non pas la pertinence des résultats, ne sont-elles peut-être pas les mieux à même d'étudier ni les questions de fond, ni celles nécessitant des compétences techniques dans le cadre du travail effectué en tant que MNP. Les institutions ayant, jusqu'alors, eu pour tâche de décider si telle mesure administrative était conforme à la législation nationale, aux procédures administratives régulières ou aux normes d'impartialité⁹ pourraient avoir du mal à assumer un rôle de plaider au nom des détenus, à commenter les choix politiques du gouvernement ou du parlement et à proposer que ce dernier adopte, amende ou abroge des lois. Quant aux détenus et au personnel des lieux de détention, ils pourraient également être troublés par le fait qu'une institution ayant, par le passé, eu un rôle ou une approche « légaliste », puisse dorénavant adopter une approche et un rôle différent en vertu de l'OPCAT.

2. Ressources suffisantes pour mettre en œuvre un programme complet de visites

Dans la plupart des cas, il conviendra d'allouer des ressources financières et humaines supplémentaires pour qu'une commission nationale des droits de l'homme ou un médiateur généraliste soit en mesure d'entreprendre un programme de visites préventives assez fréquentes et ciblées pour répondre

⁹ À titre d'exemple, le médiateur danois « est chargé de veiller à ce que l'administration publique ne contrevienne pas au droit danois, notamment au droit administratif public. Il s'agit donc d'un organe de contrôle de la légalité... ». Voir Rehabilitation and Research Centre for Torture Victims (RCT), *Alternative Report to the Committee against Torture* (mai 2007), p. 20, disponible sur Internet : http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/ngos/RCT-Alternative_report.pdf.

aux exigences de l'OPCAT. S'il est responsable de couvrir une large palette de droits pour tous les citoyens d'un même pays, un organe seul pourrait voir ses contraintes budgétaires le limiter dans sa capacité à entreprendre un programme de visites sur le terrain dans tous les lieux de détention, d'autant plus qu'un tel programme peut se révéler gourmand en ressources (les postes de police en sont un exemple typique : ils constituent une priorité pour tout MNP, et pourtant, dans la plupart des pays, ils sont très nombreux et éloignés les uns des autres).

Il ne suffit pas qu'un gouvernement désigne un organe, puis, s'attende à ce que ce dernier trouve les ressources nécessaires pour remplir les fonctions que prévoit l'OPCAT dans le cadre d'un budget inchangé. L'OPCAT prévoit expressément pour chaque État Partie l'obligation de « dégager les ressources nécessaires au fonctionnement des mécanismes nationaux de prévention ».¹⁰

De plus amples détails quant à la manière de procéder à une estimation de ces besoins sont disponibles dans le guide de l'APT intitulé *Mise et en place et désignation des mécanismes nationaux de prévention*. Cependant, dans la présente publication, nous souhaitons mettre en exergue un certain nombre de remarques d'ordre général tout à fait pertinentes pour les commissions nationales de droits de l'homme et les médiateurs :

- Un organe qui, par le passé, n'a que rarement, voire jamais effectué de visites répétées sur le terrain, notamment dans les régions rurales d'un pays, aura toujours besoin de ressources physiques et logistiques additionnelles afin d'agir en vertu de l'OPCAT.
- Un organe qui n'avait pas pour habitude de faire appel aux compétences professionnelles de psychologues ou de médecins aura besoin de ressources financières et humaines supplémentaires pour recourir à de telles compétences.
- Un organe qui avait l'habitude d'effectuer des visites dans un seul type de lieu de détention (des prisons, par exemple) aura systématiquement besoin de ressources accrues s'il doit désormais couvrir tout l'éventail des lieux de détention (postes de police, institutions psychiatriques, centres de détention militaire, etc.) comme l'exige l'OPCAT.
- En règle générale, un organe n'ayant jamais déployé un programme complet de visites préventives aura besoin d'une formation initiale pour apprendre à mettre sur pied et à effectuer un programme de visites efficace. Ceci dépendra d'une dotation budgétaire additionnelle, du moins pendant les premières années de son fonctionnement. En outre, les institutions dont le travail reposait exclusivement sur un cadre juridique national pourraient avoir besoin d'une formation quant aux

¹⁰ Voir art. 18(3) OPCAT.

normes juridiques internationales applicables en matière de torture et de mauvais traitements.¹¹

- Les MNP ont le droit (les gouvernements doivent d'ailleurs les y encourager) d'être en contact direct et de manière confidentielle avec le SPT aussi bien lorsqu'il se trouve à Genève, qu'au cours de ses visites. Ceci peut nécessiter des ressources supplémentaires.¹²

Il convient d'ailleurs de souligner que l'OPCAT exige des MNP qu'ils soient à même de fonctionner de manière indépendante¹³, ce qui implique qu'ils ne dépendent des gouvernements ni pour ce qui est du transport lors d'une quelconque visite (ceci permettrait en effet au gouvernement de contrôler les horaires, les lieux ainsi que le délai de préavis de certaines visites), ni pour ce qui est de leur fournir des experts qui seraient par ailleurs déjà employés par le gouvernement.¹⁴

Au Costa Rica, l'instrument désignant la *Defensoría de los Habitantes* (Médiateur) en tant que MNP reconnaît expressément que des ressources supplémentaires seront nécessaires si la *Defensoría* doit se conformer aux exigences de l'OPCAT.¹⁵

En Estonie, bien que le MNP, connu sous le nom de Chancelier de la justice (Médiateur), jouisse de beaucoup des pouvoirs juridiques exigés par l'OPCAT, il reste des incertitudes quant à l'étendue de ses ressources. Suite à son examen du quatrième rapport périodique de l'Estonie en novembre 2007, le Comité des Nations Unies contre la torture a exprimé des réserves quant à la faculté du Chancelier à s'acquitter à la fois de sa tâche en tant que MNP et à enquêter sur des plaintes au sujet de violations des dispositions de la Convention, et a donc recommandé que l'État lui fournisse les ressources nécessaires.¹⁶

En Pologne, le Commissaire pour la protection des droits civils (Médiateur), qui a également été désigné en tant que MNP, est une grande institution avec un mandat généraliste et bénéficiant de ressources considérables pour effectuer l'ensemble de son travail. Néanmoins, le personnel de l'Unité responsable de l'application du droit pénal, chargée pour l'heure des fonctions prévues par l'OPCAT, compte environ huit personnes, dont seules quatre ou cinq effectuent des visites dans les lieux de détention. Ceci ne semble pas correspondre pas à une augmentation de son personnel qui refléterait les fonctions supplémentaires prévues par l'OPCAT. Il est difficile de comprendre comment un nombre si réduit de personnes pourrait physiquement se rendre dans tous les lieux de détention de manière régulière dans un pays de plus de 39 millions d'habitants.

¹¹ Voir art. 19(b) OPCAT.

¹² Voir art. 12(c) et 12(f) OPCAT.

¹³ Voir art. 18(1) OPCAT.

¹⁴ Pour de plus amples détails quant à leur indépendance financière, voir pp. 49-50 du guide *Mise en place et désignation des mécanismes nationaux de prévention*.

¹⁵ Décret présidentiel n° 33568-RE-MSP-G-J, publié le 19 février 2007, Voir :

<http://www.apt.ch/npm/americas/CostaRica1.pdf>

¹⁶ UN Doc. CAT/C/EST/CO/4 (22 novembre 2007), al. 11.

Initialement, la capacité des Avocats parlementaires de la Moldavie (Médiateurs) à fonctionner efficacement en tant que MNP ne semblait pas acquise tant les ressources financières et humaines qui leur avaient été allouées par le gouvernement étaient limitées. Les trois Avocats parlementaires (Médiateurs) ont autant d'autorité les uns que les autres et travaillent au sein d'un Centre pour les droits de l'homme. Ces problèmes semblent avoir été réglés, du moins partiellement, par la mise en place d'un conseil consultatif, un organe de surveillance composé de 12 personnes, qui travaille de concert avec les Avocats parlementaires de la Moldavie en tant que MNP. Pourtant, il reste à voir, dans la pratique, quelles ressources financières supplémentaires seront attribuées au MNP dans son ensemble, sans quoi ce dernier sera dans l'incapacité de fonctionner efficacement.

Le gouvernement du Mexique a, quant à lui, choisi de désigner la Commission nationale des droits de l'homme en tant que MNP. Une unité « MNP » à part et composée de 13 personnes a été établie, mais ce nombre reste bien insuffisant pour effectuer des visites régulières dans tous les lieux de détention de ce pays comptant plus de 100 millions d'habitants.¹⁷

Le Comité européen pour la prévention de la torture (CPT) qui exerce son mandat dans le cadre de la Convention européenne pour la prévention de la torture, partage ces mêmes inquiétudes. Dans le rapport rédigé suite à sa visite au Danemark en 2002, par exemple, le CPT avait trouvé que, vu la portée très large du mandat du Médiateur et les ressources mises à sa disposition, il n'était pas réaliste de s'attendre à ce que le Médiateur puisse exercer une surveillance régulière des postes de police, comme le recommande le CPT.¹⁸

3. Éventail des lieux à visiter

L'OPCAT requiert que tout MNP ait accès à tout lieu de détention qu'il désire visiter, et à toute partie de ce dernier. Les institutions existantes peuvent être limitées dans l'éventail des lieux qu'elles peuvent visiter. Il conviendrait d'éliminer ces limitations si de telles institutions étaient amenées à fonctionner en tant que MNP en vertu de l'OPCAT. Si la législation ne prévoit pas explicitement qu'une institution puisse librement choisir les lieux de détention qu'elle souhaite visiter, cette institution ne remplit pas tous les critères pour devenir un MNP efficace au sens de l'OPCAT. Ceci peut s'avérer très problématique dans les États fédéraux où les lieux de détention peuvent être simultanément du ressort fédéral et provincial. Dans de tels cas, une institution des droits de l'homme créée au niveau fédéral pourrait ne pas avoir l'autorité nécessaire pour visiter certaines catégories d'institutions privées qui ne relèvent pas de la compétence du gouvernement central.

¹⁷ Bien que la Commission affirme qu'elle travaillera également avec des commissions des droits de l'homme au niveau des états fédéraux par le biais de protocoles d'accord, elle indique également être dans l'impossibilité de déléguer ses fonctions, car elle constitue le seul et unique MNP désigné.

¹⁸ Rapport au gouvernement du Danemark sur la visite effectuée au Danemark par le CPT du 28 janvier au 4 février 2002 : <http://www.cpt.coe.int/documents/dnk/2002-18-inf-eng.htm>.

En République tchèque, les amendements apportés à la loi établissant le mandat du Défenseur public des droits (Médiateur) en tant que MNP de ce pays constitue un exemple parfait d'accès extensif :

1. (3) Le Défenseur visite systématiquement les lieux où se trouvent ou pourraient se trouver des personnes dont la liberté est limitée par les autorités publiques ou, par leur dépendance aux soins qui leur sont prodigués, pour mieux protéger ces personnes de la torture ou de traitements ou peines cruels, inhumains ou dégradants ou de tout autre mauvais traitement.

(4) Selon la clause 3, le mandat du Défenseur s'applique

1. aux établissements chargés de détention, d'emprisonnement, de soins préventifs ou institutionnels ou de thérapies préventives ;
2. aux autres lieux où se trouvent ou pourraient se trouver des personnes dont la liberté est restreinte par les autorités publiques, notamment aux cellules de police, aux centres de rétention pour étrangers et aux établissements pour requérants d'asile ;
3. aux lieux où se trouvent ou pourraient se trouver des personnes dont la liberté est restreinte, étant donné qu'elles dépendent des soins qui leur sont prodigués, notamment aux instituts d'aide sociale et aux autres établissements fournissant une aide similaire, aux établissements médicaux et à ceux assurant une protection sociale/juridique des enfants...¹⁹

En Moldavie, le Parlement reconnaît que les Avocats parlementaires (Médiateurs) n'ont pas encore un accès assez extensif aux lieux de détention pour remplir les critères de l'OPCAT et c'est pourquoi, dans les amendements législatifs désignant les Médiateurs en tant que MNP, la liste des lieux pouvant être visités a été considérablement allongée.²⁰

Au Costa Rica, la *Defensoría de los Habitantes* (Médiateur) n'avait explicitement le droit de visiter que les lieux de détention du ressort du Ministère de la justice et du Ministère de la sécurité publique, de l'intérieur et de la police. Cette définition est bien plus restrictive que le texte de l'OPCAT, la législation générale et la pratique actuelle de la *Defensoría*. C'est là l'une des incohérences apparentes qui devra être résolue lorsque la législation sera définitivement modifiée, comme le prévoit l'actuel décret « temporaire » de désignation.²¹

¹⁹ Loi tchèque sur le Défenseur public des droits (349/1999 Coll.), amendée 381/2005 Coll., entrée en vigueur : le 1^{er} janvier 2006, §1(2), (3), (4) ainsi que §15(1) et §21a. Voir : <http://www.ochrance.cz/en/ombudsman/zakon.php>.

²⁰ Voir les amendements à l'article 24 que contient la Loi sur la modification et le parachèvement de la Loi n° 1349-XIII du 17 octobre 1997 sur les Avocats parlementaires, n° 200-XVI du 26.07.2007, (Gazette officielle n° 136-140/581 du 31.08.2007). Disponible sur notre site : <http://www.apt.ch/npm/eca/Moldova2.pdf>.

²¹ Voir note 15 ci-dessus.

Certaines lacunes peuvent apparaître en comparant attentivement les mandats actuels permettant de se rendre dans certains lieux de détention avec l'accès extensif prévu par l'OPCAT. À la fin 2007, les Maldives ont désigné leur Commission des droits de l'homme en tant que MNP. La législation, qui avait déjà été élaborée en 2006, stipule que « les membres de la Commission ou les personnes désignées par elle et accompagnées par ses membres peuvent, sans avertissement préalable, inspecter tout lieu où des personnes sont détenues sur décision d'une autorité judiciaire ou sur ordre d'un tribunal ». ²² Néanmoins, parmi les lieux prioritaires devant faire l'objet de visites au titre de l'OPCAT sont les lieux où des personnes peuvent être détenues temporairement avant de comparaître devant un tribunal, notamment les postes de police. Le manque de précision de la législation actuelle à l'égard de tels endroits représente une lacune grave que seul un amendement à cette loi pourrait corriger.

4. Accès à l'information

L'OPCAT exige que chaque MNP ait accès à toute information concernant le nombre de personnes privées de liberté, le nombre de lieux de détention, leur situation géographique, ainsi qu'à toute information ayant trait aux traitements subis par ces personnes et à leurs conditions de détention. Les commissions nationales des droits de l'homme et les médiateurs jouissent déjà généralement, mais pas toujours, d'un tel accès. Si ce pouvoir leur est accordé pour des enquêtes a posteriori, il doit également l'être explicitement pour les visites préventives (qui ne sont pas effectuées suite à une plainte déposée en lien avec un lieu de détention). ²³

En Nouvelle-Zélande, la législation permettant de désigner des institutions existantes en tant que MNP est l'exemple même d'une loi adoptée de manière à assurer au MNP un accès aussi extensif que possible. Bien que certaines institutions jouissent de différents pouvoirs en la matière, il a été nécessaire d'adopter une nouvelle loi pour combler toute lacune potentielle relative au nouveau mandat de ces institutions en vertu de l'OPCAT. ²⁴

5. Entretiens privés

L'OPCAT requiert que les MNP aient le droit de décider avec qui ils veulent s'entretenir et prévoit le droit pour les mécanismes de s'entretenir en privé, sans témoin et en présence d'un traducteur s'ils le jugent nécessaire. ²⁵ Il s'agit là d'un des droits cruciaux dont les MNP doivent jouir s'ils veulent avoir un réel impact. En effet, si le droit de s'entretenir en privé ne lui est pas

²² Maldives, *Loi sur la Commission des droits de l'homme*, Loi n° 6/2006, article 21(c). Disponible sur Internet :

<http://www.hrcm.org.mv/downloads/HRCM%20Act%20English%20translation.pdf>.

²³ À titre d'exemple, La *Loi sur la Commission des droits de l'homme* des Maldives octroie de tels pouvoirs pour pouvoir enquêter sur des plaintes (art. 22), mais ne l'applique pas clairement aux visites préventives au titre de l'art. 21(c).

²⁴ Voir l'article 28 de la Loi sur les crimes de torture de 1989, telle qu'amendée.

²⁵ Art. 20(d) OPCAT.

accordé, le MNP pourrait exposer le détenu à un risque accru de torture ou autre mauvais traitement, ou pourrait involontairement permettre aux autorités de camoufler la réalité. Ceci s'explique par le fait que, interrogés quant à des violences en présence des autorités qui les retiennent, les détenus se retrouvent confrontés à un dilemme cornélien : s'ils parlent des violences subies à un visiteur, ils pourraient s'exposer à d'autres violences, mais s'ils n'en parlent pas, ils pourraient permettre au gouvernement de nier l'existence même de violences.

Ce droit à effectuer des entretiens en privé est déjà accordé, que ce soit juridiquement ou dans la pratique, à beaucoup de commissions des droits de l'homme et de médiateurs. Néanmoins, les institutions ne disposant pas de cette autorité sont tout à fait incapables de fonctionner en tant que MNP et une institution ne peut remplir la fonction de MNP efficacement au titre de l'OPCAT qu'à la condition que ce pouvoir lui soit expressément octroyé par la loi.²⁶

Il est important que ce droit inclue la possibilité pour le MNP de choisir, dans la pratique, le lieu où doivent se dérouler les entretiens.²⁷ Ceci permet en effet au mécanisme d'éviter les indiscretions des autorités, de choisir un lieu où les détenus puissent se sentir à l'aise et où ces derniers ne risquent pas de confondre le MNP avec les autorités du lieu de détention. Les MNP devraient donc éviter d'utiliser les bureaux du directeur de la prison ou des endroits de ce type pour s'entretenir avec les détenus. Au Mexique, le Protocole d'accord interministériel désignant la Commission mexicaine des droits de l'homme en tant que MNP exige qu'elle soit accompagnée de membres du personnel du lieu de détention au cours de son inspection générale de l'établissement. En outre, c'est au personnel du lieu, et non pas au MNP, de décider où d'éventuels entretiens privés doivent avoir lieu. De telles limitations ne sont pas compatibles avec un fonctionnement efficace du MNP.

L'article 21(1) de l'OPCAT comporte aussi une disposition déterminante qui stipule que toute personne fournissant des renseignements au MNP doit être certaine qu'elle ne sera pas pour autant punie à cause de cela. La législation nationale doit donc expressément comporter une telle protection. La loi constitutive de la *Provedoria dos Direitos Humanos e Justiça* (Médiateur) du Timor Oriental indique, par exemple, que « menacer, intimider ou influencer indûment toute personne s'étant plaint ou ayant coopéré avec la *Provedoria* ou ayant l'intention de se plaindre ou de coopérer » constitue un délit.²⁸ Les

²⁶ Actuellement, par exemple, le Décret présidentiel de mars 2006 établissant la Commission des droits de l'homme du Mali ne prévoit pas le droit à ce qu'elle s'entretienne en privé avec les détenus. Or, c'est l'un des éléments qui doit être inscrit dans la législation pour que cette institution soit conforme aux exigences de l'OPCAT. Un autre exemple est celui de la législation établissant la Commission des droits de l'homme des Maldives (Loi n° 6/2006) qui est quelque peu ambigu sur ce point : le fait que son pouvoir d'effectuer des « enquêtes » à « huis-clos » ne s'applique pas explicitement aux visites préventives est une potentielle lacune qui devrait être comblée en modifiant la législation. Bien qu'elle n'ait pas encore été désignée en tant que MNP, une institution qui jouit déjà d'un tel pouvoir est la *Provedoria* pour les droits de l'homme et la justice du Timor Oriental. Voir son statut de 2004, art. 28(f), disponible sur Internet :

<http://www.asiapacificforum.net/members/apf-member-categories/full-members/timor-leste/downloads/legal-framework/Law-2004-7.pdf>

²⁷ Voir APT, *Visiter un lieu de détention : guide pratique*, p. 80.

²⁸ Voir Statuts de 2004, art. 49(1) (e).

amendements aux lois de la Moldavie désignant les Avocats parlementaires (Médiateurs) en tant que MNP reprennent pour l'essentiel le texte de l'article 21(1) de l'OPCAT.²⁹ En Nouvelle-Zélande, la loi permettant de désigner des institutions existantes en tant que MNP fournit un autre exemple d'une telle protection.³⁰

6. Indépendance

L'OPCAT exige que les MNP soient indépendants, tant d'un point de vue fonctionnel que personnel.³¹ Ceci implique que l'institution ne s'insère pas dans la même structure organisationnelle ou administrative que les responsables des lieux qu'elle visite. Cela signifie aussi que les personnes dirigeant le mécanisme et travaillant pour lui ne peuvent ni être soumises à l'autorité du gouvernement responsable de ces lieux, ni avoir de liens personnels ou politiques avec ce dernier.

Beaucoup de commissions nationales des droits de l'homme ou de médiateur sont, depuis longtemps, entièrement indépendants du pouvoir exécutif et pourraient donc servir à établir un lien de confiance pendant les premières années suivant l'entrée en vigueur de l'OPCAT dans leur pays. Cependant, il faut noter que ce qui est admissible pour un organe donnant des conseils en matière de politique générale à un gouvernement (notamment la présence d'hommes politiques ou de représentants de départements gouvernementaux), ne l'est peut-être pas si cet organe doit être désigné en tant que MNP. C'est une préoccupation majeure dans le sens où, par essence, le travail d'un mécanisme national implique de collecter des informations extrêmement sensibles concernant des personnes détenues et d'en discuter.

À titre d'exemple, au Mali, la Commission nationale des droits de l'homme a été établie en mars 2006 et semble être amenée à fonctionner en tant que MNP. Pourtant, la Commission a été mise en place par le biais d'un décret présidentiel et un quart de ses membres sont des représentants de divers ministères gouvernementaux.³² Alors qu'une telle structure pourrait s'avérer utile si cet organe n'avait qu'un rôle consultatif auprès du gouvernement, son manque inhérent d'indépendance du fait de la présence de représentants du gouvernement en son sein a pour conséquence qu'une réforme profonde sera nécessaire pour qu'elle puisse remplir toutes les exigences auxquelles doit satisfaire un MNP au titre de l'OPCAT.

²⁹ Art. 23¹(2), voir note 20 ci-dessous.

³⁰ Loi néo-zélandaise sur les crimes de torture de 1989, telle qu'amendée, section 30 : « Aucune personne, ni aucune agence ayant fourni des informations en toute bonne foi au mécanisme national de prévention ne peut, en lien avec les informations fournies, être soumise à quelque - (a) responsabilité pénale ; (b) responsabilité civile ; (c) procédure disciplinaire ; (d) modification des conditions de détention ; (e) désavantage ou préjudice que ce soit (...), que la nature de l'information fournie au mécanisme national de prévention soit vraie ou non ». Texte disponible sur Internet : http://www.parliament.nz/en-NZ/PB/Legislation/Bills/e/1/0/00DBHOH_BILL7201_1-Crimes-of-Torture-Amendment-Bill.htm.

³¹ Art. 18(1) OPCAT.

³² Décret présidentiel n°06, 6 mars 2006, disponible sur notre site : <http://www.apr.ch/npm/africa/Mali1.pdf>.

Il convient également de noter qu'afin de maintenir l'indépendance acquise par une commission nationale des droits de l'homme ou un médiateur, aucune décision désignant une telle institution en tant que MNP au titre de l'OPCAT ne peut être prise sans consulter l'institution en question ou sans qu'elle y consente. Au Costa Rica, par exemple, l'instrument désignant la *Defensoría de los Habitantes* (Médiateur) en tant que mécanisme national fait formellement référence à une note de la *Defensoría* dans laquelle celle-ci accepte sa désignation à la condition de se voir attribuer des ressources adéquates.³³ Le gouvernement estime effectivement qu'une telle acceptation est nécessaire en raison de l'autonomie de la *Defensoría*.

En outre, le concept d'indépendance implique nécessairement pour l'institution d'être perçue comme étant indépendante par ceux qu'elle est censée protéger. Ce point est lié à la question de la crédibilité qui sera traitée plus loin.

D'un autre côté, il convient de reconnaître que dans certains États, les lois établissant les commissions nationales des droits de l'homme ou les médiateurs laissent à penser que ces institutions sont réellement indépendantes, alors qu'en réalité, en raison des liens personnels de certains membres ou à cause de leur manque de ressources, entre autres, elles ne fonctionnent pas de manière totalement indépendante. De telles situations ne sont pas non plus compatibles avec la portée extensive et substantielle de l'indépendance au sens de l'OPCAT.

7. Compétences et composition

L'OPCAT prévoit que les membres du MNP disposent des capacités et des connaissances professionnelles nécessaires afin d'effectuer des visites préventives dans les lieux de détention. Il convient que certains de ses membres aient des compétences médicales ou psychologiques spécialisées afin de pouvoir détecter la torture et autres mauvais traitements, en rassembler les preuves et procéder à l'évaluation complète des services de santé. En outre, il peut être nécessaire qu'un éducateur ou qu'un assistant social intervienne pour bien comprendre les besoins sociaux et en matière d'éducation des détenus. De plus, il pourrait s'avérer utile de faire appel aux connaissances d'une personne retraitée ayant eu une carrière dans la gestion des forces de l'ordre ou des prisons pour évaluer si la direction de la prison a raison lorsqu'elle invoque des raisons de sécurité pour justifier certaines mesures. Par ailleurs, savoir ce qui convient à des hommes ou à des adultes peut s'avérer inadéquat pour déterminer ce qui s'applique respectivement à des femmes ou à des enfants. L'OPCAT reconnaît formellement qu'il pourrait être difficile à des membres d'un mécanisme national d'un sexe ou d'un groupe ethnique donné de communiquer de manière efficace avec des détenus du sexe opposé ou issus d'un autre groupe ethnique et de comprendre leurs besoins.³⁴ Tout ceci illustre bien que les membres et le

³³ Voir note 15 ci-dessus.

³⁴ Voir article 18(2) OPCAT.

personnel des MNP qui effectuent des visites et prenant des décisions au nom de ce dernier doivent venir d'horizons divers, tant sur le plan professionnel que personnel.

D'ailleurs, dans les faits, certaines commissions nationales des droits de l'homme rassemblent parfois déjà un mélange adéquat de compétences professionnelles et d'expériences personnelles. Néanmoins, les avocats sont majoritaires dans beaucoup de commissions et ces dernières manquent donc cruellement de compétences dans d'autres domaines. Dans presque tous les cas, les fonctions du Médiateur sont remplies par une seule personne,³⁵ généralement secondée par le personnel de son bureau dans l'exécution des tâches. La nature même de cette institution fait qu'une seule et même personne (souvent un avocat) est généralement habilitée à prendre les décisions.³⁶ Il arrive bien sûr que le médiateur ou la commission des droits de l'homme puisse s'appuyer sur un personnel nombreux et caractérisé par sa diversité, mais, là encore, les domaines de compétence nécessaires (compétences médicales, notamment) sont souvent absents.

L'une des faiblesses potentielles de la désignation du Médiateur polonais en tant que MNP est qu'une majorité de son personnel possède une formation juridique. Bien que son bureau ait la possibilité de faire appel à des compétences externes, à des médecins ou à des psychologues, entre autres, l'inconnue reste la fréquence à laquelle ces personnes participent en pratique aux visites de lieux de détention. Parmi les autres exemples se trouvent celui du Médiateur danois (qui n'emploie quasiment que des juristes professionnels, ne dispose que de compétences très limitées en matière de droits de l'homme, et aucune expertise médicale³⁷), ainsi que celui de l'Estonie (sur les 44 personnes constituant son personnel, 33 sont des avocats, tandis que les autres travaillent dans l'administration).³⁸

Les mêmes préoccupations se sont faites jour en Moldavie par rapport à la loi désignant le Centre pour les droits de l'homme, constitué de ces trois Médiateurs (les Avocats parlementaires), en tant que MNP. La loi permet spécifiquement aux Médiateurs de « faire appel à des spécialistes et à des experts de divers domaines, notamment des avocats, des médecins, des psychologues, des représentants de la société civile, au cours de leurs visites préventives dans les lieux dans lesquels des personnes privées de liberté sont ou pourraient être détenues ». ³⁹ Au Mexique, par exemple, l'Unité

³⁵ L'exception qui confirme la règle est celle du Centre pour les droits de l'homme de la Moldavie qui voit trois personnes se partager un mandat commun de Médiateur au même titre (sans pour autant fonctionner comme un seul et même organe puisqu'elles sont indépendantes les unes des autres).

³⁶ Ceci peut être considéré comme incompatible avec l'obligation faite aux INDH d'« assurer la représentation pluraliste des forces sociales », tel que le stipule l'article 4 des Principes de Paris. La *Provedoria* des droits de l'homme et de la justice du Timor Oriental, qui est dirigé par une seule personne, a résolu la question en mettant en place un conseil consultatif provisoire composé de 11 membres (en attendant qu'un amendement à la loi établissant le *Provedoria* crée une structure décisionnaire pluraliste plus large) venant de divers horizons (universités, groupes religieux, syndicats, communautés juridiques).

³⁷ Voir RCT, *Alternative Report to the Committee against Torture* (mai 2007), p. 20.

³⁸ Voir Mental Disability Advocacy Center, « Inspect » (2006), p. 23. Disponible sur Internet: <http://www.mdac.info/conference/documents/Inspect%20report.pdf>.

³⁹ Voir les amendements à l'article 24, note 20 ci-dessus. De la même manière, au Timor Oriental, la *Provedoria* (Bureau du Médiateur) a mis en place un conseil consultatif pluraliste comprenant des

« MNP » au sein de la Commission nationale des droits de l'homme est constituée d'une équipe interdisciplinaire et un médecin accompagne chaque visite.

Un autre problème se pose lorsqu'il s'agit de désigner une institution existante en tant que MNP. En effet, au moment de recruter le personnel de l'institution, la possibilité d'effectuer des visites régulières dans les lieux de détention n'a peut-être pas été envisagée comme pouvant faire partie du travail. Le personnel travaillant déjà pour l'institution pourrait se sentir particulièrement mal-à-l'aise à l'idée d'assumer ce nouveau rôle, notamment dans les cas où de nouveaux engagements de personnel spécialisé ne sont pas envisagés, ou alors seulement de manière circonscrite. Les prisonniers, les détenus d'établissements de santé mentale, les détenus en centre de rétention pour étrangers et toute autre personne privée de liberté, tout comme les personnes travaillant dans de tels endroits seront prompts à identifier un visiteur qui a peur ou qui ressent un mal-à-l'aise à l'idée de se trouver dans un tel endroit, et ceci peut gravement nuire à l'efficacité du mécanisme. Ce facteur doit être pris en compte lorsqu'est contemplée la possibilité de donner au personnel travaillant pour une institution déjà existante les responsabilités de MNP, comme c'est le cas avec la *Defensoría* du Costa Rica.

8. Recommandations du MNP

L'OPCAT exige que les MNP aient le droit d'émettre des recommandations, tenant notamment compte des normes des Nations Unies (par opposition aux seules normes nationales), et que ces recommandations soient étudiées par les autorités compétentes par le biais d'un dialogue portant sur de possibles mesures d'application.⁴⁰ Ce qui est important, c'est que le mécanisme national ait la possibilité de « [p]réparer des propositions et des observations au sujet de la législation en vigueur ou des projets de loi en la matière ».⁴¹ Cette autorité devrait permettre aux MNP, s'ils le jugent nécessaire, de proposer des réformes des procédures appliquées par les autorités de détention (réglementation, codes de conduite), des augmentations budgétaires ou des changements pertinents en matière de politique générale.

Le fait que les normes internationales ne soient pas mentionnées dans la législation constitutive d'une institution existante peut donner l'impression que le MNP n'a pas le droit de prendre en compte les normes des Nations Unies.⁴²

représentants d'ONG, des membres du Barreau, des représentants des médias, des universitaires, ainsi que d'autres experts externes,

⁴⁰ Art. 19(b) et 22 OPCAT.

⁴¹ Art. 19(c) OPCAT.

⁴² A titre d'exemple, le RCT arrive à la conclusion que le Médiateur danois pourrait ne pas être à même de remplir ses obligations au titre de l'article 19(b) puisque « ni les conventions internationales des droits de l'homme, ni les normes juridiques non contraignantes (« soft law ») ne sont mentionnés dans ses critères d'évaluations ». Voir RCT, *Alternative Report to the Committee against Torture* (mai 2007), p. 22.

Afin de veiller au respect de la notion de dialogue constructif telle que définie par l'OPCAT, la législation nationale instituant la commission nationale des droits de l'homme ou le médiateur peut prévoir l'obligation pour les représentants du gouvernement de répondre aux recommandations de l'institution et définir des procédures en ce sens. La législation tchèque sur le Défenseur public prévoit, par exemple, qu'après avoir adressé ses conclusions et/ou recommandations aux responsables compétents, le Défenseur public a le droit de fixer un délai à l'intérieur duquel celles-ci sont tenues de répondre.⁴³ S'il ne reçoit pas de réponse ou s'il juge les mesures correctives insuffisantes, la loi autorise le Défenseur à en informer la hiérarchie, le gouvernement et/ou le public, en désignant publiquement, et par leur nom, les responsables en question.⁴⁴ Une disposition similaire a été prévue dans les amendements législatifs désignant les Médiateurs de la Moldavie en tant que MNP.⁴⁵ Le statut constitutif du Médiateur du Timor Oriental prévoit que « l'organe auquel est adressée une recommandation a un délai de soixante jours pour informer le Médiateur des droits de l'homme et de la justice de la mesure dans laquelle la recommandation a été suivie ou appliquée ».⁴⁶

Cependant, il faut veiller à ce que la mise au point d'une telle procédure n'empêche pas la tenue d'autres consultations informelles puisque la pierre angulaire de l'OPCAT reste, non pas la confrontation, mais la coopération constructive.

Des problèmes peuvent survenir dans les cas où la législation ne prévoit pas expressément que le gouvernement réagisse aux recommandations du mécanisme national. À titre d'exemple, le décret instituant la Commission des droits de l'homme du Mali indique seulement que la Commission doit « informer régulièrement le gouvernement sur la situation carcérale des détenus ». ⁴⁷ Le décret ne dit toutefois rien quant à l'obligation du gouvernement de se mettre en relation avec la Commission suite aux informations qu'il reçoit.

Au moment de désigner le MNP, il est très facile d'oublier de lui donner le pouvoir d'émettre des recommandations quant à la législation ou de proposer de nouvelles lois. Bien que certaines commissions nationales des droits de l'homme et certains médiateur jouissent déjà de cette prérogative,⁴⁸ dans

⁴³ Loi tchèque sur le Défenseur public des droits de l'homme, section 21a. Voir note 19 ci-dessus.

⁴⁴ Loi tchèque sur le Défenseur public des droits de l'homme, section 21a et 20(2). Voir note 19 ci-dessus.

⁴⁵ Voir article 27(1¹). Voir note 20 ci-dessus.

⁴⁶ Statut de 2004 du Bureau du Médiateur des droits de l'homme et de la justice du Timor Oriental, article 47(3).

⁴⁷ Voir note 32 ci-dessus.

⁴⁸ L'article 142 de la Constitution estonienne donne au Chancelier de la justice (le MNP désigné) l'autorité de commenter la législation, d'émettre des propositions et, exceptionnellement, de demander à la Cour suprême d'abroger toute loi au sujet de laquelle ses propositions visant à la rendre conforme à la Constitution n'ont pas été acceptées. Voir également la section 22 de la Loi tchèque : « (1) Le Défenseur a le droit de recommander que soit élaborée, amendée ou annulée une réglementation juridique ou un ordonnance interne. De telles recommandations sont présentées aux autorités concernées et, si la question a trait à un jugement, à un décret gouvernemental ou à une loi, au gouvernement lui-même. (2) Les autorités concernées ont l'obligation de présenter leur point de vue quant aux recommandations découlant de la clause 1 susmentionnée dans un délai de soixante jours ».

d'autres cas, elle n'existe pas ou pourrait ne pas encore exister⁴⁹ et, par conséquent, doit être rajoutée.

9. Publication des rapports

L'OPCAT prévoit que les MNP aient le droit délaborer un rapport annuel public que l'État Partie est obligé de publier et de distribuer.⁵⁰ À titre d'exemple, la section 23 de la Loi tchèque sur le Défenseur public des droits de l'homme (Médiateur) stipule que :

(1) Chaque année, avant le 31 mars, le Défenseur doit soumettre à la Chambre des députés un rapport annuel reprenant les activités qu'il/elle a entreprises au cours de l'année précédente ; ce rapport est une publication parlementaire. Ledit rapport doit également être transmis au Sénat, au Président de la République, au gouvernement ainsi qu'à toute autre autorité administrative dont les compétences s'étendent à tout le territoire de la République tchèque. Ce rapport doit être publié de manière adéquate.

(2) Le Défenseur doit régulièrement informer le public de ses activités au titre de la présente loi et de toute conclusion résultant des dites activités. Le cas échéant, le Défenseur doit rendre publics les rapports de visites dans des établissements, notamment les réactions qu'il a reçues, ainsi que des rapports choisis sur des enquêtes closes ayant trait à des questions individuelles ; [...].

Désignés ou non en tant que MNP au titre de l'OPCAT, la plupart des commissions nationales des droits de l'homme ou des bureaux de médiateur doivent établir un rapport annuel d'activités qu'ils doivent présenter au Parlement. Concernant les INDH ayant été désignées en tant que MNP, le texte de l'OPCAT ne dit pas clairement si elles doivent publier un rapport spécifique sur leurs activités découlant de leur rôle de MNP ou si un seul et même rapport pour toutes leurs activités suffit pour être conforme à l'article 23.

Afin de veiller à ce que cet exercice contribue de manière utile au dialogue constructif que le MNP se doit d'établir avec les autorités de détention, il convient de privilégier le contenu du rapport plutôt que sa forme. Étant donné que la plupart des INDH ont des mandats très généraux, il est vrai qu'un rapport qui ne serait pas spécifique à l'OPCAT entraînerait le risque de voir les questions ayant trait à la détention diluées parmi plusieurs autres thématiques. Or, ceci aurait pour conséquence de ne pas encourager les

L'article 24(e) du Statut de 2004 du Bureau du Médiateur pour les droits de l'homme et de la justice du Timor Oriental donne au Médiateur le pouvoir de «recommander l'adoption de nouvelles lois, de proposer des modifications à des lois en vigueur et l'adoption ou la modification de mesures administratives ».

⁴⁹ Par exemple, selon le RCT, le Médiateur danois pourrait ne pas jouir de toutes les prérogatives prévues par l'article 19(c) de l'OPCAT. Voir RCT, *Alternative Report to the Committee against Torture* (mai 2007), pp. 21-22.

⁵⁰ Art. 23 OPCAT.

discussions de fond sur le suivi à apporter aux conclusions et aux recommandations dudit rapport.

En effet, quelle que soit la forme du rapport, si une INDH devait se contenter d'une simple liste des lieux de détention visités au cours de l'année en guise de description de son travail en tant que MNP, ceci constituerait une occasion perdue de discuter des changements politiques, législatifs ou administratifs nécessaires avec les autorités.

10. Privilèges et immunités

Les MNP jouissent de tout un éventail de privilèges et d'immunités qui sont nécessaires à l'efficacité de leur travail.⁵¹ Les exemples les plus parlants sont, entre autres, le droit à la confidentialité des informations qu'ils collectent, notamment le fait que ces dernières sont exemptes de toute divulgation aux représentants du gouvernement,⁵² l'immunité de toute arrestation et de détention pour des faits en lien avec leur travail au sein du MNP, tout comme l'immunité de toutes poursuites, aussi bien pénales que civiles, pour de tels faits.⁵³

Les médiateurs et, dans certains cas, les commissions des droits de l'homme disposent déjà de tels privilèges et immunités. En République tchèque, par exemple, la Loi constitutive du Défenseur public des droits (Médiateur)⁵⁴ stipule que :

7.(1) Aucune procédure pénale ne sera intentée à l'encontre du Défenseur sans l'approbation de la Chambre des députés [le Parlement]. Si la Chambre des députés refuse de donner son approbation, une telle procédure à l'encontre du Défenseur sera impossible pendant la durée de son mandat.

...

7.(4) Les organes administratifs de l'État, y compris ceux responsables des procédures pénales, ont le droit de consulter les dossiers du Défenseur et de les emporter uniquement sur une base légale et avec l'accord du Défenseur. Si le Défenseur ne donne pas son accord, il est nécessaire d'obtenir celui du Président de la Chambre des députés.

De la même manière, la République d'Estonie, qui a désigné son Médiateur (ou son « Chancelier de la justice ») en tant que MNP, possède une Constitution prévoyant que « le Chancelier de la justice ne peut être poursuivi pénalement que sur proposition du Président de la République, avec l'accord préalable de la majorité des membres du *Riigikogu* [le Parlement] ». ⁵⁵ L'article 211 de la Constitution polonaise stipule que son MNP, le

⁵¹ Art. 35 OPCAT.

⁵² Art. 21(2) OPCAT.

⁵³ Voir APT, *Mise en place et désignation des mécanismes nationaux de prévention*, pp. 42-45.

⁵⁴ Loi tchèque sur le Défenseur public des droits (349/1999 Coll.). Voir note 19 ci-dessus.

⁵⁵ Art. 145 Constitution d'Estonie, disponible en anglais sur Internet :

<http://www.president.ee/en/estonia/constitution.php>.

Commissaire des droits des citoyens (Médiateur) « ne pourra ni être considéré comme pénalement responsable, ni être privé de liberté sans l'accord préalable du [Parlement] ». Plus loin, il est indiqué que le Commissaire ne peut être « ni détenu, ni arrêté, sauf en cas de flagrant délit ou si sa détention est nécessaire à la bonne marche de la procédure », auquel cas « le Maréchal du [Parlement] sera informé sans délai et pourra ordonner sa libération immédiate ».

Néanmoins, si les membres de commissions des droits de l'homme ou représentants du médiateur ne jouissent pas déjà de tels privilèges et immunités, ceux-ci doivent être intégrés à leur législation constitutive pour pouvoir remplir les exigences que prévoit l'OPCAT pour les MNP.

En outre, si les membres du personnel de l'institution sont pressentis pour effectuer les visites et que seul le Médiateur ou les membres de la commission jouissent de tels privilèges et d'immunités,⁵⁶ il convient de les étendre aux personnes amenées à effectuer les visites dans la pratique pour se conformer à l'OPCAT et pour que le MNP puisse fonctionner efficacement.

11. Crédibilité

Même si, sur le papier, un MNP présente tous les pouvoirs et le mandat nécessaires, et même s'il dispose de toutes les ressources financières, humaines et logistiques indispensables pour effectuer les visites, il ne remplira pas toutes les exigences en vertu de l'OPCAT s'il manque de crédibilité aux yeux des détenus, des autorités, de la société civile ou du public en général. Cette qualité essentiellement intangible des commissions nationales des droits de l'homme ou des médiateurs ne peut être évaluée que par un processus de consultation large auquel doivent participer tous les intéressés et qui doit établir un climat de confiance permettant aux acteurs non-gouvernementaux d'exprimer leur point de vue.

L'une des manières de renforcer la crédibilité d'une commission nationale des droits de l'homme ou d'un médiateur servant de MNP et d'y apporter des compétences supplémentaires est de l'obliger explicitement à partager ses responsabilités avec la société civile. Pourtant, il ne suffit pas de faire participer la société civile de manière symbolique. En effet, il convient que cette coopération ou ce partenariat soit authentique et tangible.

Lors de son accession à l'OPCAT, la Slovénie a, par exemple, fait la déclaration solennelle suivante : « Conformément à l'article 17 du Protocole, la République de Slovénie déclare par la présente que les compétences et les devoirs du mécanisme national de prévention seront remplies par le Médiateur des droits de l'homme et, avec son accord, par des organisations non-gouvernementales enregistrées en République de Slovénie, ainsi que par des organisations ayant acquis le statut d'organisation humanitaire en République de Slovénie ».

⁵⁶ C'est notamment le cas dans le projet actuel au Costa Rica.

De la même manière, en Moldavie, les Avocats parlementaires (Médiateurs) sont chargés d'effectuer leur travail en tant que MNP en collaboration avec la société civile. Les amendements à la loi instituant leur mandat leur permettent de « faire appel à des spécialistes et à des experts de divers domaines, notamment des avocats, des médecins, des psychologues, des représentants de la société civile, au cours de leurs visites préventives dans les lieux dans lesquels des personnes privées de liberté sont ou pourraient être détenues ». ⁵⁷ En outre, un Conseil consultatif comprenant des représentants de la société civile doit être établi pour contribuer au travail des Avocats en tant que MNP. ⁵⁸

Reste à définir en Slovénie et en Moldavie la forme que revêtira cette coopération en pratique.

L'Espagne constitue également un exemple intéressant. En effet, le gouvernement a annoncé publiquement que le modèle choisi pour son MNP est « mixte », avec la participation du *Defensor del Pueblo* (Médiateur) et de la société civile. Pour sa part, le Médiateur a également proposé publiquement sa propre désignation en tant que MNP. Pourtant, le réseau d'ONG créé pour promouvoir l'OPCAT a publiquement remis en cause la désignation du Médiateur (préférant plutôt l'établissement d'un nouveau mécanisme) et reste sceptique quant à la participation de la société civile dont elle pense qu'elle pourrait n'être que symbolique. ⁵⁹

Au Pérou, en revanche, le Médiateur est une institution qui jouit d'une grande crédibilité aux yeux du public et le réseau national d'ONG des droits de l'homme a activement milité en faveur de sa désignation en tant que MNP.

Conclusion

Toute décision quant au fait de désigner une commission nationale des droits de l'homme ou un médiateur en tant que MNP au titre de l'OPCAT ne devrait être prise qu'après avoir étudié attentivement et de manière réaliste les avantages et les inconvénients de l'institution en question. ⁶⁰ Ces institutions jouissent, généralement, de solides bases juridiques ou constitutionnelles garantissant leur indépendance. Pour autant, elles sont déjà au bénéfice de mandats généraux qui risquent de détourner leur attention du travail intense et spécifique qu'impliquent les visites systématiques et préventives devant être effectuées dans les lieux de détention.

⁵⁷ Voir amendements à l'article 24, note 20 ci-dessus.

⁵⁸ Voir article 23²(1) mentionné ci-dessus.

⁵⁹ Pour plus de détails, voir notre site <http://www.apt.ch/content/view/120/5/lang.fr/> ainsi que le *Rapport sur le statut des mécanismes nationaux de prévention, pays par pays*, également disponible sur notre site : www.apt.ch/npm.

⁶⁰ Certains Etats ayant entamé un processus de mise en place d'une INDH, (dont notamment le Chili et l'Italie) ont exprimé le souhait de désigner simultanément cette institution en devenant comme MNP en vertu de l'OPCAT. Même si, du point de vue pratique, il peut s'avérer logique de créer une INDH disposant de toutes les prérogatives et garanties du MNP, plutôt que de mettre sur pied deux entités autonomes, il faut rappeler que les questions décrites dans la présente publication s'appliquent aussi bien aux futures INDH qu'à celles qui existent déjà.

Il est généralement faux de partir du principe que toute commission des droits de l'homme ou tout médiateur serait à même de remplir efficacement le rôle de MNP dans le cadre de son budget, de ses structures et de ses méthodes de travail. Il convient presque toujours d'augmenter leurs ressources financières, humaines et logistiques.

La plupart du temps, les institutions qui n'ont pas été conçues dans l'esprit de l'OPCAT n'ont pas l'accès extensif à tous les lieux de détention dans le pays que requiert l'OPCAT, or, c'est là encore un point qui doit souvent être réglé en modifiant la législation si une commission ou un médiateur est désigné en tant que MNP. Si l'institution ne jouit pas encore du droit d'effectuer des entretiens en privé avec la personne de son choix, elle ne peut tout simplement pas remplir les fonctions de MNP sans risquer d'exposer d'avantage les détenus à des violences. Le droit des détenus, entre autres personnes, à ne pas subir les conséquences de leur coopération avec le MNP n'est souvent pas inscrit dans la législation des institutions existantes, mais ce droit devrait être inclus dans la législation instituant les MNP.

Les commissions des droits de l'homme et les médiateurs disposent souvent de compétences juridiques suffisantes, mais manquent notamment de compétences en médecine, psychologie, travail social ou maintien de l'ordre. Il convient donc d'examiner la gamme des pouvoirs dont jouit une institution existante, dont le droit d'émettre des recommandations et le droit à recevoir une réponse réfléchie de la part des représentants du gouvernement, pour vérifier leur compatibilité avec les exigences de l'OPCAT. À cet égard, le droit du MNP à commenter la législation et à proposer des lois est trop souvent négligé alors qu'il s'agit d'une des exigences de l'OPCAT.

De manière générale, les médiateurs sont protégés de toute arrestation, poursuite et, dans certains cas, de toute saisie des documents en lien avec leur travail. Une telle protection est, par contre, plutôt rare pour les membres de commissions des droits de l'homme. Pourtant, dans tous les cas, il est primordial que ces privilèges et ces immunités leur soient octroyés par la loi, étant donné qu'ils sont indispensables au travail du MNP.

Enfin, il faut rappeler que, aussi complets ou robustes que puissent paraître l'indépendance, les pouvoirs et les privilèges d'une institution donnée dans sa loi constitutive, cette institution ne sera jamais efficace en tant que MNP à moins de jouir d'une authentique crédibilité aux yeux des détenus, des représentants des autorités et du public. À cet égard, l'un des moyens de renforcer la crédibilité d'un MNP est de prévoir explicitement que la société civile participe à ses travaux.

Après avoir évalué en détail les inconvénients et les avantages que présente le fait de désigner une institution existante en tant que MNP, un dialogue franc et impartial devra être mis en place entre décideurs, société civile et institutions existantes pour déterminer qui d'une nouvelle institution ou d'une institution existante sera la mieux à même de remplir les fonctions de MNP au titre de l'OPCAT. S'il y a consensus sur le fait qu'une institution existante constitue la meilleure solution, les gouvernements doivent être prêts à procéder à des modifications de leur législation pour lui allouer les ressources

nécessaires et pour modifier sa structure de sorte qu'elle puisse se mettre à pied d'œuvre.