



OBSERVATOIRE SUR LE CONTENTIEUX EUROPEEN DES DROITS DE L'HOMME N. 1/2015

1. ARRET DU 16 SEPTEMBRE 2014, HASSAN C. ROYAUME-UNI

Faits

1. Le requérant est le frère d'un citoyen irakien arrêté par les forces britanniques en Irak. Ce dernier aurait été détenu pendant une vingtaine de jours dans un centre de détention (du 23 avril au début du mois de mai 2003).

Deux mois après sa libération, le corps de celui-ci aurait été retrouvé, sans vie, dans un champ.

Le requérant fait valoir que son frère aurait été brutalisé et tué aux mépris des articles 2 et 3 de la CEDH et que la responsabilité en incomberait aux forces britanniques.

De plus, l'arrestation et la détention de son frère par ces mêmes forces n'auraient pas été conformes aux prescriptions de l'article 5 de la CEDH.

Droit

2. L'arrêt aborde d'emblée un point délicat. Il s'agit de l'établissement précis des faits de la cause, compte tenu des divergences d'approche manifestées par les parties et, surtout, de ce que les faits n'avaient pas été établis par le juge britannique (ce dernier ayant estimé que le frère du requérant n'avait à aucun moment relevé de la juridiction britannique).

La Cour relève qu'en raison de la nature subsidiaire de sa mission elle ne peut sans de bonnes raisons « assumer le rôle de juge du fait de première instance ».

Toutefois, elle a tenu à rappeler le cadre dans lequel elle est peut être appelée à jouer ce rôle.

« Dans les affaires où il existe des versions divergentes des faits, la Cour se trouve inévitablement aux prises, lorsqu'il lui faut établir les circonstances de la cause, avec les mêmes difficultés que celles auxquelles toute juridiction de première instance doit faire face. Elle rappelle que, pour l'appréciation des éléments de preuve, elle retient le critère de la preuve « au-delà de tout doute raisonnable ». Elle n'a toutefois jamais eu pour dessein d'emprunter la démarche des ordres juridiques nationaux qui appliquent ce critère. Il lui incombe de statuer non pas sur la culpabilité en vertu du droit pénal ou sur la responsabilité civile, mais sur la responsabilité des États contractants au regard de la Convention. La spécificité de la tâche que lui attribue l'article 19 de la Convention – assurer

le respect par les Parties contractantes de leur engagement consistant à reconnaître les droits fondamentaux consacrés par cet instrument – conditionne sa façon d’aborder les questions de preuve. Dans le cadre de la procédure devant elle, il n’existe aucun obstacle procédural à la recevabilité d’éléments de preuve ni de formules prédéfinies applicables à leur appréciation. La Cour adopte les conclusions qui, à son avis, se trouvent étayées par la libre appréciation de l’ensemble des éléments de preuve, y compris les déductions qu’elle peut tirer des faits et des observations des parties. Conformément à sa jurisprudence constante, la preuve peut résulter d’un faisceau d’indices, ou de présomptions non réfutées, suffisamment graves, précis et concordants. En outre, le degré de conviction nécessaire pour parvenir à une conclusion particulière et, à cet égard, la répartition de la charge de la preuve sont intrinsèquement liés à la spécificité des faits, à la nature de l’allégation formulée et au droit conventionnel en jeu. La Cour est également attentive à la gravité d’un constat selon lequel un État contractant a violé des droits fondamentaux» (par. 48).

3. Quant au bien fondé des griefs sur le terrain des articles 2 et 3 de la CEDH, après avoir soigneusement évalué les éléments de preuve en sa possession, la Cour a été d’avis:

- D’une part, que les preuves invoquées à l’appui de la thèse du requérant revêtaient un caractère à la fois indirect et imprécis et que les déclarations de l’intéressé comportaient des contradictions. De ce fait elle a jugé que les éléments de ce dernier manquent de force probante.

- D’autre part, que les archives du lieu de détention indiquent que la décision de libérer le frère du requérant fut prise dès qu’il fut établi qu’il s’agissait d’un civil ne représentant aucune menace pour la sécurité et qu’au vu des circonstances de l’espèce, les éléments ci-dessus suffisaient pour considérer que le Gouvernement s’est acquitté de la charge de la preuve pesant sur lui.

En outre, selon la Cour, aucun des éléments qui lui ont été soumis n’a indiqué que le frère du requérant a été maltraité pendant qu’il se trouvait en détention. De plus, hormis la déposition du requérant, aucun élément du dossier devant la Cour n’a concerné la cause de son frère ou la présence de marques de mauvais traitements sur son corps, le certificat de décès ne donnant aucune information sur ces deux points.

En partant de ces prémisses, la Cour a estimé que rien ne permet de dire que le frère du requérant ait subi en détention des mauvais traitements qui, en vertu de l’article 3, auraient obligé l’État à conduire une enquête officielle et que rien ne prouve non plus que les autorités britanniques soient responsables, directement ou indirectement du décès du frère du requérant intervenu environ quatre mois après sa sortie de son lieu de détention dans une partie lointaine du pays, non contrôlée par les forces britanniques.

4. Avant de se pencher sur les griefs concernant la détention du frère du requérant, la Cour a abordé la question de savoir si celui-là avait bien relevé de la juridiction du Royaume-Uni au cours de la période de sa privation de liberté.

Se basant sur la jurisprudence *Al-Skeini* qui concerne également des faits s’étant produits en Irak sous contrôle britannique (arrêt du 7 juillet 2011), la Cour a relevé qu’à compter de sa capture par des soldats britanniques et pendant toute sa détention, le frère du requérant s’est trouvé physiquement sous le contrôle et le pouvoir de soldats britanniques, relevant ainsi de la juridiction du Royaume-Uni.

5. Quant au bien-fondé des griefs tirés de l’article 5, par. 1 à 4 (illégalité de la détention) le raisonnement de la Cour part de certaines prémisses tirées du droit international général et humanitaire, en particulier.

«La Cour considère par ailleurs que les arrestations conduites en temps de paix et les arrestations de combattants au cours d'un conflit armé présentent d'importantes différences quant à leur contexte et à leur finalité. Elle estime qu'une détention décidée en vertu des pouvoirs conférés par les troisième et quatrième Conventions de Genève ne correspond à aucune des catégories énumérées aux alinéas a) à f) de l'article 5 § 1. Si l'alinéa c) peut sembler à première vue être la disposition la plus pertinente, il n'y a pas forcément de corrélation entre, d'une part, les raisons de sécurité justifiant l'internement et, d'autre part, les raisons plausibles de penser qu'une infraction a été commise ou le risque de perpétration d'une infraction pénale. Pour ce qui est des combattants détenus en tant que prisonniers de guerre, la Cour ne peut guère considérer que leur détention tombe sous le coup de l'article 5 § 1 c) car ils bénéficient des privilèges attachés au statut de combattant, ce qui leur permet de participer aux hostilités sans encourir de sanctions pénales». (par. 97).

La Cour relève ensuite qu'en l'espèce, le Royaume-Uni n'a pas cherché à déroger, sur la base de l'article 15 de la CEDH (pouvoir de dérogation), à l'une quelconque de ses obligations découlant de l'article 5. La question est donc de savoir si on peut interpréter cette dernière disposition à la lumière des pouvoirs d'incarcération prévus par le droit international humanitaire.

Se basant sur les règles énoncées dans la Convention de Vienne du 23 mars 1969 sur le droit des traités et les troisième et quatrième Conventions de Genève relatives aux périodes de conflit armé international, la Cour observe que

«La pratique des Hautes Parties contractantes est de ne pas notifier de dérogation à leurs obligations découlant de l'article 5 lorsqu'elles incarcèrent des personnes sur la base des troisième et quatrième Conventions de Genève en période de conflit armé international. En l'espèce, il ressort effectivement de la pratique des États que ceux-ci n'estiment pas nécessaire de déroger à leurs obligations découlant de l'article 5 pour incarcérer des personnes sur la base des troisième et quatrième Conventions de Genève au cours de conflits armés internationaux [dans des États non parties à la Convention]».

et qu'une

«série d'États contractants ont participé à un certain nombre de missions militaires hors de leur territoire depuis qu'ils ont ratifié la Convention, mais aucun d'eux n'a jamais émis de dérogation au titre de l'article 15 de la Convention concernant ces activités. Les dérogations formulées relativement à l'article 5 concernaient les pouvoirs de détention additionnels que, selon les États, des conflits internes ou des menaces terroristes sur leur territoire avaient rendus nécessaires». (par. 101).

En ce qui concerne les règles du droit international humanitaire, la Cour a souligné que

«Les quatre Conventions de Genève de 1949, créées pour atténuer les horreurs de la guerre, furent rédigées parallèlement à la Convention européenne des droits de l'homme et jouissent d'une ratification universelle. Les dispositions des troisième et quatrième Conventions de Genève en matière d'internement, qui sont ici en cause, ont été conçues pour protéger les combattants capturés et les civils représentant une menace pour la sécurité». (par.102).

Dès lors, la Cour considère que

«même en cas de conflit armé international, les garanties énoncées dans la Convention continuent de s'appliquer, quoiqu'en étant interprétées à l'aune des règles du droit international humanitaire. Du fait de la coexistence en période de conflit armé des garanties offertes par le droit international humanitaire et de celles offertes par la Convention, les motifs de privation de liberté autorisés exposés aux alinéas a) à f) de l'article 5 doivent, dans la mesure du possible, s'accorder avec la capture de prisonniers de guerre et la détention de civils représentant un risque pour la sécurité sur la base des troisième et quatrième Conventions de Genève. La Cour est consciente que l'internement en temps de paix ne cadre pas avec le régime des privations de liberté fixé par l'article 5 de la Convention, sauf si le pouvoir de dérogation prévu par l'article 15 est exercé. Ce ne peut être qu'en cas de conflit armé international, lorsque la faculté de prendre des prisonniers de guerre et de détenir des civils représentant une menace pour la sécurité est un attribut reconnu du droit international humanitaire, que l'article 5 peut être interprété comme permettant l'exercice de pouvoirs aussi étendus». (par. 104).

6. En l'occurrence, la Cour observe que pendant la période considérée en Irak, les États impliqués étaient tous des Hautes Parties contractantes aux quatre Conventions de Genève, qui s'appliquent en cas de conflit armé international et d'occupation de tout ou partie du territoire d'une Haute Partie contractante.

«Par conséquent, que la situation qui régnait dans le sud-est de l'Irak à la fin du mois d'avril et au début du mois de mai 2003 se définisse comme une occupation ou comme un conflit armé international actif, il est clair que les quatre Conventions de Genève y étaient applicables». (par. 108).

La Cour ne décèle pas en l'occurrence aucune violation de l'article 5 de la CEDH pour les motifs suivants :

- des soldats britanniques avaient trouvé l'intéressé posté armé sur le toit de la maison de son frère, où d'autres armes et des documents utiles pour le renseignement militaire furent découverts

- dans ces conditions, les autorités britanniques étaient fondées à croire qu'il s'agissait d'une personne qui pouvait être incarcérée en tant que prisonnier de guerre, ou dont l'internement était nécessaire pour d'impérieuses raisons de sécurité, l'un et l'autre cas constituant des motifs légitimes de capture et de détention (articles 4A et 21 de la troisième Convention de Genève et articles 42 et 78 de la quatrième Convention de Genève ;

- presque aussitôt après son entrée dans son lieu de détention il a été soumis à un processus de filtrage consistant en deux entretiens avec des agents du renseignement militaire américain et du renseignement militaire britannique, à l'issue duquel la décision fut prise de le libérer car il était établi qu'il était un civil ne représentant aucune menace pour la sécurité ;

- dans ces conditions, la capture et la détention de Tarek Hassan étaient conformes aux pouvoirs dont jouissait le Royaume-Uni en vertu des troisième et quatrième Conventions de Genève et dépourvues d'arbitraire.

Bref commentaire

7. L'arrêt Hassan confirme qu'en matière d'établissements des faits il n'appartient pas à la Cour, en principe, de procéder à l'administration exclusive des preuves, sauf si le juge interne n'y a pas procédé lui-même.

Il s'agit là d'un aspect essentiel de la procédure contentieuse devant le juge international, aspect se rattache étroitement au principe de subsidiarité.

A la différence de ce qui s'est passé notamment dans bon nombre d'affaires concernant la Turquie où le niveau interne n'a pas, pour des raisons d'opportunité, procédé à un établissements des faits effectif lorsque le contentieux concernait des opérations militaires de maintien de l'ordre, dans l'affaire Hassan le juge britannique s'est déclaré ouvertement incompétent à connaître des faits litigieux, ces faits échappant, selon lui, à la juridiction de son pays.

Dans ce cas, la Cour estime qu'il est de son devoir de suppléer à la « défaillance » du niveau interne, en recherchant la vérité « procédurale » en matière de preuves. Cette recherche procède de principes quelque peu différents de ceux qu'aurait suivi le juge interne, notamment en matière de présomptions de droit et de fait et où les déductions et la libre appréciation du juge de Strasbourg occupent une place privilégiée.

8. L'importance de l'arrêt réside dans le fait que, pour la première fois dans sa jurisprudence, la Cour affirme que les règles du droit international humanitaire, telles que prévues dans les deux Conventions de Genève (troisième et quatrième) applicables en cas de conflit armé international, sont de nature à infléchir les garanties prévues à l'article 5 de la CEDH.

Tout cela à condition que les Etats intéressés, parties à la CEDH, aient dûment ratifié ces mêmes conventions et alors même qu'aucune dérogation, visant l'article 5 de la CEDH n'ait été formulée par eux, conformément à l'article 15 de ce dernier instrument.

Cette conclusion peut surprendre d'un point de vue strictement juridique.

Les remarques critiques formulées sous cet angle par le juge Spano dans son opinion dissidente, jointe à l'arrêt, ne manquent pas de cohérence.

L'affirmation faite en ce qui concerne l'interprétation des normes de la CEDH en présence d'une pratique étatique est on ne peut plus pertinente («Lorsqu'il faut rechercher si une pratique des États satisfait aux critères découlant de l'article 31 § 3 b) et modifie donc de façon plausible le texte de la Convention (voir le paragraphe 101 de l'arrêt), il existe une différence fondamentale entre, d'une part, une pratique des États exprimant clairement une volonté concordante, commune et cohérente des États membres de modifier collectivement les droits fondamentaux consacrés dans la Convention vers une interprétation plus extensive ou généreuse de leur portée que celle initialement envisagée et, d'autre part, une pratique des États qui limite ou restreint ces droits, comme en l'espèce, en contradiction directe avec une disposition de la Convention libellée de manière limitative et stricte protégeant un droit fondamental»).

Toutefois, l'on ne saurait passer sous silence que les arrêts de la Cour dans certaines affaires « sensibles », où sont en jeu des intérêts essentiels de la communauté d'Etats groupés au sein de la CEDH, tentent d' « accorder » différents engagements internationaux de façon à les rendre compatibles entre eux. Ce faisant, la Cour tend à éviter des conflits entre diverses allégeances.

Pareille démarche, d'ailleurs, rappelle étrangement la doctrine de la « protection équivalente » à laquelle la Cour se rallie afin d'éviter, autant que faire se peut, des tiraillements entre le niveau de protection des droits fondamentaux assuré par la Cour de Strasbourg et celui qui est pratiqué par la Cour de Luxembourg.

MICHELE DE SALVIA



OBSERVATOIRE SUR LE CONTENTIEUX EUROPEEN DES DROITS DE L'HOMME N. 1/2015

2. ARRET DU 17 SEPTEMBRE 2014, MOCANU ET AUTRES C. ROUMANIE

Faits

1. Les requérants (Mme Mocanu, M. Stoica, association «21 Décembre 1989» personne morale) se plaignent que l'État défendeur a manqué à ses obligations découlant du volet procédural des articles 2 et 3 de la CEDH. Ils soutiennent que l'État aurait dû conduire une enquête effective, impartiale et diligente susceptible de mener à l'identification et à la punition des personnes responsables de la répression armée des manifestations des 13 et 14 juin 1990, lors desquelles l'époux de la première requérante fut tué par balle et le deuxième requérant soumis à des mauvais traitements.

La procédure pénale portant sur l'homicide de M. Mocanu est toujours pendante. L'enquête ouverte sur les mauvais traitements infligés à M. Stoica le 13 juin 1990, a été close par une ordonnance de non-lieu, rendue le 17 juin 2009 et confirmée par un arrêt de la Haute Cour de Cassation et de Justice du 9 mars 2011.

Droit

2. La Cour estime devoir trancher d'abord la question de sa compétence *ratione temporis* vu que les faits, à l'origine des griefs formulés par les requérants, se sont produits à une date antérieure de quatre ans à la ratification de la CEDH par la Roumanie.

Elle se réfère à son arrêt *Janowiec et autres* (arrêt du 21 octobre 2013) dans lequel elle a apporté des précisions complémentaires sur les limites de sa compétence temporelle en ce qui concerne l'obligation procédurale d'enquêter sur des décès ou des mauvais traitements antérieurs à la date de l'entrée en vigueur de la CEDH à l'égard de l'État défendeur («*date critique*»).

Elle y a conclu, à titre principal, que

«cette compétence temporelle était strictement limitée aux actes de nature procédurale qui avaient été accomplis ou qui auraient dû être accomplis après l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de l'État défendeur, et qu'elle était subordonnée à l'existence d'un lien véritable entre le fait générateur de l'obligation procédurale découlant des articles 2 et 3 et l'entrée en vigueur de la Convention. Elle a ajouté que ce lien se définissait tout d'abord par la proximité temporelle entre le fait générateur et la date

critique, qui ne devaient être séparés que par un laps de temps relativement bref n'excédant normalement pas dix ans, tout en précisant que ce critère de proximité temporelle n'était pas décisif en lui-même. À cet égard, elle a indiqué que ce lien ne pouvait être établi que si l'essentiel de l'enquête – c'est-à-dire l'accomplissement d'une part importante des mesures procédurales visant à établir les faits et à engager la responsabilité de leurs auteurs – avait eu lieu ou aurait dû avoir lieu postérieurement à l'entrée en vigueur de la Convention» (par. 206).

Or, les griefs tirés du volet procédural des articles 2 et 3 de la Convention concernent l'enquête, relative à la répression armée menée les 13 et 14 juin 1990, laquelle a débuté en 1990, peu après ces événements.

La Cour ne peut que constater que quatre ans se sont écoulés entre le fait générateur et l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de la Roumanie, le 20 juin 1994. Elle estime que ce laps de temps est relativement bref, étant inférieur à dix ans et moindre que ceux qui étaient en cause dans d'autres affaires analogues examinées par la Cour.

La majeure partie de la procédure et des mesures procédurales les plus importantes étant postérieures à la date critique, la Cour conclut qu'elle est compétente *ratione temporis* pour connaître les griefs soulevés au titre des articles 2 et 3 de la Convention,

«pour autant que ces griefs se rapportent à l'enquête pénale menée sur la présente affaire postérieurement à l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de la Roumanie» (par. 211).

3. L'arrêt aborde ensuite successivement deux exceptions d'irrecevabilité.

La première de ces exceptions est tirée du non-épuisement des voies de recours internes.

À cet égard, selon le gouvernement, les requérants n'ont pas exercé d'action en responsabilité civile délictuelle contre l'État, le Gouvernement réitère l'exception tirée du non-épuisement des voies de recours internes qu'il avait soulevée devant la chambre.

Cependant, selon la Cour, la seule décision de justice produite par le Gouvernement à l'appui de sa thèse se limite à octroyer des dommages et intérêts à une partie lésée, intéressée par l'enquête menée sur les événements de décembre 1989, enquête qui était inachevée à l'époque où ladite décision a été rendue.

À cet égard la Cour estime que

«L'obligation que les articles 2 et 3 de la Convention font peser sur les États parties d'effectuer une enquête propre à mener à l'identification et à la punition des responsables en cas d'agression pourrait s'avérer illusoire si, pour les griefs formulés sur le terrain de ces articles, un requérant doit avoir exercé une action ne pouvant déboucher que sur l'octroi d'une indemnité» (par. 234).

4. La seconde exception d'irrecevabilité a trait la prétendue tardiveté de la requête concernant M. Stoica, le gouvernement arguant du retard du requérant à saisir les autorités nationales d'une plainte pénale au sujet des faits à l'origine de la présente requête (plainte déposée en 2001, soit plus de dix ans après les faits, la requête à la Cour n'ayant été introduite qu'en 2008).

Dans ce contexte, le gouvernement évoque aussi l'obligation de diligence mise à la charge des personnes désireuses de saisir la Cour.

Selon la Cour, la question de la diligence incombant au requérant est étroitement liée à celle de l'éventuelle tardiveté d'une plainte pénale dans l'ordre juridique interne. Elle ajoute que, combinés, ces arguments s'apparentent à une exception tirée du non-respect du délai de six mois prévu à l'article 35 § 1 de la Convention.

Or, selon la Cour,

«la vulnérabilité du requérant et son sentiment d'impuissance, qu'il partageait avec de nombreuses autres victimes qui, elles aussi, ont attendu longtemps avant de déposer plainte, représentent une explication plausible et acceptable pour son inactivité de 1990 à 2001 » (par. 273).

Et la Cour d'ajouter que

«les conséquences psychologiques des mauvais traitements infligés par des agents de l'État peuvent aussi nuire à la capacité des victimes à se plaindre des traitements subis et, ainsi, constituer un obstacle majeur à l'exercice du droit à réparation des victimes de torture et autres mauvais traitements. Ce type de facteurs peut avoir pour effet de rendre la victime incapable d'entreprendre les démarches nécessaires pour intenter sans délais des poursuites à l'encontre de l'auteur des faits» (par. 274).

5. Quant au bien-fondé des griefs sous l'angle des articles 2 et 3 de la CEDH, la Cour rappelle les points essentiels de sa jurisprudence:

- le but de la CEDH, en tant qu'instrument de protection des êtres humains, appelle à comprendre et appliquer ses dispositions d'une manière qui en rende ses exigences concrètes et effectives;

- tout comme l'article 2, l'article 3 doit être considéré comme l'une des clauses primordiales de la Convention consacrant l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe;

- «pour que l'interdiction générale des homicides arbitraires et de la torture et des peines et traitements inhumains ou dégradants s'adressant notamment aux agents publics s'avère efficace en pratique, il faut qu'existe une procédure permettant soit de contrôler la légalité du recours à la force meurtrière par les autorités de l'État, soit d'enquêter sur les homicides arbitraires et les allégations de mauvais traitements infligés à une personne se trouvant entre leurs mains» (par. 316) ;

- «compte tenu du devoir général incombant à l'État en vertu de l'article 1 de la Convention de «reconna[ître] à toute personne relevant de [sa] juridiction les droits et libertés définis [dans] la (...) Convention», les dispositions des articles 2 et 3 requièrent par implication qu'une forme d'enquête officielle effective soit menée, tant lorsque le recours à la force, notamment par des agents de l'État, a entraîné mort d'homme» (par. 317) ;

- au travers d'une telle enquête, il s'agit essentiellement «d'assurer l'application effective des lois qui protègent le droit à la vie et interdisent la torture et les peines et traitements inhumains ou dégradants dans les affaires où des agents ou organes de l'État sont impliqués, et de garantir que ceux-ci aient à rendre des comptes au sujet des décès et des mauvais traitements survenus sous leur responsabilité» (par. 318) ;

- «d'une manière générale, pour qu'une enquête puisse passer pour effective, il faut que les institutions et les personnes qui en sont chargées soient indépendantes des personnes qu'elle vise. Cela suppose non seulement l'absence de lien hiérarchique ou institutionnel, mais aussi une indépendance concrète» (par. 320) ;

- «quelles que soient les modalités de l'enquête, les autorités doivent agir d'office. De plus, pour être effective, l'enquête doit permettre d'identifier et de sanctionner les responsables» (par. 321).

- «une exigence de célérité et de diligence raisonnable en découle implicitement. S'il peut y avoir des obstacles ou des difficultés empêchant l'enquête de progresser dans une situation particulière, une réponse rapide des autorités lorsqu'il s'agit d'enquêter sur le recours illégal à la force ou sur des allégations de mauvais traitements peut généralement

être considérée comme essentielle pour préserver la confiance du public dans le respect du principe de légalité et éviter toute apparence de complicité ou de tolérance relativement à des actes illégaux» (par. 323)

- «en matière de torture ou de mauvais traitements infligés par des agents de l'État, l'action pénale ne devrait pas s'éteindre par l'effet de la prescription, de même que l'amnistie et la grâce ne devraient pas être tolérées dans ce domaine. Au demeurant, l'application de la prescription devrait être compatible avec les exigences de la Convention. Il est dès lors difficile d'accepter des délais de prescriptions inflexibles ne souffrant aucune exception» (par. 327).

6. Pour ce qui est du cas d'espèce, la Cour observe qu'une enquête pénale a été ouverte d'office peu après les événements de juin 1990. Cette enquête portait dès le départ sur les homicides par balle de l'époux de Mme Mocanu et d'autres personnes ainsi que sur les mauvais traitements infligés à d'autres individus dans les mêmes circonstances.

Compte tenu de sa compétence *ratione temporis*, telle que délimitée ci-dessus, seule la partie de l'enquête postérieure au 20 juin 1994 (entrée en vigueur de la CEDH à l'égard de la Roumanie) est prise en compte.

A cet égard, les critiques émises par la Cour portent, en particulier, sur les points suivants:

- indépendance de l'enquête sujette à caution (la procédure ayant été confiée à des procureurs militaires qui étaient, au même titre que les accusés parmi lesquels se trouvaient deux généraux, des officiers soumis au principe de la subordination à la hiérarchie);

- célérité et adéquation de l'enquête (celle intéressant Mme Mocanu pendante depuis plus de vingt-trois ans et plus de dix-neuf ans depuis la ratification de la Convention par la Roumanie ; celle concernant M. Stoica s'étant terminée par un arrêt rendu le 9 mars 2011, vingt et un ans après l'ouverture des investigations et dix ans après le dépôt officiel de la plainte du requérant et la jonction de celle-ci au dossier de l'enquête.

Tout en reconnaissant que l'affaire présente une indéniable complexité, la Cour estime

«que l'enjeu politique et social invoqué par ce dernier ne saurait justifier un délai aussi long. Au contraire, l'importance de cet enjeu pour la société roumaine aurait dû inciter les autorités internes à traiter le dossier promptement afin de prévenir toute apparence de tolérance des actes illégaux ou de collusion dans leur perpétration» (par. 338).

Il y a donc eu violation du volet procédural, tant de l'article 2 (M.me Mocanu) que de l'article 3 de la CEDH (M. Stoica).

Bref commentaire

7. Si la solution concernant le bien-fondé des griefs s'inscrit clairement dans une jurisprudence bien établie, et qui correspond à une application raisonnable et convaincante des principes qui y ont été dégagés, les explications données par la Cour quant à sa compétence *ratione temporis* méritent d'être soulignées.

La comparaison avec les critères utilisés dans les affaires précédentes, dans lesquelles un problème s'est posé sous cet aspect, donne naissance à une véritable doctrine de « compétence temporelle » en présence d'actes d'une extrême gravité, voire odieux, accomplis par des Etats parties de la CEDH avant l'entrée en vigueur de cet instrument à leur égard (voir notamment l'arrêt Janowiec et autres du 21 octobre 2013).

Cette compétence, il est vrai, se trouve délimitée par la nature des griefs que les

requérants ont soulevés. Ici, nous sommes en présence de griefs de nature procédurale (enquête effective), mais se rattachant à des droits matériels visant des droits garantis par la CEDH (articles 2 et 3) et, qui plus est, de nature intangible.

Ainsi, dans la présente espèce, la Cour a très correctement fait application des critères indiqués dans d'autres arrêts (entre autres l'arrêt Janowiec, précité), en relevant que les faits générateurs sur lesquels se greffaient les procédures litigieuses étaient antérieurs de quatre ans à la date d'entrée en vigueur de la CEDH à l'égard de la Roumanie et que les procédures susvisées s'étaient déroulées, pour l'essentiel, après cette date (Il faut relever que dans l'affaire Janowiec - qui concernait les massacres perpétrés à Katyn par l'armée soviétique en 1940 - les enquêtes relatives à ces événements avaient lieu pour l'essentiel avant l'entrée en vigueur de la CEDH à l'égard de l'Etat défendeur, la Fédération de Russie).

MICHELE DE SALVIA



OBSERVATOIRE SUR LE CONTENTIEUX EUROPEEN DES DROITS DE L'HOMME N. 1/2015

3. ARRET GROSS DU 30 SEPTEMBRE 2014 C. SUISSE

Faits

1. Se fondant sur l'article 8 de la CEDH, la requérante a allégué qu'en la privant de la possibilité d'obtenir une dose létale de pentorbital de sodium, les autorités suisses lui avaient dénié le droit de choisir quant et comment mourir. Après avoir introduit sa requête à la Cour (novembre 2010), la requérante avait réussi à se faire prescrire par un médecin (en octobre 2011) une dose létale de pentorbital de sodium. En novembre 2011 la requérante mit fin à ses jours.

Le 14 mai 2013, une Chambre de la Cour rendit un arrêt, fondé sur l'hypothèse que la requérante était toujours en vie, par lequel elle avait conclu, par quatre voix contre trois, à la violation de l'article 8 de la CEDH. L'affaire a été par la suite renvoyée à la Grande Chambre.

Lors de la procédure devant cette dernière formation de jugement le gouvernement défendeur a informé la Cour (janvier 2014) que la requérante avait pu mettre fin à ses jours.

Droit

2. Compte tenu des circonstances particulières de la situation qu'elle avait à examiner, la Cour a pris note de l'explication de l'avocat de la requérante suivant laquelle il n'avait été en contact avec sa cliente que par un intermédiaire lequel, à la demande de l'intéressée, se serait sciemment abstenu de le prévenir du décès de la requérante.

Cet intermédiaire aurait expliqué que la requérante craignait que la divulgation de son décès n'incitât la Cour à abandonner la procédure dans son affaire. En tant que conseiller spirituel de la requérante, il se serait estimé donc tenu par un devoir professionnel de confidentialité qui l'aurait empêché de révéler cette information contre le souhait de l'intéressée.

La Cour a dès lors abordé la question du caractère abusif de la requête.

3. En matière de caractère abusif d'une requête, la jurisprudence a été ainsi résumée.

En vertu de l'article 35, par. 3 a) in fine de la CEDH, la Cour déclare une requête irrecevable lorsqu'elle estime qu'elle «abusive».

Une requête est abusive

«notamment si elle se fonde délibérément sur des faits controuvés. Une information incomplète et donc trompeuse peut également s'analyser en un abus du droit de recours individuel, particulièrement lorsqu'elle concerne le cœur de l'affaire et que le requérant n'explique pas de façon suffisante pourquoi il n'a pas divulgué les informations pertinentes. Il en va de même lorsque des développements nouveaux importants surviennent au cours de la procédure suivie à Strasbourg et que, en dépit de l'obligation expresse lui incombant en vertu de l'article 47 § 7 (ancien article 47 § 6) du règlement, le requérant n'en informe pas la Cour, l'empêchant ainsi de se prononcer sur l'affaire en pleine connaissance de cause. Toutefois, même dans de tels cas, l'intention de l'intéressé d'induire la Cour en erreur doit toujours être établie avec suffisamment de certitude» (par. 28).

4. En ce qui concerne la présente affaire, la Cour a estimé que si l'avocat de la requérante a effectivement accepté à l'époque de ne pas avoir de contacts directs avec sa cliente et de communiquer avec elle indirectement par un intermédiaire, cela posait un certain nombre de problèmes relativement au rôle de représentant dans la procédure devant elle. En effet,

«outre l'obligation incombant à tout requérant de coopérer avec la Cour (article 44 A du règlement; voir également l'article 44 C du règlement, qui traite du «[d]éfaut de participation effective » et prévoit la possibilité de tirer des conclusions du refus d'une des parties « de divulguer de son propre chef des informations pertinentes ») et de la tenir informée de tout fait pertinent pour l'examen de la requête (article 47 § 7 – ancien article 47 § 6 – du règlement), il incombe tout particulièrement à un représentant de ne pas présenter des observations trompeuses (article 44 D du règlement)» (par. 33).

Or, il ressort des explications données par l'avocat de la requérante que «non seulement celle-ci avait omis de l'informer lui-même, et par implication la Cour, du fait qu'elle avait obtenu la prescription médicale requise, mais qu'elle avait également pris des précautions spécifiques pour éviter que la nouvelle de son décès ne fût révélée à son avocat, et en définitive à la Cour, afin d'empêcher cette dernière de mettre fin à la procédure dans son affaire» (par. 34).

De ce fait, le décès de la requérante et les circonstances qui l'ont entouré touchent en réalité au cœur même de la question sous-jacente au grief présenté par l'intéressée au titre de la Convention. Selon les déclarations de l'intermédiaire entre l'avocat et la requérante, cette dernière s'était abstenue de divulguer les informations pertinentes au motif qu'elle considérait que, même si les griefs tenant à sa situation personnelle disparaissaient, la procédure dans son affaire devait continuer pour le bénéfice de toutes les personnes se trouvant dans une situation similaire à la sienne.

Or, si pareille motivation peut se comprendre, du point de vue de la requérante, dans la situation exceptionnelle où celle-ci se trouvait, la Cour juge suffisamment établi que :

«en omettant délibérément de révéler ces informations à son avocat la requérante entendait induire en erreur relativement à une question portant sur la substance même de son grief au regard de la Convention» (par. 36).

Bref commentaire

5. L'arrêt en cause a été adoptée à une très courte majorité: neuf voix contre huit, ce qui montre l'existence d'un clivage entre les juges, confrontés à une situation qui n'est pas sans rappeler, dans un certain sens, l'affaire *Pretty* (arrêt du 29 avril 2002).

Le thème de la fin de vie - et des choix personnels des individus à ce sujet - est un des plus controversés et provoque des débats parfois houleux au sein des sociétés européennes.

L'on comprend donc que la Cour ait été très partagée. La solution donnée par l'arrêt en l'occurrence est le fruit, semble-t-il, d'un compromis entre une approche novatrice qui aurait de toute façon prêté le flanc à des critiques sévères de la part d'une partie des opinions publiques et une retenue judiciaire a minima passablement soufferte. On ne peut que saluer ici cet effort de prudence dans une matière où il n'y a pas de convergence entre les Etats européens et où il fallait par dessus tout éviter une solution s'inscrivant dans une sorte d'activisme judiciaire qui suscite beaucoup de réactions critiques de la part de la société civile dans de nombreux pays.

MICHELE DE SALVIA



OBSERVATOIRE SUR LE CONTENTIEUX EUROPEEN DES DROITS DE L'HOMME N. 1/2015

4. ANOTHER EPISODE IN THE STRASBOURG SAGA ON THE DUBLIN SYSTEM TO DETERMINE THE STATE RESPONSIBLE FOR ASYLUM APPLICATIONS

The recent judgment in [A.M.E. v. The Netherlands](#), issued by the European Court of Human Rights last 13 January 2015 and notified in writing on 5 February 2015, offers another occasion to assess through a human rights perspective the working of the Dublin system for determining which State is responsible for deciding an asylum seeker's application for international protection.

Based on [Dublin II Regulation 343/2003](#) (now replaced by [Dublin III Regulation 604/2013](#)) such system has represented the core of a thriving case law of the Strasbourg Court, including the case under discussion. The analysis will be therefore enhanced by discussing the findings in other two key-cases to which the Strasbourg made explicit reference in *A.M.E. v. The Netherlands*, namely the recent [Tarakhel v. Switzerland](#) and [M.S.S. v. Belgium and Greece](#).

1. *The facts and context of the case*

The case under discussion concerned a Somali national, born in 1994, who fled his home country in 2008 after his parental home was allegedly attacked by [Al-Shabab, an al-Qaeda-linked terrorist group](#), fighting for the creation of a fundamentalist Islamic state in Somalia. Following the so called [East African Route](#) of migration, in 2009 he entered the EU at the Italian border, where he had his fingerprints taken, was registered and placed in a reception facility. He stated that he was born in 1985 and, after applying for international protection, he obtained a 3-year subsidiary protection permit under Article 15(c) of the [EU Qualification Directive 2004/83/EC](#) (now replaced by [Directive 2011/95/EU](#)). Such status is a complementary protection granted to a person who cannot qualify as a refugee *stricto sensu*.

Nevertheless, the applicant of his own volition left the reception facility in Italy and in October 2009 applied for asylum in The Netherlands, declaring that he was born in 1994. At the exam of the applicant's fingerprints through the [EURODAC asylum database](#), it was found that he had been registered in Italy already and, pursuant to the Dublin Regulation, a transfer decision was issued by the Dutch authorities.

The applicant appealed the decision and in 2010 filed a submission before the Strasbourg Court. He complained that a removal to Italy would have been in breach not only of Article 3 ECHR, but also of Article 5, 6 and 13 ECHR, fearing a removal from Italy to Somalia, because his subsidiary protection permit was of a limited 3 year duration, and a lack of judicial guarantees and effective remedies, on account that Italy would not properly assess a new asylum application.

2. *The Court's reasoning*

In addressing the Applicant's complaints, especially as to the alleged infringement of Article 3 ECHR, which constitutes the core of the judgment, the Court's Third Section referred to two other key pronouncements, namely *Tarakbel v. Switzerland* and *M.S.S. v. Belgium and Greece*.

In particular, the Court relied on *Tarakbel v. Switzerland* as regards the minimum level of severity for the alleged ill-treatment to fall within the scope of Article 3 ECHR, and echoed *M.S.S. v. Belgium and Greece* as to the need to determine whether the situation in which the applicant is likely to find himself, if removed to Italy, is incompatible with Article 3 ECHR.

a) the minimum level of severity for ill-treatment

With reference to the first element, the Court reiterated that the assessment of the minimum level of severity for ill-treatment is relative, as it depends on factors such as the duration of the treatment, its physical or mental effects, and, in some instances, the sex, age, health of the victim. In this regard, the Court had to take into account the fact that the applicant deliberately told the Italian authorities that he was an adult, when in fact he was a minor, in order not to be separated from the group of other migrants with whom he had arrived. In this regard, the Court also observed that the applicant had deliberately sought to mislead the authorities, that, acting in good faith, granted a subsidiary protection status with a permit valid for 3 years.

b) the compatibility of the actual situation with Article 3 ECHR

Concerning the removal to a situation in Italy where the applicant could claim a breach of Article 3 ECHR, it must be stressed that the applicant left the Italian reception centre of his own volition and he was not forced to leave, as he argued. Furthermore, reiterating the analysis done in *Tarakbel v. Switzerland*, the Court underscored that the situation in Italy cannot be compared to the situation in Greece at the time of *M.S.S. v. Belgium and Greece*, where the Court found "systemic failures" in the Greek asylum system, and banned all removals to that country. The Court, in fact, found no basis on which it can be assumed that conditions in the Italian reception facilities disclose a concrete risk of treatment contrary to Article 3 ECHR. Therefore, the Court declared the complaint manifestly ill-founded and therefore inadmissible.

3. *Comments on an ongoing saga*

The short judgment under discussion is to be read in conjunction with the Court's findings in *Tarakbel v. Switzerland* and *M.S.S. v. Belgium and Greece*, drawing the similarities and differences of these three cases. From this perspective some considerations may be discussed.

First, it has to be mentioned that the Court's rationale rests on the settled principle that the Dublin System's presumption that all participating states respect their human rights obligations under the ECHR may be rebutted. The criteria to such rebuttal are two: it could stem from a) "structural deficiencies" of the asylum procedure, as held in *M.S.S. v. Belgium and Greece*, or b) "substantial grounds for believing" that the applicant, personally, would face a "real risk" of ill-treatment contrary to Article 3, as posited in *Tarakbel v. Switzerland*.

Second, provided that the structure and overall situation of the reception arrangements in Italy are not comparable to that of Greece as described in *M.S.S. v. Belgium and Greece*, the question is thus whether there are "substantial grounds for believing" that the applicant would face a "real risk" of treatment contrary to Article 3 ECHR. From this point of view, the case at issue appears as a corollary of the reasoning elaborated in *Tarakbel v. Switzerland*, especially as regards the issue of the applicant's "vulnerability". In *A.M.E. v. The Netherlands*, in fact, the Court stressed literally that «the applicant is an able young man with no dependents», a circumstance which cannot compare to the applicant's special vulnerability as a family with children, that in *Tarakbel v. Switzerland* led the Court to conclude that a removal without prior assurances of adequate treatment to the children's age would violate Article 3.

Therefore, the Court seemed to touch upon the controversial issue of "vulnerability" without seizing the opportunity to answer, as argued before, the urgent questions on the relation between different degrees of vulnerability, and even different degrees of particular vulnerability.

The issue is still in the pipeline, especially following the Partly Dissenting Opinion of judges Casadevall, Berro-Lefèvre and Jäderblom who in *Tarakbel v. Switzerland* criticized the Court's approach to reverse the recent case law in which the Court held that there was no reason to believe that an asylum seeker and her two young children would not have received adequate support had they been sent back to Italy (*Mohammed Hussein and Others v. the Netherlands and Italy*, 2 April 2013). One may therefore expect that such opportunity is postponed to another episode of the Strasbourg's saga on the Dublin system.

SALVO NICOLOSI