

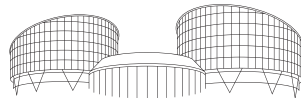
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME



REPORTS
OF JUDGMENTS AND DECISIONS

RECUEIL
DES ARRÊTS ET DÉCISIONS

2014-VI



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

WOLF LEGAL PUBLISHERS

Reports of Judgments and Decisions/Recueil des arrêts et décisions
Volume 2014-VI



Published by/Publié par

Wolf Legal Publishers (WLP)
P.O. Box 313
5061 KA Oisterwijk
The Netherlands/Pays-Bas
info@wolfpublishers.nl
www.wolfpublishers.com/RJD

Printed on demand by Digiforce (Vianen, the Netherlands) on FSC paper
(www.fsc.org)

Imprimé sur demande par Digiforce (Vianen, the Netherlands) sur papier FSC
(www.fsc.org)

For publication updates please follow the Court's Twitter account at
twitter.com/echrpublication

Pour toute nouvelle information relative aux publications, veuillez consulter le
compte Twitter de la Cour: twitter.com/echrpublication

ISBN: 978-9-462-40354-3

© Council of Europe/European Court of Human Rights, 2017

© Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2017

The *Reports of Judgments and Decisions* is an official publication of the European Court of Human Rights containing a selection of key judgments and decisions of the Court with summaries prepared by the Registry. For the years 2007 and onwards the selection has been made by the Bureau¹ of the Court following a proposal by the Jurisconsult².

With the exception of decisions by single judges, all the Court's judgments and decisions, including those not published in this series, can be consulted online in the HUDOC database at <http://hudoc.echr.coe.int>.

Note on citation

The form of citation for judgments and decisions published in this series from 1 November 1998 follows the pattern: name of case (in italics), application number, paragraph number (for judgments), abbreviation of the European Court of Human Rights (ECHR), year and (for the years 1999 to 2007 inclusive) number of volume.

In the absence of any indication to the contrary the cited text is a judgment on the merits delivered by a Chamber of the Court. Any variation from that is added in brackets after the name of the case: "(dec.)" for a decision on admissibility, "(preliminary objections)" for a judgment concerning only preliminary objections, "(just satisfaction)" for a judgment concerning only just satisfaction, "(revision)" for a judgment concerning revision, "(interpretation)" for a judgment concerning interpretation, "(striking out)" for a judgment striking the case out, "(friendly settlement)" for a judgment concerning a friendly settlement. If the judgment or decision has been given by the Grand Chamber of the Court, "[GC]" is added after the name of the case or after the case description that appears in brackets.

Examples

Judgment on the merits delivered by a Chamber

Campbell v. Ireland, no. 45678/98, § 24, ECHR 1999-II

Judgment on the merits delivered by the Grand Chamber

Campbell v. Ireland [GC], no. 45678/98, § 24, ECHR 1999-II

Decision on admissibility delivered by a Chamber

Campbell v. Ireland (dec.), no. 45678/98, ECHR 1999-II

Decision on admissibility delivered by the Grand Chamber

Campbell v. Ireland (dec.) [GC], no. 45678/98, ECHR 1999-II

Judgment striking the case out delivered by a Chamber

Campbell v. Ireland (striking out), no. 45678/98, § 24, ECHR 1999-II

Judgment on a friendly settlement delivered by a Chamber

Campbell v. Ireland (friendly settlement), no. 45678/98, § 24, ECHR 1999-II

For further information on the Court's mode of citation, which is regularly updated, please see the "Note on citation" published on the Court's website (www.echr.coe.int).

1. The Bureau is composed of the President and Vice-Presidents of the Court and of the Section Presidents.

2. The Jurisconsult is responsible for case-law monitoring and plays a key role in preventing case-law conflicts.

Le *Recueil des arrêts et décisions* est la collection officielle de la Cour européenne des droits de l'homme renfermant une sélection des arrêts et décisions les plus importants ainsi que des sommaires rédigés par le greffe. Depuis 2007, la sélection est faite par le Bureau¹ à la suite de la proposition du juriconsulte².

À l'exception des décisions prises par les juges uniques, tous les arrêts et décisions de la Cour, y compris ceux et celles non publiés dans la présente série, peuvent être consultés dans la base de données HUDOC (<http://hudoc.echr.coe.int>).

Note concernant la citation des arrêts et décisions

Les arrêts et décisions publiés dans la présente série à compter du 1^{er} novembre 1998 sont cités de la manière suivante : nom de l'affaire (en italique), numéro de la requête, numéro du paragraphe (pour les arrêts), sigle de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), année et (pour les années 1999 à 2007 incluse) numéro du recueil.

Sauf mention particulière, le texte cité est celui d'un arrêt sur le fond rendu par une chambre de la Cour. L'on ajoute après le nom de l'affaire « (déc.) » pour une décision sur la recevabilité, « (exceptions préliminaires) » pour un arrêt ne portant que sur des exceptions préliminaires, « (satisfaction équitable) » pour un arrêt ne portant que sur la satisfaction équitable, « (révision) » pour un arrêt de révision, « (interprétation) » pour un arrêt d'interprétation, « (radiation) » pour un arrêt rayant l'affaire du rôle, « (règlement amiable) » pour un arrêt sur un règlement amiable. Si l'arrêt ou la décision ont été rendus par la Grande Chambre de la Cour, « [GC] » est ajouté après le nom de l'affaire ou après la description de l'affaire qui apparaît entre parenthèses.

Exemples

Arrêt rendu par une chambre sur le fond

Dupont c. France, n° 45678/98, § 24, CEDH 1999-II

Arrêt rendu par la Grande Chambre sur le fond

Dupont c. France [GC], n° 45678/98, § 24, CEDH 1999-II

Décision rendue par une chambre sur la recevabilité

Dupont c. France (déc.), n° 45678/98, CEDH 1999-II

Décision rendue par la Grande Chambre sur la recevabilité

Dupont c. France (déc.) [GC], n° 45678/98, CEDH 1999-II

Arrêt rendu par une chambre rayant l'affaire du rôle

Dupont c. France (radiation), n° 45678/98, § 15, CEDH 1999-II

Arrêt rendu par une chambre sur un règlement amiable

Dupont c. France (règlement amiable), n° 45678/98, § 15, CEDH 1999-II

Pour plus d'information sur le mode de citation des arrêts et décisions, lequel est régulièrement mis à jour, veuillez consulter la « Note concernant la citation des arrêts et décisions » sur le site Internet de la Cour (www.echr.coe.int).

1. Le bureau est composé du président et des vice-présidents de la Cour et des présidents de section.

2. Le juriconsulte est chargé d'une veille jurisprudentielle et joue un rôle-clé pour la prévention des conflits de jurisprudence.

Contents/Table des matières

Subject matter/Objet des affaires	VII
<i>Hassan v. the United Kingdom</i> [GC], no. 29750/09, judgment of 16 September 2014	1
<i>Hassan c. Royaume-Uni</i> [GC], n° 29750/09, arrêt du 16 septembre 2014.....	77
<i>Tarakhel c. Suisse</i> [GC], n° 29217/12, arrêt du 4 novembre 2014 (extraits)	159
<i>Tarakhel v. Switzerland</i> [GC], no. 29217/12, judgment of 4 November 2014 (extracts)	195
<i>Jaloud v. the Netherlands</i> [GC], no. 47708/08, judgment of 20 November 2014	229
<i>Jaloud c. Pays-Bas</i> [GC], n° 47708/08, arrêt du 20 novembre 2014...	327
<i>H. and J. v. the Netherlands</i> , nos. 978/09 and 992/09, decision of 24 November 2014 (extraits).....	429
<i>H. et J. c. Pays-Bas</i> , nos 978/09 et 992/09, décision du 24 novembre 2014 (extraits)	461
<i>Battista c. Italie</i> , n° 43978/09, arrêt du 2 décembre 2014.....	493
<i>Battista v. Italy</i> , no. 43978/09, judgment of 2 December 2014.....	513

Subject matter/Objet des affaires

Article 1

Territorial jurisdiction in relation to detention of Iraqi national by coalition of armed forces in Iraq

Hassan v. the United Kingdom [GC], p. 1

Jurisdiction territoriale s'agissant de la détention d'un ressortissant irakien par une coalition de forces armées en Irak

Hassan c. Royaume-Uni [GC], p. 77

Territorial jurisdiction in relation to alleged killing of Iraqi national by Netherlands serviceman, member of Stabilisation Force in Iraq

Jaloud v. the Netherlands [GC], p. 229

Jurisdiction territoriale dans le contexte du décès d'un ressortissant irakien qui aurait été tué par un militaire néerlandais, membre de la force de stabilisation en Irak

Jaloud c. Pays-Bas [GC], p. 327

Article 2

Failure to hold effective investigation into alleged fatal shooting by Netherlands forces at vehicle checkpoint in southern Iraq

Jaloud v. the Netherlands [GC], p. 229

Absence d'enquête effective sur des tirs mortels qui auraient été effectués par les forces néerlandaises à un poste de contrôle des véhicules dans le sud de l'Irak

Jaloud c. Pays-Bas [GC], p. 327

Article 3

Threatened expulsion to Italy under Dublin II Regulation of a family of Afghan nationals seeking asylum

Tarakhel v. Switzerland [GC], p. 195

Menace d'expulsion d'une famille afghane demandeuse d'asile vers l'Italie en vertu du règlement Dublin II

Tarakhel c. Suisse [GC], p. 159

Article 5

Internment in Iraq under Third and Fourth Geneva Conventions

Hassan v. the United Kingdom [GC], p. 1

Internement en Irak sur la base des troisième et quatrième Conventions de Genève

Hassan c. Royaume-Uni [GC], p. 77

Article 6**Article 6 § 1**

Use in criminal prosecution for torture of statements made on a confidential basis in asylum proceedings

H. and J. v. the Netherlands (dec.), p. 429

Déclarations livrées de façon confidentielle lors d'une procédure d'asile utilisées dans les poursuites pour actes de torture

H. et J. c. Pays-Bas (déc.), p. 461

Article 2 of Protocol No. 4/Article 2 du Protocole n° 4

Prohibition on leaving the country on account of failure to make maintenance payments

Battista v. Italy, p. 513

Interdiction de quitter le territoire en raison du non-paiement d'une pension alimentaire

Battista c. Italie, p. 493

HASSAN v. THE UNITED KINGDOM
(Application no. 29750/09)

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 16 SEPTEMBER 2014¹

1. Judgment delivered by the Grand Chamber following relinquishment of jurisdiction by a Chamber in accordance with Article 30 of the Convention.

SUMMARY¹**Internment in Iraq under Third and Fourth Geneva Conventions**

By reason of the coexistence of the safeguards provided by international humanitarian law and by the Convention in time of armed conflict, the grounds of permitted deprivation of liberty set out in Article 5 § 1 should be accommodated, as far as possible, with the taking of prisoners of war and the detention of civilians who pose a risk to security under the Third and Fourth Geneva Conventions (see paragraph 104 of the judgment).

Article 1

Jurisdiction of States – Territorial jurisdiction in relation to detention of Iraqi national by coalition of armed forces in Iraq – Extraterritorial jurisdiction – Physical power and control criterion – Jurisdiction in active-hostilities phase of international armed conflict

Article 5

Lawful arrest or detention – Internment in Iraq under Third and Fourth Geneva Conventions – International armed conflict – Absence of request for derogation under Article 15 of the Convention – Rules of interpretation under Article 31 § 3 (b) and (c) of Vienna Convention on the Law of Treaties – Subsequent State practice of non-derogation – Interrelationship between international humanitarian law and international human rights law – Grounds of permitted deprivation of liberty under Article 5 § 1 of the Convention – Lawfulness – Arbitrariness – Procedural safeguards

*

* *

Facts

In March 2003 a coalition of armed forces led by the United States of America invaded Iraq. After occupying the region of Basrah, the British army started arresting high-ranking members of the ruling Ba’ath Party and the applicant, a senior member of the party, went into hiding leaving his brother Tarek behind to protect the family home in Umm Qasr. On the morning of 23 April 2003 a British army unit came to the house hoping to arrest the applicant. According to their records, they found Tarek Hassan in the house armed with an AK-47 machine gun and arrested him on suspicion of being a combatant or a civilian posing a threat to security. He was taken later that day to Camp Bucca, a detention facility operated

1. This summary by the Registry does not bind the Court.

by the United States. Parts of the camp were also used by the United Kingdom to detain and interrogate detainees. Following interrogation by both US and UK authorities, Tarek Hassan was deemed to be of no intelligence value and, according to the records, was released on or around 2 May 2003 at a drop-off point in Umm Qasr. His body was discovered, bearing marks of torture and execution, some 700 km away in early September 2003.

In 2007 the applicant, the brother of the deceased, brought proceedings in the English administrative court, but these were dismissed on the ground that Camp Bucca was a US rather than a UK military establishment.

In his application to the European Court, the applicant alleged that his brother was arrested and detained by British forces in Iraq and was subsequently found dead in unexplained circumstances. He complained under Article 5 §§ 1, 2, 3 and 4 of the Convention that the arrest and detention were arbitrary and unlawful and lacking in procedural safeguards and under Articles 2, 3 and 5 that the UK authorities failed to carry out an investigation into the circumstances of the detention, ill-treatment and death.

Law

(1) Articles 2 and 3: There was no evidence to suggest that Tarek Hassan was ill-treated while in detention such as to give rise to an obligation under Article 3 to carry out an official investigation. Nor was there any evidence that the UK authorities were responsible in any way, directly or indirectly, for his death, which had occurred some four months after his release from Camp Bucca, in a distant part of the country not controlled by United Kingdom forces. In the absence of any evidence of the involvement of United Kingdom State agents in the death, or even of any evidence that the death occurred within territory controlled by the United Kingdom, no obligation to investigate under Article 2 could arise.

Conclusion: inadmissible (manifestly ill-founded).

(2) Article 5 §§ 1, 2, 3 and 4:

(a) *Jurisdiction* – (i) Period between capture by British troops and admission to Camp Bucca: Tarek Hassan was within the physical power and control of the United Kingdom soldiers and therefore fell within United Kingdom jurisdiction. The Court rejected the Government's argument that jurisdiction should not apply in the active-hostilities phase of an international armed conflict, where the agents of the Contracting State were operating in territory of which they were not the occupying power, and where the conduct of the State should instead be subject to the requirements of international humanitarian law. In the Court's view, such a conclusion was inconsistent with its own case-law and with the case-law of the International Court of Justice holding that international human rights law and international humanitarian law could apply concurrently.

(ii) Period after admission to Camp Bucca: The Court did not accept the Government's argument that jurisdiction should be excluded for the period

following Tarek Hassan's admission to Camp Bucca as it involved a transfer of custody from the United Kingdom to the United States. Tarek Hassan was admitted to the Camp as a United Kingdom prisoner. Shortly after his admission, he was taken to a compound entirely controlled by United Kingdom forces. Under the Memorandum of Arrangement between the United Kingdom, United States and Australian governments relating to the transfer of custody of detainees, it was the United Kingdom which had responsibility for the classification of United Kingdom detainees under the Third and Fourth Geneva Conventions and for deciding whether they should be released. While it was true that certain operational aspects relating to Tarek Hassan's detention at Camp Bucca were transferred to US forces – escorting him to and from the compound and guarding him elsewhere in the camp – the United Kingdom had retained authority and control over all aspects of the detention relevant to the applicant's complaints under Article 5.

Tarek Hassan had thus been within the jurisdiction of the United Kingdom from the moment of his capture on 23 April 2003 until his release, most probably at Umm Qasr on 2 May 2003.

Conclusion: within the jurisdiction (unanimously).

(b) *Merits:* There were important differences of context and purpose between arrests carried out during peacetime and the arrest of a combatant in the course of an armed conflict. Detention under the powers provided for in the Third and Fourth Geneva Conventions was not congruent with any of the permitted grounds of deprivation of liberty set out in sub-paragraphs (a) to (f) of Article 5 § 1.

The United Kingdom had not lodged any formal request under Article 15 of the Convention (derogation in time of emergency) allowing it to derogate from its obligations under Article 5 in respect of its operations in Iraq. Instead, the Government had in their submissions requested the Court to disapply the United Kingdom's obligations under Article 5 or in some other way interpret them in the light of the powers of detention available to it under international humanitarian law. The starting-point for the Court's examination was its constant practice of interpreting the Convention in the light of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 31 § 3 of which made it necessary when interpreting a treaty to take into account (a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions, (b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation and (c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.

As to Article 31 § 3 (a) of the Vienna Convention, there had been no subsequent agreement between the Contracting States as to the interpretation of Article 5 of the Convention in situations of international armed conflict. However, as regards Article 31 § 3 (b), the Court had previously stated that a consistent practice on the part of the Contracting States, subsequent to their ratification of the Convention, could be taken as establishing their agreement not only as regards interpretation but

even to modify the text of the Convention. The practice of the Contracting States was not to derogate from their obligations under Article 5 in order to detain persons on the basis of the Third and Fourth Geneva Conventions during international armed conflicts. That practice was mirrored by State practice in relation to the International Covenant for the Protection of Civil and Political Rights.

As to the criterion contained in Article 31 § 3 (c), the Court reiterated that the Convention had to be interpreted in harmony with other rules of international law, including the rules of international humanitarian law. The Court had to endeavour to interpret and apply the Convention in a manner which was consistent with the framework under international law delineated by the International Court of Justice. Accordingly, the lack of a formal derogation under Article 15 of the Convention did not prevent the Court from taking account of the context and the provisions of international humanitarian law when interpreting and applying Article 5 in the applicant's case.

Nonetheless, even in situations of international armed conflict, the safeguards under the Convention continued to apply, albeit interpreted against the background of the provisions of international humanitarian law. By reason of the coexistence of the safeguards provided by international humanitarian law and by the Convention in time of armed conflict, the grounds of permitted deprivation of liberty set out under sub-paragraphs (a) to (f) should be accommodated, as far as possible, with the taking of prisoners of war and the detention of civilians who pose a risk to security under the Third and Fourth Geneva Conventions. The Court was mindful of the fact that internment in peacetime did not fall within the scheme of deprivation of liberty governed by Article 5 of the Convention without the exercise of the power of derogation under Article 15. It could only be in cases of international armed conflict, where the taking of prisoners of war and the detention of civilians who pose a threat to security were accepted features of international humanitarian law, that Article 5 could be interpreted as permitting the exercise of such broad powers. As with the grounds of permitted detention set out in those sub-paragraphs, deprivation of liberty pursuant to powers under international humanitarian law had to be "lawful" to preclude a violation of Article 5 § 1. That meant that detention had to comply with the rules of international humanitarian law and, most importantly, that it should be in keeping with the fundamental purpose of Article 5 § 1, which was to protect the individual from arbitrariness.

As regards procedural safeguards, the Court considered that, in relation to detention taking place during an international armed conflict, Article 5 §§ 2 and 4 had also to be interpreted in a manner which took into account the context and the applicable rules of international humanitarian law. Articles 43 and 78 of the Fourth Geneva Convention provide that internment "shall be subject to periodical review, if possible every six months, by a competent body". Whilst it might not be practicable, in the course of an international armed conflict, for the legality of detention to be determined by an independent "court" in the sense generally

required by Article 5 § 4, nonetheless, if the Contracting State is to comply with its obligations under Article 5 § 4 in this context, the “competent body” should provide sufficient guarantees of impartiality and fair procedure to protect against arbitrariness. Moreover, the first review should take place shortly after the person is taken into detention, with subsequent reviews at frequent intervals, to ensure that any person who does not fall into one of the categories subject to internment under international humanitarian law is released without undue delay. Article 5 § 3, however, had no application in the present case since Tarek Hassan was not detained in accordance with the provisions of paragraph 1 (c) of Article 5.

Turning to the facts of the applicant’s case, the Court considered that the UK authorities had had reason to believe that Tarek Hassan, who was found by British troops armed and on the roof of his brother’s house, where other weapons and documents of a military-intelligence value had been retrieved, might be either a person who should be detained as a prisoner of war or whose internment was necessary for imperative reasons of security, both of which provided a legitimate ground for capture and detention under the Third and Fourth Geneva Conventions. Almost immediately following his admission to Camp Bucca, he had been subject to a screening process in the form of two interviews by US and UK military intelligence officers, which had led to his being cleared for release since it was established that he was a civilian who did not pose a threat to security. The evidence pointed to his having been physically released from the Camp shortly thereafter.

Against this background, it would appear that Tarek Hassan’s capture and detention were consistent with the powers available to the United Kingdom under the Third and Fourth Geneva Conventions, and were not arbitrary. Moreover, in the light of his clearance for release and physical release within a few days of being brought to the Camp, it was unnecessary for the Court to examine whether the screening process constituted an adequate safeguard to protect against arbitrary detention. Finally, it would appear from the context and the questions that Tarek Hassan was asked during the two screening interviews that the reason for his detention would have been apparent to him.

Conclusion: no violation (thirteen votes to four).

Case-law cited by the Court

- A. and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 3455/05, ECHR 2009
Aksoy v. Turkey, 18 December 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-VI
Al-Adsani v. the United Kingdom [GC], no. 35763/97, ECHR 2001-XI
Al-Jedda v. the United Kingdom [GC], no. 27021/08, ECHR 2011
Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom, no. 61498/08, ECHR 2010
Al-Skeini and Others v. the United Kingdom [GC], no. 55721/07, ECHR 2011
Banković and Others v. Belgium and Others (dec.) [GC], no. 52207/99, ECHR 2001-XII
Brannigan and McBride v. the United Kingdom, 26 May 1993, Series A no. 258-B

- Cyprus v. Turkey*, nos. 6780/74 and 6950/75, Commission's report of 10 July 1976, unreported
- El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia* [GC], no. 39630/09, ECHR 2012
- Golder v. the United Kingdom*, 21 February 1975, Series A no. 18
- Guzzardi v. Italy*, 6 November 1980, Series A no. 39
- Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, Series A no. 25
- Jėčius v. Lithuania*, no. 34578/97, ECHR 2000-IX
- Kurt v. Turkey*, 25 May 1998, *Reports* 1998-III
- Labita v. Italy* [GC], no. 26772/95, ECHR 2000-IV
- Lawless v. Ireland (no. 3)*, 1 July 1961, Series A no. 3
- McKerr v. the United Kingdom* (dec.), no. 28883/95, 4 April 2000
- Members of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses and Others v. Georgia*, no. 71156/01, 3 May 2007
- Reinprecht v. Austria*, no. 67175/01, ECHR 2005-XII
- Saadi v. the United Kingdom* [GC], no. 13229/03, ECHR 2008
- Soering v. the United Kingdom*, 7 July 1989, Series A no. 161
- Varnava and Others v. Turkey* [GC], nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90, ECHR 2009

In the case of Hassan v. the United Kingdom,

The European Court of Human Rights, sitting as a Grand Chamber composed of:

Dean Spielmann, *President*,
Josep Casadevall,
Guido Raimondi,
Ineta Ziemele,
Mark Villiger,
Isabelle Berro,
Dragoljub Popović,
George Nicolaou,
Luis López Guerra,
Mirjana Lazarova Trajkovska,
Ledi Bianku,
Zdravka Kalaydjieva,
Vincent A. De Gaetano,
Angelika Nußberger,
Paul Mahoney,
Faris Vehabović,
Robert Spano, *judges*,

and Michael O’Boyle, *Deputy Registrar*,

Having deliberated in private on 11 December 2013 and 25 June 2014,

Delivers the following judgment, which was adopted on last-mentioned date:

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 29750/09) against the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by an Iraqi national, Mr Khadim Resaan Hassan (“the applicant”), on 5 June 2009.

2. The applicant was represented by Mr P. Shiner, a solicitor practising in Birmingham, together with Mr T. Otty QC and Mr T. Hickman, barristers practising in London. The United Kingdom Government (“the Government”) were represented by their Agent, Ms R. Tomlinson, Foreign and Commonwealth Office.

3. The applicant alleged that his brother was arrested and detained by British forces in Iraq and was subsequently found dead in unexplained circumstances. He complained under Article 5 §§ 1, 2, 3 and 4 of the

Convention that the arrest and detention were arbitrary and unlawful and lacking in procedural safeguards and under Articles 2, 3 and 5 that the UK authorities failed to carry out an investigation into the circumstances of the detention, ill-treatment and death.

4. The application was allocated to the Fourth Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). Its examination of the application was adjourned pending adoption of the judgment in *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 55721/07, ECHR 2011. Subsequently, on 30 August 2011, the Government were given notice of the application.

5. On 4 June 2013 the Chamber decided to relinquish jurisdiction to the Grand Chamber. The composition of the Grand Chamber was determined according to the provisions of Article 27 §§ 2 and 3 of the Convention and Rule 24.

6. The applicants and the Government each filed further pleadings on the admissibility and merits, and comments were received from Professor Françoise Hampson and Professor Noam Lubell, of the Human Rights Centre, University of Essex, as third-party interveners.

7. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 11 December 2013 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Ms R. Tomlinson,	<i>Agent,</i>
Mr J. Eadie QC,	
Mr C. Staker,	<i>Counsel,</i>
Mr M. Addison,	
Ms A. McLeod,	<i>Advisers;</i>

(b) *for the applicant*

Mr T. Otty QC,	
Mr T. Cleaver,	<i>Counsel,</i>
Mr P. Shiner,	
Ms B. Shiner,	
Ms L. Shiner,	<i>Advisers.</i>

The Court heard addresses by Mr Eadie and Mr Otty and their answers to questions put by the Court.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

8. The facts of the case, as submitted by the parties, may be summarised as follows. Where certain facts are in dispute, each party's version of events is set out.

A. The invasion of Iraq

9. On 20 March 2003 a coalition of armed forces under unified command, led by the United States of America with a large force from the United Kingdom and small contingents from Australia, Denmark and Poland, commenced the invasion of Iraq from their assembly point across the border with Kuwait. By 5 April 2003 British forces had captured Basrah and by 9 April 2003 US troops had gained control of Baghdad. Major combat operations in Iraq were declared complete on 1 May 2003.

B. The capture of the applicant's brother by British forces

10. Prior to the invasion, the applicant was a general manager in the national secretariat of the Ba'ath Party and a general in the Al-Quds Army, the army of the Ba'ath Party. He lived in Umm Qasr, a port city in the region of Basrah, near the border with Kuwait and about 50 km from Al-Basrah (Basrah City). After the British army entered into occupation of Basrah, they started arresting high-ranking members of the Ba'ath Party. Other Ba'ath Party members were killed by Iraqi militia. The applicant and his family therefore went into hiding, leaving the applicant's brother, Tarek Resaan Hassan (hereinafter "Tarek Hassan"), and his cousin to protect the family home.

11. According to information given by the Government, members of a British army unit, the 1st Battalion The Black Watch, went to the applicant's house early in the morning of 23 April 2003, hoping to arrest him. The applicant was not there, but the British forces encountered Tarek Hassan, who was described in the contemporaneous report drawn up by the arresting unit ("the battalion record") as a "gunman", found on the roof of the house with an AK-47 machine gun. The battalion record indicated that the "gunman" identified himself as the brother of the applicant and that he was arrested at approximately 6.30 a.m. It further indicated that the house was found by the arresting soldiers to contain other firearms and a number of documents of intelligence value, related to local membership of the Ba'ath Party and the Al-Quds Army.

12. According to a statement made by the applicant and dated 30 November 2006, Tarek Hassan was arrested by British troops on 22 April 2003, in the applicant's absence. According to this statement, "When my sisters approached the British military authority they were told that I had to surrender myself to them before they would release my brother". In a later statement, dated 12 September 2008, the applicant did not mention his sisters but instead stated that he asked his friend, Saeed Teryag, and his neighbour Haj Salem, to ask British forces for information about Tarek Hassan. The applicant asked these friends because he could trust them; Haj Salem was a respected businessman and Saeed Teryag had been to university and spoke English. According to the applicant, "[W]hen they approached the British military authorities the British told them I had to surrender myself to them before they would release my brother".

13. According to a summary of a telephone interview with the applicant's neighbour, Mr Salim Hussain Nassir Al-Ubody, dated 2 February 2007, Tarek Hassan was taken away by British soldiers on an unknown date in April at around 4.30 a.m., with his hands tied behind his back. Mr Al-Ubody stated that he approached one of the Iraqis who accompanied the soldiers to ask what they wanted, and was told that the soldiers had come to arrest the applicant. Three days later, the applicant telephoned Mr Al-Ubody and asked him to find a guard for his house and to find out from the British army what had happened to Tarek Hassan. Two days later, Mr Al-Ubody went to the British headquarters at the Shatt-Al-Arab Hotel. He asked an Iraqi translator if he could find out anything about Tarek Hassan. Two days later, when Mr Al-Ubody returned, the translator informed him that the British forces were keeping Tarek Hassan until the applicant surrendered. The translator further advised Mr Al-Ubody not to return, as this might expose him to questioning.

C. Detention at Camp Bucca

14. Both parties agreed that Tarek Hassan was taken by British forces to Camp Bucca. This Camp, situated about 2.5 km from Umm Qasr and about 70 km south of Al-Basrah, was first established on 23 March 2003 as a UK detention facility. However, it officially became a US facility, known as "Camp Bucca", on 14 April 2003. In April 2003 the Camp was composed of eight compounds, divided by barbed-wire fencing, each with a single entry point. Each compound contained open-sided tents capable of housing several hundred detainees, a water tap, latrines and an uncovered area.

15. For reasons of operational convenience, the United Kingdom continued to detain individuals they had captured at Camp Bucca. One compound was set aside for internees detained by the United Kingdom on

suspicion of criminal offences. In addition, the United Kingdom operated a separate compound at the Camp for its Joint Forward Interrogation Team (JFIT). This compound had been built by British forces and continued to be administered by them. Although detainees captured by both the British and the US armies were interrogated at the JFIT compound, and teams of UK and US interrogators worked there, the United Kingdom JFIT team controlled the detention and interrogation of all prisoners held there. Elsewhere in the Camp, the US army was responsible for guarding and escorting detainees and the United Kingdom was obliged to reimburse the United States for costs involved in maintaining detainees who were captured by the United Kingdom and who were held at the Camp. The British Military Provost Staff (military police) had an “overseeing responsibility” for UK detainees transferred to US custody, except those detained in the JFIT compound. UK detainees who were ill or injured were treated in British field hospitals. The UK authorities were responsible for liaising with the International Committee of the Red Cross (ICRC) about the treatment of UK detainees and the notification of their families regarding the detention (see further paragraph 20 below). The United Kingdom also remained responsible for classifying detainees under Articles 4 and 5 of the Third Geneva Convention (see paragraph 33 below).

16. In anticipation of the United Kingdom using shared facilities to hold UK detainees, on 23 March 2003 the United Kingdom, United States and Australian governments entered into a memorandum of arrangement (MOA) relating to the transfer of custody of detainees, which provided as follows:

“This arrangement establishes procedures in the event of the transfer from the custody of either the US, UK or Australian forces to the custody of any of the other parties, any Prisoners of War, Civilian Internees, and Civilian Detainees taken during operations against Iraq.

The Parties undertake as follows:

1. This arrangement will be implemented in accordance with the Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War and the Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, as well as customary international law.

2. US, UK, and Australian forces will, as mutually determined, accept (as Accepting Powers) prisoners of war, civilian internees, and civilian detainees who have fallen into the power of any of the other parties (the Detaining Power) and will be responsible for maintaining and safeguarding all such individuals whose custody has been transferred to them. Transfers of prisoners of war, civilian internees and civilian detainees between Accepting Powers may take place as mutually determined by both the Accepting Power and the Detaining Power.

3. Arrangements to transfer prisoners of war, civilian internees, and civilian detainees who are casualties will be expedited, in order that they may be treated according to their medical priority. All such transfers will be administered and recorded within the systems established under this arrangement for the transfer of prisoners of war, civilian internees, and civilian detainees.

4. Any prisoners of war, civilian internees, and civilian detainees transferred by a Detaining Power will be returned by the Accepting Power to the Detaining Power without delay upon request by the Detaining Power.

5. The release or repatriation or removal to territories outside Iraq of transferred prisoners of war, civilian internees, and civilian detainees will only be made upon the mutual arrangement of the Detaining Power and the Accepting Power.

6. The Detaining Power will retain full rights of access to any prisoner of war, civilian internees and civilian detainees transferred from Detaining Power custody while such persons are in the custody of the Accepting Power.

7. The Accepting Power will be responsible for the accurate accountability of all prisoners of war, civilian internees, and civilian detainees transferred to it. Such records will be available for inspection by the Detaining Power upon request. If prisoners of war, civilian internees, or civilian detainees are returned to the Detaining Power, the records (or a true copy of the same) relating to those prisoners of war, civilian internees, and civilian detainees will also be handed over.

8. The Detaining Powers will assign liaison officers to Accepting Powers in order to facilitate the implementation of this arrangement.

9. The Detaining Power will be solely responsible for the classification under Articles 4 and 5 of the Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War of potential prisoners of war captured by its forces. Prior to such a determination being made, such detainees will be treated as prisoners of war and afforded all the rights and protections of the Convention even if transferred to the custody of an Accepting Power.

10. Where there is doubt as to which party is the Detaining Power, all Parties will be jointly responsible for and have full access to all persons detained (and any records concerning their treatment) until the Detaining Power has by mutual arrangement been determined.

11. To the extent that jurisdiction may be exercised for criminal offenses, to include pre-capture offenses, allegedly committed by prisoners of war, civilian internees, and civilian detainees prior to a transfer to an Accepting Power, primary jurisdiction will initially rest with the Detaining Power. Detaining Powers will give favourable consideration to any request by an Accepting Power to waive jurisdiction.

12. Primary jurisdiction over breaches of disciplinary regulations and judicial offenses allegedly committed by prisoners of war, civilian internees, and civilian detainees after transfer to an Accepting Power will rest with the Accepting Power.

13. The Detaining Power will reimburse the Accepting Power for the costs involved in maintaining prisoners of war, civilian internees, and civilian detainees transferred pursuant to this arrangement.

14. At the request of one of the Parties, the Parties will consult on the implementation of this arrangement.”

17. According to the witness statement of Major Neil B. Wilson, who served with the Military Provost Staff at Camp Bucca during the period in question, the usual procedure was for a detainee to arrive at the Camp with a military escort from the capturing unit. On arrival he would be held in a temporary holding area while his documents were checked and his personal possessions were taken from him. Medical treatment would be provided at this point if required. The detainee would then be processed through the arrivals tent by UK personnel with the aid of an interpreter. A digital photograph would be taken and this, together with other information about the detainee, would be entered on the database used by the UK authorities to record a wide range of military-personnel information during the operations in Iraq, including detainee information, known as the AP3-Ryan database.

18. Examination of this database showed that there was no entry under the name Tarek Resaan Hassan but there was an entry, with a photograph, for “Tarek Resaan Hashmyh Ali”. In his witness statement the applicant explained that for official purposes Iraqis use their own first name, followed by the names of their father, mother, grandfather and great-grandfather. “Ali” was the applicant’s great-grandfather’s name and it appeared that Hassan (his grandfather’s name) was omitted by mistake. Tarek Hassan was issued with a wristband printed with his UK internment serial number UKDF018094IZSM (“DF” denoting “detention facility”, “IZ” meaning allegiance to Iraq and “SM” standing for “soldier male”). Screen shots from the AP3-Ryan database also show that Tarek Hassan was asked whether he consented to the national authorities being informed of his detention and that he did not consent to this.

19. Following the UK registration process, detainees would be transferred to the US forces for a second registration. This involved the issue of a US number, printed on a wristband. Tarek Hassan’s US registration number was UK912-107276EPW46. The “UK” reference indicated that the United Kingdom was the capturing nation and “EPW” indicated that he was treated by the US forces as an enemy prisoner of war; however, at this stage all detainees were classified as prisoners of war except those captured by British forces on suspicion of having committed criminal offences. After registration, detainees were usually medically examined, then provided with bedding and eating and washing kits and transferred by US forces to the accommodation areas.

20. The Government submitted a witness statement by Mr Timothy Lester, who was charged with running the United Kingdom Prisoner of War Information Bureau (UKPWIB) in respect of Iraq from the start of military operations there in March 2003. He stated that the UKPWIB operated in Iraq as the “National Information Bureau” required by Article 122 of the Third Geneva Convention and monitored details of prisoner-of-war internees and criminal detainees in order to facilitate contact with their next of kin. The Third Geneva Convention also required the establishment of a “Central Prisoners of War Information Agency”. This role was subsumed by the Central Tracing Agency of the ICRC. The ICRC collected information about the capture of individuals and, subject to the consent of the prisoner, transmitted it to the prisoner’s country of origin or the power on which he depended. In practice, details of all prisoners taken into custody by British forces were entered by staff at the detention facility in Iraq and sent to Mr Lester in London, who then transferred the data to a spreadsheet and downloaded it to the ICRC’s secure website. He stated that during the active-combat phase he typically passed data to the ICRC on a weekly basis, and monthly thereafter. However, Tarek Hassan’s details were not notified to the ICRC until 25 July 2003, because of a delay caused by the updating of the UKPWIB computer system. In any event, it was noted on Tarek Hassan’s record that he did not consent to the Iraqi authorities being notified of his capture (see paragraph 18 above). In the absence of consent, Mr Lester considered it unlikely that the ICRC would have informed the Iraqi authorities and that those authorities would, in turn, have informed the Hassan family.

D. The screening process

21. According to the Government, where the status of a prisoner was uncertain at the time of his arrival at Camp Bucca, he would be registered as a prisoner of war by the UK authorities. Any detainee, such as Tarek Hassan, captured in a deliberate operation was taken immediately to the JFIT compound for a two-stage interview. According to the Government, there were UK and US interrogation teams working in the JFIT compound, and both teams interviewed both UK and US-captured detainees. The first interview may have been undertaken simply by whichever team was available when the detainee arrived. The aim of the interview process was to identify military or paramilitary personnel who might have information pertinent to the military campaign and, where it was established that the detainee was a non-combatant, whether there were grounds to suspect that he was a security risk or a criminal. If no such reasonable grounds existed,

the individual was classified as a civilian not posing a threat to security and ordered to be released immediately.

22. A printout from the JFIT computer database indicated that in Camp Bucca Tarek Hassan was assigned JFIT no. 494 and registration no. UK107276. His arrival was recorded as 23 April 2003 at 16.40 and his departure as 25 April 2003 at 17.00, with his “final destination” recorded as “Registration (Civ Cage)”. Under the entry “Release/Keep”, the letter “R” was entered. Under the heading “TQ”, which stood for “tactical questioning”, there was the entry “231830ZAPR03-Steve” and under the heading “Intg 1” was the entry “250500ZAPR03”. According to the Government, the first of these entries meant that Tarek Hassan was first subjected to tactical questioning on 23 April 2003 at 18.30 Zulu (“Zulu” in this context meant Coordinated Universal Time, also known as Greenwich Mean Time). On 23 April, 18.30 Zulu would have been 21.30 Iraqi time. The second entry indicated that Tarek Hassan was again subject to questioning on 25 April 2003 at 05.00 Zulu, or 08.00 local time and then released into the civilian pen at Camp Bucca at 20.00 local time on 25 April 2003.

23. The Government provided the Court with a copy of a record of an interview between Tarek Hassan and US agents, dated 23 April 2003, 18.30 Zulu, which stated as follows:

“EPW [Enemy Prisoner of War] was born in BASRA on August 3, 1981. He currently resides in his home with his father, mother, older brother (Name: Qazm; born in the 1970s), and his little sister (age; unexploited). Home is across from the Khalissa school in the Jamiyat region in N. BASRA. EPW left middle school as a recruit to play soccer. He currently plays in the Basra Soccer Club and his position is attacker/forward. His team receives money from the government and the Olympic committee to pay for team expenses. EPW has no job since soccer is his life and they pay for all of his soccer expenses.

EPW knows that he was brought in because of his brother, Qazm. Qazm is a Othoo Sherba in the Ba’ath party and he fled his home four days ago to an unknown destination. Qazm joined the Ba’ath party in 1990 and is involved in regular meetings and emergency action planning (nothing else exploited). Before the war, Qazm received a pickup from the Ba’ath party. When the coalition forces entered BASRA, Qazm gave the pickup to a neighbour (name not exploited) to safeguard it and Qazm went to a hotel in downtown BASRA (name of hotel is unknown). Qazm made a few phone calls during that time, but never mentioned where he was staying. A problem arose when the original owners of the pickup, the local petroleum company, came to reclaim the vehicle they had lent the Ba’ath party. Qazm became frustrated with the whole mess and fled soon after that.

EPW seems to be a good kid who was probably so involved with soccer that he didn’t follow his brother’s whereabouts all that much. But it seems they have a close knit

family and EPW could know more about his brother's activities in the Ba'ath party, and some of his friends involved in the party, too. Using any type of harsh approach is not going to be effective. EPW loves his family and soccer. EPW will cooperate, but he needs someone he can trust if he's going to tell information about his brother that is going to harm him. EPW seems to be innocent of anything himself, but may help with information about others around him."

24. A record of the second questioning was provided by the Government in the form of a Tactical Questioning Report. This document indicated that it related to "PW 494" with the "date of information" recorded as "250445ZAPR03", that is 04.45 Zulu or 07.45 local time on 25 April 2003. The report stated:

"1. EPW [Enemy Prisoner of War] is 22 years old, single, living with his 80 year old father (who is a Sheik) and his mother in the Jamiyet district of BASRAH. He works as a handyman and has not done his military service due to his status as a student. He stated that an AK 47 was present in their house at the time of his arrest but it was only kept for personal protection. The EPW and his father are not Ba'ath Party members.

2. EPW says he was arrested at his house by United States troops [*sic*] who were looking for his brother, Kathim. His brother is a Ba'ath Party member, an Uthoo Shooba. He joined the party in 1990 when he became a law student in the school of law in the Shaat Al Arab College. His brother is still a student, in his last year of study, married but with no children. He has alternated study with periods of work as a car trader. His brother was in fear of his life because of fear of reprisals against Ba'ath Party members and so had run away possibly to SYRIA or IRAN. The EPW last spoke with his brother 5 days ago by phone. His brother did not disclose his location.

JFIT COMMENT: EPW appears to be telling the truth and has been arrested as a result of mistaken identity. He is of no intelligence value and it is recommended that he is released to the civilian pen. **JFIT COMMENT ENDS."**

E. Evidence relating to Tarek Hassan's presence in the civilian holding area at Camp Bucca and his possible release

25. The applicant submitted a summary of an interview dated 27 January 2007 with Fouad Awdah Al-Saadoon, the former Chairman of the Iraqi Red Crescent in Basrah and a friend of the applicant's family. Mr Al-Saadoon had been arrested by British troops and detained at Camp Bucca, in a tent holding approximately 400 detainees. He stated that on 24 April 2003 at around 6 p.m. Tarek Hassan was brought to the tent. Mr Al-Saadoon stated that Tarek Hassan seemed scared and confused but did not mention that he complained of having been ill-treated. Tarek Hassan was not interrogated during the time they were together in Camp Bucca. Since Mr Al-Saadoon was in ill-health, Tarek Hassan brought him food and cared for him. Mr Al-Saadoon was released on 27 April 2003, in a batch of 200 prisoners, since the UK authorities had decided to release all detainees aged 55 or older.

The detainees were released at night, on a main road between Al-Basrah and Al-Zubair, and had to walk twenty-five miles to the nearest place they could hire cars. Following his release, he informed the applicant's family that he had seen Tarek Hassan at Camp Bucca. According to the applicant, this was the only information received by the family about his brother's whereabouts following the latter's arrest. In response to this statement, the Government submitted that Mr Al-Saadoon might have been mistaken about the date, because it appeared from the interrogation records that Tarek Hassan was released to the civilian holding area on 25 April 2003. They also emphasised that stringent efforts were made to return individuals to their place of capture or to an alternate location if requested, and that twenty-five miles was much greater than the distance between Al-Basrah and Al-Zubair.

26. According to the witness statement, provided by the Government, of Major Neil Wilson, who commanded a group of soldiers from the Military Provost Staff who advised on detention issues within the UK area of operations in Iraq during the relevant period, the decision to release UK detainees held at Camp Bucca, other than those facing criminal charges, was taken by a tribunal convened by UK military legal officers. Details were then passed to the US guards, before those released were processed out of the Camp, with their details checked and entered on the AP3-Ryan database. According to the orders made by the United Kingdom's Military Divisional Headquarters based in Basrah and applying at that time, the US forces were responsible for the repatriation of all prisoners to the areas within their field of operation and the British forces were responsible for returning prisoners to areas within their field of operation, namely south-east Iraq, regardless of which force had captured the prisoners. The ICRC was to have access to all those being released. Again according to the applicable orders, prisoners repatriated by British forces were to be loaded on to coaches with armed guards onboard and armed military escort vehicles to the front and rear. Release was to be to specific repatriation points in daylight hours, with sufficient food and water to last the individuals being released until they got home. According to the evidence of Major Wilson, efforts were made to return individuals to their point of capture. There were four drop-off points within the UK field of operation, including "Al-Basrah GR TBC [grid reference to be confirmed]". Umm Qasr was not listed as a drop-off point but could be entered as a point of release on the records of individuals being processed for release.

27. The Government also submitted a military order dated 27 April 2003 (FRAGO 001/03), the purpose of which was to ensure the release from detention of the maximum possible number of civilians and prisoners of war prior to the cessation of hostilities (which was subsequently announced on

1 May 2003). The annex to the order set out the procedures to be followed. A number of individuals would continue to be detained on security grounds or because they were suspected of being criminals; they had already been identified by JFIT, with the decision recorded on the AP3-Ryan database, and a list given to the US authorities to ensure they were not released. The remaining population would stay within the individual compounds and await release processing by the UK authorities. At the processing tent, a three-point check would be made of each detainee's wristband, face and digital profile held on AP3-Ryan. The following information was then required to be entered into the database: "(1) Releasing Force Element; (2) Release Date; (3) Releasing Nation; (4) Selected Place of Release." The text of the order itself referred to four drop-off points (Al-Basrah, Najef, Al-Kut and An Nasariah – the latter three towns were to the north of Al-Basrah), but the annex listed in addition Um Qasr (south of Al-Basrah and 2.5 km from the Camp) as a drop-off point. The British forces would then retain the detainee's identity card and pass him back to the US authorities for final processing, including the issue of food and water and the return of personal belongings. Four holding areas would be established, "one for each release location", from which the detainees would then be transported to the agreed repatriation points and released in daylight hours. The order also required a final audit to be conducted to check that all UK detainees listed on the AP3-Ryan database had either been released or continued to be detained. Should the record be identified of any person who had neither been released nor detained, a board of inquiry had to sit to determine what had happened.

28. In addition, the Government submitted a witness statement dated 29 October 2007 by Warrant Officer Class 2 Kerry Patrick Madison, who had responsibility for the management of the AP3-Ryan database. He stated that, by 22 May 2003, AP3-Ryan showed that the British forces had captured and processed 3,738 detainees in Iraq since the start of hostilities and had released all but 361. Annexed to Warrant Officer Madison's statement were a number of screen shots showing entries on the database relating to Tarek Hassan. They showed that an entry was made on AP3-Ryan on 4 May 2003 at 13.45 recording the release of "Tarek Resaan Hashmyh Ali" at 00.01 on 2 May 2003. The releasing authority was stated to be "United Kingdom (ARMD) DIV SIG REGT"; the place of release was stated to be "Umm Qasr"; the method of release was "By Coach" and the ground of release was recorded as "End of Hostilities". A further entry was made in the UK AP3-Ryan system on 12 May 2003 at 22.13 recording that: "PW was found to be absent from the internment facility when 100% check was conducted. PW was released on AP3 on 12 May 03". According to the Warrant Officer

Madison, some 400 individuals' records included the statement "PW was released on AP3 on 12 May 03", when they had in fact been released earlier and it was therefore likely that the Camp's computer release records were brought up to date on 12 May following a physical check. The US computer system did not record any release until 17 May 2003 but again, according to the Government, this was probably explained by a reconciliation of the US Camp Bucca database with a physical check of occupants of the Camp by the US authorities on 17 May.

F. The discovery of Tarek Hassan's body

29. According to the applicant, Tarek Hassan did not contact his family during the period following his purported release. On 1 September 2003 one of the applicant's cousins received a telephone call from a man unknown to them, from Samara, a town north of Baghdad. This man informed them that a dead man had been found in the nearby countryside, with a plastic ID tag and a piece of paper with the cousin's telephone number written on it in the pocket of the sports top he was wearing. According to the applicant, Tarek Hassan was wearing sportswear when he was captured by British forces. The applicant's cousin called him and, together with another brother, the applicant went to the forensic medical station of the Tekrit General Hospital in Samara. There they saw the body of Tarek Hassan with eight bullet wounds from an AK-47 machine gun in his chest. According to the applicant, Tarek Hassan's hands were tied with plastic wire. The identity tag found in his pocket was that issued to him by the US authorities at Camp Bucca. A death certificate was issued by the Iraqi authorities on 2 September 2003, giving the date of death as 1 September 2003, but the sections reserved for the cause of death were not completed. A police report identified the body as "Tariq Hassan" but gave no information about the cause of death.

G. Correspondence with Treasury Solicitors and legal proceedings

30. The applicant remained in hiding in Iraq until October 2006, when he crossed the border to Syria. In November 2006, through a representative in Syria, he made contact with solicitors in the United Kingdom. The applicant's solicitors wrote to the Government's Treasury Solicitors on 21 December 2006, requesting explanations for the arrest and detention of Tarek Hassan and the circumstances that resulted in his death. It took some time to identify the applicant's brother, because he was entered in

the Camp Bucca databases under the name “Tarek Resaan Hashmyh Ali” (see paragraph 18 above). However, in a letter dated 29 March 2007, Treasury Solicitors stated that a check of the United Kingdom’s prisoner-of-war computer records had produced a record of Tarek Resaan Hashmyh Ali being detained at Camp Bucca. In a further letter dated 5 April 2007, Treasury Solicitors stated that further computer records had been recovered which “confirm the handover” of Tarek Hassan from the UK authorities to the US authorities at Camp Bucca and which recorded his release on 12 May 2003.

31. The applicant commenced proceedings in the High Court on 19 July 2007, seeking declarations in respect of breaches of his brother’s rights under Articles 2, 3 and 5 of the Convention, as set out in Schedule 1 to the Human Rights Act 1998; financial compensation; and an order requiring the Government to initiate an independent and public investigation into the fate of the deceased after he was detained by British forces on 22 April 2003. The claim was heard on 19 and 20 January 2009 and was rejected in a judgment delivered by Walker J on 25 February 2009 ([2009] EWHC 309 (Admin)). The judge held that, in the light of the judgment of the House of Lords in *Al-Skeini* (see further the summary of the House of Lords’ judgment in *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 55721/07, §§ 83-88, ECHR 2011), it could not be said that Tarek Hassan was within the United Kingdom’s jurisdiction under Article 1 of the Convention at any time. In *Al-Skeini* the House of Lords had recognised a number of exceptions to the general rule that a State did not exercise jurisdiction extraterritorially, but these did not include detention of a person unless this took place within a military prison or other comparable facility controlled by the Contracting State. The judge’s analysis of the MOA (see paragraph 16 above) indicated that Camp Bucca was a US rather than a British military establishment, for the following reasons:

“... It is plain that the detaining power [the United Kingdom] relinquishes, until such time as it requires return of the individual in question, responsibility for maintaining and safeguarding those transferred. Accountability in that regard is the responsibility of the accepting power [the United States]. As regards adjudications concerning the individual’s contact after transfer to the accepting power the detaining power relinquishes to the accepting power primary jurisdiction. Overall this amounts to a legal regime in which the detaining power has no substantial control over the day to day living conditions of the individual in question.”

32. The applicant was advised that an appeal would have no prospect of success.

II. RELEVANT INTERNATIONAL AND DOMESTIC LAW AND PRACTICE

A. Relevant provisions of the Third and Fourth Geneva Conventions

33. The following Articles of the Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War of 12 August 1949 (“the Third Geneva Convention”) and the Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of 12 August 1949 (“the Fourth Geneva Convention”) are of particular relevance to the issues in the present case.

Article 2, common to all four Geneva Conventions

“In addition to the provisions which shall be implemented in peace time, the present Convention shall apply to all cases of declared war or of any other armed conflict which may arise between two or more of the High Contracting Parties, even if the state of war is not recognized by one of them.

The Convention shall also apply to all cases of partial or total occupation of the territory of a High Contracting Party, even if the said occupation meets with no armed resistance.

Although one of the Powers in conflict may not be a party to the present Convention, the Powers who are parties thereto shall remain bound by it in their mutual relations. They shall furthermore be bound by the Convention in relation to the said Power, if the latter accepts and applies the provisions thereof.”

Article 4 of the Third Geneva Convention

“A. Prisoners of war, in the sense of the present Convention, are persons belonging to one of the following categories, who have fallen into the power of the enemy:

(1) Members of the armed forces of a Party to the conflict as well as members of militias or volunteer corps forming part of such armed forces.

(2) Members of other militias and members of other volunteer corps, including those of organized resistance movements, belonging to a Party to the conflict and operating in or outside their own territory, even if this territory is occupied, provided that such militias or volunteer corps, including such organized resistance movements, fulfil the following conditions:

(a) that of being commanded by a person responsible for his subordinates;

(b) that of having a fixed distinctive sign recognizable at a distance;

(c) that of carrying arms openly;

(d) that of conducting their operations in accordance with the laws and customs of war.

(3) Members of regular armed forces who profess allegiance to a government or an authority not recognized by the Detaining Power.

(4) Persons who accompany the armed forces without actually being members thereof, such as civilian members of military aircraft crews, war correspondents, supply contractors, members of labour units or of services responsible for the welfare of the armed forces, provided that they have received authorization from the armed forces which they accompany, who shall provide them for that purpose with an identity card similar to the annexed model.

(5) Members of crews, including masters, pilots and apprentices, of the merchant marine and the crews of civil aircraft of the Parties to the conflict, who do not benefit by more favourable treatment under any other provisions of international law.

(6) Inhabitants of a non-occupied territory, who on the approach of the enemy spontaneously take up arms to resist the invading forces, without having had time to form themselves into regular armed units, provided they carry arms openly and respect the laws and customs of war.

...”

Article 5 of the Third Geneva Convention

“The present Convention shall apply to the persons referred to in Article 4 from the time they fall into the power of the enemy and until their final release and repatriation.

Should any doubt arise as to whether persons, having committed a belligerent act and having fallen into the hands of the enemy, belong to any of the categories enumerated in Article 4, such persons shall enjoy the protection of the present Convention until such time as their status has been determined by a competent tribunal.”

Article 12 of the Third Geneva Convention

“Prisoners of war are in the hands of the enemy Power, but not of the individuals or military units who have captured them. Irrespective of the individual responsibilities that may exist, the Detaining Power is responsible for the treatment given them.

Prisoners of war may only be transferred by the Detaining Power to a Power which is a party to the Convention and after the Detaining Power has satisfied itself of the willingness and ability of such transferee Power to apply the Convention. When prisoners of war are transferred under such circumstances, responsibility for the application of the Convention rests on the Power accepting them while they are in its custody.

Nevertheless if that Power fails to carry out the provisions of the Convention in any important respect, the Power by whom the prisoners of war were transferred shall, upon being notified by the Protecting Power, take effective measures to correct the situation or shall request the return of the prisoners of war. Such requests must be complied with.”

Article 21 of the Third Geneva Convention

“The Detaining Power may subject prisoners of war to internment. It may impose on them the obligation of not leaving, beyond certain limits, the camp where they are interned, or if the said camp is fenced in, of not going outside its perimeter. Subject to

the provisions of the present Convention relative to penal and disciplinary sanctions, prisoners of war may not be held in close confinement except where necessary to safeguard their health and then only during the continuation of the circumstances which make such confinement necessary.

...”

Article 118 of the Third Geneva Convention

“Prisoners of war shall be released and repatriated without delay after the cessation of active hostilities. ...

Article 42 of the Fourth Geneva Convention

The internment or placing in assigned residence of protected persons may be ordered only if the security of the Detaining Power makes it absolutely necessary.

...”

Article 43 of the Fourth Geneva Convention

“Any protected person who has been interned or placed in assigned residence shall be entitled to have such action reconsidered as soon as possible by an appropriate court or administrative board designated by the Detaining Power for that purpose. If the internment or placing in assigned residence is maintained, the court or administrative board shall periodically, and at least twice yearly, give consideration to his or her case, with a view to the favourable amendment of the initial decision, if circumstances permit.

...”

Article 78 of the Fourth Geneva Convention

“If the Occupying Power considers it necessary, for imperative reasons of security, to take safety measures concerning protected persons, it may, at the most, subject them to assigned residence or to internment.

Decisions regarding such assigned residence or internment shall be made according to a regular procedure to be prescribed by the Occupying Power in accordance with the provisions of the present Convention. This procedure shall include the right of appeal for the parties concerned. Appeals shall be decided with the least possible delay. In the event of the decision being upheld, it shall be subject to periodical review, if possible every six months, by a competent body set up by the said Power.

Protected persons made subject to assigned residence and thus required to leave their homes shall enjoy the full benefit of Article 39 of the present Convention.”

Article 132 of the Fourth Geneva Convention

“Each interned person shall be released by the Detaining Power as soon as the reasons which necessitated his internment no longer exist.

...”

Article 133 of the Fourth Geneva Convention

“Internment shall cease as soon as possible after the close of hostilities.
...”

B. The Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969

34. Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969 (“the Vienna Convention”) provides as follows:

Article 31 – General Rule of Interpretation

“1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:

(a) Any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connexion with the conclusion of the treaty;

(b) Any instrument which was made by one or more parties in connexion with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.

3. There shall be taken into account, together with the context:

(a) Any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;

(b) Any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;

(c) Any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.

4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.”

C. Case-law of the International Court of Justice concerning the interrelationship between international humanitarian law and international human rights law

35. In its Advisory Opinion on the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (8 July 1996), the International Court of Justice stated as follows:

“25. The Court observes that the protection of the International Covenant of Civil and Political Rights does not cease in times of war, except by operation of Article 4 of the Covenant whereby certain provisions may be derogated from in a time of national emergency. Respect for the right to life is not, however, such a provision. In principle, the right not arbitrarily to be deprived of one’s life applies also in hostilities. The test

of what is an arbitrary deprivation of life, however, then falls to be determined by the applicable *lex specialis*, namely, the law applicable in armed conflict which is designed to regulate the conduct of hostilities. Thus whether a particular loss of life, through the use of a certain weapon in warfare, is to be considered an arbitrary deprivation of life contrary to Article 6 of the Covenant, can only be decided by reference to the law applicable in armed conflict and not deduced from the terms of the Covenant itself.”

36. In its Advisory Opinion on *The Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (9 July 2004), the International Court of Justice rejected Israel’s argument that the human rights instruments to which it was a party were not applicable to occupied territory, and held:

“106. ... the Court considers that the protection offered by human rights conventions does not cease in case of armed conflict, save through the effect of provisions for derogation of the kind to be found in Article 4 of the [International Covenant on Civil and Political Rights]. As regards the relationship between international humanitarian law and human rights law, there are thus three possible situations: some rights may be exclusively matters of international humanitarian law; others may be exclusively matters of human rights law; yet others may be matters of both these branches of international law. In order to answer the question put to it, the Court will have to take into consideration both these branches of international law, namely human rights law and, as *lex specialis*, international humanitarian law.”

37. In its judgment *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)* of 19 December 2005, the International Court of Justice held as follows:

“215. The Court, having established that the conduct of the UPDF [Uganda People’s Defence Force] and of the officers and soldiers of the UPDF is attributable to Uganda, must now examine whether this conduct constitutes a breach of Uganda’s international obligations. In this regard, the Court needs to determine the rules and principles of international human rights law and international humanitarian law which are relevant for this purpose.

216. The Court first recalls that it had occasion to address the issues of the relationship between international humanitarian law and international human rights law and of the applicability of international human rights law instruments outside national territory in its Advisory Opinion of 9 July 2004 on the *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*. In this Advisory Opinion the Court found that

‘the protection offered by human rights conventions does not cease in case of armed conflict, save through the effect of provisions for derogation of the kind to be found in Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights. As regards the relationship between international humanitarian law and human rights law, there are thus three possible situations: some rights may be exclusively matters

of international humanitarian law; others may be exclusively matters of human rights law; yet others may be matters of both these branches of international law.’ (I.C.J. Reports 2004, p. 178, para. 106.)

It thus concluded that both branches of international law, namely international human rights law and international humanitarian law, would have to be taken into consideration. The Court further concluded that international human rights instruments are applicable ‘in respect of acts done by a State in the exercise of its jurisdiction outside its own territory’, particularly in occupied territories (*ibid.*, pp. 178-181, paras. 107-113).”

D. The Report of the Study Group of the International Law Commission on Fragmentation of International Law

38. The Report of the Study Group of the International Law Commission on the topic “Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law” was adopted by the International Law Commission at its fifty-eighth session, in 2006. The Analytical Study of the Study Group on the same topic, dated 13 April 2006 (A/CN.4/L.682), stated at § 104 as follows:

“The example of the laws of war focuses on a case where the rule itself identifies the conditions in which it is to apply, namely the presence of an ‘armed conflict’. Owing to that condition, the rule appears more ‘special’ than if no such condition had been identified. To regard this as a situation of *lex specialis* draws attention to an important aspect of the operation of the principle. Even as it works so as to justify recourse to an exception, what is being set aside does not vanish altogether. The [International Court of Justice] was careful to point out that human rights law *continued to apply* within armed conflict. The exception – humanitarian law – only affected one (albeit important) aspect of it, namely the relative assessment of ‘arbitrariness’. Humanitarian law as *lex specialis* did not suggest that human rights were abolished in war. It did not function in a formal or absolute way but as an aspect of the pragmatics of the Court’s reasoning. However desirable it might be to discard the difference between peace and armed conflict, the exception that war continues to be to the normality of peace could not be simply overlooked when determining what standards should be used to judge behaviour in those (exceptional) circumstances. *Legality of Nuclear Weapons* was a ‘hard case’ to the extent that a choice had to be made by the [International Court of Justice] between different sets of rules none of which could fully extinguish the others. *Lex specialis* did hardly more than indicate that though it might have been desirable to apply only human rights, such a solution would have been too idealistic, bearing in mind the speciality and persistence of armed conflict. So the Court created a systemic view of the law in which the two sets of rules related to each other as today’s reality and tomorrow’s promise, with a view to the overriding need to ensure ‘the survival of a State’.”

E. The House of Lords' judgment in *Al-Jedda*

39. In their judgment of 12 December 2007 in the *Al-Jedda* case (*R. (on the application of Al-Jedda) (FC) (Appellant) v. Secretary of State for Defence (Respondent)* [2007] UKHL 58), the majority of the House of Lords considered that Mr Al-Jedda's internment was authorised by United Nations Security Council Resolution 1546. They further held that Article 103 of the United Nations Charter operated to give the United Kingdom's obligations pursuant to that Resolution primacy over its obligations under Article 5 of the Convention (see further *Al-Jedda v. the United Kingdom* [GC], no. 27021/08, §§ 18-22, ECHR 2011). Lord Bingham, however, made it clear that, despite this conclusion, Article 5 had some continued application:

"39. Thus there is a clash between on the one hand a power or duty to detain exercisable on the express authority of the Security Council and, on the other, a fundamental human right which the UK has undertaken to secure to those (like the appellant) within its jurisdiction. How are these to be reconciled? There is in my opinion only one way in which they can be reconciled: by ruling that the UK may lawfully, where it is necessary for imperative reasons of security, exercise the power to detain authorised by UNSCR 1546 and successive resolutions, but must ensure that the detainee's rights under article 5 are not infringed to any greater extent than is inherent in such detention. ..."

Similarly, Baroness Hale observed:

"125. ... I agree with Lord Bingham, for the reasons he gives, that the only way is by adopting such a qualification of the Convention rights.

126. That is, however, as far as I would go. The right is qualified but not displaced. This is an important distinction, insufficiently explored in the all or nothing arguments with which we were presented. We can go no further than the UN has implicitly required us to go in restoring peace and security to a troubled land. The right is qualified only to the extent required or authorised by the resolution. What remains of it thereafter must be observed. This may have both substantive and procedural consequences.

127. It is not clear to me how far UNSC resolution 1546 went when it authorised the [Multi-National Force] to 'take all necessary measures to contribute to the maintenance of security and stability in Iraq, in accordance with the letters annexed to this resolution expressing, *inter alia*, the Iraqi request for the continued presence of the multinational force and setting out its tasks' (para 10). The 'broad range of tasks' were listed by Secretary of State Powell as including 'combat operations against members of these groups [seeking to influence Iraq's political future through violence], internment where this is necessary for imperative reasons of security, and the continued search for and securing of weapons that threaten Iraq's security'. At the same time, the Secretary of State made clear the commitment of the forces which made up the MNF to 'act consistently with their obligations under the law of armed conflict, including the Geneva Conventions'.

128. On what basis is it said that the detention of this particular appellant is consistent with our obligations under the law of armed conflict? He is not a ‘protected person’ under the fourth Geneva Convention because he is one of our own citizens. Nor is the UK any longer in belligerent occupation of any part of Iraq. So resort must be had to some sort of post conflict, post occupation, analogous power to intern anyone where this is thought ‘necessary for imperative reasons of security’. Even if the UNSC resolution can be read in this way, it is not immediately obvious why the prolonged detention of this person in Iraq is necessary, given that any problem he presents in Iraq could be solved by repatriating him to this country and dealing with him here. If we stand back a little from the particular circumstances of this case, this is the response which is so often urged when British people are in trouble with the law in foreign countries, and in this case it is within the power of the British authorities to achieve it.

129. But that is not the way in which the argument has been conducted before us. Why else could Lord Bingham and Lord Brown speak of ‘displacing or qualifying’ in one breath when clearly they mean very different things? We have been concerned at a more abstract level with attribution to or authorisation by the United Nations. We have devoted little attention to the precise scope of the authorisation. There must still be room for argument about what precisely is covered by the resolution and whether it applies on the facts of this case. Quite how that is to be done remains for decision in the other proceedings. With that caveat, therefore, but otherwise in agreement with Lord Bingham, Lord Carswell and Lord Brown, I would dismiss this appeal.”

F. Derogations relating to detention under Article 15 of the European Convention on Human Rights and Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights

40. Leaving aside a number of declarations made by the United Kingdom between 1954 and 1966 in respect of powers put in place to quell uprisings in a number of its colonies, the derogations made by Contracting States under Article 15 of the Convention have all made reference to emergencies arising within the territory of the derogating State.

41. Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) contains a derogation clause similar to Article 15 of the Convention. According to the information available to the Court, since ratifying the ICCPR, eighteen States have lodged declarations derogating from their obligations under Article 9, which provides for “the right to liberty and security of person”. Of these, only three declarations could possibly be interpreted as including a reference, by the authorities of the derogating State, to a situation of international armed conflict or military aggression by another State. The States which filed these derogations were Nicaragua, between 1985 and 1988, where the declaration referred to the United States’ “unjust, unlawful and immoral aggression against the Nicaraguan people and their revolutionary government”; Azerbaijan, between April and

September 1993, where the declaration referred to the “escalating aggression by the armed forces of Armenia”; and Israel, where the declaration made on 3 October 1991 and currently applicable reads as follows:

“Since its establishment, the State of Israel has been the victim of continuous threats and attacks on its very existence as well as on the life and property of its citizens.

These have taken the form of threats of war, of actual armed attacks, and campaigns of terrorism resulting in the murder of and injury to human beings.

In view of the above, the State of Emergency which was proclaimed in May 1948 has remained in force ever since. This situation constitutes a public emergency within the meaning of article 4 (1) of the Covenant.

The Government of Israel has therefore found it necessary, in accordance with the said article 4, to take measures to the extent strictly required by the exigencies of the situation, for the defence of the State and for the protection of life and property, including the exercise of powers of arrest and detention.

In so far as any of these measures are inconsistent with article 9 of the Covenant, Israel thereby derogates from its obligations under that provision.”

None of the States explicitly expressed the view that derogation was necessary in order to detain persons under the Third or Fourth Geneva Conventions.

42. As regards State practice, in her book *Captured in War: Lawful Internment in Armed Conflict* (Hart Publishing/Edizioni A. Pedone, Oxford and Paris, 2013), Els Debuf referred to a study she had undertaken of the derogations notified to the concerned authorities for the Convention and the ICCPR, as reflected in the United Nations’ and the Council of Europe’s online databases (last verified on 1 October 2010). She noted as follows:

“Our research of these databases – focused on international armed conflicts and occupations in which States parties to the ICCPR and [the Convention] were involved since their date of ratification – has provided us with the following information ... Neither Afghanistan nor the Soviet Union derogated from the ICCPR during the conflict that opposed the two States from 1979 to 1989. Likewise, neither Afghanistan, Australia, Canada, Denmark, France, Germany, Italy, the Netherlands, New Zealand, the UK or the US derogated from the right to liberty under the ICCPR or the [Convention] in relation to the international phase of the recent conflict in Afghanistan (2001-2002); the same is true for the conflict that opposed Iraq to the US, UK and other States from 2003 to 2004. The following States have also interned persons on the basis of the Third and the Fourth Geneva Conventions without derogating from the right to liberty in the ICCPR or [the Convention]: the UK and Argentina in the conflict over the Falklands/Malvinas islands in 1982; the US during its military operations in Grenada in 1983; India and Bangladesh in the conflicts with Pakistan in the 1970’s (Pakistan is not a party to the ICCPR); Iran and Iraq during the 1980-1988 war; Israel and the Arab States in any of the international armed conflicts opposing them in the Middle East (1948-today) [but note the derogation filed by

Israel, set out in paragraph 40 above]; the States parties to the [Convention] that participated under the umbrella of the UN in the Korean War from 1950 to 1953; Iraq, Kuwait, the US and the UK during the 1991 Gulf War (Saudi-Arabia, which interned many prisoners of war during that conflict, is not a party to the ICCPR); Angola, Burundi, the Democratic Republic of the Congo (DRC), Namibia, Rwanda, Uganda and Zimbabwe in the DRC (1998-2003); Ethiopia in the conflict opposing it to Eritrea from 1998 to 2000 (Eritrea had not yet ratified the ICCPR at the time); Eritrea and Djibouti in the short border conflict in 2008; Georgia and Russia in the blitz war of August 2008; Russia did not derogate from the ICCPR in relation to the conflict with Moldova over Transdnistria in 1992 (Russia was not yet a party to the [Convention] and Moldova was not yet a party to either the ICCPR or the [Convention] at the time). Neither Cyprus nor Turkey derogated from the ICCPR or the [Convention] to intern on the basis of GC III-IV in Northern-Cyprus (note that Turkey did not consider the ICCPR or the [Convention] to apply extra-territorially); Turkey did derogate from the [Convention] as far as persons within mainland Turkey were concerned but since it did not specify the articles from which it intended to derogate it is unclear whether it thought it necessary to do so in order to intern persons on the basis of GC III and IV. Similarly, Azerbaijan derogated from the ICCPR (it was not a party to the [Convention] yet at the time) to take measures that were necessary as a result of the conflict with Armenia (1988-1994), but it is unclear whether it did so to intern persons on the basis of the Geneva Conventions; Armenia did not derogate from the ICCPR (it was not yet a party to the [Convention] at the time). Likewise, Nicaragua derogated from article 9 ICCPR, saying it was obliged to do so following the US involvement in the conflict with the Contras in the 1980s. It is unclear whether Nicaragua thought it necessary to derogate from the ICCPR to intern on the basis of the Geneva Conventions, in its notices of derogation it insisted that article 9 § 1 was only derogated from for offences against national security and public order.”

THE LAW

I. THE COURT’S ASSESSMENT OF THE EVIDENCE AND ESTABLISHMENT OF THE FACTS

A. The parties’ submissions

1. *The applicant*

43. The applicant contended that the evidence of his sisters, friend and neighbour demonstrated that his brother had been captured and detained by British forces with the purpose of inducing the applicant to surrender himself. The first reference made by the Government to the battalion record, which referred to Tarek Hassan’s arrest (see paragraph 11 above), was in its observations to the Grand Chamber in September 2013. No good explanation for the recent appearance of this material had been provided, which was surprising given the emphasis placed on the document by the

Government. The applicant made no admissions as to whether or not he accepted it was genuine. He underlined, also, that it was the sole document to make any reference to Tarek Hassan's having been found in possession of an AK-47 machine gun and positioned on the roof. Neither of the records of his interviews (see paragraphs 23-24 above) referred to his having been detained as a suspected combatant or having posed any threat, real or suspected, to British forces at any time.

44. The applicant further contended that the Camp Bucca computer detention records recorded three different release dates, none of which appeared reliable (see paragraph 28 above). Similarly, the place of release was a matter of speculation based on unclear and inconsistent evidence (see paragraphs 27-28 above). It could not even be said with any certainty that Tarek Hassan was not still being detained after the search of Camp Bucca on 12 May 2003, given in particular the release date entered on the US records. The applicant pointed out that his brother was found dead with the US Camp Bucca identity tag still on him (see paragraph 29 above) and that he had not contacted his family at any point after he had been captured by British forces, which strongly suggested that he had had no opportunity to do so.

2. The Government

45. The Government submitted that the applicant had not established an adequate justification for the delay in raising his complaints with the UK authorities. The delay had imposed an inevitable impediment to the effective investigation of Tarek Hassan's death. No adverse inferences should be drawn from the Government's inability to provide an explanation for Tarek Hassan's death in circumstances where the evidence provided a satisfying and convincing explanation of his arrest, detention and release.

46. The Government denied the allegation that Tarek Hassan was detained as a means of putting pressure on the applicant to surrender. They contended that the evidence submitted by the applicant in support of this claim was imprecise and hearsay and that such a purpose on the part of the UK authorities would have been inconsistent with Tarek Hassan's subsequent release from Camp Bucca as soon as his status had been established as a civilian who did not pose a threat to security. Instead, they contended that it was reasonable for the British forces to suspect Tarek Hassan of being a combatant, since he was found, armed, on the roof of the house of a general of the Al-Quds Army, which house contained other firearms and a number of documents of intelligence value relating to local members of the Ba'ath Party (see paragraph 11 above). The Government further pointed out that, apart from the applicant's witness statement, there

was no independent evidence of the cause of death because this information had not been entered on the death certificate (see paragraph 29 above). In any event, they emphasised that Samara was some 700 km from Camp Bucca, in an area that had never been occupied by British forces, and that the AK-47 machine gun was not a weapon used by British forces.

B. The Court's evaluation of the facts

47. At the outset, the Court observes that the domestic proceedings were dismissed on the ground that the applicant's brother did not fall within the jurisdiction of the United Kingdom at any material time (see paragraph 31 above). It was not therefore necessary for the national courts to establish the facts in any detail. The Court is generally sensitive to the subsidiary nature of its role and cautious in taking on the role of a first-instance tribunal of fact (see *McKerr v. the United Kingdom* (dec.), no. 28883/95, 4 April 2000). However, in the present circumstances it is unavoidable that it must make some findings of fact of its own on the basis of the evidence before it.

48. In cases in which there are conflicting accounts of events, the Court is inevitably confronted when establishing the facts with the same difficulties as those faced by any first-instance court. It reiterates that, in assessing evidence, it has adopted the standard of proof "beyond reasonable doubt". However, it has never been its purpose to borrow the approach of the national legal systems that use that standard. Its role is not to rule on criminal guilt or civil liability but on Contracting States' responsibility under the Convention. The specificity of its task under Article 19 of the Convention – to ensure the observance by the Contracting States of their engagement to secure the fundamental rights enshrined in the Convention – conditions the Court's approach to the issues of evidence and proof. In the proceedings before it, there are no procedural barriers to the admissibility of evidence or predetermined formulae for its assessment. It adopts the conclusions that are, in its view, supported by the free evaluation of all evidence, including such inferences as may flow from the facts and the parties' submissions. According to its established case-law, proof may follow from the coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar unrebutted presumptions of fact. Moreover, the level of persuasion necessary for reaching a particular conclusion and, in this connection, the distribution of the burden of proof, are intrinsically linked to the specificity of the facts, the nature of the allegation made and the Convention right at stake. The Court is also attentive to the seriousness that attaches to a ruling that a Contracting State has violated fundamental rights (see *El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia* [GC], no. 39630/09, § 151, ECHR 2012).

49. Furthermore, it is to be recalled that Convention proceedings do not in all cases lend themselves to a strict application of the principle *affirmanti incumbit probatio* (the principle, that is, that the burden of proof lies on the person making the allegation in question). The Court reiterates its case-law under Articles 2 and 3 of the Convention to the effect that where the events in issue lie within the exclusive knowledge of the authorities, as in the case of persons under their control in custody, strong presumptions of fact will arise in respect of injuries and death occurring during that detention. The burden of proof in such a case may be regarded as resting on the authorities to provide a satisfactory and convincing explanation. In the absence of such explanation the Court can draw inferences which may be unfavourable for the respondent State. The Court has already found that these considerations apply to disappearances examined under Article 5 of the Convention, where, although it has not been proved that a person has been taken into custody by the authorities, it is possible to establish that he or she was officially summoned by the authorities, entered a place under their control and has not been seen since. In such circumstances, the onus is on the Government to provide a plausible and satisfactory explanation as to what happened on the premises and to show that the person concerned was not detained by the authorities, but left the premises without subsequently being deprived of his or her liberty. Furthermore, the Court reiterates that, again in the context of a complaint under Article 5 § 1 of the Convention, it has required proof in the form of concordant inferences before the burden of proof is shifted to the respondent Government (see *El-Masri*, cited above, §§ 152-53).

50. It is not in dispute in the present case that the applicant's brother was captured by British forces on 23 April 2003, subsequently detained at Camp Bucca and that he died shortly before his body was found in Samara on 1 September 2003. The disagreement over the facts centres on two issues: firstly, whether Tarek Hassan was arrested and detained as a means of exerting pressure on the applicant to surrender himself and, secondly, in what circumstances Tarek Hassan left Camp Bucca. In addition, since the applicant alleges that Tarek Hassan's body had marks of ill-treatment on it, the question arises whether he was ill-treated while in detention.

51. As to the first point, the Court notes that the only evidence before it which supports the claim that Tarek Hassan was taken into detention in an attempt to force the applicant to surrender himself are the two statements made by the applicant and the note of a telephone interview with the applicant's neighbour, both prepared for the purposes of the domestic proceedings (see paragraphs 12-13 above). In the applicant's first statement, he alleged that his sisters had been told by the British military authority that Tarek Hassan would not be released until the applicant gave himself up. In

the second statement, the applicant claimed that this information was given to his neighbour and his friend. In neither of the applicant's statements, nor that of his neighbour, Mr Al-Ubody, is the representative of the United Kingdom military who made the alleged assertion identified by name or rank. Given the lack of precision, the hearsay nature of this evidence and the internal inconsistencies in the applicant's statements, the Court does not find the evidence in support of the applicant's claim to be strong.

52. For their part, the Government were not able to present the Court with any witness evidence relating to Tarek Hassan's capture. However, they provided the Court with the operational log of The Black Watch Battalion which was created contemporaneously with the events in question (see paragraph 11 above). It records that, when British forces arrived at the house, Tarek Hassan was positioned on the roof, armed with an AK-47 machine gun and that other firearms and documents of intelligence value were found in the house. In addition, the Government provided records of interviews at Camp Bucca with Tarek Hassan and screen shots of entries relating to him on the AP3-Ryan database (see, respectively, paragraphs 23-24 and 18, 22 and 28 above). The Court has no grounds on which to question the authenticity of these records. They show that Tarek Hassan was registered at Camp Bucca on 23 April 2003, taken to the JFIT compound at 16.40 on 23 April 2003 and released to the civilian holding area of Camp Bucca on 25 April 2003 at 20.00 local time. The computer records further show that he was questioned once on 23 April 2003 21.30 local time and again on 25 April at 08.00 local time. Records of both interviews have been provided to the Court. They show that Tarek Hassan's identity as the applicant's brother was known and that it was established in the course of questioning that he had no personal involvement with the Ba'ath Party or the Al-Quds Army.

53. In the Court's view, the capture and questioning records are consistent with the Government's submission that Tarek Hassan was captured as a suspected combatant or a civilian posing a threat to security. This view is supported by other evidence which tends to show that Tarek Hassan may well have been armed with, or at least in the possession of, an AK-47 machine gun at the moment of his capture, namely the applicant's assertion that his younger brother had been left to protect the family home (see paragraph 10 above) and Tarek Hassan's reported explanation, during his interrogation by British agents, of the presence of the weapon as being for personal protection (see paragraph 24 above). The Camp Bucca records further indicate that he was cleared for release as soon as it had been established that he was a civilian who did not pose a threat to security.

54. The Court accepts that Tarek Hassan's capture was linked to his relationship with his brother, but only to the extent that the British forces,

having been made aware of the relationship by Tarek Hassan himself and finding Tarek Hassan armed at the moment of capture (see paragraph 11 above), may have suspected that he also was involved with the Ba'ath Party and Al-Quds Army. The Court does not find that the evidence supports the claim that Tarek Hassan was taken into custody to be held until the applicant should surrender. If that had been the intention of the British forces, he would not have been cleared for release immediately after the second interview and less than 38 hours after his admission to Camp Bucca (see paragraph 22 above).

55. As regards the date and place of Tarek Hassan's release, the principal evidence consists of entries from AP3-Ryan (see paragraph 28 above). One entry made on 4 May 2003 recorded that Tarek Hassan had been released on 2 May 2003, by coach, to Umm Qasr, on the ground of the "End of Hostilities". Another entry on 12 May 2003 found that Tarek Hassan was not present in the Camp when a full check of detainees was made. The Court considers, on the basis of these entries, taken together with the decision made following the second screening interview not to continue to detain Tarek Hassan, that he was in all probability released early in May 2003. This view is further supported by the evidence provided by the Government concerning the policy decision taken by British forces to release all detainees prior to or immediately following the cessation of hostilities announced on 1 May 2003, save those suspected of criminal offences or of activities posing a risk to security (see paragraph 27 above). As to the place of release, the Court notes that Camp Bucca was situated only about 2.5 km from Umm Qasr. Although the main text of the relevant military order relating to the release of detainees from Camp Bucca did not list Umm Qasr as a drop-off point (listing only four towns to the north of the Camp), the annex to the order did describe Umm Qasr as a release area. It is impossible to be certain in the absence of more conclusive evidence, but given the town's proximity to the Camp, its mention in the annex, the United Kingdom policy of releasing detainees following the end of hostilities and the computer entries concerning Tarek Hassan's release, the Court finds that it is probable that Tarek Hassan was released in or near Umm Qasr on 2 May 2003.

56. The Court is of the view that, in this case, since the evidence concerning Tarek Hassan's detention and release was, for the most part, accessible only to the Government, the onus is on them to provide a plausible and satisfactory explanation as to what happened to Tarek Hassan in the Camp and to show that he was released and that the release followed a safe procedure (see paragraph 49 above). The computer records show that by 22 May 2003 the United Kingdom had captured and processed some 3,738 detainees in Iraq since the start of hostilities and had released all but

361 (see paragraph 28 above). In the light of the time that had elapsed before the applicant lodged his claim and the large number of UK detainees that were released from Camp Bucca around the end of April and the beginning of May 2003, it is unsurprising that no eyewitness able to remember Tarek Hassan's release has been traced. In the circumstances of the present case, the Court finds that the evidence referred to above is sufficient to satisfy the burden of proof on the Government.

57. Finally, there is no evidence before the Court to suggest that Tarek Hassan was ill-treated while in detention. The interview records show that he was questioned on two occasions shortly after being admitted to the Camp and found to be a civilian, of no intelligence value and not posing any threat to security. The witness statement submitted by the applicant, of Mr Al-Saadoon, who claimed to have seen Tarek Hassan in the civilian holding area in Camp Bucca in the period after he was questioned and before he was released, makes no mention of any sign of injury on Tarek Hassan or any complaint by him of ill-treatment. Moreover, apart from the applicant's witness statement, there is no evidence before the Court as to the cause of Tarek Hassan's death or the presence of marks of ill-treatment on his body, since the death certificate contains no information on either point. Assuming the applicant's description of his brother's body to be accurate, the lapse of four months between Tarek Hassan's release and his death does not support the view that his injuries were caused during his time in detention.

58. Having established the facts of the case, the Court must next examine the applicant's complaints under the Convention.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLES 2 AND 3 OF THE CONVENTION

A. The parties' submissions

1. *The applicant*

59. The applicant complained that the circumstances of Tarek Hassan's death gave rise to, at least, a prima facie violation of Articles 2 and 3 of the Convention, entailing an obligation on the Government to undertake an effective investigation. Article 2 of the Convention reads as follows:

"1. Everyone's right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law.

2. Deprivation of life shall not be regarded as inflicted in contravention of this Article when it results from the use of force which is no more than absolutely necessary:

- (a) in defence of any person from unlawful violence;

(b) in order to effect a lawful arrest or to prevent the escape of a person lawfully detained;

(c) in action lawfully taken for the purpose of quelling a riot or insurrection.”

Article 3 of the Convention provides:

“No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment.”

60. The applicant emphasised that it was incumbent on the UK authorities, which had sole knowledge of what happened to Tarek Hassan following his arrest, to establish that he was alive when he left detention and that he was not released into a situation which exposed him to the risk of death or serious mistreatment. His disappearance and death following detention by the United Kingdom gave rise to a *prima facie* case that Tarek was either killed by or with the involvement of UK personnel or exposed to a real risk of death or mistreatment by UK personnel by being released in a remote or otherwise dangerous environment, or being transferred into the hands of a third party. This engaged two issues under Articles 2 and 3. Firstly, if the Government were unable to provide a plausible alternative explanation of the events leading to Tarek Hassan’s death, then the United Kingdom should be held liable for it. Secondly, there was an arguable case of a violation of Articles 2 and 3, engaging the procedural obligation to investigate.

2. The Government

61. The Government submitted that, in a case such as the present, no duty to investigate could arise under Article 2 or 3 unless there was at least an arguable case that the United Kingdom was responsible for ill-treating Tarek Hassan or causing his death, or that Tarek Hassan’s death occurred in territory that was controlled by the United Kingdom. This was not, on the evidence, a case in which the death occurred in the custody of the State. Such deaths might warrant a lower threshold or trigger for the investigative duty, but this was not the case here. Tarek Hassan’s death occurred many months after his release and in circumstances where there was nothing pointing to United Kingdom State involvement in the death.

B. The Court’s assessment

62. According to the Court’s case-law, the obligation to protect the right to life under Article 2, read in conjunction with the State’s general duty under Article 1 of the Convention to “secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in [the] Convention”, requires by implication that there should be some form of effective official

investigation when individuals have been killed as a result of the use of force by agents of the State (see *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 55721/07, § 163, ECHR 2011). In addition, Article 3 places a duty on the State to carry out an effective official investigation where an individual makes a “credible assertion” that he has suffered ill-treatment in breach of that provision at the hands of State officials, or, in the absence of an express complaint, where there are other sufficiently clear indications that torture or ill-treatment might have occurred (see *Labita v. Italy* [GC], no. 26772/95, § 131, ECHR 2000-IV, and *Members of the Gldani Congregation of Jehovah’s Witnesses and Others v. Georgia*, no. 71156/01, § 97, 3 May 2007, and the cases cited therein).

63. In the present case, with reference to the facts as assessed above by the Court, there is no evidence to suggest that Tarek Hassan was ill-treated while in detention, such as to give rise to an obligation on the respondent State under Article 3 to carry out an official investigation. Nor is there any evidence that the UK authorities were responsible in any way, directly or indirectly, for Tarek Hassan’s death, which occurred some four months after he was released from Camp Bucca, in a distant part of the country not controlled by British forces. In the absence of any evidence of the involvement of UK State agents in the death, or even of any evidence that the death occurred within territory controlled by the United Kingdom, no obligation to investigate under Article 2 can arise.

64. In conclusion, the Court considers that the complaints under Articles 2 and 3 of the Convention are manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention and must be declared inadmissible pursuant to Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.

III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 5 §§ 1, 2, 3 AND 4 OF THE CONVENTION

65. The applicant alleged that his brother’s capture by British forces and detention in Camp Bucca gave rise to breaches of his rights under Article 5 §§ 1, 2, 3 and 4 of the Convention, which provide in their relevant parts as follows:

“1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law:

...

(b) the lawful arrest or detention of a person for non-compliance with the lawful order of a court or in order to secure the fulfilment of any obligation prescribed by law;

(c) the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so;

...

2. Everyone who is arrested shall be informed promptly, in a language which he understands, of the reasons for his arrest and of any charge against him.

3. Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1 (c) of this Article shall be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial.

4. Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful.”

The Government denied that Tarek Hassan fell within United Kingdom jurisdiction at any material time. In the alternative, they denied that his capture and detention, during an international armed conflict, gave rise to any violation of the provisions of Article 5.

A. Jurisdiction

66. The applicant contended that at all material times his brother was within the jurisdiction of the United Kingdom, within the meaning of Article 1 of the Convention, which provides:

“The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of [the] Convention.”

1. *The parties' submissions*

(a) **The applicant**

67. The applicant submitted that Tarek Hassan fell within the United Kingdom's jurisdiction under Article 1 by virtue of the application of the “effective control of an area” principle, as articulated by the Court in *Al-Skeini and Others*, cited above, § 138-40. He further submitted that the implication to be drawn from the judgment in *Al-Skeini and Others* was that the United Kingdom had effective control over south-east Iraq following the removal from power of the Ba'ath regime, which had been achieved by 1 May 2003. He pointed out that by 9 April 2003 coalition troops had taken control of Baghdad and that by mid-April 2003, well before the capture of Tarek Hassan, statements made by the Prime Minister of the United Kingdom and by the director of operations for the US Joint Chiefs of Staff indicated that the coalition forces considered the war effectively

over. With regard to the criteria identified by the Court as relevant to the question whether a State exercised effective control of an area, namely “the strength of the state’s military presence in the area” and “the extent to which its military, economic and political support for the local subordinate administration provides it with influence and control over the region”, there was no evidence of any significant practical difference between 23 April and 1 May 2003, and no good reason why there should be a difference in the legal position.

68. In the alternative, the applicant argued that jurisdiction was clearly established under the principle of State agent authority. It was the applicant’s submission that, according to the Court’s case-law, jurisdiction on this ground was not dependent on control over a building, area or vehicle but might also arise simply where there was physical control or authority over a person. Such authority and control over individuals did not have to be exclusive or total in order for jurisdiction to arise. Nor was it necessary for the State to be in a position to secure all the Convention rights to the person under its control. On this basis, the Court should reject the Government’s argument that bipartite or joint control was not sufficient for the purposes of Article 1 of the Convention.

69. The applicant submitted that, following his brother’s arrest during the night of 22/23 April 2003, when the latter was taken into the custody of British soldiers, it could not realistically be disputed that the United Kingdom had authority and control, and therefore Article 1 jurisdiction, over him. In relation to the period after his admission to Camp Bucca, the United Kingdom continued to exercise authority and control over his detention. In particular, he was identified as a UK detainee on both the UK AP3-Ryan database and the US Camp Bucca database. The UK authorities were responsible for preparing a capture report and a detention report. Immediately upon his arrival at the Camp, he was taken to the JFIT compound, which was entirely controlled by British forces, and he remained there until 25 April. Even following his transfer from the JFIT compound, he remained under United Kingdom control, since the UK authorities continued to assume responsibility over the well-being of UK detainees in Camp Bucca; they liaised with the ICRC about their treatment and the notification of their detention to their families; retained full rights of access and had a resident monitoring team at Camp Bucca to ensure compliance with domestic and international standards. The British Military Provost Staff (military police) had an overseeing responsibility for UK detainees, on whom they checked daily, and those requiring medical attention would have been treated in British field hospitals. The United Kingdom also remained responsible for classifying detainees under Articles 4

and 5 of the Third Geneva Convention. There was nothing to suggest that the US authorities asserted any basis of their own for detaining Tarek Hassan. The evidence of Major Wilson was that decisions as to whether to release a UK detainee were made by the United Kingdom. In Tarek Hassan's case, it was JFIT which recommended he be released. Moreover, if a decision was made by the UK authorities to release a detainee, he could not simply be released by the United States, but had to be processed out of the Camp by the United Kingdom. In the applicant's view, it was clear that in guarding and escorting UK detainees at Camp Bucca, the United States were acting as agents for the United Kingdom. This was confirmed by the fact that the United Kingdom would reimburse the United States for the costs involved in maintaining detainees. Holding detainees at the US base was simply a matter of UK operational convenience. The position was no different in substance from the United Kingdom contracting out the duties of guarding their detainees to private contractors. The United Kingdom could not contract out of its responsibility under the Convention for detainees and could not absolve itself of responsibility by placing detainees in the temporary custody of another organisation.

(b) The Government

70. The Government emphasised that, according to the Court's case-law, the exercise of extraterritorial jurisdiction remained exceptional. Furthermore, the concept of jurisdiction was not subject to the "living instrument" doctrine. In *Al-Skeini and Others*, cited above, the Court found that the United Kingdom had jurisdiction in relation to the deaths of the applicants' relatives because of a combination of two fact-specific circumstances. The first key element was the fact that the United Kingdom had, from 1 May 2003 until 24 June 2004, assumed authority and responsibility for the maintenance of security in south-east Iraq as an occupying power. The second element was the fact that the deaths occurred during the course of security operations carried out by British forces pursuant to that assumption of authority and responsibility. In the absence of either of these factors, there would have been no jurisdictional link. In particular, the Court did not find jurisdiction on the basis of the "effective control of an area" doctrine and referred expressly to the findings of the Court of Appeal in the domestic *Al-Skeini* proceedings, that it would have been "utterly unreal" to suggest that in May 2003 the United Kingdom was in effective control and was obliged to secure to everyone in Basrah the rights and freedoms guaranteed by the Convention. On 23 April 2003, when the applicant's brother was arrested, the United Kingdom had not yet

assumed responsibility for security operations in south-east Iraq; this did not take place until 1 May 2003.

71. The Government acknowledged that the Court had held that one situation where there might be jurisdiction under Article 1 was where the Contracting State's agents operating outside its territory exercised "total and exclusive control" or "full and exclusive control" over an individual, for example where an individual was in the custody of the Contracting State's agents abroad. However, they submitted that this basis of jurisdiction did not apply in the active-hostilities phase of an international armed conflict, where the agents of the Contracting State in question were operating in territory of which they were not the occupying power. In such a case, the conduct of the Contracting State would, instead, be subject to all the requirements of international humanitarian law. Thus, anything occurring before 1 May 2003, including Tarek Hassan's capture, transfer to US custody in Camp Bucca and questioning by British forces on 25 April 2003, was not within the United Kingdom's jurisdiction for the purposes of Article 1 of the Convention.

72. In addition, the Government contended that Tarek Hassan did not fall within United Kingdom jurisdiction following his admission to Camp Bucca on the separate ground that, at that time, he was transferred to the custody of the United States and ceased to be exclusively, or even primarily, under UK control. According to the Government, the Court's case-law required that a Contracting State's agents operating outside its territory exercise "total and exclusive control" or "full and exclusive control" over an individual in order for jurisdiction to be established; bipartite or joint control was not sufficient to establish jurisdiction for the purposes of Article 1. These conclusions were not affected by the fact that, under paragraph 4 of the MOA (see paragraph 16 above), the United Kingdom could have requested the return of Tarek Hassan to its custody from the United States. There was no evidence that the United Kingdom had ever made such a request. Moreover, the fact that provision for making such a request was included in the MOA provided the clearest indication that, for as long as the person concerned remained under US custody and control, he was not within the jurisdiction of the United Kingdom. This position of principle was supported by Article 12 of the Third Geneva Convention (see paragraph 33 above). The first paragraph of Article 12 stated that the "Detaining Power is responsible for the treatment given" to prisoners of war. However, the second paragraph made it clear that, following the transfer of a prisoner of war by the Detaining Power to another State Party to the Convention, "responsibility for the application of the Convention rests on the Power accepting them while they are in its custody". Thus, during the

time that Tarek Hassan was detained at Camp Bucca, responsibility for the application of the Third and Fourth Geneva Conventions in respect of him rested on the United States.

73. In any event, the Government contended that from 25 April 2003, when Tarek Hassan was determined to be a civilian who should be released, and was moved to the civilian holding area in Camp Bucca, neither the United Kingdom nor the United States purported to exercise a legal right to detain him. He stayed at the Camp only because the security situation rendered it irresponsible simply to have released him immediately. He was no longer being detained, but was in Camp Bucca awaiting transport to his place of capture. Similarly, while he was being transported by coach by British forces to the place of his release, he was a free person and was not in the custody or control, or under the jurisdiction, of the United Kingdom.

2. *The Court's assessment*

74. The Court notes that in *Al-Skeini and Others* (cited above, §§ 130-42) it summarised the applicable principles on jurisdiction within the meaning of Article 1 of the Convention exercised outside the territory of the Contracting State as follows:

“130. ... As provided by [Article 1 of the Convention], the engagement undertaken by a Contracting State is confined to ‘securing’ (*reconnaître* in the French text) the listed rights and freedoms to persons within its own ‘jurisdiction’ (see *Soering v. the United Kingdom*, 7 July 1989, § 86, Series A no. 161, and *Banković and Others [v. Belgium and Others (dec.)]* [GC], no. 52207/99), § 66[, ECHR 2001-XII]). ‘Jurisdiction’ under Article 1 is a threshold criterion. The exercise of jurisdiction is a necessary condition for a Contracting State to be able to be held responsible for acts or omissions imputable to it which give rise to an allegation of the infringement of rights and freedoms set forth in the Convention (see *Ilaşcu and Others [v. Moldova and Russia]* [GC], no. 48787/99), § 311[, ECHR 2004-VII]).

(a) The territorial principle

131. A State’s jurisdictional competence under Article 1 is primarily territorial (see *Soering*, cited above, § 86; *Banković and Others*, cited above, §§ 61 and 67; and *Ilaşcu and Others*, cited above, § 312). Jurisdiction is presumed to be exercised normally throughout the State’s territory (see *Ilaşcu and Others*, cited above, § 312, and *Assanidze v. Georgia* [GC], no. 71503/01, § 139, ECHR 2004-II). Conversely, acts of the Contracting States performed, or producing effects, outside their territories can constitute an exercise of jurisdiction within the meaning of Article 1 only in exceptional cases (see *Banković and Others*, cited above, § 67).

132. To date, the Court in its case-law has recognised a number of exceptional circumstances capable of giving rise to the exercise of jurisdiction by a Contracting State outside its own territorial boundaries. In each case, the question whether exceptional circumstances exist which require and justify a finding by the Court that the State

was exercising jurisdiction extraterritorially must be determined with reference to the particular facts.

(β) State agent authority and control

133. The Court has recognised in its case-law that, as an exception to the principle of territoriality, a Contracting State's jurisdiction under Article 1 may extend to acts of its authorities which produce effects outside its own territory (see *Drozd and Janousek [v. France and Spain]*, 26 June 1992), § 91[, Series A no. 240]; *Loizidou [v. Turkey]* (preliminary objections), [23 March 1995], § 62[, Series A no. 310]; *Loizidou v. Turkey* (merits), 18 December 1996, § 52, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-VI; and *Banković and Others*, cited above, § 69). The statement of principle, as it appears in *Drozd and Janousek* and the other cases just cited, is very broad: the Court states merely that the Contracting Party's responsibility 'can be involved' in these circumstances. It is necessary to examine the Court's case-law to identify the defining principles.

134. Firstly, it is clear that the acts of diplomatic and consular agents, who are present on foreign territory in accordance with provisions of international law, may amount to an exercise of jurisdiction when these agents exert authority and control over others (see *Banković and Others*, cited above, § 73; see also *X. v. Germany*, no. 1611/62, Commission decision of 25 September 1965, Yearbook 8, p. 158; *X. v. the United Kingdom*, no. 7547/76, Commission decision of 15 December 1977, DR 12, p. 73; and *M. v. Denmark*, no. 17392/90, Commission decision of 14 October 1992, DR 73, p. 193).

135. Secondly, the Court has recognised the exercise of extraterritorial jurisdiction by a Contracting State when, through the consent, invitation or acquiescence of the Government of that territory, it exercises all or some of the public powers normally to be exercised by that Government (see *Banković and Others*, cited above, § 71). Thus, where, in accordance with custom, treaty or other agreement, authorities of the Contracting State carry out executive or judicial functions on the territory of another State, the Contracting State may be responsible for breaches of the Convention thereby incurred, as long as the acts in question are attributable to it rather than to the territorial State (see *Drozd and Janousek*, cited above; *Gentilhomme and Others v. France*, nos. 48205/99, 48207/99 and 48209/99, 14 May 2002; and also *X. and Y. v. Switzerland*, nos. 7289/75 and 7349/76, Commission decision of 14 July 1977, DR 9, p. 57).

136. In addition, the Court's case-law demonstrates that, in certain circumstances, the use of force by a State's agents operating outside its territory may bring the individual thereby brought under the control of the State's authorities into the State's Article 1 jurisdiction. This principle has been applied where an individual is taken into the custody of State agents abroad. For example, in *Öcalan [v. Turkey]* [GC], no. 46221/99), § 91[, ECHR 2005-IV], the Court held that 'directly after being handed over to the Turkish officials by the Kenyan officials, the applicant was effectively under Turkish authority and therefore within the "jurisdiction" of that State for the purposes of Article 1 of the Convention, even though in this instance Turkey exercised its authority outside its territory'. In *Issa and Others v. Turkey*, [no. 31821/96, 16 November 2004], the Court indicated that, had it been established that Turkish

soldiers had taken the applicants' relatives into custody in northern Iraq, taken them to a nearby cave and executed them, the deceased would have been within Turkish jurisdiction by virtue of the soldiers' authority and control over them. In *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom* ((dec.), no. 61498/08, §§ 86-89, 30 June 2009), the Court held that two Iraqi nationals detained in British-controlled military prisons in Iraq fell within the jurisdiction of the United Kingdom, since the United Kingdom exercised total and exclusive control over the prisons and the individuals detained in them. Finally, in *Medvedyev and Others v. France* ([GC], no. 3394/03, § 67, ECHR 2010), the Court held that the applicants were within French jurisdiction for the purposes of Article 1 of the Convention by virtue of the exercise by French agents of full and exclusive control over a ship and its crew from the time of its interception in international waters. The Court does not consider that jurisdiction in the above cases arose solely from the control exercised by the Contracting State over the buildings, aircraft or ship in which the individuals were held. What is decisive in such cases is the exercise of physical power and control over the person in question.

137. It is clear that, whenever the State, through its agents, exercises control and authority over an individual, and thus jurisdiction, the State is under an obligation under Article 1 to secure to that individual the rights and freedoms under Section I of the Convention that are relevant to the situation of that individual. In this sense, therefore, the Convention rights can be 'divided and tailored' (compare *Banković and Others*, cited above, § 75).

(γ) Effective control over an area

138. Another exception to the principle that jurisdiction under Article 1 is limited to a State's own territory occurs when, as a consequence of lawful or unlawful military action, a Contracting State exercises effective control of an area outside that national territory. The obligation to secure, in such an area, the rights and freedoms set out in the Convention, derives from the fact of such control, whether it be exercised directly, through the Contracting State's own armed forces, or through a subordinate local administration (see *Loizidou* (preliminary objections), cited above, § 62; *Cyprus v. Turkey* [[GC], no. 25781/94], § 76[, ECHR 2001-IV]; *Banković and Others*, cited above, § 70; *Ilaşcu and Others*, cited above, §§ 314-16; and *Loizidou* (merits), cited above, § 52). Where the fact of such domination over the territory is established, it is not necessary to determine whether the Contracting State exercises detailed control over the policies and actions of the subordinate local administration. The fact that the local administration survives as a result of the Contracting State's military and other support entails that State's responsibility for its policies and actions. The controlling State has the responsibility under Article 1 to secure, within the area under its control, the entire range of substantive rights set out in the Convention and those additional Protocols which it has ratified. It will be liable for any violations of those rights (see *Cyprus v. Turkey*, cited above, §§ 76-77).

139. It is a question of fact whether a Contracting State exercises effective control over an area outside its own territory. In determining whether effective control exists, the Court will primarily have reference to the strength of the State's military presence in the area (see *Loizidou* (merits), cited above, §§ 16 and 56, and *Ilaşcu and Others*,

cited above, § 387). Other indicators may also be relevant, such as the extent to which its military, economic and political support for the local subordinate administration provides it with influence and control over the region (see *Ilaşcu and Others*, cited above, §§ 388-94).

140. The ‘effective control’ principle of jurisdiction set out above does not replace the system of declarations under Article 56 of the Convention (formerly Article 63) which the States decided, when drafting the Convention, to apply to territories overseas for whose international relations they were responsible. Article 56 § 1 provides a mechanism whereby any State may decide to extend the application of the Convention, ‘with due regard ... to local requirements’, to all or any of the territories for whose international relations it is responsible. The existence of this mechanism, which was included in the Convention for historical reasons, cannot be interpreted in present conditions as limiting the scope of the term ‘jurisdiction’ in Article 1. The situations covered by the ‘effective control’ principle are clearly separate and distinct from circumstances where a Contracting State has not, through a declaration under Article 56, extended the Convention or any of its Protocols to an overseas territory for whose international relations it is responsible (see *Loizidou* (preliminary objections), cited above, §§ 86-89, and *Quark Fishing Ltd [v. the United Kingdom]* (dec.), no. 15305/06, ECHR 2006-XIV).

(δ) The legal space (*‘espace juridique’*) of the Convention

141. The Convention is a constitutional instrument of European public order (see *Loizidou* (preliminary objections), cited above, § 75). It does not govern the actions of States not Parties to it, nor does it purport to be a means of requiring the Contracting States to impose Convention standards on other States (see *Soering*, cited above, § 86).

142. The Court has emphasised that, where the territory of one Convention State is occupied by the armed forces of another, the occupying State should in principle be held accountable under the Convention for breaches of human rights within the occupied territory, because to hold otherwise would be to deprive the population of that territory of the rights and freedoms hitherto enjoyed and would result in a ‘vacuum’ of protection within the ‘legal space of the Convention’ (see *Cyprus v. Turkey*, cited above, § 78, and *Banković and Others*, cited above, § 80). However, the importance of establishing the occupying State’s jurisdiction in such cases does not imply, *a contrario*, that jurisdiction under Article 1 of the Convention can never exist outside the territory covered by the Council of Europe member States. The Court has not in its case-law applied any such restriction (see, among other examples, *Öcalan*; *Issa and Others*; *Al-Saadoon and Mufdhi*; and *Medvedyev and Others*, all cited above).”

75. In *Al-Skeini and Others*, cited above, the Court found that the applicants’ relatives fell within United Kingdom jurisdiction because, during the period from 1 May 2003 to 28 June 2004, the United Kingdom had assumed authority for the maintenance of security in south-east Iraq and their relatives were killed in the course of security operations carried out by British troops pursuant to that assumption of authority (*ibid*, §§ 143-50). In the light of this finding, it was unnecessary to determine

whether jurisdiction also arose on the ground that the United Kingdom was in effective military control of south-east Iraq during that period. However, the statement of facts in *Al-Skeini and Others* included material which tended to demonstrate that the United Kingdom was far from being in effective control of the south-eastern area which it occupied, and this was also the finding of the Court of Appeal, which heard evidence on this question in the domestic *Al-Skeini* proceedings (see *Al-Skeini and Others*, cited above, §§ 20-23 and § 80). The present case concerns an earlier period, before the United Kingdom and its coalition partners had declared that the active-hostilities phase of the conflict had ended and that they were in occupation, and before the United Kingdom had assumed responsibility for the maintenance of security in the south-east of the country (see *Al-Skeini and Others*, cited above, §§ 10-11). However, as in *Al-Skeini and Others*, the Court does not find it necessary to decide whether the United Kingdom was in effective control of the area during the relevant period, because it finds that the United Kingdom exercised jurisdiction over Tarek Hassan on another ground.

76. Following his capture by British troops early in the morning of 23 April 2003, until he was admitted to Camp Bucca later that afternoon, Tarek Hassan was within the physical power and control of the British soldiers and therefore fell within United Kingdom jurisdiction under the principles outlined in paragraph 136 of *Al-Skeini and Others*, set out above. The Government, in their observations, acknowledged that where State agents operating extraterritorially take an individual into custody, this is a ground of extraterritorial jurisdiction which has been recognised by the Court. However, they submitted that this basis of jurisdiction should not apply in the active-hostilities phase of an international armed conflict, where the agents of the Contracting State are operating in territory of which they are not the occupying power, and where the conduct of the State will instead be subject to the requirements of international humanitarian law.

77. The Court is not persuaded by this argument. *Al-Skeini and Others* was also concerned with a period when international humanitarian law was applicable, namely the period when the United Kingdom and its coalition partners were in occupation of Iraq. Nonetheless, in that case the Court found that the United Kingdom exercised jurisdiction under Article 1 of the Convention over the applicants' relatives. Moreover, to accept the Government's argument on this point would be inconsistent with the case-law of the International Court of Justice, which has held that international human rights law and international humanitarian law may apply concurrently (see paragraphs 35-37 above). As the Court has observed on many occasions, the Convention cannot be interpreted in a vacuum

and should so far as possible be interpreted in harmony with other rules of international law of which it forms part (see, for example, *Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], no. 35763/97, § 55, ECHR 2001-XI). This applies equally to Article 1 as to the other Articles of the Convention.

78. With regard to the period after Tarek Hassan entered Camp Bucca, the Government raise an alternative ground for excluding jurisdiction, namely that his admission to the Camp involved a transfer of custody from the United Kingdom to the United States. However, notwithstanding the Government's textual arguments based on the terms of the MOA and on Article 12 of the Third Geneva Convention (see paragraphs 16, 33 and 72 above), the Court is of the view that, having regard to the arrangements operating at Camp Bucca, during this period Tarek Hassan continued to fall under the authority and control of British forces. He was admitted to the Camp as a UK prisoner. Shortly after his admission, he was taken to the JFIT compound, which was entirely controlled by British forces (see paragraph 15 above). In accordance with the MOA which set out the various responsibilities of the United Kingdom and the United States in relation to individuals detained at the Camp, the United Kingdom had responsibility for the classification of UK detainees under the Third and Fourth Geneva Conventions and for deciding whether they should be released (see paragraph 16 above). This is what happened following Tarek Hassan's interrogation at the JFIT compound, when the UK authorities decided that he was a civilian who did not pose a threat to security and ordered that he should be released as soon as practicable. While it is true that certain operational aspects relating to Tarek Hassan's detention at Camp Bucca were transferred to US forces, in particular the tasks of escorting him to and from the JFIT compound and guarding him elsewhere in the Camp, the United Kingdom retained authority and control over all aspects of the detention relevant to the applicant's complaints under Article 5.

79. Finally, the Court notes the Government's argument that once Tarek Hassan had been cleared for release and taken to the civilian holding area, he was no longer a detainee and therefore fell outside United Kingdom jurisdiction. In the Court's view, however, it appears clear that Tarek Hassan remained in the custody of armed military personnel and under the authority and control of the United Kingdom until the moment he was let off the coach that took him from the Camp.

80. In conclusion, therefore, the Court finds that Tarek Hassan fell within the jurisdiction of the United Kingdom from the moment of his capture by British troops, at Umm Qasr on 23 April 2003, until his release from the coach that took him from Camp Bucca to the drop-off point, most probably Umm Qasr on 2 May 2003 (see paragraph 55 above).

B. The merits of the complaints under Article 5 §§ 1, 2, 3 and 4

1. The parties' submissions

(a) The applicant

81. The applicant did not accept that Tarek Hassan's arrest and detention fell within the active-combat phase of an international armed conflict, since by 9 April 2003 coalition troops had taken control of Baghdad and removed the Ba'ath Party from power. However, even if the arrest and detention of Tarek Hassan had taken place in the active-combat phase, this would not displace the application of the Convention. Article 15 created a specific power to take measures derogating from the Convention to the extent strictly required by the exigencies of "war or other public emergency threatening the life of the nation". There had been no derogation in this case and there could be no implied displacement of Convention rights. It was important to remember the historical context in which the Convention was drafted, namely the aftermath of a global conflict. With the memory of war still fresh, the drafters addressed their minds to the question whether the fundamental rights the Convention recognised should apply differently in wartime and decided that they should only (i) in so far as necessary to deal with the exigencies of a war or public emergency, (ii) provided the State's other obligations under international law were respected and (iii) provided the State derogated formally and openly. The result was Article 15. If the drafters had intended to create a regime under which human rights would automatically be displaced or rewritten in times of international conflict, they would have done so.

82. The applicant did not accept that there was any evidence of State practice by High Contracting Parties to the effect that the Convention need not be complied with in detaining actual or suspected combatants in the course of international armed conflict. Even if there were, there was no evidence of accompanying *opinio juris*. Moreover, even if there were both, the function of the Court under Article 19 was to ensure the observance of the Convention, not to apply it only where States were in the habit of applying it. Nor did the Court's case-law, for example *Varnava and Others v. Turkey* ([GC], nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90, § 185, ECHR 2009), assist the Government's case. In that judgment, the Court held that the relevant rules of international humanitarian law expanded the obligations on States under Article 2; it did not support the proposition that fundamental rights were automatically curtailed in wartime. Inherent in the concept of "interpreting a provision in so far as possible in the light

of general principles of international law” was recognition that there was a range of possible meanings and that some proposed interpretations would fall outside that range. The Government’s “displacement” argument was essentially that Convention rights must be read as if they contained a wide “wartime” exception which they did not actually contain. Such an approach was not supported by *Varnava and Others*. Finally, the applicant submitted that the Government’s reliance on the International Court of Justice’s advisory opinion on *The Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* was hard to understand, since in that opinion the International Court of Justice expressly found that derogation was the only means of displacing a provision of international human rights law (see paragraph 36 above).

83. The Court had often applied the Convention in situations of armed conflict and recognised that in principle it was not displaced (the applicant referred to the following cases: *Abmet Özkan and Others v. Turkey*, no. 21689/93, §§ 85 and 319, 6 April 2004; *Varnava and Others*, cited above, § 191; *Al-Jedda v. the United Kingdom* [GC], no. 27021/08, § 105, ECHR 2011; *Al-Skeini and Others*, cited above, §§ 164-67). This was, moreover, supported by the Advisory Opinion of the International Court of Justice in *The Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (§ 106, see paragraph 36 above). In the applicant’s submission, the International Court of Justice was recognising in this passage that there might be some rights that fall within the scope of international humanitarian law but to which no human rights convention extended. In the applicant’s view, the position was that, at most, the provisions of international humanitarian law might influence the interpretation of the provisions of the Convention. For example, they might be relevant in determining what acts were strictly required by the exigencies of the situation for the purposes of a derogation from Article 2. In the context of Article 5, this might, in an appropriate case, inform the Court’s interpretation of “competent legal authority” and “offence” in Article 5 § 1 (c). However, it was not right that Article 5 was displaced in circumstances in which the Geneva Conventions were engaged. The Convention was a treaty aimed at protecting fundamental rights. Its provisions should not be distorted, still less ignored altogether, to make life easier for States which failed to use the mechanism within the Convention that expressly dictated how they were to reconcile its provisions with the exigencies of war.

84. The applicant further contended that, in any event, the Government had not identified anything that British forces were required to do by the Geneva Conventions that would have obliged them to act contrary to Article 5. The Iraq war was a non-international armed conflict following the

collapse of Saddam Hussein's forces and the occupation by coalition forces. There was considerably less treaty law applicable to non-international armed conflicts than to international armed conflicts. International humanitarian law stipulated minimum requirements on States in situations of armed conflict but did not provide powers. In reality, the Government's submission that the Convention should be "displaced" was an attempt to reargue the question of Article 1 jurisdiction which was decided in *Al-Skeini and Others* (cited above). If the Government's position were correct, it would have the effect of wholly depriving victims of a contravention of any effective remedy, since the Third and Fourth Geneva Conventions were not justiciable at the instance of an individual. Such a narrowing of the rights of individuals in respect of their treatment by foreign armed forces would be unprincipled and wrong.

85. Finally, even if the Court were to decide that Article 5 should be interpreted in the light of the Third and Fourth Geneva Conventions, Tarek Hassan was arrested and detained as a means of inducing the applicant to surrender. The detention was arbitrary, it did not fall within any of the lawful categories under Article 5 § 1 and it was not even permissible under international humanitarian law.

(b) The Government

86. The Government submitted that the drafters of the Convention did not intend that an alleged victim of extraterritorial action in the active phase of an international armed conflict, such as a prisoner of war protected by the Third Geneva Convention, who might nonetheless wish to allege a breach of Article 5, would benefit from the protections of the Convention. There was nothing to suggest any such intent within the Convention or its *travaux préparatoires*, or indeed in the wording or *travaux préparatoires* of the 1949 Geneva Conventions, which would have been at the forefront of the minds of those drafting the Convention as establishing the relevant applicable legal regime. Furthermore, such intent would be inconsistent with the practical realities of conduct of active hostilities in an international armed conflict, and also with such Convention jurisprudence as there was bearing on the issue.

87. It was the Government's primary contention that the relevant events took place outside the jurisdiction of the United Kingdom. In the alternative, if the Court were to find that the United Kingdom had jurisdiction over Tarek Hassan during his detention, the Government contended that Article 5 had to be interpreted and applied in conformity and harmony with international law. Where provisions of the Convention fell to be applied in the context of an international armed conflict, and in particular

the active phase of such a conflict, the application had to take account of international humanitarian law, which applied as the *lex specialis*, and might operate to modify or even displace a given provision of the Convention. Thus, in *Cyprus v. Turkey* (nos. 6780/74 and 6950/75, Commission's Report of 10 July 1976, unreported), the European Commission of Human Rights did not consider it necessary to address the question of a breach of Article 5 where persons were detained under the Third Geneva Convention in the context of the taking of prisoners of war. Moreover, it had been the consistent approach of the International Court of Justice that international humanitarian law applied as *lex specialis* in the context of an international armed conflict in circumstances where a given human rights treaty also applied. This view was supported by the Report of the Study Group of the International Law Commission on the "Fragmentation of International Law" (see paragraph 38 above) and by academic writers, such as the authors of *The Handbook of International Humanitarian Law* (D. Fleck (ed.), Oxford University Press) and *The Handbook of the International Law of Military Operations* (T. Gill and D. Fleck (eds.), Oxford University Press).

88. The Government argued that the right to liberty under Article 5 of the Convention had to be considered in the context of the fundamental importance of capture and detention of actual or suspected combatants in armed conflict. It could not be, and it was not so, that a Contracting State, when its armed forces were engaged in active hostilities in an armed conflict outside its own territory, had to afford the procedural safeguards of Article 5 to enemy combatants whom it took as prisoners of war, or suspected enemy combatants whom it detained pending determination of whether they were entitled to such status. In addition, in so far as the issue arose in the present case, the same principle had to apply in relation to the detention of civilians where this was "absolutely necessary" for security reasons, in accordance with Article 42 of the Fourth Geneva Convention (see paragraph 33 above). In the present case, since Tarek Hassan had been captured and initially detained as a suspected combatant, Article 5 was displaced by international humanitarian law as *lex specialis*, or modified so as to incorporate or allow for the capture and detention of actual or suspected combatants in accordance with the Third and/or Fourth Geneva Conventions, such that there was no breach by the United Kingdom with respect to the capture and detention of Tarek Hassan.

89. In the alternative, if the Court were to find that Article 5 applied and was not displaced or modified in situations of armed conflict, the Government submitted that the list in Article 5 § 1 of permissible purposes of detention had to be interpreted in such a way that it took account of and was compatible with the applicable *lex specialis*, namely international

humanitarian law. The taking of prisoners of war pursuant to the Third Geneva Convention, and the detention of civilians pursuant to the Fourth Geneva Convention, had to be a lawful category of detention under Article 5 § 1 of the Convention; it fell most readily as a “lawful detention” within Article 5 § 1 (c). In this special context, the concept of “offence” within that provision could correctly be interpreted to include participation as an enemy combatant and/or challenging the security of the Detaining Power within Article 42 of the Fourth Geneva Convention. The key question for the purposes of Article 5 § 1 would then be whether the detention of Tarek Hassan was a “lawful detention” in the context of an international armed conflict; the Government submitted that it evidently was. Tarek Hassan was encountered by British forces as a “gunman”, armed with an AK-47 machine gun, on the roof of a house belonging to a general of the Al-Quds Army, where firearms as well as intelligence material were found. He was captured as a suspected combatant and British forces were lawfully entitled under international humanitarian law to capture and detain him until his status was finally determined.

90. The Government recognised that difficult issues might arise as to the applicability of Article 15 in relation to a case such as the present. Consistently with the practice of all other Contracting Parties which had been involved in such operations, the United Kingdom had not derogated; there had been no need to do so, since the Convention could and did accommodate detention in such cases, having regard to the *lex specialis*, international humanitarian law. The inclusion of Article 15 in the Convention in no sense indicated that, in time of war or public emergency threatening the life of the nation, obligations under the Convention would at all times be interpreted in exactly the same way as in peacetime. Any argument that, unless there had been a derogation under Article 15, Article 5 should be interpreted and applied regardless of the context and the detailed rules of international humanitarian law governing detention of suspected combatants would risk diminishing the protections available to combatants or civilians (in effect, by precipitating derogations by concerned States). It would also be inconsistent with a seemingly universal State practice in terms of the detention of actual or suspected combatants in international armed conflicts, as well as the jurisprudence of the Court and the International Court of Justice, which had made it clear that the application of international humanitarian law as *lex specialis* was a general principle, and not one that depended on whether there had been a derogation under an applicable human rights treaty.

(c) **The third party**

91. In the third party's submissions filed in the present case, the Human Rights Centre of the University of Essex emphasised that, as the Court had held in its case-law, the Convention should be interpreted in harmony with other rules of public international law, of which it forms part. Such a principle was desirable and necessary, to avoid States being faced with irreconcilable legal obligations and controversial results. This was particularly important with relation to the detention regime applicable in international armed conflicts, since this regime was specifically designed for the situation in question and since the Third and Fourth Geneva Conventions enjoyed universal ratification. There was one sentence in the Court's judgment in *Al-Jedda*, cited above, § 107, which might be read as suggesting that the Court would only take account of international humanitarian law where it imposed an obligation, and not where it authorised a course of conduct, namely where it was stated: "... the Court does not find it established that international humanitarian law places an obligation on an Occupying Power to use indefinite internment without trial". However, it was the view of the third party that, in the context of the judgment, it appeared that the Court was not looking at international humanitarian law in its own right but as a source of possible rules which could be read into a Security Council resolution. The United Kingdom Government could have chosen to raise international humanitarian law as an independent basis for detention but chose instead to rely exclusively on the Security Council resolution. The sentence quoted from *Al-Jedda* did not indicate that the Court would take account of international humanitarian law only where it imposed an obligation on States.

92. The third party pointed out that, in common with many areas of international law which had been developed as comprehensive regimes for particular fields of activity, the law of armed conflict and international humanitarian law (hereinafter "international humanitarian law") had developed its own internal coherence and understandings. The key underlying assumption was that this law represented a balance between military necessity and humanitarian considerations. This meant that there could be no appeal to military necessity outside the treaty rule, which itself took account of military exigencies. A second underlying principle was that this field of law was based not on rights, but on the obligations of parties to a conflict. Thirdly, the rules applicable to an individual depended on his status as a member of a group, for example a combatant or a civilian. Fourthly, while reference was often made to the "principles" of international humanitarian law, the principles themselves were not legal rules; the rules

were to be found in treaty provisions which represented the articulation of those principles in legally binding form. It was clear, therefore, that the internal coherence of international humanitarian law was significantly different from that of human rights law.

93. Of the relationships between various fields of international law, that between international humanitarian law and international human rights law was not alone in being problematical, but it had received the most attention. By virtue of the express terms of certain human rights treaties, they continued to apply in situations of “war or other public emergency”, while the rules on international armed conflicts applied whenever there was an armed conflict between two or more States, including where one State occupied part or all of the territory of another. This meant that certain human rights treaties remained applicable, possibly in a modified way, in circumstances in which the law of armed conflict was also applicable. The International Court of Justice had addressed the relationship on three occasions (see paragraphs 35-37 above). Certain elements emerged clearly from this case-law. Firstly, that the applicability of international humanitarian law did not displace the jurisdiction of a human rights body. That resulted from the finding that human rights law remained applicable in all circumstances. Secondly, where international humanitarian law was applicable, a human rights body had two choices. Either it had to apply human rights law through the lens of international humanitarian law or it had to blend human rights law and international humanitarian law together. That was the only possible interpretation of certain matters being the province of both bodies of rules, whilst others were regulated by international humanitarian law. The reference to *lex specialis* was unhelpful, which might account for the fact that the International Court of Justice did not refer to it in the *Armed Activities on the Territory of the Congo* judgment (see paragraph 37 above). Use of this term had served to obfuscate the debate rather than provide clarification.

94. The International Court of Justice had provided apparently conflicting guidance on the question of the need for derogation before a State could rely on international humanitarian law. If the basis for using international humanitarian law at all was that human rights bodies should take account of other areas of international law, that might be thought to point to its use whether or not a State had derogated and whether or not it invoked international humanitarian law. On the other hand, where the State had done neither, the human rights body might wish to refer to the applicability of international humanitarian law, whilst saying that the State had chosen to be judged by the higher standard of peacetime human rights law, although such an approach might run the risk of appearing

disconnected from reality. Where the State had not derogated but had relied on international humanitarian law, it would be open to the human rights body either to take account of international humanitarian law or to insist that the only way of modifying international human rights obligations was by derogation.

95. As regards the interplay between the two regimes, there could be no single applicable rule. Any given situation was likely to require elements of both bodies of law working together, but the balance and interplay would vary. Accordingly, there might be situations, such as the detention of prisoners of war, in which the combination of criteria lead to the conclusion that international humanitarian law would carry more weight, and determination of human rights violations regarding issues such as grounds and review of detention would be based on the relevant rules of international humanitarian law. Even in such contexts, however, human rights law would not be under absolute subjection to international humanitarian law. For example, if there were allegations of ill-treatment, human rights law would still assist in determining issues such as the specificities of the acts which constituted a violation. From the perspective of the human rights body, it would be advantageous to use human rights law as the first step to identify the issues that needed to be addressed, for example, periodicity of review of lawfulness of detention, access to information about reasons of detention, legal assistance before the review mechanism. The second step would be to undertake a contextual analysis using both international humanitarian law and human rights law, in the light of the circumstances of the case at hand. On condition that the human rights body presented its analysis with sufficient coherence and clarity, the decisions generated would provide guidance to both States and armed forces ahead of future action. It went without saying that the approaches and the result had to be capable of being applied in practice in situations of armed conflict.

2. *The Court's assessment*

(a) **The general principles to be applied**

96. Article 5 § 1 of the Convention sets out the general rule that “[e]veryone has the right to liberty and security of the person” and that “[n]o one shall be deprived of his liberty” except in one of the circumstances set out in sub-paragraphs (a) to (f) thereof.

97. It has long been established that the list of grounds of permissible detention in Article 5 § 1 does not include internment or preventive detention where there is no intention to bring criminal charges within a reasonable time (see *Lawless v. Ireland (no. 3)*, 1 July 1961, pp. 51-53,

§§ 13-14, Series A no. 3; *Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, § 196, Series A no. 25; *Guzzardi v. Italy*, 6 November 1980, § 102, Series A no. 39; *Jėčius v. Lithuania*, no. 34578/97, §§ 47-52, ECHR 2000-IX; and *Al-Jedda*, cited above, § 100). Moreover, the Court considers that there are important differences of context and purpose between arrests carried out during peacetime and the arrest of a combatant in the course of an armed conflict. It does not take the view that detention under the powers provided for in the Third and Fourth Geneva Conventions is congruent with any of the categories set out in sub-paragraphs (a) to (f). Although Article 5 § 1 (c) might at first glance seem the most relevant provision, there does not need to be any correlation between security internment and suspicion of having committed an offence or risk of the commission of a criminal offence. As regards combatants detained as prisoners of war, since this category of person enjoys combatant privilege, allowing them to participate in hostilities without incurring criminal sanctions, it would not be appropriate for the Court to hold that this form of detention falls within the scope of Article 5 § 1 (c).

98. In addition, Article 5 § 2 requires that every detainee should be informed promptly of the reasons for his arrest and Article 5 § 4 requires that every detainee should be entitled to take proceedings to have the lawfulness of his detention decided speedily by a court. Article 15 of the Convention provides that “[i]n time of war or other public emergency threatening the life of the nation”, a Contracting State may take measures derogating from certain of its obligations under the Convention, including Article 5. In the present case, the United Kingdom did not purport to derogate under Article 15 from any of its obligations under Article 5.

99. This is the first case in which a respondent State has requested the Court to disapply its obligations under Article 5 or in some other way to interpret them in the light of powers of detention available to it under international humanitarian law. In particular, in *Al-Jedda*, cited above, the United Kingdom Government did not contend that Article 5 was modified or displaced by the powers of detention provided for by the Third and Fourth Geneva Conventions. Instead they argued that the United Kingdom was under an obligation to the United Nations Security Council to place the applicant in internment and that, because of Article 103 of the United Nations Charter, this obligation had to take primacy over the United Kingdom’s obligations under the Convention. It was the Government’s case that an obligation to intern the applicant arose from the text of United Nations Security Council Resolution 1546 and annexed letters and also because the Resolution had the effect of maintaining the obligations placed on occupying powers under international humanitarian law, in particular

Article 43 of the Hague Regulations (see *Al-Jedda*, cited above, § 107). The Court found that no such obligation arose. It was only before the European Commission of Human Rights, in *Cyprus v. Turkey* (cited above), that a question arose similar to that in the present case, namely whether it was compatible with the obligations under Article 5 of the Convention to detain a person under the Third and Fourth Geneva Conventions in the absence of a valid derogation under Article 15 of the Convention. In its report, the Commission refused to examine possible violations of Article 5 with regard to detainees accorded prisoner-of-war status, and took account of the fact that both Cyprus and Turkey were parties to the Third Geneva Convention (see § 313 of the report). The Court has not, until now, had the opportunity to review the approach of the Commission and to determine such a question itself.

100. The starting-point for the Court's examination must be its constant practice of interpreting the Convention in the light of the rules set out in the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969 (see *Golder v. the United Kingdom*, 21 February 1975, § 29, Series A no. 18, and many subsequent cases). Article 31 of the Vienna Convention, which contains the "general rule of interpretation" (see paragraph 34 above), provides in paragraph 3 that there shall be taken into account, together with the context, (a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions; (b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation; and (c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.

101. There has been no subsequent agreement between the High Contracting Parties as to the interpretation of Article 5 in situations of international armed conflict. However, in respect of the criterion set out in Article 31 § 3 (b) of the Vienna Convention (see paragraph 34 above), the Court has previously stated that a consistent practice on the part of the High Contracting Parties, subsequent to their ratification of the Convention, could be taken as establishing their agreement not only as regards interpretation but even to modify the text of the Convention (see, *mutatis mutandis*, *Soering*, cited above, §§ 102-03, and *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, no. 61498/08, § 120, ECHR 2010). The practice of the High Contracting Parties is not to derogate from their obligations under Article 5 in order to detain persons on the basis of the Third and Fourth Geneva Conventions during international armed conflicts. As the Court noted in *Banković and Others* (cited above, § 62), although there has been a number of military missions involving Contracting States acting extraterritorially since their ratification of the Convention, no State has ever made a derogation pursuant

to Article 15 of the Convention in respect of these activities. The derogations that have been lodged in respect of Article 5 have concerned additional powers of detention claimed by States to have been rendered necessary as a result of internal conflicts or terrorist threats to the Contracting State (see, for example, *Brannigan and McBride v. the United Kingdom*, 26 May 1993, Series A no. 258-B; *Aksoy v. Turkey*, 18 December 1996, Reports 1996-VI; and *A. and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 3455/05, ECHR 2009; see also paragraphs 40-41 above). Moreover, it would appear that the practice of not lodging derogations under Article 15 of the Convention in respect of detention under the Third and Fourth Geneva Conventions during international armed conflicts is mirrored by State practice in relation to the International Covenant for the Protection of Civil and Political Rights. Similarly, although many States have interned persons pursuant to powers under the Third and Fourth Geneva Conventions in the context of international armed conflicts subsequent to ratifying the Covenant, no State has explicitly derogated under Article 4 of the Covenant in respect of such detention (see paragraph 42 above), even subsequent to the advisory opinions and judgment referred to above, where the International Court of Justice made it clear that States' obligations under the international human rights instruments to which they were parties continued to apply in situations of international armed conflict (see paragraphs 35-37 above).

102. Turning to the criterion contained in Article 31 § 3 (c) of the Vienna Convention (see paragraph 34 above), the Court has made it clear on many occasions that the Convention must be interpreted in harmony with other rules of international law of which it forms part (see paragraph 77 above). This applies no less to international humanitarian law. The four Geneva Conventions of 1949, intended to mitigate the horrors of war, were drafted in parallel to the European Convention on Human Rights and enjoy universal ratification. The provisions in the Third and Fourth Geneva Conventions relating to internment, in issue in the present application, were designed to protect captured combatants and civilians who pose a security threat. The Court has already held that Article 2 of the Convention should "be interpreted in so far as possible in light of the general principles of international law, including the rules of international humanitarian law which play an indispensable and universally accepted role in mitigating the savagery and inhumanity of armed conflict" (see *Varnava and Others*, cited above, § 185), and it considers that these observations apply equally in relation to Article 5. Moreover, the International Court of Justice has held that the protection offered by human rights conventions and that offered by international humanitarian law coexist in situations of armed conflict (see paragraphs 35-37 above). In its judgment *Armed Activities on*

the Territory of the Congo, the International Court of Justice observed, with reference to its Advisory Opinion concerning *The Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, that “[a]s regards the relationship between international humanitarian law and human rights law, there are thus three possible situations: some rights may be exclusively matters of international humanitarian law; others may be exclusively matters of human rights law; yet others may be matters of both these branches of international law” (see paragraphs 36-37 above). The Court must endeavour to interpret and apply the Convention in a manner which is consistent with the framework under international law delineated by the International Court of Justice.

103. In the light of the above considerations, the Court accepts the Government’s argument that the lack of a formal derogation under Article 15 does not prevent the Court from taking account of the context and the provisions of international humanitarian law when interpreting and applying Article 5 in this case.

104. Nonetheless, and consistently with the case-law of the International Court of Justice, the Court considers that, even in situations of international armed conflict, the safeguards under the Convention continue to apply, albeit interpreted against the background of the provisions of international humanitarian law. By reason of the coexistence of the safeguards provided by international humanitarian law and by the Convention in time of armed conflict, the grounds of permitted deprivation of liberty set out in sub-paragraphs (a) to (f) of that provision should be accommodated, as far as possible, with the taking of prisoners of war and the detention of civilians who pose a risk to security under the Third and Fourth Geneva Conventions. The Court is mindful of the fact that internment in peacetime does not fall within the scheme of deprivation of liberty governed by Article 5 of the Convention without the exercise of the power of derogation under Article 15 (see paragraph 97 above). It can only be in cases of international armed conflict, where the taking of prisoners of war and the detention of civilians who pose a threat to security are accepted features of international humanitarian law, that Article 5 could be interpreted as permitting the exercise of such broad powers.

105. As with the grounds of permitted detention already set out in those sub-paragraphs, deprivation of liberty pursuant to powers under international humanitarian law must be “lawful” to preclude a violation of Article 5 § 1. This means that the detention must comply with the rules of international humanitarian law and, most importantly, that it should be in keeping with the fundamental purpose of Article 5 § 1, which is to protect the individual from arbitrariness (see, for example, *Kurt v. Turkey*, 25 May

1998, § 122, *Reports* 1998-III, and *El-Masri*, cited above, § 230; see also *Saadi v. the United Kingdom* [GC], no. 13229/03, §§ 67-74, ECHR 2008, and the cases cited therein).

106. As regards procedural safeguards, the Court considers that, in relation to detention taking place during an international armed conflict, Article 5 §§ 2 and 4 must also be interpreted in a manner which takes into account the context and the applicable rules of international humanitarian law. Articles 43 and 78 of the Fourth Geneva Convention provide that internment “shall be subject to periodical review, if possible every six months, by a competent body”. Whilst it might not be practicable, in the course of an international armed conflict, for the legality of detention to be determined by an independent “court” in the sense generally required by Article 5 § 4 (see, in the latter context, *Reinprecht v. Austria*, no. 67175/01, § 31, ECHR 2005-XII), nonetheless, if the Contracting State is to comply with its obligations under Article 5 § 4 in this context, the “competent body” should provide sufficient guarantees of impartiality and fair procedure to protect against arbitrariness. Moreover, the first review should take place shortly after the person is taken into detention, with subsequent reviews at frequent intervals, to ensure that any person who does not fall into one of the categories subject to internment under international humanitarian law is released without undue delay. While the applicant in addition relies on Article 5 § 3, the Court considers that this provision has no application in the present case since Tarek Hassan was not detained in accordance with the provisions of paragraph 1 (c) of Article 5.

107. Finally, although, for the reasons explained above, the Court does not consider it necessary for a formal derogation to be lodged, the provisions of Article 5 will be interpreted and applied in the light of the relevant provisions of international humanitarian law only where this is specifically pleaded by the respondent State. It is not for the Court to assume that a State intends to modify the commitments which it has undertaken by ratifying the Convention in the absence of a clear indication to that effect.

(b) Application of these principles to the facts of the case

108. The Court’s starting-point is to observe that, during the period in question in Iraq, all parties involved were High Contracting Parties to the four Geneva Conventions, which apply in situations of international armed conflict and partial or total occupation of the territory of a High Contracting Party (see Article 2, common to the four Geneva Conventions, set out in paragraph 33 above). It is clear, therefore, that whether the situation in south-east Iraq in late April and early May 2003 is characterised as one

of occupation or of active international armed conflict, the four Geneva Conventions were applicable.

109. The Court refers to the findings of fact which it made after analysis of all the available evidence (see paragraphs 47-57 above). In particular, it held that Tarek Hassan was found by British troops, armed and on the roof of his brother's house, where other weapons and documents of a military intelligence value were retrieved (see paragraphs 51-54 above). The Court considers that, in these circumstances, the UK authorities had reason to believe that he might be either a person who could be detained as a prisoner of war or whose internment was necessary for imperative reasons of security, both of which provided a legitimate ground for capture and detention (see Articles 4A and 21 of the Third Geneva Convention and Articles 42 and 78 of the Fourth Geneva Convention, all set out in paragraph 33 above). Almost immediately following his admission to Camp Bucca, Tarek Hassan was subject to a screening process in the form of two interviews by US and British military intelligence officers, which led to his being cleared for release since it was established that he was a civilian who did not pose a threat to security (see paragraphs 21-24 above). The Court has also found that the evidence points to his having been physically released from the Camp shortly thereafter (see paragraphs 55-56 above).

110. Against this background, it would appear that Tarek Hassan's capture and detention were consistent with the powers available to the United Kingdom under the Third and Fourth Geneva Conventions, and was not arbitrary. Moreover, in the light of his clearance for release and physical release within a few days of being brought to the Camp, it is unnecessary for the Court to examine whether the screening process constituted an adequate safeguard to protect against arbitrary detention. Finally, it would appear from the context and the questions that Tarek Hassan was asked during the two screening interviews that the reason for his detention would have been apparent to him.

111. It follows from the above analysis that the Court finds no violation of Article 5 §§ 1, 2, 3 or 4 in the circumstances of the present case.

FOR THESE REASONS, THE COURT,

1. *Declares*, unanimously, the complaints under Articles 2 and 3 of the Convention inadmissible;
2. *Holds*, unanimously, that the applicant's brother was within the jurisdiction of the United Kingdom between the time of his arrest and the time of his release from the coach that took him from Camp Bucca;

3. *Declares*, unanimously, the complaints under Article 5 §§ 1, 2, 3 and 4 of the Convention admissible;
4. *Holds*, by thirteen votes to four, that there has been no violation of Article 5 §§ 1, 2, 3 or 4 of the Convention.

Done in English and French and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 16 September 2014.

Michael O'Boyle
Deputy Registrar

Dean Spielmann
President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the separate opinion of Judge Spano, joined by Judges Nicolaou, Bianku and Kalaydjieva, is annexed to this judgment.

D.S.
M.O'B.

PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGE SPANO
JOINED BY JUDGES NICOLAOU, BIANKU AND
KALAYDJIEVA

I.

1. This case concerns Tarek Hassan, a 22-year-old Iraqi and avid football player, who was captured by British soldiers on the morning of 23 April 2003 during the invasion of Iraq, while at his home in Umm Qasr, a port city in the region of Basrah. After going through a screening process at Camp Bucca, where he was deemed to be a civilian posing no security threat, he was detained for over a week, at which point he was finally released in or near Umm Qasr on 2 May 2003 (see paragraphs 47-58 of the judgment).

2. I fully agree with the Court's conclusions that Tarek Hassan fell within the jurisdiction of the United Kingdom from the moment of his capture by British troops until his release from the coach that took him from Camp Bucca to the drop-off point (see paragraph 80 of the judgment). However, as it is clear that Tarek Hassan was deprived of his liberty, the principal question that arises in this case is whether his internment by the United Kingdom was permitted under Article 5 § 1 of the Convention.

3. The Government have not argued that the capture and subsequent detention of Tarek Hassan were implemented with the intention of bringing criminal charges against him. The majority thus concludes correctly (see paragraphs 96-97) that his deprivation of liberty was not permitted under any of the grounds for such a limitation of his fundamental rights that are provided exhaustively in sub-paragraphs (a) to (f) of Article 5 § 1 of the Convention. In particular, the Government's submission that the capture and detention were permissible under Article 5 § 1 (c) cannot be accepted, as the Government do not argue that Tarek Hassan was, at least, suspected of being a civilian taking a direct part in hostilities and thus not enjoying combatant privilege, his actions possibly being criminal under the laws of Iraq or the United Kingdom as the detaining power. Furthermore, the facts as they are assessed by the Court (see paragraphs 47-58) do not allow for such a characterisation of the events of 23 April 2003. It follows that the Government's limited argument is that Tarek Hassan's capture and detention for nine days at Camp Bucca was based only on his being either a prisoner of war or a civilian posing a threat to security.

4. On this basis, and for the first time in the Court's history, a party to the Convention invites the Court to "disapply its obligations under Article 5 or in some other way to interpret them in the light of powers of detention

available to it under international humanitarian law” (see paragraph 99). A majority of the Court today resolves this issue through the following statement (see paragraph 104 of the judgment):

“... By reason of the coexistence of the safeguards provided by international humanitarian law and by the Convention in time of armed conflict, the grounds of permitted deprivation of liberty set out in sub-paragraphs (a) to (f) of [Article 5 § 1] should be accommodated, as far as possible, with the taking of prisoners of war and the detention of civilians who pose a risk to security under the Third and Fourth Geneva Conventions. The Court is mindful of the fact that internment in peacetime does not fall within the scheme of deprivation of liberty governed by Article 5 of the Convention without the exercise of the power of derogation under Article 15 ... It can only be in cases of international armed conflict, where the taking of prisoners of war and detention of civilians who pose a threat to security are accepted features of international humanitarian law, that Article 5 could be interpreted as permitting the exercise of such broad powers.”

5. It is imperative to appreciate the scope and consequences of this sweeping statement by the Court.

Firstly, the majority finds that it is permissible under the Convention, and without the State having derogated under Article 15, to intern prisoners of war for the duration of hostilities, and also civilians who pose a threat to security, so long as procedural safeguards under international humanitarian law are in place. It is important to understand what this entails under the Geneva Conventions in the light of the majority’s finding. Article 4(A) of the Third Geneva Convention sets out the categories of protected persons enjoying prisoner-of-war status. When that status is in doubt at the outset, Article 5 § 2 of the Third Geneva Convention provides that whether a person shall enjoy combatant privilege shall be determined by a “competent tribunal”. However, this only applies in principle to the initial determination of prisoner-of-war status, the recognition of which affords the person in question certain privileges while being interned and excludes, in general, the possibility that his acts can be considered criminal and prosecuted accordingly. However, as prisoner-of-war status is solely tied to the existence of hostilities, the detainee does not enjoy any right under the Third Geneva Convention to have his detention reviewed further at frequent intervals. Consequently, and most importantly, a person classified as a prisoner of war has no right under the Geneva Conventions to be released whilst hostilities are ongoing. As regards civilians interned for security reasons, they are entitled under Article 43 of the Fourth Geneva Convention to have such action reconsidered as soon as possible by an appropriate court or administrative board designated by the Detaining Power for that purpose. If the internment or placing in assigned residence is maintained, the court or administrative board shall “periodically, and at least twice

yearly, give consideration to his or her case, with a view to the favourable amendment of the initial decision, if circumstances permit”. Hence, so long as reasons pertaining to the “security of the Detaining Power” remain, and are considered “imperative” (Articles 42 and 78 of the Fourth Geneva Convention), the civilian detained on such grounds may remain interned indefinitely and not be released.

Secondly, as the majority correctly acknowledges, albeit implicitly, the legal principle underlying the existence of this novel understanding of the exhaustive grounds of detention under Article 5 § 1 cannot be limited to acts on the territory of States not parties to the Convention in circumstances where a Contracting State exercises extraterritorial jurisdiction under Article 1. It must, conceptually and in principle, also be applicable within the Convention’s *legal space*; this effectively has the consequence that today’s holding must logically mean that where a Contracting State is engaged in international armed conflict with another Contracting State, it is permitted under the Convention for the belligerents to invoke their powers of internment under the Third and Fourth Geneva Conventions without having to go through the openly transparent and arduous process of lodging a derogation from Article 5 § 1, the scope and legality of which is then subject to review by the domestic courts and, if necessary, by this Court under Article 15.

6. In sum, the majority’s resolution of this case constitutes, as I will explain more fully below, an attempt to reconcile norms of international law that are *irreconcilable* on the facts of this case. As the Court’s judgment does not conform with the text, object or purpose of Article 5 § 1 of the Convention, as this provision has been consistently interpreted by this Court for decades, and the structural mechanism of derogation in times of war provided by Article 15, I respectfully dissent from the majority’s finding that there has been no violation of Tarek Hassan’s fundamental right to liberty.

II.

7. Article 5 § 1 of the Convention enshrines one of the most fundamental of all human rights, namely the protection of the individual against arbitrary interference by the State with his or her right to liberty. As the Grand Chamber of this Court recently confirmed in *Al-Jedda v. the United Kingdom* [GC], no. 27021/08, § 99, ECHR 2011, the “text of Article 5 makes it clear that the guarantees it contains apply to ‘everyone’”. Sub-paragraphs (a) to (f) of Article 5 § 1 contain an exhaustive list of permissible grounds on which persons may be deprived of their liberty (see *Al-Jedda*, loc. cit.). No deprivation of liberty will be compatible with Article 5 § 1 unless

it falls within one of those grounds or unless it is provided for by a lawful derogation under Article 15 of the Convention, which allows for a State “in time of war or other public emergency threatening the life of the nation” to take measures derogating from its obligations under Article 5 “to the extent strictly required by the exigencies of the situation” (see, *inter alia*, *Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, § 194, Series A no. 25, and *A. and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 3455/05, §§ 162-63, ECHR 2009). Furthermore, and as the majority correctly acknowledges in paragraph 97, it has “long been established that the list of grounds of permissible detention in Article 5 § 1 does not include internment or preventive detention where there is no intention to bring criminal charges within a reasonable time” (see *Al-Jedda*, cited above, § 100).

8. The Convention applies equally in both peacetime and wartime. That is the whole point of the mechanism of derogation provided by Article 15 of the Convention. There would have been no reason to include this structural feature if, when war rages, the Convention’s fundamental guarantees automatically became silent or were displaced in substance, by granting the member States additional and unwritten grounds for limiting fundamental rights based solely on other applicable norms of international law. Nothing in the wording of that provision, when taking its purpose into account, excludes its application when the member States engage in armed conflict, either within the Convention’s *legal space* or on the territory of a State not party to the Convention. The extrajurisdictional reach of the Convention under Article 1 must necessarily go hand in hand with the scope of Article 15 (see *Banković and Others v. Belgium and Others* (dec.) [GC], no. 52207/99, § 62, ECHR 2001-XII).

9. It follows that if the United Kingdom considered it likely that it would be “required by the exigencies of the situation” during the invasion of Iraq to detain prisoners of war or civilians posing a threat to security under the rules of the Third and Fourth Geneva Conventions, a derogation under Article 15 was the only legally available mechanism for that State to apply the rules on internment under international humanitarian law without the member State violating Article 5 § 1 of the Convention. It bears reiterating that a derogation under Article 15 will not be considered lawful under the first paragraph of that provision if the measures implemented by the member State are “inconsistent with its other obligations under international law”. In reviewing the legality of a declaration lodged by a member State to the Convention within the context of an international armed conflict, the domestic courts, and, if need be, this Court, must thus examine whether the measures in question are in conformity with the State’s obligations under international humanitarian law.

III.

10. The majority’s finding that the “grounds of permitted deprivation of liberty set out in sub-paragraphs (a) to (f) of [Article 5 § 1] should be accommodated, as far as possible, with the taking of prisoners of war and the detention of civilians who pose a risk to security under the Third and Fourth Geneva Conventions” is primarily based on an application of Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969, from which the Court concludes as follows:

Firstly, State practice indicates that States do not derogate from their obligations under Article 5 in order to detain persons on the basis of the Third and Fourth Geneva Conventions during international armed conflicts (see paragraph 101 of the judgment).

Secondly, the Convention must be interpreted in harmony with other rules of international law of which it forms part. The provisions in the Third and Fourth Geneva Conventions relating to internment, in issue in the present case, were designed to protect captured combatants and civilians who pose a security threat. Thus, the lack of formal derogation under Article 15 does not prevent the Court from taking account of the context and the provisions of international humanitarian law (see paragraphs 102-03).

Thirdly, even in situations of international armed conflict, the safeguards of the Convention continue to apply, albeit interpreted against the background of the provisions of international humanitarian law. By reason of the coexistence of the safeguards provided by international humanitarian law, the grounds of permitted deprivation of liberty under Article 5 § 1 should be “accommodated, as far as possible”, with the taking of prisoners of war and the detention of civilians who pose a risk to security under the Third and Fourth Geneva Conventions (see paragraph 104).

I shall discuss each argument in turn.

IV.

11. The rationale relating to *State practice* is flawed for three reasons.

12. *Firstly*, the State practice in question is based on a fundamental premise, invoked by the Government in this case (see paragraph 86), which relates to the scope of the Convention’s extraterritorial reach. The premise is the following: Article 5 does not apply to situations of international armed conflict for the simple reason that Article 1 jurisdiction under the Convention is not extraterritorial in the sense of being applicable in such conflict situations.

In *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom* [GC], 55721/07, § 137, ECHR 2011, the Court confirmed, in clear and unequivocal terms, its

prior rulings in *Öcalan v. Turkey* ([GC], no. 46221/99, ECHR 2005-IV), *Issa and Others v. Turkey* (no. 31821/96, 16 November 2004), *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom* ((dec.), no. 61498/08, 30 June 2009), and *Medvedyev and Others v. France* ([GC], no. 3394/03, ECHR 2010), to the effect that member States' obligations under the Convention remain in place "whenever" the State, through its agents, "exercises control and authority over an individual" on the territory of another State. The Court made no distinction between situations arising in peacetime or in internal or international conflict. Further, the Court explicitly stated (see *Al-Skeini and Others*, § 142) that, where the territory of one Convention State is occupied by the armed forces of another, the occupying State should in principle be held accountable under the Convention for breaches of human rights within the occupied territory, because to hold otherwise would be to deprive the population of that territory of the rights and freedoms hitherto enjoyed and would result in a "vacuum" of protection within the "Convention legal space". However, the Court explicitly emphasised that the "importance of establishing the occupying State's jurisdiction in such cases does not imply, *a contrario*, that jurisdiction under Article 1 of the Convention can never exist outside the territory covered by the Council of Europe member States". The Court declared that it had not "in its case-law applied any such restriction", referring amongst other examples to the above-cited cases of *Öcalan*, *Issa and Others*, *Al-Saadoon and Mufdhi*, and *Medvedyev and Others*.

Moreover, it is to no avail for the member States to rely on the above-cited Grand Chamber decision in *Bankovič and Others*, at least in situations where extraterritorial jurisdiction during international armed conflict is based on *State agents' authority and control in the form of the arrest and detention of an individual*, as in the present case, a factual setting that is materially different from that with which the Court was confronted in *Bankovič and Others* (cited above). In this regard, I would recall that the United Kingdom itself, along with other Governments, argued explicitly in the *Bankovič and Others* case (see § 37) that the arrest and detention of the applicants outside the territory of the respondent State, as described in the admissibility decisions in *Issa and Others (v. Turkey)* (dec.), no. 31821/96, 30 May 2000) and *Öcalan (v. Turkey)* (dec.), no. 46221/99, 14 December 2000) constituted, according to the Governments, "a classic exercise of such legal authority or jurisdiction over those persons by military forces on foreign soil". That is exactly the situation in the present case, a situation that, as the United Kingdom argued before this Court just under two years before the start of the Iraq war, would fall clearly within its extraterritorial jurisdiction under Article 1 of the Convention.

13. *Secondly*, the subsequent practice rule of Article 31 § 3 (b) of the Vienna Convention has to date been applied by the Court in several cases of central importance to the protection of human rights, namely the abolition of the death penalty (see *Soering v. the United Kingdom*, 7 July 1989, §§ 102-03, Series A no. 161, and *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, no. 61498/08, § 120, ECHR 2010), the binding nature of interim measures and the validity of reservations entered by States. Beyond these literal uses, Article 31 § 3 (b) has also found expression in the Court’s characterisation of the Convention as a “living instrument” (see Magdalena Forowicz, *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2010, at p. 38). However, the Court has, for obvious reasons, been rather cautious in its application of the subsequent practice rule, as Article 31 § 3 (b) of the Vienna Convention must be understood to cover only subsequent practice common to all Parties, as well as requiring that the practice be concordant, common and consistent. Subsequent practice of States Parties which does not fulfil these criteria may only constitute a supplementary means of interpretation of a treaty (see *Report of the International Law Commission on the work of its Eighteenth Session* (Geneva, 4 May to 19 July 1966), 1966 (2) Yearbook of the International Law Commission 173, p. 222). Bearing this in mind, it may be questioned whether the State practice referred to by the majority in the present case can be considered to fulfil, in substance, the criteria underlying the subsequent practice rule of Article 31 § 3 (b) of the Vienna Convention as developed in international law.

Furthermore, and most importantly in my view, in assessing whether a State practice fulfils the criteria flowing from Article 31 § 3 (b), and thus plausibly modifies the text of the Convention (see paragraph 101 of the judgment), there is, on the one hand, a fundamental difference between a State practice clearly manifesting a concordant, common and consistent will of the member States collectively to modify the fundamental rights enshrined in the Convention towards a more *expansive or generous understanding of their scope than originally envisaged*, and, on the other, a State practice that *limits or restricts those rights*, as in the present case, in direct contravention of an exhaustive and narrowly tailored limitation clause of the Convention protecting a fundamental right.

14. *Thirdly*, the Court draws further support for its reliance on State practice, in not derogating under Article 15 in respect of detentions under the Third and Fourth Geneva Conventions during international armed conflict, on the practice of States to refrain from derogating under Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) with regard to such activities. Such reliance is however clearly inapposite

in my view as there is a fundamental distinction to be made between the wording and scope of Article 5 § 1 of the Convention, on the one hand, and of Article 9 of the ICCPR and Article 9 of the Universal Declaration of Human Rights, on the other. The former is *exhaustive*, as regards permissible grounds of detention, whereas the latter is not, as they are limited to a general prohibition against *arbitrary* forms of detention. Baroness Hale of Richmond expressed this viewpoint in very clear and eloquent terms in her speech in the House of Lords' judgment in the *Al-Jedda* case (*R. (on the application of Al-Jedda) (FC) (Appellant) v. Secretary of State for Defence (Respondent)* [2007] UKHL 58), where she stated (§ 122):

“... There is no doubt that prolonged detention in the hands of the military is not permitted by the laws of the United Kingdom. Nor could it be permitted without derogation from our obligations under the European Convention on Human Rights. Article 5(1) of the Convention provides that deprivation of liberty is only lawful in defined circumstances which do not include these. The drafters of the Convention had a choice between a general prohibition of ‘arbitrary’ detention, as provided in Article 9 of the Universal Declaration of Human Rights, and a list of permitted grounds for detention. They deliberately chose the latter. They were well aware of [Winston] Churchill’s view that the internment even of enemy aliens in war time was ‘in the highest degree odious’...”

15. In the light of the above, the arguments from *State practice*, relied upon heavily by the majority, cannot, in my view, sustain its finding in this case.

V.

16. As regards the majority’s *second rationale*, it is certainly true that the Convention must be interpreted in harmony with other rules of international law of which it forms part. But the doctrine of consistent interpretation of the Convention with other norms of international law has its limits, as does any other harmonious method of legal interpretation. Article 5 § 1 is worded exhaustively, as regards the permitted grounds for deprivation of liberty, and the Court has consistently held, without exception till today, that these grounds should be interpreted narrowly. There is simply no available scope to “accommodate”, to use the language of the majority (see paragraph 104), the powers of internment under international humanitarian law *within, inherently or alongside* Article 5 § 1. That is the very *raison d’être* of Article 15, which explicitly opens up the possibility for States in times of war or other public emergencies threatening the life of the nation to derogate from Article 5, amongst other provisions. The majority’s support for a contrary understanding of Article 5 renders Article 15 effectively

obsolete within the Convention structure as regards the fundamental right to liberty in times of war.

17. Furthermore, the majority concludes that the provisions of the Third and Fourth Geneva Conventions relating to internment, in issue in the present case, were “designed to protect captured combatants and civilians who pose a security threat”. Thus, the lack of formal derogation under Article 15 “does not prevent the Court from taking account of the context and the provisions of international humanitarian law when interpreting and applying Article 5 in this case” (see paragraph 103). In support of this approach (see paragraph 102), the majority relies on the observations in paragraph 185 of *Varnava and Others v. Turkey* ([GC], nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90, ECHR 2009), where the Court stated that Article 2 of the Convention should be “interpreted in so far as possible in light of the general principles of international law, including the rules of international humanitarian law which play an indispensable and universally accepted role in mitigating the savagery and inhumanity of armed conflict”. Moreover, the majority refers to the “coexistence of the safeguards provided by international humanitarian law and by the Convention in time of armed conflict” (see paragraph 104).

International human rights law and international humanitarian law exhibit quite extensive differences both methodologically and structurally, entailing distinct judicial approaches in the evaluation of individual rights. As worded in the third party’s submissions, filed in the present case by the Human Rights Centre of the University of Essex, it is thus clear that the “internal coherence of international humanitarian law [is] significantly different from that of human rights law” (see paragraph 92 of the judgment). Thus, in my view, the underlying differences in the system of protection under the Convention, on the one hand, and international humanitarian law, on the other, constitute a particularly persuasive ground for dismissing the *automatic assimilation* of these distinct regimes of international law, at least where the relevant provision of the Convention is not legally amenable to such an approach.

I also note that the above-mentioned observations from the case of *Varnava and Others* (cited above), which the majority refers to, must be read in this light. The Grand Chamber in that case thus explicitly included the caveat, “in so far as possible”, when referring to the need to interpret the Convention in the light of international humanitarian law. Moreover, and no less importantly, *Varnava and Others* dealt with the interpretation of Article 2 within the context of the States’ positive obligations to protect life under that provision in a “zone of international conflict” (§ 185). It

is evident that the positive component of Article 2 is flexible enough to take account of the relevant rules of international humanitarian law so as to create a more robust and coherent regime of protection under the Convention. For obvious reasons, the subject matter in the present case under Article 5 § 1 is quite the opposite.

As regards the majority’s reference to the “coexistence of the safeguards provided by international humanitarian law and by the Convention in time of armed conflict”, it suffices to observe that the former does not contain the safeguards manifested in the exhaustive and limited grounds of permissible deprivation of liberty contained in Article 5 § 1. On the contrary, indefinite and preventive internment in wartime flatly contradicts the very nature of the grounds found in sub-paragraphs (a) to (f), a view expressed far better than I can by Baroness Hale of Richmond in her above-cited speech in the *Al-Jedda* case in the House of Lords.

VI.

18. Finally, as regards the *third argument* set out in the Court’s judgment, the majority reasons that “even in situations of international armed conflict, the safeguards under the Convention continue to apply, albeit interpreted against the background of the provisions of international humanitarian law” (see paragraph 104). Thus, the majority correctly rejects the Government’s invitation to *disapply* Article 5 of the Convention. However, the majority goes on to declare that “[b]y reason of the coexistence of the safeguards provided by international humanitarian law”, the grounds of permitted deprivation of liberty of Article 5 § 1 should be “accommodated, as far as possible,” with the taking of prisoners of war and the detention of civilians who pose a risk to security under the Third and Fourth Geneva Conventions (see paragraph 104).

This method of “*accommodation*” of Convention rights is a novelty in the Court’s case-law. Its scope is ambiguous and its content wholly uncertain, at least as a legitimate method of *interpretation* of a legal text. Whatever this purported method entails, it bears reiterating that there is simply no available room to “accommodate” the powers of internment under international humanitarian law within, inherently or alongside Article 5 § 1 (see paragraph 16 of this opinion). Furthermore, as the *disapplication* option is off the table, since no derogation from the Convention has occurred, this novel method of *accommodation* cannot be implemented in such a manner as to have effectively the same legal effects as *disapplication*. However, by concluding, as the majority does, that the grounds of permitted deprivation of liberty under Article 5 § 1 should be “accommodated, as far as possible” with the taking of prisoners of war and the detention of civilians who

pose a risk to security under the Third and Fourth Geneva Conventions, the majority, in essence, does nothing else on the facts of this case. It effectively disapplies or displaces the fundamental safeguards underlying the exhaustive and narrowly interpreted grounds for permissible detention under the Convention by judicially creating a new, unwritten ground for a deprivation of liberty and, hence, incorporating norms from another and distinct regime of international law, in direct conflict with the Convention provision. Whatever *accommodation* means, it cannot mean this!

VII.

19. *In conclusion*, on the facts of this case, the powers of internment under the Third and Fourth Geneva Conventions, relied on by the Government as a permitted ground for the capture and detention of Tarek Hassan, are in direct conflict with Article 5 § 1 of the Convention. The Court does not have any legitimate tools at its disposal, as a *court of law*, to remedy this clash of norms. It must therefore give priority to the Convention, as its role is limited under Article 19 to “[ensuring] the observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties in the Convention and the Protocols thereto”. By attempting to *reconcile the irreconcilable*, the majority’s finding today does not, with respect, reflect an accurate understanding of the scope and substance of the fundamental right to liberty under the Convention, as reflected in its purpose and its historical origins in the atrocities of the international armed conflicts of the Second World War.

HASSAN c. ROYAUME-UNI
(Requête n° 29750/09)

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 16 SEPTEMBRE 2014¹

1. Arrêt rendu par la Grande Chambre à la suite d'un dessaisissement d'une chambre en vertu de l'article 30 de la Convention.

SOMMAIRE¹**Internement en Irak sur la base des troisième et quatrième Conventions de Genève**

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 à l'article 5 § 1 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 (paragraphe 104 de l'arrêt).

Article 1

Juridiction de l'État – Juridiction territoriale s'agissant de la détention d'un ressortissant irakien par une coalition de forces armées en Irak – Juridiction extraterritoriale – Critère du contrôle ou de l'autorité physiques – Juridiction pendant la phase des hostilités actives d'un conflit armé international

Article 5

Régularité de l'arrestation ou de la détention – Internement en Irak sur la base des troisième et quatrième Conventions de Genève – Conflit armé international – Absence de demande de dérogation au titre de l'article 15 de la Convention – Règles d'interprétation prévues par l'article 31 § 3 b) et c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités – Pratique ultérieure de l'État consistant à ne pas formuler de dérogation – Relations réciproques entre le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme – Motifs de privation de liberté autorisés par l'article 5 § 1 de la Convention – Régularité – Arbitraire – Garanties procédurales

*

* *

En fait

En mars 2003, une coalition de forces armées sous le commandement des États-Unis d'Amérique envahit l'Irak. Après avoir occupé la région de Bassorah, l'armée britannique commença à arrêter les hauts dignitaires du parti Baas, et le requérant, un cadre de ce parti, partit se cacher, laissant son frère Tarek Hassan protéger le domicile familial à Umm Qasr. Le 23 avril 2003, au petit matin, une unité de l'armée

1. Rédigé par le greffe, il ne lie pas la Cour.

britannique se rendit au domicile du requérant pour l'arrêter. Selon ses archives, elle tomba sur Tarek Hassan dans la maison armé d'un fusil d'assaut AK-47 et l'arrêta, le soupçonnant d'être un combattant ou un civil représentant une menace pour la sécurité. Il fut conduit le lendemain à Camp Bucca, un centre de détention administré par les États-Unis. Certaines parties du camp étaient également utilisées par le Royaume-Uni pour détenir et interroger des prisonniers. À la suite d'un interrogatoire conduit par des autorités américaines et britanniques, il fut estimé que Tarek Hassan n'avait aucune valeur du point de vue du renseignement et, selon les archives, il fut libéré le 2 mai 2003, ou vers cette date, à un point de dépôt à Umm Qasr. Au début du mois de septembre 2003, son corps fut découvert à environ 700 km de là, portant des marques de torture et d'exécution.

En 2007, le requérant saisit les juridictions administratives anglaises, mais il fut débouté au motif que Camp Bucca était un établissement militaire non pas du Royaume-Uni mais des États-Unis.

Dans la requête dont il a saisi la Cour européenne, le requérant allègue que son frère a été arrêté et détenu par des forces britanniques en Irak puis retrouvé mort dans des circonstances non élucidées. Sur le terrain de l'article 5 §§ 1, 2, 3 et 4, il soutient que cette arrestation et cette détention étaient arbitraires et irrégulières et dépourvues de toute garantie procédurale et, sous l'angle des articles 2, 3 et 5, que les autorités britanniques n'ont pas conduit d'enquête sur les circonstances de la détention, des mauvais traitements et du décès.

En droit

1. Articles 2 et 3 : rien ne permet de dire que Tarek Hassan ait subi en détention des mauvais traitements qui, en vertu de l'article 3, auraient fait naître l'obligation de conduire une enquête officielle. Rien ne prouve non plus que les autorités britanniques soient responsables d'une quelconque manière, directement ou indirectement, de son décès, intervenu environ quatre mois après sa sortie de Camp Bucca, dans une partie lointaine du pays non contrôlée par les forces britanniques. Faute du moindre élément établissant que des agents britanniques aient été impliqués dans ce décès, ou même que celui-ci soit survenu sur un territoire contrôlé par ce pays, on ne peut conclure que l'article 2 faisait obligation au Royaume-Uni d'enquêter.

Conclusion : irrecevable (défaut manifeste de fondement).

2. Article 5 §§ 1, 2, 3 et 4 :

a) *Jurisdiction* – i. Période allant de la capture par les forces britanniques jusqu'à l'admission à Camp Bucca : Tarek Hassan s'est trouvé physiquement sous le contrôle et le pouvoir de soldats britanniques, relevant ainsi de la juridiction du Royaume-Uni. La Cour rejette la thèse du Gouvernement voulant que ce titre de juridiction ne doive pas s'appliquer au cours de la phase d'hostilités actives d'un conflit armé international, lorsque les agents de l'État contractant opèrent sur un territoire dont cet État n'est pas la puissance occupante et que le comportement de l'État soit alors plutôt soumis aux prescriptions du droit international humanitaire. Pour la

Cour, cette thèse est incompatible avec sa propre jurisprudence et celle de la Cour internationale de justice, selon laquelle le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire peuvent s'appliquer simultanément.

ii. Période postérieure à l'admission à Camp Bucca: la Cour rejette la thèse du Gouvernement voulant que la juridiction soit exclue pendant cette période parce que, en entrant dans le camp, Tarek Hassan serait passé du pouvoir du Royaume-Uni à celui des États-Unis. Tarek Hassan a été admis au camp comme prisonnier du Royaume-Uni. Peu après son admission, il a été conduit dans un quartier entièrement contrôlé par les forces britanniques. En vertu du mémorandum d'accord entre les gouvernements britannique, américain et australien relatif aux transferts de détenus, c'était le Royaume-Uni qui était chargé de classer ses détenus au regard des troisième et quatrième Conventions de Genève et de se prononcer sur l'opportunité de leur libération. Si certains aspects opérationnels de la détention de Tarek Hassan à Camp Bucca ont certes été confiés aux forces américaines – son escorte jusqu'au quartier de la *Joint Forward Interrogation Team* et à la sortie de celui-ci, et sa surveillance dans les autres parties du camp – le Royaume-Uni a gardé l'autorité et le contrôle sur tous les aspects de la détention en rapport avec les griefs soulevés par le requérant sur le terrain de l'article 5.

Tarek Hassan a relevé de la juridiction du Royaume-Uni à partir de sa capture le 23 avril 2003 et jusqu'à sa libération, selon toute vraisemblance à Umm Qasr le 2 mai 2003.

Conclusion: exercice de la juridiction (unanimité).

b) *Sur le fond* – 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. 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.

Le Royaume-Uni n'a formé aucune demande formelle, au titre de l'article 15 de la Convention (dérogation en cas d'état d'urgence), de dérogation à ses obligations découlant de l'article 5 pour ce qui est de ses opérations en Irak. Au lieu de cela, le Gouvernement prie la Cour dans ses observations de juger inapplicables ses obligations découlant de l'article 5 ou, autrement, de les interpréter à la lumière des pouvoirs d'incarcération que lui confère le droit international humanitaire.

Le point de départ de l'examen de la Cour est sa pratique constante d'interprétation de la Convention à la lumière des règles énoncées dans la Convention de Vienne du 23 mars 1969 sur le droit des traités, dont l'article 31 § 3 impose, lorsqu'est interprété un traité, de tenir compte a) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions; b) de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité et c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.

Pour ce qui est de l'article 31 § 3 a) de la Convention de Vienne, il n'y a eu entre les Hautes Parties contractantes aucun accord ultérieur sur l'interprétation à donner à l'article 5 de la Convention en cas de conflit armé international. Cela étant, s'agissant de l'article 31 § 3 b), la Cour a déjà dit qu'une pratique constante de la part des Hautes Parties contractantes, postérieure à la ratification par elles de la Convention, peut passer pour établir leur accord non seulement sur l'interprétation à donner au texte de la Convention, mais aussi sur telle ou telle modification de celui-ci. La pratique des États contractants 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. Cette pratique trouve son pendant dans la pratique des États sur le terrain du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Quant au critère énoncé à l'article 31 § 3 c), la Cour a répété que la Convention doit être interprétée en harmonie avec les autres règles du droit international, y compris le droit international humanitaire. Elle doit s'attacher à interpréter et appliquer la Convention d'une manière qui soit compatible avec le cadre du droit international ainsi délimité par la Cour internationale de justice. Dès lors, l'absence de dérogation formelle au titre de l'article 15 ne l'empêche pas de tenir compte du contexte et des règles du droit international humanitaire pour interpréter et appliquer l'article 5 en l'espèce.

En tout état de cause, 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.

À l'instar des motifs de détention autorisés déjà énumérés dans ces alinéas, une privation de liberté imposée en vertu des pouvoirs conférés par le droit international humanitaire doit être « régulière » pour qu'il n'y ait pas violation de l'article 5 § 1. Cela signifie qu'elle doit être conforme aux règles du droit international humanitaire et, surtout, au but fondamental de l'article 5 § 1, qui est de protéger l'individu contre l'arbitraire.

Pour ce qui est des garanties procédurales, la Cour considère que, dans le cas d'une détention intervenant lors d'un conflit armé international, l'article 5 §§ 2 et 4 doit être interprété d'une manière qui tienne compte du contexte et des règles du droit international humanitaire applicables. Les articles 43 et 78 de la quatrième Convention de Genève disposent que les internements « seront l'objet d'une révision périodique, si possible semestrielle, par les soins d'un organisme compétent ». S'il peut ne pas être réalisable, au cours d'un conflit armé international, de faire examiner la régularité d'une détention par un « tribunal » indépendant au sens généralement requis par l'article 5 § 4, il faut néanmoins, pour que l'État contractant puisse être réputé avoir satisfait à ses obligations découlant de l'article 5 § 4 dans ce contexte, que l'« organe compétent » offre, en matière d'impartialité et d'équité de la procédure, des garanties suffisantes pour protéger contre l'arbitraire. De plus, la première révision doit intervenir peu après l'incarcération et être ultérieurement suivie de révisions fréquentes, de manière à garantir qu'un détenu qui ne relèverait d'aucune des catégories d'internement possibles en droit international humanitaire soit libéré sans retard injustifié. L'article 5 § 3, toutefois, ne trouve pas à s'appliquer en l'espèce, Tarek Hassan n'ayant pas été détenu dans les conditions prévues au paragraphe 1 c) de l'article 5.

Pour en venir aux faits de la cause, la Cour estime que les autorités britanniques étaient fondées à croire que Tarek Hassan, trouvé par des soldats britanniques 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, était 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 en vertu des troisième et quatrième Conventions de Genève. Presque aussitôt après son entrée à Camp Bucca, Tarek Hassan 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. Au vu du dossier, il a été physiquement libéré de ce camp peu après.

Dans ces conditions, il apparaît que 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. En outre, Tarek Hassan ayant été jugé libérable et ayant été physiquement libéré quelques jours après avoir été conduit au camp, point n'est besoin pour la Cour de rechercher si le processus de filtrage constituait une garantie adéquate contre la détention arbitraire. Enfin, le contexte et les questions posées à Tarek Hassan pendant les deux entretiens de filtrage permettent de considérer qu'il n'a pu ignorer la raison de sa détention.

Conclusion: non-violation (treize voix contre quatre).

Jurisprudence citée par la Cour

- A. et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 3455/05, CEDH 2009
- Aksoy c. Turquie*, 18 décembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI
- Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, CEDH 2001-XI
- Al-Jedda c. Royaume-Uni* [GC], n° 27021/08, CEDH 2011
- Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, n° 61498/08, CEDH 2010
- Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 55721/07, CEDH 2011
- Banković et autres c. Belgique et autres* (déc.) [GC], n° 52207/99, CEDH 2001-XII
- Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, 26 mai 1993, série A n° 258-B
- Chypre c. Turquie*, nos 6780/74 et 6950/75, rapport de la Commission du 10 juillet 1976, non publié
- El-Masri c. l'ex-République yougoslave de Macédoine* [GC], n° 39630/09, CEDH 2012
- Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, série A n° 18
- Guzzardi c. Italie*, 6 novembre 1980, série A n° 39
- Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, série A n° 25
- Jėčius c. Lituanie*, n° 34578/97, CEDH 2000-IX
- Kurt c. Turquie*, 25 mai 1998, *Recueil* 1998-III
- Labita c. Italie* [GC], n° 26772/95, CEDH 2000-IV
- Lawless c. Irlande (n° 3)*, 1^{er} juillet 1961, série A n° 3
- McKerr c. Royaume-Uni* (déc.), n° 28883/95, 4 avril 2000
- Membres de la Congrégation des témoins de Jéhovah de Gldani et autres c. Géorgie*, n° 71156/01, 3 mai 2007
- Reinprecht c. Autriche*, n° 67175/01, CEDH 2005-XII
- Saadi c. Royaume-Uni* [GC], n° 13229/03, CEDH 2008
- Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, série A n° 161
- Varnava et autres c. Turquie* [GC], nos 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 et 16073/90, CEDH 2009

En l'affaire Hassan c. Royaume-Uni,

La Cour européenne des droits de l'homme, siégeant en une Grande Chambre composée de :

Dean Spielmann, *président*,
 Josep Casadevall,
 Guido Raimondi,
 Ineta Ziemele,
 Mark Villiger,
 Isabelle Berro,
 Dragoljub Popović,
 George Nicolaou,
 Luis López Guerra,
 Mirjana Lazarova Trajkovska,
 Ledi Bianku,
 Zdravka Kalaydjieva,
 Vincent A. De Gaetano,
 Angelika Nußberger,
 Paul Mahoney,
 Faris Vehabović,
 Robert Spano, *juges*,

et de Michael O'Boyle, *greffier adjoint*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 11 décembre 2013 et 25 juin 2014,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date :

PROCÉDURE

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 29750/09) dirigée contre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et dont un ressortissant irakien, M. Khadim Resaan Hassan («le requérant»), a saisi la Cour le 5 juin 2009 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales («la Convention»).

2. Le requérant a été représenté par M. P. Shiner, *solicitor* à Birmingham, ainsi que par M^e T. Otty QC, et M^e T. Hickman, *barristers* à Londres. Le gouvernement britannique («le Gouvernement») a été représenté par son agent, M^{me} R. Tomlinson, du ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth.

3. Le requérant alléguait que son frère avait été arrêté et détenu par les forces britanniques en Irak puis retrouvé mort dans des circonstances inexplicables. Il soutenait, sur le terrain de l'article 5 §§ 1, 2, 3 et 4 de la

Convention, que cette arrestation et cette détention avaient revêtu un caractère arbitraire et irrégulier et qu'elles n'avaient pas été assorties de garanties procédurales et, sous l'angle des articles 2, 3 et 5 de la Convention, que les autorités britanniques n'avaient pas conduit d'enquête sur les circonstances de la détention, des mauvais traitements et du décès de son frère.

4. L'affaire a été attribuée à la quatrième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement de la Cour – « le règlement »). Cette dernière a ajourné son examen de la requête dans l'attente de l'adoption de son arrêt en l'affaire *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* ([GC], n° 55721/07, CEDH 2011). Une fois cet arrêt prononcé, la requête a été communiquée au Gouvernement le 30 août 2011.

5. Le 4 juin 2013, la chambre a décidé de se dessaisir en faveur de la Grande Chambre. La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément aux dispositions des articles 27 §§ 2 et 3 de la Convention et 24 du règlement.

6. Tant le requérant que le Gouvernement ont produit des observations écrites supplémentaires sur la recevabilité et le fond. En outre, M^{me} Françoise Hampson et M. Noam Lubell, professeurs au Centre des droits de l'homme de l'université d'Essex, ont soumis des observations en qualité de tiers intervenant.

7. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 11 décembre 2013 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M ^{me} R. Tomlinson,	<i>agent,</i>
MM. J. Eadie QC,	
C. Staker,	<i>conseils,</i>
M. Addison,	
M ^{me} A. McLeod,	<i>conseillers ;</i>

– *pour le requérant*

M ^e T. Otty QC,	
MM. T. Cleaver,	<i>conseils,</i>
P. Shiner,	
M ^{mes} B. Shiner,	
L. Shiner,	<i>conseillers.</i>

La Cour a entendu M. Eadie et M^e Otty en leurs déclarations et en leurs réponses à ses questions.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

8. Les faits de la cause, tels qu'ils ont été exposés par les parties, peuvent se résumer comme suit. Lorsqu'il y a controverse entre les parties, la version de chacune d'elles est présentée.

A. L'invasion de l'Irak

9. Le 20 mars 2003, une coalition de forces armées sous commandement unifié dirigée par les États-Unis d'Amérique et composée d'un nombre important de soldats britanniques et de petits contingents de soldats australiens, danois et polonais, commença à envahir l'Irak à partir d'un point de rassemblement situé du côté koweïtien de la frontière entre l'Irak et le Koweït. Le 5 avril 2003, Bassorah était prise par les forces britanniques et, le 9 avril 2003, les troupes américaines contrôlaient Bagdad. La fin des principales opérations de combat en Irak fut prononcée le 1^{er} mai 2003.

B. La capture du frère du requérant par les forces britanniques

10. Avant l'invasion, le requérant était directeur général au secrétariat national du parti Baas et général de l'armée Al-Quds, force militaire de ce parti. Il habitait à Umm Qasr, ville portuaire de la région de Bassorah située à proximité de la frontière koweïtienne et à une cinquantaine de kilomètres de la ville de Bassorah. Une fois entrée dans Bassorah, l'armée britannique commença à arrêter les hauts dignitaires du parti Baas. D'autres membres de ce parti furent tués par les milices irakiennes. Aussi le requérant partit-il se cacher avec sa famille, laissant son frère, Tarek Resaan Hassan («Tarek Hassan»), et son cousin protéger le domicile familial.

11. Selon des informations données par le Gouvernement, le 23 avril 2003 au petit matin des membres d'une unité de l'armée britannique, le premier bataillon (*The Black Watch*), se rendirent au domicile du requérant pour l'arrêter. Ils ne trouvèrent pas l'intéressé mais tombèrent sur Tarek Hassan, que le rapport, établi à l'époque des faits par l'unité qui procéda à l'arrestation («le rapport du bataillon»), décrit comme un «tueur» posté sur le toit de la maison et armé d'un fusil d'assaut AK-47. Ce rapport indique que le «tueur» se présenta comme étant le frère du requérant et qu'il fut arrêté vers 6 h 30. Il ajoute que les soldats auteurs de l'arrestation trouvèrent dans la maison d'autres armes à feu et un certain nombre de documents, utiles pour le renseignement, concernant des membres locaux du parti Baas et de l'armée Al-Quds.

12. Dans une déclaration datée du 30 novembre 2006, le requérant indiqua que Tarek Hassan avait été arrêté par des soldats britanniques le 22 avril 2003, en son absence. Il ajouta : « Quand mes sœurs ont pris contact avec l'autorité militaire britannique, on leur a dit que mon frère ne serait pas libéré tant que je ne me serais pas livré. » Dans une déclaration ultérieure datée du 12 septembre 2008, il ne faisait plus mention de ses sœurs mais disait avoir demandé à son ami Saeed Teryag et à son voisin Haj Salem de se renseigner auprès des forces britanniques au sujet de Tarek Hassan. Il expliquait qu'il avait fait appel à ces amis parce qu'il considérait qu'il pouvait se fier à eux, Haj Salem étant un homme d'affaires respecté et Saeed Teryag étant allé à l'université et parlant anglais. Il ajoutait : « Quand ils ont pris contact avec l'autorité militaire britannique, elle leur a dit que mon frère ne serait pas libéré tant que je ne me serais pas livré. »

13. Selon la retranscription, datée du 2 février 2007, d'un entretien téléphonique avec M. Salim Hussain Nassir Al-Ubody, le voisin du requérant, Tarek Hassan fut emmené par des soldats britanniques un jour du mois d'avril vers 4 h 30, les mains attachées dans le dos. M. Al-Ubody déclara qu'il avait pris contact avec l'un des Irakiens qui accompagnaient les soldats pour lui demander ce que ces derniers voulaient et qu'on lui avait dit que les soldats étaient venus arrêter le requérant. Trois jours plus tard, le requérant aurait téléphoné à M. Al-Ubody afin de lui demander de trouver quelqu'un pour garder sa maison et de se renseigner auprès de l'armée britannique pour savoir ce qu'il était advenu de Tarek Hassan. Deux jours plus tard, M. Al-Ubody se serait rendu au centre de commandement britannique à l'hôtel du Chatt-el-Arab, où il aurait demandé à un interprète irakien s'il pouvait obtenir des renseignements sur Tarek Hassan. Deux jours plus tard, au retour de M. Al-Ubody, l'interprète lui aurait dit que les forces britanniques détenaient Tarek Hassan et qu'ils le garderaient tant que le requérant ne se livrerait pas. Il aurait également conseillé à M. Al-Ubody de ne pas revenir, lui expliquant qu'il risquait de subir un interrogatoire.

C. La détention à Camp Bucca

14. Les deux parties s'accordent à dire que Tarek Hassan fut emmené à Camp Bucca par des soldats britanniques. Situé à environ 2,5 km d'Umm Qasr et à environ 70 km au sud de Bassorah, ce camp était à sa création, le 23 mars 2003, un centre de détention britannique, avant de devenir officiellement, le 14 avril 2003, une installation américaine baptisée « Camp Bucca ». En avril 2003, il était formé de huit quartiers séparés par des clôtures de barbelés, avec chacun un seul point d'entrée. Dans chaque quartier se trouvaient des tentes ouvertes aptes à accueillir plusieurs centaines de détenus et dotées d'un robinet, de latrines et d'une zone découverte.

15. Pour des raisons de commodité opérationnelle, le Royaume-Uni continua à détenir à Camp Bucca les personnes capturées par lui. L'un des quartiers était réservé à ses détenus soupçonnés d'avoir commis des infractions pénales. Par ailleurs, le Royaume-Uni gérait un quartier distinct du camp destiné à son équipe conjointe d'interrogatoire avancé (*Joint Forward Interrogation Team* – « la JFIT »). Les forces britanniques avaient bâti ce quartier et continuaient de l'administrer. Y étaient interrogés aussi bien des détenus capturés par l'armée du Royaume-Uni que des détenus capturés par l'armée des États-Unis, et des équipes d'interrogateurs tant britanniques qu'américaines y travaillaient, mais la JFIT britannique surveillait la détention et les interrogatoires de tous les prisonniers qui s'y trouvaient. Dans les autres parties du camp, l'armée américaine était chargée de garder et d'escorter les détenus, et l'armée britannique était tenue de rembourser aux États-Unis tous les frais occasionnés par le séjour au camp des détenus capturés par elle. La prévôté militaire britannique (*British Military Provost Staff* – « la police militaire ») avait la responsabilité de surveiller (*overseeing responsibility*) les détenus du Royaume-Uni dont la garde était transférée aux États-Unis, à l'exception de ceux séjournant dans le quartier de la JFIT. Les détenus du Royaume-Uni malades ou blessés étaient traités dans les hôpitaux de campagne britanniques. Les autorités britanniques étaient chargées des liaisons avec le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) pour ce qui est du traitement des détenus du Royaume-Uni et de la notification de leur incarcération à leurs familles (pour plus de détails, voir le paragraphe 20 ci-dessous). Le Royaume-Uni demeurait aussi chargé de classer les détenus selon les catégories définies dans les articles 4 et 5 de la troisième Convention de Genève (paragraphe 33 ci-dessous).

16. En prévision de l'usage par le Royaume-Uni d'installations communes pour accueillir ses détenus, les gouvernements britannique, américain et australien conclurent le 23 mars 2003 un mémorandum d'accord relatif au transfert de la garde des détenus (« le mémorandum d'accord »). Ce texte disposait :

« Le présent accord fixe les procédures de transfert par les forces américaines, britanniques ou australiennes à l'une quelconque des autres Parties de tout prisonnier de guerre, interné civil ou détenu civil arrêté au cours des opérations contre l'Irak.

Les Parties prennent les engagements suivants :

1. Le présent accord sera exécuté conformément à la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre et à la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, ainsi qu'au droit international coutumier.

2. En leur qualité de Puissances acceptantes, les forces américaines, britanniques et australiennes accepteront, selon les modalités qu'elles définiront mutuellement, tout prisonnier de guerre, interné civil et détenu civil tombé au pouvoir de l'une quelconque des autres Parties (la Puissance détentrice) et devront garder et protéger toutes les personnes qui leur auront été ainsi confiées. Les transferts de prisonniers de guerre, de civils internés et de civils détenus entre Puissances acceptantes se dérouleront selon des modalités mutuellement définies par la Puissance acceptante et la Puissance détentrice.

3. Les modalités de transfert des prisonniers de guerre, internés civils ou détenus civils blessés seront fixées dans les meilleurs délais, de manière qu'ils puissent être traités selon l'urgence de leur cas. Tous ces transferts seront administrés et consignés dans le cadre des mécanismes mis en place en vertu du présent mémorandum pour le transfert des prisonniers de guerre, des internés civils et des détenus civils.

4. Tout prisonnier de guerre, interné civil ou détenu civil transféré par une Puissance détentrice sera renvoyé sans retard à celle-ci par la Puissance acceptante lorsque la Puissance détentrice en aura fait la demande.

5. Un prisonnier de guerre, un interné civil ou un détenu civil transféré ne pourra être libéré, rapatrié ou expulsé vers des territoires situés hors de l'Irak que par accord mutuel entre la Puissance détentrice et la Puissance acceptante.

6. La Puissance détentrice conservera un droit d'accès intégral à tout prisonnier de guerre, interné civil ou détenu civil transféré par elle pendant le temps qu'il sera confié à la Puissance acceptante.

7. La Puissance acceptante est responsable de la tenue des registres de détention pour tout prisonnier de guerre, interné civil ou détenu civil qui lui sera transféré. Ces registres pourront être inspectés par la Puissance détentrice à la demande de celle-ci. Les documents (ou copies conformes de ceux-ci) concernant tout prisonnier de guerre, interné civil ou détenu civil renvoyé à la Puissance détentrice devront également être remis à celle-ci.

8. Les Puissances détentrices désigneront des agents de liaison auprès des Puissances acceptantes de manière à faciliter la mise en œuvre du présent accord.

9. Seule la Puissance détentrice sera compétente pour classer ou non comme prisonniers de guerre, au sens des articles 4 et 5 de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, les personnes capturées par ses forces. Préalablement à cette décision, ces détenus seront traités comme des prisonniers de guerre et jouiront de l'ensemble des droits et protections offerts par ladite Convention même s'ils sont confiés à une Puissance acceptante.

10. En cas de doute quant au point de savoir laquelle des Parties est la Puissance détentrice, toutes les Parties seront solidairement responsables de toutes les personnes détenues et auront un accès total à celles-ci (ainsi qu'à tous documents relatifs à leur traitement) tant que la Puissance détentrice n'aura pas été déterminée par accord mutuel.

11. La juridiction première à l'égard des infractions pénales qu'auraient commises, avant leur capture, les prisonniers de guerre, internés civils et détenus civils transférés

à une Puissance acceptante sera initialement confiée à la Puissance détentrice pour autant qu'une telle juridiction en matière pénale puisse être exercée. Les Puissances détentrices examineront favorablement toute demande de renonciation à cette juridiction formulée par une Puissance acceptante.

12. La juridiction première à l'égard des manquements aux règles disciplinaires ou infractions de droit commun qu'auraient commises les prisonniers de guerre, internés civils ou détenus civils après leur transfert à une Puissance acceptante est confiée à celle-ci.

13. La Puissance détentrice remboursera à la Puissance acceptante les frais occasionnés par l'entretien de tout prisonnier de guerre, interné civil ou détenu civil qu'elle aura pu lui transférer en vertu du présent accord.

14. Si l'une d'elles en fait la demande, les Parties se consulteront sur la mise en œuvre du présent accord».

17. Dans sa déposition, le major Neil B. Wilson, qui servait dans la police militaire à Camp Bucca à l'époque des faits, a dit que, suivant la procédure habituelle, le détenu arrivait au camp escorté de militaires de l'unité qui l'avait capturé; à l'arrivée, le détenu était incarcéré dans une zone de rétention temporaire, cependant que ses papiers étaient contrôlés et ses objets d'usage personnel saisis; si nécessaire, des soins médicaux lui étaient administrés à ce stade; le cas du détenu était ensuite examiné dans la tente des arrivées par des agents britanniques avec l'aide d'un interprète; une photographie numérique du détenu était prise et, avec d'autres renseignements à son sujet, insérée dans la base de données, appelée AP3-Ryan, où les autorités britanniques répertoriaient de nombreuses informations au cours des opérations en Irak, notamment des informations concernant les détenus.

18. Il ressort d'une consultation de cette base de données qu'aucune mention n'y figurait sous le nom de Tarek Resaan Hassan mais qu'il y en avait une, avec une photographie, sous le nom de «Tarek Resaan Hashmyh Ali». Dans sa déposition, le requérant expliqua que, pour des démarches officielles, les Irakiens indiquaient leur propre prénom, suivi de ceux de leur père, de leur mère, de leur grand-père et de leur arrière-grand-père, que «Ali» était le prénom de son arrière-grand-père et que celui de son grand-père, Hassan, avait été omis par erreur. Il ajouta qu'on avait délivré à Tarek Hassan un bracelet sur lequel était inscrit son numéro d'immatriculation d'interné du Royaume-Uni, UKDF018094IZSM, «DF» (*détention facility*) signifiant «lieu de détention», «IZ» allégeance à l'Irak et «SM» (*soldier male*) soldat de sexe masculin. Des captures d'écran de cette base de données montrent également qu'il avait été demandé à Tarek Hassan s'il acceptait que les autorités de son pays fussent informées de sa détention et qu'il n'y avait pas consenti.

19. Selon des éléments soumis par le Gouvernement, une fois accompli le processus d'enregistrement britannique, les détenus étaient remis entre les mains des forces des États-Unis pour un second enregistrement, qui comportait notamment la délivrance d'un numéro d'immatriculation américain, inscrit sur un bracelet. Le numéro attribué à Tarek Hassan était le UK912-107276EPW46; les lettres «UK» signifiaient que le Royaume-Uni était le pays auteur de la capture et les lettres «EPW» (*enemy prisoner of war*) qu'il était traité par les forces américaines comme un prisonnier de guerre ennemi; cependant, tous les détenus étaient à ce stade traités comme des prisonniers de guerre, sauf ceux capturés par les forces britanniques parce qu'ils étaient soupçonnés d'avoir commis des infractions pénales; une fois enregistrés, les détenus faisaient habituellement l'objet d'un examen médical, puis on leur remettait de la literie, de la vaisselle et un nécessaire de toilette et, enfin, les forces américaines les conduisaient dans les zones d'hébergement.

20. Le Gouvernement a produit le témoignage de M. Timothy Lester, qui fut chargé de l'Irak au sein du Bureau d'information des prisonniers de guerre du Royaume-Uni (*United Kingdom Prisoner of War Information Bureau* ou UKPWIB – «le Bureau d'information») à partir du début des opérations militaires dans ce pays en mars 2003. M. Lester indique que le Bureau d'information était pour l'Irak le «bureau officiel de renseignements» imposé par l'article 122 de la troisième Convention de Genève et qu'il contrôlait les informations relatives aux prisonniers de guerre et aux délinquants en détention de manière à faciliter les contacts avec leurs proches. M. Lester explique par ailleurs que la troisième Convention de Genève imposait également la création d'une «agence centrale de renseignements sur les prisonniers de guerre». Cette fonction était d'après lui assumée par l'Agence centrale de recherches du CICR. Le CICR recueillait les renseignements sur les captures d'individus et, moyennant le consentement de ceux-ci, les transmettait à leur pays d'origine ou à la puissance dont ils dépendaient. En pratique, les renseignements sur tous les prisonniers incarcérés par les forces britanniques étaient enregistrés par des agents dans le lieu de détention en Irak et adressés à M. Lester à Londres, qui les saisissait ensuite dans un tableur avant de charger celui-ci sur le site Internet sécurisé du CICR. M. Lester transmettait généralement les données au CICR une fois par semaine au cours de la phase active de combat, et une fois par mois par la suite. L'intéressé explique toutefois que les informations sur Tarek Hassan ne furent communiquées au CICR que le 25 juillet 2003, en raison d'un retard causé par la mise à jour du système informatique du Bureau d'information. Il indique qu'en tout état de cause, il fut noté dans le dossier de Tarek Hassan que celui-ci n'avait pas accepté que les autorités irakiennes fussent prévenues

de sa capture (paragraphe 18 ci-dessus). Faute de ce consentement, il serait peu vraisemblable que le CICR eût informé les autorités irakiennes de cette capture et que celles-ci en eussent informé à leur tour la famille Hassan.

D. Le processus de filtrage

21. Le Gouvernement déclare que, en cas d'incertitude quant au statut d'un détenu au moment de son arrivée à Camp Bucca, l'intéressé était enregistré comme prisonnier de guerre par les autorités britanniques. Il explique qu'un détenu capturé au cours d'une opération visant une personne précise, comme Tarek Hassan, était immédiatement conduit au quartier de la JFIT pour un entretien en deux étapes. D'après lui, deux équipes d'interrogeurs, l'une britannique et l'autre américaine, y travaillaient, et toutes deux interrogeaient aussi bien les détenus capturés par le Royaume-Uni que ceux capturés par les États-Unis. Le premier entretien pouvait être simplement conduit par l'équipe qui était disponible à l'arrivée du détenu. Ce processus d'interrogatoire aurait visé à identifier les membres de groupes militaires ou paramilitaires susceptibles de détenir des renseignements utiles pour la campagne militaire et, lorsqu'il était établi que le détenu n'était pas un combattant, à déterminer s'il y avait lieu de le soupçonner de représenter un risque pour la sécurité ou d'être un criminel. Le Gouvernement indique qu'en l'absence de motif raisonnable à cet égard, l'intéressé était classé dans la catégorie des civils ne représentant aucune menace pour la sécurité et sa libération était aussitôt ordonnée.

22. Il ressort d'un document imprimé à partir de la base de données informatique de la JFIT que, à Camp Bucca, Tarek Hassan s'était vu attribuer le n° JFIT 494 et le numéro d'immatriculation UK107276. Ce document indique que Tarek Hassan est arrivé le 23 avril 2003 à 16 h 40 et qu'il est sorti le 25 avril 2003 à 17 heures, et à la rubrique « destination finale » (*final destination*), il porte la mention *Registration (Civ Cage)*. Dans la rubrique « libérer/garder » (*Release/Keep*) figure la lettre R. Dans la rubrique « interrogatoire tactique » (*TQ – Tactical Questioning*), on trouve la mention « 231830ZAPR03-Steve » et dans la rubrique « Intg 1 » la mention « 250500ZAPR03 ». Le Gouvernement explique que la première de ces mentions veut dire que Tarek Hassan a d'abord subi un interrogatoire tactique le 23 avril 2003 à 18 h 30 Zulu (« Zulu » dans ce contexte signifierait temps universel coordonné ou temps moyen de Greenwich). Selon le Gouvernement, le 23 avril, 18 h 30 Zulu correspondait à 21 h 30, heure irakienne. La seconde mention signifierait que Tarek Hassan a été réinterrogé le 25 avril 2003 à 5 heures Zulu, soit 8 heures, heure locale, avant d'être relâché dans le secteur civil de Camp Bucca à 20 heures, heure locale, le 25 avril 2003.

23. Le Gouvernement a communiqué à la Cour copie d'un compte rendu, daté du 23 avril 2003, 18 h 30 Zulu, d'un entretien entre Tarek Hassan et des agents américains dans lequel on peut lire ceci :

« Le PGE [prisonnier de guerre ennemi] est né à Bassorah le 3 août 1981. Il habite actuellement à son domicile avec son père, sa mère, son frère aîné (dénommé Qazm, né dans les années 1970) et sa petite sœur (âge ; non exploité). Son domicile est situé en face de l'école Khalissa dans le quartier Jamiyat au nord de Bassorah. Le PGE a quitté le collège car il avait été recruté pour jouer au football. Il joue actuellement au club de football de Bassorah, où il occupe un poste d'attaquant. Les dépenses de l'équipe sont prises en charge par l'État et par le Comité olympique. Le PGE est sans emploi parce que le football est sa vie et que toutes ses dépenses pour la pratique de ce sport sont prises en charge.

Le PGE sait qu'il a été conduit ici à cause de son frère Qazm. Qazm est un *Othoo Sherba* du parti Baas et il s'est enfui de son domicile il y a quatre jours pour une destination inconnue. Qazm a adhéré au parti Baas en 1990 et il participe à des réunions régulières et à la planification des actions d'urgence (aucun autre élément exploité). Avant la guerre, le parti Baas lui avait fourni une camionnette. Quand les forces de la coalition sont entrées dans Bassorah, Qazm a confié la camionnette à un voisin (nom non exploité) pour la protéger, puis il s'est rendu dans un hôtel du centre de Bassorah (nom de l'hôtel inconnu). Qazm a passé quelques coups de téléphone pendant cette période mais il n'a jamais indiqué où il séjournait. Un problème est apparu lorsque les anciens propriétaires de la camionnette, la société pétrolière locale, sont venus réclamer le véhicule qu'ils avaient prêté au parti Baas. Embarrassé par tout cet imbroglio, Qazm s'est enfui peu après.

Le PGE semble être un bon petit gars qui, vraisemblablement, était si pris par le football qu'il n'a pas réellement cherché à savoir où se trouvait son frère. Cela dit, sa famille est très soudée et le PGE pourrait en savoir plus sur les activités de son frère au sein du parti Baas ainsi que sur ses amis associés au parti. Il ne servira à rien d'employer la manière forte. Le PGE aime sa famille et le football. Il coopérera mais il a besoin de quelqu'un en qui il puisse avoir confiance pour révéler des informations sur son frère susceptibles de nuire à celui-ci. Le PGE semble tout à fait innocent mais il peut avoir une utilité pour livrer des informations sur son entourage. »

24. Le Gouvernement a produit un compte rendu du second entretien sous la forme d'un rapport d'interrogatoire tactique. Ce document indique qu'il concerne « PW 494 » (prisonnier de guerre 494) avec, comme date d'information (*date of information*), « 250445ZAPR03 », c'est-à-dire 4 h 45 Zulu, soit 7 h 45, heure locale, le 25 avril 2003. Le rapport indique ceci :

« 1. Le PGE [prisonnier de guerre ennemi] est âgé de vingt-deux ans, célibataire, et vit avec son vieux père de quatre-vingts ans (qui est cheikh) et sa mère dans le quartier de Jamiyet à Bassorah. Il travaille comme homme à tout faire et, comme il possède le statut d'étudiant, n'a pas fait son service militaire. Il a déclaré qu'il y avait un AK-47 dans sa maison au moment de son arrestation mais que cette arme ne servait qu'à des fins de protection personnelle. Ni lui ni son père ne sont membres du parti Baas.

2. Le PGE dit qu'il a été arrêté à son domicile par des soldats américains (*sic*) qui recherchaient son frère Kathim. Son frère est un *Uthoo Shooba* au sein du parti Baas. Il a adhéré au parti en 1990 lorsqu'il est entré à la faculté de droit de l'université du Chat-el-Arab. Il est toujours étudiant, dans sa dernière année d'études, marié mais sans enfants. Il a entrecoupé ses études par des périodes de travail comme vendeur de voitures. Craignant pour sa vie en raison des risques de représailles contre les membres du parti Baas, il s'est enfui, peut-être en Syrie ou en Iran. Le PGE a parlé pour la dernière fois avec son frère il y a cinq jours au téléphone. Son frère n'a pas dit où il se trouvait.

COMMENTAIRE JFIT : Le PGE paraît dire la vérité et il a été arrêté à cause d'une erreur d'identité. Il n'a aucune valeur du point de vue du renseignement et il est recommandé de le relâcher dans le secteur civil. **FIN COMMENTAIRE JFIT.** »

E. Les éléments de preuve concernant la présence de Tarek Hassan dans le secteur civil de Camp Bucca et son éventuelle libération

25. Le requérant a produit le résumé d'un entretien, daté du 27 janvier 2007, avec M. Fouad Awdah Al-Saadoon, ancien président du Croissant-Rouge irakien à Bassorah et ami de sa famille. M. Al-Saadoon fut arrêté par des soldats britanniques et incarcéré à Camp Bucca, dans une tente accueillant environ 400 détenus. Il déclara lors dudit entretien que, le 24 avril 2003, vers 18 heures, Tarek Hassan avait été conduit dans cette tente. Il dit que Tarek semblait effrayé et perdu mais ne mentionne pas qu'il se plaignait de mauvais traitements. Selon lui, Tarek Hassan ne fut pas interrogé pendant qu'ils se trouvaient ensemble à Camp Bucca. M. Al-Saadoon étant en mauvaise santé, Tarek Hassan lui aurait apporté de la nourriture et se serait occupé de lui. M. Al-Saadoon aurait été élargi le 27 avril 2003, avec un groupe de 200 prisonniers, les autorités britanniques ayant décidé de libérer tous les détenus âgés de cinquante-cinq ans ou plus. Les détenus auraient été relâchés de nuit sur une autoroute entre Bassorah et Zoubair et contraints de marcher une quarantaine de kilomètres jusqu'au lieu le plus proche où il était possible de louer une voiture. À la suite de sa libération, M. Al-Saadoon aurait informé la famille du requérant qu'il avait vu Tarek Hassan à Camp Bucca. Selon le requérant, c'est là la seule information reçue par sa famille sur le sort de son frère après l'arrestation de ce dernier. En réponse à ces déclarations, le Gouvernement dit qu'il ressort des comptes rendus des interrogatoires que Tarek Hassan a été relâché dans le secteur civil le 25 avril et qu'il est donc possible que M. Al-Saadoon se soit trompé au sujet de la date. Il affirme en outre que de grands efforts étaient déployés pour reconduire les détenus à l'endroit où ils avaient été capturés ou dans tout autre lieu choisi par eux, et que la distance entre Bassorah et Zoubair est bien inférieure à 40 kilomètres.

26. Selon la déposition, produite par le Gouvernement, du major Neil Wilson, qui commandait un groupe de soldats de la police militaire chargé d'une mission de conseil sur les questions de détention dans la zone d'opérations du Royaume-Uni en Irak pendant la période considérée, les choses se passaient comme suit. La décision d'élargir les personnes capturées par le Royaume-Uni et détenues à Camp Bucca – autres que celles poursuivies pénalement – était prise par une commission réunie par des juristes de l'armée britannique. Les informations en la matière étaient ensuite communiquées aux gardiens américains, préalablement à toute sortie du camp, et vérifiées et inscrites dans la base de données AP3-Ryan. Les ordres donnés par le Centre de commandement divisionnaire britannique à Bassorah et applicables à ce moment-là précisaient que les forces des États-Unis étaient chargées du rapatriement de tous les prisonniers dans les secteurs relevant de leur zone d'opérations et que les forces du Royaume-Uni étaient chargées du retour des prisonniers dans les secteurs relevant de leur zone d'opérations, à savoir le sud-est de l'Irak, quelles que fussent les forces qui avaient capturé les prisonniers. Le CICR devait avoir accès à toutes les personnes relâchées. Là encore, en vertu des ordres applicables, les prisonniers rapatriés par les forces britanniques devaient être conduits dans des autocars avec, à bord, des gardes armés et, devant et derrière, des véhicules militaires d'escorte armés. La libération se déroulait de jour dans des lieux de rapatriement précis, une quantité suffisante d'eau et de nourriture étant laissée aux personnes libérées pour leur permettre de tenir jusqu'à leur retour chez elles. Des efforts étaient faits pour que les personnes fussent reconduites là où elles avaient été capturées. Il y avait quatre points de dépôt dans la zone d'opérations du Royaume-Uni, dont « Al-Basrah GR TBC [référence carte à confirmer] ». Umm Qasr ne figurait pas parmi eux, mais il était possible de l'inscrire comme lieu de libération dans les dossiers des personnes à relâcher.

27. Le Gouvernement a également produit un ordre militaire daté du 27 avril 2003 (FRAGO 001/03), au travers duquel il s'agissait d'élargir le plus grand nombre possible de civils et de prisonniers de guerre avant la cessation des hostilités (ultérieurement prononcée le 1^{er} mai 2003). L'annexe à cet ordre fixait les procédures à suivre. Certaines personnes devaient rester en détention pour des motifs de sécurité ou parce qu'elles étaient soupçonnées d'avoir commis des infractions ; elles avaient déjà été identifiées par la JFIT, la décision correspondante avait été enregistrée dans la base de données AP3-Ryan, et une liste avait été remise aux autorités américaines de manière à garantir le maintien en détention de ces personnes. Les autres détenus devaient rester dans les différents quartiers et attendre que les autorités britanniques s'occupent de leur libération. Dans la tente où leur dossier était

traité, trois éléments étaient vérifiés chez chaque détenu : son bracelet, son visage et son signalétique numérique tiré d'AP3-Ryan. Les renseignements suivants devaient alors être saisis dans la base de données : « 1) élément de la force chargée de la libération (*Releasing Force Element*) ; 2) date de libération (*Release Date*) ; 3) pays chargé de la libération (*Releasing Nation*) ; 4) lieu de libération choisi (*Selected Place of Release*). L'ordre lui-même indiquait quatre points de dépôt : Bassorah, Najef, Al-Kut et An Nasariah (les trois dernières villes étant situées au nord de Bassorah) mais son annexe ajoutait aussi Umm Qasr (au sud de Bassorah et à 2,5 km du camp). Les autorités britanniques devaient alors conserver la carte d'identité du détenu puis remettre celui-ci à leurs homologues américaines à charge pour elles de terminer le processus et de veiller notamment à remettre de l'eau et des victuailles à l'intéressé et à lui restituer ses objets d'usage personnel. La création de quatre zones de rétention était prévue – « une pour chaque lieu de libération » –, à partir desquelles les détenus devaient être transportés jusqu'aux lieux de rapatriement convenus et relâchés de jour. L'ordre imposait aussi un dernier contrôle pour vérifier si tous les détenus du Royaume-Uni énumérés dans la base de données AP3-Ryan avaient été soit libérés soit maintenus en détention. S'il était découvert qu'une personne n'était ni libérée ni détenue, une commission d'enquête devait être saisie pour faire la lumière sur ce qui s'était passé.

28. Le Gouvernement a produit en outre une déposition, datée du 29 octobre 2007, de l'adjudant de seconde classe Kerry Patrick Madison, administrateur de la base de données AP3-Ryan. D'après celle-ci, au 22 mai 2003 AP3-Ryan indiquait que les forces britanniques avaient capturé et soumis à examen 3 738 détenus en Irak depuis le début des hostilités et que tous avaient été libérés sauf 361 d'entre eux. Étaient jointes à cette déposition plusieurs impressions de captures d'écran affichant les entrées de la base de données concernant Tarek Hassan. Celles-ci montrent que la libération de « Tarek Resaan Hashmyh Ali » le 2 mai 2003 à 0 h 01 fut inscrite dans le système AP3-Ryan le 4 mai 2003 à 13 h 45. Elles indiquent en outre que l'autorité qui effectua la libération était le Royaume-Uni (« United Kingdom (ARMD) DIV SIG REGT »), que le lieu de libération était « Umm Qasr », que le mode de libération était « par autocar » et que le motif de libération était « fin des hostilités ». Une autre mention, enregistrée dans ce système le 12 mai 2003 à 22 h 13, énonçait : « l'absence du prisonnier de guerre (« PG ») a été constatée lorsqu'une vérification complète du lieu de détention a été conduite. La libération du PG a été inscrite dans la base AP3 le 12 mai 2003 ». Selon l'adjudant Madison, les dossiers d'environ 400 personnes comportaient la mention « la libération du PG a été inscrite dans la base AP3 le 12 mai 2003 » alors que les personnes en question

avaient en fait été libérées auparavant et il est donc vraisemblable que les dossiers électroniques du camp relatifs aux libérations ont été mis à jour le 12 mai à la suite d'une vérification sur place. Le système informatique des États-Unis ne ferait état d'aucune libération avant le 17 mai 2003 mais là encore, selon le Gouvernement, c'est probablement parce que les autorités américaines ont effectué le 17 mai une mise à jour des informations de la base de données américaine de Camp Bucca après une inspection du camp menée aux fins de vérifier quels détenus s'y trouvaient encore.

F. La découverte du corps de Tarek Hassan

29. Le requérant affirme que Tarek Hassan n'a pas pris contact avec sa famille après sa libération alléguée. Le 1^{er} septembre 2003, l'un de ses cousins aurait reçu un appel téléphonique d'un inconnu en provenance de Samara, une ville située au nord de Bagdad. Cet homme les aurait informés que dans la campagne environnante avait été retrouvé le corps d'un homme qui avait sur lui, dans la poche du haut de survêtement dont il était vêtu, un insigne d'identification en plastique et un morceau de papier sur lequel était inscrit le numéro de téléphone du cousin. Selon le requérant, Tarek Hassan portait des vêtements de sport lorsqu'il fut capturé par les forces britanniques. Le cousin aurait ensuite téléphoné au requérant, qui, avec un autre de ses frères, se serait rendu au service de médecine légale de l'hôpital général de Tekrit, à Samara. Ils y auraient trouvé le corps de Tarek Hassan, la poitrine criblée de huit blessures causées par des balles de fusil d'assaut AK-47. Selon le requérant, les mains de Tarek étaient attachées à l'aide d'un fil de plastique. L'insigne d'identité trouvé dans sa poche aurait été celui que lui avaient remis les autorités américaines à Camp Bucca. Un certificat de décès fut délivré par les autorités irakiennes le 2 septembre 2003. Il indiquait le 1^{er} septembre 2003 comme date du décès, mais les cases réservées aux causes du décès n'étaient pas remplies. Un rapport de police identifia le corps comme étant celui de « Tariq Hassan » mais sans donner la moindre précision quant à la cause du décès.

G. Correspondance avec les *Treasury Solicitors* et procédures judiciaires

30. Le requérant demeura caché en Irak jusqu'en octobre 2006, date à laquelle il franchit la frontière pour gagner la Syrie. En novembre 2006, par le biais d'un représentant en Syrie, il prit contact avec des *solicitors* au Royaume-Uni. Par une lettre du 21 décembre 2006, ces derniers demandèrent aux *Treasury Solicitors* (service juridique de l'État) des explications au sujet de l'arrestation et de la détention de Tarek Hassan et des circonstances à l'origine de son décès. Il fallut du temps pour identifier le frère du requérant

car il avait été inscrit dans les bases de données de Camp Bucca sous le nom de «Tarek Resaan Hashmyh Ali» (paragraphe 18 ci-dessus). Néanmoins, par une lettre du 29 mars 2007, les *Treasury Solicitors* signalèrent qu'une vérification des archives informatiques britanniques relatives aux prisonniers de guerre avait permis de retrouver la trace d'un Tarek Resaan Hashmyh Ali détenu à Camp Bucca. Dans une autre lettre, datée du 5 avril 2007, ils indiquèrent que d'autres archives informatiques avaient été récupérées et qu'elles «confirm[ai]ent la remise» de Tarek Hassan par les autorités britanniques à leurs homologues américaines à Camp Bucca et indiquaient qu'il avait été libéré le 12 mai 2003.

31. Le requérant saisit la *High Court* le 19 juillet 2007, demandant une décision déclarant que son frère avait été victime de violations de ses droits découlant des articles 2, 3 et 5 de la Convention, tels qu'exposés à l'annexe 1 de la loi de 1998 sur les droits de l'homme, des dommages-intérêts et une injonction ordonnant au Gouvernement d'ouvrir une enquête publique et indépendante afin de déterminer ce qui était arrivé à son défunt frère après son incarcération par les forces britanniques le 22 avril 2003. L'affaire fut examinée les 19 et 20 janvier 2009. Le juge Walker rendit le 25 février 2009 un jugement déboutant le requérant de ses demandes ([2009] EWHC 309 (Admin)). Il y indiquait que, à la lumière de l'arrêt rendu par la Chambre des lords dans l'affaire *Al-Skeini* (voir, pour plus de détails, les extraits de cet arrêt reproduits aux paragraphes 83 à 88 de l'arrêt *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* ([GC], n° 55721/07, CEDH 2011), on ne pouvait considérer que Tarek Hassan eût à aucun moment relevé de la juridiction du Royaume-Uni au sens de l'article 1 de la Convention. Il ajoutait que, dans son arrêt *Al-Skeini*, la Chambre des lords avait reconnu certaines exceptions à la règle de principe voulant qu'un État n'exerce pas sa juridiction hors de son territoire mais que parmi celles-ci ne figurait pas la détention d'un individu, sauf si celle-ci avait lieu à l'intérieur d'une prison militaire ou d'un autre établissement comparable contrôlé par l'État contractant. Il concluait de son analyse du mémorandum d'accord (paragraphe 16 ci-dessous) que, pour les motifs indiqués ci-dessous, Camp Bucca était un établissement militaire non pas britannique mais américain :

«(...) il est patent que, tant qu'elle n'exige pas le retour des personnes qu'elle a transférées, la puissance détentrice [le Royaume-Uni] renonce à les garder et à les protéger. C'est la puissance acceptante [les États-Unis] qui en assume la responsabilité. Dès qu'elle remet une personne à la puissance acceptante, la puissance détentrice cède à celle-ci la juridiction première pour ce qui est des décisions relatives aux contacts que peut prendre cette personne. Globalement, il en découle un régime juridique qui ne donne à la puissance détentrice aucun contrôle réel sur les conditions de vie quotidiennes de l'intéressé.»

32. Le requérant fut avisé qu'un appel n'aurait aucune chance de succès.

II. ÉLÉMENTS PERTINENTS DE DROIT ET DE PRATIQUE INTERNES ET INTERNATIONAUX

A. Les dispositions pertinentes des troisième et quatrième Conventions de Genève

33. Les articles exposés ci-dessous de la troisième Convention de Genève du 12 août 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre («la troisième Convention de Genève») et de la quatrième Convention de Genève du 12 août 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre («la quatrième Convention de Genève») sont particulièrement pertinents pour les questions qui se posent en l'espèce.

Article 2 (commun aux quatre Conventions de Genève)

«En dehors des dispositions qui doivent entrer en vigueur dès le temps de paix, la présente Convention s'appliquera en cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes, même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles.

La Convention s'appliquera également dans tous les cas d'occupation de tout ou partie du territoire d'une Haute Partie contractante, même si cette occupation ne rencontre aucune résistance militaire.

Si l'une des Puissances en conflit n'est pas partie à la présente Convention, les Puissances parties à celle-ci resteront néanmoins liées par elle dans leurs rapports réciproques. Elles seront liées en outre par la Convention envers ladite Puissance, si celle-ci en accepte et en applique les dispositions.»

Article 4 de la troisième Convention de Genève

«A. Sont prisonniers de guerre, au sens de la présente Convention, les personnes qui, appartenant à l'une des catégories suivantes, sont tombées au pouvoir de l'ennemi :

1) les membres des forces armées d'une Partie au conflit, de même que les membres des milices et des corps de volontaires faisant partie de ces forces armées;

2) les membres des autres milices et les membres des autres corps de volontaires, y compris ceux des mouvements de résistance organisés, appartenant à une Partie au conflit et agissant en dehors ou à l'intérieur de leur propre territoire, même si ce territoire est occupé, pourvu que ces milices ou corps de volontaires, y compris ces mouvements de résistance organisés, remplissent les conditions suivantes :

- a) d'avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés;
- b) d'avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance;
- c) de porter ouvertement les armes;
- d) de se conformer, dans leurs opérations, aux lois et coutumes de la guerre;

3) les membres des forces armées régulières qui se réclament d'un Gouvernement ou d'une autorité non reconnus par la Puissance détentrice;

4) les personnes qui suivent les forces armées sans en faire directement partie, telles que les membres civils d'équipages d'avions militaires, correspondants de guerre, fournisseurs, membres d'unités de travail ou de services chargés du bien-être des forces armées, à condition qu'elles en aient reçu l'autorisation des forces armées qu'elles accompagnent, celles-ci étant tenues de leur délivrer à cet effet une carte d'identité semblable au modèle annexé;

5) les membres des équipages, y compris les commandants, pilotes et apprentis, de la marine marchande et les équipages de l'aviation civile des Parties au conflit qui ne bénéficient pas d'un traitement plus favorable en vertu d'autres dispositions du droit international;

6) la population d'un territoire non occupé qui, à l'approche de l'ennemi, prend spontanément les armes pour combattre les troupes d'invasion sans avoir eu le temps de se constituer en forces armées régulières, si elle porte ouvertement les armes et si elle respecte les lois et coutumes de la guerre.

(...)»

Article 5 de la troisième Convention de Genève

«La présente Convention s'appliquera aux personnes visées à l'article 4 dès qu'elles seront tombées au pouvoir de l'ennemi et jusqu'à leur libération et leur rapatriement définitifs.

S'il y a doute sur l'appartenance à l'une des catégories énumérées à l'article 4 des personnes qui ont commis un acte de belligérance et qui sont tombées aux mains de l'ennemi, lesdites personnes bénéficieront de la protection de la présente Convention en attendant que leur statut ait été déterminé par un tribunal compétent.»

Article 12 de la troisième Convention de Genève

«Les prisonniers de guerre sont au pouvoir de la Puissance ennemie, mais non des individus ou des corps de troupe qui les ont fait prisonniers. Indépendamment des responsabilités individuelles qui peuvent exister, la Puissance détentrice est responsable du traitement qui leur est appliqué.

Les prisonniers de guerre ne peuvent être transférés par la Puissance détentrice qu'à une Puissance partie à la Convention et lorsque la Puissance détentrice s'est assurée que la Puissance en question est désireuse et à même d'appliquer la Convention. Quand des prisonniers sont ainsi transférés, la responsabilité de l'application de la Convention incombera à la Puissance qui a accepté de les accueillir pendant le temps qu'ils lui seront confiés.

Néanmoins, au cas où cette Puissance manquerait à ses obligations d'exécuter les dispositions de la Convention, sur tout point important, la Puissance par laquelle les prisonniers de guerre ont été transférés doit, à la suite d'une notification de la Puissance protectrice, prendre des mesures efficaces pour remédier à la situation, ou

demander que lui soient renvoyés les prisonniers de guerre. Il devra être satisfait à cette demande.»

Article 21 de la troisième Convention de Genève

« La Puissance détentrice pourra soumettre les prisonniers de guerre à l'internement. Elle pourra leur imposer l'obligation de ne pas s'éloigner au-delà d'une certaine limite du camp où ils sont internés ou, si ce camp est clôturé, de ne pas en franchir l'enceinte. Sous réserve des dispositions de la présente Convention relatives aux sanctions pénales et disciplinaires, ces prisonniers ne pourront être enfermés ou consignés que si cette mesure s'avère nécessaire à la protection de leur santé; cette situation ne pourra en tout cas se prolonger au-delà des circonstances qui l'auront rendue nécessaire. »

(...)

Article 118 de la troisième Convention de Genève

« Les prisonniers de guerre seront libérés et rapatriés sans délai après la fin des hostilités actives.

(...)

Article 42 de la quatrième Convention de Genève

« L'internement ou la mise en résidence forcée des personnes protégées ne pourra être ordonné que si la sécurité de la Puissance au pouvoir de laquelle ces personnes se trouvent le rend absolument nécessaire.

(...)

Article 43 de la quatrième Convention de Genève

« Toute personne protégée qui aura été internée ou mise en résidence forcée aura le droit d'obtenir qu'un tribunal ou un collège administratif compétent, créé à cet effet par la Puissance détentrice, reconsidère dans le plus bref délai la décision prise à son égard. Si l'internement ou la mise en résidence forcée est maintenu, le tribunal ou le collège administratif procédera périodiquement, et au moins deux fois l'an, à un examen du cas de cette personne en vue d'amender en sa faveur la décision initiale, si les circonstances le permettent.

(...)

Article 78 de la quatrième Convention de Genève

« Si la Puissance occupante estime nécessaire, pour d'impérieuses raisons de sécurité, de prendre des mesures de sûreté à l'égard de personnes protégées, elle pourra tout au plus leur imposer une résidence forcée ou procéder à leur internement.

Les décisions relatives à la résidence forcée ou à l'internement seront prises suivant une procédure régulière qui devra être fixée par la Puissance occupante, conformément aux dispositions de la présente Convention. Cette procédure doit prévoir le droit d'appel des intéressés. Il sera statué au sujet de cet appel dans le plus bref délai possible. Si les décisions sont maintenues, elles seront l'objet d'une révision périodique, si possible semestrielle, par les soins d'un organisme compétent constitué par ladite Puissance.

Les personnes protégées assujetties à la résidence forcée et contraintes en conséquence de quitter leur domicile bénéficieront sans aucune restriction des dispositions de l'article 39 de la présente Convention.»

Article 132 de la quatrième Convention de Genève

« Toute personne internée sera libérée par la Puissance détentrice, dès que les causes qui ont motivé son internement n'existeront plus.

(...)»

Article 133 de la quatrième Convention de Genève

« L'internement cessera le plus rapidement possible après la fin des hostilités.

(...)»

B. La Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités

34. L'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités (« la Convention de Vienne ») dispose :

Article 31 – Règle générale d'interprétation

« 1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.

2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus :

- a) Tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité ;
- b) Tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.

3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte :

- a) De tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions ;
- b) De toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ;
- c) De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.

4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties.»

C. La jurisprudence de la Cour internationale de justice sur les liens réciproques entre le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme

35. Dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (8 juillet 1996), la Cour internationale de justice a dit ceci :

«25. La Cour observe que la protection offerte par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne cesse pas en temps de guerre, si ce n'est par l'effet de l'article 4 du pacte, qui prévoit qu'il peut être dérogé, en cas de danger public, à certaines des obligations qu'impose cet instrument. Le respect du droit à la vie ne constitue cependant pas une prescription à laquelle il peut être dérogé. En principe, le droit de ne pas être arbitrairement privé de la vie vaut aussi pendant des hostilités. C'est toutefois, en pareil cas, à la *lex specialis* applicable, à savoir le droit applicable dans les conflits armés, conçu pour régir la conduite des hostilités, qu'il appartient de déterminer ce qui constitue une privation arbitraire de la vie. Ainsi, c'est uniquement au regard du droit applicable dans les conflits armés, et non au regard des dispositions du pacte lui-même, que l'on pourra dire si tel cas de décès provoqué par l'emploi d'un certain type d'armes au cours d'un conflit armé doit être considéré comme une privation arbitraire de la vie contraire à l'article 6 du pacte.»

36. Dans son avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (9 juillet 2004), la Cour internationale de justice, rejetant la thèse israélienne de l'inapplicabilité dans le territoire occupé des instruments de protection des droits de l'homme auxquels Israël est partie, s'est exprimée comme suit :

«106. (...) la Cour estime que la protection offerte par les conventions régissant les droits de l'homme ne cesse pas en cas de conflit armé, si ce n'est par l'effet de clauses dérogatoires du type de celle figurant à l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Dans les rapports entre droit international humanitaire et droits de l'homme, trois situations peuvent dès lors se présenter : certains droits peuvent relever exclusivement du droit international humanitaire ; d'autres peuvent relever exclusivement des droits de l'homme ; d'autres enfin peuvent relever à la fois de ces deux branches du droit international. Pour répondre à la question qui lui est posée, la Cour aura en l'espèce à prendre en considération les deux branches du droit international précitées, à savoir les droits de l'homme et, en tant que *lex specialis*, le droit international humanitaire.»

37. Dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire des Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda) (19 décembre 2005), la Cour internationale de justice a dit ceci :

«215. Ayant établi que le comportement des UPDF [Forces de défense du peuple ougandais], de leurs officiers et de leurs soldats était attribuable à l'Ouganda, la Cour doit maintenant examiner la question de savoir si ce comportement constitue, de la part de l'Ouganda, un manquement à ses obligations internationales. La Cour doit

pour ce faire déterminer quels sont les règles et principes du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire qui sont pertinents à cet effet.

216. La Cour rappellera tout d'abord qu'elle a déjà été amenée, dans son avis consultatif du 9 juillet 2004 sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, à se prononcer sur la question des rapports entre droit international humanitaire et droit international relatif aux droits de l'homme et sur celle de l'applicabilité des instruments relatifs au droit international des droits de l'homme hors du territoire national. Elle y a estimé que

«la protection offerte par les conventions régissant les droits de l'homme ne cesse pas en cas de conflit armé, si ce n'est par l'effet de clauses dérogatoires du type de celle figurant à l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Dans les rapports entre droit international humanitaire et droits de l'homme, trois situations peuvent dès lors se présenter: certains droits peuvent relever exclusivement du droit international humanitaire; d'autres peuvent relever exclusivement des droits de l'homme; d'autres enfin peuvent relever à la fois de ces deux branches du droit international» (*C.I.J. Recueil 2004*, p. 178, par. 106.)

La Cour a donc conclu que ces deux branches du droit international, à savoir le droit international relatif aux droits de l'homme et le droit international humanitaire, devaient être prises en considération. Elle a en outre déclaré que les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme étaient applicables «aux actes d'un État agissant dans l'exercice de sa compétence en dehors de son propre territoire», particulièrement dans les territoires occupés (*ibidem*, p. 178-181, par. 107-113).»

D. Le rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international sur la fragmentation du droit international

38. Le rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international intitulé «La fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international» a été adopté par ladite commission lors de sa 58^e session, en 2006. Voici ce qu'indique à ce sujet l'étude analytique du groupe d'étude, datée du 13 avril 2006 (A/CN.4/L.682), au paragraphe 104:

«L'exemple tiré des lois de la guerre vise précisément un cas dans lequel la règle elle-même énonce les conditions de son application, notamment l'existence d'un «conflit armé». Du fait de cette condition, la règle revêt un caractère plus «spécial» que dans l'hypothèse où une telle condition n'aurait pas été précisée. Le fait de considérer qu'on se trouve en présence d'une situation de *lex specialis* appelle l'attention sur un aspect important du principe. Même lorsque celui-ci est invoqué pour justifier le recours à une exception, ce qui est ainsi écarté ne disparaît pas pour autant. La Cour [internationale de justice] a tenu à préciser que le droit des droits de l'homme *continuait de s'appliquer* dans les conflits armés, l'exception, à savoir le droit humanitaire, n'ayant d'incidence que sur un aspect (fût-il important), qui est l'appréciation du «caractère arbitraire». Le droit humanitaire en tant que *lex specialis* ne donnait pas à penser que

les droits de l'homme étaient supprimés en temps de guerre. La *lex specialis* n'opérait pas d'une manière formelle ou absolue, mais elle illustre le pragmatisme dont était imprégné le raisonnement de la Cour. On pouvait certes estimer souhaitable de faire disparaître la distinction entre la paix et le conflit armé, mais on ne pouvait ignorer purement et simplement l'exception que la guerre continuait d'être par rapport à la normalité de la paix lorsqu'on se prononçait sur les normes à appliquer pour juger un comportement dans pareille circonstance (exceptionnelle). La *Licéité des armes nucléaires* était une « affaire difficile » dans la mesure où la Cour [internationale de justice] devait arrêter son choix entre différents corps de règles dont aucun ne pouvait bénéficier d'une priorité absolue ni se substituer entièrement aux autres. La *lex specialis* se bornait à signaler que, même au cas où il aurait pu être souhaitable de n'appliquer que les droits de l'homme, une telle solution aurait péché par un excès d'idéalisme, compte tenu du caractère spécial du conflit armé et de la persistance de celui-ci. La Cour a de la sorte suscité une conception systémique du droit dans laquelle les deux corps de règles se rejoignent, l'un étant la réalité d'aujourd'hui, l'autre la promesse de demain, vu la nécessité primordiale d'assurer « la survie d'un État ».

E. L'arrêt rendu par la Chambre des lords dans l'affaire *Al-Jedda*

39. Dans l'arrêt qu'elle a rendu le 12 décembre 2007 en l'affaire *Al-Jedda* (*R. (on the application of Al-Jedda) (FC) (Appellant) v. Secretary of State for Defence (Respondent)* [2007] UKHL 58), la majorité de la Chambre des lords a jugé que l'internement de M. Al-Jedda était autorisé par la Résolution 1546 du Conseil de sécurité des Nations unies et que l'article 103 de la Charte des Nations unies avait pour effet de faire primer les obligations du Royaume-Uni découlant de cette résolution sur ses obligations résultant de l'article 5 de la Convention (pour plus de détails, voir *Al-Jedda c. Royaume-Uni* [GC], n° 27021/08, §§ 18-22, CEDH 2011). Lord Bingham a toutefois bien précisé que, malgré cette conclusion, l'article 5 continuait de s'appliquer dans une certaine mesure :

« 39. Il existe donc un conflit entre, d'une part, un pouvoir ou une obligation d'incarcérer, qui peut être mis(e) en œuvre en vertu de l'autorité expresse du Conseil de sécurité et, d'autre part, un droit fondamental que le Royaume-Uni s'est engagé à reconnaître aux personnes qui, à l'instar du demandeur, relèvent de sa juridiction. Comment les concilier ? Il n'existe à mes yeux qu'un seul moyen de le faire : en jugeant que le Royaume-Uni peut à bon droit, dès lors que des raisons impérieuses de sécurité l'imposent, exercer le pouvoir d'incarcérer que lui confèrent la Résolution 1546 et les résolutions postérieures, mais en veillant à ce que l'atteinte aux droits du détenu découlant de l'article 5 ne soit pas plus grave que celle qu'implique pareille détention. (...) »

Dans un sens analogue, la Baronne Hale a observé ceci :

« 125. (...) Je conviens avec Lord Bingham, pour les raisons qu'il expose, que le seul moyen est d'opter pour une telle restriction aux droits de la Convention.

126. Je n'irai toutefois pas plus loin. Le droit voit certes sa portée restreinte, mais il n'est pas écarté. Il s'agit là d'une distinction importante, insuffisamment examinée

dans les arguments exposés devant nous, qui préconisent le « tout ou rien ». Il n'est pas question de faire plus que ce que l'ONU nous impose implicitement de faire pour rétablir la paix et la sécurité dans ce pays en proie à des troubles. Le droit voit sa portée restreinte dans la seule mesure où la résolution l'exige ou l'autorise. Pour le reste il doit être respecté, ce qui peut emporter des conséquences tant sur le plan matériel que sur le plan procédural.

127. J'ai du mal à saisir la portée de la Résolution 1546 lorsqu'elle autorise la force multinationale à « prendre toutes les mesures nécessaires pour contribuer au maintien de la sécurité et de la stabilité en Irak conformément aux lettres qui figurent en annexe à [cette] résolution et où on trouve notamment la demande de l'Irak tendant au maintien de la présence de la force multinationale et la définition des tâches de celle-ci » (par. 10). Le « large ensemble de tâches » évoqué par le secrétaire d'État, M. Powell, comprend « des opérations de combat contre des membres [des] groupes [qui cherchent à infléchir par la violence l'avenir politique de l'Irak], leur internement si nécessaire pour d'impérieuses raisons de sécurité, et la poursuite de la recherche et du contrôle d'armes qui menaceraient la sécurité de l'Irak ». Parallèlement, le secrétaire d'État indique clairement que les éléments de la force multinationale se sont engagés à agir « en toutes circonstances conformément à leurs obligations en vertu du droit des conflits armés, qui inclut les Conventions de Genève ».

128. À quel titre peut-on dire que la détention du demandeur en l'espèce est conforme à nos obligations découlant du droit des conflits armés ? L'intéressé n'est pas une « personne protégée » au sens de la quatrième Convention de Genève car il est l'un de nos concitoyens. En outre, le Royaume-Uni n'est plus l'occupant belligérant d'une quelconque partie du territoire irakien. Il faut donc invoquer une sorte de pouvoir analogue, naissant au lendemain d'un conflit ou d'une occupation et permettant d'interner toute personne si cette mesure est jugée « nécessaire pour d'impérieuses raisons de sécurité ». Or, quand bien même la résolution du Conseil de sécurité pourrait s'interpréter ainsi, la nécessité du maintien en détention du demandeur en Irak ne saute pas aux yeux, dès lors qu'il serait possible de résoudre tout problème qu'il représenterait dans ce pays en le rapatriant au Royaume-Uni et en traitant son cas dans ce pays. Un peu de recul par rapport aux circonstances particulières de la présente affaire permet de voir que c'est la solution qui s'impose très souvent lorsque des Britanniques ont maille à partir avec la justice à l'étranger et, dans le cas d'espèce, il s'agit de mesures que les autorités britanniques ont le pouvoir de prendre.

129. Or ce n'est pas ainsi que les débats se sont articulés devant nous. Comment, sinon, Lord Bingham et Lord Brown pourraient-ils parler d'« écarter ou restreindre » un droit sans distinguer entre les termes alors qu'ils veulent manifestement dire des choses très différentes ? Nous nous sommes attachés, d'un point de vue plus théorique, aux questions de l'attribution des faits à l'ONU ou de l'autorisation donnée par elle. Nous ne nous sommes guère intéressés à la portée précise de cette autorisation. Le champ d'application exact de la résolution et son applicabilité aux faits de l'espèce sont des questions qui méritent assurément plus ample débat. Comment procéder concrètement ? Il faudra le décider dans les autres procédures. Sous cette réserve, donc, mais en accord pour le reste avec Lord Bingham, Lord Carswell et Lord Brown, je rejeterais le pourvoi. »

F. Les dérogations en matière de détention au titre de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques

40. Hormis un certain nombre de déclarations formulées par le Royaume-Uni entre 1954 et 1966 concernant des pouvoirs instaurés pour réprimer des soulèvements au sein de certaines de ses colonies, les États contractants qui ont notifié des dérogations au titre de l'article 15 de la Convention ont à chaque fois invoqué des dangers apparus sur leur territoire.

41. L'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques («le Pacte») renferme une clause de dérogation similaire à l'article 15 de la Convention. Selon les informations dont la Cour dispose, depuis la ratification du Pacte, dix-huit États ont formulé des déclarations notifiant des dérogations à leurs obligations découlant de l'article 9, qui protège le droit de tout individu «à la liberté et à la sécurité de sa personne». Seules trois de ces déclarations peuvent éventuellement se comprendre comme comportant l'évocation, par les autorités de l'État auteur de la dérogation, d'une situation de conflit armé international ou d'agression militaire par un autre État. Les États auteurs de ces dérogations sont le Nicaragua, entre 1985 et 1988, dont la déclaration mentionnait l'«agression injuste, illégale et immorale [des États-Unis] contre le peuple nicaraguayen et son gouvernement révolutionnaire», l'Azerbaïdjan, entre avril et septembre 1993, dont la déclaration mentionnait «la recrudescence des attaques menées par les forces armées arméniennes», et Israël, dont la déclaration formulée le 3 octobre 1991 et toujours applicable à l'heure actuelle est ainsi libellée :

«Depuis sa création, l'État d'Israël a été victime de menaces et d'attaques qui n'ont cessé d'être portées contre son existence même ainsi que contre la vie et les biens de ses citoyens.

Ces actes ont pris la forme de menaces de guerre, d'attaques armées réelles et de campagnes de terrorisme à la suite desquelles des êtres humains ont été tués et blessés.

Étant donné ce qui précède, l'état d'urgence qui a été proclamé en mai 1948 est resté en vigueur depuis lors. Cette situation constitue un danger public exceptionnel au sens du paragraphe 1 de l'article 4 du Pacte.

Le gouvernement israélien a donc jugé nécessaire, conformément à ce même article 4, de prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures visant à assurer la défense de l'État et la protection de la vie et des biens de ses citoyens, y compris l'exercice de pouvoirs d'arrestation et de détention.

Pour autant que l'une quelconque de ces mesures soit incompatible avec l'article 9 du Pacte, Israël déroge ainsi à ses obligations au titre de cette disposition.»

Aucun de ces États n'a expressément déclaré que la dérogation était nécessaire pour incarcérer des personnes sur le fondement de la troisième ou de la quatrième Convention de Genève.

42. Pour ce qui est de la pratique des États, dans son ouvrage intitulé *Captured in War: Lawful Internment in Armed Conflict* (Hart Publishing, Oxford, et Éditions A. Pedone, Paris, 2013), M^{me} Els Debuf se fonde sur une étude conduite par elle sur les dérogations notifiées aux autorités compétentes s'agissant de la Convention et du Pacte et enregistrées dans les bases de données des Nations unies et du Conseil de l'Europe accessibles en ligne (consultées pour la dernière fois le 1^{er} octobre 2010). L'ouvrage comporte le passage suivant :

« Nos recherches dans ces bases de données – axées sur les conflits armés internationaux et sur les occupations auxquelles ont participé des États parties au Pacte et à la Convention depuis la date de ratification de ces instruments – nous ont fourni les informations suivantes (...) Ni l'Afghanistan ni l'Union soviétique n'ont dérogé au Pacte au cours du conflit qui les opposa de 1979 à 1989. De la même manière, ni l'Afghanistan, ni l'Allemagne, ni l'Australie, ni le Canada, ni le Danemark, ni les États-Unis, ni la France, ni l'Italie, ni les Pays-Bas, ni la Nouvelle-Zélande, ni le Royaume-Uni n'ont dérogé au droit à la liberté, que ce soit sur le terrain du Pacte ou sur celui de la Convention, lors de la phase internationale du conflit récent en Afghanistan (2001-2002). Il en va de même du conflit qui opposa l'Irak aux États-Unis, au Royaume-Uni et à d'autres États de 2003 à 2004. Les États suivants ont également interné des personnes sur la base des troisième et quatrième Conventions de Genève sans déroger au droit à la liberté, que ce soit sur le terrain du Pacte ou sur celui de la Convention : le Royaume-Uni et l'Argentine au cours du conflit concernant les îles Falkland/Malouines en 1982 ; les États-Unis au cours de leurs opérations militaires à la Grenade en 1983 ; l'Inde et le Bangladesh dans les conflits qui les opposèrent au Pakistan dans les années 1970 (le Pakistan n'est pas partie au Pacte) ; l'Iran et l'Irak au cours de la guerre qui les opposa de 1980 à 1988 ; Israël et les États arabes dans l'ensemble des conflits armés internationaux au Moyen-Orient (de 1948 à aujourd'hui) [noter cependant la dérogation, reproduite au paragraphe 40 ci-dessus, notifiée par Israël] ; les États parties à la Convention qui participèrent, sous l'égide des Nations unies, à la guerre de Corée de 1950 à 1953 ; l'Irak, le Koweït, les États-Unis et le Royaume-Uni au cours de la guerre du Golfe de 1991 (l'Arabie Saoudite, qui interna de nombreux prisonniers de guerre au cours de ce conflit, n'est pas partie au Pacte) ; l'Angola, le Burundi, la République démocratique du Congo (RDC), la Namibie, le Rwanda, l'Ouganda et le Zimbabwe sur le territoire de la RDC de 1998 à 2003 ; l'Éthiopie dans le conflit qui l'opposa à l'Érythrée de 1998 à 2000 (l'Érythrée n'avait pas encore ratifié le Pacte à l'époque) ; l'Érythrée et Djibouti au cours de leur bref conflit frontalier en 2008 ; la Géorgie et la Russie au cours de la guerre-éclair d'août 2008 ; la Russie n'a pas dérogé au Pacte à l'occasion du conflit qui l'opposa à la Moldova concernant la Transnistrie en 1992 (la Russie n'était pas encore partie à la Convention et la Moldova n'était à l'époque encore partie ni au Pacte ni à la Convention). Ni Chypre ni la Turquie n'ont dérogé au Pacte ou à la Convention pour détenir des personnes sur le fondement des troisième et quatrième Conventions de Genève à Chypre-Nord (signalons que,

selon la Turquie, le Pacte et la Convention ne sont pas d'application extraterritoriale); la Turquie a bien dérogé à la Convention à l'égard des personnes se trouvant en Turquie continentale, mais comme elle n'a pas précisé les articles auxquels elle entendait déroger, on ne sait pas vraiment si elle a estimé nécessaire de notifier une dérogation de manière à pouvoir interner des personnes sur la base des troisième et quatrième Conventions de Genève. De la même manière, l'Azerbaïdjan a dérogé au Pacte (il n'était pas encore partie à la Convention à l'époque) afin de prendre toute mesure rendue nécessaire par son conflit avec l'Arménie (1988-1994) mais on ne sait pas vraiment s'il a agi ainsi pour pouvoir interner des personnes sur la base des Conventions de Genève; l'Arménie n'a pas dérogé au Pacte (elle n'était pas encore partie à la Convention à l'époque). De même, le Nicaragua a dérogé à l'article 9 du Pacte dans le cadre du conflit qui l'opposa aux Contras dans les années 1980, expliquant qu'il s'estimait tenu de le faire à la suite de l'implication des États-Unis dans le conflit. On ne sait pas vraiment si le Nicaragua avait jugé nécessaire de déroger au Pacte de manière à pouvoir procéder à des internements sur la base des Conventions de Genève (dans ses notifications de dérogation, il soulignait qu'il n'était dérogé à l'article 9 § 1 qu'à l'égard des délits touchant la sécurité de l'État et l'ordre public).»

EN DROIT

I. APPRÉCIATION DES ÉLÉMENTS DE PREUVE ET ÉTABLISSEMENT DES FAITS PAR LA COUR

A. Thèses des parties

1. *Le requérant*

43. S'appuyant sur les dépositions de ses sœurs, de son ami et de son voisin, le requérant soutient que c'est pour l'inciter à se rendre que les forces britanniques capturèrent son frère et le placèrent en détention. Le Gouvernement n'aurait mentionné pour la première fois le rapport du bataillon faisant état de l'arrestation de Tarek Hassan (paragraphe 11 ci-dessus) que dans ses observations soumises à la Grande Chambre en septembre 2013. Aucune explication valable n'aurait été donnée quant à l'apparition récente de cette pièce, chose qui serait surprenante vu l'importance que le Gouvernement attacherait au document. Le requérant ne précise pas s'il reconnaît ou non l'authenticité du rapport. Il souligne aussi qu'il s'agit du seul document à mentionner que Tarek Hassan avait été trouvé posté sur le toit en possession d'un fusil d'assaut AK-47. Aucun des comptes rendus de ses interrogatoires (paragraphe 23-24 ci-dessus) n'indiquerait que Tarek Hassan avait été incarcéré parce qu'il était un combattant présumé ou qu'il représentait ou avait représenté à un moment donné une menace quelconque, réelle ou supposée, pour les forces britanniques.

44. Le requérant soutient en outre que les archives informatiques de Camp Bucca en matière de détention font état de trois dates d'élargissement différentes, dont aucune ne lui paraît fiable (paragraphe 28 ci-dessus). De même, certaines imprécisions et incohérences dans le dossier rendraient sujet à caution le lieu de libération indiqué (paragraphe 27-28 ci-dessus). Par ailleurs, au vu notamment de la date de libération inscrite dans les archives des États-Unis on ne pourrait même pas dire avec la moindre certitude que Tarek Hassan ne se trouvait plus détenu à Camp Bucca après l'inspection opérée le 12 mai 2003. Le requérant souligne que son frère a été retrouvé mort alors qu'il portait encore sur lui l'insigne américain d'identité de Camp Bucca (paragraphe 29 ci-dessus) et qu'il n'a à aucun moment pris contact avec sa famille après avoir été capturé par les forces du Royaume-Uni, ce qui laisse d'après lui fortement supposer qu'il n'en a pas eu la possibilité.

2. Le Gouvernement

45. Le Gouvernement soutient que le requérant n'a pas expliqué de manière satisfaisante le retard avec lequel il a saisi les autorités britanniques de ses griefs. Ce retard aurait inévitablement formé un obstacle à la conduite d'une enquête effective sur le décès de Tarek Hassan. Il estime qu'aucune conclusion négative ne doit être tirée de l'impossibilité pour lui de fournir une explication pour le décès de Tarek Hassan, les pièces du dossier donnant selon lui une explication satisfaisante et convaincante de l'arrestation, de la détention et de la libération de celui-ci.

46. Le Gouvernement récuse la thèse voulant que Tarek Hassan ait été incarcéré afin de pousser le requérant à se rendre. Il estime que les éléments produits par le requérant à l'appui de cette thèse manquent de précision et ne sont que des preuves par ouï-dire. Il plaide que, si les autorités britanniques avaient nourri un tel dessein, il n'aurait pas été logique de faire sortir ultérieurement Tarek Hassan de Camp Bucca une fois établi qu'il était un civil ne représentant aucune menace pour la sécurité. Il indique que les forces britanniques avaient trouvé l'intéressé posté, armé, sur le toit de la maison d'un général de l'armée Al-Quds et qu'elles avaient découvert dans celle-ci des armes et un certain nombre de documents utiles pour le renseignement au sujet de membres locaux du parti Baas et soutient que dans ces conditions il était raisonnable pour elles de soupçonner Tarek Hassan d'être un combattant (paragraphe 11 ci-dessus). Il ajoute qu'en dehors de la déposition du requérant aucun élément de preuve indépendant ne permet d'établir la cause de la mort, celle-ci n'ayant pas été indiquée sur le certificat de décès (paragraphe 29 ci-dessus). Il conclut en disant qu'en tout état de cause Samara se trouve à environ 700 km de Camp Bucca, dans

un secteur qui n'aurait jamais été occupé par les forces britanniques, et que le fusil d'assaut AK-47 n'est pas une arme utilisée par elles.

B. Appréciation des faits par la Cour

47. La Cour rappelle d'emblée que les tribunaux internes ont rejeté l'action formée devant eux au motif que le frère du requérant n'avait à aucun moment relevé de la juridiction du Royaume-Uni (paragraphe 31 ci-dessus). Point n'était donc besoin pour eux d'établir les faits en détail. La Cour est en principe sensible à la nature subsidiaire de sa mission et ne peut sans de bonnes raisons assumer le rôle de juge du fait de première instance (*McKerr c. Royaume-Uni* (déc.), n° 28883/95, 4 avril 2000). Eu égard aux circonstances de l'espèce, il est toutefois inéluctable en l'occurrence qu'elle procède elle-même à certaines constatations de fait sur la base des éléments de preuve dont elle dispose.

48. 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 (*El-Masri c. l'ex-République yougoslave de Macédoine* [GC], n° 39630/09, § 151, CEDH 2012).

49. Par ailleurs, la Cour rappelle que la procédure prévue par la Convention ne se prête pas toujours à une application rigoureuse du principe *affirmanti incumbit probatio* (la preuve incombe à celui qui affirme). Elle renvoie à sa jurisprudence relative aux articles 2 et 3 de la Convention selon laquelle, lorsque les événements en cause sont connus exclusivement des autorités, comme dans le cas des personnes soumises à leur contrôle en garde à vue, tout dommage corporel ou décès survenu pendant cette période de détention donne lieu à de fortes présomptions de fait. La charge de la preuve pèse dans ce cas sur les autorités, qui doivent fournir une explication satisfaisante et convaincante. En l'absence d'une telle explication, la Cour est en droit de tirer des conclusions pouvant être défavorables au gouvernement défendeur. Elle a déjà établi que ces considérations valent aussi pour les cas de disparition examinés sous l'angle de l'article 5 de la Convention, où, même s'il n'a pas été prouvé qu'une personne a été placée en garde à vue par les autorités, il est possible d'établir qu'elle a été convoquée officiellement par les autorités, est entrée dans un lieu sous leur contrôle et n'a plus été revue depuis. Dans une telle situation, il incombe au Gouvernement de fournir une explication plausible et satisfaisante de ce qui s'est passé dans ce lieu et de montrer que l'intéressé n'a pas été détenu par les autorités mais a quitté le lieu sans être par la suite privé de sa liberté. Par ailleurs, la Cour rappelle que, toujours dans le contexte d'un grief tiré de l'article 5 § 1 de la Convention, elle a exigé que soient fournis des indices concordants avant que la charge de la preuve ne soit transférée au gouvernement défendeur (*El-Masri*, précité, §§ 152-153).

50. Il n'est pas contesté en l'espèce que le frère du requérant a été capturé par les forces britanniques le 23 avril 2003 puis détenu à Camp Bucca et qu'il est décédé peu avant la découverte de son corps à Samara le 1^{er} septembre 2003. Le désaccord factuel porte sur deux questions: premièrement, celle de savoir si les forces britanniques ont arrêté et détenu Tarek Hassan afin de faire pression sur le requérant pour qu'il se rende et, deuxièmement, celle des circonstances dans lesquelles Tarek Hassan est sorti de Camp Bucca. Dès lors que le requérant allègue que le corps de son frère portait des traces de mauvais traitements, il s'agit en outre de savoir si ce dernier a été maltraité en détention.

51. S'agissant du premier point, la Cour relève que les seuls éléments produits devant elle qui soient de nature à étayer la thèse selon laquelle les forces britanniques ont arrêté et gardé Tarek Hassan pour contraindre le requérant à se rendre sont les deux dépositions faites par ce dernier et la retranscription d'un entretien téléphonique avec son voisin, les pièces

en question ayant été préparées pour les besoins de la procédure conduite devant le juge national (paragraphe 12-13 ci-dessus). Dans sa première déposition, le requérant alléguait que l'autorité militaire britannique avait dit à ses sœurs que, tant qu'il ne se serait pas livré, Tarek Hassan ne serait pas relâché. Dans sa seconde déposition, il affirmait que c'était son voisin et son ami qui avaient reçu cet avertissement. Ni dans les déclarations du requérant ni dans celle de son voisin, M. Al-Ubody, le représentant de l'armée britannique censé avoir tenu les propos rapportés n'était identifié par son nom ou par son grade. Étant donné que les preuves invoquées à l'appui de la thèse du requérant revêtent un caractère à la fois indirect et imprécis et que les déclarations de l'intéressé comportent des contradictions, la Cour estime que ces éléments manquent de force probante.

52. Pour sa part, le Gouvernement n'a pas été en mesure de produire devant la Cour le moindre témoignage concernant la capture de Tarek Hassan. Il lui a toutefois communiqué le journal des opérations du bataillon *The Black Watch*, créé à l'époque où les faits litigieux se sont déroulés (paragraphe 11 ci-dessus). Ce journal relate que, à l'arrivée des forces britanniques dans la maison, Tarek Hassan était posté sur le toit, armé d'un fusil d'assaut AK-47, et que d'autres armes à feu ainsi que des documents utiles pour le renseignement furent découverts dans la maison. Le Gouvernement a produit en outre des comptes rendus d'entretiens ayant eu lieu avec Tarek Hassan à Camp Bucca ainsi que des captures d'écran de mentions à son sujet figurant dans la base de données AP3-Ryan (voir, respectivement, les paragraphes 23-24 et 18, 22 et 28 ci-dessus). La Cour n'a aucune raison de douter de l'authenticité de ces pièces. Il en ressort que Tarek Hassan a été enregistré à Camp Bucca le 23 avril 2003, conduit dans le quartier de la *Joint Forward Interrogation Team* («la JFIT») le même jour à 16 h 40, puis relâché dans la zone de détention des civils de Camp Bucca le 25 avril à 20 heures (heure locale). Les archives informatiques montrent également qu'il a été interrogé d'abord le 23 avril 2003 à 21 h 30 (heure locale), puis le 25 avril à 8 heures (heure locale). Les comptes rendus de ces deux entretiens ont été communiqués à la Cour. Ils montrent que le fait que Tarek Hassan était le frère du requérant était connu et qu'il avait été établi au cours de l'interrogatoire que le premier n'avait personnellement aucun lien ni avec le parti Baas ni avec l'armée Al-Quds.

53. Pour la Cour, les pièces relatives à la capture et aux interrogatoires de Tarek Hassan cadrent avec la thèse du Gouvernement selon laquelle le frère du requérant a été capturé comme combattant présumé ou comme civil représentant une menace pour la sécurité. D'autres éléments tendent du reste à montrer que Tarek Hassan a très bien pu être armé d'un fusil d'assaut AK-47, ou au moins être en possession d'une telle arme, au moment

de sa capture, à savoir l'assertion du requérant selon laquelle son frère cadet avait été laissé au domicile familial afin qu'il puisse protéger celui-ci (paragraphe 10 ci-dessus) et l'explication de Tarek Hassan, actée lors de son interrogatoire par des agents britanniques, selon laquelle l'arme servait à des fins de protection personnelle (paragraphe 24 ci-dessus). Les archives de Camp Bucca indiquent par ailleurs que la décision de libérer Tarek Hassan fut prise dès qu'il fut établi qu'il s'agissait d'un civil ne représentant aucune menace pour la sécurité.

54. La Cour admet que la capture de Tarek Hassan avait un rapport avec son lien de parenté avec le requérant, mais seulement dans la mesure où les forces britanniques, avisées de ce lien par Tarek Hassan lui-même et ayant trouvé ce dernier armé au moment de sa capture (paragraphe 11 ci-dessus), ont pu le soupçonner d'être lui aussi associé au parti Baas et à l'armée Al-Quds. Elle estime que les éléments du dossier ne permettent pas de corroborer la thèse suivant laquelle Tarek Hassan fut arrêté pour être placé en détention tant que le requérant ne se rendrait pas. Si telle avait été l'intention des forces britanniques, sa libération n'aurait pas été décidée aussitôt après le second entretien et moins de trente-huit heures après son arrivée à Camp Bucca (paragraphe 22 ci-dessus).

55. Pour ce qui est de la date et du lieu de la libération de Tarek Hassan, les principales preuves sont les données enregistrées dans la base AP3-Ryan (paragraphe 28 ci-dessus). Selon une entrée du 4 mai 2003, Tarek Hassan a été relâché le 2 mai 2003 à Umm Qasr, où il avait été conduit en autocar, pour le motif suivant : fin des hostilités (*End of Hostilities*). Une autre entrée, datée du 12 mai 2003, indique que Tarek Hassan ne se trouvait pas au camp lorsqu'une vérification complète des détenus y a été effectuée. La Cour considère, au vu de ces données et de la décision prise à la suite du second entretien de filtrage de ne pas maintenir Tarek Hassan en détention, que celui-ci a selon toute probabilité été libéré au début du mois de mai 2003. C'est ce que confirment du reste les pièces produites par le Gouvernement concernant la décision de principe prise par les forces britanniques d'élargir tous les détenus avant ou juste après la cessation des hostilités proclamée le 1^{er} mai 2003, à l'exception des personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions pénales ou participé à des activités représentant un risque pour la sécurité (paragraphe 27 ci-dessus). Quant au lieu de libération, la Cour relève que Camp Bucca ne se trouve qu'à environ 2,5 km d'Umm Qasr. Si, dans le corps du texte de l'ordre militaire régissant la libération des détenus de Camp Bucca, Umm Qasr ne figurait pas parmi les points de dépôt (seules étaient énumérées quatre villes situées au nord du camp), l'annexe à cet ordre indiquait bien qu'Umm Qasr était un lieu de libération. Faute d'éléments plus concluants, aucune certitude n'est possible, mais,

compte tenu de la proximité de la ville par rapport au camp, du fait qu'elle se trouve mentionnée dans l'annexe, de la décision prise par le Royaume-Uni de libérer les détenus consécutivement à la fin des hostilités et des données informatiques concernant la libération de Tarek Hassan, la Cour juge probable que ce dernier a été relâché à Umm Qasr ou à proximité de cette ville le 2 mai 2003.

56. La Cour considère qu'en l'espèce, dès lors que les éléments de preuve relatifs à la détention et à l'élargissement de Tarek Hassan ne sont pour la plupart accessibles qu'au Gouvernement, c'est à ce dernier qu'il incombe de fournir une explication plausible et satisfaisante de ce qui est arrivé à Tarek Hassan dans le camp, d'établir que l'intéressé a été libéré et que sa libération s'est déroulée dans des conditions de sécurité appropriées (paragraphe 49 ci-dessus). Les archives informatiques montrent que, au 22 mai 2003, le Royaume-Uni avait capturé et soumis à examen environ 3 738 détenus en Irak depuis le début des hostilités et les avaient tous libérés sauf 361 d'entre eux (paragraphe 28 ci-dessus). Compte tenu du laps de temps écoulé avant que le requérant ne dépose sa plainte et du grand nombre de détenus du Royaume-Uni libérés de Camp Bucca vers la fin du mois d'avril et le début du mois de mai 2003, il n'est pas surprenant qu'aucun témoin oculaire à même de se souvenir de la libération de Tarek Hassan n'ait pu être trouvé. Au vu des circonstances de l'espèce, la Cour conclut que les éléments ci-dessus suffisent pour considérer que le Gouvernement s'est acquitté de la charge de la preuve pesant sur lui.

57. Enfin, aucun des éléments soumis à la Cour n'indique que Tarek Hassan a été maltraité pendant qu'il se trouvait en détention. Les comptes rendus d'entretiens montrent qu'il a été interrogé à deux reprises peu après avoir été admis au camp et qu'il a ensuite été considéré comme un civil n'ayant aucune utilité pour le renseignement et ne représentant aucune menace pour la sécurité. La déposition, produite par le requérant, de M. Al-Saadoon, qui disait avoir vu Tarek Hassan dans la zone de détention des civils de Camp Bucca postérieurement à son interrogatoire et antérieurement à sa libération, ne fait nulle mention de traces de blessures sur Tarek Hassan ni d'une quelconque plainte de sa part concernant des mauvais traitements qu'il aurait pu subir. De plus, hormis la déposition du requérant, aucun élément du dossier devant la Cour ne concerne la cause du décès de Tarek Hassan ou la présence de marques de mauvais traitements sur son corps, le certificat de décès ne donnant aucune information sur ces deux points. À supposer exacte la description par le requérant du corps de son frère, l'intervalle de quatre mois écoulé entre la libération de Tarek Hassan et son décès ne permet pas d'étayer la thèse selon laquelle les blessures alléguées ont été causées au cours de sa détention.

58. Ayant établi les faits de la cause, la Cour doit maintenant examiner les griefs formulés par le requérant sur le terrain de la Convention.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DES ARTICLES 2 ET 3 DE LA CONVENTION

A. Thèses des parties

1. *Le requérant*

59. Le requérant voit dans les circonstances du décès de Tarek Hassan au moins une apparence de violation des articles 2 et 3 de la Convention, ce qui selon lui entraînait pour le Gouvernement l'obligation de conduire une enquête effective. L'article 2 de la Convention est ainsi libellé :

« 1. Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi.

2. La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire :

- a) pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale ;
- b) pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue ;
- c) pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection. »

L'article 3 de la Convention dispose :

« Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. »

60. Le requérant explique que les autorités britanniques sont les seules à savoir ce qu'il est advenu de Tarek Hassan à la suite de son arrestation et qu'il leur incombe donc d'établir qu'il était en vie à l'issue de sa détention et qu'il n'a pas été libéré dans des conditions propres à l'exposer à un risque de décès ou de mauvais traitements graves. La disparition et le décès de Tarek Hassan postérieurement à sa détention par le Royaume-Uni feraient présumer qu'il a été soit tué de la main ou avec la participation d'agents britanniques, soit exposé à un risque réel d'être tué ou maltraité par des agents britanniques en étant relâché dans un lieu éloigné voire dangereux ou en étant remis à une tierce partie. Le requérant y voit un double problème au regard des articles 2 et 3. Premièrement, il considère que si le Gouvernement ne peut pas fournir une autre explication, plausible, aux événements à l'origine du décès de Tarek Hassan, le Royaume-Uni doit

être tenu pour responsable de celui-ci. Deuxièmement, il estime qu'il a un grief défendable de violation des articles 2 et 3 et que cela fait entrer en jeu l'obligation procédurale d'enquêter.

2. *Le Gouvernement*

61. Le Gouvernement soutient que, en l'espèce, une obligation d'enquêter ne peut être jugée découler des articles 2 ou 3 que s'il est possible de soutenir au moins de manière défendable que le Royaume-Uni est responsable d'avoir infligé des mauvais traitements à Tarek Hassan ou d'avoir provoqué son décès, ou que le décès a eu lieu sur un territoire contrôlé par ce pays. Or, il estime qu'au vu du dossier, on ne peut parler en l'espèce d'un décès survenu alors que la personne se trouvait entre les mains de l'État. Il admet que pareils décès sont de nature à justifier un abaissement du seuil pertinent ou à faire naître une obligation d'enquêter mais soutient que tel n'aurait pas été le cas en l'espèce : le décès de Tarek Hassan serait survenu de nombreux mois après sa libération et dans des circonstances où rien n'indiquerait que le Royaume-Uni y eût pris part.

B. Appréciation de la Cour

62. Selon la jurisprudence de la Cour, l'obligation de protéger le droit à la vie qu'impose l'article 2, combinée avec le devoir général incombant à l'État en vertu de l'article 1 de la Convention de «reconn[ître] à toute personne relevant de [sa] juridiction les droits et libertés définis [dans] la (...) Convention», requiert par implication qu'une forme d'enquête officielle effective soit menée lorsque le recours à la force par des agents de l'État a entraîné mort d'homme (*Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 55721/07, § 163, CEDH 2011). De plus, lorsqu'un individu «affirme de manière défendable» avoir subi, aux mains d'agents de l'État, des traitements contraires à l'article 3 ou, en l'absence d'un grief expressément formulé, que d'autres indices suffisamment clairs montrent qu'il a pu y avoir des actes de torture ou des mauvais traitements, cette disposition fait obligation à l'État de conduire une enquête officielle effective (*Labita c. Italie* [GC], n° 26772/95, § 131, CEDH 2000-IV, et *Membres de la Congrégation des témoins de Jéhovah de Gldani et autres c. Géorgie*, n° 71156/01, § 97, 3 mai 2007, et les affaires qui y sont citées).

63. En l'espèce, compte tenu des faits tels qu'établis ci-dessus par la Cour, rien ne permet de dire que Tarek Hassan ait subi en détention des mauvais traitements qui, en vertu de l'article 3, auraient obligé l'État à conduire une enquête officielle. Rien ne prouve non plus que les autorités britanniques soient responsables, directement ou indirectement, du décès de

Tarek Hassan, intervenu environ quatre mois après sa sortie de Camp Bucca, dans une partie lointaine du pays non contrôlée par les forces britanniques. Faute du moindre élément établissant que des agents britanniques aient été impliqués dans ce décès, ou même que celui-ci soit survenu sur un territoire contrôlé par ce pays, on ne peut conclure que l'article 2 faisait obligation au Royaume-Uni d'enquêter.

64. La Cour conclut que les griefs soulevés sous l'angle des articles 2 et 3 de la Convention sont manifestement mal fondés, au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention, et qu'ils doivent être déclarés irrecevables en application de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 5 §§ 1, 2, 3 ET 4 DE LA CONVENTION

65. Le requérant soutient que son frère a été capturé par les forces britanniques et incarcéré à Camp Bucca en violation de ses droits découlant de l'article 5 §§ 1, 2, 3 et 4 de la Convention, dont voici les parties pertinentes :

« 1. Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales :

(...)

b) s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi ;

c) s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci ;

(...)

2. Toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle.

3. Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1 c) du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience.

4. Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale.»

Le Gouvernement soutient qu'à aucun moment de la période considérée Tarek Hassan n'a relevé de la juridiction du Royaume-Uni. À titre subsidiaire, il arguë que la capture et la détention de Tarek Hassan, survenues au cours d'un conflit armé international, n'ont pas emporté violation des dispositions de l'article 5.

A. Sur la question de la juridiction

66. Le requérant soutient que, pendant toute la période considérée en l'espèce, son frère a relevé de la juridiction du Royaume-Uni, au sens de l'article 1 de la Convention, lequel dispose :

« Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la (...) Convention. »

1. Thèses des parties

a) Le requérant

67. Le requérant allègue que Tarek Hassan était passé sous la juridiction du Royaume-Uni, au sens de l'article 1, par l'effet du principe de « contrôle effectif d'un territoire » énoncé par la Cour dans son arrêt *Al-Skeini et autres* (précité, §§ 138-140). Pour lui, il faut déduire de cet arrêt que le Royaume-Uni exerçait un contrôle effectif sur le sud-est de l'Irak à la suite de la destitution du régime baasiste, achevée le 1^{er} mai 2003. Il souligne que, au 9 avril 2003, les soldats de la coalition avaient pris le contrôle de Bagdad et que, à la mi-avril 2003, bien avant la capture de Tarek Hassan, des déclarations formulées par le Premier ministre britannique et le directeur des opérations de l'état-major des États-Unis faisaient apparaître que les forces de la coalition considéraient la guerre comme ayant effectivement pris fin. Quant aux critères définis par la Cour comme pertinents pour déterminer si l'État exerce un contrôle effectif sur une zone, à savoir le « nombre de soldats déployés par l'État sur le territoire en cause » et « la mesure dans laquelle le soutien militaire, économique et politique apporté par l'État à l'administration locale subordonnée assure à celui-ci une influence et un contrôle dans la région », rien ne prouverait l'existence d'une différence notable en pratique entre le 23 avril et le 1^{er} mai 2003, et il n'y aurait aucune bonne raison de faire une différence entre les règles qui s'appliquaient à la première de ces deux dates et celles qui s'appliquaient à la seconde.

68. À titre subsidiaire, le requérant soutient que la juridiction est clairement établie par l'effet du principe de l'autorité des agents de l'État. Il estime que, selon la jurisprudence de la Cour, la juridiction reposant sur ce principe ne dépend pas de l'exercice d'un contrôle sur un bâtiment, une zone ou un véhicule, mais peut simplement naître dès lors qu'une

personne est soumise à un contrôle ou à une autorité physiques. Semblables autorité et contrôle n'auraient pas à être exclusifs ou totaux pour qu'il y ait juridiction. Il ne serait pas non plus nécessaire que l'État soit en mesure de garantir à la personne sous son contrôle l'ensemble des droits énoncés dans la Convention. La Cour devrait dès lors rejeter la thèse, défendue par le Gouvernement, de l'insuffisance d'un contrôle bipartite ou conjoint pour les besoins de l'article 1 de la Convention.

69. Le requérant soutient que nul ne peut sérieusement contester que, lorsque son frère se trouvait entre les mains de soldats du Royaume-Uni à la suite de son arrestation dans la nuit du 22 au 23 avril 2003, ce pays exerçait sur lui une autorité et un contrôle et, partant, sa juridiction au sens de l'article 1. Pour ce qui est de la période consécutive à l'arrivée de Tarek Hassan à Camp Bucca, le Royaume-Uni aurait continué à exercer autorité et contrôle sur sa détention. En particulier, Tarek Hassan aurait été inscrit comme détenu du Royaume-Uni tant dans la base de données britannique AP3-Ryan que dans la base de données américaine de Camp Bucca. Les autorités britanniques auraient été chargées de dresser un compte rendu de sa capture et un compte rendu de sa détention. Aussitôt arrivé au camp, Tarek Hassan aurait été conduit dans le quartier de la JFIT, entièrement sous le contrôle des forces britanniques, et il y serait demeuré jusqu'au 25 avril. Même une fois sorti du quartier de la JFIT il serait resté sous le contrôle du Royaume-Uni. Les autorités de ce pays auraient en effet continué à être responsables du bien-être de leurs détenus à Camp Bucca : elles auraient été en contact avec le CICR pour ce qui est du traitement de ces derniers et de la notification de leur détention à leur famille et elles auraient conservé la plénitude de leurs droits d'accès ainsi qu'une équipe permanente de surveillance à Camp Bucca pour veiller au respect des règles du droit interne et du droit international. La police militaire britannique aurait exercé la responsabilité de surveiller les détenus du Royaume-Uni, gardés quotidiennement par elle, et ceux nécessitant des soins médicaux auraient été soignés dans des hôpitaux de campagne britanniques. Le Royaume-Uni serait aussi resté chargé de classer les détenus au regard des dispositions des articles 4 et 5 de la troisième Convention de Genève. Rien ne permettrait de dire que les autorités américaines eussent prétendu avoir leurs propres raisons de détenir Tarek Hassan. Dans sa déposition, le major Wilson aurait dit que c'était le Royaume-Uni qui décidait de la libération de ses détenus. Dans le cas de Tarek Hassan, ce serait la JFIT qui aurait recommandé son élargissement. Le requérant ajoute qu'un détenu dont la libération était décidée par les autorités britanniques ne pouvait être relâché simplement par les États-Unis, mais que c'était le Royaume-Uni qui devait accomplir les formalités préalables à la sortie du camp. Pour lui, il est évident que, dès

lors qu'ils surveillaient et escortaient les détenus du Royaume-Uni à Camp Bucca, les États-Unis faisaient fonction d'agents du Royaume-Uni, comme le confirmerait le remboursement par ce dernier aux États-Unis des frais occasionnés par le séjour de ses détenus. Le Royaume-Uni n'aurait gardé des détenus dans une base américaine que par commodité opérationnelle. La situation n'aurait pas été différente en substance s'il avait confié pareille tâche à des sous-traitants privés. Le requérant estime que le Royaume-Uni ne peut sous-traiter ses responsabilités découlant de la Convention à l'égard de détenus et qu'il ne peut s'y soustraire en remettant provisoirement des détenus entre les mains d'une autre organisation.

b) Le Gouvernement

70. Le Gouvernement plaide qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour que l'exercice d'une juridiction extraterritoriale demeure l'exception. Il estime par ailleurs que la notion de juridiction est étrangère à la doctrine de l'« instrument vivant ». Dans son arrêt *Al-Skeini et autres* (précité), la Cour aurait jugé que les décès des proches des requérants relevaient de la juridiction du Royaume-Uni par l'effet combiné de deux circonstances factuelles particulières. La première d'entre elles aurait été le fait que, du 1^{er} mai 2003 au 24 juin 2004, le Royaume-Uni avait assumé le pouvoir et la responsabilité du maintien de la sécurité dans le sud-est de l'Irak en qualité de puissance occupante. La seconde aurait été le fait que les décès étaient survenus au cours d'opérations de sécurité conduites par les forces britanniques dans l'exercice de cette autorité et de cette responsabilité. Le Gouvernement estime que, si l'un ou l'autre de ces facteurs avait fait défaut, il n'y aurait eu aucun lien juridictionnel. Il considère en particulier que, dans cette affaire, la Cour n'a pas conclu à l'exercice d'une juridiction fondée sur le principe du « contrôle effectif d'un territoire » mais qu'elle s'est expressément appuyée sur les conclusions formulées par la Cour d'appel dans la procédure interne et selon lesquelles il aurait été « totalement irréaliste » de dire que, en mai 2003, le Royaume-Uni exerçait un contrôle effectif et était tenu de garantir à chacun à Bassorah les droits et libertés énoncés dans la Convention. Selon le Gouvernement, le 23 avril 2003, date de l'arrestation du frère du requérant en l'espèce, le Royaume-Uni n'avait pas encore pris la responsabilité des opérations de sécurité dans le sud-est de l'Irak, ce qu'il n'aurait fait que le 1^{er} mai 2003.

71. Le Gouvernement reconnaît que la Cour a dit qu'il peut y avoir juridiction au sens de l'article 1 lorsque des agents d'un État contractant opérant hors du territoire de ce dernier exercent un « contrôle absolu et exclusif » sur une personne, par exemple quand celle-ci se trouve entre leurs mains. Pour lui, toutefois, ce type de juridiction ne joue pas pendant la

phase d'hostilités actives d'un conflit armé international, lorsque les agents de l'État contractant en question agissent sur un territoire dont cet État n'est pas la puissance occupante. Pendant cette phase, le comportement de l'État contractant serait plutôt régi par l'ensemble des prescriptions du droit international humanitaire. Dès lors, tout fait antérieur au 1^{er} mai 2003, notamment la capture de Tarek Hassan, sa remise entre les mains des États-Unis à Camp Bucca et son interrogatoire par les forces britanniques le 25 avril 2003, échapperait à la juridiction du Royaume-Uni au regard de l'article 1 de la Convention.

72. Le Gouvernement soutient par ailleurs que Tarek Hassan n'est pas passé sous la juridiction du Royaume-Uni à la suite de son entrée à Camp Bucca pour le motif distinct que, à ce moment-là, il aurait été confié aux États-Unis et aurait cessé d'être sous le contrôle exclusif, ou même principal, du Royaume-Uni. La jurisprudence de la Cour exigerait pour que la juridiction puisse être établie que les agents d'un État contractant opérant hors du territoire de celui-ci exercent un « contrôle absolu et exclusif » sur la personne concernée : un contrôle bipartite ou conjoint ne suffirait pas à établir la juridiction au sens de l'article 1. La faculté qui aurait été ouverte au Royaume-Uni en vertu du paragraphe 4 du mémorandum d'accord (paragraphe 16 ci-dessus) de demander aux États-Unis que Tarek Hassan lui fût de nouveau confié n'y changerait rien. Rien, en effet, ne montrerait que le Royaume-Uni eût jamais formulé pareille demande. De plus, le fait que le mémorandum d'accord eût prévu une telle possibilité signifierait à l'évidence que, aussi longtemps que la personne demeurerait sous la garde et le contrôle des États-Unis, elle échappait à la juridiction du Royaume-Uni. L'article 12 de la troisième Convention de Genève (paragraphe 33 ci-dessus) confirmerait cette position de principe. Certes, son premier paragraphe disposerait que « la Puissance détentrice est responsable du traitement » appliqué aux prisonniers de guerre, mais son second paragraphe indiquerait clairement que, consécutivement au transfert d'un prisonnier de guerre par la Puissance détentrice à un autre État partie à cet instrument, « la responsabilité de l'application de la Convention incombera à la Puissance qui a accepté de les accueillir pendant le temps qu'ils lui seront confiés ». Le Gouvernement en conclut que, tout au long de la détention de Tarek Hassan à Camp Bucca, c'était aux États-Unis qu'il incombait d'appliquer les troisième et quatrième Conventions de Genève à son égard.

73. Le Gouvernement soutient que, en tout état de cause, à compter du 25 avril 2003, lorsqu'il aurait été décidé que Tarek Hassan était un civil à libérer et qu'il aurait été transféré dans la zone de détention des civils de Camp Bucca, ni le Royaume-Uni ni les États-Unis ne prétendaient exercer un quelconque droit de le détenir. Tarek Hassan ne serait resté au camp que

parce que, vu la situation en matière de sécurité, il aurait été irresponsable de procéder immédiatement à sa libération. Il n'aurait alors plus été en détention mais aurait attendu dans le camp sa reconduite jusqu'au lieu de sa capture. De la même manière, lors de son transport en autocar par des soldats britanniques jusqu'au lieu de sa libération, il aurait été libre et ne serait plus trouvé sous la garde ou le contrôle du Royaume-Uni, pas plus qu'il n'aurait relevé de sa juridiction.

2. *Appréciation de la Cour*

74. La Cour rappelle que, aux paragraphes 130 à 142 de son arrêt *Al-Skeini et autres* (précité), elle a exposé ainsi les principes applicables relatifs à l'exercice par un État contractant de sa juridiction, au sens de l'article 1 de la Convention, hors de son territoire :

« 130. (...) »

Aux termes de [l'article 1 de la Convention], l'engagement des États contractants se borne à « reconnaître » (en anglais « *to secure* ») aux personnes relevant de leur « juridiction » les droits et libertés énumérés (*Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, § 86, série A n° 161, et *Banković et autres*, décision précitée, § 66). La « juridiction », au sens de l'article 1, est une condition *sine qua non*. Elle doit avoir été exercée pour qu'un État contractant puisse être tenu pour responsable des actes ou omissions à lui imputables qui sont à l'origine d'une allégation de violation des droits et libertés énoncés dans la Convention (*Ilaşcu et autres*, précité, § 311).

a) Le principe de territorialité

131. La juridiction d'un État, au sens de l'article 1, est principalement territoriale (*Soering*, précité, § 86, *Banković et autres*, décision précitée, §§ 61 et 67, et *Ilaşcu et autres*, précité, § 312). Elle est présumée s'exercer normalement sur l'ensemble de son territoire (*Ilaşcu et autres*, précité, § 312, et *Assanidzé c. Géorgie* [GC], n° 71503/01, § 139, CEDH 2004-II). À l'inverse, les actes des États contractants accomplis ou produisant des effets en dehors de leur territoire ne peuvent que dans des circonstances exceptionnelles s'analyser en l'exercice par eux de leur juridiction, au sens de l'article 1 (*Banković et autres*, décision précitée, § 67).

132. À ce jour, la Cour a reconnu dans sa jurisprudence un certain nombre de circonstances exceptionnelles susceptibles d'emporter exercice par l'État contractant de sa juridiction à l'extérieur de ses propres frontières. Dans chaque cas, c'est au regard des faits particuliers de la cause qu'il faut apprécier l'existence de pareilles circonstances exigeant et justifiant que la Cour conclue à un exercice extraterritorial de sa juridiction par l'État.

β) L'autorité et le contrôle d'un agent de l'État

133. La Cour a reconnu dans sa jurisprudence que, par exception au principe de territorialité, la juridiction d'un État contractant au sens de l'article 1 peut s'étendre aux actes de ses organes qui déploient leurs effets en dehors de son territoire (*Drozd et*

Janousek, précité, § 91, *Loizidou* (exceptions préliminaires), précité, § 62, et *Loizidou c. Turquie* (fond), 18 décembre 1996, § 52, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI, et *Banković et autres*, décision précitée, § 69). Cette exception, telle qu'elle se dégage de l'arrêt *Drozdz et Janousek* et des autres affaires ci-dessus, est énoncée de manière très générale, la Cour s'étant contentée de dire que la responsabilité de l'État contractant « peut entrer en jeu » en pareilles circonstances. Il est nécessaire d'examiner la jurisprudence pour en cerner les principes directeurs.

134. Premièrement, il est clair que la juridiction de l'État peut naître des actes des agents diplomatiques ou consulaires présents en territoire étranger conformément aux règles du droit international dès lors que ces agents exercent une autorité et un contrôle sur autrui (*Banković et autres*, décision précitée, § 73 ; voir également *X. c. Allemagne*, n° 1611/62, décision de la Commission du 25 septembre 1965, *Annuaire* 8, pp. 158 et 169, *X. c. Royaume-Uni*, n° 7547/76, décision de la Commission du 15 décembre 1977, DR 12, p. 73, et *M. c. Danemark*, n° 17392/90, décision de la Commission du 14 octobre 1993, DR 73, p. 193).

135. Deuxièmement, la Cour a conclu à l'exercice extraterritorial de sa juridiction par l'État contractant qui, en vertu du consentement, de l'invitation ou de l'acquiescement du gouvernement local, assume l'ensemble ou certaines des prérogatives de puissance publique normalement exercées par celui-ci (*Banković et autres*, décision précitée, § 71). Par conséquent, dès lors que, conformément à une règle de droit international coutumière, conventionnelle ou autre, ses organes assument des fonctions exécutives ou judiciaires sur un territoire autre que le sien, un État contractant peut être tenu pour responsable des violations de la Convention commises dans l'exercice de ces fonctions, pourvu que les faits en question soient imputables à lui et non à l'État territorial (*Drozdz et Janousek*, précité, *Gentilhomme et autres c. France*, nos 48205/99, 48207/99 et 48209/99, 14 mai 2002, ainsi que *X et Y c. Suisse*, nos 7289/75 et 7349/76, décision de la Commission du 14 juillet 1977, DR 9, p. 76).

136. En outre, la jurisprudence de la Cour montre que, dans certaines circonstances, le recours à la force par des agents d'un État opérant hors de son territoire peut faire passer sous la juridiction de cet État, au sens de l'article 1, toute personne se retrouvant ainsi sous le contrôle de ceux-ci. Cette règle a été appliquée dans le cas de personnes remises entre les mains d'agents de l'État à l'extérieur de ses frontières. Ainsi, dans l'arrêt *Öcalan* précité, § 91, la Cour a jugé que « dès sa remise par les agents kenyans aux agents turcs, [le requérant] s'[était] effectivement retrouvé sous l'autorité de la Turquie et relevait donc de la « juridiction » de cet État aux fins de l'article 1 de la Convention, même si, en l'occurrence, la Turquie a[avait] exercé son autorité en dehors de son territoire ». Dans l'arrêt *Isa et autres*, précité, elle a indiqué que, s'il avait été établi que des soldats turcs avaient arrêté les proches des requérants dans le nord de l'Irak avant de les emmener dans une caverne avoisinante et de les exécuter, les victimes auraient dû être considérées comme relevant de la juridiction de la Turquie, ce par l'effet de l'autorité et du contrôle exercés sur les victimes par les soldats. Dans la décision *Al-Saadoon et Mufalhi c. Royaume-Uni* ((déc.), n° 61498/08, §§ 86-89, 30 juin 2009), elle a estimé que, dès lors que le contrôle exercé par le Royaume-Uni sur ses prisons militaires en Irak et sur les personnes y séjournant était absolu et exclusif, il y avait lieu de considérer, à propos de deux ressortissants irakiens incarcérés dans l'une d'elles,

qu'ils relevaient de la juridiction du Royaume-Uni. Enfin, dans l'arrêt *Medvedyev et autres c. France* [GC], n° 3394/03, § 67, CEDH 2010, elle a conclu, relativement à des requérants qui s'étaient trouvés à bord d'un navire intercepté en haute mer par des agents français, qu'en égard au contrôle absolu et exclusif exercé de manière continue et ininterrompue par ces agents sur le navire et son équipage dès son interception, ils relevaient de la juridiction de la France au sens de l'article 1 de la Convention. La Cour considère que, dans les affaires ci-dessus, la juridiction n'avait pas pour seul fondement le contrôle opéré par l'État contractant sur les bâtiments, l'aéronef ou le navire où les intéressés étaient détenus. L'élément déterminant dans ce type de cas est l'exercice d'un pouvoir et d'un contrôle physiques sur les personnes en question.

137. Il est clair que dès l'instant où l'État, par le biais de ses agents, exerce son contrôle et son autorité sur un individu, et par voie de conséquence sa juridiction, il pèse sur lui en vertu de l'article 1 une obligation de reconnaître à celui-ci les droits et libertés définis au titre I de la Convention qui concernent son cas. En ce sens, dès lors, les droits découlant de la Convention peuvent être « fractionnés et adaptés » (voir, à titre de comparaison, la décision *Banković et autres* précitée, § 75).

γ) Le contrôle effectif sur un territoire

138. Le principe voulant que la juridiction de l'État contractant au sens de l'article 1 soit limitée à son propre territoire connaît une autre exception lorsque, par suite d'une action militaire – légale ou non –, l'État exerce un contrôle effectif sur une zone située en dehors de son territoire. L'obligation d'assurer dans une telle zone le respect des droits et libertés garantis par la Convention découle du fait de ce contrôle, qu'il s'exerce directement, par l'intermédiaire des forces armées de l'État ou par le biais d'une administration locale subordonnée (*Loizidou* (exceptions préliminaires), précité, § 62, *Chypre c. Turquie*, précité, *Banković et autres*, décision précitée, § 70, *Ilaşcu et autres*, précité, §§ 314-316, et *Loizidou* (fond), précité, § 52). Dès lors qu'une telle mainmise sur un territoire est établie, il n'est pas nécessaire de déterminer si l'État contractant qui la détient exerce un contrôle précis sur les politiques et actions de l'administration locale qui lui est subordonnée. Du fait qu'il assure la survie de cette administration grâce à son soutien militaire et autre, cet État engage sa responsabilité à raison des politiques et actions entreprises par elle. L'article 1 lui fait obligation de reconnaître sur le territoire en question la totalité des droits matériels énoncés dans la Convention et dans les Protocoles additionnels qu'il a ratifiés, et les violations de ces droits lui sont imputables (*Chypre c. Turquie*, précité, §§ 76-77).

139. La question de savoir si un État contractant exerce ou non un contrôle effectif sur un territoire hors de ses frontières est une question de fait. Pour se prononcer, la Cour se réfère principalement au nombre de soldats déployés par l'État sur le territoire en cause (*Loizidou* (fond), précité, §§ 16 et 56, et *Ilaşcu et autres*, précité, § 387). D'autres éléments peuvent aussi entrer en ligne de compte, par exemple la mesure dans laquelle le soutien militaire, économique et politique apporté par l'État à l'administration locale subordonnée assure à celui-ci une influence et un contrôle dans la région (*Ilaşcu et autres*, précité, §§ 388-394).

140. Le titre de juridiction fondé sur le « contrôle effectif » décrit ci-dessus ne remplace pas le système de notification en vertu de l'article 56 (l'ancien article 63)

de la Convention, que, lors de la rédaction de celle-ci, les États contractants avaient décidé de créer pour les territoires d'outre-mer dont ils assuraient les relations internationales. Le paragraphe 1 de cet article prévoit un dispositif permettant à ces États d'étendre l'application de la Convention à pareil territoire « en tenant compte des nécessités locales ». L'existence de ce dispositif, qui a été intégré dans la Convention pour des raisons historiques, ne peut être interprétée aujourd'hui, à la lumière des conditions actuelles, comme limitant la portée de la notion de « juridiction » au sens de l'article 1. Les cas de figure visés par le principe du « contrôle effectif » se distinguent manifestement de ceux dans lesquels un État contractant n'a pas déclaré, par le biais de la notification prévue à l'article 56, étendre l'application de la Convention ou de l'un quelconque de ses Protocoles à un territoire d'outre-mer dont il assure les relations internationales (*Loizidou* (exceptions préliminaires), précité, §§ 86-89, et *Quark Fishing Ltd*, décision précitée).

δ) L'espace juridique de la Convention

141. La Convention est un instrument constitutionnel de l'ordre public européen (*Loizidou* (exceptions préliminaires), précité, § 75). Elle ne régit pas les actes des États qui n'y sont pas parties, ni ne prétend exiger des Parties contractantes qu'elles imposent ses normes à pareils États (*Soering*, précité, § 86).

142. La Cour a souligné qu'un État contractant qui, par le biais de ses forces armées, occupe le territoire d'un autre doit en principe être tenu pour responsable au regard de la Convention des violations des droits de l'homme qui y sont perpétrées car, sinon, les habitants de ce territoire seraient privés des droits et libertés dont ils jouissaient jusqu'à et il y aurait une « solution de continuité » dans la protection de ces droits et libertés au sein de l'« espace juridique de la Convention » (*Chypre c. Turquie*, précité, § 78, et *Banković et autres*, décision précitée, § 80). Toutefois, s'il est important d'établir la juridiction de l'État occupant dans ce type de cas, cela ne veut pas dire, *a contrario*, que la juridiction au sens de l'article 1 ne puisse jamais exister hors du territoire des États membres du Conseil de l'Europe. La Cour n'a jamais appliqué semblable restriction dans sa jurisprudence (voir, parmi d'autres exemples, les arrêts *Öcalan*, *Issa et autres*, et *Medvedyev et autres*, précités, et la décision *Al-Saadoon et Mufdhi*, précitée).»

75. Dans son arrêt *Al-Skeini et autres*, la Cour a jugé que les proches des requérants relevaient de la juridiction du Royaume-Uni au motif que, du 1^{er} mai 2003 au 28 juin 2004, ce pays avait exercé l'autorité afférente au maintien de la sécurité dans le sud-est de l'Irak et qu'ils avaient été tués au cours d'opérations de sécurité conduites par des soldats britanniques dans l'exercice de cette autorité (*ibidem*, §§ 143-150). À la lumière de cette conclusion, elle a jugé inutile de rechercher si la juridiction du Royaume-Uni était aussi établie parce que cet État exerçait un contrôle militaire effectif sur le sud-est de l'Irak pendant cette période. Cela dit, l'exposé des faits dans l'arrêt *Al-Skeini et autres* renferme des éléments qui tendent à démontrer que le Royaume-Uni était loin de contrôler effectivement le sud-est du pays qu'il occupait; c'est aussi le constat auquel la Cour d'appel était parvenue après avoir entendu à ce sujet des témoignages au cours de la procédure interne

conduite dans cette affaire (*Al-Skeini et autres*, précité, §§ 20-23 et 80). La présente affaire porte sur une période antérieure, qui s'est terminée avant que le Royaume-Uni et ses partenaires de la coalition ne prononcent la fin de la phase d'hostilités actives du conflit et ne déclarent être des puissances occupantes, et avant que le Royaume-Uni n'assume la responsabilité du maintien de la sécurité dans le sud-est de l'Irak (*Al-Skeini et autres*, précité, §§ 10-11). Comme dans l'arrêt *Al-Skeini et autres*, la Cour ne juge toutefois pas nécessaire de trancher la question de savoir si le Royaume-Uni contrôlait effectivement la zone pendant la période considérée car elle estime que Tarek Hassan relevait de la juridiction de ce pays pour un autre motif.

76. À compter de sa capture par des soldats britanniques le 23 avril 2003 au matin et jusqu'à son entrée à Camp Bucca l'après-midi du même jour, Tarek Hassan s'est trouvé physiquement sous le contrôle et le pouvoir de soldats britanniques, relevant ainsi de la juridiction du Royaume-Uni par l'effet des principes exposés au paragraphe 136 de l'arrêt *Al-Skeini et autres*, reproduit ci-dessus. Dans ses observations, le Gouvernement reconnaît que la mainmise sur une personne par des agents d'un État opérant hors du territoire de celui-ci constitue un titre de juridiction extraterritoriale admis par la Cour. Il soutient toutefois que ce titre de juridiction ne doit pas s'appliquer au cours de la phase d'hostilités actives d'un conflit armé international, lorsque les agents de l'État contractant opèrent sur un territoire dont cet État n'est pas la puissance occupante et que le comportement de l'État est alors, c'est la thèse du gouvernement défendeur, plutôt soumis aux prescriptions du droit international humanitaire.

77. La Cour n'est pas convaincue par cette argumentation. L'affaire *Al-Skeini et autres* portait elle aussi sur une période où le droit international humanitaire était applicable, à savoir celle pendant laquelle le Royaume-Uni et ses partenaires de la coalition occupaient l'Irak. Cela n'a pas empêché la Cour de conclure que le Royaume-Uni avait exercé sa juridiction, au sens de l'article 1 de la Convention, sur les proches des requérants. De plus, retenir la thèse du Gouvernement sur ce point serait incompatible avec la jurisprudence de la Cour internationale de justice, pour laquelle le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire peuvent s'appliquer simultanément (paragraphe 35-37 ci-dessus). Comme la Cour l'a observé à de nombreuses reprises, la Convention ne peut s'interpréter dans le vide mais doit autant que faire se peut s'interpréter de manière à se concilier avec les autres règles du droit international, dont elle fait partie intégrante (voir, par exemple, *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, § 55, CEDH 2001-XI). Cela vaut autant pour l'article 1 que pour les autres articles de la Convention.

78. Pour ce qui est de la période consécutive à l'admission de Tarek Hassan à Camp Bucca, le Gouvernement exclut la juridiction britannique en soutenant à titre subsidiaire que, en entrant dans le camp, Tarek Hassan est passé du pouvoir du Royaume-Uni à celui des États-Unis. La Cour, pour sa part, estime, nonobstant les arguments que le Gouvernement tire du libellé du mémorandum d'accord et de l'article 12 de la troisième Convention de Genève (paragraphe 16, 33 et 72 ci-dessus), que, compte tenu du dispositif en vigueur à Camp Bucca, Tarek Hassan est resté pendant cette période sous l'autorité et le contrôle des forces britanniques. Admis au camp comme prisonnier du Royaume-Uni, il a été peu après conduit dans le quartier de la JFIT, qui était entièrement contrôlé par les forces britanniques (paragraphe 15 ci-dessus). Conformément au mémorandum d'accord qui répartissait les responsabilités entre le Royaume-Uni et les États-Unis à l'égard des personnes détenues dans le camp, le Royaume-Uni était chargé de classer ses détenus au regard des troisième et quatrième Conventions de Genève et de se prononcer sur l'opportunité de leur libération (paragraphe 16 ci-dessus). C'est ce qui s'est produit à la suite de l'interrogatoire de Tarek Hassan dans le quartier de la JFIT, lorsque les autorités britanniques ont conclu qu'il était un civil ne représentant aucune menace pour la sécurité et ont ordonné son élargissement dès que les circonstances le permettraient. Si certains aspects opérationnels de la détention de Tarek Hassan à Camp Bucca ont bien été confiés aux forces américaines, en particulier son escorte jusqu'au quartier de la JFIT et à la sortie de celui-ci, et sa surveillance dans les autres parties du camp, le Royaume-Uni a gardé l'autorité et le contrôle sur tous les aspects de la détention en rapport avec les griefs soulevés par le requérant sur le terrain de l'article 5.

79. Enfin, la Cour prend note de l'argument du Gouvernement suivant lequel, une fois jugé libérable et conduit dans la zone de détention des civils de Camp Bucca, Tarek Hassan n'était plus un détenu et échappait donc à la juridiction du Royaume-Uni. À ses yeux, toutefois, il apparaît clairement que Tarek Hassan est resté sous la garde de militaires armés et sous l'autorité et le contrôle du Royaume-Uni jusqu'à sa sortie de l'autocar dans lequel il avait quitté le camp.

80. Partant, la Cour conclut que Tarek Hassan a relevé de la juridiction du Royaume-Uni à partir de sa capture par des soldats britanniques à Umm Qasr le 23 avril 2003 et jusqu'à sa sortie de l'autocar dans lequel il avait été conduit de Camp Bucca au point de dépôt, selon toute vraisemblance Umm Qasr, le 2 mai 2003 (paragraphe 55 ci-dessus).

B. Sur le fond des griefs relatifs à l'article 5 §§ 1, 2, 3 et 4

1. Thèses des parties

a) Le requérant

81. Le requérant récuse la thèse du Gouvernement selon laquelle l'arrestation et la détention de Tarek Hassan se sont déroulées pendant la phase active de combat d'un conflit armé international, faisant valoir que, le 9 avril 2003, les soldats de la coalition avaient pris le contrôle de Bagdad et destitué le parti Baas. Il ajoute que, en tout état de cause, quand bien même cette arrestation et cette détention auraient eu lieu pendant la phase active des combats, l'application de la Convention n'en serait pas écartée pour autant. L'article 15 aurait créé un pouvoir spécifique permettant la prise de mesures dérogeant à la Convention dans la stricte mesure où la situation l'exige « en cas de guerre ou en cas d'autre danger public ». Or aucune dérogation n'aurait été formulée en l'espèce, et les droits énoncés dans la Convention ne pourraient être écartés de manière implicite. Il serait important de rappeler que la Convention a été rédigée dans un contexte historique particulier, à savoir les suites d'un conflit mondial. Alors que le souvenir de la guerre était encore vivace, les rédacteurs auraient réfléchi à la question de savoir s'il fallait appliquer différemment les droits fondamentaux reconnus dans la Convention en temps de guerre et auraient décidé qu'ils ne le doivent i) que dans la mesure nécessaire pour faire face aux exigences de la guerre ou d'un danger public, ii) qu'à condition que les autres obligations que le droit international fait peser sur l'État soient respectées, et iii) que l'État notifie formellement et publiquement une dérogation. Telle serait l'origine de l'article 15. Le requérant conclut que si les rédacteurs avaient voulu créer un régime permettant d'écarter ou de modifier automatiquement les droits de l'homme en période de conflit international, ils l'auraient fait.

82. Le requérant ne voit rien qui démontre l'existence parmi les Hautes Parties contractantes d'une pratique étatique voulant que la Convention n'ait pas à être respectée lorsque, au cours d'un conflit armé international, des combattants avérés ou présumés sont placés en détention. Il ajoute que, quand bien même une telle pratique existerait, rien ne prouve qu'elle s'accompagne d'une *opinio juris*. De plus, à supposer que l'une et l'autre existent, l'article 19 donnerait pour mission à la Cour d'assurer le respect de la Convention, et non de ne l'appliquer que lorsque les États le font habituellement. La jurisprudence de la Cour, par exemple l'arrêt *Varnava et autres c. Turquie* ([GC], n^{os} 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 et 16073/90, § 185, CEDH 2009), ne fournirait aucun appui à la thèse du Gouvernement. Dans

cet arrêt, la Cour aurait jugé que les règles pertinentes du droit international humanitaire élargissent les obligations que l'article 2 fait peser sur l'État; elle n'aurait pas souscrit à la thèse voulant que les droits fondamentaux soient automatiquement restreints en temps de guerre. L'idée qu'une disposition « doit être interprété[e] dans la mesure du possible à la lumière des principes du droit international » impliquerait qu'il existe une variété de sens possibles et que certaines interprétations peuvent ne pas en faire partie. La thèse du Gouvernement, qui voudrait « écarter » les droits énoncés dans la Convention, reviendrait essentiellement à dire que ceux-ci doivent être interprétés comme s'ils renfermaient une large exception « temps de guerre » alors qu'une telle exception n'y figurerait pas. Pareille manière de raisonner ne trouverait aucun appui dans l'arrêt *Varnava*. Enfin, l'invocation par le Gouvernement de l'avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* ne serait guère compréhensible car, dans cet avis, la Cour internationale de justice aurait expressément conclu que la dérogation est le seul moyen d'écarter une règle du droit international des droits de l'homme (paragraphe 36 ci-dessus).

83. Le requérant plaide que la Cour a souvent appliqué la Convention dans des situations de conflit armé et reconnu que, en principe, celle-ci n'est pas écartée (il cite les affaires suivantes: *Ahmet Özkan et autres c. Turquie*, n° 21689/93, §§ 85 et 319, 6 avril 2004, *Varnava et autres*, précité, § 191, *Al-Jedda c. Royaume-Uni* [GC], n° 27021/08, CEDH 2011, § 105, et *Al-Skeini et autres*, précité, §§ 164-167). C'est ce que confirmerait par ailleurs l'avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (§ 106, cité au paragraphe 36 ci-dessus), où la Cour internationale de justice aurait reconnu qu'il pouvait exister des droits relevant du droit international humanitaire non couverts par une convention de protection des droits de l'homme. Selon le requérant, les règles de droit international humanitaire pourraient tout au plus influencer l'interprétation des dispositions de la Convention; elles pourraient par exemple servir à déterminer quelles actions sont strictement nécessaires au vu des exigences de la situation aux fins d'une dérogation à l'article 2. Sur le terrain de l'article 5, elles pourraient éclairer l'interprétation par la Cour des notions d'« autorité judiciaire compétente » et d'« infraction » employées à l'article 5 § 1 c). Par contre, il ne serait pas correct d'écarter l'article 5 dans des circonstances où entrent en jeu les Conventions de Genève. La Convention étant un traité visant la protection des droits fondamentaux, il ne faudrait pas dénaturer et encore moins méconnaître complètement ses dispositions, sous peine de faciliter la tâche aux États qui n'utiliseraient pas le mécanisme expressément prévu par elle pour concilier ses dispositions et les exigences de la guerre.

84. Le requérant estime que, en tout état de cause, le Gouvernement n'a rien indiqué qui eût été requis par les Conventions de Genève et qui eût obligé les forces britanniques à agir en violation de l'article 5. À ses yeux, la guerre en Irak était un conflit armé non international consécutif à l'effondrement des forces de Saddam Hussein et à l'occupation du pays par les forces de la coalition. Les règles de droit conventionnel applicables aux conflits armés non internationaux seraient bien moins nombreuses que celles applicables aux conflits armés internationaux. Le droit international humanitaire imposerait des obligations minimales aux États dans les situations de conflit armé mais il ne leur conférerait aucun pouvoir. En plaçant la nécessité d'«écarter» la Convention, le Gouvernement chercherait en réalité à rouvrir la question de la juridiction au sens de l'article 1, qui aurait déjà été tranchée dans l'arrêt *Al-Skeini et autres* (précité). Retenir la thèse du Gouvernement aurait pour effet de priver entièrement les victimes de violations de toute voie de droit effective, les troisième et quatrième Conventions de Genève ne pouvant être invoquées par les individus. Il serait contraire à tout principe et injuste de restreindre ainsi les droits des individus relativement à leur traitement par des forces armées étrangères.

85. Enfin, le requérant considère que, quand bien même la Cour jugerait que l'article 5 doit être interprété à la lumière des troisième et quatrième Conventions de Genève, les forces britanniques ont arrêté et incarcéré Tarek Hassan afin de le pousser à se rendre. Selon lui, cette détention était arbitraire, elle ne relevait d'aucune des catégories de détention régulière énoncées à l'article 5 § 1 de la Convention et elle n'était même pas admissible en vertu du droit international humanitaire.

b) Le Gouvernement

86. Le Gouvernement soutient que les auteurs de la Convention n'ont pas voulu qu'une victime alléguée d'actes extraterritoriaux commis pendant la phase active d'un conflit armé international, par exemple un prisonnier de guerre protégé par la troisième Convention de Genève, qui chercherait néanmoins à se plaindre d'une violation de l'article 5 puisse jouir de la protection de la Convention. Rien ne permettrait de déduire pareille intention de la Convention ou de ses travaux préparatoires, ni d'ailleurs du libellé ou des travaux préparatoires des Conventions de Genève de 1949, instruments que les auteurs de la Convention ne pourraient avoir manqué de tenir pour fixer le régime juridique applicable pertinent. Par ailleurs, pareille intention serait incompatible avec les réalités pratiques de la conduite d'hostilités actives dans un conflit armé international ainsi que, le cas échéant, avec la jurisprudence des organes de la Convention ayant une incidence en la matière.

87. Le Gouvernement arguë à titre principal que les événements en cause échappaient à la juridiction du Royaume-Uni. À titre subsidiaire, pour le cas où la Cour conclurait que Tarek Hassan relevait de la juridiction du Royaume-Uni pendant sa détention, il estime que l'article 5 doit être interprété et appliqué en conformité et en harmonie avec le droit international. Dans les cas où il y aurait lieu d'appliquer les dispositions de la Convention dans le contexte d'un conflit armé international, et spécialement pendant la phase active d'un tel conflit, il faudrait le faire en tenant compte du droit international humanitaire, applicable en tant que *lex specialis* et susceptible d'avoir pour effet de modifier ou même d'écarter certaines d'entre elles. Ainsi, dans l'affaire *Chypre c. Turquie* (n^{os} 6780/74 et 6950/75, rapport de la Commission du 10 juillet 1976, non publié), la Commission européenne des droits de l'homme (« la Commission ») n'aurait pas jugé nécessaire d'aborder la question de la violation de l'article 5 à l'égard de personnes détenues en tant que prisonniers de guerre au titre de la troisième Convention de Genève. De plus, la Cour internationale de justice aurait toujours considéré que le droit international humanitaire s'applique en tant que *lex specialis* dans le cadre d'un conflit armé international lorsque tel ou tel traité de protection des droits de l'homme s'applique aussi. C'est ce que confirmeraient le rapport du groupe d'études de la Commission du droit international intitulé « La fragmentation du droit international » (paragraphe 38 ci-dessus) et certains auteurs, par exemple les rédacteurs du *Handbook on International Humanitarian* (sous la direction de D. Fleck, Oxford University Press) et du *Handbook of the International Law of Military Operations* (sous la direction de T. Gill et D. Fleck, Oxford University Press).

88. Le Gouvernement avance qu'il convient d'apprécier le droit à la liberté énoncé à l'article 5 de la Convention en tenant compte de l'importance fondamentale que revêtent la capture et la détention de combattants avérés ou présumés dans un conflit armé. Il serait inconcevable, et telle ne serait du reste pas la réalité, qu'un État contractant dont les forces armées seraient engagées dans des activités hostiles au cours d'un conflit armé hors de son propre territoire soit tenu d'offrir les garanties procédurales de l'article 5 aux combattants ennemis capturés par lui comme prisonniers de guerre ou aux combattants ennemis présumés incarcérés par lui dans l'attente d'une décision sur le point de savoir s'ils ont ou non droit au statut de prisonnier de guerre. En outre, pour autant que la question se pose en l'espèce, le même principe devrait s'appliquer à la détention de civils lorsqu'elle est rendue « absolument nécessaire » par des raisons de sécurité, conformément à l'article 42 de la quatrième Convention de Genève (paragraphe 33 ci-dessus). En l'espèce, Tarek Hassan aurait été capturé et d'abord détenu en tant que combattant présumé, et le droit international humanitaire, *lex*

specialis en la matière, aurait donc écarté l'article 5 de la Convention ou l'aurait modifié de manière à prévoir ou permettre la capture et la détention de combattants avérés ou présumés conformément à la troisième et/ou à la quatrième Convention de Genève. Dès lors, en capturant et en détendant l'intéressé, le Royaume-Uni n'aurait commis aucune violation.

89. À titre subsidiaire, pour le cas où la Cour conclurait que, en situation de conflit armé, l'article 5 s'applique et n'est ni écarté ni modifié, le Gouvernement soutient que les buts de détention autorisés énumérés à l'article 5 § 1 doivent être interprétés d'une manière qui tienne compte de la *lex specialis* applicable, à savoir le droit international humanitaire, et qui soit compatible avec elle. La capture de prisonniers de guerre en vertu de la troisième Convention de Genève et la détention de civils en vertu de la quatrième Convention de Genève constitueraient forcément une forme de détention licite sur le terrain de l'article 5 § 1 et pourraient aisément s'analyser en une « détention régulière » au regard de l'article 5 § 1 c). Dans ce contexte particulier, la notion d'« infraction » au sens de cette disposition pourrait à bon droit être interprétée comme incluant la participation en tant que combattant ennemi et/ou le fait de menacer la sécurité de la puissance détentrice au sens de l'article 42 de la quatrième Convention de Genève. La question essentielle qui se poserait alors sous l'angle de l'article 5 § 1 serait celle de savoir si l'incarcération de Tarek Hassan était une « détention régulière » dans le cadre d'un conflit armé international. Le Gouvernement soutient que tel était assurément le cas. Il indique que, lorsque les forces britanniques ont trouvé Tarek Hassan, c'était un « tireur » armé d'un fusil d'assaut AK-47 posté sur le toit d'une maison appartenant à un général de l'armée Al-Quds où d'autres armes ainsi que des documents utiles pour le renseignement auraient ensuite été découverts. Il aurait été capturé en tant que combattant présumé, et les forces britanniques auraient été fondées, au regard du droit international humanitaire, à le capturer et à le détenir jusqu'à ce que l'on détermine son statut.

90. Le Gouvernement reconnaît que l'applicabilité de l'article 15 dans une affaire comme celle-ci peut soulever des questions délicates. Il indique que, conformément à la pratique de toutes les autres Parties contractantes mêlées à des opérations de ce type, le Royaume-Uni n'avait formulé aucune dérogation. Il explique que compte tenu du droit international humanitaire, *lex specialis* en la matière, des détentions sont en pareil cas envisageables et légitimes au regard de la Convention et qu'il n'était donc nul besoin pour le Royaume-Uni d'en passer par une dérogation. En aucun cas il ne faudrait déduire de la présence de l'article 15 parmi les dispositions de la Convention que, en cas de guerre ou de danger public menaçant la vie de la nation, les obligations de la Convention doivent toujours être interprétées exactement

de la même manière qu'en temps de paix. Pour le Gouvernement, la thèse voulant que, sauf dérogation en vertu de l'article 15, il faille interpréter et appliquer l'article 5 sans tenir compte du contexte et des règles détaillées du droit international humanitaire régissant la détention des combattants présumés risquerait de réduire la protection offerte aux combattants ou aux civils (concrètement, en précipitant l'adoption de dérogations par les États concernés). Cette thèse serait aussi en contradiction, selon lui, avec la pratique *a priori* universelle des États en matière de détention de combattants avérés ou présumés dans les conflits armés internationaux, ainsi qu'avec la jurisprudence de la Cour et celle de la Cour internationale de justice, qui indiquent clairement que l'application du droit international humanitaire en tant que *lex specialis* est un principe général, non tributaire de l'existence ou non d'une dérogation formulée conformément à un traité de protection des droits de l'homme applicable.

c) Le tiers intervenant

91. Dans les observations produites par lui en qualité de tiers intervenant, le Centre des droits de l'homme de l'université d'Essex souligne que, comme la Cour l'a dit dans sa jurisprudence, la Convention doit être interprétée en harmonie avec les autres sources du droit international public, dont elle fait partie. Ce principe, qui serait souhaitable et nécessaire, permettrait d'éviter que l'État soit confronté à des obligations juridiques inconciliables et à des résultats prêtant à controverse. Cela serait particulièrement important pour le régime de détention applicable dans les conflits armés internationaux. Ce régime aurait en effet été spécialement conçu pour ce type de situation, et les troisième et quatrième Conventions de Genève auraient été ratifiées universellement. Il y aurait dans l'arrêt *Al-Jedda* (précité, § 107) une phrase qui pourrait porter à croire que la Cour ne tient compte du droit international humanitaire que lorsque celui-ci impose une obligation et non lorsqu'il autorise un comportement : « il n'est pas établi, aux yeux de la Cour, que le droit international humanitaire fasse peser sur les puissances occupantes une obligation de recourir à l'internement sans limitation de durée ni procès ». Le tiers intervenant estime cependant que, dans le contexte de cet arrêt, la Cour a tenu compte du droit international humanitaire non pas en tant que source de droit autonome mais pour y chercher des règles permettant d'interpréter le sens d'une résolution du Conseil de sécurité. Il expose que le gouvernement britannique aurait pu choisir d'invoquer le droit international humanitaire comme base indépendante de détention mais qu'il a préféré s'appuyer sur la seule résolution du Conseil de sécurité. Il estime qu'il ne faut pas conclure de la phrase tirée de l'arrêt *Al-Jedda* que

la Cour ne prend en considération le droit international humanitaire que lorsque celui-ci fait peser une obligation sur les États.

92. Le tiers intervenant souligne que, au même titre que de nombreuses branches du droit international qui sont devenues des régimes englobant tous les aspects de tel ou tel domaine d'activité, les règles du droit des conflits armés et du droit international humanitaire («le droit international humanitaire») ont acquis une cohérence interne et dégagé des interprétations qui leur sont propres. Le principe essentiel sous-tendant ces règles serait qu'elles ménagent un équilibre entre les impératifs militaires et les considérations d'ordre humanitaire. Il s'ensuivrait que les nécessités militaires ne peuvent être invoquées hors du cadre du droit conventionnel, qui tiendrait compte lui-même des impératifs militaires. Il y aurait un deuxième principe sous-jacent : cette branche du droit reposerait non pas sur des droits mais sur les obligations pesant sur les parties à un conflit. Troisièmement, les règles applicables aux individus dépendraient de leur appartenance à tel ou tel groupe, par exemple celui des combattants ou celui des civils. Quatrièmement, les «principes» du droit international humanitaire, auxquels il serait souvent fait référence, ne seraient pas à proprement parler des règles de droit ; les règles seraient énoncées dans les traités, qui articuleraient ces principes sous une forme juridiquement contraignante. Pour le tiers intervenant, il est donc clair que le droit international humanitaire n'a pas du tout la même cohérence interne que les droits de l'homme.

93. En ce qui concerne les relations entre les différentes branches du droit international, celle existant entre le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme ne serait pas la seule à poser problème, mais ce serait celle sur laquelle on se serait le plus penché. En vertu de dispositions expresses y figurant, certains traités de protection des droits de l'homme continueraient de s'appliquer en cas de «guerre ou d'autre danger public», tandis que le droit des conflits armés internationaux s'appliquerait dès lors qu'un conflit armé opposerait plusieurs États, notamment dans les cas où un État occuperait une partie ou la totalité du territoire d'un autre État. Il en résulterait que certains traités de protection des droits de l'homme demeureraient applicables, fût-ce avec des modifications, dans des situations où le droit des conflits armés serait lui aussi applicable. La Cour internationale de justice aurait examiné à trois reprises cette relation (paragraphes 35-37 ci-dessus), et certains éléments se dégageraient clairement de sa jurisprudence. Premièrement, l'applicabilité du droit international humanitaire n'exclurait pas la compétence des organes de protection des droits de l'homme. Cela découlerait du constat selon lequel le droit des droits de l'homme demeure applicable en toutes circonstances.

Deuxièmement, là où le droit international humanitaire serait applicable, un organe de protection des droits de l'homme aurait le choix entre deux possibilités: soit appliquer le droit des droits de l'homme à travers le prisme du droit international humanitaire, soit unifier les deux types de droit. Ce serait la seule manière possible d'interpréter certaines questions relevant de l'un et de l'autre de ces corps de règles, tandis que d'autres seraient régies par le seul droit international humanitaire. Faire état d'une *lex specialis* ne serait d'aucune aide, ce qui pourrait expliquer que, dans son arrêt rendu en l'affaire des Activités armées sur le territoire du Congo (paragraphe 37 ci-dessus), la Cour internationale de justice n'eût pas recouru à cette notion, qui tendrait à obscurcir le débat plutôt qu'à l'éclairer.

94. Le tiers intervenant estime que la Cour internationale de justice a donné des indications apparemment contradictoires sur la question de la nécessité pour un État de notifier une dérogation avant de pouvoir invoquer le droit international humanitaire. Retenir comme fondement du recours au droit international humanitaire l'obligation pour les organes de protection des droits de l'homme de tenir compte des autres branches du droit international, cela pourrait être compris comme signifiant que pareil recours est possible que l'État ait ou non émis une dérogation et qu'il ait ou non invoqué le droit international humanitaire. Dans le cas, en revanche, où l'État n'aurait fait ni l'un ni l'autre, l'organe de protection des droits de l'homme pourrait dire que le droit international humanitaire est applicable mais que l'État a choisi d'être jugé par le standard plus élevé que constitue le droit des droits de l'homme en temps de paix, cette approche risquant toutefois d'apparaître déconnectée de la réalité. Dans le cas où l'État n'aurait pas formulé de dérogation mais aurait invoqué le droit international humanitaire, l'organe de protection des droits de l'homme pourrait soit tenir compte du droit international humanitaire, soit dire que la dérogation est le seul moyen de modifier les obligations découlant du droit international des droits de l'homme.

95. Pour ce qui est des liens réciproques entre les deux régimes, l'un des deux corps de règles ne pourrait être jugé seul applicable. Dans toute situation, il faudrait vraisemblablement que les deux corps de règles collaborent, mais avec un équilibre et des interactions différents. Il pourrait donc y avoir des cas, comme la détention de prisonniers de guerre, où la combinaison de critères conduirait à conclure que le droit international humanitaire a plus de poids et où les constats de violation des droits de l'homme sur des questions telles que les motifs d'une détention et le contrôle de leur persistance seraient fondés sur les règles pertinentes du droit international humanitaire. Cependant, même en pareils cas, le droit des droits de l'homme ne serait pas entièrement subordonné au droit international humanitaire. Par exemple,

en cas d'allégations de mauvais traitements, le droit des droits de l'homme permettrait toujours de trancher des questions telles que les particularités des faits constitutifs d'une violation. Du point de vue de l'organe de protection des droits de l'homme, il serait avantageux de s'appuyer dans un premier temps sur le droit des droits de l'homme pour cerner les questions à examiner, par exemple la périodicité du contrôle de la légalité d'une détention, l'accès à l'information sur les motifs d'une détention ou l'aide juridique dans le cadre du mécanisme de contrôle. Dans un second temps, il pourrait se livrer à une analyse contextuelle en se servant à la fois du droit international humanitaire et du droit des droits de l'homme, à la lumière des circonstances du cas d'espèce. À condition que l'organe de protection des droits de l'homme expose son analyse avec suffisamment de cohérence et de clarté, les décisions ainsi produites donneraient tant aux États qu'aux forces armées des indications utiles pour de futures actions éventuelles. De toute évidence, il faudrait que les méthodes comme les résultats puissent être concrètement appliqués dans les situations de conflit armé.

2. *Appréciation de la Cour*

a) **Les principes généraux à appliquer**

96. L'article 5 § 1 de la Convention énonce une règle générale aux termes de laquelle « [t]oute personne a droit à la liberté et à la sûreté » et « [n]ul ne peut être privé de sa liberté », sauf dans les cas énumérés aux alinéas a) à f).

97. Il est établi de longue date que, dans les cas où l'on n'envisage pas d'ouvrir des poursuites pénales dans un délai raisonnable, ni l'internement ni la détention préventive ne figurent parmi les motifs de détention permis par l'article 5 § 1 (*Lawless c. Irlande* (n° 3), 1^{er} juillet 1961, pp. 51-53, §§ 13 et 14, série A n° 3, *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, § 196, série A n° 25, *Guzzardi c. Italie*, 6 novembre 1980, § 102, série A n° 39, *Jėčius c. Lituanie*, n° 34578/97, §§ 47-52, CEDH 2000-IX, et *Al-Jedda*, précité, § 100). 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.

98. En outre, l'article 5 § 2 exige que tout détenu soit promptement informé des raisons de son arrestation, et l'article 5 § 4 que tout détenu ait le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin que celui-ci statue à bref délai sur la légalité de sa détention. L'article 15 de la Convention dispose qu'« [e]n cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation » un État contractant peut prendre des mesures dérogeant à certaines de ses obligations prévues par la Convention, dont celles découlant de l'article 5. En l'espèce, le Royaume-Uni n'a pas cherché à déroger, sur la base de l'article 15, à l'une quelconque de ses obligations découlant de l'article 5.

99. La Cour note que c'est la première fois qu'un État défendeur lui demande de juger inapplicables ses obligations découlant de l'article 5 ou, autrement, de les interpréter à la lumière des pouvoirs d'incarcération que lui confère le droit international humanitaire. Elle observe en particulier que, dans l'affaire *Al-Jedda* (précitée), le gouvernement britannique n'avait pas soutenu que l'article 5 fût modifié ou écarté par les pouvoirs d'incarcération prévus par les troisième et quatrième Conventions de Genève mais avait plaidé que le Conseil de sécurité des Nations unies avait donné obligation au Royaume-Uni d'incarcérer le requérant et que, par l'effet de l'article 103 de la Charte des Nations unies, cette obligation primait celles que la Convention mettait à la charge du Royaume-Uni. Selon lui, une obligation d'interner le requérant était née à la fois du texte de la Résolution 1546 du Conseil de sécurité des Nations unies et des lettres annexées à celui-ci et de ce que la résolution avait eu pour effet de maintenir les obligations que le droit international humanitaire, en particulier l'article 43 du règlement de La Haye, faisait peser sur les puissances occupantes (*Al-Jedda*, précité, § 107). La Cour avait quant à elle conclu à l'inexistence de pareille obligation. Elle précise que c'est seulement devant la Commission, dans l'affaire *Chypre c. Turquie* (précitée), qu'a été soulevée une question similaire à celle qui se pose en l'espèce, à savoir celle de la compatibilité avec les obligations tirées de l'article 5 de la Convention de la détention d'une personne ordonnée sur la base de la troisième ou de la quatrième Convention de Genève en l'absence d'une dérogation valable au titre de l'article 15 de la Convention. Dans son rapport, la Commission avait refusé de rechercher si des violations de l'article 5 avaient été commises à l'égard des détenus à qui le statut de prisonnier de guerre avait été reconnu, et elle avait tenu compte du fait que Chypre et la Turquie étaient deux pays parties à la troisième Convention

de Genève (paragraphe 313 du rapport). La Cour n'a encore jamais eu l'occasion de revenir sur l'approche suivie par la Commission et de statuer elle-même sur cette question.

100. La Cour doit prendre comme point de départ pour mener son examen sa pratique constante d'interprétation de la Convention à la lumière des règles énoncées dans la Convention de Vienne du 23 mars 1969 sur le droit des traités (voir l'arrêt *Goldner c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, § 29, série A n° 18, ainsi que de nombreuses affaires ultérieures). L'article 31 de la Convention de Vienne, qui énonce la « règle générale d'interprétation » (paragraphe 34 ci-dessus), dispose en son paragraphe 3 qu'il sera tenu compte, en même temps que du contexte, a) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions; b) de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité et c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.

101. Il n'y a eu entre les Hautes Parties contractantes aucun accord ultérieur sur l'interprétation à donner à l'article 5 en cas de conflit armé international. Cela étant, s'agissant du critère prévu à l'article 31 § 3 b) de la Convention de Vienne (paragraphe 34 ci-dessus), la Cour a déjà dit qu'une pratique constante de la part des Hautes Parties contractantes, postérieure à la ratification par elles de la Convention, peut passer pour établir leur accord non seulement sur l'interprétation à donner au texte de la Convention mais aussi sur telle ou telle modification de celui-ci (voir, *mutatis mutandis*, *Soering*, précité, §§ 102-103, et *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, n° 61498/08, § 120, CEDH 2010). 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. Comme la Cour l'a relevé dans sa décision *Banković et autres*, précitée, § 62, 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 (voir, par exemple, *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, 26 mai 1993, série A n° 258-B, *Aksoy c. Turquie*, 18 décembre 1996, *Recueil* 1996-VI, et *A. et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 3455/05, CEDH 2009; voir aussi les paragraphes 40-41 ci-dessus). Il apparaît en outre que la pratique consistant à ne pas notifier de

dérogation au titre de l'article 15 de la Convention aux fins des détentions ordonnées sur la base des troisième et quatrième Conventions de Genève lors de conflits armés internationaux trouve son pendant dans la pratique des États sur le terrain du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Là aussi, de nombreux États ont interné des personnes en vertu des pouvoirs conférés par les troisième et quatrième Conventions de Genève dans le contexte de conflits armés internationaux postérieurs à la ratification par eux dudit Pacte, mais aucun d'eux n'a, pour ce faire, formulé de dérogation expresse au titre de l'article 4 de cet instrument (paragraphe 42 ci-dessus), même après que la Cour internationale de justice eut rendu les avis consultatifs et arrêts susmentionnés, dans lesquels elle précisait bien que les obligations découlant pour les États des instruments internationaux de protection des droits de l'homme auxquels ils étaient parties continuaient de s'appliquer en cas de conflit armé international (paragraphe 35 et 37 ci-dessus).

102. Quant au critère énoncé à l'article 31 § 3 c) de la Convention de Vienne (paragraphe 34 ci-dessus), la Cour a clairement indiqué à de nombreuses reprises que la Convention doit être interprétée en harmonie avec les autres règles du droit international, dont elle fait partie (paragraphe 77 ci-dessus). Cela vaut tout autant pour le droit international humanitaire. 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. La Cour a déjà dit que l'article 2 de la Convention « doit être interprété dans la mesure du possible à la lumière des principes du droit international, notamment des règles du droit international humanitaire, qui jouent un rôle indispensable et universellement reconnu dans l'atténuation de la sauvagerie et de l'inhumanité des conflits armés » (*Varnava et autres*, précité, § 185) et elle estime qu'il en va de même pour l'article 5. De plus, la Cour internationale de justice a jugé que la protection offerte par les conventions de sauvegarde des droits de l'homme et celle offerte par le droit international humanitaire coexistent en situation de conflit armé (paragraphe 35-37 ci-dessus). Dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire des Activités armées sur le territoire du Congo, la haute juridiction, se référant à son avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, a observé que « [d]ans les rapports entre droit international humanitaire et droits de l'homme, trois situations peuvent dès lors se présenter : certains droits peuvent relever exclusivement

du droit international humanitaire ; d'autres peuvent relever exclusivement des droits de l'homme ; d'autres enfin peuvent relever à la fois de ces deux branches du droit international » (paragraphe 36 et 37 ci-dessus). La Cour doit s'attacher à interpréter et appliquer la Convention d'une manière qui soit compatible avec le cadre du droit international ainsi délimité par la Cour internationale de justice.

103. À la lumière des considérations qui précèdent, la Cour juge bien fondée la thèse du Gouvernement selon laquelle l'absence de dérogation formelle au titre de l'article 15 ne l'empêche pas de tenir compte du contexte et des règles du droit international humanitaire pour interpréter et appliquer l'article 5 en l'espèce.

104. Toutefois, et conformément à la jurisprudence de la Cour internationale de justice, 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 (paragraphe 97 ci-dessus). 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.

105. À l'instar des motifs de détention autorisés déjà énumérés dans ces alinéas, une privation de liberté imposée en vertu des pouvoirs conférés par le droit international humanitaire doit être « régulière » pour qu'il n'y ait pas violation de l'article 5 § 1. Cela signifie qu'elle doit être conforme aux règles du droit international humanitaire et, surtout, au but fondamental de l'article 5 § 1, qui est de protéger l'individu contre l'arbitraire (voir, par exemple, *Kurt c. Turquie*, 25 mai 1998, § 122, *Recueil* 1998-III, et *El-Masri*, précité, § 230 ; voir aussi *Saadi c. Royaume-Uni* [GC], n° 13229/03, §§ 67-74, CEDH 2008, et les affaires qui y sont citées).

106. Pour ce qui est des garanties procédurales, la Cour considère que, dans le cas d'une détention intervenant lors d'un conflit armé international, l'article 5 §§ 2 et 4 doit être interprété d'une manière qui tienne compte

du contexte et des règles du droit international humanitaire applicables. Les articles 43 et 78 de la quatrième Convention de Genève disposent que les internements «seront l'objet d'une révision périodique, si possible semestrielle, par les soins d'un organisme compétent». S'il peut ne pas être réalisable, au cours d'un conflit armé international, de faire examiner la régularité d'une détention par un «tribunal» indépendant au sens généralement requis par l'article 5 § 4 (voir, sur le terrain de cette dernière disposition, *Reinprecht c. Autriche*, n° 67175/01, § 31, CEDH 2005-XII), il faut néanmoins, pour que l'État contractant puisse être réputé avoir satisfait à ses obligations découlant de l'article 5 § 4 dans ce contexte, que l'«organe compétent» offre, en matière d'impartialité et d'équité de la procédure, des garanties suffisantes pour protéger contre l'arbitraire. De plus, la première révision doit intervenir peu après l'incarcération et être ultérieurement suivie de révisions fréquentes, de manière à garantir qu'un détenu qui ne relèverait d'aucune des catégories d'internement possibles en droit international humanitaire soit libéré sans retard injustifié. Le requérant invoque également l'article 5 § 3, mais la Cour considère que cette disposition ne trouve pas à s'appliquer en l'espèce, Tarek Hassan n'ayant pas été détenu dans les conditions prévues au paragraphe 1 c) de l'article 5.

107. Enfin, bien que, pour les raisons exposées ci-dessus, la Cour ne juge pas nécessaire le dépôt d'une dérogation formelle, les dispositions de l'article 5 ne seront interprétées et appliquées à la lumière des règles pertinentes du droit international humanitaire que si l'État défendeur le demande expressément. La Cour n'a pas à présumer qu'un État entend modifier les engagements qu'il a pris en ratifiant la Convention s'il ne l'indique pas clairement.

b) Application des principes susmentionnés aux faits de la cause

108. La Cour observe d'emblée 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 (article 2 commun aux quatre Conventions de Genève, reproduit au paragraphe 33 ci-dessus). 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.

109. La Cour renvoie aux constatations qu'elle a tirées de son analyse de l'ensemble des éléments de preuve à sa disposition (paragraphe 47-57 ci-dessus). Elle a établi en particulier que des soldats britanniques avaient

trouvé Tarek Hassan 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 (paragraphe 51-54 ci-dessus). Elle estime que, dans ces conditions, les autorités britanniques étaient fondées à croire que Tarek Hassan était 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, tous reproduits au paragraphe 33 ci-dessus). Presque aussitôt après son entrée à Camp Bucca, Tarek Hassan 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 (paragraphe 21-24 ci-dessus). La Cour a également estimé, au vu du dossier, qu'il avait été physiquement libéré de ce camp peu après (paragraphe 55-56 ci-dessus).

110. Dans ces conditions, il apparaît que 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. En outre, Tarek Hassan ayant été jugé libérable et ayant été physiquement libéré quelques jours après avoir été conduit au camp, point n'est besoin pour la Cour de rechercher si le processus de filtrage constituait une garantie adéquate contre la détention arbitraire. Enfin, le contexte et les questions posées à Tarek Hassan pendant les deux entretiens de filtrage permettent de considérer qu'il n'a pu ignorer la raison de sa détention.

111. Partant, la Cour conclut qu'il n'y a pas eu violation de l'article 5 §§ 1, 2, 3 ou 4 dans les circonstances de l'espèce.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Déclare* irrecevables, à l'unanimité, les griefs énoncés sur le terrain des articles 2 et 3 de la Convention ;
2. *Dit*, à l'unanimité, qu'à compter de son arrestation et jusqu'à sa sortie de l'autocar dans lequel il avait quitté Camp Bucca, le frère du requérant relevait de la juridiction du Royaume-Uni ;
3. *Déclare* recevables, à l'unanimité, les griefs formulés sur le terrain de l'article 5 §§ 1, 2, 3 et 4 de la Convention ;
4. *Dit*, par treize voix contre quatre, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 5 §§ 1, 2, 3 ou 4 de la Convention.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 16 septembre 2014, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Michael O'Boyle
Greffier adjoint

Dean Spielmann
Président

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé de l'opinion séparée du juge Spano, à laquelle se rallient les juges Nicolaou, Bianku et Kalaydjieva.

D.S.
M.O'B.

OPINION EN PARTIE DISSIDENTE DU JUGE SPANO,
À LAQUELLE SE RALLIENT LES JUGES NICOLAOU,
BIANKU ET KALAYDJIEVA

(Traduction)

I.

1. La présente affaire concerne Tarek Hassan, un Irakien de vingt-deux ans, fervent footballeur, capturé par des soldats britanniques pendant l'invasion de l'Irak, le 23 avril 2003 au matin, alors qu'il se trouvait à son domicile à Umm Qasr, une ville portuaire de la région de Bassorah. Après avoir fait l'objet à Camp Bucca d'un processus de filtrage à l'issue duquel il fut jugé qu'il était un civil ne représentant aucune menace pour la sécurité, il fut détenu pendant plus d'une semaine, à la suite de quoi il fut finalement libéré à Umm Qasr ou à proximité de cette ville le 2 mai 2003 (paragraphe 47 à 58 de l'arrêt).

2. Je partage pleinement les conclusions de la Cour selon lesquelles Tarek Hassan était passé sous la juridiction du Royaume-Uni à partir de sa capture par des soldats britanniques jusqu'à sa sortie de l'autocar dans lequel il avait été conduit de Camp Bucca au point de dépôt (paragraphe 80 de l'arrêt). Cependant, puisqu'il est clair que Tarek Hassan a été privé de sa liberté, la question principale qui se pose en l'espèce est de savoir si son internement par le Royaume-Uni était permis au regard des dispositions de l'article 5 § 1 de la Convention.

3. Le Gouvernement n'a pas soutenu que Tarek Hassan avait été capturé puis incarcéré dans l'optique d'une inculpation. La majorité en conclut fort justement (paragraphe 96-97 de l'arrêt) que sa privation de liberté n'était permise par aucun des motifs autorisant une telle restriction à ses droits fondamentaux, énumérés limitativement aux alinéas a) à f) de l'article 5 § 1 de la Convention. En particulier, la thèse du Gouvernement voulant que cette capture et cette détention fussent permises par l'article 5 § 1 c) ne saurait être retenue, faute pour lui d'avoir plaidé que Tarek Hassan était au moins soupçonné d'être un civil ayant directement participé à des hostilités et ne jouissant donc pas des privilèges attachés à la qualité de combattant, de sorte que son action pouvait être réprimée pénalement en vertu des lois de l'Irak ou du Royaume-Uni en tant que puissance détentrice. De plus, les faits tels qu'appréciés par la Cour (paragraphe 47 à 58 de l'arrêt) ne permettent pas de qualifier ainsi les événements survenus le 23 avril 2003. La thèse – plus limitée – du Gouvernement est donc que Tarek Hassan ne fut capturé et détenu pendant neuf jours à Camp Bucca que parce qu'il

pouvait être un prisonnier de guerre ou un civil représentant une menace pour la sécurité.

4. Sur ce fondement, et pour la première fois dans l'histoire de la Cour, un État partie à la Convention prie la Cour de « juger inapplicables ses obligations découlant de l'article 5 ou, autrement, de les interpréter à la lumière des pouvoirs d'incarcération que lui confère le droit international humanitaire » (paragraphe 99 de l'arrêt). Une majorité de la Cour règle aujourd'hui ce problème par l'énoncé suivant (paragraphe 104 de l'arrêt) :

« (...) 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 [§ 1] 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. »

5. Il est impératif de bien peser la portée et les conséquences de ce passage de l'arrêt, d'une importance considérable.

Premièrement, la majorité conclut qu'il est permis au regard de la Convention, et sans que l'État ait émis de dérogation au titre de l'article 15, d'interner des prisonniers de guerre pendant la durée des hostilités, ainsi que des civils représentant une menace pour la sécurité, tant que les garanties procédurales du droit international humanitaire sont en place. Il est important de comprendre les répercussions, sur le terrain des Conventions de Genève, de cette conclusion tirée par la majorité. L'article 4A de la troisième Convention de Genève énonce les catégories de personnes protégées jouissant du statut de prisonnier de guerre. S'il y a d'emblée un doute quant à savoir si une personne bénéficie des privilèges attachés à la qualité de combattant, l'article 5 § 2 de cette même Convention prévoit que cette question sera tranchée par un « tribunal compétent ». Or, en principe, cela ne vaut que pour la décision initiale sur le statut de prisonnier de guerre, dont la reconnaissance offre à l'intéressé certains privilèges pendant qu'il est interné, et cela exclut la possibilité de considérer ses actes comme criminels et de les réprimer en conséquence. Toutefois, le statut de prisonnier de guerre étant étroitement rattaché à l'existence d'hostilités, la troisième Convention de Genève ne donne au détenu aucun droit au réexamen ultérieur de sa détention à des intervalles fréquents. Par conséquent, et c'est le plus important, une personne catégorisée comme prisonnier de guerre n'a

aucun droit, en vertu des Conventions de Genève, à être libérée tant que les hostilités se poursuivent. Pour ce qui est des civils internés pour des raisons de sécurité, l'article 43 de la quatrième Convention de Genève leur permet de faire reconsidérer une telle mesure dans le plus bref délai par un tribunal ou un collègue administratif adéquat désigné à cette fin par la puissance détentrice. S'il y a maintien de l'internement ou de la mise en résidence forcée, le tribunal ou le collègue administratif « procédera périodiquement, et au moins deux fois l'an, à un examen du cas de cette personne en vue d'amender en sa faveur la décision initiale, si les circonstances le permettent ». Dès lors, aussi longtemps que subsisteront des raisons tenant à la « sécurité de la Puissance [détentrice] » considérées comme « impérieuses » (articles 43 et 78 de la quatrième Convention de Genève), le civil détenu pour ces raisons pourra être indéfiniment maintenu en internement et ne pourra être libéré.

Deuxièmement, comme la majorité le reconnaît fort justement, quoiqu'implicitement, le principe de droit sur lequel repose cette nouvelle interprétation des motifs de détention limitatifs énumérés à l'article 5 § 1 ne peut se limiter aux actes perpétrés sur le territoire d'États non parties à la Convention par un État contractant exerçant sa juridiction, au sens de l'article 1, hors de son territoire. En théorie et en principe, il doit aussi être applicable dans l'espace juridique de la Convention: il en découle concrètement que la décision aujourd'hui rendue doit logiquement avoir pour conséquence que, lorsqu'un État contractant est engagé dans un conflit armé international contre un autre État contractant, la Convention permet aux belligérants d'invoquer leurs pouvoirs d'internement en vertu des troisième et quatrième Conventions de Genève sans avoir à passer par le processus manifestement transparent et ardu consistant à notifier une dérogation à l'article 5 § 1, dont la portée et la régularité sont ensuite attaquables devant les juridictions nationales et, si nécessaire, devant la Cour sur le terrain de l'article 15.

6. En somme, la solution donnée à cette affaire par la majorité constitue, comme je l'expliquerai plus en détail ci-dessous, une tentative de réconciliation de normes de droit international qui sont irréconciliables au vu des faits de la cause. L'arrêt rendu par la Cour n'étant conforme ni au texte, ni à l'objet ni au but de l'article 5 § 1 de la Convention, ainsi que cette disposition a été constamment interprétée par la Cour depuis des décennies, ni au mécanisme structurel de dérogation en temps de guerre prévu par l'article 15, je dois respectueusement me dissocier du constat opéré par la majorité de non-violation du droit fondamental de Tarek Hassan à la liberté.

II.

7. L'article 5 § 1 de la Convention consacre l'un des droits les plus fondamentaux de l'homme, à savoir la protection de l'individu contre les atteintes arbitraires de l'État à son droit à la liberté. Comme la Grande Chambre de la Cour l'a récemment confirmé dans son arrêt *Al-Jedda c. Royaume-Uni* [GC], n° 27021/08, § 99, CEDH 2011, « [l]e libellé de cette disposition précise bien que la garantie qu'elle renferme s'applique à « toute personne ». Les alinéas a) à f) de l'article 5 § 1 énumèrent limitativement les motifs autorisant la privation de liberté (*Al-Jedda*, loc. cit.). Pareille privation n'est pas conforme à l'article 5 § 1 si elle ne relève pas de l'un de ces motifs ou si elle n'est pas prévue par une dérogation faite conformément à l'article 15 de la Convention, qui permet à un État contractant « [e]n cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation » de prendre des mesures dérogatoires à ses obligations découlant de l'article 5 « dans la stricte mesure où la situation l'exige » (voir, entre autres, *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, § 194, série A n° 25, et *A. et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 3455/05, §§ 162 et 163, CEDH 2009). De plus, et comme la majorité le reconnaît fort justement au paragraphe 97 de l'arrêt, « [i]l est établi de longue date que, dans les cas où l'on n'envisage pas d'ouvrir des poursuites pénales dans un délai raisonnable, ni l'internement ni la détention préventive ne figurent parmi les motifs de détention permis par l'article 5 § 1 » (*Al-Jedda*, précité, § 100).

8. La Convention s'applique aussi bien en période de paix qu'en période de guerre. C'est là tout l'objet du mécanisme de dérogation prévu par l'article 15 de la Convention. Il n'y aurait eu aucune raison de créer cette institution si, lorsque la guerre fait rage, les garanties fondamentales de la Convention deviennent automatiquement muettes ou sont substantiellement écartées en offrant aux États contractants des motifs supplémentaires non écrits leur permettant de limiter les droits fondamentaux sur la seule base d'autres normes applicables de droit international. Rien dans le libellé de cette disposition, compte tenu de son but, n'exclut son application lorsque l'État contractant est engagé dans un conflit armé, que ce soit dans l'espace juridique de la Convention ou sur le territoire d'un État non partie à celle-ci. La portée extraterritoriale de la Convention en vertu de l'article 1 doit forcément aller de pair avec le champ d'application de l'article 15 (*Banković et autres c. Belgique et autres* (déc.) [GC], n° 52207/99, § 62, CEDH 2001-XII).

9. Il s'ensuit que, si le Royaume-Uni avait estimé vraisemblable que, au cours de l'invasion de l'Irak, la « situation (...) exig[ea]it » de détenir des prisonniers de guerre ou des civils représentant une menace pour la

sécurité sur la base des troisième et quatrième Conventions de Genève, une dérogation au titre de l'article 15 était la seule voie de droit ouverte à lui pour appliquer les règles en matière d'internement prévues par le droit international humanitaire sans enfreindre l'article 5 § 1 de la Convention. Rappelons qu'une dérogation au titre de l'article 15 ne passera pour régulière au regard du premier paragraphe de cette disposition que si les mesures prises par l'État contractant ne sont pas « en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international ». Lorsqu'elles apprécient la régularité d'une déclaration faite par un État contractant dans le cadre d'un conflit armé international, les juridictions nationales, et si nécessaire la Cour, doivent donc examiner si ces mesures sont conformes aux obligations que le droit international humanitaire fait peser sur l'État en question.

III.

10. La conclusion de la majorité selon laquelle « les motifs de privation de liberté autorisés définis aux alinéas a) à f) de [l'article 5 § 1] 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 prévues par les troisième et quatrième Conventions de Genève » repose principalement sur une application de l'article 31 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, dont la Cour conclut ceci :

Premièrement, la pratique des États indique que ces derniers ne dérogent pas à leurs obligations découlant de l'article 5 lorsqu'ils incarcèrent des personnes sur la base des troisième et quatrième Conventions de Genève en période de conflit armé international (paragraphe 101 de l'arrêt).

Deuxièmement, la Convention doit être interprétée en harmonie avec les autres règles du droit international, dont elle fait partie. 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. L'absence de dérogation formelle au titre de l'article 15 n'empêche donc pas la Cour de tenir compte du contexte et des règles du droit international humanitaire pour interpréter et appliquer l'article 5 en l'espèce (paragraphe 102-103 de l'arrêt).

Troisièmement, 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 des garanties offertes par le droit international humanitaire, les motifs de privation de liberté autorisés exposés aux alinéas a) à f) de l'article 5 § 1 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 (paragraphe 104 de l'arrêt).

Je vais examiner chacun de ces arguments l'un après l'autre.

IV.

11. Le raisonnement fondé sur la pratique des États est faussé pour trois raisons.

12. Premièrement, cette pratique repose sur un postulat fondamental, invoqué par le Gouvernement en l'espèce (paragraphe 86 de l'arrêt), qui porte sur l'étendue de la portée extraterritoriale de la Convention. Ce postulat est le suivant : l'article 5 ne s'applique pas aux situations de conflit armé international pour la simple raison que la juridiction au sens de l'article 1 de la Convention n'est pas extraterritoriale au sens où elle serait applicable dans de telles situations.

Dans son arrêt *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 55721/07, § 137, CEDH 2011, la Cour a confirmé, en des termes clairs et non équivoques, ce qu'elle avait dit auparavant dans les affaires *Öcalan c. Turquie* [GC], n° 46221/99, CEDH 2005-IV, *Issa et autres c. Turquie*, n° 31821/96, 16 novembre 2004, *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni* (déc.), n° 61498/08, 30 juin 2009, et *Medvedyev et autres c. France* [GC], n° 3394/03, CEDH 2010, à savoir que les obligations tirées de la Convention demeurent « dès l'instant où l'État, par le biais de ses agents, exerce son contrôle et son autorité sur un individu ». Elle n'a établi aucune distinction entre les situations en période de paix ou de conflit interne ou international. De plus, elle a expressément dit (*Al-Skeini*, précité, § 142) qu'un État contractant qui, par le biais de ses forces armées, occupe le territoire d'un autre doit en principe être tenu pour responsable au regard de la Convention des violations des droits de l'homme qui y sont perpétrées car, sinon, les habitants de ce territoire seraient privés des droits et libertés dont ils jouissaient jusque-là et il y aurait une « solution de continuité » dans la protection de ces droits et libertés au sein de l'« espace juridique de la Convention ». Cependant, elle a expressément souligné que « s'il est important d'établir la juridiction de l'État occupant dans ce type de cas, cela ne veut pas dire, *a contrario*, que la juridiction au sens de l'article 1 ne puisse jamais exister hors du territoire des États membres du Conseil de l'Europe ». Elle a ajouté qu'elle n'avait « jamais appliqué semblable restriction dans sa jurisprudence », évoquant parmi d'autres exemples les affaires précitées *Öcalan*, *Issa*, *Al-Saadoon et Mufdhi*, et *Medvedyev*.

De plus, il ne sert à rien aux États membres de s'appuyer sur la décision de Grande Chambre *Banković et autres* précitée, du moins lorsque la juridiction extraterritoriale en période de conflit armé international se fonde

sur l'autorité et le contrôle d'agents de l'État sous la forme de l'arrestation et de la détention d'une personne, comme en l'espèce, où le contexte factuel diffère matériellement de celui auquel la Cour était confrontée dans l'affaire *Banković et autres* précitée. À cet égard, je rappellerais que le Royaume-Uni lui-même, avec d'autres États, avait expressément soutenu dans l'affaire *Banković et autres* (décision précitée, § 37) que l'arrestation et la détention des requérants hors du territoire de l'État défendeur, telles que décrites dans les décisions de recevabilité rendues dans les affaires précitées *Issa et autres c. Turquie* ((déc.), n° 31821/96, 30 mai 2000) et *Öcalan c. Turquie* ((déc.), n° 46221/99, 14 décembre 2000), constituaient, selon ces États, un « exercice classique, par des forces militaires opérant sur un sol étranger, de pareille autorité juridique ou compétence sur les personnes ». Telle est exactement la situation en l'espèce, situation qui, comme le Royaume-Uni l'avait plaidé devant la Cour deux ans seulement avant le début de la guerre en Irak, relevait clairement de sa juridiction extraterritoriale au sens de l'article 1 de la Convention.

13. Deuxièmement, la règle de la pratique ultérieure énoncée à l'article 31 § 3 b) de la Convention de Vienne a jusqu'à présent été appliquée par la Cour dans plusieurs affaires d'importance essentielle pour la protection des droits de l'homme, qui concernaient l'abolition de la peine de mort (*Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, §§ 102-103, série A n° 161, et *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, n° 61498/08, § 120, CEDH 2010), le caractère obligatoire des mesures provisoires et la validité des réserves émises par les États. Outre ces applications expresses, l'article 31 § 3 b) se manifeste aussi dans la qualification d'« instrument vivant » donnée par la Cour à la Convention (Magdalena Forowicz, *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2010, p. 38). Cependant, pour des raisons évidentes, la Cour a appliqué avec une certaine prudence la règle de la pratique ultérieure, l'article 31 § 3 b) de la Convention de Vienne ne devant être entendu que comme visant la seule pratique ultérieure commune à toutes les parties et comme exigeant de celle-ci qu'elle soit cohérente, commune et concordante. Une pratique ultérieure des États parties qui ne satisfèrait pas à ces critères ne peut constituer qu'un moyen supplémentaire d'interprétation d'un traité (Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa 18^e session, Genève, 4 mai au 19 juillet 1966, *Annuaire de la Commission du droit international* 1966, vol. II, p. 222). Au vu de ces éléments, on peut se demander si la pratique des États évoquée par la majorité en l'espèce peut passer pour conforme, en substance, aux critères découlant de la règle de la pratique ultérieure énoncée à l'article 31 § 3 b) de la Convention de Vienne, telle qu'elle s'est développée en droit international.

Par ailleurs, et c'est ce qui est plus important à mes yeux, lorsqu'il faut rechercher si une pratique des États satisfait au critère découlant de l'article 31 § 3 b) et modifie donc de façon plausible le texte de la Convention (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.

14. Troisièmement, lorsqu'elle invoque la pratique des États concernant l'absence de dérogation au titre de l'article 15 pour les détentions relevant des troisième et quatrième Conventions de Genève en période de conflit armé international, la Cour s'appuie également sur la pratique des États consistant à ne pas formuler de dérogation en vertu de l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (« le Pacte ») pour ce type de mesure. Or en tirer argument est clairement déplacé à mes yeux car il faut faire une distinction fondamentale entre le libellé et la portée de l'article 5 § 1 de la Convention, d'une part, et des articles 9 du Pacte et de la Déclaration universelle des droits de l'homme, d'autre part. La première disposition est limitative, en ce qu'elle énonce les motifs de détention permis, mais pas les secondes, en ce qu'elles se contentent de formuler une interdiction générale des formes de détention arbitraires. La Baronne Hale of Richmond a exprimé ce point de vue de manière très claire et éloquente dans son opinion devant la Chambre des lords en l'affaire *Al-Jedda (R. (on the application of Al-Jedda) (FC) (Appellant) v. Secretary of State for Defence (Respondent))* (citée au paragraphe 39 de l'arrêt de la Cour), disant ceci (§ 122) :

« (...) Il ne fait aucun doute qu'une détention prolongée entre les mains de militaires n'est pas conforme aux lois du Royaume-Uni. Elle ne pourrait au demeurant être licite sans une dérogation à nos obligations résultant de la Convention européenne des droits de l'homme. L'article 5 § 1 de la Convention prévoit qu'une privation de liberté n'est autorisée que dans des cas bien précis, parmi lesquels ne figure pas le cas d'espèce. Les rédacteurs de la Convention avaient le choix entre une interdiction générale des détentions « arbitraires », s'inspirant de celle énoncée à l'article 9 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, et une énumération des motifs de détention permis. Ils optèrent délibérément pour la seconde solution. Ils connaissaient parfaitement la conception de [Winston] Churchill selon laquelle l'internement même d'ennemis étrangers en temps de guerre était « odieux au plus haut point » (...) »

15. Au vu de ce qui précède, les arguments tirés de la pratique des États, dont la majorité fait grand cas, ne sauraient permettre à mes yeux de fonder sa décision en l'espèce.

V.

16. Pour ce qui est du deuxième argument exposé par la majorité, il est tout à fait vrai que la Convention doit être interprétée en harmonie avec les autres règles du droit international, dont elle fait partie. Cependant, la doctrine de l'interprétation de la Convention en conformité avec les autres règles de droit international a ses limites, comme toute autre méthode d'interprétation juridique reposant sur l'harmonisation. L'article 5 § 1 est libellé de manière limitative, pour ce qui est des motifs permis de privation de liberté, et la Cour a toujours dit, sans exception jusqu'aujourd'hui, que ces motifs sont d'interprétation stricte. Il n'y a tout simplement aucune possibilité d'«accorder» – pour reprendre les mots de la majorité (paragraphe 104 de l'arrêt) – les pouvoirs d'internement prévus par le droit international humanitaire avec l'article 5 § 1, que ce soit sur le terrain de cette disposition ou de manière inhérente ou parallèle à celle-ci. C'est la raison d'être même de l'article 15, qui donne expressément aux États la faculté, en cas de guerre ou d'autre danger public menaçant la vie de la nation, de déroger à l'article 5 ou à certaines autres dispositions. Le soutien apporté par la majorité à une interprétation contraire de l'article 5 rend l'article 15 effectivement caduc dans l'économie de la Convention pour ce qui est du droit fondamental à la liberté en période de guerre.

17. Par ailleurs, la majorité conclut que 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». Dès lors, l'absence de dérogation formelle au titre de l'article 15 «n'empêche pas [la Cour] de tenir compte du contexte et des règles du droit international humanitaire pour interpréter et appliquer l'article 5 en l'espèce» (paragraphe 103 de l'arrêt). À l'appui de ce raisonnement, la majorité, au paragraphe 102 de l'arrêt, cite les observations faites au paragraphe 185 de l'arrêt *Varnava et autres c. Turquie* ([GC], n^{os} 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 et 16073/90, où la Cour a dit que l'article 2 de la Convention «doit être interprété dans la mesure du possible à la lumière des principes du droit international, notamment des règles du droit international humanitaire, qui jouent un rôle indispensable et universellement reconnu dans l'atténuation de la sauvagerie et de l'inhumanité des conflits armés». De plus, elle évoque la «coexistence en période de conflit armé des garanties offertes par le droit international humanitaire et de celles offertes par la Convention» (paragraphe 104 de l'arrêt).

Le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire diffèrent à bien des égards, du point de vue tant de la

méthodologie que de la structure, de sorte que le juge apprécie par des méthodes distinctes les droits individuels. Comme l'a fait observer le Centre des droits de l'homme de l'université d'Essex, tiers intervenant en l'espèce, il est donc clair que «le droit international humanitaire n'a pas du tout la même cohérence interne que les droits de l'homme» (paragraphe 92 de l'arrêt). J'estime donc que les différences fondamentales entre, d'une part, le système de protection prévu par la Convention et, d'autre part, le droit international humanitaire sont une raison particulièrement convaincante d'écarter l'assimilation automatique de ces branches distinctes du droit international, du moins lorsque la disposition en cause de la Convention ne se prête pas juridiquement à une telle méthode.

Je note également que les observations ci-dessus tirées de l'arrêt *Varnava et autres*, invoquées par la majorité, doivent être interprétées à l'aune de ces éléments. Voilà pourquoi, dans cet arrêt, la Grande Chambre a expressément dit «dans la mesure du possible» à titre de réserve lorsqu'elle a évoqué la nécessité d'interpréter la Convention à la lumière du droit international humanitaire. De plus, et ce n'est pas moins important, l'arrêt *Varnava et autres* concernait l'interprétation de l'article 2 sur le terrain de l'obligation positive pour l'État de protéger la vie en vertu de cette disposition dans une «zone de conflit international» (paragraphe 185 de l'arrêt). Il est évident que le volet positif de l'article 2 est suffisamment souple pour tenir compte des règles pertinentes du droit international humanitaire de manière à rendre plus robuste et cohérent le régime de protection prévu par la Convention. Pour des raisons évidentes, la présente affaire, sur le terrain de l'article 5 § 1, n'a pas du tout le même objet.

Pour ce qui est de la mention par la majorité de la «coexistence en période de conflit armé des garanties offertes par le droit international humanitaire et de celles offertes par la Convention», il suffit d'observer que parmi les premières ne figurent pas les garanties découlant des motifs permis de privation de liberté énoncés de manière limitative et restrictive par l'article 5 § 1. Au contraire, l'internement à titre préventif et à durée indéterminée en période de guerre est tout à fait incompatible avec la nature même des motifs énoncés aux alinéas a) à f), une opinion qu'a bien mieux exprimée que moi la baronne Hale of Richmond dans son opinion précitée en l'affaire *Al-Jedda* devant la Chambre des lords.

VI.

18. Enfin, pour ce qui est du troisième argument exposé dans l'arrêt de la Cour, la majorité dit 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»

(paragraphe 104 de l'arrêt). Ainsi ne donne-t-elle pas suite, fort justement, à l'invitation du Gouvernement de ne pas juger applicable l'article 5 de la Convention. Or elle ajoute ensuite que «[d]u 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 [§ 1] 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» (*ibidem*).

Cette méthode consistant à «accorder» les droits de la Convention est une nouveauté dans la jurisprudence de la Cour. Sa portée est ambiguë et son contenu tout à fait incertain, du moins en tant que méthode légitime d'interprétation d'un texte juridique. Quelle que soit la teneur de cette prétendue méthode, rappelons qu'il n'y a tout simplement aucune possibilité d'«accorder» les pouvoirs d'internement prévus par le droit international humanitaire avec l'article 5 § 1, que ce soit sur le terrain de cette disposition ou de manière inhérente ou parallèle à celle-ci (paragraphe 16 ci-dessus). De plus, l'option de la non-application étant écartée puisqu'il n'y a eu aucune dérogation à la Convention, cette nouvelle méthode de l'«accord» ne saurait être appliquée d'une manière qui aurait concrètement les mêmes effets juridiques que la non-application. Or en concluant, comme elle le fait, que les motifs de privation de liberté autorisés exposés à l'article 5 § 1 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 majorité ne fait fondamentalement rien d'autre au regard des faits de la cause. Concrètement, elle juge inapplicables ou écarte les garanties fondamentales qui découlent des motifs de détention permis par la Convention, limitatifs et d'interprétation stricte, en créant de manière prétorienne un nouveau motif non écrit de privation de liberté et, par là même, en incorporant des normes tirées d'une autre branche, distincte, du droit international en contradiction directe avec ce que dit la Convention. Quoi que veuille dire «s'accorder», ce ne peut être cela!

VII.

19. En conclusion, au regard des faits de la cause, les pouvoirs d'internement prévus par les troisième et quatrième Conventions de Genève, invoqués par le Gouvernement comme motifs permettant la capture et la détention de Tarek Hassan, sont en conflit direct avec l'article 5 § 1 de la Convention. La Cour ne dispose d'aucun instrument légitime, en tant que tribunal, de remédier à ce conflit de normes. Elle doit donc donner priorité

à la Convention, son rôle se bornant en vertu de l'article 19 à «assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes de la (...) Convention et de ses Protocoles». En cherchant à réconcilier l'irréconciliable, j'estime très respectueusement que la conclusion tirée aujourd'hui par la majorité n'est pas le fruit d'une bonne appréciation de l'étendue et de la teneur du droit fondamental à la liberté consacré dans la Convention, tels qu'ils découlent de sa finalité et de sa genèse, à savoir les atrocités commises au cours des conflits armés internationaux de la Seconde Guerre mondiale.

TARAKHEL c. SUISSE
(*Requête n° 29217/12*)

GRANDE CHAMBRE¹

ARRÊT DU 4 NOVEMBRE 2014

1. Arrêt rendu par la Grande Chambre à la suite du dessaisissement d'une chambre en vertu de l'article 30 de la Convention. Extraits.

SOMMAIRE¹**Menace d'expulsion d'une famille afghane demandeuse d'asile vers l'Italie en vertu du règlement Dublin II**

L'exigence de « protection spéciale » pour les demandeurs d'asile est d'autant plus importante lorsque les personnes concernées sont des enfants, eu égard à leurs besoins particuliers et à leur extrême vulnérabilité. Cela vaut même lorsque les enfants demandeurs d'asile sont accompagnés de leurs parents. Par conséquent, il appartient aux autorités du pays qui envisage le renvoi en vertu du règlement Dublin II de s'assurer qu'à leur arrivée dans le pays requis ils seront accueillis dans des structures et dans des conditions adaptées à l'âge des enfants, et que l'unité de la cellule familiale sera préservée, faute de quoi le renvoi risque d'être contraire à l'article 3 de la Convention (paragraphe 119 et 120 de l'arrêt).

Article 3

Expulsion – Menace d'expulsion d'une famille afghane demandeuse d'asile vers l'Italie en vertu du règlement Dublin II – Défaillances du système d'accueil des demandeurs d'asile – Capacités insuffisantes d'hébergement des structures d'accueil – Promiscuité, voire insalubrité ou violence – Absence d'assurance d'une prise en charge adaptée à l'âge des enfants et préservant l'unité familiale

*

* *

En fait

Les requérants sont les époux et leurs six enfants mineurs, ressortissants afghans résidant en Suisse. Le couple et ses cinq premiers enfants débarquèrent sur les côtes italiennes en juillet 2011 et furent immédiatement soumis à la procédure d'identification EURODAC, prise de photos et d'empreintes digitales. Puis les requérants se rendirent en Autriche et, ultérieurement, en Suisse, où ils demandèrent l'asile. Mais leur demande fut rejetée au motif que, en vertu du règlement Dublin II, les autorités italiennes devaient être saisies de la demande d'asile. Les autorités suisses ordonnèrent donc leur renvoi en Italie. Les recours des requérants contre cette mesure furent rejetés. Dans leur requête devant la Cour européenne, les requérants estiment que leur renvoi de la Suisse vers l'Italie serait contraire à leurs droits découlant de l'article 3 de la Convention.

1. Rédigé par le greffe, il ne lie pas la Cour.

En droit

Article 3: dans le cas d'espèce, la Cour doit rechercher si, au vu de la situation générale du dispositif d'accueil des demandeurs d'asile en Italie et de la situation particulière des requérants, il existe des motifs sérieux et avérés de croire qu'en cas de renvoi vers l'Italie les requérants risqueraient de subir des traitements contraires à l'article 3. La Cour estime devoir suivre une approche similaire à celle qu'elle avait adoptée dans l'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce* ([GC], n° 30696/09, CEDH 2011) dans lequel elle avait examiné la situation individuelle du requérant à la lumière de la situation générale existant en Grèce à l'époque des faits.

a) *Concernant la situation générale du système d'accueil des demandeurs d'asile en Italie* – Dans sa décision dans l'affaire *Mohammed Hussein et autres c. Pays-Bas et Italie* ((déc.), n° 27725/10, 2 avril 2013), la Cour a relevé que les recommandations du Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés (HCR) et le rapport du Commissaire aux droits de l'homme, publiés en 2012, faisaient état d'un certain nombre de défaillances relatives notamment aux lenteurs de la procédure d'identification, aux capacités réduites des structures d'accueil et aux conditions de vie qui régneraient dans les structures disponibles.

b) *Concernant les capacités d'hébergement des structures d'accueil pour demandeurs d'asile* – Le nombre de places serait nettement inférieur aux besoins. Ainsi sans entrer dans le débat sur l'exactitude des données chiffrées disponibles, la Cour constate la disproportion flagrante entre le nombre de demandes d'asile présentées les six premiers mois de l'année 2013 (14 184) et le nombre de places disponibles dans les structures d'accueil du réseau d'accueil des réfugiés SPRAR (9 630 places).

c) *Concernant les conditions de vie dans les structures disponibles* – Tout en relevant une certaine dégradation des conditions d'accueil ainsi qu'un problème de surpopulation dans les centres d'accueil pour demandeurs d'asile (CARA), le HCR ne fait pas état de situations généralisées de violence ou d'insalubrité, saluant même les efforts accomplis par les autorités italiennes afin d'améliorer la qualité de l'accueil des demandeurs d'asile. Quant au Commissaire aux droits de l'homme, dans son rapport 2012, il relève lui-aussi l'existence de certains problèmes dans « certains centres d'accueil ». Enfin, lors de l'audience devant la Cour européenne, le gouvernement italien a, d'une part, confirmé que des épisodes de violence étaient survenus au CARA peu avant l'arrivée des requérants et, d'autre part, nié que les familles de demandeurs d'asile fussent systématiquement séparées, si ce n'est dans quelques cas et pendant des périodes très brèves, notamment pendant les procédures d'identification.

Ainsi la situation actuelle de l'Italie ne saurait aucunement être comparée à la situation de la Grèce à l'époque de l'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, précité, où la Cour avait relevé en particulier que les centres d'accueil disposaient de moins de 1 000 places, face à des dizaines de milliers de demandeurs d'asile, et que les condi-

tions de dénuement le plus total décrites par le requérant étaient un phénomène de grande échelle.

Si donc la structure et la situation générale du dispositif d'accueil en Italie ne sauraient constituer en soi un obstacle à tout renvoi de demandeurs d'asile vers ce pays, les données et informations exposées ci-dessus font toutefois naître de sérieux doutes quant aux capacités actuelles du système. Il en résulte que l'on ne saurait écarter comme dénuée de fondement l'hypothèse d'un nombre significatif de demandeurs d'asile privés d'hébergement ou hébergés dans des structures surpeuplées dans des conditions de promiscuité, voire d'insalubrité ou de violence.

d) *S'agissant de la situation individuelle des requérants* – De même que la situation générale des demandeurs d'asile en Italie n'est pas comparable à celle des demandeurs d'asile en Grèce, telle qu'elle a été analysée dans l'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, la situation particulière des requérants dans la présente affaire est différente de celle du requérant dans cette même affaire : alors que les premiers ont été immédiatement pris en charge par les autorités italiennes, le second avait été d'abord placé en détention et ensuite abandonné à son sort, sans aucun moyen de subsistance.

En l'espèce, compte tenu de la situation actuelle du système d'accueil en Italie, l'hypothèse qu'un nombre significatif de demandeurs d'asile renvoyés vers ce pays soient privés d'hébergement ou hébergés dans des structures surpeuplées dans des conditions de promiscuité, voire d'insalubrité ou de violence, n'est pas dénuée de fondement. Il appartient dès lors aux autorités suisses de s'assurer, auprès de leurs homologues italiennes, qu'à leur arrivée en Italie les requérants seront accueillis dans des structures et dans des conditions adaptées à l'âge des enfants, et que l'unité de la cellule familiale sera préservée.

Selon le gouvernement italien, les familles avec enfants sont considérées comme une catégorie particulièrement vulnérable et sont normalement prises en charge au sein du réseau SPRAR. Ce système leur garantirait l'hébergement, la nourriture, l'assistance sanitaire, des cours d'italien, l'orientation vers les services sociaux, des conseils juridiques, des cours de formation professionnelle, des stages d'apprentissage et une aide dans la recherche d'un logement autonome. Cela étant, dans ses observations écrites et orales, le gouvernement italien n'a pas fourni plus de précisions sur les conditions spécifiques de prise en charge des requérants.

Il est vrai qu'à l'audience du 12 février 2014 le gouvernement suisse a indiqué que l'Office fédéral des migrations avait été informé par les autorités italiennes qu'en cas de renvoi vers l'Italie les requérants seraient hébergés dans l'une des structures financées par le Fonds européen pour les réfugiés. Toutefois, en l'absence d'informations détaillées et fiables quant à la structure précise de destination, aux conditions matérielles d'hébergement et à la préservation de l'unité familiale, les autorités suisses ne disposent pas d'éléments suffisants pour être assurées qu'en cas de renvoi vers l'Italie les requérants seraient pris en charge d'une manière adaptée à l'âge des enfants.

Il s'ensuit que, si les requérants devaient être renvoyés en Italie sans que les autorités suisses aient au préalable obtenu des autorités italiennes une garantie individuelle

concernant, d'une part, une prise en charge adaptée à l'âge des enfants et, d'autre part, la préservation de l'unité familiale, il y aurait violation de l'article 3 de la Convention.

Conclusion: l'expulsion emporterait violation (quatorze voix contre trois).

Article 41: le constat que l'expulsion emporterait violation constitue en soi une satisfaction suffisante au titre du préjudice moral.

Jurisprudence citée par la Cour

Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande [GC], n° 45036/98, CEDH 2005-VI

Budina c. Russie (déc.), n° 45603/05, 18 juin 2009

Chapman c. Royaume-Uni [GC], n° 27238/95, CEDH 2001-I

H.L.R. c. France, 29 avril 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-III

Jabari c. Turquie, n° 40035/98, CEDH 2000-VIII

Kudła c. Pologne [GC], n° 30210/96, CEDH 2000-XI

M.S.S. c. Belgique et Grèce [GC], n° 30696/09, CEDH 2011

Michaud c. France, n° 12323/11, CEDH 2012

Mohammed Hussein et autres c. Pays-Bas et Italie (déc.), n° 27725/10, 2 avril 2013

Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique, n° 13178/03, CEDH 2006-XI

Müslim c. Turquie, n° 53566/99, 26 avril 2005

Popov c. France, n°s 39472/07 et 39474/07, 19 janvier 2012

Saadi c. Italie [GC], n° 37201/06, CEDH 2008

Salah Sheekh c. Pays-Bas, n° 1948/04, 11 janvier 2007

Soering c. Royaume-Uni, 7 juillet 1989, série A n° 161

Vilvarajah et autres c. Royaume Uni, 30 octobre 1991, série A n° 215

En l'affaire Tarakhel c. Suisse,

La Cour européenne des droits de l'homme, siégeant en une Grande Chambre composée de :

Dean Spielmann, *président*,

Josep Casadevall,

Guido Raimondi,

Mark Villiger,

Isabelle Berro,

András Sajó,

Ledi Bianku,

Nona Tsotsoria,

Işıl Karakaş,

Nebojša Vučinić,

Julia Laffranque,

Linos-Alexandre Sicilianos,

Helen Keller,

André Potocki,

Paul Lemmens,

Helena Jäderblom,

Paul Mahoney, *juges*,

et de Lawrence Early, *jurisconsulte*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 12 février et 10 septembre 2014,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date :

PROCÉDURE

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 29217/12) dirigée contre la Confédération suisse et dont huit ressortissants afghans (collectivement, « les requérants »), M. Golajan Tarakhel (« le premier requérant »), né en 1971, son épouse, M^{me} Maryam Habibi (« la deuxième requérante »), née en 1981, et leurs six enfants mineurs, Arezoo, née en 1999, Mohammad, né en 2001, Nazanin, née en 2003, Shiba, née en 2005, Zeynab, née en 2008, et Amir Hassan, né en 2012, tous demeurant à Lausanne, ont saisi la Cour, le 10 mai 2012, en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Les requérants ont été représentés par le Service d'aide juridique aux exilés (SAJE), pour le compte duquel agit M^{me} C. Bregnard Ecoffey. Le gouvernement suisse (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent,

M. F. Schürmann, chef de l'Unité protection internationale des droits de l'homme de l'Office fédéral de la justice.

3. Invoquant les articles 3 et 8 de la Convention, les requérants allèguent essentiellement que leur renvoi en Italie les exposerait à un traitement inhumain et dégradant en raison du risque qu'ils se retrouvent sans hébergement ou soient hébergés dans des conditions inhumaines et dégradantes. Ce risque découlerait de l'absence de garanties de prise en charge individuelle face aux défaillances systémiques dont pâtirait le dispositif d'accueil des demandeurs d'asile en Italie.

Sur le terrain des articles 13 et 3 de la Convention, les requérants soutiennent en outre que les autorités suisses n'ont pas examiné avec suffisamment d'attention leur situation personnelle et qu'elles n'ont pas tenu compte de leur situation familiale.

4. Le 25 juin 2012, la requête a été communiquée au Gouvernement.

5. Le 24 septembre 2013, la chambre à laquelle avait été attribuée la requête, composée de Guido Raimondi, Danutė Jočienė, Peer Lorenzen, András Sajó, Işıl Karakaş, Nebojša Vučinić et Helen Keller, ainsi que de Stanley Naismith, greffier de section, s'est dessaisie de l'affaire en faveur de la Grande Chambre, aucune des parties, consultées à cet effet, ne s'y étant opposée (article 30 de la Convention et article 72 du règlement). La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément aux articles 26 §§ 4 et 5 de la Convention et 24 du règlement. Aux dernières délibérations, Paul Lemmens et Nona Tsotsoria, juges suppléants, ont remplacé Ineta Ziemele et Peer Lorenzen, empêchés (article 24 § 3 du règlement).

6. Les requérants ainsi que le Gouvernement ont déposé des observations écrites sur la recevabilité et le fond de la requête (article 59 § 1 du règlement). En outre, des observations ont été soumises par les gouvernements italien, néerlandais, suédois, norvégien et britannique, ainsi que par l'organisation *Defence for Children*, le Centre de conseil sur les droits de l'individu en Europe (AIRE Centre), le Conseil européen sur les réfugiés et les exilés (CERE) et Amnesty International, que le président de la Cour avait autorisés à intervenir dans la procédure écrite (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 3 du règlement). Le gouvernement italien a également été invité à participer à la procédure orale.

7. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 12 février 2014 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

MM. F. Schürmann, chef de l'Unité protection internationale
des droits de l'homme, Office fédéral de la justice,

- département fédéral de la justice et de la police, *agent,*
 B. Dubey, chef suppléant de l'Unité droit européen
 et coordination Schengen/Dublin,
 Office fédéral de la justice, département fédéral
 de la justice et de la police,
 M^{me} D. Steiger Leuba, collaboratrice scientifique,
 Unité protection internationale des droits de l'homme,
 Office fédéral de la justice, département fédéral
 de la justice et de la police,
 M. J. Horni, chef suppléant de division, division Dublin,
 Office fédéral des migrations, département fédéral
 de la justice et de la police,
 M^{me} V. Hofer, agent de liaison « Dublin » auprès du ministère
 de l'Intérieur italien, Office fédéral des migrations,
 département fédéral de la justice et de la police, *conseils.*
- *pour les requérants*
 M^{mes} C. Bregnard Ecoffey, responsable du SAJE, *juriste,*
 K. Povlakic, *conseiller.*
- *pour le gouvernement italien (tierce partie)*
 M^{me} P. Accardo,
 M. G. Mauro Pellegrini, *coagents.*

La Cour a entendu M. Schürmann et M. Horni, ainsi que M^{me} Bregnard Ecoffey, M^{me} Povlakic et M^{me} Accardo en leurs déclarations et en leurs réponses aux questions posées par les juges.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

8. Les faits de la cause peuvent se résumer comme suit.

9. À une date indéterminée, le premier requérant quitta l'Afghanistan pour le Pakistan. Il y rencontra la deuxième requérante, qu'il épousa. Tous deux partirent alors pour l'Iran, où ils vécurent pendant quinze ans.

10. À une date indéterminée, le couple et ses enfants quittèrent l'Iran pour la Turquie, d'où ils se rendirent en Italie par bateau. D'après les constats de la police italienne et les fiches signalétiques qui se trouvent joints aux observations du gouvernement italien, les requérants (le couple et ses cinq premiers enfants) débarquèrent sur les côtes de Calabre le 16 juillet 2011 et furent immédiatement soumis à la procédure d'identification EURODAC

(prise de photos et d'empreintes digitales) après avoir fourni de fausses identités. Le jour même, le couple et les cinq premiers enfants furent placés dans une structure d'accueil mise à disposition par la commune de Stignano (province de Reggio de Calabre), où ils demeurèrent jusqu'au 26 juillet 2011, date à laquelle ils furent transférés au centre d'accueil pour demandeurs d'asile (*Centro di Accoglienza per Richiedenti Asilo*, «CARA») de Bari, dans la région des Pouilles, une fois établie leur véritable identité.

11. Selon les requérants, les conditions d'hébergement dans ce centre étaient mauvaises, en raison notamment de l'absence d'installations sanitaires appropriées, de la promiscuité et du climat de violence qui aurait régné parmi les occupants.

12. Le 28 juillet 2011, les requérants quittèrent le CARA de Bari, sans autorisation. Ensuite, ils se rendirent en Autriche, où le 30 juillet 2011 ils furent à nouveau enregistrés dans le système EURODAC. Ils y déposèrent une demande d'asile, qui fut rejetée. Le 1^{er} août 2011, l'Autriche adressa une demande de prise en charge des requérants aux autorités italiennes, qui l'acceptèrent formellement, le 17 août 2011. À une date indéterminée, les requérants se rendirent en Suisse. Le 14 novembre 2011, les services autrichiens informèrent leurs homologues italiens de l'annulation du transfert à cause de la disparition des requérants.

13. Le 3 novembre 2011, les requérants demandèrent l'asile en Suisse.

14. Le 15 novembre 2011, le premier requérant et la deuxième requérante furent entendus par l'Office fédéral des migrations (ci-après, «l'ODM»), auquel ils déclarèrent que les conditions de vie en Italie étaient difficiles et que le premier requérant serait dans l'impossibilité de trouver un emploi dans ce pays.

15. Le 22 novembre 2011, l'ODM demanda aux autorités italiennes de prendre en charge les requérants. Dans leurs observations respectives, le gouvernement suisse et le gouvernement italien s'accordent à considérer que cette demande fut tacitement acceptée par l'Italie.

16. Par une décision du 24 janvier 2012, l'ODM rejeta la demande d'asile des requérants et ordonna leur renvoi en Italie. L'autorité administrative considéra que «les conditions de vie difficiles en Italie [n'étaient] pas un motif d'inexigibilité de l'exécution du renvoi», qu'«il appart[enait] donc à l'Italie de soutenir les requérants» et qu'«il n'[était] pas du ressort des autorités suisses de se substituer à l'Italie». Elle déduisit de ces considérations qu'«aucun élément concret susceptible de mettre en danger la vie des requérants en cas de retour en Italie ne ressort[ait] du dossier».

17. Par un acte du 2 février 2012, les requérants saisirent le Tribunal administratif fédéral. À l'appui de leur recours, ils alléguèrent que les conditions d'accueil des demandeurs d'asile en Italie violaient l'article 3 de la

Convention et que les autorités fédérales n'avaient pas examiné ce grief avec suffisamment d'attention.

18. Par un arrêt du 9 février 2012, le Tribunal administratif fédéral rejeta le recours, confirmant intégralement la décision de l'ODM. La juridiction considéra que « même si le dispositif d'accueil et d'assistance sociale souffr[ait] de carences et que les requérants d'asile ne [pouvaient] pas toujours être pris en charge par les autorités ou les institutions caritatives privées », aucun élément du dossier ne permettait « d'écarter la présomption selon laquelle l'Italie respect[ait] ses obligations tirées du droit international public ». S'agissant plus particulièrement du comportement des requérants, elle estima « qu'en décidant de gagner la Suisse, ils [n'avaient] pas donné aux autorités italiennes l'occasion d'assumer leurs obligations eu égard à leur situation ».

19. Le 13 mars 2012, les requérants prièrent l'ODM de rouvrir la procédure et de leur octroyer l'asile en Suisse. Ils considéraient que leur situation individuelle n'avait pas fait l'objet d'un examen approfondi. Cette demande fut transmise par l'ODM au Tribunal administratif fédéral, qui la requalifia en une « demande de révision » de l'arrêt du 9 février 2012 et la rejeta le 21 mars 2012, au motif que les requérants n'avaient invoqué aucun moyen nouveau qu'ils n'auraient pu invoquer pendant la procédure ordinaire. Les requérants avaient essentiellement appuyé leur demande sur un récit plus circonstancié de leur séjour en Italie et sur le fait que leurs enfants étaient désormais scolarisés en Suisse.

20. Par une lettre du 10 mai 2012, parvenue au greffe le 15 mai, les requérants saisirent la Cour et lui demandèrent, à titre de mesure provisoire, de prier le gouvernement suisse de suspendre leur expulsion vers l'Italie pour la durée de la procédure.

21. Par une télécopie du 18 mai 2012, le greffe indiqua à l'agent du gouvernement suisse que le juge faisant fonction de président de la section à laquelle l'affaire avait été attribuée avait décidé de demander au gouvernement suisse, en application de l'article 39 du règlement de la Cour, de ne pas expulser les requérants vers l'Italie pour la durée de la procédure devant la Cour.

(...)

III. LE DROIT PERTINENT DE L'UNION EUROPÉENNE

(...)

35. Le règlement Dublin II a récemment été remplacé par le règlement n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 (le « règlement Dublin III »), qui est destiné à accroître l'efficacité du système « Dublin » et à renforcer les garanties juridiques des personnes soumises à

la procédure « Dublin ». Il vise notamment à assurer le maintien de l'unité familiale et prête une attention particulière aux besoins des mineurs non accompagnés et des autres personnes nécessitant une protection spéciale. (...)

Article 6

Garanties en faveur des mineurs

« 1. L'intérêt supérieur de l'enfant est une considération primordiale pour les États membres dans toutes les procédures prévues par le présent règlement.

(...)

3. Lorsqu'ils évaluent l'intérêt supérieur de l'enfant, les États membres coopèrent étroitement entre eux et tiennent dûment compte, en particulier, des facteurs suivants :

- a) les possibilités de regroupement familial ;
- b) le bien-être et le développement social du mineur ;
- c) les considérations tenant à la sûreté et à la sécurité, en particulier lorsque le mineur est susceptible d'être une victime de la traite des êtres humains ;
- d) l'avis du mineur, en fonction de son âge et de sa maturité. »

(...)

EN DROIT

(...)

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 3 DE LA CONVENTION

A. Thèses des parties

1. *Les requérants*

57. Les requérants soutiennent que le dispositif d'accueil des demandeurs d'asile en Italie souffre de défaillances systémiques qui selon eux tiennent, d'une part, à des difficultés d'accès aux structures d'accueil liées aux lenteurs de la procédure d'identification ; d'autre part, à une capacité d'hébergement de ces structures de toute manière insuffisante ; et, enfin, aux conditions de vie inadéquates régnant dans les structures disponibles. À l'appui de leur thèse, les requérants invoquent les constats établis par les organisations suivantes : Organisation suisse d'aide aux réfugiés (OSAR), « Italie : conditions d'accueil, Situation actuelle des requérant-e-s d'asile et des bénéficiaires d'une protection, en particulier celles et ceux de retour en Italie dans le cadre de Dublin », Berne, octobre 2013 (le « rapport OSAR ») ;

Maria Bethke et Dominik Bender, Pro Asyl, *Zur Situation von Flüchtlingen in Italien*, 28 février 2011, www.proasyl.de (le « rapport Proasyl »); Jesuit Refugee Service-Europe (JRS), « Dublin II info country sheets. Country: Italy », novembre 2011 (le « rapport JRS »); Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés, « UNHCR Recommendations on important aspects of refugee protection in Italy », juillet 2012 (les « recommandations 2012 du HCR »); Rapport publié le 18 septembre 2012 par le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Nils Muižnieks, à la suite de sa visite en Italie du 3 au 6 juillet 2012 (le « rapport 2012 du Commissaire aux droits de l'homme »); Réseau européen de coopération technique sur l'application du règlement Dublin II, « Dublin II Regulation National Report on Italy », 19 décembre 2012 (le « rapport 2012 du Réseau européen Dublin II »).

a) Les lenteurs de la procédure d'identification

58. Les requérants soutiennent que le droit des demandeurs d'asile à être hébergés dans les CARA ou dans les structures du réseau SPRAR (*Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati*) « ne prend effet qu'à partir » de l'enregistrement formel de leur demande d'asile par la police (*verbalizzazione*). Or, selon eux, dans la pratique, entre le moment où les personnes concernées se signalent auprès du service de l'immigration de la préfecture de police compétente et le moment de l'enregistrement, il se passe parfois plusieurs semaines, voire plusieurs mois, pendant lesquels ces personnes restent sans abri. De l'avis des requérants, ce constat a été dressé formellement par le tribunal administratif de Francfort dans un jugement du 9 juillet 2013 (...) reposant sur des informations soumises par l'OSAR et l'organisation *borderline-europe*. Il existerait donc des défaillances tenant à la mise en œuvre de la procédure administrative prévue par la loi. Les requérants reconnaissent toutefois que la situation est quelque peu différente en ce qui concerne les demandeurs d'asile renvoyés vers l'Italie dans le cadre du règlement Dublin, qui devraient théoriquement avoir un accès immédiat non seulement aux CARA et aux structures appartenant au SPRAR mais également aux structures mises à disposition par les communes ainsi qu'à celles mises en place dans le cadre des projets financés par le Fonds européen pour les réfugiés (FER) pour 2008-2013.

b) Les capacités d'hébergement des structures d'accueil

59. Les requérants reconnaissent que les structures financées par le FER sont destinées aux personnes transférées dans le cadre du règlement Dublin, mais considèrent que le nombre de places disponibles est insuffisant par rapport au nombre de personnes transférées. Citant le rapport OSAR, ils

soutiennent ainsi qu'en 2012 il n'y avait que 220 places disponibles au total pour 3 551 personnes transférées, dont 2 981 depuis la Suisse.

60. Quant aux disponibilités dans les CARA et les structures appartenant au SPRAR, les requérants soutiennent qu'elles sont difficilement accessibles aux personnes qui font l'objet d'un renvoi « Dublin ».

61. Pour ce qui est des structures du réseau SPRAR, les requérants avancent, toujours en citant le rapport OSAR, que seulement 5 % des personnes qui y étaient logées en 2012 étaient des personnes transférées dans le cadre du règlement Dublin et que, sur ces 5 % de personnes logées, 6,5 % seulement avaient été transférées depuis la Suisse, alors que les transferts depuis la Suisse représentaient 85 % du total des transferts « Dublin » vers l'Italie. Les requérants en concluent que de nombreuses personnes renvoyées selon la procédure « Dublin » se retrouvent sans solution de logement. Ils ajoutent que, selon l'OSAR, dans de nombreux cas les membres de familles transférées en Italie ont été logés séparément.

62. Les requérants fournissent également des données relatives à l'hébergement des demandeurs d'asile en général, qu'ils aient fait ou non l'objet d'une procédure de renvoi « Dublin ». À ce propos, ils soutiennent que le nombre de demandes d'asile en Italie était de 34 115 en 2011 et de 15 715 en 2012, avec des chiffres en hausse pour 2013. Selon le rapport OSAR, le nombre de réfugiés vivant en Italie en 2012 atteignait 64 000. Or, toujours selon le rapport OSAR, en 2012 il n'y avait que 8 000 places dans les CARA, avec des listes d'attente si longues que pour la majorité des postulants il n'existait aucune perspective réaliste d'accès.

63. Concernant les structures du SPRAR, le rapport OSAR indiquerait que le nombre de places s'élevait à 4 800 et que 5 000 personnes étaient inscrites sur liste d'attente. Le même rapport relèverait que, d'après deux autres organisations, Caritas et JRS, seulement 6 % des personnes admises dans les structures du SPRAR, où l'accueil serait par ailleurs limité à une durée de six mois, parviennent à trouver un emploi et à s'intégrer professionnellement dans la société italienne.

64. Quant aux centres d'hébergement communaux, accessibles non seulement aux demandeurs d'asile mais aussi à toute personne démunie, le nombre de places y serait également nettement inférieur aux besoins. Selon le rapport OSAR, la ville de Rome compterait 1 300 places, avec une liste d'attente de 1 000 personnes, et le délai moyen d'attribution y serait de trois mois. À Milan, il n'y aurait que 400 places et les familles seraient systématiquement séparées. Les requérants ajoutent que, si un certain nombre de communes mettent à disposition des logements sociaux pour les familles, elles le font en nombre nettement insuffisant et avec des délais d'attente de l'ordre de dix ans. Par ailleurs, les requérants soulignent que les solutions

d'hébergement proposées par les institutions religieuses et les ONG ne permettent pas non plus de faire face au nombre de demandes. Enfin, le marché libre du logement serait inaccessible aux demandeurs d'asile car la situation économique de l'Italie, avec un taux de chômage en augmentation, ne leur permettrait pas de trouver un emploi.

65. En conclusion, les requérants soutiennent que, en raison de la pénurie de places disponibles dans les différents types de structures d'accueil, un grand nombre de demandeurs d'asile, y compris des familles avec enfants en bas âge, sont contraints de vivre dans des squats insalubres, d'autres logements de fortune ou tout simplement dans la rue. À titre d'exemple, selon le rapport OSAR, dans la ville de Rome il y aurait 1 200 à 1 700 personnes logées dans des conditions précaires et, dans toute l'Italie, 2 300 à 2 800 personnes dormant dans la rue.

c) Les conditions d'hébergement dans les structures disponibles

66. Les requérants allèguent que l'accueil, notamment dans les CARA, se fait en violation des dispositions de la [directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres] (« directive Accueil »). Ils se réfèrent à un constat de l'organisation *borderline-europe* selon lequel, dans les CARA de Trapani (Sicile), on a logé dans un espace de 15 m² cinq à six personnes, qui ont dû dormir sur des matelas posés à même le sol. Ces centres connaîtraient également des problèmes liés aux conditions sanitaires et à la promiscuité. La promiscuité serait même un problème récurrent au sein des CARA et aurait des conséquences particulièrement néfastes sur les enfants, notamment lorsque l'unité du groupe familial n'est pas respectée, ce qui serait systématique par exemple à Milan. Dans le CARA de Mineo (Sicile), les personnes hébergées ne recevraient pas de subsides, les conditions sanitaires seraient précaires, l'accès aux soins insuffisant et les activités criminelles de même que la prostitution florissantes.

67. Dans leurs observations, les requérants se réfèrent notamment aux recommandations 2012 du [Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés] (HCR) et au rapport 2012 du Commissaire aux droits de l'homme. Ils attachent en outre beaucoup d'importance au fait que le tribunal administratif de Francfort, dans son jugement du 9 juillet 2013 (...), a considéré que le risque d'être confronté à des mauvais traitements en cas de renvoi en Italie, faute de conditions d'accueil conformes aux directives européennes, concernait 50 % des demandeurs d'asile.

68. Enfin, les requérants soutiennent que le gouvernement suisse n'a produit aucun document attestant d'une recherche de solution concrète pour leur prise en charge. Selon eux, aucune demande de garanties minimales ne

semble avoir été faite auprès des autorités italiennes, qui n'auraient donné aucune assurance que les requérants seraient hébergés dans des conditions décentes et ne seraient pas séparés. Ils estiment par ailleurs que les conditions de vie au CARA de Bari, où ils ont passé deux jours lors de leur séjour en Italie, étaient inacceptables, en raison notamment de la situation de promiscuité qui y régnait et des violences que cela engendrait.

2. Le Gouvernement

a) Les lenteurs de la procédure d'identification

69. Le Gouvernement ne se prononce pas sur les difficultés évoquées par les requérants quant aux lenteurs de la procédure d'identification.

b) Les capacités d'hébergement des structures d'accueil

70. En ce qui concerne les capacités d'hébergement des structures d'accueil, le Gouvernement soutient qu'il y a 235 places réservées aux demandeurs d'asile faisant l'objet d'un renvoi « Dublin » dans les structures financées par le FER. Par ailleurs, il avance que la capacité du réseau SPRAR sera portée à 16 000 places pendant la période 2014-2016. Il se réfère essentiellement aux recommandations 2012 du HCR et au rapport 2012 du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, ainsi qu'aux constatations de la Cour dans la décision *Mohammed Hussein, [et autres c. Pays-Bas et Italie]* (déc.), n° 27725/10, 2 avril 2013], et à celles de même teneur qui l'ont suivie (*Daytbegova et Magomedova c. Autriche* (déc.), n° 6198/12, 4 juin 2013, *Abubeker c. Autriche et Italie* (déc.), n° 73874/11, 18 juin 2013, *Halimi c. Autriche et Italie* (déc.), n° 53852/11, 18 juin 2013, *Miruts Hagos c. Pays-Bas et Italie* (déc.), n° 9053/10, 27 août 2013, *Mohammed Hassan et autres c. Pays-Bas et Italie* (déc.), nos 40524/10, 11746/13, 18764/11, 20355/12, 23696/12, 41993/10, 57531/10, 62865/12, 7903/13 et 81839/12, 27 août 2013, *Hussein Diirshi et autres c. Pays-Bas et Italie* (déc.), nos 2314/10, 18324/10, 47851/10 et 51377/10, 10 septembre 2013).

c) Les conditions d'hébergement dans les structures disponibles

71. En ce qui concerne les conditions de vie dans les structures disponibles, le Gouvernement, se référant là encore aux recommandations 2012 du HCR et au rapport 2012 du Commissaire aux droits de l'homme, considère qu'on ne saurait conclure à l'existence en Italie d'une pratique avérée de violation systématique de la directive Accueil. Il ajoute qu'il n'a pas connaissance d'États « Dublin » qui renonceraient de manière générale à des renvois vers l'Italie et que ni le HCR ni le Commissaire aux droits de l'homme n'ont souhaité intervenir dans la présente procédure, alors qu'ils

l'avaient fait dans l'affaire *M.S.S [c. Belgique et Grèce [GC], n° 30696/09, CEDH 2011]*.

72. Pour ce qui est du cas précis des requérants, il indique que, le 22 novembre 2011, l'ODM avait soumis une requête aux autorités italiennes aux fins de la prise en charge des requérants, conformément à l'article 17 du règlement Dublin. Aucune réponse explicite n'aurait été donnée à cette requête dans le délai de deux mois prévu à l'article 18 § 1 du règlement Dublin, ce qui selon le Gouvernement valait acceptation implicite et était d'usage à l'époque entre la Suisse et l'Italie.

73. La pratique aurait changé et l'Italie répondrait désormais expressément aux demandes de prise en charge émanant de la Suisse.

74. En général, un transfert dans le cadre d'une procédure « Dublin » serait une mesure préparée longtemps à l'avance et non destinée à faire face à une situation d'urgence, de sorte qu'il serait possible de tenir compte de la situation des personnes présentant un besoin de protection particulier, comme les familles avec enfants en bas âge, avant leur arrivée sur le territoire italien. La collaboration avec les autorités italiennes dans ce domaine fonctionnerait bien, grâce notamment à la présence d'un agent de liaison suisse au sein de l'unité Dublin du ministère de l'Intérieur italien. Depuis le début de l'année 2013, les autorités italiennes auraient adopté une nouvelle pratique consistant à indiquer, en même temps que leur décision d'accepter de prendre en charge le demandeur d'asile, l'aéroport ainsi que la structure d'accueil de destination.

75. En tout état de cause, à l'audience du 12 février 2014 le Gouvernement a déclaré avoir été informé par les autorités italiennes qu'en cas de renvoi vers l'Italie les requérants seraient hébergés dans un centre de Bologne faisant partie des structures financées par le FER. Il n'a pas donné plus de précisions quant aux modalités de transfert et aux conditions matérielles d'accueil prévues par les autorités italiennes.

3. *Observations des gouvernements italien, néerlandais, suédois, norvégien et britannique, ainsi que des organisations Defence for Children, AIRE Centre, CERE et Amnesty International, tiers intervenants*

a) Les lenteurs de la procédure d'identification

76. D'après les observations présentées par le gouvernement italien, l'article 20 du décret législatif du 28 janvier 2008 (n° 25/2008) prévoit que les demandeurs de protection internationale peuvent être hébergés dans des CARA pendant la durée nécessaire à leur identification, c'est-à-dire avant l'enregistrement de leur demande d'asile, pour une période maximale de vingt jours, et pendant la durée nécessaire à l'examen de leur demande

d'asile par la commission territoriale, pour une période maximale de trentecinq jours. En cas d'acceptation de leur demande, ils auraient accès au SPRAR. Cela étant, selon l'article 6 du décret législatif du 30 mai 2005 (n° 140/2005), en cas de manque avéré de disponibilités dans les structures du SPRAR, les demandeurs d'asile à même de démontrer qu'ils sont dépourvus de moyens de subsistance auraient le droit de rester dans les CARA. Le gouvernement italien ne fournit toutefois pas d'informations sur d'éventuels cas où des demandeurs d'asile auraient été obligés de patienter plusieurs semaines, voire plusieurs mois, avant d'avoir accès aux CARA, avant ou après identification. Il indique en revanche que la durée moyenne de l'examen d'une demande d'asile était de soixante-douze jours en 2012 et de quatre-vingt-douze jours en 2013. Ces délais seraient justifiés par le fait que, l'audition de chaque demandeur d'asile par la commission territoriale devant durer au minimum une heure, chacune des dix commissions territoriales serait dans l'incapacité matérielle de traiter plus de dix demandes par jour. Une loi entrée en vigueur le 4 septembre 2013 (n° 97/2013) aurait permis la création d'un certain nombre de sections supplémentaires au sein des commissions territoriales, dans le but d'accélérer l'examen des demandes d'asile.

77. Les autres tiers intervenants ne se prononcent pas davantage que le gouvernement suisse sur l'aspect pratique de cette question.

b) Les capacités d'hébergement des structures d'accueil

78. Dans ses observations, le gouvernement italien explique que, par un décret du 17 septembre 2013, le ministère de l'Intérieur a décidé de doubler la capacité totale du réseau SPRAR, pour atteindre 16 000 places à la fin de la période 2014-2016. Le réseau compterait actuellement 9 630 places, dont 1 230 places déjà créées à la suite de l'adoption de ce décret. Par ailleurs, une circulaire du 7 octobre 2013 aurait invité les préfets de la région Sicile à localiser des structures d'hébergement supplémentaires pour l'accueil des réfugiés, notamment en ayant recours au secteur privé. À ce jour, une quarantaine de ces structures auraient été identifiées, pour un total de 1 834 places. Six autres structures seraient prêtes à être activées en cas d'augmentation de l'afflux de réfugiés. Par ailleurs, selon le gouvernement italien, les demandes d'asile présentées au cours des six premiers mois de l'année 2013 s'élevaient à 14 184 (au 15 juin 2013). Enfin, lors de l'audience du 12 février 2014, la représentante du gouvernement italien a qualifié de « situation dramatique » l'afflux de demandeurs d'asile enregistré au cours des deux dernières années.

79. Les gouvernements néerlandais, suédois, norvégien et britannique rejoignent en substance la position du gouvernement suisse. Comme lui, ils

soutiennent que, contrairement à ce qu'il a fait pour la Grèce, le HCR n'a pas appelé à cesser les transferts de certains groupes vulnérables vers l'Italie.

80. Le gouvernement suédois indique que l'Italie et le Bureau européen d'appui pour l'asile (EASO) ont signé le 4 juin 2013 un plan spécial de soutien (*Special Support Plan*) destiné à améliorer l'accueil des demandeurs d'asile. Par ailleurs, les renvois «Dublin» vers l'Italie feraient l'objet d'un échange d'informations systématique entre les autorités des deux pays, particulièrement approfondi dans le cas de personnes vulnérables, notamment d'enfants non accompagnés.

81. Le gouvernement britannique soutient que les rapports auxquels se réfèrent les requérants dans leur évaluation de la situation sur le terrain, en particulier le rapport Pro Asyl, omettent souvent de faire la différence entre «demandeurs d'asile», «réfugiés reconnus» et «demandeurs d'asile déboutés». Or, cette distinction serait capitale dès lors que la directive Accueil ne s'appliquerait qu'aux demandeurs d'asile, dont le statut serait par essence temporaire, alors que la directive Qualification ([directive du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts]), qui s'appliquerait aux réfugiés, mettrait ces derniers sur un pied d'égalité avec les nationaux en matière d'accès à l'emploi, à l'éducation ou encore à la protection sociale. Les données contenues dans ces rapports seraient dès lors faussées; à titre d'exemple, le gouvernement britannique avance que le rapport OSAR critique les conditions de vie dans la structure de Tor Marancia, à Rome, tout en reconnaissant qu'elle accueille des hommes afghans ayant le statut de réfugié.

82. L'organisation *Defence for Children* se rallie au constat des requérants selon lequel les capacités d'hébergement des demandeurs d'asile en Italie sont nettement insuffisantes, et soutient que les conséquences sont particulièrement graves pour les enfants, dont certains seraient contraints de vivre dans des squats ou autres logements insalubres. L'ONG se réfère aux informations publiées dans le rapport OSAR.

c) Les conditions d'hébergement dans les structures disponibles

83. À l'instar des requérants, l'organisation *Defence for Children*, citant le rapport OSAR, soutient que plusieurs familles renvoyées en Italie dans le cadre du règlement Dublin ont été séparées à leur arrivée dans les structures d'accueil, notamment des CARA. Cette pratique serait même systématique dans la ville de Milan. Dans ses observations, *Defence for Children* met l'accent sur la notion d'«intérêt supérieur de l'enfant», telle que définie

par la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, et considère que dans les affaires de renvoi « Dublin » le développement social et émotionnel de l'enfant devrait être déterminant dans l'examen de son « intérêt supérieur ». L'ONG se réfère en particulier à l'article 6 du règlement Dublin III, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2014 (paragraphe 35 ci-dessus).

84. *Defence for Children* renvoie en particulier à l'importance que le Comité des droits de l'enfant des Nations unies attacherait à la préservation de l'environnement familial, et se réfère à la jurisprudence de la Cour en matière de détention d'enfants, notamment migrants, pour ce qui concerne les conditions d'hébergement. En conclusion, l'ONG demande à la Cour d'interdire les renvois d'enfants vers l'Italie, en raison de la précarité des conditions d'hébergement des demandeurs d'asile dans ce pays.

85. Se référant eux aussi à la notion d'« intérêt supérieur de l'enfant », le AIRE Centre, le CERE et Amnesty International considèrent que les enfants ne devraient être transférés vers d'autres États membres de l'Union européenne que si pareille mesure correspond à leur intérêt supérieur.

86. De son côté, lors de l'audience du 12 février 2014 le gouvernement italien a, d'une part, confirmé que des épisodes de violence étaient survenus au CARA de Bari peu avant l'arrivée des requérants et, d'autre part, nié que des familles de demandeurs d'asile fussent systématiquement séparées, si ce n'est dans quelques cas et pendant des périodes très brèves, lors des premiers jours de prise en charge et d'identification. Dans ses observations, il avance par ailleurs que les demandeurs d'asile appartenant à une catégorie que les autorités italiennes considèrent comme vulnérable – ce qui serait le cas des requérants, en tant que famille avec enfants – sont pris en charge au sein du système SPRAR, qui leur garantirait l'hébergement, la nourriture, l'assistance sanitaire, des cours d'italien, l'orientation vers les services sociaux, les conseils juridiques, des cours de formation professionnelle, des stages d'apprentissage et l'assistance pour la recherche d'un logement autonome.

B. Appréciation de la Cour

87. À titre liminaire, la Cour relève que, d'après le gouvernement suisse, en cas de renvoi vers l'Italie, les requérants seraient hébergés à Bologne, dans une structure appartenant au réseau financé par le FER (paragraphe 75 ci-dessus). À supposer même que cette circonstance soulève une question sous l'angle de l'article 37 § 1 b) ou c) de la Convention, la Cour considère qu'il y a lieu de l'inclure dans son examen sur le fond de la requête (paragraphe 121 ci-dessous).

1. Sur la responsabilité de la Suisse au regard de la Convention

88. La Cour note que, dans la présente affaire, la responsabilité de la Suisse au regard de l'article 3 de la Convention n'est pas contestée.

Toutefois, la Cour juge utile de rappeler que, dans l'affaire *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande* ([GC], n° 45036/98, § 152, CEDH 2005-VI) (ci-après, « *Bosphorus* »), elle a conclu que la Convention n'interdit pas aux Parties contractantes de transférer des pouvoirs souverains à une organisation internationale à des fins de coopération dans certains domaines d'activité. Les États demeurent néanmoins responsables au regard de la Convention de tous les actes et omissions de leurs organes qui découlent du droit interne ou de la nécessité d'observer les obligations juridiques internationales (*ibidem*, § 153). Une mesure de l'État prise en exécution de pareilles obligations juridiques doit être réputée justifiée dès lors qu'il est constant que l'organisation en question accorde aux droits fondamentaux une protection à tout le moins équivalente à celle assurée par la Convention. Toutefois, un État demeure entièrement responsable au regard de la Convention de tous les actes ne relevant pas strictement de ses obligations juridiques internationales, notamment lorsqu'il a exercé un pouvoir d'appréciation (*ibidem*, §§ 155-157; voir également *Michaud c. France*, n° 12323/11, §§ 102-104, CEDH 2012).

Il est vrai que, contrairement à l'Irlande dans l'affaire *Bosphorus*, la Suisse n'est pas un État membre de l'Union européenne. Cependant, en vertu de l'accord d'association du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne, la Suisse est liée par le règlement Dublin (...) et participe au système mis en place par cet instrument.

89. Or, la Cour relève que l'article 3 § 2 du règlement Dublin prévoit que, par dérogation à la règle générale inscrite à l'article 3 § 1, chaque État membre peut examiner une demande d'asile qui lui est présentée par un ressortissant d'un pays tiers, même si cet examen ne lui incombe pas en vertu des critères fixés dans le règlement. Il s'agit de la clause dite de « souveraineté » (...) Dans ce cas, cet État devient l'État membre responsable, au sens du règlement, de l'examen de la demande d'asile et assume les obligations qui sont liées à cette responsabilité (*M.S.S. c. Belgique et Grèce*, précité, § 339). Par l'effet de l'accord d'association, ce mécanisme s'applique aussi à la Suisse.

90. La Cour en déduit que les autorités suisses peuvent, en vertu du règlement Dublin, s'abstenir de transférer les requérants vers l'Italie si elles considèrent que ce pays ne remplit pas ses obligations au regard de la Convention. En conséquence, elle estime que la décision de renvoyer les requérants vers l'Italie ne relève pas strictement des obligations juridiques

internationales qui lient la Suisse dans le cadre du système mis en place par le règlement Dublin et que, dès lors, la présomption de protection équivalente ne trouve pas à s'appliquer en l'espèce (voir, *mutatis mutandis*, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, précité, § 340).

91. Dès lors, dans la présente affaire, la Suisse doit être considérée comme responsable au regard de l'article 3 de la Convention.

(...)

3. Sur le fond

a) Rappel des principes généraux

93. La Cour rappelle que, selon sa jurisprudence constante, l'expulsion d'un demandeur d'asile par un État contractant peut soulever un problème au regard de l'article 3, donc engager la responsabilité de l'État en cause au titre de la Convention, lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé courra, dans le pays de destination, un risque réel d'être soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. Dans ce cas, l'article 3 implique l'obligation de ne pas expulser la personne en question vers ce pays (*Saadi c. Italie* [GC], n° 37201/06, § 152, CEDH 2008, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, précité, § 365, *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, §§ 90-91, série A n° 161, *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, 30 octobre 1991, § 103, série A n° 215, *H.L.R. c. France*, 29 avril 1997, § 34, *Recueil [des arrêts et décisions] 1997-III*, *Jabari c. Turquie*, n° 40035/98, § 38, CEDH 2000-VIII, *Salah Sheekh c. Pays-Bas*, n° 1948/04, § 135, 11 janvier 2007).

94. La Cour a dit à de nombreuses reprises que, pour tomber sous le coup de l'interdiction contenue à l'article 3, le traitement doit présenter un minimum de gravité. L'appréciation de ce minimum est relative; elle dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques et mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime (voir, notamment, *Kudla c. Pologne* [GC], n° 30210/96, § 91, CEDH 2000-XI, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, précité, § 219).

95. La Cour a également considéré que l'article 3 ne saurait être interprété comme obligeant les Hautes Parties contractantes à garantir un droit au logement à toute personne relevant de leur juridiction (*Chapman c. Royaume-Uni* [GC], n° 27238/95, § 99, CEDH 2001-I). Il ne saurait non plus être tiré de l'article 3 un devoir général de fournir aux réfugiés une assistance financière pour que ceux-ci puissent maintenir un certain niveau de vie (*Muslim c. Turquie*, n° 53566/99, § 85, 26 avril 2005, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, précité, § 249).

96. Dans l'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce* (§ 250), la Cour a cependant estimé que la question à trancher en l'espèce ne se posait pas en ces termes. À la différence de la situation dans l'affaire *Muslim* (précitée, §§ 83-84), l'obligation de fournir un logement et des conditions matérielles décentes aux demandeurs d'asile démunis faisait partie du droit positif et pesait sur les autorités grecques en vertu des termes mêmes de la législation nationale qui transposait le droit de l'Union européenne, à savoir la directive Accueil. Ce que le requérant reprochait aux autorités grecques dans cette affaire, c'était l'impossibilité dans laquelle il s'était trouvé, de par leur action ou leurs omissions délibérées, de jouir en pratique de ces droits afin de pourvoir à ses besoins essentiels.

97. Dans ce même arrêt (§ 251), la Cour a accordé un poids important au statut du requérant, qui était demandeur d'asile et appartenait de ce fait à un groupe de la population particulièrement défavorisé et vulnérable, ayant besoin d'une protection spéciale, et a noté que ce besoin d'une protection spéciale faisait l'objet d'un large consensus à l'échelle internationale et européenne, comme cela ressortait de la Convention de Genève, du mandat et des activités du HCR ainsi que des normes figurant dans la directive Accueil de l'Union européenne.

98. Toujours dans l'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce* (§§ 252-253), devant déterminer si une situation de dénuement matériel extrême pouvait soulever un problème sous l'angle de l'article 3, la Cour a rappelé qu'elle n'avait pas exclu « la possibilité que la responsabilité de l'État [fût] engagée [sous l'angle de l'article 3] par un traitement dans le cadre duquel un requérant totalement dépendant de l'aide publique serait confronté à l'indifférence des autorités alors qu'il se trouverait dans une situation de privation ou de manque à ce point grave qu'elle serait incompatible avec la dignité humaine » (*Budina c. Russie* (déc.), n° 45603/05, 18 juin 2009).

99. Concernant plus particulièrement les mineurs, la Cour a établi qu'il convenait de garder à l'esprit que la situation d'extrême vulnérabilité de l'enfant était déterminante et prédominait sur la qualité d'étranger en séjour illégal (*Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, n° 13178/03, § 55, CEDH 2006-XI, *Popov c. France*, n°s 39472/07 et 39474/07, § 91, 19 janvier 2012). En effet, les enfants ont des besoins spécifiques dus notamment à leur âge et à leur dépendance mais aussi à leur statut de demandeur d'asile. La Cour a rappelé d'ailleurs que la Convention relative aux droits de l'enfant incite les États à prendre les mesures appropriées pour qu'un enfant qui cherche à obtenir le statut de réfugié bénéficie de la protection et de l'assistance humanitaire, qu'il soit seul ou accompagné de ses parents (voir dans ce sens *Popov*, précité, § 91).

b) Application de ces principes au cas d'espèce

100. Les requérants estiment en substance qu'en cas de renvoi vers l'Italie, « sans garantie individuelle de prise en charge », ils seraient victimes d'un traitement inhumain et dégradant lié à l'existence de « défaillances systémiques » dans le dispositif d'accueil des demandeurs d'asile.

101. Pour examiner ce grief, la Cour estime devoir suivre une approche similaire à celle qu'elle avait adoptée dans l'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, précité, où elle avait examiné la situation individuelle du requérant à la lumière de la situation générale existant en Grèce à l'époque des faits.

102. Elle rappelle tout d'abord sa jurisprudence constante selon laquelle l'expulsion d'un demandeur d'asile par un État contractant peut soulever un problème au regard de l'article 3 lorsqu'il y a des « motifs sérieux et avérés de croire » que l'intéressé courra, dans le pays de destination, un « risque réel » d'être soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants (paragraphe 93 ci-dessus).

103. Il ressort également de l'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce* que la présomption selon laquelle un État participant au système « Dublin » respecte les droits fondamentaux prévus par la Convention n'est pas irréfutable. Pour sa part, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé que la présomption selon laquelle un État « Dublin » respecte ses obligations découlant de l'article 4 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne était renversée en cas de « défaillances systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile dans l'État membre responsable, impliquant un traitement inhumain ou dégradant, au sens de l'article 4 de la Charte, des demandeurs d'asile transférés vers le territoire de cet État membre » (...)

104. Dans le cas d'un renvoi « Dublin », la présomption selon laquelle un État contractant « de destination » respecte l'article 3 de la Convention peut donc être valablement réfutée en présence de « motifs sérieux et avérés de croire » que la personne objet de la mesure de renvoi courra un « risque réel » de subir des traitements contraires à cette disposition dans l'État de destination.

L'origine du risque encouru ne modifie en rien le niveau de protection garanti par la Convention et les obligations que celle-ci impose à l'État auteur de la mesure de renvoi. Elle ne dispense pas cet État d'examiner de manière approfondie et individualisée la situation de la personne objet de la mesure et de surseoir au renvoi au cas où le risque de traitements inhumains ou dégradants serait avéré.

La Cour note d'ailleurs que cette approche a été suivie par la Cour suprême du Royaume-Uni dans son arrêt du 19 février 2014 (...)

105. Dans le cas d'espèce, la Cour doit donc rechercher si, au vu de la situation générale du dispositif d'accueil des demandeurs d'asile en Italie et de la situation particulière des requérants, il existe des motifs sérieux et avérés de croire qu'en cas de renvoi vers l'Italie les requérants risqueraient de subir des traitements contraires à l'article 3.

i. La situation générale du système d'accueil des demandeurs d'asile en Italie

106. En ce qui concerne la situation générale, dans sa décision *Mohammed Hussein* (précitée, § 78), la Cour a relevé que les recommandations du HCR et le rapport du Commissaire aux droits de l'homme, publiés en 2012, faisaient état d'un certain nombre de défaillances. Selon les requérants, ces défaillances seraient « systémiques » et tiendraient aux lenteurs de la procédure d'identification, aux capacités réduites des structures d'accueil et aux conditions de vie qui régneraient dans les structures disponibles (...)

a) Les lenteurs de la procédure d'identification

107. Pour ce qui est des difficultés qui seraient liées aux lenteurs de la procédure d'identification, la Cour note que les requérants ont déjà été identifiés et que les autorités suisses et italiennes disposent désormais de toutes les informations pertinentes les concernant. Elle relève au surplus qu'il n'a fallu que dix jours aux autorités italiennes pour les identifier à leur arrivée à Stignano, bien qu'ils eussent fourni à la police de fausses identités (paragraphe 10 ci-dessus). Dès lors, cet aspect du grief des requérants n'est plus directement pertinent pour l'examen de l'affaire et la Cour n'estime pas utile de s'y arrêter plus longuement.

β) Les capacités d'hébergement des structures d'accueil

108. Concernant les capacités d'accueil des structures d'hébergement pour demandeurs d'asile, les requérants s'appuient sur des études détaillées réalisées par des organisations non gouvernementales, selon lesquelles le nombre de demandes d'asile en Italie était de 34 115 en 2011 et de 15 715 en 2012, avec des chiffres en hausse pour 2013. Selon le rapport OSAR, le nombre de réfugiés vivant en Italie en 2012 s'élevait à 64 000. Or, en 2012 il n'y aurait eu que 8 000 places dans les CARA, avec des listes d'attente si longues que pour la majorité des postulants il n'aurait existé aucune perspective réaliste d'accès. Pour ce qui est des structures appartenant au SPRAR, le rapport OSAR indiquerait que le nombre de places s'élevait à 4 800 et que 5 000 personnes étaient inscrites sur une liste d'attente. Le même rapport relèverait que, d'après deux autres organisations, Caritas et JRS, seulement 6 % des personnes admises dans les structures du SPRAR, où l'accueil serait par ailleurs limité à une durée de six mois, parviennent à trouver un emploi

et à s'intégrer professionnellement dans la société italienne. Quant aux centres d'hébergement communaux, accessibles non seulement aux demandeurs d'asile mais aussi à toute personne démunie, le nombre de places y serait également nettement inférieur aux besoins. Selon le rapport OSAR, la ville de Rome comporterait 1 300 places, avec une liste d'attente de 1 000 personnes, et le délai moyen d'attribution y serait de trois mois. À Milan, il n'y aurait que 400 places et les familles seraient systématiquement séparées.

109. La Cour note que ces chiffres ne sont pas contestés par le gouvernement suisse, qui se limite à mettre l'accent sur les efforts déployés par les autorités italiennes afin de faire face comme elles le peuvent au flux ininterrompu de demandeurs d'asile que connaît le pays depuis plusieurs années. Dans ses observations, le gouvernement italien indique en effet que les actions entreprises par les autorités italiennes vont dans le sens d'un renforcement des capacités d'accueil des demandeurs d'asile. En particulier, il a été décidé en septembre 2013 de porter la capacité totale du système SPRAR à 16 000 places au cours de la période 2014-2016; 1 230 places auraient déjà été affectées, portant le total des places disponibles à 9 630 (paragraphe 78 ci-dessus).

110. La Cour relève que les méthodes utilisées pour calculer le nombre de demandeurs d'asile privés d'hébergement en Italie sont contestées. Sans entrer dans le débat sur l'exactitude des données chiffrées disponibles, il suffit à la Cour de constater la disproportion flagrante entre le nombre de demandes d'asile présentées en 2013, qui selon le gouvernement italien s'élevaient à 14 184 au 15 juin 2013 (paragraphe 78 ci-dessus), et le nombre de places disponibles dans les structures du réseau SPRAR (9 630 places) qui, toujours selon le gouvernement italien, sont celles susceptibles d'accueillir les requérants (paragraphe 76 ci-dessus). De surcroît, considérant que le nombre de demandes indiqué ne se réfère qu'aux six premiers mois de l'année 2013, il est vraisemblable que le chiffre pour la totalité de l'année soit bien plus élevé, ce qui fragiliserait davantage la capacité d'accueil du système SPRAR.

Par ailleurs, la Cour observe que ni le gouvernement suisse ni le gouvernement italien n'ont affirmé que la capacité combinée du système SPRAR et des CARA serait en mesure d'absorber, si ce n'est la totalité, au moins une part prépondérante de la demande d'hébergement.

γ) Les conditions d'accueil dans les structures disponibles

111. Pour ce qui est des conditions de vie dans les structures disponibles, les études citées par les requérants font état de certains centres d'hébergement où prévaudraient promiscuité, insalubrité et situations de violence généralisée (paragraphe 66-67 ci-dessus). Les requérants indiquent d'ailleurs avoir

eux-mêmes assisté à des épisodes de violence lors de leur bref séjour au sein du CARA de Bari. Ils soutiennent également que, dans certains centres, les familles de demandeurs d'asile seraient systématiquement séparées.

112. La Cour note que, dans ses recommandations pour 2013, le HCR décrit effectivement un certain nombre de difficultés, tenant notamment à la disparité des services disponibles, suivant la taille des structures, et à un manque de coordination sur le plan national. Toutefois, tout en relevant une certaine dégradation des conditions d'accueil, notamment en 2011, ainsi qu'un problème de surpopulation dans les CARA, le HCR ne fait pas état de situations généralisées de violence ou d'insalubrité, saluant même les efforts accomplis par les autorités italiennes afin d'améliorer la qualité de l'accueil des demandeurs d'asile. Quant au Commissaire aux droits de l'homme, dans son rapport de 2012 (...), il relève lui-aussi l'existence de certains problèmes dans « certains centres d'accueil », exprimant une inquiétude particulière en ce qui concerne l'assistance juridique, les soins et l'aide psychologique dans les centres d'accueil d'urgence, le délai d'identification des personnes vulnérables et la nécessité de préserver l'unité familiale pendant les transferts.

113. Enfin, la Cour note que lors de l'audience du 12 février 2014, le gouvernement italien a, d'une part, confirmé que des épisodes de violence étaient survenus au CARA de Bari peu avant l'arrivée des requérants et, d'autre part, nié que les familles de demandeurs d'asile fussent systématiquement séparées, si ce n'est dans quelques cas et pendant des périodes très brèves, notamment pendant les procédures d'identification.

114. Au vu de ce qui précède, la situation actuelle de l'Italie ne saurait aucunement être comparée à la situation de la Grèce à l'époque de l'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, précité, où la Cour avait relevé en particulier que les centres d'accueil disposaient de moins de 1 000 places, face à des dizaines de milliers de demandeurs d'asile, et que les conditions de dénuement le plus total décrites par le requérant étaient un phénomène de grande échelle. Force est donc de constater que l'approche dans la présente affaire ne saurait être la même que dans l'affaire *M.S.S. c. Belgique et Grèce*.

115. Si donc la structure et la situation générale du dispositif d'accueil en Italie ne sauraient constituer en soi un obstacle à tout renvoi de demandeurs d'asile vers ce pays, les données et informations exposées ci-dessus font toutefois naître de sérieux doutes quant aux capacités actuelles du système. Il en résulte, aux yeux de la Cour, que l'on ne saurait écarter comme dénuée de fondement l'hypothèse d'un nombre significatif de demandeurs d'asile privés d'hébergement ou hébergés dans des structures surpeuplées dans des conditions de promiscuité, voire d'insalubrité ou de violence.

ii. La situation individuelle des requérants

116. S'agissant de la situation individuelle des requérants, la Cour note que, d'après les constats de la police italienne et les fiches signalétiques qui se trouvent joints aux observations du gouvernement italien, le couple et ses cinq premiers enfants ont débarqué sur les côtes de Calabre le 16 juillet 2011 et ont immédiatement fait l'objet d'une procédure d'identification, après avoir fourni de fausses identités. Le même jour, les requérants ont été placés dans une structure d'accueil mise à disposition par la commune de Stignano, où ils sont demeurés jusqu'au 26 juillet 2011, date à laquelle, une fois établie leur véritable identité, ils ont été transférés au CARA de Bari. Le 28 juillet 2011, ils ont quitté ce centre, sans autorisation, pour une destination inconnue.

117. Aussi, de même que la situation générale des demandeurs d'asile en Italie n'est pas comparable à celle des demandeurs d'asile en Grèce, telle qu'elle a été analysée dans l'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce* (paragraphe 114 ci-dessus), la situation particulière des requérants dans la présente affaire est différente de celle du requérant dans l'affaire *M.S.S. c. Belgique et Grèce*: alors que les premiers ont été immédiatement pris en charge par les autorités italiennes, le second avait été d'abord placé en détention et ensuite abandonné à son sort, sans aucun moyen de subsistance.

118. La Cour rappelle que, pour tomber sous le coup de l'interdiction contenue à l'article 3, le traitement doit présenter un minimum de gravité. L'appréciation de ce minimum est relative; elle dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques et mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime (paragraphe 94 ci-dessus). Elle rappelle également que, en tant que catégorie de la population «particulièrement défavorisée et vulnérable», les demandeurs d'asile ont besoin d'une «protection spéciale» au regard de cette disposition (*M.S.S. c. Belgique et Grèce*, précité, § 251).

119. Cette exigence de «protection spéciale» pour les demandeurs d'asile est d'autant plus importante lorsque les personnes concernées sont des enfants, eu égard à leurs besoins particuliers et à leur extrême vulnérabilité. Cela vaut même lorsque, comme en l'espèce, les enfants demandeurs d'asile sont accompagnés de leurs parents (*Popov*, précité, § 91). Les conditions d'accueil des enfants demandeurs d'asile doivent par conséquent être adaptées à leur âge, de sorte qu'elles ne puissent «engendrer pour eux une situation de stress et d'angoisse et avoir des conséquences particulièrement traumatisantes sur leur psychisme» (voir, *mutatis mutandis*, *Popov*, précité, § 102), faute de quoi elles atteindraient le seuil de gravité requis pour tomber sous le coup de l'interdiction prévue à l'article 3 de la Convention.

120. En l'espèce, comme la Cour l'a constaté plus haut (paragraphe 115 ci-dessus), compte tenu de la situation actuelle du système d'accueil en Italie, et bien que cette situation ne soit pas comparable à celle de la Grèce, que la Cour a examinée dans le cadre de l'affaire *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, l'hypothèse qu'un nombre significatif de demandeurs d'asile renvoyés vers ce pays soient privés d'hébergement ou hébergés dans des structures surpeuplées dans des conditions de promiscuité, voire d'insalubrité ou de violence, n'est pas dénuée de fondement. Il appartient dès lors aux autorités suisses de s'assurer, auprès de leurs homologues italiennes, qu'à leur arrivée en Italie les requérants seront accueillis dans des structures et dans des conditions adaptées à l'âge des enfants, et que l'unité de la cellule familiale sera préservée.

121. La Cour note que, selon le gouvernement italien, les familles avec enfants sont considérées comme une catégorie particulièrement vulnérable et sont normalement prises en charge au sein du réseau SPRAR. Ce système leur garantirait l'hébergement, la nourriture, l'assistance sanitaire, des cours d'italien, l'orientation vers les services sociaux, des conseils juridiques, des cours de formation professionnelle, des stages d'apprentissage et une aide dans la recherche d'un logement autonome (paragraphe 86 ci-dessus). Cela étant, dans ses observations écrites et orales, le gouvernement italien n'a pas fourni plus de précisions sur les conditions spécifiques de prise en charge des requérants.

Il est vrai qu'à l'audience du 12 février 2014 le gouvernement suisse a indiqué que l'ODM avait été informé par les autorités italiennes qu'en cas de renvoi vers l'Italie les requérants seraient hébergés à Bologne, dans l'une des structures financées par le FER (paragraphe 75 ci-dessus). Toutefois, en l'absence d'informations détaillées et fiables quant à la structure précise de destination, aux conditions matérielles d'hébergement et à la préservation de l'unité familiale, la Cour considère que les autorités suisses ne disposent pas d'éléments suffisants pour être assurées qu'en cas de renvoi vers l'Italie les requérants seraient pris en charge d'une manière adaptée à l'âge des enfants.

122. Il s'ensuit que, si les requérants devaient être renvoyés en Italie sans que les autorités suisses aient au préalable obtenu des autorités italiennes une garantie individuelle concernant, d'une part, une prise en charge adaptée à l'âge des enfants et, d'autre part, la préservation de l'unité familiale, il y aurait violation de l'article 3 de la Convention.

(...)

PAR CES MOTIFS, LA COUR

(...)

2. Dit, par quatorze voix contre trois, qu'il y aurait violation de l'article 3 de la Convention si les requérants devaient être renvoyés en Italie sans que

les autorités suisses aient au préalable obtenu des autorités italiennes une garantie individuelle concernant, d'une part, une prise en charge adaptée à l'âge des enfants et, d'autre part, la préservation de l'unité familiale ;

(...)

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 4 novembre 2014.

Lawrence Early
Jurisconsulte

Dean Spielmann
Président

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé de l'opinion séparée des juges Casadevall, Berro et Jäderblom.

D.S.
T.L.E.

OPINION EN PARTIE DISSIDENTE COMMUNE AUX JUGES CASADEVALL, BERRO ET JÄDERBLOM

(Traduction)

À notre grand regret, nous ne pouvons souscrire à la conclusion de la majorité des juges de la Grande Chambre selon laquelle il y aurait violation par la Suisse de l'article 3 si les requérants devaient être renvoyés en Italie sans que les autorités suisses aient au préalable obtenu des autorités italiennes des garanties individuelles concernant une prise en charge des intéressés adaptée à l'âge des enfants et la préservation de l'unité familiale.

Depuis l'affaire *Soering c. Royaume-Uni* (7 juillet 1989, série A n° 161), la Cour a toujours dit qu'il y aurait violation de l'article 3 si l'on envoyait un individu vers un autre État lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé, si on l'extrade ou l'expulse vers le pays de destination, y courra un risque réel d'être soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. La responsabilité repose sur le fait que l'État de renvoi prend une mesure qui a pour résultat direct d'exposer la personne concernée à des mauvais traitements prohibés. La mesure en question revient à faciliter, par le biais du processus d'expulsion, le déni par l'autre État des droits de l'intéressé.

D'ordinaire, ainsi que la Cour l'a noté dans *Soering*, la responsabilité découle de la Convention lorsqu'une violation s'est en fait produite ; la perspective d'une violation ne suffit pas. La Cour a toutefois bien précisé qu'« [u]ne dérogation à la règle générale s'impose (...) si un [requérant] allègue que la décision de l'extrader enfreindrait l'article 3 au cas où elle recevrait exécution, en raison des conséquences à en attendre dans le pays de destination ; il y va de l'efficacité de la garantie assurée par ce texte, vu la gravité et le caractère irréparable de la souffrance prétendument risquée » (*Soering*, précité, §§ 90-91). Le caractère absolu des droits garantis par l'article 3 et l'irréversibilité des effets de la torture et d'autres formes graves de mauvais traitements justifient la mise en jeu de la responsabilité des États du fait qu'ils exposent des individus au risque de tels traitements. Le risque doit être « réel », ce qui signifie que le danger doit être prévisible et suffisamment concret.

Dans l'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce* ([GC], n° 30696/09, CEDH 2011), affaire dans laquelle l'expulsion du requérant de la Belgique vers la Grèce avait déjà eu lieu au moment de l'introduction de la requête auprès de la Cour, celle-ci a dit que les conditions dégradantes de vie et de détention en Grèce étaient notoires et faciles à vérifier à partir d'un grand nombre de sources (*ibidem*, § 366).

Dans l'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, la Cour a décrit les défaillances des procédures d'asile grecques et les conditions de vie des demandeurs d'asile pendant ces procédures. Les défaillances systémiques et l'absence de volonté de l'État grec de s'en occuper étaient manifestes.

En l'espèce, la description du système d'accueil des demandeurs d'asile en Italie montre de multiples défaillances, dues principalement à l'arrivée périodique de nombreux demandeurs d'asile. Le gouvernement italien, en qualité de tiers intervenant, a décrit la manière dont il s'efforce de faire face à cette situation. De toute évidence, des ressources plus importantes sont nécessaires pour offrir des conditions acceptables à tous les demandeurs d'asile, singulièrement aux groupes particulièrement vulnérables tels que les familles avec enfants.

Comme la majorité en conclut à juste titre, la situation en Italie doit être distinguée de celle qui prévalait en Grèce à l'époque de l'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, et la structure et la situation générale du dispositif d'accueil en Italie ne sauraient constituer en soi un obstacle à tout renvoi vers ce pays (paragraphes 114 et 115 de l'arrêt). Nous parvenons à la même conclusion que la majorité, à savoir que les défaillances générales du système italien d'accueil des demandeurs d'asile ne sont pas d'un type ou d'une ampleur propres à justifier une interdiction globale de renvoyer les familles vers ce pays.

Nous constatons à cet égard que le HCR n'a recommandé à aucun État « Dublin » de renoncer aux renvois de demandeurs d'asile vers l'Italie, alors qu'il avait fait cette recommandation expresse relativement aux renvois vers la Grèce. Les rapports établis par les institutions et organisations gouvernementales et non gouvernementales sur les dispositifs d'accueil en Italie font état d'une situation certes difficile, mais démontrent également que l'Italie n'est pas dans l'incapacité systémique d'offrir un soutien et des structures destinées aux demandeurs d'asile; ils dépeignent une structure complète de services et de soins destinés à répondre à leurs besoins. Certains rapports, émanant du HCR et du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe mentionnent de récentes améliorations visant à remédier à certaines défaillances. Nous notons d'ailleurs que ni le HCR ni le Commissaire aux droits de l'homme n'ont souhaité intervenir dans la présente procédure, alors qu'ils avaient jugé utile de le faire dans la procédure relative à l'affaire *M.S.S. c. Belgique et Grèce*.

La question est donc de savoir si les allégations des requérants concernant les conditions dans les structures d'accueil italiennes révèlent un risque concret de traitement contraire à l'article 3 dans leur situation individuelle.

Pour effectuer cette appréciation, il ne suffit pas d'établir qu'un grand nombre de demandeurs d'asile sont privés d'hébergement ou sont hébergés dans des structures où la vie privée n'est pas suffisamment protégée, voire

dans des conditions d'insalubrité ou de violence. Il faut rechercher si la situation personnelle des requérants aurait dû amener les autorités suisses à conclure à l'existence d'un risque réel de mauvais traitements par les autorités italiennes dans l'hypothèse où les requérants seraient renvoyés en Italie.

En l'espèce, les requérants ont été pris en charge par les autorités italiennes dès leur arrivée en Italie. Malgré leur manque de coopération (ils ont d'abord donné une fausse identité), ils ont été identifiés au bout de dix jours et placés dans un centre d'accueil pour demandeurs d'asile (« CARA ») à Bari.

Nous relevons également que les requérants se plaignent de la situation dans les structures d'accueil en général, et indiquent que les conditions de vie pendant les deux jours passés au CARA de Bari étaient inacceptables, en raison de la promiscuité et des violences que cela engendrait. Nous constatons cependant qu'à aucun moment ils n'ont soutenu avoir fait l'objet de mauvais traitements ou avoir été séparés.

En cela, leur situation est bien différente du dénuement matériel extrême constaté par la Cour dans l'affaire *M.S.S. c. Belgique et Grèce*. Dès lors, nous estimons que les conditions de séjour de la famille Tarakhel à son arrivée en Italie ne peuvent pas être considérées comme ayant atteint le minimum de gravité requis pour tomber sous le coup de l'article 3.

Il est intéressant de noter que, entendus pour la première fois par l'Office fédéral des migrations dans le cadre de leur demande d'asile en Suisse, les requérants ont justifié leur démarche en arguant que les conditions de vie en Italie étaient difficiles et que le premier requérant serait dans l'impossibilité de trouver un emploi dans ce pays. Aucun autre argument inhérent à leur situation personnelle et leur récent vécu en Italie n'a alors été développé par les requérants.

C'est donc bien selon nous à juste titre que l'autorité administrative concernée a considéré que « les conditions de vie (...) en Italie [n'étaient] pas un motif d'inexigibilité de l'exécution du renvoi ».

Il n'a été fourni aucune information concernant la situation financière des requérants ou les possibilités qui s'offraient à eux de trouver un hébergement par eux-mêmes. Nous observons toutefois qu'ils ont eu les moyens de voyager depuis l'Autriche jusqu'à la Suisse et de subvenir à leurs besoins d'une manière ou d'une autre pendant les périodes où ils n'étaient pas pris en charge par les autorités italiennes, autrichiennes ou suisses. C'est uniquement s'ils étaient dans l'incapacité de trouver un hébergement privé qu'il leur faudrait s'en remettre aux autorités italiennes afin que celles-ci leur fournissent un lieu où vivre.

Eu égard à ce qui précède, nous concluons que le risque pour les requérants d'être soumis à un traitement inhumain ou dégradant n'est pas suffisamment concret pour justifier que la Suisse soit tenue pour responsable

d'une violation de l'article 3 au cas où elle exécuterait l'arrêté d'expulsion des requérants en direction de l'Italie.

En résumé, nous ne voyons pas comment nous pourrions nous départir des conclusions formulées par la Cour dans de nombreuses affaires récentes et justifier un revirement de notre jurisprudence à quelques mois d'intervalle: voir *Mohammed Hussein et autres c. Pays-Bas et Italie* ((déc.), n° 27725/10, 2 avril 2013), où la Cour a constaté à l'unanimité qu'il n'existait pas de défaillances systémiques et qu'il n'y avait pas de raisons de penser qu'une demandeuse d'asile et ses deux enfants en bas âge n'auraient pas bénéficié d'un soutien adéquat s'ils avaient été renvoyés en Italie depuis les Pays-Bas. La même approche a été appliquée dans six autres affaires concernant des renvois vers l'Italie: *Halimi c. Autriche et Italie* (déc.), n° 53852/11, 18 juin 2013, *Abubeker c. Autriche et Italie* (déc.), n° 73874/11, 18 juin 2013, *Daytbegova et Magomedova c. Autriche* (déc.), n° 6198/12, 4 juin 2013, *Miruts Hagos c. Pays-Bas et Italie* (déc.), n° 9053/10, 27 août 2013, *Mohammed Hassan et autres c. Pays-Bas et Italie* (déc.), n°s 40524/10, 11746/13, 18764/11, 20355/12, 23696/12, 41993/10, 57531/10, 62865/12, 7903/13 et 81839/12, 27 août 2013, et *Hussein Diirshi et autres c. Pays-Bas et Italie* (déc.), n°s 2314/10, 18324/10, 47851/10 et 51377/10, 10 septembre 2013.

On ne peut négliger les principes dégagés par le droit de l'Union européenne, notamment ceux qui sont applicables à la Suisse en vertu de l'accord d'association du 26 octobre 2004. La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), dans son arrêt cité au paragraphe 33, a rappelé que le système européen d'asile est fondé sur la confiance mutuelle et la présomption de respect, par les autres États membres, du droit de l'Union et plus particulièrement des droits fondamentaux. Il est vrai que cette présomption est réfragable « lorsque [l'État] ne [peut] ignorer que les défaillances systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile dans [l']État membre constituent des motifs sérieux et avérés de croire que le demandeur courra un risque réel d'être soumis à des traitements inhumains ou dégradants au sens de cette disposition » (*N.S. v. Secretary of State for the Home Department et M. E. and Others v. Refugee Applications Commissioner, Minister for Justice, Equality and Law Reform*, CJUE C-411/10 et C-493/10, § 106).

Au paragraphe 104, la majorité fait référence au raisonnement tenu par la Cour suprême du Royaume-Uni dans son arrêt du 19 février 2014, aux termes duquel indépendamment de l'existence ou non de défaillances systémiques d'un État dans le système d'accueil des demandeurs d'asile, il faut un examen individualisé du risque.

Or, nous le répétons, en l'espèce rien ne démontre que les perspectives des requérants en cas de renvoi en Italie, du point de vue matériel, physique ou

psychologique, révélai­ent un risque suffisamment réel et imminent de difficultés assez graves pour tomber sous le coup de l'article 3. Aucun élément ne permet de penser que la famille Tarakhel sera privée du soutien et des structures offertes par l'Italie en application du décret législatif n° 140/2005 sur les normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile. Bien au contraire, les autorités italiennes avaient informé le gouvernement défendeur que les requérants seraient hébergés à Bologne, dans l'une des structures financées par le Fonds européen pour les réfugiés.

Mais la majorité n'a pas jugé ces assurances suffisantes et a exigé l'obtention d'informations détaillées et fiables (*sic*) sur de nombreux points: la structure précise de destination, des conditions matérielles d'hébergement adaptées à l'âge des enfants, la préservation de l'unité familiale.

L'État défendeur a indiqué que la collaboration avec les autorités italiennes quant au transfert de personnes présentant un besoin de protection particulier comme les familles avec enfants en bas âge fonctionnait bien, grâce notamment à la présence d'un agent de liaison suisse au sein de l'unité Dublin du ministère de l'Intérieur italien.

Doit-on pour autant désormais faire peser sur la Suisse – et, par voie d'extension, sur tout autre État dans la même situation – des exigences supplémentaires alors que ni l'existence de défaillances systémiques ni celle d'un risque réel et avéré de mauvais traitements n'ont été démontrées?

De telles assurances seront-elles exigées pour tout demandeur d'asile susceptible d'être renvoyé en Italie – qui appartient selon l'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce* à un groupe de la population particulièrement défavorisé et vulnérable et a besoin d'une protection spéciale –, ou bien seront-elles limitées aux familles avec enfants?

À n'en pas douter, il était manifestement prévisible pour les autorités suisses que le niveau d'hébergement des requérants en Italie risquait d'être mauvais. À supposer même que ces conditions soient semblables à celles du CARA de Bari, elles ne constitueraient pas un traitement inhumain ou dégradant eu égard à leur nature, degré ou intensité (voir ci-dessus). Le fait qu'elles toucheraient également les enfants, qui sont particulièrement vulnérables, ne nous amène pas à une conclusion différente. Il est possible que de telles conditions, si elles s'étendent sur une longue période, donnent éventuellement lieu à une violation de l'article 3. Si tel était le cas, il serait bien radical de tenir les autorités suisses pour responsables d'une non-prise en compte de cette possibilité dans l'appréciation des risques. C'est l'Italie, État partie à la Convention, qui aurait à répondre d'une éventuelle violation de l'article 3, et il resterait loisible aux requérants de former un recours auprès des autorités italiennes.

TARAKHEL v. SWITZERLAND
(*Application no. 29217/12*)

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 4 NOVEMBER 2014¹

1. Judgment delivered by the Grand Chamber following relinquishment of jurisdiction by a Chamber in accordance with Article 30 of the Convention. Extracts.

SUMMARY¹**Threatened expulsion to Italy under Dublin II Regulation of a family of Afghan nationals seeking asylum**

The requirement of “special protection” of asylum-seekers is particularly important when the persons concerned are children, in view of their specific needs and their extreme vulnerability. This applies even when the children seeking asylum are accompanied by their parents. National authorities intending to issue a removal order under the Dublin II Regulation must therefore obtain assurances that on arrival in the requested State the persons concerned will be received in facilities and in conditions adapted to the age of the children and that the family unit will be kept together; otherwise, the removal order is liable to be in breach of Article 3 of the Convention (see paragraphs 119-20 of the judgment).

Article 3

Expulsion – Threatened expulsion to Italy under Dublin II Regulation of a family of Afghan nationals seeking asylum – Failings in reception system for asylum-seekers – Insufficient capacity of existing reception facilities – Lack of privacy and even insalubrious conditions or violence – Lack of assurances that family would be taken charge of in a manner adapted to the age of the children and would be kept together

*

* *

Facts

The applicants, a married couple and their six minor children, are Afghan nationals who live in Switzerland. The couple and their five eldest children landed on the Italian coast in July 2011 and were immediately subjected to the EURODAC identification procedure (taking of photographs and fingerprints). The applicants subsequently travelled to Austria and, later, to Switzerland, where they applied for asylum. However, their application was refused on the ground that, under the Dublin II Regulation, it should be dealt with by the Italian authorities. The Swiss authorities therefore ordered the applicants’ removal to Italy. The appeals lodged by the applicants against that measure were dismissed. In their application to the European Court, the applicants contended that their deportation from Switzerland to Italy would be in breach of their rights under Article 3 of the Convention.

1. This summary by the Registry does not bind the Court.

Law

Article 3: In the present case the Court had to ascertain whether, in view of the overall situation with regard to the reception arrangements for asylum-seekers in Italy and the applicants' specific situation, substantial grounds had been shown for believing that the applicants would be at risk of treatment contrary to Article 3 if they were returned to Italy. The Court considered it necessary to follow an approach similar to that which it had adopted in its judgment in *M.S.S. v. Belgium and Greece* ([GC], no. 30696/09, ECHR 2011) in which it had examined the applicant's individual situation in the light of the overall situation prevailing in Greece at the relevant time.

(a) *Overall situation with regard to the reception arrangements for asylum-seekers in Italy* – In its decision in *Mohammed Hussein and Others v. the Netherlands and Italy* ((dec.), no. 27725/10, 2 April 2013), the Court had observed that the recommendations of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) and the report of the Commissioner for Human Rights, both published in 2012, referred to a number of failings relating, in particular, to the slowness of the identification procedure, the inadequate capacity of the reception facilities and the living conditions in the available facilities.

(b) *Capacity of the reception facilities for asylum-seekers* – The number of places reportedly fell far short of what was needed. Hence, without entering into the debate as to the accuracy of the available figures, the Court noted the glaring discrepancy between the number of asylum applications made in the first six months of 2013 (14,184) and the number of places available in the refugee reception facilities belonging to the SPRAR (*Sistema di Protezione per Richiedenti Asilo e Rifugiati*) network (9,630 places).

(c) *Living conditions in the available facilities* – While it had observed a degree of deterioration in reception conditions, and a problem of overcrowding in the reception centres for asylum-seekers (*Centro di Accoglienza per Richiedenti Asilo*, “CARAs”), UNHCR had not referred to situations of widespread violence or insalubrious conditions, and had even welcomed the efforts undertaken by the Italian authorities to improve reception conditions for asylum-seekers. The Commissioner for Human Rights, in his 2012 report, had also noted the existence of problems in “some of the reception facilities”. Lastly, at the hearing before the European Court, the Italian Government had confirmed that violent incidents had occurred in the CARA shortly before the applicants' arrival but had denied that the families of asylum-seekers were systematically separated, stating that this occurred only in a few cases and for very short periods, notably during the identification procedures.

Hence, the current situation in Italy could in no way be compared to the situation in Greece at the time of the above-cited *M.S.S. v. Belgium and Greece* judgment, where the Court had noted in particular that there were fewer than 1,000 places

in reception centres to accommodate tens of thousands of asylum-seekers and that the conditions of the most extreme poverty described by the applicant existed on a large scale.

While the structure and overall situation of the reception arrangements in Italy could not therefore in themselves act as a bar to all removals of asylum-seekers to that country, the data and information set out above nevertheless raised serious doubts as to the current capacities of the system. Accordingly, the possibility that a significant number of asylum-seekers might be left without accommodation or accommodated in overcrowded facilities without any privacy, or even in insalubrious or violent conditions, could not be dismissed as unfounded.

(d) *The applicants' individual situation* – Just as the overall situation of asylum-seekers in Italy was not comparable to that of asylum-seekers in Greece as analysed in the *M.S.S. v. Belgium and Greece* judgment, the specific situation of the applicants in the present case was different from that of the applicant in *M.S.S. v. Belgium and Greece*. Whereas the former were taken charge of immediately by the Italian authorities, the latter had first been placed in detention and then left to fend for himself, without any means of subsistence.

In the present case, in view of the current situation regarding the reception system in Italy, the possibility that a significant number of asylum-seekers removed to that country might be left without accommodation or accommodated in overcrowded facilities without any privacy, or even in insalubrious or violent conditions, was not unfounded. It was therefore incumbent on the Swiss authorities to obtain assurances from their Italian counterparts that on their arrival in Italy the applicants would be received in facilities and in conditions adapted to the age of the children, and that the family would be kept together.

According to the Italian Government, families with children were regarded as a particularly vulnerable category and were normally taken charge of within the SPRAR network. This system apparently guaranteed them accommodation, food, health care, Italian classes, referral to social services, legal advice, vocational training, apprenticeships and help in finding their own accommodation. However, in their written and oral observations the Italian Government had not provided any further details on the specific conditions in which the authorities would take charge of the applicants.

It was true that at the hearing of 12 February 2014 the Swiss Government had stated that the Federal Migration Office had been informed by the Italian authorities that, if the applicants were returned to Italy, they would be accommodated in one of the facilities funded by the European Refugee Fund. Nevertheless, in the absence of detailed and reliable information concerning the specific facility, the physical reception conditions and the preservation of the family unit, the Swiss authorities did not possess sufficient assurances that, if returned to Italy, the applicants would be taken charge of in a manner adapted to the age of the children.

It followed that, were the applicants to be returned to Italy without the Swiss authorities having first obtained individual guarantees from the Italian authorities that the applicants would be taken charge of in a manner adapted to the age of the children and that the family would be kept together, there would be a violation of Article 3 of the Convention.

Conclusion: The applicants' expulsion would constitute a violation (fourteen votes to three).

Article 41: The finding that the applicants' expulsion would amount to a violation constituted in itself sufficient just satisfaction in respect of non-pecuniary damage.

Case-law cited by the Court

- Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland* [GC], no. 45036/98, ECHR 2005-VI
- Budina v. Russia* (dec.), no. 45603/05, 18 June 2009
- Chapman v. the United Kingdom* [GC], no. 27238/95, ECHR 2001-I
- H.L.R. v. France*, 29 April 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-III
- Jabari v. Turkey*, no. 40035/98, ECHR 2000-VIII
- Kudła v. Poland* [GC], no. 30210/96, ECHR 2000-XI
- M.S.S. v. Belgium and Greece* [GC], no. 30696/09, ECHR 2011
- Michaud v. France*, no. 12323/11, ECHR 2012
- Mohammed Hussein and Others v. the Netherlands and Italy* (dec.), no. 27725/10, 2 April 2013
- Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*, no. 13178/03, ECHR 2006-XI
- Müslim v. Turkey*, no. 53566/99, 26 April 2005
- Popov v. France*, nos. 39472/07 and 39474/07, 19 January 2012
- Saadi v. Italy* [GC], no. 37201/06, ECHR 2008
- Salah Sheekh v. the Netherlands*, no. 1948/04, 11 January 2007
- Soering v. the United Kingdom*, 7 July 1989, Series A no. 161
- Vilvarajah and Others v. the United Kingdom*, 30 October 1991, Series A no. 215

In the case of Tarakhel v. Switzerland,

The European Court of Human Rights, sitting as a Grand Chamber composed of:

Dean Spielmann, *President*,

Josep Casadevall,

Guido Raimondi,

Mark Villiger,

Isabelle Berro,

András Sajó,

Ledi Bianku,

Nona Tsotsoria,

Işıl Karakaş,

Nebojša Vučinić,

Julia Laffranque,

Linos-Alexandre Sicilianos,

Helen Keller,

André Potocki,

Paul Lemmens,

Helena Jäderblom,

Paul Mahoney, *judges*,

and Lawrence Early, *Jurisconsult*,

Having deliberated in private on 12 February and 10 September 2014,

Delivers the following judgment, which was adopted on the last-mentioned date:

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 29217/12) against the Swiss Confederation lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by eight Afghan nationals (collectively, “the applicants”), Mr Golajan Tarakhel (“the first applicant”), born in 1971, his wife Mrs Maryam Habibi (“the second applicant”), born in 1981, and their six minor children, Arezoo, born in 1999, Mohammad, born in 2001, Nazanin, born in 2003, Shiba, born in 2005, Zeynab, born in 2008, and Amir Hassan, born in 2012, all living in Lausanne, on 10 May 2012.

2. The applicants were represented by Ms C. Bregnard Ecoffey, acting on behalf of the Legal Aid Service for Exiles (*Service d’aide juridique aux exilés* – SAJE). The Swiss Government (“the Government”) were represented

by their Agent, Mr F. Schürmann, Head of the international human rights protection division of the Federal Office of Justice.

3. Relying on Articles 3 and 8 of the Convention, the applicants alleged mainly that if they were returned to Italy they would be exposed to inhuman and degrading treatment on account of the risk of being left without accommodation or being accommodated in inhuman and degrading conditions. The risk stemmed, in their submission, from the absence of individual guarantees as to how they would be taken charge of, in view of the systemic deficiencies in the reception arrangements for asylum-seekers in Italy.

Under Articles 13 and 3 of the Convention, the applicants further submitted that the Swiss authorities had not given sufficient consideration to their personal circumstances and had not taken into account their situation as a family.

4. On 25 June 2012 the Government were given notice of the application.

5. On 24 September 2013 the Chamber to which the application had been allocated, composed of Guido Raimondi, Danutė Jočienė, Peer Lorenzen, András Sajó, Işıl Karakaş, Nebojša Vučinić and Helen Keller, judges, and Stanley Naismith, Section Registrar, relinquished jurisdiction in favour of the Grand Chamber, neither of the parties having objected to relinquishment after being consulted for that purpose (Article 30 of the Convention and Rule 72 of the Rules of Court). The composition of the Grand Chamber was determined according to the provisions of Article 26 §§ 4 and 5 of the Convention and Rule 24. At the final deliberations Paul Lemmens and Nona Tsotsoria, substitute judges, replaced Ineta Ziemele and Peer Lorenzen, who were unable to take part in the further consideration of the case (Rule 24 § 3).

6. The applicants and the Government each filed observations on the admissibility and merits of the application (Rule 59 § 1). Observations were also submitted by the Italian, Dutch, Swedish, Norwegian and United Kingdom Governments and by the organisation Defence for Children, the Centre for Advice on Individual Rights in Europe (the AIRE Centre), the European Council on Refugees and Exiles (ECRE) and Amnesty International, which had been given leave by the President of the Court to intervene in the written procedure (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 3). The Italian Government were also invited to participate in the oral procedure.

7. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 12 February 2014 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mr F. Schürmann, Head of the international human rights protection division, Federal Office of Justice, Federal Police and Justice Department, *Agent*,
 Mr B. Dubey, Deputy Head, European law and Schengen/Dublin coordination division, Federal Office of Justice, Federal Police and Justice Department,
 Ms D. Steiger Leuba, Technical adviser, international human rights protection section, Federal Office of Justice, Federal Police and Justice Department,
 Mr J. Horni, Deputy Head of Division, Dublin Division, Federal Migration Office, Federal Police and Justice Department,
 Ms V. Hofer, “Dublin” liaison officer with the Italian Ministry of the Interior, Federal Migration Office, Federal Police and Justice Department, *Counsel*;

(b) *for the applicants*

Ms C. Bregnard Ecoffey, Head of SAJE, *Counsel*,
 Ms K. Povlakic, *Adviser*;

(c) *for the Italian Government (third-party intervener)*

Ms P. Accardo,
 Mr G. Mauro Pellegrini, *Co-Agents*.

The Court heard addresses by Mr Schürmann, Mr Horni, Ms Bregnard Ecoffey, Ms Povlakic and Ms Accardo, and also their replies to questions put by judges.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

8. The facts of the case may be summarised as follows.

9. On an unspecified date the first applicant left Afghanistan for Pakistan, where he met and married the second applicant. The couple subsequently moved to Iran, where they lived for fifteen years.

10. On an unspecified date the couple and their children left Iran for Turkey and from there took a boat to Italy. According to the findings of the Italian police and the identification forms annexed to the observations of the Italian Government, the applicants (the couple and their five eldest

children) landed on the coast of Calabria on 16 July 2011 and were immediately subjected to the EURODAC identification procedure (taking of photographs and fingerprints) after supplying a false identity. The same day the couple and the five children were placed in a reception facility provided by the municipal authorities of Stignano (Reggio Calabria province), where they remained until 26 July 2011. On that date they were transferred to the Reception Centre for Asylum-Seekers (*Centro di Accoglienza per Richiedenti Asilo*, “CARA”) in Bari, in the Puglia region, once their true identity had been established.

11. According to the applicants, living conditions in the centre were poor, particularly on account of the lack of appropriate sanitation facilities, the lack of privacy and the climate of violence among the occupants.

12. On 28 July 2011 the applicants left the CARA in Bari without permission. They subsequently travelled to Austria, where on 30 July 2011 they were again registered in the EURODAC system. They lodged an application for asylum in Austria which was rejected. On 1 August 2011 Austria submitted a request to take charge of the applicants to the Italian authorities, which on 17 August 2011 formally accepted the request. On an unspecified date the applicants travelled to Switzerland. On 14 November 2011 the Austrian authorities informed their Italian counterparts that the transfer had been cancelled because the applicants had gone missing.

13. On 3 November 2011 the applicants applied for asylum in Switzerland.

14. On 15 November 2011 the first and second applicants were interviewed by the Federal Migration Office (“the FMO”) and stated that living conditions in Italy were difficult and that it would be impossible for the first applicant to find work there.

15. On 22 November 2011 the FMO requested the Italian authorities to take charge of the applicants. In their respective observations the Swiss and Italian Governments agreed that the request had been tacitly accepted by Italy.

16. In a decision of 24 January 2012, the FMO rejected the applicants’ asylum application and made an order for their removal to Italy. The administrative authority considered that “the difficult living conditions in Italy [did] not render the removal order unenforceable”, that “it [was] therefore for the Italian authorities to provide support to the applicants” and that “the Swiss authorities [did] not have competence to take the place of the Italian authorities”. On the basis of these considerations it concluded that “the file [did] not contain any specific element disclosing a risk to the applicants’ lives in the event of their return to Italy”.

17. On 2 February 2012 the applicants appealed to the Federal Administrative Court. In support of their appeal they submitted that the reception conditions for asylum-seekers in Italy were in breach of Article 3 of the Convention and that the federal authorities had not given sufficient consideration to their complaint in that regard.

18. In a judgment of 9 February 2012 the Federal Administrative Court dismissed the appeal, upholding the FMO's decision in its entirety. The court considered that "while there [were] shortcomings in the reception and social welfare arrangements, and asylum-seekers [could] not always be taken care of by the authorities or private charities", there was no evidence in the file capable of "rebutting the presumption that Italy complie[d] with its obligations under public international law". With more particular reference to the applicants' conduct it held that "in deciding to travel to Switzerland, they [had] not given the Italian authorities the opportunity to assume their obligations with regard to [the applicants'] situation".

19. On 13 March 2012 the applicants requested the FMO to have the proceedings reopened and to grant them asylum in Switzerland. They submitted that their individual situation had not been examined in detail. The FMO forwarded the request to the Federal Administrative Court, which reclassified it as a "request for revision" of the judgment of 9 February 2012, and rejected it in a judgment dated 21 March 2012 on the ground that the applicants had not submitted any new grounds which they could not have relied on during the ordinary proceedings. The applicants had based their request mainly on a more detailed account of their stay in Italy and the fact that their children were now attending school in Switzerland.

20. In a letter of 10 May 2012 which reached the Registry on 15 May, the applicants applied to this Court and sought an interim measure requesting the Swiss Government not to deport them to Italy for the duration of the proceedings.

21. In a fax dated 18 May 2012, the Registry informed the Swiss Government's Agent that the acting President of the Section to which the case had been assigned had decided to indicate to the Swiss Government under Rule 39 of the Rules of Court that the applicants should not be deported to Italy for the duration of the proceedings before the Court.

...

III. RELEVANT EUROPEAN UNION LAW

...

35. The Dublin II Regulation was recently replaced by Regulation (EU) No. 604/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 ("Dublin III Regulation"), which is designed to make the

“Dublin” system more effective and to strengthen the legal safeguards for persons subjected to the “Dublin” procedure. One of its aims is to ensure that families are kept together, and it pays particular attention to the needs of unaccompanied minors and other persons requiring special protection. ...

Article 6

Guarantees for minors

“1. The best interests of the child shall be a primary consideration for Member States with respect to all procedures provided for in this Regulation.

...

3. In assessing the best interests of the child, Member States shall closely cooperate with each other and shall, in particular, take due account of the following factors:

- (a) family reunification possibilities;
- (b) the minor’s well-being and social development;
- (c) safety and security considerations, in particular where there is a risk of the minor being a victim of human trafficking;
- (d) the views of the minor, in accordance with his or her age and maturity.”

...

THE LAW

...

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 3 OF THE CONVENTION

A. The parties’ submissions

1. *The applicants*

57. The applicants maintained that the reception arrangements for asylum-seekers in Italy were beset by systemic deficiencies, relating to: difficulties in gaining access to the reception facilities owing to the slowness of the identification procedure; the accommodation capacity of those facilities, which they regarded in any case as insufficient; and the inadequate living conditions in the available facilities. In support of their arguments, the applicants referred to the findings of the following organisations: the Swiss Refugee Council (SFH-OSAR), “Reception conditions in Italy: Report on the current situation of asylum seekers and beneficiaries of protection, in particular Dublin returnees”, Berne, October 2013 (“the SFH-OSAR report”); Maria Bethke and Dominik Bender, “Zur Situation von Flüchtlingen in Italien”, 28 February 2011, www.proasyl.de (“the

PRO ASYL report”); Jesuit Refugee Service-Europe (JRS), “Dublin II info country sheets. Country: Italy”, November 2011 (“the JRS report”); Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, UNHCR Recommendations on important aspects of refugee protection in Italy, July 2012 (“the 2012 UNHCR Recommendations”); report by Nils Muižnieks, Council of Europe Commissioner for Human Rights, published on 18 September 2012 following his visit to Italy from 3 to 6 July 2012 (“the Human Rights Commissioner’s 2012 report”); and the European network for technical cooperation on the application of the Dublin II Regulation, “Dublin II Regulation National Report on Italy”, 19 December 2012 (“the Dublin II European network 2012 report”).

(a) Slowness of the identification procedure

58. The applicants submitted that asylum-seekers’ entitlement to accommodation in the CARAs or in the facilities belonging to the SPRAR network (*Sistema di Protezione per Richiedenti Asilo e Rifugiati*) “[took] effect only after” formal registration by the police of the asylum application (*verbalizzazione*). They contended that, in practice, there was sometimes a time lag of several weeks or even several months between the time when the persons concerned reported to the immigration department of the competent police headquarters and the registration of the application. In the meantime, the persons concerned were homeless. In the applicants’ submission, a formal finding to that effect had been made by the Frankfurt Administrative Court in a judgment of 9 July 2013 ..., on the basis of information supplied by the SFH-OSAR and by the organisation Borderline Europe. Hence, in their view, there were shortcomings in the implementation of the administrative procedure laid down by law. They acknowledged, however, that the situation was somewhat different with regard to asylum-seekers returned to Italy under the Dublin Regulation, who in theory had immediate access not just to the CARAs and the facilities belonging to the SPRAR, but also to the facilities provided by the municipal authorities and those set up under the projects financed by the European Refugee Fund 2008-2013 (ERF).

(b) Capacity of the reception facilities

59. The applicants acknowledged that the facilities financed by the ERF were intended for persons transferred under the Dublin Regulation, but submitted that the number of places available was insufficient in relation to the number of transferees. Citing the SFH-OSAR report, they contended that in 2012 there had been only 220 places available in total for 3,551 transferees, of whom 2,981 had come from Switzerland.

60. As to availability in the CARAs and in the facilities belonging to the SPRAR, the applicants maintained that it was difficult for “Dublin” returnees to gain access to those facilities.

61. With regard to the facilities belonging to the SPRAR network, the applicants – again citing the SFH-OSAR report – maintained that only 5% of the persons housed there in 2012 had been transferred under the Dublin Regulation and that, of those, only 6.5% had come from Switzerland, although transfers from that country accounted for 85% of the total number of “Dublin” transfers to Italy. The applicants inferred from this that large numbers of people returned under the “Dublin” procedure were left without accommodation. They added that, according to the SFH-OSAR, there had been numerous cases in which families transferred to Italy had not been housed together.

62. The applicants also supplied data concerning the accommodation of asylum-seekers in general, irrespective of whether or not they were “Dublin” returnees. In that connection they submitted that 34,115 asylum applications had been made in Italy in 2011 and 15,715 in 2012, with a rise in the figures in 2013. According to the SFH-OSAR report there had been 64,000 refugees living in Italy in 2012. According to the same source, there had been only 8,000 places in the CARAs in 2012, with waiting lists so long that the majority of applicants had no realistic prospect of gaining access.

63. As to the facilities belonging to the SPRAR, the SFH-OSAR report stated that the number of places was 4,800 and that 5,000 people were on the waiting list. The same report noted that, according to two other organisations (Caritas and the JRS), only 6% of the persons housed in the SPRAR facilities – where, moreover, the maximum stay was six months – managed to find work and integrate professionally into Italian society.

64. With regard to the accommodation centres run by the municipal authorities, which were open to any person suffering hardship and not just to asylum-seekers, the number of places also fell far short of what was needed. According to the SFH-OSAR report there were 1,300 places in Rome, with a waiting list of 1,000 and an average waiting time of three months. In Milan, there were only 400 places and families were systematically split up. The applicants added that, while it was true that some municipal authorities made social housing available to families, the number of places was clearly insufficient and the waiting list was around ten years. The accommodation offered by religious institutions and non-governmental organisations (NGOs) was also insufficient to meet demand. Lastly, asylum-seekers had no access to private accommodation, as the economic situation in Italy, with rising unemployment, meant that they were unable to find work.

65. In conclusion, the applicants argued that, owing to the shortage of places in the various types of reception facilities, large numbers of asylum-seekers, including families with small children, were forced to live in insalubrious squats and other makeshift accommodation, or simply on the streets. By way of example, according to the SFH-OSAR report there were between 1,200 and 1,700 people housed in precarious conditions in Rome, and between 2,300 and 2,800 people sleeping on the streets in Italy as a whole.

(c) Living conditions in the available facilities

66. The applicants contended that conditions in the CARAs in particular were contrary to the provisions of the Reception Directive [Council Directive 2003/9/EC of 27 January 2003 laying down minimum standards for the reception of asylum seekers]. They referred to the findings of the organisation Borderline Europe, according to which, in the CARAs in Trapani (Sicily), five or six people shared a space of 15 sq. m. and were obliged to sleep on mattresses on the floor. These centres also had inadequate sanitation facilities and lacked privacy. Lack of privacy was a recurring problem in the CARAs and had particularly negative consequences for children, especially when the family unit was broken up as happened systematically in Milan, for instance. In the CARA in Mineo (Sicily), the occupants reportedly received no spending money, the sanitation facilities were poor, there was inadequate access to health care and criminal activity and prostitution were rife.

67. In their observations the applicants referred in particular to the 2012 UNHCR Recommendations and the Human Rights Commissioner's 2012 report. They also attached considerable importance to the fact that the Frankfurt Administrative Court, in its judgment of 9 July 2013 ..., had held that 50% of asylum-seekers risked being subjected to ill-treatment if returned to Italy, owing to reception conditions that did not comply with the European directives.

68. Lastly, the applicants submitted that the Swiss Government had not produced any document certifying that attempts had been made to find a specific solution for taking charge of the applicants. According to them, no request for minimum guarantees appeared to have been addressed to the Italian authorities, who had not provided any assurances that the applicants would be housed in decent conditions and not separated. They also submitted that the living conditions in the CARA in Bari, where they had spent two days during their stay in Italy, had been unacceptable, particularly owing to the lack of privacy and the violence this caused.

2. *The Government*

(a) **Slowness of the identification procedure**

69. The Government did not comment on the difficulties referred to by the applicants with regard to the slowness of the identification procedure.

(b) **Capacity of the reception facilities**

70. As to the capacity of the reception facilities, the Government submitted that 235 places were reserved in the ERF-financed facilities for asylum-seekers facing return under the Dublin Regulation. The Government further stated that the capacity of the SPRAR network would be increased to 16,000 places over the period 2014-16. They referred mainly to the 2012 UNHCR Recommendations and the Human Rights Commissioner's 2012 report, and to the Court's findings in *Mohammed Hussein [and Others v. the Netherlands and Italy]* (dec.), no. 27725/10, 2 April 2013], and the follow-up decisions in the same vein (*Daytbegova and Magomedova v. Austria* (dec.), no. 6198/12, 4 June 2013; *Abubeker v. Austria and Italy* (dec.), no. 73874/11, 18 June 2013; *Halimi v. Austria and Italy* (dec.), no. 53852/11, 18 June 2013; *Miruts Hagos v. the Netherlands and Italy* (dec.), no. 9053/10, 27 August 2013; *Mohammed Hassan and Others v. the Netherlands and Italy* (dec.), nos. 40524/10, 11746/13, 18764/11, 20355/12, 23696/12, 41993/10, 57531/10, 62865/12, 7903/13 and 81839/12, 27 August 2013; and *Hussein Diirshi and Others v. the Netherlands and Italy* (dec.), nos. 2314/10, 18324/10, 47851/10 and 51377/10, 10 September 2013).

(c) **Living conditions in the available facilities**

71. With regard to living conditions in the available facilities, the Government referred again to the 2012 UNHCR Recommendations and the Human Rights Commissioner's 2012 report, submitting that there were no grounds for finding that the Reception Directive was being systematically violated in Italy. They added that they were unaware of any "Dublin" States which refused returns to Italy as a general rule and that neither UNHCR nor the Human Rights Commissioner had sought leave to intervene in the present proceedings, unlike in *M.S.S. v. Belgium and Greece* [[GC], no. 30696/09, ECHR 2011].

72. With reference to the applicants' specific case the Government stated that on 22 November 2011 the FMO had submitted a request to the Italian authorities to take charge of the applicants in accordance with Article 17 of the Dublin Regulation. No explicit reply had been received within the two months provided for by Article 18 § 1 of the Regulation; in

the Government's submission, this was regarded as implicit acceptance and had been customary at the time between Switzerland and Italy.

73. The practice had since changed and Italy now replied explicitly to requests to take charge emanating from Switzerland.

74. In general, a transfer under the "Dublin" procedure was a measure prepared a long time in advance and not one used to deal with an emergency situation, so that it was possible to take account of the situation of persons requiring special protection, such as families with young children, before their arrival on Italian territory. Cooperation with the Italian authorities in this area worked well, owing in particular to the presence of a Swiss liaison officer in the Dublin department of the Italian Ministry of the Interior. Since the beginning of 2013 the Italian authorities had adopted a new practice consisting of indicating, at the same time as agreeing to take charge of the asylum-seeker, the airport and reception facility of destination.

75. In any event, at the hearing of 12 February 2014, the Government stated that they had been informed by the Italian authorities that, if returned to Italy, the applicants would be accommodated in an ERF-financed centre in Bologna. They did not provide any further details concerning the arrangements for transfer and the physical reception conditions envisaged by the Italian authorities.

3. *Observations of the Italian, Dutch, Swedish, Norwegian and United Kingdom Governments and of the organisations Defence for Children, the AIRE Centre, ECRE and Amnesty International, third-party interveners*

(a) Slowness of the identification procedure

76. According to the observations of the Italian Government, under Article 20 of Legislative Decree no. 25/2008 of 28 January 2008, individuals seeking international protection could be provided with accommodation in the CARAs for the time necessary for their identification, that is to say, prior to the registration of their asylum application (for a period not exceeding twenty days), and while the territorial commission examined their application (for a period not exceeding thirty-five days). If their application was granted they had access to the SPRAR centres. That being said, Article 6 of Legislative Decree no. 140/2005 of 30 May 2005 provided that, where it had been established that there was a lack of space in the SPRAR centres, asylum-seekers who could demonstrate that they lacked any means of subsistence were entitled to remain in the CARAs. The Italian Government did not provide information on any cases where asylum-seekers had been forced to wait several weeks or even months before gaining access

to a CARA, either before or after they had been identified. They submitted, however, that the average time taken to examine asylum applications had been seventy-two days in 2012 and ninety-two days in 2013. The length of time taken was due to the fact that, since each asylum-seeker's interview with the territorial commission had to last at least one hour, each of the ten commissions could not, in practice, process more than ten applications a day. A law that had come into force on 4 September 2013 (no. 97/2013) had enabled some additional sections to be created within the territorial commissions in order to speed up the examination of asylum applications.

77. In common with the Swiss Government, the remaining third-party interveners did not comment on the practical aspects of this matter.

(b) Capacity of the reception facilities

78. In their observations the Italian Government explained that, by a decree of 17 September 2013, the Ministry of the Interior had decided to double the total capacity of the SPRAR network to 16,000 places by the end of the period 2014-16. The network currently comprised 9,630 places, of which 1,230 had been created since the enactment of the decree. In addition, the prefects of the Sicily region had been requested in a circular of 7 October 2013 to identify additional accommodation facilities for refugees, including in the private sector. To date, approximately forty such facilities had been identified, offering a total of 1,834 places, and a further six were ready to be brought into service in the event of an increase in the influx of refugees. In the first six months of 2013, 14,184 asylum applications had been made (situation at 15 June 2013). Lastly, at the hearing of 12 February 2014, the representative of the Italian Government described the surge in the number of asylum requests registered over the previous two years as "a catastrophic situation".

79. The Dutch, Swedish, Norwegian and United Kingdom Governments endorsed in substance the position of the Swiss Government. Like the latter they observed that, in contrast to the case of Greece, UNHCR had not called for transfers of certain vulnerable groups to Italy to be halted.

80. The Swedish Government observed that Italy and the European Asylum Support Office (EASO) had signed a Special Support Plan on 4 June 2013 aimed at improving reception conditions for asylum-seekers. Furthermore, "Dublin" returns to Italy were the subject of a systematic exchange of information between the authorities of the two countries, which was particularly thorough in the case of vulnerable persons and especially unaccompanied children.

81. The United Kingdom Government submitted that the reports to which the applicants referred in their assessment of the situation on the

ground, and in particular the PRO ASYL report, often failed to make a distinction between “asylum-seekers”, “recognised refugees” and “failed asylum-seekers”. This distinction was critical, however, since the Reception Directive applied only to asylum-seekers, whose status was inherently temporary, while the Qualification Directive [Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted], which applied to refugees, placed the latter on an equal footing with nationals in terms of access to employment, education and social welfare. The data contained in those reports therefore gave a false picture. By way of example, the United Kingdom Government pointed out that the SFH-OSAR report criticised conditions in the Tor Marancia shelter in Rome, while acknowledging that the shelter accommodated Afghan men with recognised refugee status.

82. The organisation Defence for Children shared the applicants’ view that the capacity to accommodate asylum-seekers in Italy was clearly insufficient, arguing that this had particularly serious consequences for children, some of whom were forced to live in squats and other insalubrious accommodation. The NGO referred to the information published in the SFH-OSAR report.

(c) Living conditions in the available facilities

83. Like the applicants, the organisation Defence for Children, citing the SFH-OSAR report, contended that several families sent back to Italy under the Dublin Regulation had been separated on their arrival in the reception facilities, particularly in the CARAs. In Milan, this practice was even systematic. In their observations, Defence for Children stressed the concept of the “best interests of the child” as defined by the Convention on the Rights of the Child of 20 November 1989, and submitted that in “Dublin” return cases the social and emotional development of children should be a decisive factor in assessing their “best interests”. The NGO referred in particular to Article 6 of the Dublin III Regulation, which came into force on 1 January 2014 (see paragraph 35 above).

84. Defence for Children stressed, in particular, the importance attached by the United Nations Committee on the Rights of the Child to protecting the family environment, and referred to the Court’s case-law on the detention of children, particularly migrants, with regard to living conditions. In conclusion, they requested the Court to prohibit the return of children to Italy on account of the precarious conditions in which asylum-seekers were housed there.

85. The AIRE Centre, ECRE and Amnesty International also referred to the concept of the “child’s best interests” and submitted that children should only be transferred to other member States of the European Union if this was in their best interests.

86. The Italian Government confirmed at the hearing of 12 February 2014 that there had been some episodes of violence at the CARA in Bari shortly before the applicants’ arrival. However, they denied that families of asylum-seekers were systematically split up; this occurred only in a few cases and for very short periods during the first few days when asylum-seekers were being taken charge of and identified. In their observations they also stated that asylum-seekers belonging to a category considered by the Italian authorities to be vulnerable – which was the case of the applicants, as a family with children – were taken charge of within the SPRAR system, which guaranteed them accommodation, food, health care, Italian classes, referral to social services, legal advice, vocational training, apprenticeships and help in finding their own accommodation.

B. The Court’s assessment

87. The Court notes at the outset that, according to the Swiss Government, if they were returned to Italy the applicants would be accommodated in Bologna in a facility belonging to the network financed by the ERF (see paragraph 75 above). Even assuming that this factor raises an issue under Article 37 § 1 (b) or (c) of the Convention, the Court considers that it should be included in its examination of the merits of the application (see paragraph 121 below).

1. Switzerland’s responsibility under the Convention

88. The Court notes that, in the present case, Switzerland’s responsibility under Article 3 of the Convention is not disputed.

Nevertheless, the Court considers it relevant to observe that, in *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland* ([GC], no. 45036/98, § 152, ECHR 2005-VI), it held that the Convention did not prohibit Contracting Parties from transferring sovereign power to an international organisation in order to pursue cooperation in certain fields of activity. The States nevertheless remain responsible under the Convention for all actions and omissions of their bodies under their domestic law or under their international legal obligations (*ibid.*, § 153). State action taken in compliance with such legal obligations is justified as long as the relevant organisation is considered to protect fundamental rights in a manner which can be considered at least equivalent to that for which the Convention

provides. However, a State will be fully responsible under the Convention for all acts falling outside its strict international legal obligations, notably where it has exercised State discretion (*ibid.*, §§ 155-57; see also *Michaud v. France*, no.12323/11, §§ 102-04, ECHR 2012).

It is true that, unlike Ireland in the above-cited *Bosphorus* case, Switzerland is not a member State of the European Union. However, under the terms of the association agreement of 26 October 2004 between the Swiss Confederation and the European Community, Switzerland is bound by the Dublin Regulation ... and participates in the system established by that instrument.

89. The Court notes that Article 3 § 2 of the Dublin Regulation provides that, by derogation from the general rule set forth in Article 3 § 1, each member State may examine an application for asylum lodged with it by a third-country national, even if such examination is not its responsibility under the criteria laid down in the Regulation. This is the so-called “sovereignty” clause ... In such a case the State concerned becomes the member State responsible for examining the asylum application for the purposes of the Regulation and takes on the obligations associated with that responsibility (see *M.S.S. v. Belgium and Greece*, cited above, § 339). By virtue of the association agreement, this mechanism applies also to Switzerland.

90. The Court concludes from this that the Swiss authorities could, under the Dublin Regulation, refrain from transferring the applicants to Italy if they considered that the receiving country was not fulfilling its obligations under the Convention. Consequently, it considers that the decision to return the applicants to Italy does not strictly fall within Switzerland’s international legal obligations in the context of the system established by the Dublin Regulation. Accordingly, the presumption of equivalent protection does not apply in this case (see, *mutatis mutandis*, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, cited above, § 340).

91. Switzerland must therefore be considered to bear responsibility under Article 3 of the Convention in the present case.

...

3. Merits

(a) Recapitulation of general principles

93. The Court reiterates that according to its well-established case-law the expulsion of an asylum-seeker by a Contracting State may give rise to an issue under Article 3, and hence engage the responsibility of that State under the Convention, where substantial grounds have been shown for

believing that the person concerned faces a real risk of being subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment in the receiving country. In such circumstances, Article 3 implies an obligation not to expel the individual to that country (see *Saadi v. Italy* [GC], no. 37201/06, § 152, ECHR 2008; *M.S.S. v. Belgium and Greece*, cited above, § 365; *Soering v. the United Kingdom*, 7 July 1989, §§ 90-91, Series A no. 161; *Vilvarajah and Others v. the United Kingdom*, 30 October 1991, § 103, Series A no. 215; *H.L.R. v. France*, 29 April 1997, § 34, *Reports [of Judgments and Decisions]* 1997-III; *Jabari v. Turkey*, no. 40035/98, § 38, ECHR 2000-VIII; and *Salah Sheekh v. the Netherlands*, no. 1948/04, § 135, 11 January 2007).

94. The Court has held on numerous occasions that to fall within the scope of Article 3 the ill-treatment must attain a minimum level of severity. The assessment of this minimum is relative; it depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment and its physical or mental effects and, in some instances, the sex, age and state of health of the victim (see, *inter alia*, *Kudła v. Poland* [GC], no. 30210/96, § 91, ECHR 2000-XI, and *M.S.S. v. Belgium and Greece*, cited above, § 219).

95. The Court has also ruled that Article 3 cannot be interpreted as obliging the High Contracting Parties to provide everyone within their jurisdiction with a home (see *Chapman v. the United Kingdom* [GC], no. 27238/95, § 99, ECHR 2001-I). Nor does Article 3 entail any general obligation to give refugees financial assistance to enable them to maintain a certain standard of living (see *Müslim v. Turkey*, no. 53566/99, § 85, 26 April 2005, and *M.S.S. v. Belgium and Greece*, cited above, § 249).

96. In its judgment in *M.S.S. v. Belgium and Greece* (§ 250), the Court nevertheless took the view that what was in issue in that case could not be considered in those terms. Unlike the judgment in *Müslim* (cited above, §§ 83-84), the obligation to provide accommodation and decent material conditions to impoverished asylum-seekers had entered into positive law and the Greek authorities were bound to comply with their own legislation transposing European Union law, namely the Reception Directive. What the applicant held against the Greek authorities in that case was that, because of their deliberate actions or omissions, it had been impossible in practice for him to avail himself of those rights and provide for his essential needs.

97. In the same judgment (§ 251), the Court attached considerable importance to the applicant's status as an asylum-seeker and, as such, a member of a particularly underprivileged and vulnerable population group

in need of special protection. It noted the existence of a broad consensus at the international and European levels concerning this need for special protection, as evidenced by the Geneva Convention, the remit and the activities of the UNHCR and the standards set out in the European Union Reception Directive.

98. Still in *M.S.S. v. Belgium and Greece* (§§ 252-53), having to determine whether a situation of extreme material poverty could raise an issue under Article 3, the Court reiterated that it had not excluded “the possibility ‘that State responsibility [under Article 3] could arise for “treatment” where an applicant, in circumstances wholly dependent on State support, found herself faced with official indifference when in a situation of serious deprivation or want incompatible with human dignity’ (see *Budina v. Russia* (dec.), no. 45603/05, 18 June 2009)”.

99. With more specific reference to minors, the Court has established that it is important to bear in mind that the child’s extreme vulnerability is the decisive factor and takes precedence over considerations relating to his or her illegal-immigrant status (see *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*, no. 13178/03, § 55, ECHR 2006-XI, and *Popov v. France*, nos. 39472/07 and 39474/07, § 91, 19 January 2012). Children have specific needs that are related in particular to their age and lack of independence, but also to their asylum-seeker status. The Court has also observed that the Convention on the Rights of the Child encourages States to take the appropriate measures to ensure that a child who is seeking to obtain refugee status enjoys protection and humanitarian assistance, whether the child is alone or accompanied by his or her parents (see to this effect *Popov*, cited above, § 91).

(b) Application of these principles to the present case

100. The applicants argued in substance that if they were returned to Italy “in the absence of individual guarantees concerning their care” they would be subjected to inhuman and degrading treatment linked to the existence of “systemic deficiencies” in the reception arrangements for asylum-seekers.

101. In order to examine this complaint the Court considers it necessary to follow an approach similar to that which it adopted in *M.S.S. v. Belgium and Greece*, cited above, in which it examined the applicant’s individual situation in the light of the overall situation prevailing in Greece at the relevant time.

102. It first reiterates its well-established case-law according to which the expulsion of an asylum-seeker by a Contracting State may give rise to an issue under Article 3 where “substantial grounds have been shown for

believing” that the person concerned faces a “real risk” of being subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment in the receiving country (see paragraph 93 above).

103. It is also clear from the above-cited *M.S.S. v. Belgium and Greece* judgment that the presumption that a State participating in the “Dublin” system will respect the fundamental rights laid down by the Convention is not irrebuttable. For its part, the Court of Justice of the European Union has ruled that the presumption that a “Dublin” State complies with its obligations under Article 4 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union is rebutted in the event of “systemic flaws in the asylum procedure and reception conditions for asylum applicants in the Member State responsible, resulting in inhuman or degrading treatment, within the meaning of Article 4 of the Charter, of asylum-seekers transferred to the territory of that Member State” ...

104. In the case of “Dublin” returns, the presumption that a Contracting State which is also the “receiving” country will comply with Article 3 of the Convention can therefore validly be rebutted where “substantial grounds have been shown for believing” that the person whose return is being ordered faces a “real risk” of being subjected to treatment contrary to that provision in the receiving country.

The source of the risk does nothing to alter the level of protection guaranteed by the Convention or the Convention obligations of the State ordering the person’s removal. It does not exempt that State from carrying out a thorough and individualised examination of the situation of the person concerned and from suspending enforcement of the removal order should the risk of inhuman or degrading treatment be established.

The Court also notes that this approach was followed by the United Kingdom Supreme Court in its judgment of 19 February 2014 ...

105. In the present case the Court must therefore ascertain whether, in view of the overall situation with regard to the reception arrangements for asylum-seekers in Italy and the applicants’ specific situation, substantial grounds have been shown for believing that the applicants would be at risk of treatment contrary to Article 3 if they were returned to Italy.

(i) Overall situation with regard to the reception arrangements for asylum-seekers in Italy

106. As regards the overall situation, in its decision in *Mohammed Hussein* (cited above, § 78), the Court noted that the UNHCR Recommendations and the Human Rights Commissioner’s report, both published in 2012, referred to a number of failings. According to the applicants, these were “systemic” and stemmed from the slowness of the

identification procedure, the inadequate capacity of the reception facilities and the living conditions in the available facilities ...

(α) Slowness of the identification procedure

107. As regards the problems allegedly linked to the slowness of the identification procedure, the Court notes that the applicants have already been identified and that the Swiss and Italian authorities now have all the relevant information concerning them. It further observes that it took the Italian authorities only ten days to identify the applicants on their arrival in Stignano, despite the fact that they had supplied a false identity to the police (see paragraph 10 above). Accordingly, this aspect of the applicants' complaint is no longer directly relevant to the examination of the case and the Court sees no need to dwell on it further.

(β) Capacity of the reception facilities

108. With regard to the capacity of the accommodation facilities for asylum-seekers, the applicants based their submissions on detailed studies carried out by non-governmental organisations, according to which the number of asylum applications in Italy was 34,115 in 2011 and 15,715 in 2012, with the figures rising in 2013. According to the SFH-OSAR report, there were 64,000 refugees living in Italy in 2012; however, in 2012 there were only 8,000 places in the CARAs, with waiting lists so long that the majority of applicants had no realistic prospect of gaining access. As to the facilities belonging to the SPRAR network, the SFH-OSAR report stated that there were 4,800 places and 5,000 people on the waiting list. The same report observed that, according to two other organisations, Caritas and the JRS, only 6% of the persons housed in the SPRAR facilities – where, moreover, the maximum stay was six months – managed to find work and integrate professionally into Italian society. With regard to the accommodation centres run by the municipal authorities, which were open to any person suffering hardship and not just to asylum-seekers, the number of places also fell far short of what was needed. According to the SFH-OSAR report there were 1,300 places in Rome, with a waiting list of 1,000 and an average waiting time of three months. In Milan, there were only 400 places and families were systematically split up.

109. The Court notes that these figures were not disputed by the Swiss Government, which simply emphasised the efforts undertaken by the Italian authorities to cope as best they could with the uninterrupted flow of asylum-seekers into the country over the past few years. In their observations, the Italian Government stated that the measures being taken by the Italian authorities were focused on increasing reception capacity for

asylum-seekers. In particular, it had been decided in September 2013 to increase the overall capacity of the SPRAR system to 16,000 places over the period 2014-16; 1,230 places had already been created, bringing the total of available places to 9,630 (see paragraph 78 above).

110. The Court notes that the methods used to calculate the number of asylum-seekers without accommodation in Italy are disputed. Without entering into the debate as to the accuracy of the available figures, it is sufficient for the Court to note the glaring discrepancy between the number of asylum applications made in 2013, which according to the Italian Government totalled 14,184 by 15 June 2013 (see paragraph 78 above), and the number of places available in the facilities belonging to the SPRAR network (9,630 places), where – again according to the Italian Government – the applicants would be accommodated (see paragraph 76 above). Moreover, given that the figure for the number of applications relates only to the first six months of 2013, the figure for the year as a whole is likely to be considerably higher, further weakening the reception capacity of the SPRAR system.

The Court further notes that neither the Swiss nor the Italian Government claimed that the combined capacity of the SPRAR system and the CARAs would be capable of absorbing the greater part, still less the entire demand for accommodation.

(γ) Reception conditions in the available facilities

111. As regards living conditions in the available facilities, the studies cited by the applicants referred to certain accommodation centres where lack of privacy, insalubrious conditions and violence were allegedly widespread (see paragraphs 66-67 above). The applicants themselves also claimed to have witnessed violent incidents during their short stay in the Bari CARA. They further submitted that, in some centres, families of asylum-seekers were systematically split up.

112. The Court notes that in its Recommendations for 2013 UNHCR did indeed describe a number of problems, relating in particular to the varying quality of the services provided, depending on the size of the facilities, and to a lack of coordination at the national level. However, while it observed a degree of deterioration in reception conditions, particularly in 2011, and a problem of overcrowding in the CARAs, UNHCR did not refer to situations of widespread violence or insalubrious conditions, and even welcomed the efforts undertaken by the Italian authorities to improve reception conditions for asylum-seekers. The Human Rights Commissioner, in his 2012 report ..., also noted the existence of problems in “some of the reception facilities”, voicing particular concern with regard to legal aid, care

and psychological assistance in the emergency reception centres, the time taken to identify vulnerable persons and the preservation of family unity during transfers.

113. Lastly, the Court notes that at the hearing of 12 February 2014 the Italian Government confirmed that violent incidents had occurred in the Bari CARA shortly before the applicants' arrival. They denied, however, that the families of asylum-seekers were systematically separated, stating that this occurred only in a few cases and for very short periods, notably during the identification procedures.

114. In view of the foregoing, the current situation in Italy can in no way be compared to the situation in Greece at the time of the *M.S.S. v. Belgium and Greece* judgment, cited above, where the Court noted in particular that there were fewer than 1,000 places in reception centres to accommodate tens of thousands of asylum-seekers and that the conditions of the most extreme poverty described by the applicant existed on a large scale. Hence, the approach in the present case cannot be the same as in *M.S.S. v. Belgium and Greece*.

115. While the structure and overall situation of the reception arrangements in Italy cannot therefore in themselves act as a bar to all removals of asylum-seekers to that country, the data and information set out above nevertheless raise serious doubts as to the current capacities of the system. Accordingly, in the Court's view, the possibility that a significant number of asylum-seekers may be left without accommodation or accommodated in overcrowded facilities without any privacy, or even in insalubrious or violent conditions, cannot be dismissed as unfounded.

(ii) *The applicants' individual situation*

116. As regards the applicants' individual situation, the Court notes that, according to the findings of the Italian police and the identification forms annexed to the observations of the Italian Government, the couple and their five eldest children landed on the coast of Calabria on 16 July 2011 and were immediately subjected to an identification procedure, having supplied a false identity. The same day, the applicants were placed in a reception facility provided by the municipal authorities of Stignano, where they remained until 26 July 2011. On that date, once their true identity had been established, they were transferred to the CARA in Bari. They left that centre without permission on 28 July 2011, bound for an unknown destination.

117. Accordingly, just as the overall situation of asylum-seekers in Italy is not comparable to that of asylum-seekers in Greece as analysed in *M.S.S. v. Belgium and Greece* (see paragraph 114 above), the specific situation of the

applicants in the present case is different from that of the applicant in that case. Whereas the applicants in the present case were immediately taken charge of by the Italian authorities, the applicant in *M.S.S. v. Belgium and Greece* was first placed in detention and then left to fend for himself, without any means of subsistence.

118. The Court reiterates that to fall within the scope of Article 3 the ill-treatment must attain a minimum level of severity. The assessment of this minimum is relative; it depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment and its physical or mental effects and, in some instances, the sex, age and state of health of the victim (see paragraph 94 above). It further reiterates that, as a “particularly underprivileged and vulnerable” population group, asylum-seekers require “special protection” under that provision (see *M.S.S. v. Belgium and Greece*, cited above, § 251).

119. This requirement of “special protection” of asylum-seekers is particularly important when the persons concerned are children, in view of their specific needs and their extreme vulnerability. This applies even when, as in the present case, the children seeking asylum are accompanied by their parents (see *Popov*, cited above, § 91). Accordingly, the reception conditions for children seeking asylum must be adapted to their age, to ensure that those conditions do not “create ... for them a situation of stress and anxiety, with particularly traumatic consequences” (see, *mutatis mutandis*, *Popov*, cited above, § 102). Otherwise, the conditions in question would attain the threshold of severity required to come within the scope of the prohibition under Article 3 of the Convention.

120. In the present case, as the Court has already observed (see paragraph 115 above), in view of the current situation as regards the reception system in Italy, and although that situation is not comparable to the situation in Greece which the Court examined in *M.S.S. v. Belgium and Greece*, the possibility that a significant number of asylum-seekers removed to that country may be left without accommodation or accommodated in overcrowded facilities without any privacy, or even in insalubrious or violent conditions, is not unfounded. It is therefore incumbent on the Swiss authorities to obtain assurances from their Italian counterparts that on their arrival in Italy the applicants will be received in facilities and in conditions adapted to the age of the children, and that the family will be kept together.

121. The Court notes that, according to the Italian Government, families with children are regarded as a particularly vulnerable category and are normally taken charge of within the SPRAR network. This system apparently guarantees them accommodation, food, health care, Italian classes, referral to social services, legal advice, vocational training, apprenticeships and help in finding their own accommodation (see paragraph 86 above). However, in

their written and oral observations the Italian Government did not provide any further details on the specific conditions in which the authorities would take charge of the applicants.

It is true that at the hearing of 12 February 2014 the Swiss Government stated that the FMO had been informed by the Italian authorities that, if the applicants were returned to Italy, they would be accommodated in Bologna in one of the facilities funded by the ERF (see paragraph 75 above). Nevertheless, in the absence of detailed and reliable information concerning the specific facility, the physical reception conditions and the preservation of the family unit, the Court considers that the Swiss authorities do not possess sufficient assurances that, if returned to Italy, the applicants would be taken charge of in a manner adapted to the age of the children.

122. It follows that, were the applicants to be returned to Italy without the Swiss authorities having first obtained individual guarantees from the Italian authorities that the applicants would be taken charge of in a manner adapted to the age of the children and that the family would be kept together, there would be a violation of Article 3 of the Convention.

...

FOR THESE REASONS, THE COURT

...

2. *Holds*, by fourteen votes to three, that there would be a violation of Article 3 of the Convention if the applicants were to be returned to Italy without the Swiss authorities having first obtained individual guarantees from the Italian authorities that the applicants would be taken charge of in a manner adapted to the age of the children and that the family would be kept together;

...

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 4 November 2014.

Lawrence Early
Jurisconsult

Dean Spielmann
President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the separate opinion of Judges Casadevall, Berro and Jäderblom is annexed to this judgment.

D.S.
T.LE.

JOINT PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGES CASADEVALL, BERRO AND JÄDERBLOM

(*Translation*)

We regret to find ourselves in disagreement with the majority of the judges of the Grand Chamber in their conclusion that Switzerland would be in breach of Article 3 if the applicants were to be returned to Italy without the Swiss authorities having first obtained individual guarantees from the Italian authorities that the applicants would be taken charge of in a manner adapted to the age of the children and that the family would be kept together.

Starting with *Soering v. the United Kingdom* (7 July 1989, Series A no. 161), the Court has consistently held that it would be a breach of Article 3 to send an individual to another State where substantial grounds have been shown for believing that the individual concerned, if extradited or expelled, faces a real risk of being subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment in the receiving State. The basis for liability is that the returning State has taken action which has as a direct consequence the exposure of the individual to proscribed ill-treatment. That action represents the facilitation through the expulsion process of the denial of the applicant's rights by the other State.

Normally, as the Court noted in the above-cited *Soering* judgment, liability arises under the Convention when a violation has in fact occurred; the prospect of a breach is not sufficient. However, the Court made clear that “where an applicant claims that a decision to extradite him would, if implemented, be contrary to Article 3 by reason of its foreseeable consequences in the requesting country, a departure from this principle is necessary, in view of the serious and irreparable nature of the alleged suffering risked, in order to ensure the effectiveness of the safeguard provided by that Article” (see *Soering*, cited above, §§ 90-91). The absolute nature of the rights guaranteed under Article 3 and the irreversibility of the effects of torture and other severe forms of ill-treatment justify holding States responsible for placing individuals at risk of such treatment. The risk must be “real”, meaning that the danger must be foreseeable and sufficiently concrete.

The Court held in *M.S.S. v. Belgium and Greece* ([GC], no. 30696/09, ECHR 2011), where the applicant's expulsion from Belgium to Greece had already taken place at the time of the complaint to the Court, that the degrading conditions of detention and living conditions in Greece were well known before the transfer of the applicant and were freely ascertainable from a wide number of sources (§ 366).

In *M.S.S. v. Belgium and Greece* the Court described the deficiencies of the Greek asylum procedures and the living conditions of asylum-seekers during those procedures. The systemic deficiencies and the lack of willingness by the Greek State to deal with them were apparent.

In the present case the description of the system for the reception of asylum-seekers in Italy shows that there are many deficiencies, mainly due to the periodic arrival of large numbers of asylum-seekers. The Italian Government, as third-party intervener, described how they are trying to deal with the situation. It is obvious that greater resources are needed in order to provide acceptable conditions for all asylum-seekers, especially vulnerable groups such as families with children.

As the majority rightly concludes, the situation in Italy is to be distinguished from that in Greece at the time of the *M.S.S. v. Belgium and Greece* judgment, and the structure and overall situation of the reception arrangements in Italy cannot themselves act as a bar to all removals to that country (see paragraphs 114-15 of the present judgment). Our conclusion is the same as that of the majority, namely that the general deficiencies in the Italian system for the reception of asylum-seekers are not of a kind or a degree that would justify a blanket ban on the return of families to that country.

We note in that regard that UNHCR has not advised any “Dublin” State to halt returns of asylum-seekers to Italy, whereas it made an express recommendation to that effect regarding returns to Greece. The reports drawn up by governmental and non-governmental institutions and organisations concerning the reception arrangements in Italy attest to an admittedly difficult situation. However, they also demonstrate that Italy is not systemically incapable of providing support and facilities for asylum-seekers; they depict a detailed structure of services and care designed to provide for the needs of asylum-seekers. Some of the reports, compiled by UNHCR and the Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, refer to recent improvements aimed at remedying some of the failings. We further note that neither UNHCR nor the Commissioner for Human Rights sought leave to intervene in the present procedure, whereas they felt it necessary to do so in *M.S.S. v. Belgium and Greece*.

The question is thus whether the applicants’ allegations concerning conditions in the Italian reception facilities disclose a concrete risk of treatment contrary to Article 3 in their individual situation.

When making such an assessment it is not enough to demonstrate that a significant number of asylum-seekers are left without accommodation or accommodated in facilities without sufficient privacy, or even in insalubrious or violent conditions. It has to be assessed whether the applicants’ individual

circumstances should have led the Swiss authorities to conclude that there was a real risk of ill-treatment by the Italian authorities if the applicants were sent back to Italy.

In the present case the applicants were taken charge of by the Italian authorities as soon as they arrived in Italy. Despite their lack of cooperation (they initially supplied a false identity), they were identified within ten days and placed in a CARA reception centre in Bari.

We observe too that the applicants complained of the situation in the reception facilities in general and alleged that their living conditions during the two days they spent in the CARA in Bari had been unacceptable owing to the lack of privacy and the violence this caused. However, we note that the applicants did not at any stage claim to have been subjected to ill-treatment or to have been split up.

In that respect, the applicants' situation differs substantially from the state of extreme material poverty observed by the Court in *M.S.S. v. Belgium and Greece*. In our view, therefore, the living conditions encountered by the Tarakhel family on their arrival in Italy cannot be said to have attained the minimum threshold of severity required to come within the scope of Article 3.

It is interesting to note that, when they were interviewed for the first time by the Federal Migration Office in connection with their application for asylum in Switzerland, the applicants sought to justify their claim by arguing that living conditions in Italy had been difficult and that it would be impossible for the first applicant to find work in that country. The applicants did not invoke any other argument at that time relating to their personal situation or their recent experiences in Italy.

The administrative authority concerned was therefore right, in our view, to consider that “the ... living conditions in Italy [did] not render the removal order unenforceable”.

No information was provided concerning the applicants' economic circumstances or the possibilities for them to arrange accommodation of their own. However, we note that they had the resources to travel to Austria and onwards to Switzerland and to support themselves by some means during periods when they were not taken care of by the Italian, Austrian or Swiss authorities. Only if they were unable to arrange private accommodation would they have to rely on the Italian authorities to provide them with a place to live.

In the light of the foregoing we conclude that the risk for the applicants of being subjected to inhuman or degrading treatment is not sufficiently concrete for Switzerland to be held responsible for a violation of Article 3 if it were to enforce the order for the applicants' expulsion to Italy.

In sum, we cannot see how it is possible to depart from the Court's findings in numerous recent cases and to justify a reversal of our case-law within the space of a few months: see *Mohammed Hussein and Others v. the Netherlands and Italy* ((dec.), no. 27725/10, 2 April 2013), in which the Court held unanimously that no systemic failings existed and 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 from the Netherlands. The same approach was adopted in six other cases concerning returns to Italy (see *Halimi v. Austria and Italy* (dec.), no. 53852/11, 18 June 2013; *Abubeker v. Austria and Italy* (dec.), no. 73874/11, 18 June 2013; *Daytbegova and Magomedova v. Austria* (dec.), no. 6198/12, 4 June 2013; *Miruts Hagos v. the Netherlands and Italy* (dec.), no. 9053/10, 27 August 2013; *Mohammed Hassan and Others v. the Netherlands and Italy* (dec.), nos. 40524/10, 11746/13, 18764/11, 20355/12, 23696/12, 41993/10, 57531/10, 62865/12, 7903/13 and 81839/12, 27 August 2013; and *Hussein Dirshi and Others v. the Netherlands and Italy* (dec.), nos. 2314/10, 18324/10, 47851/10 and 51377/10, 10 September 2013).

The principles established by European Union law cannot be disregarded, and especially those applicable to Switzerland under the terms of the association agreement of 26 October 2004. The Court of Justice of the European Union (CJEU), in its judgment cited in paragraph 33 of the present judgment, pointed out that the European asylum system is based on mutual confidence and a presumption of compliance, by other member States, with European Union law and, in particular, fundamental rights. It is true that this presumption is rebuttable “where [the State] cannot be unaware that systemic deficiencies in the asylum procedure and in the reception conditions of asylum seekers in that Member State amount to substantial grounds for believing that the asylum seeker would face a real risk of being subjected to inhuman or degrading treatment within the meaning of that provision” (see *N. S. v. Secretary of State for the Home Department and M. E. and Others v. Refugee Applications Commissioner, Minister for Justice, Equality and Law Reform* (CJEU C-411/10 and C-493/10), paragraph 106).

The majority refers in paragraph 104 to the reasoning of the United Kingdom Supreme Court in its judgment of 19 February 2014, according to which, irrespective of whether systemic deficiencies exist in a State's reception system for asylum-seekers, the risk should be examined on a case-by-case basis.

We would repeat that, in the instant case, there is nothing to demonstrate that the applicants' future prospects if they were returned to Italy, whether taken from a material, physical or psychological perspective, disclosed a sufficiently real and imminent risk of hardship severe enough to fall within

the scope of Article 3. There is nothing to suggest that the Tarakhel family would be left without the support and the facilities provided by Italy under Legislative Decree no. 140/2005 on minimum standards for the reception of asylum-seekers. On the contrary, the Italian authorities informed the respondent Government that the applicants would be accommodated in Bologna, in one of the facilities funded by the ERF.

However, the majority did not deem these assurances to be sufficient and requested detailed and reliable (*sic*) information on numerous points: the exact facility of destination, the existence of physical reception conditions adapted to the age of the children, and the preservation of the family unit.

The respondent State observed that cooperation with the Italian authorities on the transfer of persons requiring special protection, such as families with young children, worked well, owing in particular to the presence of a Swiss liaison officer in the Dublin department of the Italian Ministry of the Interior.

Must we nonetheless impose additional requirements in future on Switzerland – and by extension on any other country in the same situation – despite the fact that neither systemic deficiencies nor a real and substantiated risk of ill-treatment have been shown to exist?

Will such assurances be required for all asylum-seekers liable to be sent back to Italy – who, according to the judgment in *M.S.S. v. Belgium and Greece*, are members of a particularly underprivileged and vulnerable population group in need of special protection – or only for families with children?

No doubt it was clearly foreseeable by the Swiss authorities that the applicants' standard of accommodation in Italy might be poor. Even if those conditions were similar to those in the CARA in Bari they would not constitute inhuman or degrading treatment in terms of their type, degree or intensity (see above). The fact that they would also affect children, who are particularly vulnerable, does not lead us to any other conclusion. It is possible that such conditions, if they extend over a lengthy period, may eventually give rise to a violation of Article 3. Were that the case it would be too far-reaching to hold the Swiss authorities responsible for failure to include that possibility in their risk assessment. Instead Italy, as a State Party to the Convention, would be answerable for an alleged violation of Article 3, and it would still remain open to the applicants to lodge an appeal with the Italian authorities.

JALOUUD v. THE NETHERLANDS
(Application no. 47708/08)

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 20 NOVEMBER 2014¹

1. Judgment delivered by the Grand Chamber following relinquishment of jurisdiction by a Chamber in accordance with Article 30 of the Convention.

SUMMARY¹**Territorial jurisdiction in relation to alleged killing of Iraqi national by Netherlands serviceman, member of Stabilisation Force in Iraq**

The fact of executing a decision or an order given by an authority of a foreign State was not in itself sufficient to relieve a Contracting State of its obligations under the Convention. A State was not divested of extraterritorial “jurisdiction” solely by dint of having accepted the operational control of a foreign commanding officer where the formulation of essential policy, including the rules on the use of force, remained within its reserved domain (see paragraphs 143 and 147 of the judgment).

Article 1

Jurisdiction of States – Territorial jurisdiction in relation to alleged killing of Iraqi national by Netherlands serviceman, member of Stabilisation Force in Iraq – Extraterritorial jurisdiction – Responsibility of State whose troops were under day-to-day command of multinational force – Assumption of responsibility for security – Exercise of authority and control

Article 2

Effective investigation – Failure to hold effective investigation into alleged fatal shooting by Netherlands forces at vehicle checkpoint in southern Iraq – Failure to assess proportionality of use of force – Measures to prevent collusion between key witnesses – Independence – Alleged lack of operational independence of investigating authority – Inadequacy of autopsy

*

* *

Facts

From July 2003 until March 2005 Netherlands troops participated in the Stabilisation Force in Iraq (SFIR) in battalion strength. They were stationed in south-eastern Iraq as part of Multinational Division South-East (MND-SE), which was under the command of an officer of the armed forces of the United Kingdom. The participation of Netherlands forces in MND-SE was governed by a memorandum of understanding between the United Kingdom and the Kingdom of the Netherlands to which rules of engagement were appended. Both documents were classified as confidential.

1. This summary by the Registry does not bind the Court.

The applicant is the father of an Iraqi national who died in April 2004 from bullet wounds received when the car in which he was travelling as a passenger was shot at after passing a vehicle checkpoint at speed. The checkpoint was manned at the time by members of the Iraqi Civil Defence Corps (ICDC) who had been joined by a patrol of Netherlands soldiers who had arrived after the checkpoint had come under fire from another vehicle a few minutes before the incident in which the applicant's son was killed. One of the Netherlands servicemen admitted to having fired several rounds at the car in which the applicant's son was travelling, but claimed to have done so in self-defence, believing himself to have been under fire from the vehicle. Following an investigation by the Royal Military Constabulary (a branch of the Netherlands armed forces), the military public prosecutor concluded that the applicant's son had presumably been hit by an Iraqi bullet and that the Netherlands serviceman had been acting in self-defence. He therefore closed the investigation. That decision was upheld by the Military Chamber of the Court of Appeal, which found that the serviceman had reacted to friendly fire, mistaking it for fire from inside the car. In the circumstances, he had acted within the confines of his instructions and the decision not to prosecute him could stand. In his application to the European Court, the applicant complained under Article 2 of the Convention that the investigation was neither sufficiently independent nor sufficiently effective.

Law

Article 1 (jurisdiction): The Government raised a preliminary objection that the complaints did not come within the territorial jurisdiction of the Netherlands since authority lay elsewhere: either with the United States of America and the United Kingdom as the designated "Occupying Powers" under United Nations Security Council Resolution 1483, or with the United Kingdom alone as the "lead nation" in south-eastern Iraq, holding command over the Netherlands contingent of SFIR. Rejecting that argument, the Court observed that the fact of executing a decision or an order given by an authority of a foreign State was not in itself sufficient to relieve a Contracting State of its obligations under the Convention. The Netherlands were not divested of "jurisdiction" solely by dint of having accepted the operational control of a United Kingdom commanding officer. Although the forces of nations other than the "lead nations" took their day-to-day orders from foreign commanders, the formulation of essential policy – including, within the limits agreed in the rules of engagement appended to the relevant memoranda of understanding – the drawing up of distinct rules on the use of force remained the reserved domain of the individual States which had supplied forces. The Netherlands assumed responsibility for providing security in the area where their troops were stationed, to the exclusion of other participating States, and retained full command over its contingent there. Nor was it relevant that the checkpoint where the shooting happened was nominally manned by ICDC personnel, as the ICDC was supervised by and subordinate to officers from the Coalition Forces. The

Netherlands troops had thus not been at the disposal of any foreign power or under the exclusive direction or control of any other State.

The fatal shooting had taken place at a checkpoint manned by personnel under the command and direct supervision of a Netherlands army officer which had been set up in execution of SFIR's mission under Security Council Resolution 1483. It had thus occurred within the "jurisdiction" of the Netherlands.

Conclusion: preliminary objection dismissed (unanimously).

Article 2 (procedural aspect): The Court did not accept the applicant's allegation that the investigation had not been sufficiently independent. There was no evidence to show that the fact that the Royal Military Constabulary unit which had undertaken the initial investigation had shared its living quarters with the army personnel allegedly responsible for the death had in itself affected its independence to the point of impairing the quality of its investigations. Nor did the fact that the public prosecutor had relied to a large extent on the reports by the Royal Military Constabulary raise an issue as public prosecutors inevitably relied on the police for information and support. As to the inclusion of a serving military officer as a judge of the Military Chamber of the Court of Appeal which upheld the decision not to prosecute the Netherlands army officer who had fired at the car, the Court noted that the Chamber had been composed of two civilian members of the Court of Appeal and one military member. The military member was a senior officer qualified for judicial office who was not subject to military authority and discipline and whose functional independence and impartiality were the same as those of civilian judges. The Military Chamber had thus offered sufficient guarantees of independence for the purposes of Article 2 of the Convention.

However, as regards the effectiveness of the investigation, the Court found that it had been characterised by a number of shortcomings. Notably, the Military Chamber of the Court of Appeal had confined itself to establishing that the officer who had fired the shots had acted in self-defence, mistakenly reacting to friendly fire from across the road, without addressing certain aspects relevant to the question of the proportionality of the force used, in particular whether more shots had been fired than necessary and whether the firing had ceased as soon as the situation had allowed. Documents containing information potentially relevant to those questions had not been made available to the Military Chamber at the time. In particular, an official record of statements from the ICDC personnel who had been guarding the checkpoint at the time of the shooting and a list of the names of ICDC personnel who had fired their weapons had not been added to the case file.

Moreover, there had been a delay of more than six hours after the incident before the officer who had fired the shots was questioned. While there was no suggestion of foul play, the mere fact that no appropriate steps had been taken to reduce the risk of him colluding with other witnesses amounted to a shortcoming in the adequacy of the investigation. As regards the autopsy, it had been carried out without any qualified Netherlands official being present. The pathologist's report was extremely

brief, lacked detail and did not include any pictures. Finally, fragments of metal identified as bullet fragments taken from the body – potentially important material evidence – were not stored or examined in proper conditions and had subsequently gone missing in unknown circumstances.

In sum, the investigation into the circumstances surrounding the death had failed to meet the standards required by Article 2 in that documents containing important information were not made available to the judicial authorities and the applicant; no precautions were taken to prevent the officer who fired the shots from colluding, before he was questioned, with other witnesses; no attempt was made to carry out the autopsy under conditions befitting an investigation into the possible criminal responsibility of an agent of the State, and the resulting report was inadequate; and important material evidence was mislaid in unknown circumstances. It could not be said that these failings were inevitable, even in the particularly difficult conditions prevailing in Iraq at the relevant time.

Conclusion: violation (unanimously).

Article 41: EUR 25,000 in respect of non-pecuniary damage.

Case-law cited by the Court

- Al-Jedda v. the United Kingdom* [GC], no. 27021/08, ECHR 2011
Al-Skeini and Others v. the United Kingdom [GC], no. 55721/07, ECHR 2011
Assanidze v. Georgia [GC], no. 71503/01, ECHR 2004-II
Banković and Others v. Belgium and Others (dec.) [GC], no. 52207/99, ECHR 2001-XII
Catan and Others v. Moldova and Russia [GC], nos. 43370/04, 8252/05 and 18454/06, ECHR 2012
Cyprus v. Turkey [GC], no. 25781/94, ECHR 2001-IV
Dowsett v. the United Kingdom, no. 39482/98, ECHR 2003-VII
Edwards v. the United Kingdom, 16 December 1992, Series A no. 247-B
Finucane v. the United Kingdom, no. 29178/95, ECHR 2003-VIII
Giuliani and Gaggio v. Italy [GC], no. 23458/02, ECHR 2011
Hugh Jordan v. the United Kingdom, no. 24746/94, 4 May 2001
I.J.L. and Others v. the United Kingdom, nos. 29522/95, 30056/96 and 30574/96, ECHR 2000-IX
Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia [GC], no. 48787/99, ECHR 2004-VII
Isayeva v. Russia, no. 57950/00, 24 February 2005
K. v. Italy, no. 38805/97, ECHR 2004-VIII
Kaya v. Turkey, 19 February 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I
Kelly and Others v. the United Kingdom, no. 30054/96, 4 May 2001
Loizidou v. Turkey (preliminary objections), 23 March 1995, Series A no. 310
Makaratzis v. Greece [GC], no. 50385/99, ECHR 2004-XI
McCann and Others v. the United Kingdom, 27 September 1995, Series A no. 324
McKerr v. the United Kingdom, no. 28883/95, ECHR 2001-III

Pellegrini v. Italy, no. 30882/96, ECHR 2001-VIII

Ramsahai and Others v. the Netherlands [GC], no. 52391/99, ECHR 2007-II

Rowe and Davis v. the United Kingdom [GC], no. 28901/95, ECHR 2000-II

Tahsin Acar v. Turkey [GC], no. 26307/95, ECHR 2004-III

In the case of Jaloud v. the Netherlands,

The European Court of Human Rights, sitting as a Grand Chamber composed of:

Dean Spielmann, *President*,
Josep Casadevall,
Guido Raimondi,
Ineta Ziemele,
Mark Villiger,
Isabelle Berro,
Elisabeth Steiner,
Alvina Gyulumyan,
Ján Šikuta,
Päivi Hirvelä,
Luis López Guerra,
András Sajó,
Zdravka Kalaydjieva,
Aleš Pejchal,
Johannes Silvis,
Valeriu Grițco,
Iulia Antoanella Motoc, *judges*,

and Michael O'Boyle, *Deputy Registrar*,

Having deliberated in private on 19 February 2014 and on 10 September 2014,

Delivers the following judgment, which was adopted on the last-mentioned date:

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 47708/08) against the Kingdom of the Netherlands lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by an Iraqi national, Mr Sabah Jaloud (“the applicant”), on 6 October 2008.

2. The applicant was represented by Ms L. Zegveld and Mr A.W. Eikelboom, lawyers practising in Amsterdam. The Netherlands Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr R.A.A. Böcker, Ministry of Foreign Affairs.

3. The applicant alleged, in particular, that Article 2 of the Convention had been violated in that the investigation into the death of his son, Mr Azhar Sabah Jaloud, had been inadequate.

4. On 6 December 2011 the Government were given notice of the application.

5. On 9 July 2013 a Chamber of the Third Section, composed of Josep Casadevall, President, Alvina Gyulumyan, Corneliu Bîrsan, Ján Šikuta, Luis López Guerra, Kristina Pardalos, Johannes Silvis, judges, and Santiago Quesada, Section Registrar, relinquished jurisdiction in favour of the Grand Chamber, neither of the parties having objected to relinquishment (Article 30 of the Convention and Rule 72 of the Rules of Court).

6. The composition of the Grand Chamber was determined according to the provisions of Article 26 §§ 4 and 5 of the Convention and Rule 24. Subsequently Elisabeth Steiner, substitute judge, replaced Judge Pardalos, who was unable to take part in the further consideration of the case.

7. The applicant and the Government each filed observations. In addition, third-party comments were received from the Government of the United Kingdom, which had been given leave by the President to intervene in the proceedings (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 2). The intervening Government were represented by their Agent, Ms R. Tomlinson, Foreign and Commonwealth Office.

8. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 19 February 2014 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the respondent Government*

Mr R. Böcker, Ministry of Foreign Affairs,	<i>Agent,</i>
Dr M. Kuijer, Ministry of Security and Justice,	
Mr B. van Hoek, Public Prosecution Service,	
Commander H. Warnar, Ministry of Defence,	
Military staff	<i>Advisers;</i>

(b) *for the applicant*

Ms L. Zegveld,	
Mr A.W. Eikelboom,	<i>Counsel;</i>

(c) *for the United Kingdom Government, third-party intervener*

Ms R. Tomlinson, Foreign and Commonwealth Office,	<i>Agent,</i>
Mr J. Eadie QC,	<i>Counsel,</i>
Mr J. Benson, Foreign and Commonwealth Office,	<i>Adviser,</i>
Ms M. Addis, Foreign and Commonwealth Office,	<i>Observer.</i>

The Court heard addresses by Mr Böcker, Mr Eikelboom, Ms Zegveld and Mr Eadie, and also their replies to its questions.

THE FACTS

9. The applicant, Mr Sabah Jaloud, is an Iraqi national who was born in 1943 and lives in An-Nasiryah, Iraq. He is the father of the late Mr Azhar Sabah Jaloud, who died on 21 April 2004 at the age of 29.

A. The circumstances of the case

1. The death of Mr Azhar Sabah Jaloud

10. On 21 April 2004, at around 2.12 a.m., an unknown car approached a vehicle checkpoint (VCP) named “B-13” on the main supply route, “Jackson”, north of the town of Ar-Rumaythah, in the province of Al-Muthanna, south-east Iraq. The car slowed down and turned. From inside the car shots were fired at the personnel guarding the VCP, all of them members of the Iraqi Civil Defence Corps (ICDC). The guards returned fire. No one was hit; the car drove off and disappeared into the night.

11. Called by the checkpoint commander, ICDC Sergeant Hussam Saad, a patrol of six Netherlands soldiers led by Lieutenant A. arrived on the scene at around 2.30 a.m.

12. Some fifteen minutes later a Mercedes car approached the VCP at speed. It hit one of several barrels which had been set out in the middle of the road to form the checkpoint, but continued to advance. Shots were fired at the car: Lieutenant A. fired twenty-eight rounds from a Diemaco assault rifle; shots may also have been fired by one or more ICDC personnel armed with Kalashnikov AK-47 rifles (see paragraphs 21 and 49-52 below). At this point the driver stopped the car.

13. The applicant’s son, Mr Azhar Sabah Jaloud, was in the front passenger seat of the car. He had been hit in several places, including the chest. Netherlands soldiers removed him from the car and attempted to administer first aid. Despite this, Mr Azhar Sabah Jaloud died. He was declared dead one hour after the incident.

14. The body was subjected to X-ray examination. The radiographs show objects identified as metallic inside the chest and elsewhere.

15. An autopsy was performed by an Iraqi physician, who drew up a brief report in Arabic. Metal objects identifiable as bullet fragments were found in the body.

16. It was not determined by whom the bullet or bullets had been fired, nor from what weapon.

2. *The investigation*

(a) **Beginning of the investigation**

17. An official record by Sergeant First Class (*wachtmeester 1e klasse*) Schellingerhout of the Royal Military Constabulary (*Koninklijke marechaussee*), As-Samawah detachment, shows that a telephone call was received at 3.25 a.m. from the batallion operations room, reporting the shooting incident. A car had crashed into the VCP. Shots had been fired by Netherlands and Iraqi armed forces and the car's passenger had been wounded. He had been taken to hospital. The Royal Military Constabulary was asked to investigate.

18. A seven-person Royal Military Constabulary duty group (*piketgroep*), accompanied by an interpreter, had left at 3.50 a.m. and arrived on the scene at around 4.50 a.m. Royal Military Constabulary Sergeants First Class Broekman and Van Laar had begun securing evidence at 5 a.m. Also at 5 a.m., the Royal Military Constabulary staff in The Hague and the public prosecutor of the Regional Court (*rechtbank*) of Arnhem were informed of the incident.

(b) **Seizure of the body, the car and the personal weapons of Lieutenant A. and ICDC Sergeant Hussam Saad**

19. The body was seized by Royal Military Constabulary Warrant Officer (*adjutant-onderofficier*) Kortman at 7.30 a.m. and transported to the mobile hospital at Camp Smitty. At 11.45 a.m., after permission had been given in writing by a local court, the body was transported to the General Hospital in As-Samawah. The post-mortem examination was carried out in the absence of any police witness by an Iraqi physician.

20. The Mercedes car was seized at around 5.10 a.m. by Warrant Officer Kortman and later towed to Camp Smitty.

21. At around 7.50 a.m. Sergeant First Class Schellingerhout seized Sergeant Hussam Saad's Kalashnikov AK-47 rifle; at around 11.55 a.m. he also seized Lieutenant A.'s Diemaco C7A1 rifle. Both weapons were later labelled and placed at the disposal of the Arnhem public prosecutor.

(c) **Statements taken by Royal Military Constabulary officers**

22. The following statements were submitted to the investigating and judicial authorities in the domestic proceedings.

(i) *Mr Dawoud Joad Kathim*

23. On 21 April 2004, at around 5.05 a.m., Royal Military Constabulary Warrant Officer Mercx took a statement from the driver of the Mercedes

car, Mr Dawoud Joad Kathim, with the aid of an interpreter. Mr Dawoud Joad Kathim admitted to having drunk two cans of beer, but no more, on the previous night, and did not consider himself to have been intoxicated. He stated that he had not noticed any checkpoint until it was too late to avoid hitting two barrels. It had been dark at the time, and there had been no lighting. To his complete surprise, his car had been fired at as he was driving through the checkpoint. His friend Mr Azhar Sabah Jaloud had been hit; Mr Dawoud Joad Kathim had heard him say that he was dying. He wished to submit a complaint because the checkpoint had not been clearly marked.

(ii) ICDC Sergeant Hussam Saad

24. On 21 April 2004, at around 5.15 a.m., Royal Military Constabulary Sergeant First Class Weerdenburg took a statement from ICDC Sergeant Hussam Saad. The latter stated that he had reported shooting from a car at around 2.10 a.m.; Lieutenant A. had arrived at approximately 2.30 a.m. Sergeant Hussam Saad had gone to look for spent cartridges with Lieutenant A., another Netherlands soldier and the interpreter. He had suddenly heard a bang and seen a car approaching from the direction of Ar Ruyaythah. The car had continued to move forward, despite being ordered to stop. He had then heard shooting from the left side of the road. He had not, however, fired any rounds himself.

(iii) Other ICDC personnel

25. Sergeant First Class Weerdenburg next questioned the other Iraqi soldiers, but they provided no pertinent information.

(iv) Mr Walied Abd Al Hussain Madjied

26. On 21 April 2004, at around 7 a.m., Royal Military Constabulary Sergeant Klinkenberg took a statement from Mr Walied Abd Al Hussain Madjied, an interpreter working with the ICDC. The interpreter had been accompanying Lieutenant A.'s patrol between two checkpoints. After arriving at VCP B-13 and being told about the first shooting incident by ICDC Sergeant Hussam Saad, he had joined Lieutenant A. and others in the search for spent cartridges. He had suddenly heard the sound of barrels falling over, turned around and seen a car approaching. He had shouted "Stop, stop, stop!" but the car had driven on. Across the road from where he was standing, a Netherlands soldier had fired at the car. After the car stopped, he had assisted its occupants by providing interpretation. The passenger's left arm had been covered in blood and the driver had smelled of alcohol.

(v) *Sergeant Teunissen*

27. On 21 April 2004, at around 9.30 a.m., Royal Military Constabulary Sergeant First Class Van Laar and Sergeant Klinkenberg took a statement from Infantry Sergeant (*sergeant*) Teunissen. Arriving at VCP B-13 at 2 a.m., he had been given information by the ICDC sergeant. Together with his lieutenant, the ICDC sergeant and the interpreter, he had gone up the road to look for spent cartridges. At a distance of approximately 100 metres from the VCP hut, he had turned around, startled by a sound. He had seen a car drive into the VCP at speed; when the car had passed the VCP, he had heard shooting from the VCP. The four of them had dived for cover. When the car had reached their level, shots had been fired from across the road, where the lieutenant was positioned. He had shouted “Stop firing”, but that had not been heard. When the firing stopped, the car had also stopped. The passenger had been bleeding from the lower body and the left shoulder. Sergeant Teunissen and Private Finkelnberg had removed him from the car, laid him on the ground and bandaged his wounds. He and Lieutenant A. had attempted to resuscitate the passenger until told by the doctor that there was no longer any point.

(vi) *Lieutenant A., first statement*

28. On 21 April 2004, at around 11.15 a.m., Royal Military Constabulary Sergeants First Class Broekman and Van Laar heard Lieutenant A. under caution. Lieutenant A. stated that he was responsible for monitoring two vehicle checkpoints, one of which was VCP B-13 on the Jackson road north of Ar-Rumaythah. After the first shooting incident had been reported, he had arrived at VCP B-13 at around 2.30 a.m.; he had been intending to reconnoitre the area on foot, together with Sergeant Teunissen and the ICDC sergeant. At around 2.45 a.m. he had been startled by a noise. Looking behind him, he had seen two blazing car headlights approaching. Shots had then been fired from the direction of the car; on hearing them, he had dived for cover on the verge of the road. He had been convinced that shots were being fired from inside the car. When the car had reached his level, he had cocked his weapon; when it had just passed, he had started to shoot at its rear. He had fired twenty-eight cartridges in aimed fire. He had been responding to the danger arising from his having been fired at first. He had fired the entire contents of a magazine, twenty-eight rounds; this had taken approximately seven seconds. The passenger being wounded, he and Sergeant Teunissen had attempted to resuscitate him until help arrived. By that time there had been no pulse. Shortly afterwards, the company commander had arrived; Lieutenant A. had briefed him.

(vii) *Private Finkelnberg*

29. On 23 April 2004, at around 1.50 p.m., Royal Military Constabulary Warrant Officer Kortman and Sergeant First Class Broekman took a statement from Private Finkelnberg. At 2 a.m. on 21 April 2004 he had arrived with Lieutenant A. and Sergeant Teunissen, among others, at VCP B-14, where the ICDC sergeant reported to Lieutenant A. that there had been a shooting incident at VCP B-13. The patrol had therefore gone to that checkpoint, arriving at 2.30 a.m. Lieutenant A., Sergeant Teunissen, the ICDC sergeant and the interpreter had gone up the road towards Hamza to look for spent cartridges. A dark-coloured motorcar had approached at high speed and driven past him through the checkpoint, hitting some barrels in the road. Through his image intensifier he had seen Lieutenant A., to the left of the road, going for cover; he had then seen muzzle flashes from several weapons on the left side of the road and heard shots from that direction. The firing was in single shots. At a certain moment he had seen the car stop. While the shots were being fired, he had heard Sergeant Teunissen shout "Stop firing". He had gone up to the vehicle and cut the passenger's clothes loose. While Sergeant Teunissen administered first aid, he had searched the car for weapons. He had found an icebox containing an almost empty bottle of alcoholic drink. He had then joined Sergeant Teunissen and Lieutenant A. in their attempts to resuscitate the passenger until the latter was declared dead. He was critical of Lieutenant A. for firing while his own troops were on the opposite side of the road and for firing so many rounds, and also of the ICDC for firing in the general direction of their own personnel.

(viii) *Cavalry Sergeant Quist*

30. On 23 April 2004, at around 1.50 p.m., Royal Military Constabulary Sergeant Major (*opperwachtmeester*) Wolfs and Sergeant First Class Van Laar took a statement from Cavalry Sergeant (*wachtmeester*) Quist. On 21 April 2004 at around 2 a.m. he had been at VCP B-14 with Lieutenant A. and the other members of his patrol unit, which had been led by Sergeant Teunissen. There had been shooting at VCP B-13 and they had gone there. Upon arrival, he had noticed no ICDC personnel manning the checkpoint, but had seen a group of people to the left of the road opposite the hut. After Cavalry Sergeant Quist had parked his vehicle, Lieutenant A., Sergeant Teunissen, the interpreter Walied and the ICDC sergeant had walked off north to look for spent cartridges. At a certain point, he had seen a car approaching at high speed from Ar-Rumaythah; when the car reached the checkpoint, it had hit some of the barrels or rocks placed there. He had

heard automatic gunfire from where the ICDC members were, which had then stopped. There had been further firing approximately 100 metres distant from him, but he could not tell who was firing up ahead. He did think that there had been firing from a plurality of weapons. He had seen the vehicle stop 50 metres away. He had made a situation report. He had seen Lieutenant A. and Sergeant Teunissen trying to resuscitate the victim.

(ix) *Lieutenant A., second statement*

31. On 23 April 2004, at around 3.35 p.m., Royal Military Constabulary Sergeant First Class Broekman and Warrant Officer Kortman took a second statement from Lieutenant A. The latter stated that the very last time he had seen the ICDC sergeant the latter had been at the checkpoint, fiddling (*klungelen*) with his AK-47 rifle. Lieutenant A. had told the sergeant not to point the rifle at him. On the subject of the firing incident, he stated that as far as he remembered he had probably lain on a flat part of the road; he had not fired from a standing position. He had performed mouth-to-mouth resuscitation on the wounded passenger of the car and remembered him tasting of alcohol. The ICDC deputy company commander had given him a list of names of the ICDC personnel who had fired their weapons and the corresponding numbers of cartridges, and had asked for replacement ammunition.

(d) Other investigation reports

(i) *Examination of the Mercedes car*

32. On 22 April 2004 Royal Military Constabulary Warrant Officer Voorthuijzen and Sergeant Heijden examined the car seized by Warrant Officer Kortman the day before. It was a black Mercedes Benz 320 E AMG. It had black number plates with markings in Arabic script; these visibly covered white number plates bearing black letters in Latin script and numerals. The car had damage consistent with hitting foreign objects at speed. The rear window was shattered. Holes were found in the rear of the car, in the body on the right and left sides, and in the seats. Metal tips were found in various places; one, identified as a bullet fragment, had clearly passed through the passenger seat. The conclusion was that the car had been fired on from both the left and the right; from the left, with a weapon firing ammunition smaller than 6 mm calibre and, from the right, with a weapon firing ammunition larger than 6 mm calibre. The precise firing angles relative to the car could not, however, be determined.

(ii) X-rays and photographs

33. On 9 May 2004 Royal Military Constabulary Warrant Officer Voorthuijzen and Sergeant Klinkenberg took receipt of a CD-ROM containing X-rays of Azhar Sabah Jaloud's body. These showed fragments of metal in the left chest cavity, the left hip and the left lower arm. The X-rays had been taken by Warrant Officer Dalinga, X-ray technician at Camp Smitty, As-Samawah, Al-Muthanna province.

34. The file contains photocopies of the above-mentioned X-rays and of photographs. They are accompanied by descriptions, contained in an official report by Warrant Officer Kortman. The photographs include pictures of a road and a checkpoint area, some taken by daylight, some apparently taken at night. Several of the photographs show cartridges lying on the ground, including some described as 7 by 39 mm (as fired by the Kalashnikov AK-47 rifle)¹, both spent and live, and a quantity of spent cartridges stated to be 5.56 by 45 mm (as fired by the Diemaco C7A1 rifle) in a pile close together. Others show a male body with wounds to an arm, the upper left quarter of the back and the right buttock. Further pictures show a dark-coloured Mercedes motorcar; details are included of holes in the bodywork and upholstery that could be bullet holes.

(iii) Report by ICDC Lieutenant Colonel Awadu Kareem Hadi

35. On 22 April 2004 ICDC Lieutenant Colonel Awadu Kareem Hadi, the commanding officer of 603 ICDC Battalion, sent a report from his battalion headquarters to the headquarters of the Iraqi police. It reads as follows (rough handwritten translation, from Arabic into English, submitted by the applicant):

“The details of the accident which is happened at date (20/04/2004) and information coming from the first battallion (Ar-Rumaytha) and the details are:

At the hour (21.05 [*sic*] after the midnight) from the date (20/04/2004) [*sic*] a car type (Mercedes) coming by high speed directed from (Al Hamza) to (Al Nassiriya) and when the car is reached to the location of the checkpoint does not stop and making a crash with the obstacles present in checkpoint and he was carelessness and the soldiers shouting on him and calling to stop and he is continued and does not stop and after that Dutch soldiers see that there is no way and shoot on him and then injured person ([Azhar Sabah Jaloud]) then he is died and he was sitting near the driver.

With our greetings

[signed] Lieutenant Colonel Awadu Kareem Hadi

A copy to / PJCC”

1. In fact, 7.62 by 39 mm.

(iv) The metal fragments

36. An official report by Royal Military Constabulary Warrant Officer Voorthuizen, dated 21 June 2004, states that on 2 June 2004 a document was received in Arabic, which, translated orally by an interpreter, was identified as a report by the Baghdad police. The report stated that three metal fragments had been examined in Baghdad at the request of the Al-Muthanna police with a view to identifying the ammunition from which they had come and the weapon from which they had been fired; however, the provenance of the metal fragments could not be determined, as they were too few in number. A copy of a document in Arabic was attached to Warrant Officer Voorthuizen's report. It is not stated in whose custody the metal fragments had been left or where they were being stored.

(e) Iraqi document

37. On 21 April 2004 Mr Dawoud Joad Kathim, the driver of the Mercedes car, lodged a complaint with the Iraqi police against the troops who had fired at his car. It appears from the statement, as taken down in writing, that Mr Dawoud Joad Kathim was under the misapprehension that the foreign troops involved had been Polish rather than Dutch. Mr Dawoud Joad Kathim also put on record that he had been told by the interpreter to say that all of the shots had been fired by the ICDC, whereas in fact he had not seen any shots fired by ICDC personnel.

(f) Supplementary report, recording statements taken from the ICDC members

38. After the Chamber's relinquishment of jurisdiction to the Grand Chamber, the Government provided an official record of the following statements taken from the ICDC members. The following is a sworn translation subsequently submitted by the applicant:

"Name: A Saad Mossah

Weapon number: GL 5574

Ammunition: 4 × 30 cartridges

'During the second incident I was lying in a position with all-round security. I saw that a car was travelling at high speed towards the checkpoint from the direction of Ar Rumaytha. I saw that it rammmed into two drums by the checkpoint and simply continued going. My commander [ICDC Sergeant Hussam Saad] walked forwards together with the interpreter and two Dutch soldiers and then I heard a large number of shots fired. I myself did not fire any shots. I cannot tell you any more than this.'

Name: Haider Shareef

Weapon number: UE 0481 1984

Ammunition: 4 cartridge clips and 120 cartridges in total

‘I cannot tell you anything about the first incident because I was asleep at the time in the watch hut.

During the second incident I was standing by the vehicle checkpoint and I saw a Mercedes Benz driving towards the checkpoint. I saw that the Mercedes Benz rammed into two oil drums and drove on in the direction of Hamsa. I heard the Dutch soldiers shouting “stop, stop!”, and then I heard shots being fired. I saw nothing else because I was standing behind a hut on the opposite side to the watch hut.’

Name: Walied Abd Al Hussain Madjied, interpreter

Date of birth: 25-10-1969, Kuwait/Hawalli

‘We started at 0:00 hours and we drove on patrol. Up till 01:30 hours we were present here and then we drove on to the following checkpoint. When we arrived there the checkpoint commander said that shots had been fired at the previous checkpoint. I heard lieutenant V. [presumably Lieutenant A.] say that I should get into the car and we drove back to the checkpoint. When we arrived we asked for details. The checkpoint commander and sergeant Hossam of ICDC said that after we had left a truck had stopped there and its driver said that a vehicle, which was an Opel, was driving behind them. Then an Opel approached, which made a U-turn 100 metres before the checkpoint and switched off its lights. And then there were several shots fired at the checkpoint from this vehicle. Sergeant Hussam Saad then fired two of his magazines, each containing 30 cartridges, at the above-mentioned vehicle until they were empty. Sergeant Hossam’s men also fired shots. After I heard this report I went together with lieutenant V. to look for cartridge cases. We walked past the checkpoint and then I heard the sound of falling drums. I turned around and saw that a vehicle had driven into the drums and was driving towards us. I believe that the vehicle was not driving fast. I did see that the vehicle was swerving. I shouted in Arabic in a loud voice “stop, stop, stop!”, but the vehicle continued going. The man appeared to be drunk and he closed his windows. After the vehicle had passed I heard shots being fired. A Dutch sergeant then told me to look for cover. This Dutch sergeant then shouted in a loud voice to stop firing. I also shouted this in the direction of the people from I.C.D.C. A Dutch soldier on the other side of the road continued firing. He did not stop firing, not even when the Dutch sergeant had called out to stop firing. When the vehicle stopped, on the instructions of the Dutch sergeant I tried to talk to the people in the vehicle. I told the driver to get out and to lie on the ground. He did this. When I started to talk to front-seat passenger, I heard the driver say that the front-seat passenger was injured. We then went straight to the vehicle and opened the front-seat passenger’s door. I saw that the front-seat passenger’s left arm was bloody. I then walked over to the driver of the vehicle and he said that they had been drinking and had not seen that there was a checkpoint. I could smell that the driver stank of alcohol. While the vehicle was stopped, shots were still being fired, but I do not know where these came from. When we went to pick up cartridge cases from the first incident everyone walked away from the checkpoint and there was no-one on the road and it was dark there. There were no

lights showing up the checkpoint, which meant that it was not clear that there was a checkpoint there. I think it is strange that shots were fired at the vehicle because there was no firing at that moment. I think that they should have fired a warning shot, then the vehicle would have stopped. I can also tell you that, during the search for cartridge cases from the first shooting incident, I was walking on the same side together with the Dutch sergeant and the sergeant from I.C.D.C. The Dutch lieutenant was walking on the other side. I do not know how many other people were then walking behind me. I can also tell you that I do not know whether shots were fired at the checkpoint from the vehicle during the second shooting incident.'

On 21 April 2004, at around 05:15 hours [the following person] was interviewed:

Name: Hussam Saad, the person in question is SGT [sergeant] and local CDT [*commandant*, commander] of ICDC.

Weapon number: 84MD5596 [which] is [an] AK 47 and at the time of the interview [it was] not loaded.

He also had in his possession 2x full magazines (2 × 30 cartridges).

1 magazine was empty.

'At the start of my duty I had 120 cartridges in my possession. At around 02:10 hours I fired 60 cartridges. At that moment a car came from the direction of Al Hamza and stopped before the Traffic Control Point. The lights of this vehicle were then turned off and then the car turned back in the direction of Al Hamza. I hear[d] shots and s[aw] muzzles pointing out of the car. I fire[d] back with my AK 47. My position at the start of this shooting incident was in front of the watch hut. After the shooting we ran in the direction of the vehicle, together with three colleagues. These colleagues are called:

- Alla'a Adnan
- Mohammad Khazem
- Hameed Jaber.

These three colleagues also fired shots.

At around 02:15 hours this car suddenly drove away.

After this we immediately called up the base. Lieutenant A. arrive[d with] us about 20 to 25 minutes later. The CDT, interpreter, lieutenant A. and someone else [went] to look for cartridge cases. During the search a car approached the Traffic Control Point on the Main Supply Route Jackson from the direction [of] Ruymaythah and heading in the direction of Al Hamza.

The CDT was on the right-hand side of the road looking for cartridge cases, (looking in the direction of Al Hamza). Lieutenant A. was on the left-hand side of the road looking for cartridge cases, (looking in the direction of Al Hamza).

Suddenly I heard the sound as if a car had driven into the drums at the Traffic Control Point. I saw that the car continued driving in the direction of Al Hamza.

We tried to stop the car by shouting. Then we heard shots. I heard shots from the left-hand side of the road (looking in the direction of Al Hamza). As far as I am aware, no shots were fired from the Mercedes. A soldier from the Dutch army was standing on the right-hand side of the road.

I did not fire a single shot myself in the direction of the Mercedes.'

On 21 April 2004 at around 05:30 hours [the following person] was interviewed;

Name: Hameed Jaber

Weapon number: 84MD0596

Ammunition:

1 cartridge clip containing 15 cartridges.

2 cartridge clips, each cartridge clip containing 30 cartridges.

1 cartridge clip containing 25 cartridges.

'At the time of the second incident I was lying behind the watch hut. I saw and I heard a car approaching from the direction of Ar Rumaytah. This vehicle drove at high speed through the checkpoint and rammed into two drums. Then I heard shooting. I do not know anything else. During the 1st incident I fired 15 cartridges.'

On 21 April 2004 at around 06:15 hours [the following person] was interviewed:

Name: Haider Mohsen

Weapon number: GB 4140

Ammunition: 4 magazines, each magazine containing 30 cartridges.

'I was asleep during the 1st incident. I could not go outside on account of the shots being fired at the watch hut. When I came outside I saw a car driving away in the direction of Al Hamza.

During the 2nd incident I saw a Mercedes approaching. I was standing at the VCP. We had 360 degrees all-round security then. I heard the Mercedes driving into the oil drums and saw that it then drove away at high speed in the direction of Al Hamza.

I heard a Dutch person shouting "stop!". However, the car did not stop.

I heard shots. I heard the car stop. I heard voices coming from the car radio. This was playing very loudly. I did not see anything else.'

On 21 April 2004 at around 06:00 hours [the following person] was interviewed:

Name: Ali Hussein

Weapon number: S41297

Ammunition:

3 magazines, each magazine containing 30 cartridges.

1 magazine containing 26 cartridges.

‘During the second incident I was lying within an all-round security. I saw a car driving at high speed through the VCP in the direction of Al Hamza. I heard a Dutch soldier shouting “stop, stop!”. I did not want to shoot since our own people were walking in front of the VCP.

Then I heard shots being fired. I fired 4 times during the first incident. I was standing outside the watch hut then.’

On 21 April 2004 at around 05 45 hours [the following person] was interviewed.

Name: Ahmed Ghaleb

Weapon number: S54469

Ammunition: 4 × 30 cartridges.

‘During the first incident I was asleep in the watch hut. I did not fire any shots then. During the second incident I was lying within an all-round security just next to the watch hut. I heard a car ramming into two drums. The car continued driving fast, (it was clearly accelerating). Then I heard shots in front of the VCP. I know nothing else.’

Name: Alâa A Dnan

Weapon number: 84 MD 0890

Ammunition 3 magazines with 30 cartridges and 1 magazine with 22 cartridges

‘I fired shots during the first incident. These were shots. [*sic*]

During the second incident I was situated in an all-round and was lying on the left-hand side of the road. I was looking in the direction of Hamza. I was [*sic*] that a car was driving from the direction of Ar Rumayta. It drove through the traffic control point and thereby rammed a couple of drums. I could not see what happened then, but I did hear shots being fired.’

Name: Ilia Mohammed Khazem, corporal 2nd rank

Weapon number: 84 MD 6151

Ammunition: 4 magazines with 120 cartridges in total

‘I did not fire a single shot last night because I did not receive any orders to do so. I was standing by the traffic control point facing the direction of Hamza. At a certain point I heard a car driving into an oil drum. The car continued driving in the direction of Hamza. I heard the Dutch people shouting “stop!” at the driver of the car that had broken through. Then I heard shots. When I saw that the Mercedes had stopped I also ran in that direction. I could not see who was standing on the left and right-hand sides of the road because it was dark.

Murtada Khazaat

Yasser Abd Alaal

Ahmed Shaker

Ali Hussein

The above-mentioned people came at 04:10 AM hours.’

Name: Sahib Jassim

Weapon number: 84 MV 7435

Ammunition: 4 magazines with 120 cartridges in total

‘During the first incident I was standing by the Traffic Control Point. I saw a truck driving from the direction of Hamza towards the traffic control point. The driver said that he was being followed by a car and he pointed to this car. The driver of the truck said that the car was an Opel. At a certain point there were many shots fired from the car. My colleagues reacted to this and all fired back at the car. We then moved into a 360 degree formation after which the car continued further.

During the second incident I was lying on the ground in an all-round by the traffic control point. I saw a car coming from the direction of Ar Rumayta. The car was travelling at high speed and thereby rammed into an oil drum. The car then drove straight through the traffic point and I heard that shots were fired. I cannot tell you anything else that would further explain the situation.”

3. Domestic proceedings

39. On 8 January 2007 the applicant’s counsel, Ms Zegveld, wrote via the registry of the Military Chamber to the public prosecution service attached to the Regional Court of Arnhem on behalf of the next of kin of Mr Azhar Sabah Jaloud. She asked to be informed of the outcome of the investigation into the latter’s death and any decisions made as to the prosecution of any suspects, with a view to bringing proceedings under Article 12 of the Code of Criminal Procedure (*Wetboek van Strafvordering*) (see below).

40. The public prosecutor replied on 11 January 2007, stating that the investigation had been closed in June 2004; that Mr Azhar Sabah Jaloud had presumably (*vermoedelijk*) been hit by an Iraqi bullet; that the Netherlands serviceman who had also fired at the vehicle was entitled to claim self-defence; and that for that reason no Netherlands service personnel had been designated as suspects.

41. On 1 February 2007 Ms Zegveld wrote to the public prosecutor asking, among other things, for the rules of engagement (ROE) and any reports of investigations by the Iraqi authorities to be added to the file.

42. The public prosecutor replied on 14 February, declining to accede to Ms Zegveld’s requests. Referring to the Court’s Chamber judgment in *Ramsabai and Others v. the Netherlands* (no. 52391/99, 10 November

2005), he stated that, since the procedure under Article 12 of the Code of Criminal Procedure did not involve the determination of a “criminal charge”, Article 6 of the Convention did not apply and so arrangements for access to the case file in such cases were different from those applicable in ordinary criminal proceedings.

43. On 2 October 2007 the applicant, represented by his counsel, Ms Zegveld and Mr Pestman, lodged a request under Article 12 of the Code of Criminal Procedure with the Arnhem Court of Appeal for the prosecution of Lieutenant A. He argued that there was nothing to support the suggestion that Mr Azhar Sabah Jaloud had been killed by an Iraqi bullet; that the number of shots fired by Lieutenant A. represented disproportionate violence; that Lieutenant A. had failed to fire a warning shot and had failed to heed Sergeant Teunissen’s order to cease firing; that, in accordance with Article 50 of the First Additional Protocol to the Geneva Conventions, Mr Azhar Sabah Jaloud ought to have been considered a civilian in the absence of any indications to the contrary and ought therefore not to have been subjected to aimed rifle fire; and that the use of lethal force by Lieutenant A. had been unnecessary in any event. He also relied on the statement made to the Iraqi police by the driver of the car, to the effect that the latter had been told to keep quiet about the involvement of Netherlands military personnel.

44. On 28 January 2008 the Chief Public Prosecutor (*hoofdofficier van justitie*) to the Regional Court of Arnhem wrote to the Chief Advocate General (*hoofdadvocaat-generaal*) to the Court of Appeal of Arnhem, recommending that the applicant’s request be dismissed. He appended a detailed statement by the public prosecutor who had taken the decision (in July 2004) not to prosecute Lieutenant A. According to the public prosecutor, while it had to be accepted that Lieutenant A. had fired at the car, it could not be proved that Lieutenant A. had caused the death of Mr Azhar Sabah Jaloud; moreover, even if such were the case, Lieutenant A. could reasonably have believed that he was under attack and needed to defend himself. The public prosecutor’s statement also contained the following passage.

“On the basis of United Nations Security Council Resolution 1483 the special responsibilities of the United States of America and the United Kingdom as occupying powers were recognised. Unlike the British forces, however, the Netherlands were not to be considered an occupying power in Iraq: SFIR counts as a peacekeeping operation [*vredesoperatie*] for the Netherlands. The Government’s point of view was that the role of the Netherlands armed forces should remain limited to supporting the British in their appointed territory in southern Iraq (Lower House of Parliament, 2002-23, no. 23432, no. 16). The legitimisation for the use of functional force by SFIR is not to be found in *jus in bello*, but in the Security Council mandate, the rules of engagement (ROE) based thereon, and the Netherlands instruction card for the use of force which

is derived from those. The ROE empower the use of force against any person who falls within the scope of the relevant rule. Accordingly, in certain cases such persons may be civilians. This also applies – as the instruction for the use of force reflects – to the inherent right of self-defence. The instructions and the objective of the commanding officer, seen in connection with the perceived threat, are decisive as to whether a soldier will make use of his powers to use force and, if so, how.”

45. The public prosecutor further argued that no violation of Article 2 of the Convention under its procedural head could be found, since the Convention did not bind Netherlands troops in Iraq, as the Netherlands troops had not exercised effective authority in Iraq.

46. On 1 February 2008 the Advocate General to the Court of Appeal of Arnhem submitted a written opinion expressing the provisional opinion that the decision not to prosecute had been sound. A Netherlands serviceman remained subject to Netherlands criminal jurisdiction wherever he might be in the world. However, United Nations Security Council Resolution 1483 indicated that cooperating States did not have the status of Occupying Powers, and the armed conflict had ended by the time of Mr Azhar Sabah Jaloud’s death. Moreover, even assuming the existence of an armed conflict in Iraq at the time, given the circumstances in which the incident had taken place, which were unrelated to the conflict as such, it would not be feasible to prosecute Lieutenant A. under war-crimes legislation. Under ordinary criminal law, Lieutenant A. would be entitled to claim self-defence. However, even without a conviction the Netherlands State might be in a position in which monetary compensation *ex gratia* was appropriate.

47. The Court of Appeal held a hearing on 18 March 2008. The applicant’s representative, Ms Zegveld, asked for certain investigative measures, including the addition to the file of copies and, where necessary, translations of the ROE and the pertinent instructions based thereon; the Iraqi autopsy report; the statement by Mr Dawoud Joad Kathim to the Iraqi police; and the questioning of the Iraqi interpreter, Mr Madjied, in connection with Mr Dawoud Joad Kathim’s allegation that the interpreter had told him to keep silent about the involvement of Netherlands troops. She also queried the finding that shots had been fired by Iraqi personnel and argued that Lieutenant A.’s actions had gone beyond legitimate self-defence.

48. The Court of Appeal gave its decision on 7 April 2008. It declined to order further investigative measures, taking the view that the lapse of time since the incident had made any further such measures pointless. It refused to order the prosecution of Lieutenant A. Its reasoning read, *inter alia*, as follows.

“The legitimation for the functional use of force in the area in issue is laid down in the ROE and the SFIR Instructions on the use of force, revised version of 24 July

2003, which are derived from that document. Counsel has asked the Court of Appeal in camera to make the ROE available. These, however, are not included in the file, [and] neither the Court of Appeal nor the Advocate General have them. The test in the present case will be carried out under the SFIR Instructions on the use of force. It is indicated in this instruction that the use of force is permitted, *inter alia*, in self-defence and in defence of own troops and other persons designated by the MND (SE) Commander. On the subject of aimed fire, it is mentioned in this instruction that aimed fire may be given if [an SFIR member himself], own troops or persons under his protection are threatened with violence that may cause serious bodily harm or death and there are no other ways to prevent this. Examples given include cases in which a person fires or aims his weapon at the person concerned, own troops or persons under his protection and in which a person deliberately drives a car into the person concerned, own troops or persons under his protection.

It appears from the file that [Lieutenant A.], who was investigating traces relating to a shooting incident that had taken place shortly before in which shots had been fired from a car, was confronted on the spot with a car that ignored the VCP and came in his direction at high speed. At that moment shots were fired. [Lieutenant A.] assumed that the shots were being fired from the car. This assumption is entirely understandable, in view of the fact that [Lieutenant A.] was not required to expect that shots would be fired from own or friendly units – the Netherlands servicemen present, or the members of the ICDC present – in his direction. It makes no difference that counsel has argued that others present on the spot made a different assessment of the situation. After all, [Lieutenant A.] was in a different position and did not observe the situation in the same way as the other group on the opposite side of the road, which moreover was using an image intensifier. Nor does the fact that [Lieutenant A.] fired at the moment when the car had passed make any difference, given that shortly before the post had been fired at by a vehicle distancing itself therefrom and [Lieutenant A.] had, as he has indicated, to consider the fact that there were friendly troops on the other side of the road whom he did not wish to draw into his line of fire. Counsel has further suggested that [Lieutenant A.] could have fired a warning shot. Pursuant to the Instructions on the use of force a warning shot shall be fired only if the operational conditions admit of it and there is no need to do so, for example, if the person concerned or others in the direct vicinity are under armed attack.

In view of the above the Court of Appeal considers that [Lieutenant A.] could reasonably [have] believe[d] that he and his own troops were under fire and that, on this assumption, he acted within the limits of the applicable instructions on the use of force.

The Court of Appeal therefore finds that the Public Prosecutor rightly declined to bring a prosecution.”

B. Weapons used in the incident

1. Diemaco C7A1

49. The Diemaco C7A1 infantry rifle is the standard weapon issued to the Netherlands military. Of Canadian manufacture, it is a development of the better-known American-designed Armalite AR-15/Colt M16 rifle. It is capable of automatic and semi-automatic fire. The magazine issued to the Netherlands armed forces as standard holds up to thirty rounds. Its rate of fire in automatic mode is 700 to 940 rounds per minute.

50. Like the AR-15/M16, the Diemaco rifle fires the 5.56 by 45 mm (or 5.56 NATO) cartridge. The bullet yaws and frequently fragments when it hits a body at high velocity, causing severe damage to tissue.

2. Kalashnikov AK-47

51. The Kalashnikov AK-47 rifle was originally designed and manufactured in the Soviet Union but clones have been produced in many countries. Formerly the main weapon of Warsaw Pact infantry, it and its clones are today issued to the military of many countries, including local forces in Iraq.

52. Like the AK-47 itself, its ammunition, the 7.62 by 39 mm cartridge, is produced in large quantities by many manufacturers. The standard bullet has considerable penetrating power; however, when it hits a body without passing right through, it too can yaw and fragment, producing much the same effects as the 5.56 mm NATO bullet.

C. The Netherlands military presence in Iraq

1. General background

53. From July 2003 until March 2005 Netherlands troops participated in the Stabilisation Force in Iraq (SFIR) in battalion strength. They were stationed in the province of Al-Muthanna as part of Multinational Division South-East (MND-SE), which was under the command of an officer of the armed forces of the United Kingdom.

54. The participation of Netherlands forces in MND-SE was governed by a memorandum of understanding (MOU) between the United Kingdom and the Kingdom of the Netherlands, to which ROE were appended. Both documents were classified as confidential and remain so.

55. Netherlands military personnel were issued with an *aide-mémoire* drawn up by the Netherlands Chief of Defence Staff (*Chef Defensiestaf*). This was a reference document containing a summary of the ROE. They

were also issued with Instructions on the Use of Force (*Geweldsinstructie*), likewise drawn up by the Chief of Defence Staff.

56. As to the occupation of Iraq between 1 May 2003 and 28 June 2004, see generally *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 55721/07, §§ 9-19, ECHR 2011.

2. *The letter to the Lower House of Parliament*

57. On 6 June 2003 the Minister of Foreign Affairs (*Minister van Buitenlandse Zaken*) and the Minister of Defence (*Minister van Defensie*) together sent a letter to the Lower House of Parliament (*Tweede Kamer der Staten-Generaal*) on the situation in the Middle East (Lower House of Parliament, Parliamentary Year 2002-03, no. 23,432, no. 116), setting out, in particular, the reasons for which the government had decided to send Netherlands forces to take part in SFIR and providing background information. The relevant parts of this letter read as follows.

“As requested by the British, the Netherlands units will be deployed in the south of Iraq, in the province of Al-Muthanna ... This province comes within the responsibility of a British division. The operational line of command thus runs via British divisional headquarters and then via American headquarters in Baghdad to American Central Command (CENTCOM) which coordinates military direction.

...

Mandate/Legal basis

The basis for sending Netherlands troops to Iraq is to be found in United Nations Security Council Resolution 1483. The Government is of the opinion that the provisions of this Resolution provide such a basis. The Resolution is explicitly based on Chapter VII of the United Nations Charter, and in its first paragraph appeals to member States and organisations ‘to assist the people of Iraq in their efforts to reform their institutions and rebuild their country, and to contribute to conditions of stability and security in Iraq in accordance with this Resolution’. More generally, the penultimate operational paragraph of Resolution 1483 calls upon member States and international and regional organisations ‘to contribute to the implementation of this Resolution’. The report of the Security Council meeting at which this Resolution was adopted makes it clear that there was broad consensus as regards the starting-point that this Resolution provides a basis for member States to send troops to Iraq, within the framework drawn by the resolution.

The Resolution makes it clear in its Preamble that there is a distinction to be drawn between the United States of America and the United Kingdom, which are active in Iraq in the capacity [*hoedanigheid*] of occupying powers, and States which do not have that capacity. This finding by the Security Council in a resolution adopted under Chapter VII of the United Nations Charter must be understood as an authoritative opinion as to the status of the participating States, an opinion that is binding on the United Nations member States.

Paragraph 5 of the resolution makes a clear appeal to ('calls upon') all the countries concerned (including the countries that are not present as occupying powers) 'to comply fully with their obligations under international law including in particular the Geneva Conventions of 1949 and the Hague Regulations of 1907'. The Netherlands will heed this call.

...

Influence

The Stabilisation Force will consist of a coalition of participating countries led by the United States of America and the United Kingdom. It is important that the other troop-contributing countries should be sufficiently involved in the determination of the security force's general political-military policy and the exchange of information. To that end, the United Kingdom will set up a 'Committee of Contributors' for the British sector, which will enable close consultation between government representatives, analogous to the procedure which the British have set up for ISAF [the International Security Assistance Force, deployed in Afghanistan] and which is now also followed by the Netherlands and Germany for ISAF. Troop-contributing countries will also be involved in military direction through national representatives in the operational headquarters.

...

Instructions for the use of force (rules of engagement)

'Rules of engagement' (ROE) are instructions to military units which set out the circumstances, conditions, degree and modality of the permitted use of force. Their content is not made public. The ROE are drawn up on the basis of military-operational and legal considerations. These include considerations relating to humanitarian law and the laws of war, as well as political/diplomatic considerations. This is done with reference to a NATO document in which guidelines are set out for ROE.

As is the practice in other peace operations, it is provided that the Netherlands shall take over the ROE of the 'lead nation', in this case the United Kingdom. The Netherlands can make changes to the instructions for the use of force based on domestic directives and considerations. Although the ROE have not yet been finalised, the Government intends them to be robust, which means among other things that there should be wide powers for 'force protection' and the creation of a safe and stable environment. On this basis, the Government assumes that the ROE will offer sufficient possibility for carrying out the tasks even in the face of hostilities or riots.

Command structure

The entire operation in Iraq is under the command of CENTCOM, in which a Coalition Forces Land Component Commander (CFLCC) directs the operation from Baghdad. For that purpose, Iraq is divided into four sectors. The sectors in northern Iraq and around Baghdad will be led by the United States of America. Poland is in charge of a sector and the United Kingdom is in charge of the south of Iraq. The Netherlands battalion will be under the operational control of the British division as an independent unit [*zelfstandige eenheid*]. Within the framework of NATO support

for Poland it has been decided to station some Netherlands personnel in Polish headquarters. Besides, the Polish sector adjoins the American sector and the presence of Netherlands personnel facilitates better overall coordination.

Incidentally [*Overigens*], the Netherlands will retain ‘full command’ [English in the original] over Netherlands military personnel at all times. The Chief of Defence Staff will guard the mandate and the military objective of the Netherlands troops. If necessary, he will give further directions in the name of the Minister of Defence.”

3. *Royal Military Constabulary presence in Iraq*

58. There was a Royal Military Constabulary unit attached to the Netherlands forces in Iraq. The applicant stated that they shared the living quarters of the regular troops.

D. Instructions to Netherlands SFIR personnel

59. The respondent Government have submitted versions issued on 24 July 2003 of the *aide-mémoire* for SFIR commanders and the SFIR soldier’s card as issued to Netherlands personnel. As relevant to the case before the Court, they read as follows (translations by the Court, English-language expressions used in the Dutch original in italics throughout).

1. *The aide-mémoire for SFIR commanders*

“This instruction sheet contains a simplified rendering, drawn up for commissioned and non-commissioned officers, of the rules of engagement (ROE) for MND (SE) and the Netherlands restrictions applied to them. In case of doubt, consult the English-language text of the ROE and the Netherlands declarations pertaining thereto. Where this sheet differs from the ROE and the Netherlands declarations, the ROE and the Netherlands declarations shall take precedence.

MISSION

1. Your mission is to contribute to the creation of a safe and stable environment in Iraq to make possible the reconstruction of the country and the transition to representative self-government. The use of strictly necessary force is permitted as set out below.

GENERAL RULES

2. Use of force is permitted only if other means are insufficient. Note the following:
- (a) in all circumstances, use no greater force than is strictly necessary to carry out your task;
 - (b) collateral damage (to persons or goods) must be prevented as much as possible.

SELF-DEFENCE

3. The use of strictly necessary force, including force that may cause death or serious bodily harm (*deadly force*) and involving the use of permitted weapons, is permitted:

- (a) to defend yourself;
- (b) to prevent the theft or destruction of property belonging to SFIR that is essential for the execution of the mission.

USE OF FORCE FOR OTHER REASONS

4. The use of strictly necessary force, including force that may cause death or serious bodily harm (*deadly force*) and involving the use of permitted weapons, apart from the right to self-defence, is permitted:

- (a) to defend one's own troops and other persons designated by the MND (SE) Commander (*designated persons*);
- (b) to prevent the theft or destruction of goods designated by the MND (SE) Commander (*designated property*);
- (c) to prevent unauthorised access to military installations belonging to SFIR and other places designated by the MND (SE) Commander (including *designated property*) (for example *Military Restricted Areas*);
- (d) for the purpose of apprehending, searching and disarming enemy units if they endanger the safety of SFIR units or other persons designated by the MND (SE) Commander in the execution of the mission;
- (e) against hostile acts and hostile intent;
- (f) as ordered by your on-scene commander.

...

WARNING PROCEDURE

6. If operational circumstances permit, a warning that fire will be opened must be given beforehand. Some examples of situations in which it is permitted to open fire without warning are:

- (a) if you yourself or others in your immediate vicinity are under armed attack; or
- (b) if giving a warning will increase the risk that you or any other person may be killed or seriously wounded.

7. You give warning by calling out:

in English:

'STABILISATION FORCE! STOP OR I WILL FIRE!'

followed by, in the local language,

‘OEGAF DFEE-SJ! AU-OE ILLA ARMIE BILL NAAR!’² (Stop, army! Or I will fire!)

8. If the warning is not heeded, you may fire a warning shot as ordered by the on-scene commander or on the basis of existing standing orders.

HOSTILE ACT AND HOSTILE INTENT

9. A *hostile act* is an aggressive act amounting to an attack or a threatened attack using force that may result in death or serious injury directed against one’s own troops, designated persons or designated property. The following are examples (not an exhaustive enumeration) of hostile acts:

(a) a person firing at you, at your own troops or designated persons or designated property;

(b) a person placing explosives or incendiary devices or throwing them at you, at your own troops, or at designated persons or designated property;

(c) a person deliberately driving a car into you, or into your own troops, or designated persons, or designated property.

...

REQUIREMENT TO USE ONLY STRICTLY NECESSARY FORCE

11. Whenever it is permitted to use force, you are obliged to limit the amount of force to what is strictly necessary. Take all possible precautions to prevent escalation and limit collateral damage as much as possible. It is forbidden to attack civilians as such, except in case of self-defence. It is forbidden to attack property which is strictly civilian or religious in character, unless this property is used for military purposes.

12. If you must open fire, you are obliged:

(a) to fire only aimed shots;

(b) to fire no more shots than is necessary; and

(c) to take all necessary precautions to prevent collateral damage (to persons and property); and

(d) to cease firing as soon as the situation so permits. You must then secure the area and take care of any wounded.

OTHER COMMAND GUIDELINES

...

18. Prevent, and report up the line of command, any suspected crimes against the humanitarian laws of war.”

2. Transliteration using Dutch orthography

2. *The SFIR soldier's card*

“MISSION

1. Your mission is to contribute to the creation of a safe and stable environment in Iraq to make possible the reconstruction of the country and the transition to representative self-government.

USE OF FORCE

2. Use of force is permitted in the following cases:

- (a) in self-defence;
- (b) in defence of one's own troops and other persons designated by the MND (SE) Commander;
- (c) to prevent the theft or destruction of property belonging to SFIR that is essential for the execution of the mission and other property designated by the MND (SE) Commander;
- (d) to prevent unauthorised access to military installations belonging to SFIR and other places designated by the MND (SE) Commander (including designated property) (for example *Military Restricted Areas*);
- (e) for the purpose of apprehending, searching and disarming enemy units if they endanger the safety of SFIR units or other persons designated by the MND (SE) Commander in the execution of the mission;
- (f) as ordered by your on-scene commander.

GENERAL RULES

3. Use of force is permitted only if other means are insufficient. Note the following:
- (a) try to avoid escalation;
 - (b) in all circumstances, use no greater force than is strictly necessary to carry out your task;
 - (c) collateral damage (to persons or goods) must be prevented as much as possible.
4. Persons who attack you or others, or who make or force unauthorised entry into SFIR military installations or other places designated by the MND (SE) Commander, may be apprehended and searched for the purpose of disarming them until it is established that they no longer have access to weapons with which you or others can be killed or wounded. You may seize dangerous objects and if necessary disable them – for immediate use – if these objects endanger persons, property or the execution of the mission.
5. As soon as the execution of the mission so allows, apprehended persons must be handed over to the competent Iraqi or occupying (UK) authorities.
6. Treat everyone humanely.

7. Collect the wounded and take care of them, regardless of the faction to which they belong.

8. Do not collect 'war trophies'.

9. Prevent violations of the humanitarian laws of war and report any violations and suspected violations to your commander.

10. Report all use of force to your commander.

WARNINGS AND WARNING SHOTS

11. If the situation permits, you are obliged to give warning before firing aimed shots. You warn that you will fire if [the persons addressed] do not halt, or do not cease the endangering act.

You give warning by calling out:

in English:

'STABILISATION FORCE! STOP OR I WILL FIRE!'

followed by, in the local language,

'OEGAF DFEE-SJ! AU-OE ILLA ARMIE BILL NAAR!' (Stop, army! Or I will fire!)

12. If the warning is not heeded, you may fire a warning shot as ordered by the on-scene commander or on the basis of orders given to you.

AIMED FIRE

13. You may open aimed fire if you yourself, your own troops or persons under your protection are threatened with violence that may cause serious bodily harm or death and there are no other ways to prevent this.

Here are some examples:

– you may fire at a person who is firing or aiming his weapon at you, at your own troops or persons under your protection;

– you may fire at a person who is placing explosives or incendiary devices or throwing them or preparing to throw them at you, at your own troops or persons under your protection;

– you may fire at a person who is deliberately driving a car into you, your own troops or persons under your protection.

MINIMUM FORCE

14. If you have to open fire, you must:

– fire only aimed shots;

– fire no more shots than is necessary; and

– cease firing as soon as the situation allows.

15. It is forbidden to use deliberate force against civilians, unless this is necessary for self-defence.

16. It is forbidden to attack property with a strictly civilian or religious character, unless:

(a) this property is used for military purposes; and

(b) your commander orders you to.

17. It is forbidden to simulate an attack or other aggressive actions.

18. The use of tear gas is forbidden.”

E. The Royal Military Constabulary

60. The Royal Military Constabulary is a branch of the armed forces, on a level with the Royal Navy (*Koninklijke Marine*), the Royal Army (*Koninklijke Landmacht*) and the Royal Air Force (*Koninklijke Luchtmacht*). Its members have military status and hold military rank. It has its own line of command; its commanding officer holds the rank of lieutenant general (*luitenant-generaal*) and is directly answerable to the Minister of Defence.

61. The duties of the Royal Military Constabulary, as relevant to the present case, include “carrying out police duties for Netherlands and other armed forces, as well as international military headquarters, and persons belonging to those armed forces and headquarters” (section 6(1)(b) of the 1993 Police Act (*Politiewet 1993*)).

62. Members of the Royal Military Constabulary undergo both military and police training. Non-commissioned officers holding the rank of sergeant (*wachtmeester*) or higher may be appointed as civil servants invested with investigative powers (*opsporingsambtenaren*), and certain categories of commissioned officers may be appointed as assistant public prosecutors (*hulpofficieren van justitie*).

63. In their capacity as military police or military police investigators, Royal Military Constabulary personnel are subordinate to the public prosecutor to the Regional Court of Arnhem.

F. The Military Chamber of the Arnhem Court of Appeal

64. At the relevant time, Article 9 of the Code of Military Criminal Procedure (*Wet militaire strafrechtspraak*) provided that the benches of the Military Chamber of the Arnhem Court of Appeal should consist of two judges of the Court of Appeal, one of whom should preside, and one military member. The military member should be a serving officer holding the rank of captain (*kapitein ter zee*, Royal Navy), colonel (*kolonel*, Royal Army), group captain (*kolonel*, Royal Air Force) or higher, who was

also qualified for judicial office; he was promoted to the titular rank of commodore (*commandeur*, Royal Navy), brigadier (*brigadegeneraal*, Royal Army) or air commodore (*commodore*, Royal Air Force) if he did not already hold that substantive rank. He could not be a member of the Royal Military Constabulary. The military member was appointed for a term of four years, renewable once for a further such term; compulsory retirement was at the age of sixty (Article 6 § 4 of the Code of Military Criminal Procedure).

65. Section 68(2) of the Judiciary (Organisation) Act (*Wet op de rechterlijke organisatie*) provides that the military members of the Military Chamber of the Arnhem Court of Appeal participate as judges on an equal footing with their civilian colleagues and are subject to the same duties of confidentiality (sections 7 and 13 of that Act) and functional independence and impartiality (section 12); and also that they shall be subject to the same scrutiny of their official behaviour as civilian judges (sections 13a-13g). The latter involves review of specific behaviour by the Supreme Court (*Hoge Raad*), initiated, at the request of an interested party or *proprio motu*, by the Procurator General (*procureur-generaal*) to the Supreme Court.

G. Relevant domestic law and procedure

66. The provisions of domestic law which are relevant to the case are the following:

1. The Constitution of the Kingdom of the Netherlands

Article 97

“1. There shall be armed forces for the defence and protection of the interests of the Kingdom, and in order to maintain and promote the international legal order.

2. The Government shall have supreme authority over the armed forces.”

2. The Criminal Code (Wetboek van Strafrecht)

Article 41

“1. Anyone who commits an act which is necessary in order to defend his own or someone else’s physical integrity [*lijf*], sexual integrity [*eerbaarheid*] or property against immediate unlawful assault shall not be liable for punishment in respect of that act.

2. A transgression of the limits of necessary defence shall not be punishable if it has been caused by a strong emotion occasioned, with immediacy, by an assault.”

Article 42

“Anyone who commits an act prescribed by law shall not be liable for punishment in respect thereof.”

Article 43

“1. Anyone who commits an act for the purpose of carrying out an official order given by the authority invested with the relevant competence shall not be liable for punishment in respect thereof.

2. An official order given without the necessary competence does not confer impunity unless it was considered by the subordinate in good faith as having been given [by an authority acting within their competence] and obedience thereto lay within the ambit of his subordination.”

3. *The Military Criminal Code (Wetboek van Militair Strafrecht)*

Article 4

“Netherlands criminal law shall apply to military personnel who commit any punishable act outside the Netherlands.”

Article 38

“1. Anyone who commits an act permitted under the laws of war within the limits of his competence, or who could not be punished without violating a treaty in force between the Netherlands and the power with which the Netherlands is at war or any regulation adopted pursuant to such a treaty, shall not be liable for punishment.

2. A serviceman who uses force in the lawful execution of his task and consistent with the rules laid down for that task shall not be liable for punishment.”

Article 71

“In this Code the expression ‘war’ shall be understood to include an armed conflict that cannot be considered a war properly so-called and in which the Kingdom is involved, whether for individual or collective self-defence or for the restoration of international peace and security.”

Article 135

“The expression ‘service instruction’ [*dienstvoorschrift*] shall mean a written decision of general purport given in the form of, or pursuant to, an order in council for the Kingdom or for one of the countries of the Kingdom [*bij of krachtens algemene maatregel van rijksbestuur of van bestuur dan wel een bij of krachtens landsverordening onderscheidenlijk landsbesluit gegeven schriftelijk besluit van algemene strekking*] that concerns a military service interest of whatever nature [*enig militair dienstbelang*] and comprises an order or a prohibition directed to military personnel.” [footnotes omitted]

4. *The Military Criminal Procedure Act (Wet Militaire Strafrechtspraak)*

Section 1

“...

3. The Code of Criminal Procedure shall apply unless this Act deviates from it.”

Section 8

“ ...

2. Within the Court of Appeal of Arnhem a multi-judge chamber, to be called the Military Chamber, shall have exclusive competence to consider appeals against appealable judgments of the Military Chambers of the Regional Court mentioned in section 3 [i.e. the Arnhem Regional Court]. This Chamber shall also consider complaints under Article 12 of the Code of Criminal Procedure.”

5. *The Code of Criminal Procedure* (Wetboek van Strafvordering)

Article 12

“1. If the perpetrator of a punishable act is not prosecuted, or if the prosecution is not pursued to a conclusion, then anyone with a direct interest [*rechtstreeks belanghebbende*] may lodge a written complaint with the Court of Appeal within whose area of jurisdiction the decision has been taken not to prosecute or not to pursue the prosecution to a conclusion.

...”

Article 148

“1. The public prosecutor shall be charged with the investigation of criminal acts which are triable by the regional court to which he is appointed, as well as the investigation, within the area of that regional court’s jurisdiction, of criminal acts triable by other regional courts or district courts.

2. To that end, he shall give orders to the other persons charged with [such] investigation. ...”

H. Relevant domestic case-law

1. *The Eric O. case*

67. On 27 December 2007, Sergeant Major (*sergeant-majoor*) Eric O. of the Royal Marines (*Korps Mariniers*), while leading a unit charged with salvaging the contents of a container lying alongside the “Jackson” route, fired a warning shot into the ground to deter a group of looters. The bullet ricocheted off the surface, mortally wounding a looter.

68. Sergeant Major O. was prosecuted for disobeying official instructions in that he had allegedly used force going beyond what was permitted by the *aide-mémoire* and the Instructions on the Use of Force, or in the alternative, negligent killing.

69. Following an appeal by the prosecution against an acquittal at first instance, the Military Chamber of the Court of Appeal of Arnhem acquitted Sergeant Major O. In its judgment of 4 May 2005, *Landelijk Jurisprudentie Nummer* (National Jurisprudence Number, “LJN”) AT4988, it held that

the ROE constituted official instructions despite their secrecy. It went on to find that Sergeant Major O. had acted within the constraints of the ROE and had not been negligent.

2. *The Mustafić and Nuhanović cases*

70. In 1992 Bosnia and Herzegovina declared independence from the Socialist Federal Republic of Yugoslavia. A war ensued that was to continue until December 1995. By its Resolution 743 (1992) of 21 February 1992, the Security Council of the United Nations set up a United Nations Protection Force (UNPROFOR). Troop-contributing nations included the Netherlands, which provided a battalion of airmobile infantry. This battalion, known as “Dutchbat”, was deployed as a peacekeeping force under United Nations command in and around the town of Srebrenica in eastern Bosnia, which was then held by the Bosniac-dominated government of the Republic of Bosnia and Herzegovina.

71. On 10 July 1995 Bosnian Serb forces attacked the Srebrenica “safe area” in overwhelming force. They overran the area and took control despite the presence of Dutchbat, which in the end was left in control only of a compound in the village of Potočari. In the days that followed, Bosniac men who had fallen into the hands of the Bosnian Serb forces were separated from the women and children and killed. It is now generally accepted as fact that upwards of 7,000, perhaps as many as 8,000 Bosniac men and boys died at the hands of the Bosnian Serb forces and of Serb paramilitary forces in what has come to be known as the “Srebrenica massacre”.

72. Civil cases have been brought in the Netherlands courts against the Netherlands State by surviving relatives of three men killed in the Srebrenica massacre in July 1995.

73. The plaintiffs in the first case (*Mustafić v. the State of the Netherlands*) are surviving kin of an electrician who was a *de facto* employee of Dutchbat but did not enjoy any status conferred to persons employed by the United Nations directly. They alleged that the Netherlands State committed a breach of contract in that the Dutchbat deputy commander had refused to let him stay with his family in the compound at Potočari, as a result of which he was made to leave the compound that same day, whereas the Dutchbat leadership ought to have protected him by keeping him inside and evacuating him with Dutchbat itself. In the alternative, they alleged a tort. The plaintiff in the second case (*Nuhanović v. the State of the Netherlands*) was himself a *de facto* employee of Dutchbat, for which he worked as an interpreter but also without the status of United Nations employee; he is the son of one man killed in the massacre and the brother of another. He

alleged a tort in that the Dutchbat deputy commander had turned the two men out of the compound.

74. On 6 September 2013 the Supreme Court gave judgment in both cases (LJN BZ9225, *Nuhanović*, and LJN BZ9228, *Mustafić*). As relevant to the case before the Court, these judgments, which in their essential parts are identical, read as follows (excerpt from the *Nuhanović* judgment, translation by the Supreme Court itself).

“3.10.1. Part 1 of the cassation appeal submits that in findings of law 5.7 and 5.8 of the interim judgment the Court of Appeal has failed to recognize that a UN troop contingent that has been established in accordance with Chapter VII of the UN Charter and has been placed under the command and control of the United Nations – in this case UNPROFOR, of which Dutchbat formed part – is an organ of the United Nations. This means that attribution of the conduct of such a troop contingent should be made by reference to article 6 DARIO [i.e. the International Law Commission’s Draft Articles on the Responsibility of International Organizations (Sixty-third session of the International Law Commission, UN Doc A/66/10, to appear in Yearbook of the International Law Commission, 2011, vol. II, Part Two)] and not by reference to article 7 DARIO. According to this part of the appeal, application of article 6 DARIO means that Dutchbat’s conduct should, in principle, always be attributed to the United Nations.

3.10.2. It is apparent from the Commentary on article 7 DARIO ... that this attribution rule applies, *inter alia*, to the situation in which a State places troops at the disposal of the United Nations in the context of a UN peace mission, and command and control is transferred to the United Nations, but the disciplinary powers and criminal jurisdiction (the ‘organic command’) remain vested in the seconding State. It is implicit in the findings of the Court of Appeal that this situation occurs in the present case. After all, in finding of law 5.10 of the interim judgment the Court of Appeal has held – and this has not been disputed in the cassation appeal – that it is not at issue that the Netherlands, as the troop-contributing State, retained control over the personnel affairs of the military personnel concerned, who had remained in the service of the Netherlands, and retained the power to punish these military personnel under disciplinary and criminal law. The submission in part 1 of the cassation appeal that the Court of Appeal has failed to apply the attribution rule of article 6 DARIO and has instead wrongly applied the attribution rule of article 7 DARIO therefore fails.

3.11.1. Part 2 of the cassation appeal consists of a series of submissions directed against findings of law 5.8-5.20 of the interim judgment, in which the Court of Appeal has defined the criterion of effective control in applying the attribution rule of article 7 DARIO to the present case.

3.11.2. In so far as these grounds of appeal are based on the submission that international law excludes the possibility that conduct can be attributed both to an international organization and to a State and that the Court of Appeal therefore wrongly proceeded on the assumption that there was a possibility that both the United Nations and the State had effective control over Dutchbat’s disputed conduct, they are based on an incorrect interpretation of the law. As held above at 3.9.4., international

law, in particular article 7 DARIO in conjunction with article 48 (1) DARIO, does not exclude the possibility of dual attribution of given conduct.

It follows that the Court of Appeal was able to leave open whether the United Nations had effective control over Dutchbat's conduct in the early evening of 13 July 1995. Even if this was the case, it does not necessarily mean that the United Nations had exclusive responsibility.

3.11.3. In so far as it is submitted in these grounds of the cassation appeal that the Court of Appeal has applied an incorrect criterion in assessing whether the State had effective control over Dutchbat at the moment of the disputed conduct, they too are based on an incorrect interpretation of the law. For the purpose of deciding whether the State had effective control it is not necessary for the State to have countermanded the command structure of the United Nations by giving instructions to Dutchbat or to have exercised operational command independently. It is apparent from the Commentary on article 7 DARIO ... that the attribution of conduct to the seconding State or the international organization is based on the factual control over the specific conduct, in which all factual circumstances and the special context of the case must be taken into account. In the disputed findings of law the Court of Appeal has examined, in the light of all circumstances and the special context of the case, whether the State had factual control over Dutchbat's disputed conduct. The Court of Appeal has not therefore interpreted or applied the law incorrectly."

It followed that the Court of Appeal's judgment finding the Netherlands State responsible for the deaths of the three men could stand.

I. Other domestic documents

1. Evaluation report on the application of military criminal procedure in operations abroad

75. This report, dated 31 August 2006, was drawn up by a committee consisting of a senior civil servant, a former chief advocate general to the Arnhem Court of Appeal and a judge. It was commissioned by the Minister of Defence at the request of the Lower House of Parliament in the wake of the commotion caused by the *Eric O.* case (see §§ 67-69 above).

76. Among the subjects discussed in this report is jurisdiction within the meaning of Article 1 of the Convention. On this point, the report states (p. 30):

"The formal extraterritorial effect of the Convention would appear limited to certain specific cases. This does not alter the fact that the standards flowing from the Convention are of general importance to Netherlands military operations abroad. In particular, important basic standards arise from the Convention which can apply to criminal investigations into the use of force that has caused death or wounding. ..."

There follows an analysis of domestic case-law on the substantive and procedural aspects of Article 2 in the light of the Court's case-law.

77. The report makes mention of changes already introduced in prosecution policy and the way in which ROE and other instructions are relayed to field commanders following the *Eric O.* case. It suggests further adjustments.

78. Criticism of the lack of preparation of Royal Military Constabulary personnel for police work in foreign theatres of operation is confirmed, but by 2006 “much has been invested in improving the quality of military policing” and more is to be done in the months to come.

79. Similarly, the report states that the public prosecution service, which is composed of civilian lawyers, has on occasion been found lacking in “situational awareness”. This has led to over-hasty decisions to prosecute military personnel, the *Eric O.* case being cited as a case in point. However, here also, improvements are observed.

80. The shooting incident which led to the present application is mentioned among the real-life cases studied by the committee, but is not discussed in detail.

2. *The report of the Van den Berg Committee*

81. In response to allegations that Iraqi citizens had been maltreated or even tortured by Netherlands military personnel, the Minister of Defence ordered an inquiry by an official committee. This committee included a former member of parliament (its chairman, Dr J.T. van den Berg, from whom the committee takes its name), a serving member of parliament, a retired lieutenant general and a retired rear admiral.

82. A report of the committee’s findings was published in June 2007. It is stated that an earlier version of the report was read and commented on by two legal experts, one of these being Ms Zegveld, now the applicant’s representative.

83. The report mentions friction within the Royal Military Constabulary unit, which is stated, *inter alia*, to have been inadequately trained for police-type criminal investigations, and tensions between the Royal Military Constabulary unit and the Royal Marines battalions, which were the first Netherlands contingents to be sent to Iraq (preceding the Royal Army battalion stationed there at the time of the death of Mr Azhar Sabah Jaloud).

84. The report also states that the Netherlands was not an “Occupying Power” and for that reason had made certain caveats: among other things, Netherlands troops were not empowered to keep any persons interned or to prosecute crimes. Anyone arrested by Netherlands troops had to be handed over to either the United Kingdom military or to the Iraqi authorities, depending on the nature of the suspicion. “Conversations” with persons so arrested were permitted within the context of force protection.

85. The report addresses the question whether persons outside the Kingdom of the Netherlands in an area where Netherlands troops are operating in an armed conflict can be said to be within Netherlands jurisdiction. It answers this question in the affirmative.

86. The Minister of Defence presented this report to the Lower House of Parliament on 18 June 2007, with a covering letter commenting on some of its findings but endorsing the conclusions.

3. *The final evaluation report*

87. A final evaluation report was published after the completed withdrawal of the last Netherlands contingent. It states that the Netherlands government added a number of “caveats” (limitations) to the tasks of the Netherlands troops. These caveats were that the Netherlands would not assume any administrative duties and would not deploy “executive law-enforcement development activities”. They were inspired by the desire not to be considered a *de facto* Occupying Power.

88. As to the choice of methods, the report states that initially the intention was not to lay any great stress on the military presence, and to avoid as much as possible the use of patrols and checkpoints. In practice, however, it turned out that security could best be provided by means of frequent patrols, both by day and by night, and by setting up vehicle checkpoints on routes potentially used by criminals or terrorists.

89. Elsewhere the report states that there were a number of incidents in which Netherlands troops were fired at, a number of which had taken place at vehicle checkpoints. In the cases where Iraqis were wounded or killed, no acts contravening the ROE had been established. The report mentions that one Iraqi wounded by Netherlands fire spent several weeks in the Netherlands for treatment.

J. Relevant international law

1. *The Hague Regulations*

90. The definition of an Occupying Power, and its duties as relevant to the case before the Court, can be found primarily in Articles 42 to 56 of the Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land (The Hague, 18 October 1907 – “the Hague Regulations”).

91. Articles 42 and 43 of the Hague Regulations provide as follows.

Article 42

“Territory is considered occupied when it is actually placed under the authority of the hostile army. The occupation extends only to the territory where such authority has been established and can be exercised.”

Article 43

“The authority of the legitimate power having in fact passed into the hands of the occupant, the latter shall take all the measures in his power to restore, and ensure, as far as possible, public order and safety, while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the country.”

2. *The Fourth Geneva Convention*

92. Articles 27 to 34 and 47 to 78 of the Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (Geneva, 12 August 1949 – “the Fourth Geneva Convention”) set out the obligations of an Occupying Power in detail. Articles 6 and 29 of the Fourth Geneva Convention provide as follows.

Article 6

“The present Convention shall apply from the outset of any conflict or occupation mentioned in Article 2.

In the territory of Parties to the conflict, the application of the present Convention shall cease on the general close of military operations.

In the case of occupied territory, the application of the present Convention shall cease one year after the general close of military operations; however, the Occupying Power shall be bound, for the duration of the occupation, to the extent that such Power exercises the functions of government in such territory, by the provisions of the following Articles of the present Convention: 1 to 12, 27, 29 to 34, 47, 49, 51, 52, 53, 59, 61 to 77, and 143.”

Article 29

“The Party to the conflict in whose hands protected persons may be, is responsible for the treatment accorded to them by its agents, irrespective of any individual responsibility which may be incurred.”

3. *United Nations Security Council Resolutions*

93. The Security Council of the United Nations (“the Security Council”) adopted Resolution 1483 (2003) at its 4761st meeting on 22 May 2003. As relevant to the case before the Court, it reads as follows:

“*The Security Council,*

Recalling all its previous relevant resolutions,

Reaffirming the sovereignty and territorial integrity of Iraq,

...

Noting the letter of 8 May 2003 from the Permanent Representatives of the United States of America and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland

to the President of the Security Council (S/2003/538) and recognizing the specific authorities, responsibilities, and obligations under applicable international law of these states as occupying powers under unified command (the 'Authority'),

Noting further that other States that are not occupying powers are working now or in the future may work under the Authority,

Welcoming further the willingness of Member States to contribute to stability and security in Iraq by contributing personnel, equipment, and other resources under the Authority,

...

Acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations,

1. *Appeals* to Member States and concerned organizations to assist the people of Iraq in their efforts to reform their institutions and rebuild their country, and to contribute to conditions of stability and security in Iraq in accordance with this resolution;

2. *Calls upon* all Member States in a position to do so to respond immediately to the humanitarian appeals of the United Nations and other international organizations for Iraq and to help meet the humanitarian and other needs of the Iraqi people by providing food, medical supplies, and resources necessary for reconstruction and rehabilitation of Iraq's economic infrastructure;

...

4. *Calls upon* the Authority, consistent with the Charter of the United Nations and other relevant international law, to promote the welfare of the Iraqi people through the effective administration of the territory, including in particular working towards the restoration of conditions of security and stability and the creation of conditions in which the Iraqi people can freely determine their own political future;

5. *Calls upon* all concerned to comply fully with their obligations under international law including in particular the Geneva Conventions of 1949 and the Hague Regulations of 1907;

...

8. *Requests* the Secretary-General to appoint a Special Representative for Iraq whose independent responsibilities shall involve reporting regularly to the Council on his activities under this resolution, coordinating activities of the United Nations in post-conflict processes in Iraq, coordinating among United Nations and international agencies engaged in humanitarian assistance and reconstruction activities in Iraq, and, in coordination with the Authority, assisting the people of Iraq through:

(a) coordinating humanitarian and reconstruction assistance by United Nations agencies and between United Nations agencies and non-governmental organizations;

(b) promoting the safe, orderly, and voluntary return of refugees and displaced persons;

(c) working intensively with the Authority, the people of Iraq, and others concerned to advance efforts to restore and establish national and local institutions for representative governance, including by working together to facilitate a process leading to an internationally recognized, representative government of Iraq;

(d) facilitating the reconstruction of key infrastructure, in cooperation with other international organizations;

(e) promoting economic reconstruction and the conditions for sustainable development, including through coordination with national and regional organizations, as appropriate, civil society, donors, and the international financial institutions;

(f) encouraging international efforts to contribute to basic civilian administration functions;

(g) promoting the protection of human rights;

(h) encouraging international efforts to rebuild the capacity of the Iraqi civilian police force; and

(i) encouraging international efforts to promote legal and judicial reform;

9. *Supports* the formation, by the people of Iraq with the help of the Authority and working with the Special Representative, of an Iraqi interim administration as a transitional administration run by Iraqis, until an internationally recognized, representative government is established by the people of Iraq and assumes the responsibilities of the Authority;

...

26. *Calls upon* Member States and international and regional organizations to contribute to the implementation of this resolution;

27. *Decides* to remain seized of this matter.”

94. The Security Council adopted Resolution 1511 (2003) at its 4844th meeting on 16 October 2003. As relevant to the case before the Court, it reads as follows:

“*The Security Council,*

Reaffirming its previous resolutions on Iraq, including resolution 1483 (2003) of 22 May 2003 and 1500 (2003) of 14 August 2003, and on threats to peace and security caused by terrorist acts, including resolution 1373 (2001) of 28 September 2001, and other relevant resolutions,

Underscoring that the sovereignty of Iraq resides in the State of Iraq, *reaffirming* the right of the Iraqi people freely to determine their own political future and control their own natural resources, *reiterating* its resolve that the day when Iraqis govern themselves must come quickly, and *recognizing* the importance of international support, particularly that of countries in the region, Iraq’s neighbours, and regional organizations, in taking forward this process expeditiously,

Recognizing that international support for restoration of conditions of stability and security is essential to the well-being of the people of Iraq as well as to the ability of all concerned to carry out their work on behalf of the people of Iraq, and *welcoming* Member State contributions in this regard under resolution 1483 (2003),

...

Acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations,

...

13. *Determines* that the provision of security and stability is essential to the successful completion of the political process as outlined in paragraph 7 above and to the ability of the United Nations to contribute effectively to that process and the implementation of resolution 1483 (2003), and *authorizes* a multinational force under unified command to take all necessary measures to contribute to the maintenance of security and stability in Iraq, including for the purpose of ensuring necessary conditions for the implementation of the timetable and programme as well as to contribute to the security of the United Nations Assistance Mission for Iraq, the Governing Council of Iraq and other institutions of the Iraqi interim administration, and key humanitarian and economic infrastructure;

14. *Urges* Member States to contribute assistance under this United Nations mandate, including military forces, to the multinational force referred to in paragraph 13 above;

...

16. *Emphasizes* the importance of establishing effective Iraqi police and security forces in maintaining law, order, and security and combating terrorism consistent with paragraph 4 of resolution 1483 (2003), and calls upon Member States and international and regional organizations to contribute to the training and equipping of Iraqi police and security forces;

...

25. *Requests* that the United States, on behalf of the multinational force as outlined in paragraph 13 above, report to the Security Council on the efforts and progress of this force as appropriate and not less than every six months;

26. *Decides* to remain seized of the matter.”

4. *Case-law of the International Court of Justice (ICJ)*

(a) *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*

95. In its Advisory Opinion on the *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, (ICJ Reports 2004, p. 136), the International Court of Justice held as follows:

“109. The Court would observe that, while the jurisdiction of States is primarily territorial, it may sometimes be exercised outside the national territory. Considering

the object and purpose of the International Covenant on Civil and Political Rights, it would seem natural that, even when such is the case, States parties to the Covenant should be bound to comply with its provisions.

The constant practice of the Human Rights Committee is consistent with this. Thus, the Committee has found the Covenant applicable where the State exercises its jurisdiction on foreign territory. It has ruled on the legality of acts by Uruguay in cases of arrests carried out by Uruguayan agents in Brazil or Argentina (case No. 52/79, *López Burgos v. Uruguay*; case No. 56/79, *Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguay*). It decided to the same effect in the case of the confiscation of a passport by a Uruguayan consulate in Germany (case No. 106/81, *Montero v. Uruguay*).

The *travaux préparatoires* of the Covenant confirm the Committee's interpretation of Article 2 of that instrument. These show that, in adopting the wording chosen, the drafters of the Covenant did not intend to allow States to escape from their obligations when they exercise jurisdiction outside their national territory. They only intended to prevent persons residing abroad from asserting, *vis-à-vis* their State of origin, rights that do not fall within the competence of that State, but of that of the State of residence (see the discussion of the preliminary draft in the Commission on Human Rights, E/CN.4/SR.194, para. 46; and United Nations, *Official records of the General Assembly, Tenth Session, Annexes, A/2929, Part II, Chap. V, para. 4 (1955)*).

110. The Court takes note in this connection of the position taken by Israel, in relation to the applicability of the Covenant, in its communications to the Human Rights Committee, and of the view of the Committee.

In 1998, Israel stated that, when preparing its report to the Committee, it had had to face the question 'whether individuals resident in the occupied territories were indeed subject to Israel's jurisdiction' for purposes of the application of the Covenant (CCPR/C/SR.1675, para. 21). Israel took the position that 'the Covenant and similar instruments did not apply directly to the current situation in the occupied territories' (*ibid.*, para. 27).

The Committee, in its concluding observations after examination of the report, expressed concern at Israel's attitude and pointed 'to the long-standing presence of Israel in [the occupied] territories, Israel's ambiguous attitude towards their future status, as well as the exercise of effective jurisdiction by Israeli security forces therein' (CCPR/C/79/Add.93, para. 10). In 2003 in face of Israel's consistent position, to the effect that 'the Covenant does not apply beyond its own territory, notably in the West Bank and Gaza ...', the Committee reached the following conclusion:

'in the current circumstances, the provisions of the Covenant apply to the benefit of the population of the Occupied Territories, for all conduct by the State party's authorities or agents in those territories that affect the enjoyment of rights enshrined in the Covenant and fall within the ambit of State responsibility of Israel under the principles of public international law' (CCPR/C/0/78/ISR, para. 11).

111. In conclusion, the Court considers that the International Covenant on Civil and Political Rights is applicable in respect of acts done by a State in the exercise of its jurisdiction outside its own territory."

(b) *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*

96. In its judgment in *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)* (ICJ Reports 2005, p. 168), the International Court of Justice held as follows:

“172. The Court observes that, under customary international law, as reflected in Article 42 of the Hague Regulations of 1907, territory is considered to be occupied when it is actually placed under the authority of the hostile army, and the occupation extends only to the territory where such authority has been established and can be exercised (see *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004*, p. 167, para. 78, and p. 172, para. 89).

173. In order to reach a conclusion as to whether a State, the military forces of which are present on the territory of another State as a result of an intervention, is an ‘occupying Power’ in the meaning of the term as understood in the *jus in bello*, the Court must examine whether there is sufficient evidence to demonstrate that the said authority was in fact established and exercised by the intervening State in the areas in question. In the present case the Court will need to satisfy itself that the Ugandan armed forces in the DRC were not only stationed in particular locations but also that they had substituted their own authority for that of the Congolese Government. In that event, any justification given by Uganda for its occupation would be of no relevance; nor would it be relevant whether or not Uganda had established a structured military administration of the territory occupied.

...

179. The Court, having concluded that Uganda was an occupying Power in Ituri at the relevant time, finds that Uganda’s responsibility is engaged both for any acts of its military that violated its international obligations and for any lack of vigilance in preventing violations of human rights and international humanitarian law by other actors present in the occupied territory, including rebel groups acting on their own account.

180. The Court notes that Uganda at all times has responsibility for all actions and omissions of its own military forces in the territory of the DRC in breach of its obligations under the rules of international human rights law and international humanitarian law which are relevant and applicable in the specific situation.

...

213. The Court turns now to the question as to whether acts and omissions of the UPDF and its officers and soldiers are attributable to Uganda. The conduct of the UPDF as a whole is clearly attributable to Uganda, being the conduct of a State organ. According to a well-established rule of international law, which is of customary character, ‘the conduct of any organ of a State must be regarded as an act of that State’ (*Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1999* (I), p. 87, para. 62). The conduct of individual soldiers and officers of the UPDF is to be considered as the

conduct of a State organ. In the Court's view, by virtue of the military status and function of Ugandan soldiers in the DRC, their conduct is attributable to Uganda. The contention that the persons concerned did not act in the capacity of persons exercising governmental authority in the particular circumstances, is therefore without merit.

214. It is furthermore irrelevant for the attribution of their conduct to Uganda whether the UPDF personnel acted contrary to the instructions given or exceeded their authority. According to a well-established rule of a customary nature, as reflected in Article 3 of the Fourth Hague Convention respecting the Laws and Customs of War on Land of 1907 as well as in Article 91 of Protocol I additional to the Geneva Conventions of 1949, a party to an armed conflict shall be responsible for all acts by persons forming part of its armed forces."

(c) *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*

97. In its judgment in *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (ICJ Reports 2007, p. 43), the International Court of Justice held as follows:

"399. This provision [namely Article 8 of the International Law Commission's Articles on State Responsibility] must be understood in the light of the Court's jurisprudence on the subject, particularly that of the 1986 Judgment in the case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* referred to above ... In that Judgment the Court, as noted above, after having rejected the argument that the *contras* were to be equated with organs of the United States because they were 'completely dependent' on it, added that the responsibility of the Respondent could still arise if it were proved that it had itself 'directed or enforced the perpetration of the acts contrary to human rights and humanitarian law alleged by the applicant State' (*I.C.J. Reports 1986*, p. 64, para. 115); this led to the following significant conclusion:

'For this conduct to give rise to legal responsibility of the United States, it would in principle have to be proved that that State had effective control of the military or paramilitary operations in the course of which the alleged violations were committed.' (*Ibid.*, p. 65.)

400. The test thus formulated differs in two respects from the test – described above – to determine whether a person or entity may be equated with a State organ even if not having that status under internal law. First, in this context it is not necessary to show that the persons who performed the acts alleged to have violated international law were in general in a relationship of 'complete dependence' on the respondent State; it has to be proved that they acted in accordance with that State's instructions or under its 'effective control'. It must however be shown that this 'effective control' was exercised, or that the State's instructions were given, in respect of each operation in which the alleged violations occurred, not generally in respect of the overall actions taken by the persons or groups of persons having committed the violations.

...

406. It must next be noted that the ‘overall control’ test has the major drawback of broadening the scope of State responsibility well beyond the fundamental principle governing the law of international responsibility: a State is responsible only for its own conduct, that is to say the conduct of persons acting, on whatever basis, on its behalf. That is true of acts carried out by its official organs, and also by persons or entities which are not formally recognized as official organs under internal law but which must nevertheless be equated with State organs because they are in a relationship of complete dependence on the State. Apart from these cases, a State’s responsibility can be incurred for acts committed by persons or groups of persons – neither State organs nor to be equated with such organs – only if, assuming those acts to be internationally wrongful, they are attributable to it under the rule of customary international law reflected in Article 8 ... [namely Article 8 of the International Law Commission’s Articles on State Responsibility]. This is so where an organ of the State gave the instructions or provided the direction pursuant to which the perpetrators of the wrongful act acted or where it exercised effective control over the action during which the wrong was committed. In this regard the ‘overall control’ test is unsuitable, for it stretches too far, almost to breaking point, the connection which must exist between the conduct of a State’s organs and its international responsibility.”

5. *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility*

98. The Articles on State Responsibility with commentaries were adopted by the International Law Commission at its fifty-third session, in 2001, and submitted to the General Assembly of the United Nations as a part of the International Law Commission’s report covering the work of that session (A/56/10). The report appeared in the Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. 2, Part II. As relevant to the present case, the Articles and their commentaries (adopted together with the Articles themselves) read as follows (footnote references omitted).

Article 2

Elements of an internationally wrongful act of a State

“There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission:

- (a) is attributable to the State under international law; and
- (b) constitutes a breach of an international obligation of the State.”

The commentary on this Article includes the following.

“(5) For particular conduct to be characterized as an internationally wrongful act, it must first be attributable to the State. The State is a real organized entity, a legal person with full authority to act under international law. But to recognize this is not to deny the elementary fact that the State cannot act of itself. An ‘act of the State’ must involve some action or omission by a human being or group: ‘States can act only by

and through their agents and representatives.’ The question is which persons should be considered as acting on behalf of the State, i.e. what constitutes an ‘act of the State’ for the purposes of State responsibility.

(6) In speaking of attribution to the State what is meant is the State as a subject of international law. Under many legal systems, the State organs consist of different legal persons (ministries or other legal entities), which are regarded as having distinct rights and obligations for which they alone can be sued and are responsible. For the purposes of the international law of State responsibility the position is different. The State is treated as a unity, consistent with its recognition as a single legal person in international law. In this as in other respects the attribution of conduct to the State is necessarily a normative operation. What is crucial is that a given event is sufficiently connected to conduct (whether an act or omission) which is attributable to the State under one or other of the rules set out in chapter II.

(7) The second condition for the existence of an internationally wrongful act of the State is that the conduct attributable to the State should constitute a breach of an international obligation of that State. ...

(12) In subparagraph (a), the term ‘attribution’ is used to denote the operation of attaching a given action or omission to a State. In international practice and judicial decisions, the term ‘imputation’ is also used. But the term ‘attribution’ avoids any suggestion that the legal process of connecting conduct to the State is a fiction, or that the conduct in question is ‘really’ that of someone else.

(13) In subparagraph (b), reference is made to the breach of an international obligation rather than a rule or a norm of international law. What matters for these purposes is not simply the existence of a rule but its application in the specific case to the responsible State. The term ‘obligation’ is commonly used in international judicial decisions and practice and in the literature to cover all the possibilities. The reference to an ‘obligation’ is limited to an obligation under international law, a matter further clarified in article 3.”

Article 6

Conduct of organs placed at the disposal of a State by another State

“The conduct of an organ placed at the disposal of a State by another State shall be considered an act of the former State under international law if the organ is acting in the exercise of elements of the governmental authority of the State at whose disposal it is placed.”

The commentary on this Article includes the following.

“(2) The words ‘placed at the disposal of’ in article 6 express the essential condition that must be met in order for the conduct of the organ to be regarded under international law as an act of the receiving and not of the sending State. The notion of an organ ‘placed at the disposal of’ the receiving State is a specialized one, implying that the organ is acting with the consent, under the authority of and for the purposes of the receiving State. Not only must the organ be appointed to perform functions appertaining to the State at whose disposal it is placed, but in performing the functions

entrusted to it by the beneficiary State, the organ must also act in conjunction with the machinery of that State and under its exclusive direction and control, rather than on instructions from the sending State. Thus article 6 is not concerned with ordinary situations of inter-State cooperation or collaboration, pursuant to treaty or otherwise.

(3) Examples of situations that could come within this limited notion of a State organ 'placed at the disposal' of another State might include a section of the health service or some other unit placed under the orders of another country to assist in overcoming an epidemic or natural disaster, or judges appointed in particular cases to act as judicial organs of another State. On the other hand, mere aid or assistance offered by organs of one State to another on the territory of the latter is not covered by article 6. For example, armed forces may be sent to assist another State in the exercise of the right of collective self-defence or for other purposes. Where the forces in question remain under the authority of the sending State, they exercise elements of the governmental authority of that State and not of the receiving State. Situations can also arise where the organ of one State acts on the joint instructions of its own and another State, or there may be a single entity which is a joint organ of several States. In these cases, the conduct in question is attributable to both States under other articles of this chapter.

(4) Thus, what is crucial for the purposes of article 6 is the establishment of a functional link between the organ in question and the structure or authority of the receiving State. The notion of an organ 'placed at the disposal' of another State excludes the case of State organs, sent to another State for the purposes of the former State or even for shared purposes, which retain their own autonomy and status: for example, cultural missions, diplomatic or consular missions, foreign relief or aid organizations. Also excluded from the ambit of article 6 are situations in which functions of the 'beneficiary' State are performed without its consent, as when a State placed in a position of dependence, territorial occupation or the like is compelled to allow the acts of its own organs to be set aside and replaced to a greater or lesser extent by those of the other State.

(5) There are two further criteria that must be met for article 6 to apply. First, the organ in question must possess the status of an organ of the sending State; and secondly its conduct must involve the exercise of elements of the governmental authority of the receiving State. The first of these conditions excludes from the ambit of article 6 the conduct of private entities or individuals which have never had the status of an organ of the sending State. For example, experts or advisers placed at the disposal of a State under technical assistance programmes do not usually have the status of organs of a State. The second condition is that the organ placed at the disposal of a State by another State must be 'acting in the exercise of elements of the governmental authority' of the receiving State. There will only be an act attributable to the receiving State where the conduct of the loaned organ involves the exercise of the governmental authority of that State. By comparison with the number of cases of cooperative action by States in fields such as mutual defence, aid and development, article 6 covers only a specific and limited notion of 'transferred responsibility'. Yet, in State practice the situation is not unknown."

Article 8

Conduct directed or controlled by a State

“The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct.”

The commentary on this Article includes the following.

“(2) The attribution to the State of conduct in fact authorized by it is widely accepted in international jurisprudence. In such cases it does not matter that the person or persons involved are private individuals nor whether their conduct involves ‘governmental activity’. Most commonly, cases of this kind will arise where State organs supplement their own action by recruiting or instigating private persons or groups who act as ‘auxiliaries’ while remaining outside the official structure of the State. These include, for example, individuals or groups of private individuals who, though not specifically commissioned by the State and not forming part of its police or armed forces, are employed as auxiliaries or are sent as ‘volunteers’ to neighbouring countries, or who are instructed to carry out particular missions abroad.

...

(5) The Appeals Chamber of the International Tribunal for the Former Yugoslavia has also addressed these issues. In the *Tadić* case, the Chamber stressed that:

The requirement of international law for the attribution to States of acts performed by private individuals is that the State exercises control over the individuals. The degree of control may, however, vary according to the factual circumstances of each case. The Appeals Chamber fails to see why in each and every circumstance international law should require a high threshold for the test of control.

The Appeals Chamber held that the requisite degree of control by the Yugoslavian ‘authorities over these armed forces required by international law for considering the armed conflict to be international was *overall control* going beyond the mere financing and equipping of such forces and involving also participation in the planning and supervision of military operations’. In the course of their reasoning, the majority considered it necessary to disapprove the ICJ approach in the *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* case. But the legal issues and the factual situation in the *Tadić* case were different from those facing the Court in that case. The tribunal’s mandate is directed to issues of individual criminal responsibility, not State responsibility, and the question in that case concerned not responsibility but the applicable rules of international humanitarian law. In any event it is a matter for appreciation in each case whether particular conduct was or was not carried out under the control of a State, to such an extent that the conduct controlled should be attributed to it.”

K. Documents relevant to the occupation of Iraq

1. *Coalition Provisional Authority Order no. 28*

99. Coalition Provisional Authority Order no. 28, entitled “Establishment of the Iraqi Civil Defense Corps”, was promulgated by the Administrator of the Coalition Provisional Authority, Ambassador L. Paul Bremer, on 9 March 2003. As relevant to the case before the Court, it provides as follows:

“Pursuant to my authority as head of the Coalition Provisional Authority (CPA), under the laws and usages of war, and consistent with relevant United Nations Security Council resolutions, including Resolution 1483 (2003),

Noting that Resolution 1483 appeals to Member States to assist the people of Iraq in their efforts to reform their institutions, rebuild their country, and to contribute to conditions of stability and security in Iraq,

Understanding the need to address promptly threats to public security and stability resulting from wrongful acts or disasters,

Recognizing that continued attacks and acts of sabotage by Ba’athist remnants and terrorists intent on undermining security in Iraq necessitate the temporary establishment of an Iraqi constabulary force to operate with Coalition Forces to counter the threat and maintain security in Iraq,

I hereby promulgate the following:

Section 1

Establishment of the Iraqi Civil Defense Corps

1) The Iraqi Civil Defense Corps is established as a temporary institution, subject to a decision by an internationally recognized, representative government, established by the people of Iraq, to continue or disband the Corps.

2) The Iraqi Civil Defense Corps is a security and emergency service agency for Iraq. The Iraqi Civil Defense Corps is composed of Iraqis who will complement operations conducted by Coalition military forces in Iraq to counter organized groups and individuals employing violence against the people of Iraq and their national infrastructure.

3) In support of Coalition operations to provide security and stability to the people of Iraq, the Iraqi Civil Defense Corps is authorized to perform constabulary duties, including the following tasks: patrolling urban and rural areas; conducting operations to search for and seize illegal weapons and other contraband; providing fixed site, check point, area, route and convoy security; providing crowd and riot control; disaster response services; search and rescue services; providing support to humanitarian missions and disaster recover [*sic*] operations including transportation services; conducting joint patrols with Coalition Forces; and, participating in other activities designed to build positive relationships between the Iraqi people and Coalition authorities including serving as community liaisons.

4) The Iraqi Civil Defense Corps is distinct from the Iraqi police force and the New Iraqi Army. The Iraqi Civil Defense Corps will complement the police force, but will be designed to perform operations that exceed the capacity of the police.

a) While on duty and under the supervision of Coalition Forces, members of the Iraqi Civil Defense Corps will not be subject to the direction or control of the Iraqi Police. Except as provided herein, the Iraqi Civil Defense Corps will not have, or exercise, domestic law enforcement functions.

b) The Iraqi Civil Defense Corps is not a component of the New Iraqi Army established by CPA Order 22, Creation of a New Iraqi Army (CPA/ORD/9 August 2003/22) and is not subject to the orders of the New Iraqi Army chain of command.

...

Section 4

Functioning of the Iraqi Civil Defense Corps

1) The Iraqi Civil Defense Corps shall operate under the authority of the Administrator of the CPA and shall be subject to the supervision of Coalition Forces. The Administrator of the CPA may delegate to the senior military commander of Coalition Forces in Iraq responsibility and authority for the recruiting, training, organization, and control of the Iraqi Civil Defense Corps. This responsibility and authority may be redelegated pursuant to Section 7 below.

2) Operational or tactical command of units of the Iraqi Civil Defense Corps operating with Coalition Forces shall be vested in an officer of Coalition Forces designated by the senior military commander of Coalition Forces in Iraq pursuant to Section 7 below.

...

Section 7

Delegation of Authority

The Administrator of the Coalition Provisional Authority may delegate responsibilities under this Order, as determined by the Administrator, to the senior military commander of Coalition Forces in Iraq. The senior military commander of Coalition Forces in Iraq may further delegate responsibilities under this Order to those under his command.”

2. The MND (SE) (Multinational Division, South-East) memorandum of understanding

100. The respondent Government have submitted the following excerpt from the MOU governing the arrangement between the Netherlands and the United Kingdom.

“14.1 Members of MND (SE) may possess and carry arms and ammunition in Iraq according to their respective national operations rules and procedures for the purposes of carrying out the MND (SE) mission and when authorized to do so by Comd MND (SE).

14.2 ROE for the MND (SE) are at Annex F. The fundamental driver for the level of permissiveness in the ROE profile is Force Protection rather than the MND (SE) mission. Participants may indicate their intention to apply different levels of permissiveness to their own forces by means of national direction or clarifications to their National Contingent Commanders provided that:

a. All differences are communicated to Comd MND (SE) Legal Adviser prior to implementation of such ROE in Iraq.

b. No difference is more permissive than that authorized by MND (SE) ROE.

14.3 Due to its classification, Annex E [presumably Annex F is meant] is issued separately on restricted circulation. Signature of this MOU, however, signifies accession to the ROE contained within Annex F.”

101. According to the Government, the MOU also provided that the Netherlands would exercise exclusive disciplinary and criminal jurisdiction over its personnel.

102. The Agent of the respondent Government, speaking at the hearing, stated that the MOU was a classified document and that the Minister of Defence had declined to declassify it in order that it be submitted to the Court.

3. The MND (C-S) (Multinational Division, Central-South) memorandum of understanding

103. Latvian troops participated in SFIR as part of the multinational division stationed in Central-South Iraq under Polish command. The government of the Republic of Latvia published the applicable MOU in *Latvijas Vēstnesis*, the official publication of legal acts and official announcements, on 11 January 2005 (no. 5 (3163)). In its relevant parts, it reads as follows.

“SECTION FOUR – MANDATE

4.1. In accordance with the UNSCR 1483, the mandate of the SFIR MND (C-S) will be to assist the Authority in maintaining stability and security in Iraq by contributing personnel, equipment and other resources to work under its unified command in accordance with arrangements set out in section five below. Main tasks of the MND (C-S) are set out in the Mission Statement annexed to this MOU ...

4.2. Members of MND (C-S) will carry out their duties in a strict, fair and equitable manner and will refrain from any action incompatible with the independent nature of their duties. This does not interfere with the right of SFIR to act in self-defence, extended self-defence as well as force protection and mission enforcement.

SECTION FIVE – COMMAND AND CONTROL OF MND (C-S)

5.1. The post of Commander MND (C-S) will be held by the Republic of Poland. The Republic of Poland will coordinate the introduction of the MND (C-S) structure

and will be responsible for ensuring that the Participants remain informed of progress in implementing that structure.

5.2. Members of National Contingents will remain under Full Command of their participant through their National Contingent Commander/Senior National Representative. Operational Control of all National Contingents contributed to MND (C-S) will be assigned to a superior Commander.

5.3. Participants are responsible for planning and execution of movements of their forces and sustainment from home stations to PODs along the strategic LOCs. This responsibility can be delegated to other agencies who act on behalf of the Participants. Reception, Staging and Onward Movements (RSOM) operations including Port Clearance will be conducted in line with existing Standard Operating Procedures unless otherwise decided. Tactical Control of all aspects of the Strategic and Tactical LOCs will be assigned to the respective Movements Control Organisations at the theatre level (CJTF-7).

5.4. Comd MND (C-S) has Coordinating Authority over National Support Element logistic assets in order to meet operational requirements or to ensure deconfliction of use of limited infrastructure or assets. In such circumstances the provisions of Section eleven may be applied. Those logistic assets that form all or part of a Participant's contribution to MND (C-S) will be controlled in accordance with para 5.2 above.

5.5. Transfer of Authority (TOA) of Forces to Comd MND (C-S) in accordance with the Command Status above, will take place at declared Full Operational Capability (FOC) by the National Contingent Commanders (NCCs). Participants will confirm the Command Status of their Forces by signal to Comd MND (C-S) on TOA.

5.6. National Contingent Commanders/Senior National Representatives are responsible for the maintenance of order and discipline within the National Contingent under his or her command.

5.7. Comd MND (C-S) may request the withdrawal of any personnel contributed to MND (C-S). National Contingent Commanders/Senior National Representatives will review any such request and will seek to comply where permissible in accordance with their own National regulations.

5.8. Comd MND (C-S) is responsible for coordination with CPA in the MND (C-S) AOR. Brigade Commanders after consultation with concerned Participants will nominate representatives to be the military point of contact with CPA inside their Brigade AOR, keeping informed MND (C-S) Commander. These representatives will also sit on a Joint Coordination Board.

5.9. English will be the official working and command language in the MND (C-S) down to the battalion level, except for the Battle Group 1.

SECTION FOURTEEN – RULES OF ENGAGEMENT (ROE)/ CARRIAGE OF ARMS AND AMMUNITION

14.1. Members of MND (C-S) may possess and carry arms and ammunition in Iraq for the purposes of carrying out the MND (C-S) mission when authorised to do so by Comd MND (C-S).

14.2. ROE for the MND (C-S) will be a part of MND (C-S) operational order. The fundamental driver for the level of permissiveness in the ROE Profile is Force Protection rather than the MND (C-S) mission. Participants may indicate their intention to apply different levels of permissiveness to their own forces by means of national direction or clarifications to their National Contingent Commanders/Senior National Representatives provided that:

- a. Initial differences are to be communicated to Comd MND (C-S) before TOA. Other differences can be communicated if there is a need.
- b. No difference is more permissive than that authorised MND (C-S) ROE.

SECTION SIXTEEN – CLAIMS

16.1. Except as covered elsewhere in this MOU, each Participant waives any claim it may have against any other Participant for injury (including injury resulting in death) suffered by its National Contingent personnel and damage or loss of property owned by it, its National Contingent personnel caused by acts of omissions of any other Participant or its National Contingent personnel in the performance of official duties in connection with this MOU.

16.2. Where the relevant Participants mutually determine in respect of any claim that damage, loss, injury or death was caused by reckless acts, reckless omissions, wilful misconduct or gross negligence of only one of the Participants, its service personnel, servants or agents the costs of any liability will be borne by that Participant alone.

16.3. Where more than one Participant is responsible for the injury, death, loss or damage or it is not possible to attribute responsibility for the injury, death, loss or damage specifically to one Participant, the handling and settling of the claim will be approved by the relevant Participants. The costs of handling and settling the claims will be equally shared between the Participants concerned.

16.4. Third party claims including those for property loss or damage and for personal injury, illness or death or in respect of any other matter arising from or attributed to MND (C-S) personnel or any persons employed by it, whether normally resident in Iraq or not and that do not arise in connection with military combat operations, shall be submitted and dealt with by the Participant whose National Contingent personnel, property, activities or other assets are alleged to have caused the claimed damage, in a manner consistent with the national laws of the Participant state.

16.5. Third party claims will be received initially by HQ MND (C-S) and will be forwarded to the Participant deemed to be responsible. Where more than one Participant is responsible for the injury, death, loss or damage or it is not possible to attribute responsibility for the injury, death, loss or damage specifically to one

Participant; the cost of handling and settling the third party claims will be distributed equally between the Participants concerned.

ANNEX A TO THE MND (C-S) MOU

THE STABILIZATION FORCE MND (C-S) MISSION STATEMENT

Introduction

1. The Mission will involve the Participants in assisting with the conduct of key tasks. Furthermore, these tasks will increasingly involve working with the Coalition Provisional Authority (CPA) and the local people of Iraq with respect to restoration and establishment of local institutions.

MND C-S Area of Operational Responsibility (AOR)

2. The Area of Operational Responsibility (AOR) for the Stabilization Force in Iraq (SFIR) in MND (C-S) comprises five provinces: Babil, Karbala, Wasit, Al Qadistyah, An Najaf. A provisional map of the MND (C-S) AOR is at Appendix 1 to this Annex.

Key Tasks

3. The SFIR MND (C-S) will undertake a range of tasks in the AOR in support of its Mission and these will be determined in response to the changing situation. Key tasks, will include:

a. External Security/Border Security. SFIR MND (C-S) led. Protection of key points, including monitoring the land border and assisting in the establishment and training of an Iraqi Border Security Force.

b. Internal Security. SFIR MND (C-S) led. The maintenance of a safe and secure environment, including intelligence-led operations to dislocate the threat from subversive and armed groups.

c. Force Protection. SFIR MND (C-S) led. This will include all aspects of current operations to ensure the security of SFIR and, for a limited period, CPA personnel throughout the AOR

d. Fixed Site Security. SFIR MND (C-S) led. This will include responsibility for maintaining security at the critical and sensitive sites within the AOR

e. Governance and Support for Infrastructure. CPA led. SFIR MND (C-S) will, for a limited period of time, support CPA (C-S) efforts to establish local governance based on the rule of law that affords equal rights and justice to all Iraqi citizens in the AOR without regard to ethnicity, religion, or gender. SFIR MND (C-S) will support this by working at the local and regional level to establish mechanisms for governance and civil administration until the CPA has the capability of working with the local Iraqi people to establish full governance. SFIR MND (C-S) will continue to support this within the AOR with Government Support Teams (GST) until the CPA Local Government Teams (LGT) are operational within the AOR. Com SFIR MND (C-S) will continue

to provide liaison to the GST after the CPA assumes control and will work closely with CPA (C-S) to ensure military operations are synchronised with Coalition activities. Further support may be provided for a limited period to assist in the establishment and maintenance of Iraqi infrastructure.

f. Law Enforcement Development. CPA led. SFIR MND (C-S) will provide support for a limited period. SFIR MND (C-S) will continue to assist with the development of the Civilian Police Force, including the conduct of joint patrols, the establishment of a Police Evaluation Team, the development of a Complaints Procedure, and support to the local Iraqi courts and judiciary in maintaining law & order. After successful transition to the CPA and the local Iraqis, SFIR MND (C-S) will maintain a liaison role in order to coordinate law enforcement operations, training and oversight with the military.

g. War Criminals. CPA led. SFIR MND (C-S) may need to provide support to facilitate the detention of suspected war criminal[s] in the AOR.

h. Restoration of Essential Services. CPA led. SFIR MND (C-S) will provide support for a limited period until civilian contracted and Iraqi personnel can assume responsibility. SFIR MND (C-S) will be responsible with the support of CPA for facilitating the provision of essential services within the AOR.

i. Building the Iraqi Military. CPA led. SFIR MND (C-S) will provide nominal military support but the manning, training and equipping of an Iraqi Military Structure are a CPA function.

4. Under the Fourth Geneva Convention (the Civilian convention) the only authority to act as the 'detaining power' in the AOR is the Comd SFIR MND (C-S) on behalf of the Authority.

5. The Commander of SFIR MND (C-S) will liaise with such political, social and religious leaders as necessary in the AOR to ensure that religious, ethnic and cultural sensitivities in Iraq are appropriately respected by the members of the SFIR MND (C-S).

Identification

6. SFIR MND (C-S) military and paramilitary personnel will wear uniforms and carry arms as authorised by their orders. The Iraqi Civilian Police Force, when on duty, will be visibly identified by uniform or other distinctive markings and may carry arms as authorised by CPA Regulations and Orders and once the Iraqi (Administration) is established.

Threat Assessment

7. Coalition Forces assess that the internal threat to stability in Iraq is from armed factions jostling for political power and influence, remnants of the Baath Party and its splinter organisations, criminals and terrorists. Externally, the threat is limited and neighbouring countries are supportive. The situation is dynamic and may change. The SFIR MND (C-S) force posture may need to be adjusted as the situation develops and Participants will need to be flexible.

8. The Participants must understand the need to provide the Commander of SFIR MND (C-S) with any information relevant to the security of the mission, its personnel, equipment and locations.

Membership of SFIR in MND (C-S)

9. It is understood that once the MND (C-S) is established, its membership may change.

Final Authority to Interpret

10. The Commander of MND (C-S) is the final authority regarding operational interpretation of this Mission Statement.

Summary

11. This Mission Statement sets out the obligations and responsibilities of the Participants and outlines main tasks of the SFIR MND (C-S) mission in the AOR.”

104. The signatories to this document are the Republic of Latvia, the Ministry of Defence of the Republic of Bulgaria, the Ministry of Defence of the Kingdom of Denmark, the Secretary of the Armed Forces of the Dominican Republic, the Department of National Defence of the Philippines, the Secretary of Defence of the Republic of Honduras, the Ministry of Defence of the Republic of Hungary, the Ministry of Defence of the Republic of Kazakhstan, the Ministry of National Defence of the Republic of Lithuania, the Ministry of Defence of Mongolia, the Minister of Defence of the Kingdom of the Netherlands, the Ministry of Defence of the Republic of Nicaragua, the Ministry of Defence of the Kingdom of Norway, the Ministry of National Defence of Romania, the Ministry of Defence of the Republic of El Salvador, the Ministry of Defence of the Slovak Republic, the Ministry of Defence of the Kingdom of Spain, the Ministry of Defence of the Kingdom of Thailand, the Ministry of Defence of Ukraine and the Minister of National Defence of the Republic of Poland.

COMPLAINTS

105. The applicant alleged violations of Article 2 in its procedural aspect.

106. He complained that the investigation had been insufficiently independent, for the following reasons:

(a) The Royal Military Constabulary unit in Iraq had been under the sole command of the Netherlands battalion commander; there had been no presence of the public prosecution service. Since the members of the unit shared their living quarters with the regular troops, the distance between

them and the individuals they might be called upon to investigate had been insufficient.

(b) The Arnhem public prosecutor's decision not to prosecute Lieutenant A. had been based entirely on the reports of the Royal Military Constabulary, on which the public prosecutor had placed excessive reliance.

(c) The Military Chamber of the Arnhem Court of Appeal, which included in its composition a serving army officer who did not belong to the judiciary, also placed full reliance on the results of the very limited investigations by the Royal Military Constabulary.

107. The applicant also complained that the investigation had been insufficiently effective, for the following reasons:

(a) No statements had been taken from the ICDC personnel who had witnessed the incident, a Royal Military Constabulary investigator having decided that the information which they gave was not pertinent.

(b) The questioning of the key witness, Mr Dawoud Joad Kathim, the driver of the Mercedes car, had been extremely cursory. His evidence was important because he was the only civilian witness available, and thus the only witness without any hierarchical or otherwise functional link to Lieutenant A. Moreover, his statement as recorded by the Royal Military Constabulary investigators was inconsistent with the statement which he made later the same day to an Iraqi official.

(c) Lieutenant A. had not been questioned for the first time until seven hours after the incident, and had not been separated from the other witnesses during that period. He would therefore have had ample opportunity to discuss the incident with the other witnesses beforehand and adapt his statement accordingly.

(d) The day after the incident, Lieutenant A. stated that he had been able to obtain from the ICDC deputy commander a list of the names of ICDC personnel who had fired their weapons and the corresponding number of rounds fired. The fact that he, as the prime suspect, had been able to obtain this information from a key witness also affected the effectiveness of the investigation.

(e) Furthermore, the list obtained by Lieutenant A. had not been added to the file, despite its potential importance to the case.

(f) The Royal Military Constabulary had held the body of Mr Azhar Sabah Jaloud for some hours, yet no autopsy was performed during that period. The body was transferred to an Iraqi civilian hospital, where an autopsy was carried out in the absence of Royal Military Constabulary officials. The autopsy report, such as it was, was added to the file but not translated.

(g) Other forensic evidence had been treated in a similarly careless fashion. In particular, no detailed translation had been made of the report concerning the bullet fragments taken from the body.

108. Finally, the applicant complained that Mr Azhar Sabah Jaloud's next of kin had been insufficiently involved in the investigation and informed of its progress. In particular, no attempt had ever been made to contact Mr Azhar Sabah Jaloud's family; nor had anyone taken the trouble to inform them of the decision not to prosecute Lieutenant A.

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 2 OF THE CONVENTION

A. Admissibility

1. *The Government's preliminary objection*

109. The Government disputed the admissibility of the application on the ground that Mr Azhar Sabah Jaloud did not fall within the "jurisdiction" of the respondent Contracting Party within the meaning of Article 1 of the Convention.

110. As it did in *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom* ([GC], no. 55721/07, § 102, ECHR 2011), the Court will join this objection to the merits.

2. *Conclusion on admissibility*

111. The Court considers, in the light of the parties' submissions, that the application raises serious issues of fact and law under the Convention, the determination of which requires an examination of the merits. The Court concludes therefore that the application is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention. No other ground for declaring it inadmissible has been established. Without prejudice to its decision on the Government's preliminary objection, which it will decide below, the Court will therefore declare the application admissible.

B. Jurisdiction

1. *The parties' submissions*

(a) **The respondent Government**

112. The Netherlands Government argued that the events complained of did not fall within the "jurisdiction" of the Netherlands within the meaning

of Article 1 of the Convention. They asked the Court to distinguish the present case from *Al-Skeini and Others* (cited above).

113. Firstly, the Netherlands was not an “Occupying Power” in terms of international humanitarian law. Only the United States of America and the United Kingdom were “Occupying Powers”, having been so designated by United Nations Security Council Resolution 1483; this distinguished them from the other States working under the Coalition Provisional Authority (CPA).

114. Nor had the Netherlands assumed in Iraq any of the public powers normally to be exercised by a sovereign government. These powers were entirely in the hands of the United States of America and the United Kingdom, which had set up the CPA.

115. The Netherlands contingent had at all times been under the operational control of the Commander of MND (SE), an officer from the United Kingdom.

116. Although in the early stages of SFIR operations Netherlands troops had had to involve themselves in law enforcement, in the course of 2003 that responsibility had passed into the hands of Iraqi authorities. By the time of the events complained of, therefore, police powers were not exercised by Netherlands authorities or troops.

117. In *Al-Skeini and Others*, cited above, the Court had found the United Kingdom to have “jurisdiction” within the meaning of Article 1 of the Convention because the deaths in issue had occurred as a result of the actions of United Kingdom soldiers during the course of, or contiguous to, security operations, notably military patrols, carried out by them. In contrast, the death of Mr Azhar Sabah Jaloud had occurred at a vehicle checkpoint established and manned by the ICDC. Although Netherlands military personnel had been there at the relevant time to observe and advise, this did not imply a hierarchical relationship such as would render the Netherlands responsible: authority rested with the Iraqi security forces.

118. Netherlands forces had not at any time exercised physical authority or control over Mr Azhar Sabah Jaloud, since he had never been in their custody. More generally, Netherlands forces had been present in south-eastern Iraq in limited strength and they had not had the degree of control needed to bring the area within Netherlands “jurisdiction” for the purposes of Article 1.

119. The fact of a serviceman firing at a person, even assuming it could be established that the shot was fatal, was not in itself sufficient for jurisdiction in this sense to arise. The respondent Government pointed to *Banković and Others v. Belgium and Others* ((dec.) [GC], no. 52207/99, ECHR 2001-XII), in which the Court had found that the mere fact of

being the victim of an attack by bomber aircraft of a particular State did not suffice to bring a person within the jurisdiction of that State.

120. Finally, even assuming that at the relevant time the Netherlands had exercised effective control over the vehicle checkpoint, the area in question was so limited that there would no longer be any meaningful difference between “effective overall control of an area” and “State agent authority and control”.

(b) The intervening Government

121. The United Kingdom Government stressed the “essentially territorial” nature of jurisdiction within the meaning of Article 1; any extension outside the territory of a Contracting State was exceptional. They interpreted the above-mentioned *Banković and Others* decision, in particular its paragraph 65, as implying that the notion of “jurisdiction” should not be allowed to “evolve”, or “incrementally develop”, in the same way as the law in respect of the substantive rights and freedoms guaranteed by the Convention; in their words, the “living instrument” doctrine was inapplicable.

122. They argued that a Contracting State which exercised “effective control over an area” outside its national territory, whether as a result of lawful or unlawful military action, had the responsibility under Article 1 to secure within that area the entire range of substantive rights set out in the Convention and those additional Protocols which it had ratified. From this it followed, in their submission, that the circumstances in which this exception to the territorial nature of jurisdiction might be applied were necessarily very limited.

123. Even so, in *Al-Skeini and Others* (cited above, § 80) the Court had agreed with the British Court of Appeal that it would have been unrealistic for United Kingdom forces in Basrah City and elsewhere in Iraq to be expected to guarantee the entire gamut of substantive Convention rights to the local population.

124. In *Al-Skeini and Others* (cited above) and in other cases the Court had found Article 1 jurisdiction to exist based on exclusive physical power and control and actual or purported legal authority over an individual (hypothetically in *Issa and Others v. Turkey*, no. 31821/96, 16 November 2004, but in reality in *Öcalan v. Turkey* [GC], no. 46221/99, ECHR 2005-IV; *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, no. 61498/08, ECHR 2010; and *Medvedyev and Others v. France* [GC], no. 3394/03, ECHR 2010). In contrast, in the above-mentioned *Banković and Others* decision the physical act of bombing had not been seen as an example of physical power and control such as might give rise to extraterritorial jurisdiction; consequently,

neither should the physical act of shooting at a moving vehicle occupied by individuals not in detention.

125. An essential difference between the present case and *Al-Skeini and Others* was the fact that in the latter case the United Kingdom was recognised as an “Occupying Power” within the meaning of Article 42 of the Hague Regulations and therefore had the attendant duty under Article 43 of those Regulations to exercise the powers normally belonging to the State.

126. Finally, if the Court were to conclude that the Netherlands had jurisdiction in the present case, there was a “real risk” that Contracting States might in future be “deterred from answering the call of the United Nations Security Council to contribute troops to United Nations mandated forces, to the detriment of the United Nations Security Council’s mission to secure international peace and security”.

(c) The applicant

127. In the applicant’s submission the matters complained of came within the jurisdiction of the Netherlands.

128. In the first place, jurisdiction arose by virtue of the control enjoyed by the Netherlands over its own servicemen. Through them, the Netherlands exercised some key public powers. The CPA was not run by the United States of America and the United Kingdom alone; while these two States had taken upon themselves tasks of an administrative and coordinative nature, other States – including the Netherlands – participated by enforcing the CPA’s authority and providing security. This comprised “the exercise of some of the public powers normally to be exercised by [a sovereign government]”.

129. Netherlands troops were exercising such public powers when, with the “consent, invitation or acquiescence” of the CPA, it oversaw the ICDC at the checkpoint.

130. As was reflected in the official position of the Netherlands government, the Netherlands at all times retained full command over Netherlands military personnel.

131. In the second place, the Netherlands enjoyed jurisdiction by virtue of its effective military control over the area in question. Citing *Issa and Others* (cited above), the applicant argued that jurisdiction could arise even if military control was limited in time and geographical projection.

132. In the third place, the Netherlands enjoyed jurisdiction as an “Occupying Power” within the meaning of Article 42 of the Hague Regulations. Although admittedly only the United States of America and the United Kingdom were actually named as “Occupying Powers” by United Nations Security Council Resolution 1483, the determination of

that status within the meaning of the Hague Regulations was a question of fact, not of choice.

133. The MND (C-S) MOU (see paragraph 103 above) – which the applicant took to be the same, for present purposes, as the MOU applicable in the present case – actually referred to the Hague Regulations, from which it followed that those Regulations were applicable.

134. In the fourth place, no other State had control over the events in issue. The United Kingdom had no direct military responsibility in Al-Muthanna province; nor in any case had the Netherlands ever sought to defer jurisdiction to it. Nor did any Iraqi civilian administration or military or police forces exist at the relevant time; during this period, it was the CPA which exercised the powers of government, alongside other members of the military coalition, including the Netherlands.

135. As to the facts of the case, Netherlands military personnel had been in control of the vehicle checkpoint, and had authority over the Iraqi personnel manning it. Moreover, the Netherlands Royal Military Constabulary had carried out the investigation: they had seized ICDC Sergeant Hussam Saad's rifle, Mr Dawoud Joad Kathim's car and Mr Azhar Sabah Jaloud's body. This meant that the Netherlands had exercised "some of the public powers normally to be exercised by [a sovereign government]".

136. Finally, the Netherlands Minister of Defence, in his letter of 18 June 2007 transmitting the report of the Van den Berg Committee to Parliament, had endorsed that committee's conclusion that the Convention applied to Netherlands troops in their dealings with Iraqi nationals in Iraq.

2. The Court's assessment

(a) The MND (C-S) (Multinational Division, Central-South) memorandum of understanding

137. Speaking at the Court's hearing, the Agent of the Government stated, in response to a question from the Court, that the Netherlands defence authorities had declined to declassify the MOU applicable between the United Kingdom and the Netherlands in Al-Muthanna province for the Court's use; however, the MND (C-S) MOU "[gave] a good idea of the kind of document we [were] talking about".

138. The Court notes that the signatories to the MND (C-S) MOU include the defence authorities of a multitude of SFIR troop contributors, including the Netherlands Minister of Defence (see paragraph 104 above). It also observes that the section of the MND (SE) MOU that the Government have been prepared to divulge (see paragraph 100 above) is very similar, though not identical, to the corresponding section of the MND (C-S)

MOU (see paragraph 103 above), and that the Agent of the respondent Government has not made mention of, or even suggested, the existence of any significant substantive difference between the two memoranda. In these circumstances, the Court will proceed on the basis that the two documents are in the relevant respects the same. It will nonetheless use the MND (C-S) MOU with appropriate caution.

(b) Applicable principles

139. The Court would observe that, while the jurisdiction of States is primarily territorial, it may sometimes be exercised outside the national territory (compare *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, *ICJ Reports* 2004, p. 136, § 109, see paragraph 95 above). The Court reiterates that in *Al-Skeini and Others* (cited above, §§ 130-39), it summarised the principles on the exercise of jurisdiction within the meaning of Article 1 of the Convention outside the territory of the Contracting States as follows.

“130. ...

As provided by [Article 1 of the Convention] the engagement undertaken by a Contracting State is confined to ‘securing’ (*reconnaître* in the French text) the listed rights and freedoms to persons within its own ‘jurisdiction’ (see *Soering v. the United Kingdom*, 7 July 1989, § 86, Series A no. 161, and *Banković and Others*, cited above, § 66). ‘Jurisdiction’ under Article 1 is a threshold criterion. The exercise of jurisdiction is a necessary condition for a Contracting State to be able to be held responsible for acts or omissions imputable to it which give rise to an allegation of the infringement of rights and freedoms set forth in the Convention (see *Ilaşcu and Others [v. Moldova and Russia]* [GC], no. 48787/99), § 311[, ECHR 2004-VII]).

(a) The territorial principle

131. A State’s jurisdictional competence under Article 1 is primarily territorial (see *Soering*, cited above, § 86; *Banković and Others*, cited above, §§ 61 and 67; and *Ilaşcu and Others*, cited above, § 312). Jurisdiction is presumed to be exercised normally throughout the State’s territory (see *Ilaşcu and Others*, cited above, § 312, and *Assanidze v. Georgia* [GC], no. 71503/01, § 139, ECHR 2004-II). Conversely, acts of the Contracting States performed, or producing effects, outside their territories can constitute an exercise of jurisdiction within the meaning of Article 1 only in exceptional cases (see *Banković and Others*, cited above, § 67).

132. To date, the Court in its case-law has recognised a number of exceptional circumstances capable of giving rise to the exercise of jurisdiction by a Contracting State outside its own territorial boundaries. In each case, the question whether exceptional circumstances exist which require and justify a finding by the Court that the State was exercising jurisdiction extraterritorially must be determined with reference to the particular facts.

(β) State agent authority and control

133. The Court has recognised in its case-law that, as an exception to the principle of territoriality, a Contracting State's jurisdiction under Article 1 may extend to acts of its authorities which produce effects outside its own territory (see *Drozd and Janousek v. France and Spain*, 26 June 1992], § 91[, Series A no. 240]; *Loizidou v. Turkey* (preliminary objections), [23 March 1995], § 62[, Series A no. 310]; *Loizidou v. Turkey* (merits), 18 December 1996, § 52, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-VI; and *Banković and Others*, cited above, § 69). ...

...

135. ... [T]he Court has recognised the exercise of extraterritorial jurisdiction by a Contracting State when, through the consent, invitation or acquiescence of the Government of that territory, it exercises all or some of the public powers normally to be exercised by that Government (see *Banković and Others*, cited above, § 71). Thus, where, in accordance with custom, treaty or other agreement, authorities of the Contracting State carry out executive or judicial functions on the territory of another State, the Contracting State may be responsible for breaches of the Convention thereby incurred, as long as the acts in question are attributable to it rather than to the territorial State (see *Drozd and Janousek*, cited above; *Gentilhomme and Others v. France*, nos. 48205/99, 48207/99 and 48209/99, 14 May 2002; and *X. and Y. v. Switzerland*, nos. 7289/75 and 7349/76, Commission decision of 14 July 1977, [Decisions and Reports] 9, p. 57).

136. In addition, the Court's case-law demonstrates that, in certain circumstances, the use of force by a State's agents operating outside its territory may bring the individual thereby brought under the control of the State's authorities into the State's Article 1 jurisdiction. This principle has been applied where an individual is taken into the custody of State agents abroad. For example, in *Öcalan* (cited above, § 91), the Court held that 'directly after being handed over to the Turkish officials by the Kenyan officials, the applicant was effectively under Turkish authority and therefore within the "jurisdiction" of that State for the purposes of Article 1 of the Convention, even though in this instance Turkey exercised its authority outside its territory'. In *Issa and Others* (cited above), the Court indicated that, had it been established that Turkish soldiers had taken the applicants' relatives into custody in northern Iraq, taken them to a nearby cave and executed them, the deceased would have been within Turkish jurisdiction by virtue of the soldiers' authority and control over them. In *Al-Saadoon and Mufidhi v. the United Kingdom* ((dec.), no. 61498/08, §§ 86-89, 30 June 2009), the Court held that two Iraqi nationals detained in British-controlled military prisons in Iraq fell within the jurisdiction of the United Kingdom, since the United Kingdom exercised total and exclusive control over the prisons and the individuals detained in them. Finally, in *Medvedyev and Others v. France* ([GC], no. 3394/03, § 67, ECHR 2010), the Court held that the applicants were within French jurisdiction by virtue of the exercise by French agents of full and exclusive control over a ship and its crew from the time of its interception in international waters. The Court does not consider that jurisdiction in the above cases arose solely from the control exercised by the Contracting State over the buildings, aircraft or ship in which the individuals were

held. What is decisive in such cases is the exercise of physical power and control over the person in question.

...

(γ) Effective control over an area

138. Another exception to the principle that jurisdiction under Article 1 is limited to a State's own territory occurs when, as a consequence of lawful or unlawful military action, a Contracting State exercises effective control of an area outside that national territory. The obligation to secure, in such an area, the rights and freedoms set out in the Convention, derives from the fact of such control, whether it be exercised directly, through the Contracting State's own armed forces, or through a subordinate local administration (see *Loizidou* (preliminary objections), cited above, § 62; *Cyprus v. Turkey* [[GC], no. 25781/94], § 76[, ECHR 2001-IV]; *Banković and Others*, cited above, § 70; *Ilaşcu and Others*, cited above, §§ 314-16; *Loizidou* (merits), cited above, § 52). Where the fact of such domination over the territory is established, it is not necessary to determine whether the Contracting State exercises detailed control over the policies and actions of the subordinate local administration. The fact that the local administration survives as a result of the Contracting State's military and other support entails that State's responsibility for its policies and actions. The controlling State has the responsibility under Article 1 to secure, within the area under its control, the entire range of substantive rights set out in the Convention and those additional Protocols which it has ratified. It will be liable for any violations of those rights (see *Cyprus v. Turkey*, cited above, §§ 76-77).

139. It is a question of fact whether a Contracting State exercises effective control over an area outside its own territory. In determining whether effective control exists, the Court will primarily have reference to the strength of the State's military presence in the area (see *Loizidou* (merits), cited above, §§ 16 and 56, and *Ilaşcu and Others*, cited above, § 387). Other indicators may also be relevant, such as the extent to which its military, economic and political support for the local subordinate administration provides it with influence and control over the region (see *Ilaşcu and Others*, cited above, §§ 388-94)."

(c) Application of the above principles to the facts of the case

140. The respondent State relied heavily on the argument that the Netherlands could not be blamed for the events complained of since authority lay elsewhere: either with the United States of America and the United Kingdom together, designated as "Occupying Powers" by United Nations Security Council Resolution 1483, or with the United Kingdom alone as "lead nation" in south-eastern Iraq holding command over the Netherlands contingent of SFIR.

141. For the purposes of establishing jurisdiction under the Convention, the Court takes account of the particular factual context and relevant rules of international law.

142. Turning first to the international-law background, the Court points out that the status of “Occupying Power” within the meaning of Article 42 of the Hague Regulations, or lack of it, is not *per se* determinative. Although it found that concept relevant in *Al-Skeini and Others* (cited above, § 143) and in *Al-Jedda v. the United Kingdom* ([GC], no. 27021/08, § 77, ECHR 2011), the Court did not need to have recourse to it in finding that the responsibility of Turkey was engaged in respect of events in northern Cyprus (see, *inter alia*, *Loizidou v. Turkey* (preliminary objections), 23 March 1995, Series A no. 310, and *Cyprus v. Turkey* [GC], no. 25781/94, ECHR 2001-IV), or that of Russia in respect of the situation in Moldovan territory east of the Dniester (see, *inter alia*, *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia* [GC], no. 48787/99, ECHR 2004-VII, and *Catan and Others v. the Republic of Moldova and Russia* [GC], nos. 43370/04, 8252/05 and 18454/06, ECHR 2012).

143. Furthermore, the fact of executing a decision or an order given by an authority of a foreign State is not in itself sufficient to relieve a Contracting State of the obligations which it has taken upon itself under the Convention (see, *mutatis mutandis*, *Pellegrini v. Italy*, no. 30882/96, § 40, ECHR 2001-VIII, and *K. v. Italy*, no. 38805/97, § 21, ECHR 2004-VIII). The respondent Party is therefore not divested of its “jurisdiction”, within the meaning of Article 1 of the Convention, solely by dint of having accepted the operational control of the Commander of MND (SE), a United Kingdom officer. The Court notes that the Netherlands retained “full command” over its military personnel, as the Ministers of Foreign Affairs and of Defence pointed out in their letter to Parliament (see paragraph 57 above).

144. United Nations Security Council Resolution 1483 reflected the presence in Iraq of forces from a plurality of United Nations member States working under an “Authority” (the Coalition Provisional Authority) comprised of the United States of America and the United Kingdom. While reaffirming “the sovereignty and territorial integrity of Iraq”, this Resolution called upon “all concerned”, regardless of Occupying Power status, to “comply fully with their obligations under international law including in particular the Geneva Conventions of 1949 and the Hague Regulations of 1907” (see paragraph 93 above).

145. In the wake of Resolution 1483, United Nations Security Council Resolution 1511 also “underscored” the sovereignty of the State of Iraq. It urged United Nations member States to contribute to this multinational force for the purpose of restoring stability and security and called upon member States, as well as international and regional organisations, to contribute to the training and equipping of Iraqi police and security forces (see paragraph 94 above).

146. The multinational force was shaped in practical terms by a network of memoranda of understanding defining the interrelations between the various armed contingents present in Iraq. The letter sent to the Lower House of Parliament on 6 June 2003 by the Ministers of Foreign Affairs and Defence (see paragraph 57 above) emphasises that the Netherlands government retained full command over the Netherlands contingent in Iraq. The Court understands, in view of the wording of paragraph 5.2 of the MND (C-S) MOU (see paragraph 103 above), that this information was based on the MND-SE MOU.

147. It appears from the MND (C-S) MOU, as well as the excerpt of the MND-SE MOU to which the Government have afforded the Court access (see paragraph 100 above), that while the forces of nations other than the “lead nations” took their day-to-day orders from foreign commanders the formulation of essential policy – including, within the limits agreed in the form of ROE appended to the memoranda of understanding, the drawing up of distinct rules on the use of force – remained the reserved domain of individual sending States.

148. Thus it was on this basis that an *aide-mémoire* for SFIR commanders and a soldier’s card were issued to Netherlands personnel by the Netherlands government (see paragraph 59 above).

149. Although Netherlands troops were stationed in an area in south-eastern Iraq where SFIR forces were under the command of an officer from the United Kingdom, the Netherlands assumed responsibility for providing security in that area, to the exclusion of other participating States, and retained full command over its contingent there.

150. It is not decisive either that the checkpoint was nominally manned by Iraqi ICDC personnel. The Court notes that under Coalition Provisional Authority Order no. 28 (“Establishment of the Iraqi Civil Defense Corps”, see paragraph 99 above) the duties of the ICDC did not include enforcement of domestic law in subordination of the Iraqi authorities; in fact, the ICDC was supervised by, and subordinate to, officers from the Coalition Forces (see sections 1(4)(a), 4(1) and 7).

151. That being so, the Court cannot find that the Netherlands troops were placed “at the disposal” of any foreign power, whether it be Iraq or the United Kingdom or any other power, or that they were “under the exclusive direction or control” of any other State (compare, *mutatis mutandis*, Article 6 of the International Law Commission’s Articles on State Responsibility, paragraph 98 above; see also the judgment in *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, ICJ Reports 2007, p. 43, § 406, paragraph 97 above).

152. The Court now turns to the circumstances surrounding the death of Mr Azhar Sabah Jaloud. It notes that Mr Azhar Sabah Jaloud met his death when a vehicle in which he was a passenger was fired upon while passing through a checkpoint manned by personnel under the command and direct supervision of a Netherlands Royal Army officer. The checkpoint had been set up in the execution of SFIR's mission, under United Nations Security Council Resolution 1483 (see paragraph 93 above), to restore conditions of stability and security conducive to the creation of an effective administration in the country. The Court is satisfied that the respondent State exercised its "jurisdiction" within the limits of its SFIR mission and for the purpose of asserting authority and control over persons passing through the checkpoint. That being the case, the Court finds that the death of Mr Azhar Sabah Jaloud occurred within the "jurisdiction" of the Netherlands, as that expression is to be construed within the meaning of Article 1 of the Convention.

153. The Court has established jurisdiction in respect of the Netherlands. It is not called upon to establish whether the United Kingdom, another State Party to the Convention, might have exercised concurrent jurisdiction.

(d) Attribution

154. The Court reiterates that the test for establishing the existence of "jurisdiction" under Article 1 of the Convention has never been equated with the test for establishing a State's responsibility for an internationally wrongful act under general international law (see *Catan and Others*, cited above, § 115). Furthermore, in *Al-Skeini and Others* (§ 137) the Court emphasised that "whenever the State, through its agents, exercises control and authority over an individual, and thus jurisdiction, the State is under an obligation under Article 1 to secure to that individual the rights and freedoms under Section 1 of the Convention that are relevant to the situation of that individual. In this sense, therefore, the Convention rights can be 'divided and tailored' (compare *Banković and Others*, cited above, § 75)."

155. The facts giving rise to the applicant's complaints derive from alleged acts and omissions of Netherlands military personnel and investigative and judicial authorities. As such they are capable of giving rise to the responsibility of the Netherlands under the Convention.

(e) The Government's preliminary objection

156. The Court dismisses the Government's preliminary objection, which it had joined to the merits (see paragraph 110 above). It must now consider the validity of the applicant's complaints.

C. Alleged breach of the investigative duty under Article 2

157. The applicant alleged that the respondent State had failed to meet its obligations properly to investigate the death of his son with a view to bringing the person responsible to justice. He relied on Article 2 of the Convention, which provides as follows.

“1. Everyone’s right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law.

2. Deprivation of life shall not be regarded as inflicted in contravention of this Article when it results from the use of force which is no more than absolutely necessary:

(a) in defence of any person from unlawful violence;

(b) in order to effect a lawful arrest or to prevent the escape of a person lawfully detained;

(c) in action lawfully taken for the purpose of quelling a riot or insurrection.”

The respondent Government denied that there had been any such violation.

158. The intervening Government did not address the merits of the applicant’s complaints.

1. The parties’ submissions

(a) The applicant

159. The applicant called into question the independence of the investigation into the death of Mr Azhar Sabah Jaloud and the ensuing proceedings.

160. Firstly, he questioned the independence of the Royal Military Constabulary unit in Iraq. He asked the Court to note that members of this unit shared living quarters with the Netherlands SFIR troops and were therefore in close proximity to them. He also stated that since the public prosecutor to whom it was required to report was stationed in the Netherlands, the Royal Military Constabulary unit was, on a day-to-day basis, under the control of the Netherlands battalion commander.

161. The lack of independence of the Royal Military Constabulary unit had also tainted the decision of the public prosecution service not to prosecute Lieutenant A. That decision had been based overwhelmingly on the Royal Military Constabulary’s investigation. The applicant relied on *Ergi v. Turkey*, 28 July 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-IV, in which the Court had found a violation of Article 2 under its procedural head, in that the public prosecutor responsible for the decision to decline

jurisdiction had relied heavily on a conclusion drawn in an incident report by the gendarmerie.

162. The Military Chamber of the Arnhem Court of Appeal too had placed full reliance on the results of the very limited investigations by the Royal Military Constabulary. Instead, it ought to have ordered an investigation by an independent judge.

163. Finally, the presence of a serving military officer in the composition of the Military Chamber of the Arnhem Court of Appeal meant that the decision of that body could not be independent. The applicant cited *Akkoç v. Turkey*, nos. 22947/93 and 22948/93, ECHR 2000-X, and *Incal v. Turkey*, 9 June 1998, *Reports* 1998-IV.

164. The applicant also argued that the investigation had been inadequate.

165. He pointed in the first place to the failure to include in the domestic case file the statements taken from the ICDC personnel who had been present at the checkpoint at the time of the shooting. The report of the Royal Military Constabulary, as submitted to the public prosecutor and the Military Chamber of the Arnhem Court of Appeal, had indicated only that these persons had been unable to state anything of relevance. In actual fact, detailed statements had been taken from individual ICDC members. These, however, had been withheld from the applicant and the Military Chamber of the Arnhem Court of Appeal and produced only during the proceedings before the Court.

166. The questioning of Mr Dawoud Joad Kathim, whom the applicant described as a “key witness” because he was the only civilian witness and the only survivor of the incident who had not been under the orders of Lieutenant A., had been extremely cursory. Moreover, his statement, as recorded by the Royal Military Constabulary investigators, was inconsistent with the statement recorded later the same day by an Iraqi official.

167. Lieutenant A. had not been questioned until seven hours after the incident and had not been kept separate from other witnesses during that period. He would therefore have had ample opportunity to discuss the incident with the other witnesses beforehand and to adapt his statement accordingly.

168. The day after the incident, Lieutenant A. stated that he had been able to obtain from the ICDC deputy commander a list of the names of ICDC personnel who had fired their weapons, and the corresponding number of rounds fired. The fact that he, as the prime suspect, had been able to obtain this information from a key witness also affected the effectiveness of the investigation. Furthermore, the list obtained by Lieutenant A. was not added to the file, despite its potential importance to the case.

169. The Royal Military Constabulary had held the body of Mr Azhar Sabah Jaloud for some hours, yet no autopsy had been performed during that period. The body had been transferred to an Iraqi civilian hospital, where an autopsy had been carried out in the absence of Royal Military Constabulary officials. The autopsy report, such as it was, had been added to the file but not translated.

170. Other forensic evidence had been treated in a similarly careless fashion. In particular, no detailed translation had been made of the report on the bullet fragments removed from the body.

171. Finally, the applicant complained that Mr Azhar Sabah Jaloud's next of kin had been insufficiently involved in the investigation and informed of its progress. In particular, no attempt had ever been made to contact Mr Azhar Sabah Jaloud's family; nor had anyone taken the trouble to inform them of the decision not to prosecute Lieutenant A.

(b) The respondent Government

172. The respondent Government submitted that there had been no violation of Article 2.

173. In their submission, no question of independence arose.

174. The Royal Military Constabulary had its own chain of command, and in conducting investigations answered only to the public prosecution service; it was inevitable that the decision not to prosecute Lieutenant A. should be based on the report of their investigation. In any case, there was nothing to suggest a lack of independence on the part of the Military Chamber of the Arnhem Court of Appeal.

175. Likewise, the investigation had been sufficiently effective.

176. The Royal Military Constabulary had examined the scene of the incident and secured the available evidence immediately on arrival.

177. Lieutenant A., having himself reported the incident, had taken full responsibility for the shooting from the outset and there was no appearance of any attempt on his part to manipulate the evidence.

178. The ICDC personnel had in fact been questioned, but had been unable to report anything of significance. In any event, they were not suspects.

179. The statements taken from Mr Dawoud Joad Kathim by the Royal Military Constabulary and the Iraqi police were not contradictory, although the suggestion made in the latter statement that the interpreter had instructed him to claim that only ICDC personnel had fired was implausible.

180. The facilities for an autopsy not being available at the Netherlands camp, the body had had to be transferred into Iraqi care. It had been a

decision of the Iraqi authorities to exclude Netherlands personnel from the autopsy.

181. In any event, the investigation had been sufficient to determine that, of the Netherlands soldiers present, only Lieutenant A. had fired at the car, and the criminal proceedings had focused on him.

182. Finally, the applicant had been sufficiently involved in the proceedings. He had been informed through his lawyer as soon as the latter so requested; and the information given had been sufficient for him to participate effectively in the complaint proceedings in which he had challenged the decision not to prosecute Lieutenant A.

2. *The Court's assessment*

(a) **As to whether shots were fired by Lieutenant A. only, or also by ICDC personnel**

183. The Court must deal first with the applicant's submission that the available evidence, including in particular the statements which were taken from ICDC personnel but not added to the file of the domestic proceedings, shows that shots were fired only by Lieutenant A.

184. It is true that no ICDC member has admitted to having fired at the car in which Mr Azhar Sabah Jaloud was a passenger. The Court notes, however, that, according to the Royal Military Constabulary investigators, the car in which Mr Azhar Sabah Jaloud was a passenger was hit by bullets of different calibres, some smaller than 6mm, others larger (see paragraph 32 above). This would appear consistent with the use of at least two different types of firearms, quite conceivably the Diemaco C7A1 rifle issued to the Netherlands military (which fires the 5.56 mm NATO round, see paragraph 50 above) and the Kalashnikov AK47 rifle carried by the ICDC (which fires a 7.62 mm round, see paragraph 52 above). In these circumstances, the applicant's allegation that shots were fired only by Lieutenant A. cannot be verified.

185. In any event, the Court is called upon only to consider whether the procedural obligations resulting from Article 2 of the Convention have been met. There is therefore no need for it to make any findings of fact on this point.

(b) **Relevant principles**

186. As the Court held in its above-cited *Al-Skeini and Others* judgment:

“163. The general legal prohibition of arbitrary killing by agents of the State would be ineffective in practice if there existed no procedure for reviewing the lawfulness of the use of lethal force by State authorities. The obligation to protect the right to life under this provision, read in conjunction with the State's general duty under Article 1 of the

Convention to 'secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in [the] Convention', requires by implication that there should be some form of effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force by, *inter alios*, agents of the State (see *McCann and Others v. the United Kingdom*, 27 September 1995), § 161[, Series A no. 324]). The essential purpose of such an investigation is to secure the effective implementation of the domestic laws safeguarding the right to life and, in those cases involving State agents or bodies, to ensure their accountability for deaths occurring under their responsibility (see *Nachova and Others v. Bulgaria* [GC], nos. 43577/98 and 43579/98, § 110, ECHR 2005-VII). However, the investigation should also be broad enough to permit the investigating authorities to take into consideration not only the actions of the State agents who directly used lethal force but also all the surrounding circumstances, including such matters as the planning and control of the operations in question, where this is necessary in order to determine whether the State complied with its obligation under Article 2 to protect life (see, by implication, *McCann and Others*, cited above, §§ 150 and 162; *Hugh Jordan v. the United Kingdom*, no. 24746/94, § 128, 4 May 2001; *McKerr v. the United Kingdom*, no. 28883/95), §§ 143 and 151[, ECHR 2001-III]; *Shanaghan v. the United Kingdom*, no. 37715/97, §§ 100-25, 4 May 2001; *Finucane v. the United Kingdom*, no. 29178/95, §§ 77-78, ECHR 2003-VIII; *Nachova and Others*, cited above, §§ 114-15; and, *mutatis mutandis*, *Tzakov v. Bulgaria*, no. 45500/99, § 71, 23 February 2006).

164. The Court has held that the procedural obligation under Article 2 continues to apply in difficult security conditions, including in a context of armed conflict (see, amongst other examples, *Güleç v. Turkey*, 27 July 1998, § 81, *Reports* 1998-IV; *Ergi v. Turkey*, 28 July 1998, §§ 79 and 82, *Reports* 1998-IV; *Ahmet Özkan and Others v. Turkey*, no. 21689/93, §§ 85-90, 309-20 and 326-30, 6 April 2004; *Isayeva v. Russia*, no. 57950/00, §§ 180 and 210, 24 February 2005; and *Kanlıbaş v. Turkey*, no. 32444/96, §§ 39-51, 8 December 2005). It is clear that where the death to be investigated under Article 2 occurs in circumstances of generalised violence, armed conflict or insurgency, obstacles may be placed in the way of investigators and, as the United Nations Special Rapporteur has also observed ..., concrete constraints may compel the use of less effective measures of investigation or may cause an investigation to be delayed (see, for example, *Bazorkina v. Russia*, no. 69481/01, § 121, 27 July 2006). Nonetheless, the obligation under Article 2 to safeguard life entails that, even in difficult security conditions, all reasonable steps must be taken to ensure that an effective, independent investigation is conducted into alleged breaches of the right to life (see, amongst many other examples, *Kaya v. Turkey*, 19 February 1998, §§ 86-92, *Reports* 1998-I; *Ergi*, cited above, §§ 82-85; *Tanrıku v. Turkey* [GC], no. 23763/94, §§ 101-10, ECHR 1999-IV; *Khashiyev and Akayeva v. Russia*, nos. 57942/00 and 57945/00, §§ 156-66, 24 February 2005; *Isayeva*, cited above, §§ 215-24; and *Musayev and Others v. Russia*, nos. 57941/00, 58699/00 and 60403/00, §§ 158-65, 26 July 2007).

165. What form of investigation will achieve the purposes of Article 2 may vary depending on the circumstances. However, whatever mode is employed, the authorities must act of their own motion once the matter has come to their attention. They cannot

leave it to the initiative of the next-of-kin either to lodge a formal complaint or to take responsibility for the conduct of any investigative procedures (see *Abmet Özkan and Others*, cited above, § 310, and *Isayeva*, cited above, § 210). Civil proceedings, which are undertaken on the initiative of the next-of-kin, not the authorities, and which do not involve the identification or punishment of any alleged perpetrator, cannot be taken into account in the assessment of the State's compliance with its procedural obligations under Article 2 of the Convention (see, for example, *Hugh Jordan*, cited above, § 141). Moreover, the procedural obligation of the State under Article 2 cannot be satisfied merely by awarding damages (see *McKerr*, cited above, § 121, and *Bazorkina*, cited above, § 117).

166. As stated above, the investigation must be effective in the sense that it is capable of leading to a determination of whether the force used was or was not justified in the circumstances and to the identification and punishment of those responsible. This is not an obligation of result, but of means. The authorities must take the reasonable steps available to them to secure the evidence concerning the incident, including, *inter alia*, eyewitness testimony, forensic evidence and, where appropriate, an autopsy which provides a complete and accurate record of injury and an objective analysis of clinical findings, including the cause of death. Any deficiency in the investigation which undermines its ability to establish the cause of death or the person or persons responsible will risk falling foul of this standard (see *Abmet Özkan and Others*, cited above, § 312, and *Isayeva*, cited above, § 212 and the cases cited therein).

167. For an investigation into alleged unlawful killing by State agents to be effective, it is necessary for the persons responsible for and carrying out the investigation to be independent from those implicated in the events. This means not only a lack of hierarchical or institutional connection but also a practical independence (see, for example, *Shanaghan*, cited above, § 104). A requirement of promptness and reasonable expedition is implicit in this context. While there may be obstacles or difficulties which prevent progress in an investigation in a particular situation, a prompt response by the authorities in investigating a use of lethal force may generally be regarded as essential in maintaining public confidence in their adherence to the rule of law and in preventing any appearance of collusion in or tolerance of unlawful acts. For the same reasons, there must be a sufficient element of public scrutiny of the investigation or its results to secure accountability in practice as well as in theory. The degree of public scrutiny required may well vary from case to case. In all cases, however, the victim's next-of-kin must be involved in the procedure to the extent necessary to safeguard his or her legitimate interests (see *Abmet Özkan and Others*, cited above, §§ 311-14, and *Isayeva*, cited above, §§ 211-14 and the cases cited therein)."

(c) Independence of the investigation

(i) The Royal Military Constabulary unit in Iraq

187. The applicant questioned the independence of the Royal Military Constabulary unit which undertook the initial investigation, on the ground that they lived in close proximity to the Royal Army personnel whom

he blames for his son's death. The Government submitted that the Royal Military Constabulary was sufficiently independent.

188. The Court notes that the independence, and hence the effectiveness, of an investigation into an allegedly unlawful killing may be called into question if the investigators and the investigated maintain close relations with one another (compare *Ramsahai and Others v. the Netherlands* [GC], no. 52391/99, § 337, ECHR 2007-II).

189. The Government did not deny that at the relevant time the Royal Military Constabulary unit shared its living quarters with Royal Army personnel. However, no circumstances have been suggested, or become apparent, that might lead the Court to find that this in itself affected the independence of the Royal Military Constabulary unit to the point of impairing the quality of its investigations.

190. Nor does the Court find it established that the physical distance separating the Royal Military Constabulary unit stationed in Iraq from the public prosecutor in charge of its investigations, who was based in Arnhem, led to the subordination of the Royal Military Constabulary unit to the Netherlands Royal Army battalion commander on a day-to-day basis. The applicant has not submitted any evidence capable of supporting this suggestion.

(ii) Dependence on Royal Military Constabulary reports

191. The applicant submitted that the public prosecution service had placed excessive reliance on the Royal Military Constabulary reports. The Government disputed this.

192. Public prosecutors inevitably rely on the police for information and support. This does not in itself suffice to conclude that they lack sufficient independence *vis-à-vis* the police (see, *mutatis mutandis*, *Ramsahai and Others*, cited above, § 344).

193. Moreover, the Royal Military Constabulary unit was stationed in Iraq precisely to carry out police work such as that here in issue. The public prosecutor's reliance on its reports therefore raises no issue in itself.

194. The Court understands the main thrust of this complaint to be that the investigation was ineffective and the resulting reports unreliable. It will address the applicant's concerns regarding the quality of the Royal Military Constabulary investigation separately below.

(iii) The military member of the Military Chamber of the Arnhem Court of Appeal

195. The applicant argued that the independence of the Military Chamber of the Court of Appeal was tainted by the presence of a serving

military officer in its midst. The Government argued that the independence of the Military Chamber of the Court of Appeal was guaranteed.

196. In the present case, the Court has had regard to the composition of the Military Chamber as a whole. It sits as a three-member chamber composed of two civilian members of the Arnhem Court of Appeal and one military member. The military member is a senior officer qualified for judicial office; he is promoted to titular flag, general or air rank if he does not already hold that substantive rank (see paragraph 64 above). In his judicial role he is not subject to military authority and discipline; his functional independence and impartiality are the same as those of civilian judges (see paragraph 65 above). That being so, the Court is prepared to accept that the Military Chamber offers guarantees sufficient for the purposes of Article 2 of the Convention.

(d) Effectiveness of the investigation

(i) The statements by the ICDC personnel

197. In his application the applicant complained of the Royal Military Constabulary's failure to take statements from the ICDC personnel who had been guarding the checkpoint at the time of the shooting incident. The report as submitted to the Military Chamber of the Arnhem Court of Appeal stated only that they had provided "no pertinent information" (see paragraph 25 above).

198. Following the Chamber's relinquishment of jurisdiction to the Grand Chamber, the Government submitted an official record of the questioning of the ICDC members by Royal Military Constabulary officers (see paragraph 38 above). It transpires that this document contains information that might potentially have been of assistance to the Military Chamber of the Arnhem Court of Appeal, including accounts of the number of shots fired by each serviceman and the amount of ammunition remaining, and a far more detailed rendering of the statement made by the interpreter Mr Walied Abd Al Hussain Madjied.

199. As the Court has held on many occasions, the use of the term "absolutely necessary" in Article 2 § 2 indicates that a stricter and more compelling test of necessity must be employed from that normally applicable when determining whether State action is "necessary in a democratic society" under paragraph 2 of Articles 8 to 11 of the Convention. In particular, the force used must be strictly proportionate to the achievement of the aims set out in sub-paragraphs 2 (a), (b) and (c) of Article 2 (see, among many other authorities, *McCann and Others v. the United Kingdom*, 27 September 1995, § 149, Series A no. 324; *Kelly and Others v. the United Kingdom*, no. 30054/96, § 93, 4 May 2001; and *Isayeva v. Russia*, no. 57950/00,

§ 173, 24 February 2005). It follows that no domestic investigation can meet the standards of Article 2 of the Convention if it does not determine whether the use of lethal force by agents of the State went no further than the circumstances demanded (see *Kaya v. Turkey*, 19 February 1998, § 87, *Reports* 1998-I).

200. Although the investigation must be effective in the sense that it is capable of leading to the identification and, if necessary, punishment of those responsible (see, *inter alia*, *Hugh Jordan v. the United Kingdom*, no. 24746/94, § 107, 4 May 2001; *McKerr v. the United Kingdom*, no. 28883/95, § 113, ECHR 2001-III; *Finucane v. the United Kingdom*, no. 29178/95, § 69, ECHR 2003-VIII; *Makaratzis v. Greece* [GC], no. 50385/99, § 74, ECHR 2004-XI; *Tahsin Acar v. Turkey* [GC], no. 26307/95, § 223, ECHR 2004-III; and *Giuliani and Gaggio v. Italy* [GC], no. 23458/02, § 301, ECHR 2011), the Court would also point out that an investigation sufficient to inform a judicial finding as to whether the force used was or was not justified in the circumstances is crucial to the exercise, by any State agent prosecuted in ensuing criminal proceedings, of the rights of the defence (see, *inter alia* and *mutatis mutandis*, *Edwards v. the United Kingdom*, 16 December 1992, § 36, Series A no. 247-B; *Rowe and Davis v. the United Kingdom* [GC], no. 28901/95, § 60, ECHR 2000-II; *I.J.L. and Others v. the United Kingdom*, nos. 29522/95, 30056/96 and 30574/96, § 112, ECHR 2000-IX; and *Dousett v. the United Kingdom*, no. 39482/98, § 41, ECHR 2003-VII).

201. The Military Chamber of the Arnhem Court of Appeal was called upon to consider whether Lieutenant A. had acted in accordance with the instructions given to him by the competent authority (Article 38 of the Military Criminal Code, see paragraph 66 above). Lieutenant A.'s Instructions on the Use of Force, as set out on the soldier's card (see paragraph 59 above) under the heading "minimum force", included the following in paragraph 14:

- "If you have to open fire, you must:
- fire only aimed shots;
 - fire no more shots than is necessary; and
 - cease firing as soon as the situation allows."

202. The Military Chamber of the Court of Appeal confined itself to establishing as fact that Lieutenant A. had mistakenly reacted to friendly fire from across the road and to holding that Lieutenant A. was for that reason entitled to claim putative self-defence (see paragraph 48 above). It did not, however, address aspects relevant to the question whether Lieutenant A. had acted within the confines of his instructions as regards the proportionality of the force used. In particular, it made no findings as to whether more shots

had been fired than was necessary and whether firing had ceased as soon as the situation allowed.

203. The Court takes the view that a proper assessment in the sense outlined above would have required the Military Chamber of the Arnhem Court of Appeal to have had access to the official record of the questioning of the ICDC members by Royal Military Constabulary officers (see paragraph 38 above). As it is, the absence of that document from the Court of Appeal's file seriously impaired the effectiveness of its examination of the case.

(ii) The questioning of Mr Dawoud Joad Kathim

204. The applicant submitted that the brevity of the statement made by the driver of the car, Mr Dawoud Joad Kathim, as taken down by a Royal Military Constabulary investigator (see paragraph 23 above), also reflected on the quality of the investigation. He also pointed to the differences between this statement and the statement which Mr Dawoud Joad Kathim made later the same day to an Iraqi official (see paragraph 37 above). In the Government's view, in contrast, any differences between the two statements were insufficient to cast doubt on the effectiveness of the investigation.

205. The Court considers that no conclusion can be drawn from the brevity of Mr Dawoud Joad Kathim's first statement, as such. The discrepancies between the first and second statements may justify doubts as to the reliability of either statement, as recorded, but the Court cannot conclude on that ground alone that the investigation was inadequate.

(iii) The delay in questioning Lieutenant A.

206. The applicant drew the Court's attention to the delay in questioning Lieutenant A. after the incident, during which time he was not kept separate from other witnesses to the incident. The Government submitted that Lieutenant A. did nothing to interfere with the investigation.

207. Lieutenant A. was only questioned after Royal Military Constabulary personnel had been on the scene for over six hours (see paragraph 28 above). Although, as the Government correctly point out, there is no suggestion of foul play on his part (or that of any Netherlands soldier), such a lapse of time would have allowed him sufficient opportunity to collude with others to distort the truth had he been minded to do so. No precautions seem to have been taken to prevent this from happening.

208. As in *Ramsahai and Others* (cited above), the Court finds the mere fact that appropriate steps were not taken to reduce the risk of such collusion to amount to a shortcoming in the adequacy of the investigation (*ibid.*, § 330).

(iv) The list of ICDC personnel who had fired their weapons

209. The applicant submitted that Lieutenant A. had apparently obtained from the ICDC deputy commander a list of the names of ICDC personnel who had fired their weapons, and the corresponding number of rounds fired (see paragraph 31 above).

210. The fact that Lieutenant A. was able to obtain this list does not in itself raise any issue. Until the company commander arrived he was the highest-ranking Coalition officer on the spot and moreover responsible not only for the Netherlands patrol but also for the ICDC personnel present. It follows that it was Lieutenant A.'s duty to take measures aimed at facilitating the investigation.

211. However, this list, once it was available, ought to have been added to the file. The information which it contained might have proved useful, especially in comparison with the statements taken from the ICDC members themselves. The Court finds that the investigation was inadequate on this point.

(v) The autopsy

212. The applicant complained about the conditions under which the autopsy had taken place and about the resulting report. The Government argued that the autopsy had been as effective as it could have been in the circumstances.

213. The Court notes that the autopsy seems to have been carried out in the absence of any qualified Netherlands official. Nothing is known of the qualifications of the Iraqi pathologist who performed it.

214. Moreover, the pathologist's report had serious shortcomings; extremely brief, it was lacking in detail and it did not even include any pictures.

215. More generally, it does not appear that any alternative arrangement was considered for the autopsy. For example, it does not appear unlikely that either or both of the Occupying Powers, or perhaps another Coalition power, had facilities and qualified personnel available.

216. The Court finds therefore that the investigation was deficient on this point also.

(vi) The bullet fragments

217. The applicant criticised the absence of a detailed report on any examination of the bullet fragments. In the Government's view, the investigation was nonetheless adequate.

218. The Court notes that fragments of metal identified as bullet fragments were taken from the body of Mr Azhar Sabah Jaloud. The Netherlands investigators seem to have lost all trace of them since that point (see paragraph 36 above).

219. Whether or not the bullet fragments were capable of yielding useful information, the Court finds it unacceptable that they were not stored and examined in proper conditions, in the Netherlands if need be.

220. For this reason too the investigation was inadequate.

(e) The alleged failure to involve the applicant in the investigation

221. The applicant claimed that no effort had been made to contact the next of kin of the deceased.

222. The Government alleged that Netherlands Royal Military Constabulary investigators spoke to the applicant and other next of kin at the time of the autopsy, but left when it appeared that the family were preparing to take them hostage.

223. The applicant disputed the Government's account, which, since no pertinent written record has been submitted, cannot be verified.

224. Whatever the truth of either version of events, the Court finds it established that the applicant was, at his request, granted access to the investigation file; he was in fact in a position to submit it to the Court. Access to the file was also sufficient to enable him to bring proceedings under Article 12 of the Code of Criminal Procedure, in the course of which he was in a position to put up a very effective challenge to the decision not to prosecute Lieutenant A.

225. The Court therefore finds no indication that the proceedings were deficient on this point (see *Ramsahai and Others*, cited above, §§ 349-50).

(f) Conclusion

226. The Court is prepared to make reasonable allowances for the relatively difficult conditions under which the Netherlands military and investigators had to work. In particular, it must be recognised that they were engaged in a foreign country which had yet to be rebuilt in the aftermath of hostilities, whose language and culture were alien to them, and whose population – witness the first shooting incident on 21 April 2004 (see paragraph 10 above) – clearly included armed hostile elements.

227. Even so, the Court must conclude that the investigation into the circumstances surrounding Mr Azhar Sabah Jaloud's death failed, for the following reasons, to meet the standards required by Article 2 of the Convention: firstly, documents containing important information were not made available to the judicial authorities and the applicant (the

official record of statements taken from the ICDC personnel and the list, compiled by Lieutenant A., recording which ICDC members had fired their weapons and the number of rounds fired by each); secondly, in that no precautions were taken to prevent Lieutenant A. from colluding, before he was questioned, with other witnesses to the events; thirdly, in that no attempt was made to carry out the autopsy under conditions befitting an investigation into the possible criminal responsibility of an agent of the State, and in that the resulting report was inadequate; and, fourthly, in that important material evidence – the bullet fragments taken from the body – was mislaid in unknown circumstances. It cannot be found that these failings were inevitable, even in the particularly difficult conditions prevailing in Iraq at the relevant time.

228. The above failings lead the Court to find that there has been a failure to meet the procedural obligations flowing from Article 2 of the Convention.

II. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

229. Article 41 of the Convention provides as follows:

“If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party.”

230. The applicant submitted claims in respect of non-pecuniary damage and costs and expenses.

231. The intervening Government did not comment on the applicant’s just-satisfaction claims.

A. Damage

232. The applicant asked the Court to order the Government to “remedy the violations of Article 2 which [had] occurred by, to the extent possible, performing another, thorough investigation into the death of [his] son, to prosecute those involved, and to keep the applicant fully informed of both the investigation and the prosecution, if applicable”. He also claimed 25,000 euros (EUR) in respect of non-pecuniary damage.

233. The respondent Government considered an order such as that sought by the applicant inappropriate. They left the award of monetary compensation to the Court’s discretion, while pointing out that the awards made in *Al-Skeini and Others* had been lower.

234. As regards the applicant’s request to order an effective investigation followed by a prosecution, the Court reiterates the general principle that

the respondent State remains free to choose the means by which it will discharge its legal obligation under Article 46 of the Convention, provided that such means are compatible with the conclusions set out in the Court's judgment, and that it is only in exceptional circumstances that the Court will indicate what steps should be taken (see, for example, *Assanidze v. Georgia* [GC], no. 71503/01, §§ 202-03, ECHR 2004-II, and *Hutten-Czapska v. Poland* [GC], no. 35014/97, §§ 238-39, ECHR 2006-VIII). Consequently it considers that it falls to the Committee of Ministers of the Council of Europe acting under Article 46 of the Convention to address the issues as to what, if anything, may be required in practical terms by way of compliance (see, among many other references, *Al-Skeini and Others*, § 181).

235. As regards the monetary claims, the Court points out that in *Al-Skeini and Others*, which also concerned a violation of the procedural head of Article 2, it awarded the applicants the sums which they had claimed (*ibid.*, § 182). In the present case, the Court considers it equitable to award to the applicant the sum which he claims, namely EUR 25,000.

B. Costs and expenses

236. The applicant claimed a total of EUR 13,200 for 120 hours of work by his lawyers. He stated, however, that he had requested domestic legal aid and would not maintain his claim if this were granted.

237. The applicant submitted a further statement of travel and subsistence expenses, incurred by his two counsel to enable them to attend the hearing, and for postage. The total of these sums, for which vouchers were submitted, came to EUR 1,372.06.

238. The respondent Government submitted that no issue could arise in so far as the sums claimed were covered by domestic legal aid and declined to comment on the additional sum.

239. The applicant has not informed the Court that domestic legal aid has been refused in respect of the sum referred to in paragraph 236 above. It cannot therefore be established that it concerns expenses "actually incurred". That being so, no corresponding award can be made.

240. The Court accepts the additional claim set out in paragraph 237 above in full.

C. Default interest

241. The Court considers it appropriate that the default interest should be based on the marginal lending rate of the European Central Bank, to which should be added three percentage points.

FOR THESE REASONS, THE COURT, UNANIMOUSLY,

1. *Joins* the Government's preliminary objection to the merits;
2. *Declares* the application admissible;
3. *Holds* that Mr Azhar Sabah Jaloud fell within the jurisdiction of the respondent State and *dismisses* the Government's preliminary objection;
4. *Holds* that there has been a breach of the procedural obligation under Article 2 of the Convention;
5. *Holds*
 - (a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months, EUR 25,000 (twenty-five thousand euros), plus any tax that may be chargeable on this sum, in respect of non-pecuniary damage;
 - (b) that the respondent State is to pay the applicant, within three months, EUR 1,372.06 (one thousand three hundred and seventy-two euros and six cents), plus any tax that may be chargeable to the applicant on this sum, in respect of costs and expenses;
 - (c) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;
6. *Dismisses* the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 20 November 2014.

Michael O'Boyle
Registrar

Dean Spielmann
President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the following separate opinions are annexed to this judgment:

- (a) concurring opinion of Judge Spielmann, joined by Judge Raimondi;
- (b) joint concurring opinion of Judges Casadevall, Berro, Šikuta, Hirvelä, López Guerra, Sajó and Silvis;
- (c) concurring opinion of Judge Motoc.

D.S.
M.O'B.

CONCURRING OPINION OF JUDGE SPIELMANN,
JOINED BY JUDGE RAIMONDI

(*Translation*)

1. I had no difficulty in voting for the finding that Mr Azhar Sabah Jaloud’s death occurred within the “jurisdiction” of the Netherlands, as that term is to be interpreted for the purpose of Article 1 of the Convention.

2. This finding is set out in paragraph 152 of the judgment and did not require any additional development with regard to the concept of attribution.

3. The concept of “attribution” is indeed to be distinguished from that of “jurisdiction” as the latter has been interpreted in the Court’s case-law (see, recently, *Hassan v. the United Kingdom* [GC], no. 29750/09, § 74, ECHR 2014, which essentially reproduces the explanations in *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 55721/07, §§ 130-41, ECHR 2011). The concept of “jurisdiction” essentially refers to the territorial principle, State agent authority and control, effective control over an area and the Convention legal space.

4. In contrast, the concept of “attribution” essentially concerns the sensitive issue of the “imputability” of internationally wrongful acts. Salmon’s Dictionary has the following entry for the term “attribution”:

“With regard to international-law responsibility, the fact of ascribing to a subject of international law the acts or omissions of individuals or bodies under its effective authority or acting on its behalf.” [Translation]

(*Dictionnaire de droit international public*, edited by Jean Salmon, preface by Gilbert Guillaume, Brussels, Bruylant, 2001)

5. The “codicil” of paragraphs 154 and 155 of the present judgment, along with the unnecessary references to the case-law of the International Court of Justice (see paragraphs 95-97) and to the International Law Commission’s Articles on State Responsibility in the part of the judgment setting out the relevant international law, is ambiguous, subsidiary and incomprehensible.

– *Ambiguous*, because the majority’s reasoning takes care to point out that the test for establishing the existence of “jurisdiction” under Article 1 of the Convention has never been equated with the test for establishing a State’s responsibility for an internationally wrongful act under general international law¹.

1. By referring, and rightfully so, to the judgment in *Catan and Others v. Moldova and Russia* ([GC], nos. 43370/04, 8252/05 and 18454/06, ECHR 2012), from which it is appropriate to quote

– *Subsidiary*, because as soon as the Court concludes that the criteria for establishing the jurisdiction of the Netherlands have been met (see paragraph 152), it is no longer necessary, *in order to dismiss the Government’s preliminary objection*, to reconsider the facts behind the applicant’s complaints deriving from alleged acts and omissions of Netherlands military personnel and investigative and judicial authorities.

– *Incomprehensible*, because the majority’s reasoning in paragraph 155 merely builds on the reasoning with regard to the establishment of “jurisdiction”.

6. It is in paragraph 152 that the Court settles this question, holding that the respondent State was exercising its “jurisdiction” within the limits of its SFIR mission and for the purpose of asserting authority and control over persons passing through the checkpoint.

7. There was therefore no need to examine the non-issue of “attribution”, which is completely separate from the question of “jurisdiction”. More fundamentally, the Court should in any event be careful not to conflate the notions of jurisdiction under Article 1 with the concept of State responsibility under general international law. Efforts to seek to elucidate the former by reference to the latter are conceptually unsound and likely to cause further confusion in an already difficult area of law.

paragraph 115 *in extenso*:

“115. The Government of the Russian Federation contend that the Court could only find that Russia was in effective control if it found that the ‘Government’ of the ‘MRT’ could be regarded as an organ of the Russian State in accordance with the approach of the International Court of Justice in the *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro ...* The Court recalls that in the judgment relied upon by the Government of the Russian Federation, the International Court of Justice was concerned with determining when the conduct of a person or group of persons could be attributed to a State, so that the State could be held responsible under international law in respect of that conduct. In the instant case, however, the Court is concerned with a different question, namely whether facts complained of by an applicant fell within the jurisdiction of a respondent State within the meaning of Article 1 of the Convention. As the summary of the Court’s case-law set out above demonstrates, the test for establishing the existence of ‘jurisdiction’ under Article 1 of the Convention has never been equated with the test for establishing a State’s responsibility for an internationally wrongful act under international law.”

JOINT CONCURRING OPINION OF
JUDGES CASADEVALL, BERRO, ŠIKUTA,
HIRVELÄ, LÓPEZ GUERRA, SAJÓ AND SILVIS

1. This judgment establishes that a Contracting State may have its own jurisdiction under the Convention in respect of military operations conducted abroad as part of a stabilisation force in cooperation with another State which enjoys full status as an Occupying Power. Like the United States of America, the United Kingdom was an Occupying Power in Iraq in 2004 within the meaning of United Nations Security Council Resolution 1483, whereas the Netherlands military merely assisted the United Kingdom in this occupation. However, the Netherlands authorities remained in full command of their military in the Iraqi province of Al-Muthanna, and they exercised full authority and responsibility for establishing security in that region. Thus, Iraqi citizens passing a vehicle checkpoint between Ar-Rumaythah and Hamsa, run by ICDC (Iraqi military) personnel who were operating under exclusive Netherlands command, found themselves within the jurisdiction of the Netherlands, as it is defined by the Court's interpretation of Article 1 of the Convention. We agree with this part of the judgment, which is in line with and logically builds on the Court's earlier case-law on jurisdiction, most notably *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom* ([GC], no. 55721/07, ECHR 2011). It follows that the Netherlands were under a procedural obligation to investigate the tragic shooting incident which led to the death of the applicant's son, and to do so in an effective and diligent manner (see *Nachova and Others v. Bulgaria* [GC], nos. 43577/98 and 43579/98, §§ 110 and 112-13, ECHR 2005-VII, and *Ramsahai and Others v. the Netherlands* [GC], no. 52391/99, §§ 321-22, ECHR 2007-II). We agree that the Netherlands had this procedural obligation under the Convention. However, we respectfully disagree with some of the majority's reasoning underpinning the finding of a procedural violation by the Netherlands.

2. It is important to realise the full context of the tragic incident. The applicant's son was shot in Iraq at a vehicle checkpoint under Netherlands command during the night of 21 April 2004. Prior to this incident the checkpoint had come under fire from a car at 2.10 a.m. on the same night and the Iraqi military at the VCP had returned fire, apparently without causing casualties on either side. Netherlands servicemen had been called to the vehicle checkpoint to investigate that shooting. Their investigation started at 2.30 a.m. Fifteen minutes later, the car in which Mr Jaloud was sitting next to the driver approached the VCP at speed. The driver of the

car, who had drunk a couple of beers, later submitted that he had not even seen the checkpoint. His car struck barrels alongside the road, causing a loud and sudden noise. The car continued on its way at speed and there were shouts to stop, followed immediately by shooting, after which the car came to a halt. It became clear that Mr Jaloud had been mortally wounded. Contrary to what some of the servicemen present, including Lieutenant A., had thought, it transpired that no shots had been fired from the car.

3. The Netherlands Royal Military Constabulary, present in the region, was called on to begin an investigation into the death of Mr Jaloud. It started doing so as early as 4.50 a.m. The Netherlands Royal Military Constabulary has standing to conduct such investigations, independently from the military command, in respect of Netherlands service personnel. On the basis of a report of their investigations in Iraq, various other documents and a hearing, the Arnhem Court of Appeal later dismissed a request from the applicant for the prosecution of Netherlands Lieutenant A., who had admitted to firing at the passing car. The Netherlands Court of Appeal found that the lieutenant had acted within the military instructions on legitimate (putative) self-defence.

4. It is clear, as the Court has stated on several occasions, that where the death to be investigated under Article 2 of the Convention occurs in circumstances of armed conflict or in an otherwise unstable region, obstacles may be placed in the way of investigators and concrete constraints may compel the use of less effective measures of investigation. The key question then is whether the investigation into the shooting was conducted in a sufficiently effective and diligent manner, in the sense that it would have been capable of leading to the identification and punishment of those responsible. This is not an obligation of results, but of means. In view of the criteria just mentioned, the procedural obligations under Article 2 also cover proceedings in which it is decided whether or not a person under suspicion should be charged in connection with his or her responsibility for the incident under investigation, although this is not the determination of a criminal charge itself and Article 6 of the Convention does not apply (see *Ramsabhai and Others*, cited above).

5. What is undisputed is that the Royal Military Constabulary acted promptly once the matter had come to their attention. It further appears that the investigation was effective, in so far as it determined (a) the cause of death, and (b) identified the Netherlands officer who may have caused the death by shooting. The key question before the Netherlands Court of Appeal was whether the officer should face charges, depending on whether he had or had not acted in compliance with the instruction on the use of force. Under the procedural obligation of Article 2 of the Convention, it

is crucial that a judicial authority, in determining whether a serviceman should face further charges or whether he had acted in a justifiable manner within the Instructions on the Use of Force, has the proper information at its disposal. The Arnhem Court of Appeal should have had at its disposal the full witness statements that were taken after the incident, but it appears that only a rather selective summary of these were present in the court file. While it cannot be speculated whether the Court of Appeal would have reached another conclusion had it been in a position to read all of the witness statements, this is a serious flaw in the quality of the investigation. So far we agree with the position taken by the majority of the Grand Chamber. However, we respectfully regret that the Grand Chamber also found it appropriate to scrutinise the investigations in Iraq in such a painstaking way that eyebrows may be raised about the role and competence of our Court. We restrict ourselves to two examples in the judgment.

6. The Court criticises the autopsy. Of course, from the perspective of “state of the art” forensic examinations as these would be carried out in the context of domestic proceedings, the autopsy performed in Iraq was inadequate, and that is easily admitted; however, in finding on that basis that this part of the investigation in Iraq was in violation of the Netherlands’ procedural obligations under Article 2, the majority of the Court is taking a rather big step. Whether the Royal Military Constabulary could have claimed full legal control over the body and the circumstances of the autopsy is highly questionable. The Court has not indicated any legal basis for it. Should the Netherlands Royal Constabulary perhaps have used force to secure its attendance at the autopsy? In fact, the Royal Military Constabulary held the body of Mr Azhar Sabah Jaloud for some hours, and something had to be done rapidly. The facilities for an autopsy not being available at the Netherlands camp, the body had to be transferred into Iraqi care. The body was then moved to an Iraqi civilian hospital, where an autopsy was carried out, in the absence of Royal Military Constabulary officials. The Government submit that it was the Iraqi authorities’ decision to exclude Netherlands personnel from the autopsy. There was no legal reason why they could not do so. In addition, according to the Government, the situation was becoming very tense: wider escalation might have followed if a confrontation had been sought; the Netherlands personnel who were present in the hospital reported their fear of being taken hostage and left the premises for that reason. Is this not an example of concrete constraints which may compel the use of less effective measures of investigation?

7. Another point of concern is where the Court reproaches the Netherlands for the fact that the Royal Military Constabulary did not separate witnesses prior to questioning “the prime suspect” in the shooting,

that is, six hours after their arrival at the VCP. This raises questions. Is it really within the competence of our Court to set the standards for investigations at this detailed level in unstable situations such as those which prevailed in Iraq? That would be a very hazardous exercise. It seems obvious that concerns for security at a vehicle checkpoint continued to exist while the investigations were going on. The witnesses to the incident were also responsible for that security. Separating all the witnesses on the spot could have interfered with that duty. Equally, to separate persons in a command position from their military personnel abruptly and in such an unstable environment seems rather dangerous. There were obviously more dimensions to be taken into account than just the investigation, and it is not easy to imagine all of them.

8. To conclude, we consider that the Court has rightfully underlined that in a context such as the incident under scrutiny there may be obstacles to performing what may seem the most effective manner of investigation. However, this point of departure does not sit easily with all aspects of the subsequent painstaking analysis undertaken by the Court. Besides, the lieutenant, having reported the incident himself, took full responsibility for the shooting from the outset, and there was no appearance of any attempt on his part to manipulate the evidence.

CONCURRING OPINION OF JUDGE MOTOC

(Translation)

1. A human being's path to self-awareness is similar to that of Sisyphus. Albert Camus's essay provides a remarkable illustration of the history of philosophy in this regard. But can we expect such self-awareness on the part of a court with regard to issues as difficult as the one addressed in this judgment? Will the Court not be condemned to remain "estranged from itself"? In the language of the philosophy of law, and having regard to the principle of "law as integrity" as it has been interpreted by Ronald Dworkin, it seems that a court can never explicitly admit to the various interpretive approaches of *stare decisis*.

2. It is well known that Article 1 of the Convention remains one of the most problematic in terms of its application, and there are several contradictions in the manner in which the Court has interpreted it (see, for example, *Banković and Others v. Belgium and Others* (dec.) [GC], no. 52207/99, § 75, ECHR 2001-XII, and *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 55721/07, §§ 136-37, ECHR 2011). While the Court has made remarkable efforts to provide clarification in the present judgment, we consider that this progress has been in the direction of general international law and international humanitarian law only.

3. Let us begin with general international law. Firstly, at the pre-interpretive stage the Court very clearly expresses its position on the International Law Commission's Articles on State Responsibility (see paragraph 98 of the present judgment) and the case-law of the International Court of Justice (see paragraphs 95-97). Above all, however, for the first time in this case the Court specifies that it is ruling on the imputability resulting from application of the relevant Articles on State Responsibility of the International Law Commission. Thus, with regard to responsibility under international law, it states that "the alleged acts and omissions of Netherlands military personnel and investigative and judicial authorities" are such as to be capable of "giving rise to the responsibility of the Netherlands under the Convention". Imputability was necessary in order to complement the legal logic arising from general international law, particularly State responsibility, with all the consequences that are entailed (see, in particular, M. Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford University Press, 2011).

4. Similar comments can be made with regard to humanitarian law. Again at the pre-interpretive stage, the judgment quotes the relevant

Articles of the Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land (“the Hague Regulations”, 1907) and the Fourth Geneva Convention.

5. However, one problem remains unresolved: that of the place to be given to human rights. Although the present judgment quotes the judgment in *Catan and Others v. Moldova and Russia* ([GC], nos. 43370/04, 8252/05 and 18454/06, ECHR 2012), particularly its paragraph 115, and reiterates that the test for establishing the existence of “jurisdiction” under Article 1 of the Convention has not been equated with the test for establishing a State’s responsibility for an internationally wrongful act under general international law, it goes no further than that. Once the Court has – for the first time – ruled on “imputability” and has thus moved in the direction of general international law, it must still provide clarification on the differences between the State’s responsibility under general international law and under the Convention, particularly – in the present case – under Article 1.

6. Several questions remain outstanding in a general manner with regard to the relationship between human rights standards when those human rights are applied within a State’s territory and when they are applied outside it, by virtue of the extraterritoriality resulting from Article 1 (see, for example, S. Besson, “The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to”, *Leiden Journal of International Law*, December 2012, Volume 25, Issue 4, pp. 857-84). Although the Court’s task in this case was facilitated by the shortcomings of the Arnhem Court of Appeal, the general question remains unanswered. Can we speak of different standards in human rights protection which are to be applied by one and the same State, and, if so, on the basis of which criteria?

7. One final remark: the United Kingdom’s argument concerning the “real risk” that States might be reticent to respond to calls from the United Nations Security Council to take part in an intervention under that body’s mandate (see paragraph 126 of the present judgment) is, in our opinion, insubstantial from a legal perspective. Soldiers who take part in peacekeeping operations or are members of multinational forces cannot enjoy immunity simply on account of the fact that their State is participating in such operations.

8. In conclusion, while the present judgment makes progress as regards the applicability of general international law, questions concerning the relationship between general international law and the human rights provided for in Article 1 have still to be clarified, as do the various conflicts of norms which may arise in the course of that Article’s application.

JALOUUD c. PAYS-BAS
(*Requête n° 47708/08*)

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 20 NOVEMBRE 2014¹

1. Arrêt rendu par la Grande Chambre après dessaisissement d'une chambre en vertu de l'article 30 de la Convention.

SOMMAIRE¹**Juridiction territoriale dans le contexte du décès d'un ressortissant irakien qui aurait été tué par un militaire néerlandais, membre de la force de stabilisation en Irak**

Le fait pour un État contractant d'exécuter une décision ou un ordre émanant de l'autorité d'un État étranger ne suffit pas en soi à l'exonérer de ses obligations découlant de la Convention. Un État n'est pas délesté de sa « juridiction » extraterritoriale du simple fait qu'il a accepté le contrôle opérationnel d'un commandant étranger, lorsque la définition des grandes orientations, notamment les règles concernant le recours à la force, est demeurée le domaine réservé de cet État (paragraphe 143 et 147 de l'arrêt).

Article 1

Juridiction des États – Juridiction territoriale dans le contexte du décès d'un ressortissant irakien qui aurait été tué par un militaire néerlandais, membre de la force de stabilisation en Irak – Juridiction extraterritoriale – Responsabilité d'un État dont les troupes étaient placées sous le commandement de la force multinationale pour les questions courantes – Responsabilité d'assurer la sécurité – Exercice de l'autorité et du contrôle

Article 2

Enquête effective – Absence d'enquête effective sur des tirs mortels qui auraient été effectués par les forces néerlandaises à un poste de contrôle des véhicules dans le sud de l'Irak – Absence d'appréciation de la proportionnalité du recours à la force – Mesures destinées à empêcher toute collusion entre des témoins clés – Indépendance – Défaut allégué d'indépendance fonctionnelle de l'autorité d'enquête – Caractère inadéquat d'une autopsie

*

* *

En fait

De juillet 2003 à mars 2005, des troupes néerlandaises participèrent, en bataillons, à la force de stabilisation en Irak. Stationnées au sud-est de l'Irak, elles faisaient partie de la division multinationale sud-est, placée sous le commandement d'un officier des forces armées britanniques. La participation des forces néerlandaises à cette division était régie par un protocole d'entente entre le Royaume-Uni et le

1. Rédigé par le greffe, il ne lie pas la Cour.

Royaume des Pays-Bas, auquel étaient annexées les règles d'engagement. Ces deux documents étaient classés « confidentiels ».

Le requérant est le père d'un ressortissant irakien qui succomba en avril 2004 à des blessures par balles reçues alors que la voiture où il se trouvait comme passager essayait des tirs après avoir franchi à vive allure un poste de contrôle des véhicules. Ce poste de contrôle était alors tenu par des membres du corps irakien de défense civile, lesquels avaient été rejoints par une patrouille de militaires néerlandais, arrivés sur place après que le poste de contrôle avait été pris pour cible depuis un autre véhicule, quelques minutes avant l'incident ayant coûté la vie au fils du requérant. L'un des militaires néerlandais reconnut avoir tiré plusieurs fois sur la voiture où se trouvait le fils du requérant mais affirma avoir agi en état de légitime défense, croyant qu'il avait lui-même été visé depuis le véhicule. À l'issue d'une enquête de la maréchaussée royale (branche des forces armées néerlandaises), le procureur militaire parvint à la conclusion que le fils du requérant avait probablement été touché par une balle irakienne et que le militaire néerlandais avait agi en état de légitime défense. Il décida donc de clore l'enquête. La chambre militaire de la cour d'appel confirma cette décision, considérant que le militaire en question avait réagi à des tirs amis en pensant qu'il s'agissait de tirs provenant de l'intérieur du véhicule, que dans ces conditions il avait agi dans les limites des instructions reçues et que la décision de ne pas engager de poursuites contre lui était justifiée.

Dans sa requête auprès de la Cour européenne, le requérant allègue sous l'angle de l'article 2 de la Convention que l'enquête n'a pas été suffisamment indépendante et effective.

En droit

1. Article 1 (juridiction): le Gouvernement soulève une exception préliminaire, soutenant que les griefs du requérant ne relèvent pas de la juridiction territoriale des Pays-Bas dès lors que l'autorité aurait été exercée par d'autres: soit par les États-Unis et le Royaume-Uni, désignés comme « puissances occupantes » par la Résolution 1483 du Conseil de sécurité des Nations unies, soit par le Royaume-Uni seul en tant que « nation chef de file » dans le sud-est de l'Irak qui aurait commandé le contingent néerlandais de la force de stabilisation en Irak.

Rejetant cet argument, la Cour observe que le fait pour un État contractant d'exécuter une décision ou un ordre émanant de l'autorité d'un État étranger ne suffit pas en soi à l'exonérer de ses obligations découlant de la Convention. Les Pays-Bas ne sont pas délestés de leur « juridiction » du simple fait qu'ils ont accepté le contrôle opérationnel d'un commandant britannique. Même si les forces appartenant à des nations autres que les « nations chefs de file » recevaient leurs instructions courantes de commandants étrangers, la définition des grandes orientations – notamment, dans les limites approuvées sous la forme des règles d'engagement annexées aux protocoles d'entente pertinents, l'élaboration de règles distinctes concernant le recours à la force – demeurait le domaine réservé de chaque État pourvoyeur de contingent. Les Pays-Bas avaient la responsabilité d'assurer la sécurité dans la zone où leurs

troupes étaient basées, à l'exclusion d'autres États participants, et ils y conservaient le plein commandement sur leur contingent. N'est pas non plus pertinent le fait que le poste de contrôle où s'est produite la fusillade était formellement tenu par des membres du corps irakien de défense civile, car celui-ci était placé sous la supervision et l'autorité d'officiers des forces de la coalition. Dès lors, les forces néerlandaises n'étaient pas à la disposition d'une puissance étrangère, ni sous la direction ou le contrôle exclusifs d'un quelconque autre État.

La fusillade mortelle s'est produite à un poste de contrôle tenu par du personnel placé sous le commandement et la supervision directe d'un officier de l'armée néerlandaise, poste de contrôle qui avait été mis en place dans le cadre de l'exécution de la mission de la force de stabilisation en Irak prévue par la Résolution 1483 du Conseil de sécurité des Nations unies. Elle est donc survenue dans le cadre de la « juridiction » des Pays-Bas.

Conclusion: exception préliminaire rejetée (unanimité).

2. Article 2 (volet procédural) : la Cour écarte l'argument du requérant selon lequel l'enquête n'a pas été suffisamment indépendante. Rien n'indique que le fait que l'unité de la maréchaussée royale ayant débuté l'enquête partageait ses quartiers avec les effectifs de l'armée auxquels le requérant impute le décès a en soi porté atteinte à l'indépendance de l'unité en question au point d'altérer la qualité de son enquête. De même, le fait que le procureur se soit largement fondé sur les rapports de la maréchaussée royale ne soulève pas de questions, car les procureurs s'appuient inévitablement sur la police pour obtenir informations et assistance. Concernant la présence d'un officier d'active au sein de la chambre militaire de la cour d'appel ayant confirmé la décision de ne pas poursuivre l'officier néerlandais qui avait tiré sur la voiture, la Cour fait observer que la chambre militaire était composée de deux membres civils de la cour d'appel et d'un membre militaire. Ce dernier était un officier supérieur ayant les qualifications exigées pour être magistrat, il n'était pas soumis à l'autorité et à la discipline militaires, et les mêmes règles d'indépendance fonctionnelle et d'impartialité s'appliquaient à lui et aux juges civils. La chambre militaire offrait donc des garanties d'indépendance suffisantes au sens de l'article 2 de la Convention.

Concernant l'effectivité, la Cour estime en revanche que l'enquête a été marquée par un certain nombre de défaillances. Singulièrement, la chambre militaire de la cour d'appel s'est bornée à juger établi que l'officier auteur des coups de feu avait agi en état de légitime défense, réagissant par erreur à des tirs amis venus de l'autre côté de la route ; elle ne s'est pas penchée sur certains aspects touchant à la proportionnalité du recours à la force, en particulier sur les questions de savoir s'il n'avait pas été tiré plus de coups de feu que nécessaire et si la fusillade avait cessé dès que la situation l'avait permis. Par ailleurs, des documents contenant des informations potentiellement pertinentes à cet égard ne furent pas à l'époque communiqués à la chambre militaire. Ainsi, le procès-verbal officiel des dépositions recueillies auprès des membres du corps irakien de défense civile qui gardaient le poste de contrôle au

moment de la fusillade et la liste des membres de celui-ci qui avaient fait feu avec leurs armes ne furent pas versés au dossier.

En outre, l'officier auteur des coups de feu n'a été interrogé que plus de six heures après la fusillade. Même si aucun élément ne donne à penser qu'il y ait eu la moindre manipulation, le simple fait que les mesures appropriées n'aient pas été prises pour réduire le risque de collusion entre lui et d'autres témoins s'analyse en une lacune propre à nuire à l'adéquation de l'enquête. Quant à l'autopsie, elle a été pratiquée en l'absence de tout responsable néerlandais qualifié. Le rapport du médecin est extrêmement bref, manque de précisions et ne comporte pas de photographies. Enfin, les fragments métalliques identifiés comme étant des fragments de balles extraits du corps – éléments matériels potentiellement importants – n'ont pas été conservés et examinés dans de bonnes conditions et ont par la suite été égarés dans des circonstances non élucidées.

En résumé, l'enquête sur les circonstances du décès n'a pas satisfait aux exigences découlant de l'article 2, et ce pour les raisons suivantes : certains documents contenant des informations importantes ne furent pas communiqués aux autorités judiciaires et au requérant ; aucune précaution ne fut prise pour prévenir, avant l'audition de l'officier auteur des coups de feu, toute collusion entre celui-ci et d'autres témoins ; rien ne fut entrepris pour que l'autopsie pût être pratiquée dans des conditions dignes d'une enquête sur l'éventuelle responsabilité pénale d'un agent de l'État, le rapport d'autopsie ayant de surcroît été insuffisant ; enfin, d'importants éléments matériels furent égarés dans des circonstances non élucidées. Même au regard des conditions particulièrement difficiles qui prévalaient en Irak à l'époque des faits, la Cour ne saurait considérer que ces défaillances étaient inévitables.

Conclusion : violation (unanimité).

Article 41 : 25 000 EUR pour préjudice moral.

Jurisprudence citée par la Cour

- Al-Jedda c. Royaume-Uni* [GC], n° 27021/08, CEDH 2011
Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni [GC], n° 55721/07, CEDH 2011
Assanidzé c. Géorgie [GC], n° 71503/01, CEDH 2004-II
Banković et autres c. Belgique et autres (déc.) [GC], n° 52207/99, CEDH 2001-XII
Catan et autres c. République de Moldova et Russie [GC], n°s 43370/04, 8252/05 et 18454/06, CEDH 2012
Chypre c. Turquie [GC], n° 25781/94, CEDH 2001-IV
Dousett c. Royaume-Uni, n° 39482/98, CEDH 2003-VII
Edwards c. Royaume-Uni, 16 décembre 1992, série A n° 247-B
Finucane c. Royaume-Uni, n° 29178/95, CEDH 2003-VIII
Giuliani et Gaggio c. Italie [GC], n° 23458/02, CEDH 2011
Hugh Jordan c. Royaume-Uni, n° 24746/94, 4 mai 2001
I.J.L. et autres c. Royaume-Uni, n°s 29522/95, 30056/96 et 30574/96, CEDH 2000-IX

- Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* [GC], n° 48787/99, CEDH 2004-VII
Issaïeva c. Russie, n° 57950/00, 24 février 2005
K. c. Italie, n° 38805/97, CEDH 2004-VIII
Kaya c. Turquie, 19 février 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-I
Kelly et autres c. Royaume-Uni, n° 30054/96, 4 mai 2001
Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, série A n° 310
Makaratzis c. Grèce [GC], n° 50385/99, CEDH 2004-XI
McCann et autres c. Royaume-Uni, 27 septembre 1995, série A n° 324
McKerr c. Royaume-Uni, n° 28883/95, CEDH 2001-III
Pellegrini c. Italie, n° 30882/96, CEDH 2001-VIII
Ramsahai et autres c. Pays-Bas [GC], n° 52391/99, CEDH 2007-II
Rowe et Davis c. Royaume-Uni [GC], n° 28901/95, CEDH 2000-II
Tahsin Acar c. Turquie [GC], n° 26307/95, CEDH 2004-III

En l'affaire Jaloud c. Pays-Bas,

La Cour européenne des droits de l'homme, siégeant en une Grande Chambre composée de :

Dean Spielmann, *président*,
 Josep Casadevall,
 Guido Raimondi,
 Ineta Ziemele,
 Mark Villiger,
 Isabelle Berro,
 Elisabeth Steiner,
 Alvina Gyulumyan,
 Ján Šikuta,
 Päivi Hirvelä,
 Luis López Guerra,
 András Sajó,
 Zdravka Kalaydjieva,
 Aleš Pejchal,
 Johannes Silvis,
 Valeriu Grițco,
 Iulia Antoanella Motoc, *juges*,

et de Michael O'Boyle, *greffier adjoint*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 19 février et 10 septembre 2014,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date :

PROCÉDURE

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 47708/08) dirigée contre le Royaume des Pays-Bas et dont un ressortissant irakien, M. Sabah Jaloud (« le requérant »), a saisi la Cour le 6 octobre 2008 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Le requérant a été représenté par M^e L. Zegveld et M^e A.W. Eikelboom, avocats à Amsterdam. Le gouvernement néerlandais (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M. R.A.A. Böcker, du ministère des Affaires étrangères.

3. Le requérant alléguait en particulier que l'enquête sur le décès de son fils, M. Azhar Sabah Jaloud, avait été inadéquate. Il y voyait une violation de l'article 2 de la Convention.

4. Le 6 décembre 2011, la requête a été communiquée au Gouvernement.

5. Le 9 juillet 2013, une chambre de la troisième section composée de Josep Casadevall, président, Alvina Gyulumyan, Corneliu Bîrsan, Ján Šikuta, Luis López Guerra, Kristina Pardalos, Johannes Silvis, juges, ainsi que de Santiago Quesada, greffier de section, s'est dessaisie en faveur de la Grande Chambre, aucune des parties ne s'y étant opposée (articles 30 de la Convention et 72 du règlement de la Cour).

6. La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément aux dispositions des articles 26 §§ 4 et 5 de la Convention et 24 du règlement. Par la suite, Elisabeth Steiner, juge suppléante, a remplacé Kristina Pardalos, empêchée.

7. Tant le requérant que le Gouvernement ont déposé des observations écrites. Des observations ont également été reçues du gouvernement britannique, que le président avait autorisé à intervenir dans la procédure (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 2 du règlement). Le gouvernement intervenant a été représenté par son agent, M^{me} R. Tomlinson, du ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth.

8. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 19 février 2014 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le gouvernement défendeur*

MM. R. Böcker, ministère des Affaires étrangères, *agent*,
 M. Kuijter, ministère de la Sécurité et de la Justice,
 B. van Hoek, ministère public,
 Commandant H. Warnar, ministère de la Défense,
 État-major des armées, *conseillers*;

– *pour le requérant*

M^{es} L. Zegveld,
 A.W. Eikelboom, *conseils*;

– *pour le gouvernement britannique, gouvernement intervenant*

M^{me} R. Tomlinson, ministère des Affaires étrangères
 et du Commonwealth, *agent*,
 MM. J. Eadie QC, *conseil*,
 J. Benson, ministère des Affaires étrangères
 et du Commonwealth, *conseiller*,
 M^{me} M. Addis, ministère des Affaires étrangères
 et du Commonwealth, *observateur*.

La Cour a entendu M. Böcker, M^e Eikelboom, M^e Zegveld et M^e Eadie en leurs déclarations ainsi qu'en leurs réponses aux questions posées par les juges.

EN FAIT

9. Le requérant, M. Sabah Jaloud, est un ressortissant irakien né en 1943 et résidant à An-Nasiryah (Irak). Il est le père de feu Azhar Sabah Jaloud, décédé le 21 avril 2004 à l'âge de vingt-neuf ans.

A. Les circonstances de l'espèce

1. Le décès de M. Azhar Sabah Jaloud

10. Le 21 avril 2004 vers 2 h 12 du matin, une voiture inconnue s'approcha d'un poste de contrôle des véhicules («PCV») appelé «B1.3» sur la principale route d'approvisionnement «Jackson», au nord de la ville d'Ar-Rumaythah, dans la province d'Al-Muthanna, dans le sud-est de l'Irak. Le véhicule ralentit et tourna. Des coups de feu furent tirés depuis l'intérieur de la voiture sur les personnes, toutes membres du corps irakien de défense civile («CIDC»), qui gardaient le PCV. Les gardes ripostèrent. Personne ne fut touché; la voiture repartit et disparut dans la nuit.

11. Appelée par le sergent Hussam Saad, du CIDC, qui commandait le poste de contrôle, une patrouille de six militaires néerlandais emmenée par le lieutenant A. arriva sur place vers 2 h 30.

12. Une quinzaine de minutes plus tard, une voiture de marque Mercedes s'approcha du PCV à vive allure. Elle percuta l'un des barils, qui avaient été placés au milieu de la route pour constituer le poste de contrôle, mais continua à avancer. Des coups de feu furent tirés sur la voiture: le lieutenant A. tira vingt-huit cartouches avec un fusil d'assaut Diemaco; il est possible également que des coups de feu aient été tirés avec une Kalachnikov AK-47 par un ou plusieurs membres du CIDC (paragraphe 21 et 49-52 ci-dessous). Le conducteur arrêta alors la voiture.

13. Le fils du requérant, M. Azhar Sabah Jaloud, occupait le siège du passager à l'avant de la voiture. Il avait été touché à plusieurs endroits, notamment à la poitrine. Les militaires néerlandais le sortirent de la voiture et tentèrent de lui administrer les premiers secours, mais il succomba. Sa mort fut constatée une heure après la fusillade.

14. Le corps fut radiographié. Les clichés montrent des objets, identifiés comme étant métalliques, logés dans la poitrine et dans d'autres parties du corps.

15. Une autopsie fut réalisée par un médecin irakien, qui rédigea un bref rapport en arabe. Des objets métalliques, identifiables comme étant des fragments de balles, furent trouvés dans le corps.

16. Il ne fut pas déterminé par qui avait été tirée la balle ou les balles ni quelle arme avait été utilisée.

2. L'enquête

a) Le début de l'enquête

17. D'après un procès-verbal établi par le sergent de première classe (*wachtmeester 1^e klasse*) Schellingerhout de la maréchaussée royale (*Koninklijke marechaussee*), détachement d'As-Samawah, un appel téléphonique signalant la fusillade avait été reçu à 3 h 25 à la salle des opérations du bataillon. Selon cet appel, une voiture avait percuté le PCV. Des coups de feu avaient été tirés par les forces armées néerlandaises et irakiennes. Le passager de la voiture avait été blessé et on l'avait transporté à l'hôpital. La maréchaussée royale était appelée à enquêter.

18. Un groupe de garde (*piketgroep*) de la maréchaussée royale constitué de sept personnes accompagnées d'un interprète partit à 3 h 50 et arriva sur place vers 4 h 50. Les sergents de première classe Broekman et Van Laar de la maréchaussée royale commencèrent à recueillir des éléments de preuve à 5 heures. À la même heure, des membres de la maréchaussée royale à La Haye, de même que le procureur près le tribunal d'arrondissement (*recht-bank*) d'Arnhem, furent informés de l'incident.

b) Saisie de la dépouille, de la voiture et des armes personnelles du lieutenant A. et du sergent Hussam Saad du CIDC

19. La dépouille fut saisie par l'adjudant (*adjudant-onderofficier*) Kortman de la maréchaussée royale à 7 h 30 et transportée à l'hôpital mobile de Camp Smitty. À 11 h 45, après obtention d'une autorisation écrite d'un tribunal local, le corps fut transféré à l'hôpital général d'As-Samawah. L'autopsie fut effectuée par un médecin irakien en l'absence de tout témoin membre de la police.

20. La Mercedes fut saisie vers 5 h 10 par l'adjudant Kortman, puis remorquée jusqu'à Camp Smitty.

21. Vers 7 h 50, le sergent de première classe Schellingerhout procéda à la saisie de la Kalachnikov AK-47 du sergent Hussam Saad ; vers 11 h 55, il saisit également le fusil Diemaco C7A1 du lieutenant A. Par la suite, les deux armes furent étiquetées et mises à la disposition du procureur d'Arnhem.

c) Dépôts recueillis par des membres de la maréchaussée royale

22. Les dépositions suivantes furent soumises aux autorités chargées de l'enquête et aux organes judiciaires dans le cadre de la procédure interne.

i. M. Dawoud Joad Kathim

23. Le 21 avril 2004 vers 5 h 5, l'adjudant Mercx de la maréchaussée royale prit la déposition du conducteur de la Mercedes, M. Dawoud Joad

Kathim, avec l'assistance d'un interprète. M. Dawoud Joad Kathim déclara que la veille au soir il avait bu deux canettes de bière, pas plus, et qu'il n'avait pas été ivre. Il n'avait remarqué le poste de contrôle que lorsqu'il avait été trop tard pour éviter de percuter deux barils. Il faisait sombre à ce moment-là et il n'y avait pas d'éclairage. À sa grande surprise, sa voiture avait essuyé des coups de feu alors qu'il franchissait le poste de contrôle. Son ami, M. Azhar Sabah Jaloud, avait été touché. Il avait entendu celui-ci dire qu'il était en train de mourir. Il souhaitait porter plainte parce que le poste de contrôle n'avait pas été clairement signalé.

ii. Le sergent Hussam Saad du CIDC

24. Le 21 avril 2004 vers 5 h 15, le sergent de première classe Weerdenburg de la maréchaussée royale recueillit la déposition du sergent Hussam Saad du CIDC. Ce dernier déclara qu'il avait signalé des tirs en provenance d'une voiture aux alentours de 2 h 10; le lieutenant A. était arrivé vers 2 h 30. En compagnie de celui-ci, d'un autre militaire néerlandais et de l'interprète, il était parti à la recherche de douilles. Il avait tout à coup entendu un grand bruit et avait vu approcher une voiture en provenance d'Ar-Rumaythah. Sommée de s'arrêter, celle-ci n'en avait pas moins continué à avancer. Il avait ensuite entendu des tirs provenant du côté gauche de la route. Pour sa part, il n'avait pas ouvert le feu.

iii. Autres membres du CIDC

25. Le sergent de première classe Weerdenburg interrogea ensuite les autres militaires irakiens, mais ils ne donnèrent pas d'informations pertinentes.

iv. M. Walied Abd al-Hussain Madjied

26. Le 21 avril 2004 vers 7 heures, le sergent Klinkenberg de la maréchaussée royale prit la déposition de M. Walied Abd al-Hussain Madjied, interprète employé par le CIDC. L'intéressé déclara qu'il avait accompagné entre deux postes de contrôle la patrouille emmenée par le lieutenant A. À son arrivée au PCV B1.3, il avait été informé de la première fusillade par le sergent Hussam Saad du CIDC et il s'était joint au lieutenant A. et à d'autres personnes pour rechercher des douilles. Il avait tout à coup entendu un bruit de barils qui se renversent, s'était retourné et avait vu approcher une voiture. Il avait crié: «Stop, stop, stop!», mais la voiture avait poursuivi sa route. De l'autre côté de la route, un militaire néerlandais avait tiré sur la voiture. Une fois celle-ci à l'arrêt, il avait servi d'interprète à ses occupants. Le passager avait le bras gauche couvert de sang et le conducteur sentait l'alcool.

v. Le sergent Teunissen

27. Le 21 avril 2004 vers 9 h 30, le sergent de première classe Van Laar et le sergent Klinkenberg de la maréchaussée royale prirent la déposition du sergent (*sergeant*) d'infanterie Teunissen. Celui-ci déclara qu'il était arrivé au PCV B1.3 à 2 heures et y avait reçu des informations du sergent du CIDC. Avec son lieutenant, le sergent du CIDC et l'interprète, il avait remonté la route à la recherche de douilles. À 100 mètres environ de la guérite du PCV, il s'était retourné, un bruit l'ayant fait sursauter. Il avait vu une voiture rentrer dans le PCV à vive allure; lorsqu'elle avait franchi le PCV, il avait entendu des tirs provenant du PCV. Lui-même et ses trois compagnons avaient plongé à terre pour se mettre à couvert. Lorsque la voiture était arrivée à leur hauteur, des coups de feu avaient été tirés depuis l'autre côté de la route, là où se trouvait le lieutenant. Il avait crié: «Arrêtez de tirer!», mais n'avait pas été entendu. Lorsque les tirs avaient cessé, la voiture s'était arrêtée. Le passager saignait au niveau de la partie inférieure du corps et à l'épaule gauche. Le sergent Teunissen et le soldat Finkelberg l'avaient extrait de la voiture, l'avaient allongé à terre et avaient pansé ses blessures. Avec le lieutenant A., il avait tenté de le réanimer jusqu'à ce que le médecin lui dise que c'était inutile.

vi. Le lieutenant A., première déposition

28. Le 21 avril 2004 vers 11 h 15, les sergents de première classe Broekman et Van Laar de la maréchaussée royale entendirent le lieutenant A. après l'avoir averti que ses déclarations pourraient être retenues contre lui. Le lieutenant A. déclara qu'il était chargé de la supervision de deux postes de contrôle des véhicules, dont l'un était le PCV B1.3 sur la route « Jackson » au nord d'Ar-Rumaythah. Après que la première fusillade eut été signalée, il était arrivé au PCV B1.3 vers 2 h 30; il avait envisagé d'effectuer à pied un tour de reconnaissance de la zone en compagnie du sergent Teunissen et du sergent du CIDC. Vers 2 h 45, un bruit l'avait fait sursauter. Regardant en arrière, il avait vu la lumière vive de deux phares de voiture s'approcher. Des coups de feu avaient alors été tirés de cette direction et, en les entendant, il avait plongé sur le bas-côté pour se mettre à couvert. Il avait eu la conviction que les tirs provenaient de l'intérieur de la voiture. Lorsque la voiture était arrivée à sa hauteur, il avait armé son fusil; il avait ouvert le feu sur l'arrière de la voiture dès que celle-ci était passée. Il avait tiré vingt-huit cartouches en tirs ciblés. Il avait répondu au danger résultant du fait qu'il avait été visé en premier. Il avait utilisé tout le contenu d'un chargeur, soit vingt-huit cartouches, ce qui avait pris environ sept secondes. Le passager ayant été blessé, il avait tenté avec le sergent Teunissen de le réanimer jusqu'à l'arrivée

des secours. À ce moment-là, le blessé n'avait plus de pouls. Peu après, le commandant de la compagnie était arrivé; le lieutenant A. lui avait fait rapport.

vii. Le soldat Finkelnberg

29. Le 23 avril 2004 vers 13 h 50, l'adjudant Kortman et le sergent de première classe Broekman de la maréchaussée royale prirent la déposition du soldat Finkelnberg. Celui-ci déclara que, le 21 avril 2004 à 2 heures, accompagné notamment du lieutenant A. et du sergent Teunissen, il était arrivé au PCV B1.4 où le sergent du CIDC avait signalé au lieutenant A. qu'une fusillade avait eu lieu au PCV B1.3. La patrouille s'était alors rendue à ce poste de contrôle, où elle était arrivée à 2 h 30. Le lieutenant A., le sergent Teunissen, le sergent du CIDC et l'interprète avaient remonté la route en direction d'Al-Hamza à la recherche de douilles. Une voiture de couleur sombre s'était approchée à vive allure et était passée à côté de lui, puis avait franchi le poste de contrôle en percutant des barils placés sur la route. À travers son intensificateur d'images, il avait vu le lieutenant A. se mettre à couvert sur le côté gauche de la route; il avait ensuite vu des flashes sortant des canons de plusieurs armes du côté gauche de la route et avait entendu des tirs provenant de cette direction. Les tirs étaient à coups uniques. À un moment, il avait vu la voiture s'arrêter. Pendant les coups de feu, il avait entendu le sergent Teunissen crier: «Arrêtez de tirer!». Il était allé jusqu'au véhicule et avait coupé les vêtements du passager. Pendant que le sergent Teunissen apportait les premiers secours, il avait fouillé la voiture à la recherche d'armes. Il avait trouvé une glacière contenant une bouteille de boisson alcoolisée pratiquement vide. Il s'était alors joint au sergent Teunissen et au lieutenant A. dans leurs tentatives de réanimation du passager jusqu'à ce que le décès fût constaté. Dans sa déposition, le soldat Finkelnberg critiqua le lieutenant A. pour avoir tiré alors que ses propres hommes se trouvaient de l'autre côté de la route et pour avoir tiré autant de cartouches; il critiqua également le CIDC pour avoir fait feu dans la direction générale de ses propres effectifs.

viii. Le sergent de cavalerie Quist

30. Le 23 avril 2004 vers 13 h 50, le sergent major (*opperwachtmeester*) Wolfs et le sergent de première classe Van Laar de la maréchaussée royale recueillirent la déposition du sergent de cavalerie (*wachtmeester*) Quist. Celui-ci déclara que, le 21 avril 2004 vers 2 heures, il s'était trouvé au PCV B1.4 avec le lieutenant A. et les autres membres de son unité de patrouille qui était dirigée par le sergent Teunissen. Une fusillade avait eu lieu au PCV B1.3 où ils s'étaient rendus. À leur arrivée, il n'avait aperçu aucun membre

du CIDC au poste de contrôle, mais il avait vu un groupe de personnes du côté gauche de la route à l'opposé de la guérite. Il avait garé son véhicule, après quoi le lieutenant A., le sergent Teunissen, l'interprète Walied et le sergent du CIDC étaient partis à pied vers le nord à la recherche de douilles. À un moment, il avait vu une voiture approcher à vive allure en provenance d'Ar-Rumaythah; lorsque la voiture avait atteint le poste de contrôle, elle avait percuté des barils ou des rochers qui avaient été placés là. Il avait entendu des tirs automatiques venant de l'endroit où se trouvaient les membres du CIDC, tirs qui avaient ensuite cessé. Il y avait encore eu des coups de feu à environ 100 mètres de lui, mais il était incapable de dire qui avait tiré à l'avant. Il lui semblait que les coups de feu avaient été tirés par plusieurs armes. Il avait vu le véhicule s'arrêter 50 mètres plus loin. Il avait fait un compte rendu de la situation. Il avait vu le lieutenant A. et le sergent Teunissen tenter de réanimer la victime.

ix. Le lieutenant A., seconde déposition

31. Le 23 avril 2004 vers 15 h 35, le sergent de première classe Broekman et l'adjudant Kortman de la maréchaussée royale prirent la seconde déposition du lieutenant A. L'intéressé déclara que la toute dernière fois où il avait vu le sergent du CIDC, celui-ci se trouvait au poste de contrôle et «bricolait» (*klungelen*) son fusil AK-47. Le lieutenant A. avait dit au sergent de ne pas diriger son arme vers lui. Au sujet de la fusillade, il ajouta que pour autant qu'il s'en souvenait il s'était probablement allongé sur une partie plate de la route; il n'avait pas tiré en étant debout. Il avait fait du bouche-à-bouche au passager blessé de la voiture et se rappelait que celui-ci sentait l'alcool. Le commandant adjoint de la compagnie du CIDC lui avait donné une liste indiquant les noms des membres du CIDC qui avaient fait feu avec leurs armes ainsi que le nombre correspondant de cartouches, et il avait demandé de nouvelles munitions.

d) Autres rapports d'enquête

i. L'examen de la Mercedes

32. Le 22 avril 2004, l'adjudant Voorthuijzen et le sergent Heijden de la maréchaussée royale examinèrent la voiture saisie la veille par l'adjudant Kortman. Il s'agissait d'une Mercedes Benz noire, modèle 320 E AMG. Le véhicule portait des plaques d'immatriculation noires avec des inscriptions en alphabet arabe recouvrant visiblement des plaques blanches sur lesquelles figuraient, en noir, des lettres en alphabet latin et des chiffres. La voiture présentait des dégâts pouvant résulter d'une collision à vive allure avec des objets étrangers. La lunette arrière était cassée. Des trous furent constatés à

l'arrière de la voiture, sur les côtés droit et gauche de la carrosserie, ainsi que dans les sièges. Des morceaux de métal furent trouvés à différents endroits; l'un d'eux, identifié comme étant un fragment de balle, avait manifestement traversé le siège du passager. La conclusion à laquelle aboutissait l'examen était que la voiture avait été prise pour cible tant du côté gauche que du côté droit: à gauche, avec une arme tirant des munitions d'un calibre inférieur à 6 mm; à droite, avec une arme tirant des munitions d'un calibre supérieur à 6 mm. Les angles précis des tirs sur la voiture ne pouvaient cependant pas être déterminés.

ii. Radiographies et photographies

33. Le 9 mai 2004, l'adjudant Voorthuijzen et le sergent Klinkenberg de la maréchaussée royale reçurent un CD-ROM contenant les radiographies réalisées sur le corps d'Azhar Sabah Jaloud. Elles montraient la présence de fragments métalliques dans le côté gauche de la cage thoracique, la hanche gauche et l'avant-bras gauche. Les radiographies avaient été effectuées par l'adjudant Dalinga, manipulateur en radiologie à Camp Smitty (As-Samawah, province d'Al-Muthanna).

34. Le dossier renferme des photocopies des radiographies susmentionnées, ainsi que des photographies. Elles sont accompagnées de descriptifs contenus dans un rapport officiel de l'adjudant Kortman. Parmi les photographies figurent des clichés, certains pris de jour, d'autres apparemment de nuit, d'une route et d'un poste de contrôle. Plusieurs montrent des cartouches et des douilles au sol, notamment certaines décrites comme étant de calibre 7 × 39 mm (comme celles tirées par la Kalachnikov AK-47)¹ et une quantité de douilles de calibre 5,56 × 45 mm selon les indications données (comme celles tirées par le fusil Diemaco C7A1), empilées les unes à côté des autres. Sur d'autres photographies figure le corps d'un homme blessé à un bras, dans la partie supérieure gauche du dos et à la fesse droite. D'autres images montrent une Mercedes de couleur sombre; des détails sont donnés sur la présence dans la carrosserie et le garnissage de trous pouvant avoir été causés par des balles.

iii. Rapport du lieutenant-colonel Awadu Kareem Hadi du CIDC

35. Le 22 avril 2004, le lieutenant-colonel Awadu Kareem Hadi, commandant du bataillon 603 du CIDC, envoya depuis le quartier général de son bataillon un rapport au siège de la police irakienne. Ce rapport se lit comme suit (le requérant a soumis une traduction manuscrite approximative de l'arabe vers l'anglais):

1. En fait 7,62 × 39 mm.

«Précisions sur l'accident survenu le (20/04/2004) et informations émanant du premier bataillon (Ar-Rumaythah) :

À l'heure (21 h 5 [sic] après minuit) de la date (20/04/2004) [sic], une voiture de type (Mercedes) arrive à grande vitesse de la direction de (Al-Hamza) et roule vers (Al-Nassiriya). Lorsqu'elle atteint le lieu du poste de contrôle, elle ne s'arrête pas et percute les obstacles présents au poste de contrôle. Elle ignore les cris des militaires qui lui enjoignent de s'arrêter, poursuit sa route et ne s'arrête pas. Après cela, les militaires néerlandais voient qu'il n'y a rien à faire, font feu sur la voiture et blessent un individu ([Azhar Sabah Jaloud]). Celui-ci décède. Il était assis à côté du conducteur.

Salutations.

[signature] Lieutenant-colonel Awadu Kareem Hadi

Copie au [Centre provisoire conjoint de coordination (*Provisional Joint Coordination Center* – services d'urgence et d'administration locale en Irak)] »

iv. Les fragments métalliques

36. Un rapport officiel de l'adjudant Voorthuijzen de la maréchaussée royale daté du 21 juin 2004 indique qu'un document en arabe arriva le 2 juin 2004 ; traduit oralement par un interprète, il fut identifié comme étant un rapport de la police de Bagdad. Selon ce document, trois fragments métalliques avaient été examinés à Bagdad à la demande de la police d'Al-Muthanna en vue de l'identification des munitions dont ils provenaient et de l'arme qui les avait tirées ; ces fragments étant trop peu nombreux, leur origine n'avait toutefois pas pu être déterminée. Une copie du document rédigé en arabe se trouve jointe au rapport de l'adjudant Voorthuijzen. Il n'est pas précisé à qui les fragments métalliques ont été confiés ni à quel endroit ils ont été conservés.

e) Document irakien

37. Le 21 avril 2004, M. Dawoud Joad Kathim, le conducteur de la Mercedes, déposa auprès de la police irakienne une plainte contre les militaires qui avaient tiré sur sa voiture. Il ressort de ses déclarations, telles que consignées par écrit, que M. Dawoud Joad Kathim pensait à tort que les troupes étrangères impliquées étaient polonaises et non néerlandaises. M. Dawoud Joad Kathim indiqua par ailleurs que l'interprète lui avait dit de déclarer que tous les coups de feu avaient été tirés par le CIDC, alors qu'en réalité il n'avait vu aucun membre du CIDC tirer.

f) Rapport complémentaire contenant des dépositions de membres du CIDC

38. Après que la chambre se fut dessaisie en faveur de la Grande Chambre, le Gouvernement a fourni à la Cour un procès-verbal officiel des dépositions

de membres du CIDC. Le requérant en a transmis une traduction en anglais effectuée par un traducteur assermenté. Le texte ci-dessous est la traduction française, établie par le greffe de la Cour, de cette traduction :

« Nom : A Saad Mossah

Numéro d'arme : GL5574

Munitions : 4 × 30 cartouches

« Au cours du second incident, j'étais allongé à un endroit où j'étais en sécurité de tous côtés. J'ai vu une voiture provenant d'Ar-Rumaythah approcher à vive allure du PCV. Je l'ai vue percuter deux barils près du PCV et poursuivre sa route. Mon supérieur [le sergent Hussam Saad du CIDC] s'est avancé avec l'interprète et deux soldats néerlandais puis j'ai entendu un grand nombre de coups de feu. Je n'ai moi-même tiré aucun coup de feu. Je ne peux rien vous dire de plus. »

Nom : Haider Shareef

Numéro d'arme : UE04811984

Munitions : 4 chargeurs et 120 cartouches au total

« Je ne peux rien vous dire au sujet du premier incident parce qu'à ce moment-là je dormais dans la guérite.

Pour ce qui est du second incident, j'étais debout près du PCV lorsque j'ai vu une Mercedes se diriger vers celui-ci. J'ai vu cette voiture percuter deux barils de pétrole puis poursuivre sa route en direction d'Al-Hamza. J'ai entendu les soldats néerlandais crier : « Stop, stop ! » puis j'ai entendu des coups de feu. Je n'ai rien vu d'autre parce que j'étais debout derrière une cabane de l'autre côté de la guérite. »

Nom : Walied Abd al-Hussain Madjied, interprète

Né le 25 octobre 1969 à Koweït/Hawalli

« Nous avons démarré à minuit pour effectuer une patrouille. Nous sommes restés ici jusqu'à 1 h 30 puis nous sommes repartis en voiture au poste de contrôle suivant. À notre arrivée, le commandant du poste de contrôle a dit que des coups de feu avaient été tirés au poste de contrôle précédent. J'ai entendu le lieutenant V. [probablement le lieutenant A.] dire que je devais monter dans la voiture et nous sommes retournés au poste de contrôle. Quand nous sommes arrivés, nous avons demandé des précisions. Le commandant du poste de contrôle et le sergent Hossam du CIDC nous ont dit qu'après notre départ un camion s'était arrêté et que son chauffeur avait déclaré qu'un véhicule de marque Opel roulait derrière eux. Puis une Opel était arrivée à proximité, avait fait demi-tour 100 mètres avant le poste de contrôle et avait éteint ses feux. Puis plusieurs coups de feu avaient été tirés sur le poste de contrôle à partir de ce véhicule. Le sergent Hussam Saad avait riposté, vidant deux de ses chargeurs, contenant chacun 30 cartouches, sur ce véhicule. Les hommes du sergent Hossam avaient également tiré. Après avoir entendu ce rapport, je suis allé avec le lieutenant V. à la recherche des douilles. Nous sommes passés devant le poste de contrôle, et c'est alors que j'ai entendu le bruit des barils

qui se renversaient. Je me suis retourné et j'ai vu qu'un véhicule avait percuté les barils et se dirigeait vers nous. Je pense que ce véhicule ne roulait pas vite. Je l'ai distinctement vu faire des embardées. J'ai crié en arabe: « Stop, stop, stop ! » mais le véhicule a continué à rouler. L'homme avait l'air saoul et il a remonté les vitres. Après que le véhicule nous eut dépassés, j'ai entendu des coups de feu. Un sergent néerlandais m'a alors dit de me mettre à couvert. Il a crié d'arrêter de tirer. J'ai crié la même chose en direction des gens du CIDC. Un soldat néerlandais posté de l'autre côté de la route a continué à tirer, sans s'arrêter, même quand le sergent néerlandais a crié de cesser les tirs. Lorsque le véhicule s'est immobilisé, sur les instructions du sergent néerlandais, j'ai essayé de parler aux occupants du véhicule. J'ai dit au chauffeur de sortir et de s'allonger au sol, ce qu'il a fait. Lorsque j'ai commencé à parler au passager assis à l'avant, j'ai entendu le chauffeur dire que celui-ci était blessé. Nous nous sommes alors approchés du véhicule et avons ouvert la portière avant du côté du passager. J'ai vu du sang sur le bras gauche du passager. Je suis alors allé du côté du chauffeur qui a déclaré qu'ils avaient bu et qu'ils n'avaient pas vu qu'il y avait un poste de contrôle. L'haleine du chauffeur sentait fortement l'alcool. Des coups de feu ont encore été tirés alors que le véhicule était déjà à l'arrêt, mais je ne sais pas d'où ils provenaient. Lorsque nous sommes allés ramasser les douilles laissées lors du premier incident, tout le monde s'éloignait du poste de contrôle; il n'y avait personne sur la route et il faisait sombre. Aucune lumière n'éclairait le poste de contrôle, ce qui veut dire qu'on ne voyait pas clairement qu'il y avait un poste de contrôle à cet endroit. Je trouve bizarre que des coups de feu aient été tirés sur le véhicule, car il n'y avait pas d'échanges de tirs à ce moment-là. Je pense qu'il aurait fallu faire un tir de sommation et que le véhicule se serait arrêté. Je peux aussi vous dire que, pendant qu'on recherchait les douilles tombées lors du premier incident, je marchais du même côté que le sergent néerlandais et le sergent du CIDC. Quant au lieutenant néerlandais, il marchait de l'autre côté. Je ne sais pas combien de personnes marchaient alors derrière moi. Je peux aussi ajouter que je ne sais pas si des tirs ont été dirigés sur le poste de contrôle à partir du véhicule lors du second incident. »

Le 21 avril 2004, vers 5 h 15, fut interrogé:

Nom: Hussam Saad, la personne en question est SGT [sergent] et CDT [*commandant*, commandant] du CIDC.

Numéro d'arme: 84MD5596; il s'agit d'un AK-47 qui n'était pas chargé au moment de l'entretien.

L'intéressé était également en possession de deux chargeurs complets (2 x 30 cartouches).

Un chargeur était vide.

« En prenant mon poste, j'avais 120 cartouches en ma possession. Vers 2 h 10, j'ai tiré 60 cartouches. À ce moment, une voiture en provenance d'Al-Hamza est arrivée et s'est arrêtée devant le PCV. Les phares du véhicule étaient éteints. La voiture a fait demi-tour pour se diriger vers Al-Hamza. J'ai entendu des tirs et vu des flashes d'arme à feu sortir de la voiture. J'ai riposté avec mon AK-47. Au début

de cet incident, je me tenais devant la guérite et après j'ai couru vers le véhicule avec trois autres collègues :

- Alla'a Adnan,
- Mohammad Khazem,
- Hameed Jaber.

Ces trois collègues ont eux aussi tiré.

Vers 2 h 15 la voiture est subitement repartie.

Après cela, nous avons immédiatement appelé la base. Le lieutenant A. est arrivé chez nous 20 à 25 minutes plus tard. Le commandant, l'interprète, le lieutenant A. et une autre personne sont partis chercher les douilles. Pendant ce temps, une voiture s'est approchée du PCV ; elle roulait sur la principale route d'approvisionnement, la route « Jackson », en provenance d'Ar-Rumaythah, et se dirigeait vers Al-Hamza.

Le commandant se trouvait sur le côté droit de la route (en regardant vers Al-Hamza) où il recherchait les douilles. Le lieutenant A. était sur le côté gauche de la route (toujours en regardant vers Al-Hamza), occupé à la même tâche.

J'ai soudain entendu un bruit semblable à celui d'une voiture percutant les barils du PCV. J'ai vu la voiture continuer en direction d'Al-Hamza.

Nous avons tenté de stopper la voiture en criant. Puis nous avons entendu des tirs. J'ai entendu des tirs provenant de la gauche de la route (en regardant vers Al-Hamza). Pour autant que je sache, les occupants de la Mercedes n'ont pas tiré. Un soldat de l'armée néerlandaise se tenait sur le côté droit de la route.

Je n'ai moi-même pas tiré une seule balle en direction de la Mercedes.»

Le 21 avril 2004 vers 5 h 30 fut interrogé :

Nom : Hameed Jaber

Numéro d'arme : 84MD0596

Munitions :

1 chargeur contenant 15 cartouches,

2 chargeurs contenant 30 cartouches chacun,

1 chargeur contenant 25 cartouches.

« Au moment du second incident, j'étais allongé derrière la guérite. J'ai vu et entendu une voiture approcher ; elle venait d'Ar-Rumaythah. Elle a franchi le PCV à grande vitesse et a percuté deux barils. Puis j'ai entendu des coups de feu. Je ne sais rien de plus. Au cours du premier incident, j'ai tiré 15 cartouches.»

Le 21 avril 2004 vers 6 h 15 fut interrogé :

Nom : Haider Mohsen

Numéro d'arme: GB4140

Munitions: 4 chargeurs contenant 30 cartouches chacun.

« Pendant le premier incident, je dormais. Je n'ai pas pu sortir à cause des tirs dirigés sur la guérite. Lorsque je suis sorti, j'ai vu une voiture s'éloigner en direction d'Al-Hamza.

Au cours du second incident, j'ai vu une Mercedes approcher. J'étais debout au PCV. Nous étions à ce moment-là en sécurité à 360°. J'ai entendu la Mercedes percuter les barils de pétrole puis je l'ai vue continuer sa route à grande vitesse en direction d'Al-Hamza.

J'ai entendu un Néerlandais crier: « Stop ! ». Mais la voiture ne s'est pas arrêtée.

J'ai entendu des tirs. J'ai entendu la voiture s'arrêter. J'ai entendu des voix qui provenaient de l'autoradio; le son était très fort. Je n'ai rien vu d'autre. »

Le 21 avril 2004 vers 6 heures fut interrogé:

Nom: Ali Hussein

Numéro d'arme: S41297

Munitions:

3 chargeurs contenant 30 cartouches chacun,

1 chargeur contenant 26 cartouches.

« Au cours du second incident, j'étais étendu en sécurité de tous côtés. J'ai vu une voiture traverser le PCV à vive allure en direction d'Al-Hamza. J'ai entendu un soldat néerlandais crier: « Stop, stop ! ». Je n'ai pas voulu tirer car nos hommes marchaient devant le PCV.

Puis j'ai entendu des coups de feu. J'ai tiré 4 fois au cours du premier incident. J'étais alors debout à l'extérieur de la guérite. »

Le 21 avril 2004 vers 5 h 45 furent interrogés:

Nom: Ahmed Ghaleb

Numéro d'arme: S54469

Munitions: 4 × 30 cartouches

« Au cours du premier incident, je dormais dans la guérite. Je n'ai pas tiré un seul coup de feu. Au cours du second incident, j'étais étendu en sécurité de tous côtés tout près de la guérite. J'ai entendu une voiture percuter deux barils. La voiture a continué à vive allure (elle était clairement en train d'accélérer). Puis j'ai entendu des tirs devant le PCV. Je ne sais rien de plus. »

Nom: Alâa A Dnan

Numéro d'arme: 84MD0890

Munitions: 3 chargeurs contenant 30 cartouches et 1 chargeur contenant 22 cartouches

« J'ai tiré au cours du premier incident. C'étaient des tirs. (*sic*)

Au cours du second incident, j'étais positionné dans un endroit [en sécurité] de tous côtés, étendu du côté gauche de la route. Je regardais dans la direction d'Hamza. J'ai vu une voiture arriver d'Ar-Rumaythah. Elle a franchi le PCV en renversant deux barils. Je n'ai pas vu ce qui s'est passé à ce moment-là, mais j'ai bien entendu des coups de feu. »

Nom: Ilia Mohammed Khazem, caporal-chef

Numéro d'arme: 84MD6151

Munitions: 4 chargeurs contenant en tout 120 cartouches

« Je n'ai pas tiré un seul coup de feu la nuit dernière parce que je n'ai pas reçu d'ordre de tirer. Je me tenais près du PCV, tourné dans la direction d'Al-Hamza. À un certain moment, j'ai entendu une voiture percuter un baril de pétrole. La voiture a continué sa route vers Al-Hamza. J'ai entendu les Néerlandais crier: « Stop ! » au chauffeur du véhicule qui avait franchi le PCV. Puis j'ai entendu des tirs. Lorsque j'ai vu que la Mercedes s'était arrêtée, j'ai aussi couru dans sa direction. Je ne pouvais pas voir qui était debout sur les côtés gauche et droit de la route parce qu'il faisait sombre.

Murtada Khazaat

Yasser Abd Alaal

Ahmed Shaker

Ali Hussein

Les personnes susmentionnées sont arrivées à 4 h 10. »

Nom: Sahib Jassim

Numéro d'arme: 84MV7435

Munitions: 4 chargeurs contenant en tout 120 cartouches

« Au cours du premier incident, je me tenais près du PCV. J'ai vu un camion s'approcher du PCV en provenance d'Al-Hamza. Le chauffeur a déclaré qu'il était suivi d'une voiture et il a pointé du doigt le véhicule en question. Il a ajouté qu'il s'agissait d'une Opel. À un certain moment, de nombreux coups ont été tirés depuis la voiture. En réaction, mes collègues ont tous tiré sur la voiture. Nous nous sommes mis en formation à 360°, après quoi la voiture a continué sa route.

Au cours du second incident, j'étais allongé au sol [en sécurité] de tous côtés près du PCV. J'ai vu une voiture arriver en provenance d'Ar-Rumaythah. Elle roulait à vive allure et elle a percuté un baril de pétrole. Elle a ensuite traversé tout droit le PCV et j'ai entendu des coups de feu. Je ne peux rien vous dire d'autre qui puisse éclaircir la situation. »

3. *La procédure interne*

39. Le 8 janvier 2007, M^e Zegveld, l'avocate du requérant, écrit au nom des proches de M. Azhar Sabah Jaloud au parquet près le tribunal d'arrondissement d'Arnhem par le biais du greffe de la chambre militaire. Elle sollicite des informations sur les résultats de l'enquête relative au décès de M. Azhar Sabah Jaloud et sur les décisions qui avaient pu être adoptées quant aux poursuites contre d'éventuels suspects, ce en vue d'engager une procédure sur le fondement de l'article 12 du code de procédure pénale (*Wetboek van Strafvordering*) (voir ci-dessous).

40. Le 11 janvier 2007, le procureur répondit que l'enquête avait été close en juin 2004, que M. Azhar Sabah Jaloud avait probablement (*vermoedelijk*) été touché par une balle irakienne, que le militaire néerlandais qui avait aussi tiré sur le véhicule pouvait invoquer la légitime défense et que pour cette raison aucun suspect n'avait été désigné parmi les membres de l'effectif militaire néerlandais.

41. Le 1^{er} février 2007, M^e Zegveld écrit au procureur pour lui demander, notamment, de verser au dossier les règles d'engagement (*Rules of engagement* – les «ROE») et les éventuels rapports relatifs aux investigations menées par les autorités irakiennes.

42. Le 14 février 2007, le procureur rejeta ces demandes. Renvoyant à l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Ramsahai et autres c. Pays-Bas* (n^o 52391/99, 10 novembre 2005), il considéra que la procédure menée au titre de l'article 12 du code de procédure pénale ne portait pas sur le bien-fondé d'une «accusation en matière pénale», que l'article 6 de la Convention ne s'appliquait donc pas et qu'en conséquence les modalités d'accès au dossier dans de telles affaires étaient différentes de celles applicables dans une procédure pénale ordinaire.

43. Le 2 octobre 2007, le requérant, représenté par ses avocats, M^e Zegveld et M^e Pestman, déposa auprès de la cour d'appel d'Arnhem, sur le fondement de l'article 12 du code de procédure pénale, une demande visant à l'ouverture de poursuites contre le lieutenant A. Il soutenait qu'aucun élément ne corroborait l'affirmation que M. Azhar Sabah Jaloud avait été tué par une balle irakienne, que le nombre de coups de feu tirés par le lieutenant A. attestait d'une violence disproportionnée, que le lieutenant A. n'avait pas procédé à un tir de sommation et n'avait pas tenu compte de l'appel du sergent Teunissen à cesser le feu, qu'en vertu de l'article 50 du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève et en l'absence de toute indication contraire, M. Azhar Sabah Jaloud aurait dû être considéré comme une personne civile et n'aurait dès lors pas dû faire l'objet de tirs de fusil ciblés et que de toute façon le recours à la force meurtrière par le

lieutenant A. n'avait pas été nécessaire. Le requérant s'appuyait aussi sur la déposition livrée à la police irakienne par le conducteur de la voiture et selon laquelle on aurait dit à celui-ci de ne pas parler de l'implication de militaires néerlandais.

44. Le 28 janvier 2008, le procureur en chef (*hoofdofficier van justitie*) près le tribunal d'arrondissement d'Arnhem écrit à l'avocat général en chef (*hoofdadvoocaat-generaal*) près la cour d'appel d'Arnhem pour recommander le rejet de la demande du requérant. Il joint à sa lettre une déclaration circonstanciée du procureur qui avait adopté (en juillet 2004) la décision de ne pas poursuivre le lieutenant A. Selon le procureur en question, il fallait admettre que le lieutenant A. avait tiré sur la voiture mais on ne pouvait pas établir qu'il avait causé le décès de M. Azhar Sabah Jaloud; de plus, à supposer que tel fût le cas, le lieutenant A. pouvait raisonnablement avoir pensé qu'on l'attaquait et qu'il devait se défendre. La lettre du procureur contenait également le passage suivant :

« Les responsabilités spécifiques des États-Unis et du Royaume-Uni, puissances occupantes, ont été reconnues sur le fondement de la Résolution 1483 du Conseil de sécurité des Nations unies. Contrairement aux forces britanniques cependant, les Pays-Bas ne devaient pas être considérés comme une puissance occupante en Irak: pour les Pays-Bas, la [force de stabilisation en Irak (*Stabilization Force in Iraq*)] constituait une opération de maintien de la paix [*uredesoperatie*]. Le gouvernement était d'avis que la mission des forces armées néerlandaises devait se borner à un soutien aux Britanniques dans le secteur du sud de l'Irak qui leur avait été confié (Chambre basse du Parlement, 2002-23, n° 23432, n° 16). L'usage d'une force opérationnelle par la force de stabilisation en Irak trouve sa légitimité non pas dans le *jus in bello*, mais dans le mandat du Conseil de sécurité, les règles d'engagement (ROE) fondées sur ledit mandat et la carte d'instruction néerlandaise sur le recours à la force, qui découle de ces instruments. Les ROE permettent l'usage de la force contre toute personne tombant sous le coup de la règle pertinente. Dans certains cas, des civils peuvent donc être concernés. Il en va de même – comme le reflète l'instruction sur le recours à la force – du droit fondamental à la légitime défense. Les instructions et l'objectif du commandant, combinés avec la menace perçue, sont décisifs pour déterminer si un militaire va user du pouvoir de recourir à la force et, le cas échéant, de quelle manière. »

45. Pour le procureur en chef, il n'était pas possible non plus de conclure à la violation de l'article 2 de la Convention sous son volet procédural. Selon lui, en effet, les troupes néerlandaises présentes en Irak n'exerçaient pas d'autorité effective dans ce pays et elles n'étaient donc pas liées par la Convention.

46. Le 1^{er} février 2008, l'avocat général près la cour d'appel d'Arnhem présenta une opinion écrite exprimant l'avis provisoire que la décision de ne pas engager de poursuites ne prêtait pas à critique. Pour lui, un militaire néerlandais restait soumis à la juridiction pénale néerlandaise où qu'il se

trouvât dans le monde. Toutefois, la Résolution 1483 du Conseil de sécurité des Nations unies indiquait que les États coopérants n'avaient pas le statut de puissances occupantes, et le conflit armé était terminé à la date du décès de M. Azhar Sabah Jaloud. De plus, même si l'on admettait qu'un conflit sévissait en Irak à l'époque, compte tenu des circonstances de l'incident – qui pour l'avocat général étaient sans rapport avec le conflit lui-même – il n'était pas possible de poursuivre le lieutenant A. en application de la législation relative aux crimes de guerre. L'avocat général concluait en disant que le droit pénal ordinaire permettait au lieutenant A. d'invoquer la légitime défense mais que, nonobstant l'absence de condamnation, l'État néerlandais était peut-être dans une situation où il serait approprié de verser une indemnité à titre gracieux.

47. Le 18 mars 2008, la cour d'appel tint une audience. M^e Zegveld, la représentante du requérant, demanda certaines mesures d'instruction, notamment l'ajout au dossier de copies – et de traductions, le cas échéant – des règles d'engagement et des instructions pertinentes basées sur elles, du rapport d'autopsie irakien et de la déposition livrée par M. Dawoud Joad Kathim à la police irakienne. Elle réclama également l'audition de M. Madjjed, l'interprète irakien, au sujet des allégations de M. Dawoud Joad Kathim selon lesquelles l'interprète lui avait dit de ne pas parler de l'implication de militaires néerlandais. Par ailleurs, M^e Zegveld remit en question la conclusion selon laquelle des coups de feu avaient été tirés par des membres de l'effectif irakien et elle soutint que les actes du lieutenant A. avaient outrepassé la légitime défense.

48. La cour d'appel rendit sa décision le 7 avril 2008. Elle écarta la demande tendant à la mise en œuvre de nouvelles mesures d'instruction, considérant que celles-ci ne serviraient à rien compte tenu du laps de temps écoulé depuis les faits litigieux, et elle refusa d'ordonner l'ouverture de poursuites contre le lieutenant A. Dans ses motifs, elle déclara notamment ce qui suit :

« La légitimation de l'usage fonctionnel de la force dans la zone en question se trouve dans les règles d'engagement (ROE) et les instructions de la [force de stabilisation en Irak] sur le recours à la force (version révisée du 24 juillet 2003), lesquelles s'inspirent du premier document. Le conseil [du requérant] a prié la cour d'appel, à huis clos, de permettre la consultation des ROE. Celles-ci n'ont toutefois pas été versées au dossier, et ni la cour d'appel ni l'avocat général n'en disposent. Les instructions de la [force de stabilisation en Irak] sur le recours à la force serviront de critère d'analyse en l'espèce. Elles indiquent que le recours à la force est autorisé notamment dans le cadre de la légitime défense et lorsqu'il s'agit de défendre ses compagnons d'armes ou d'autres personnes désignées par le commandant de la [division multinationale sud-est]. Concernant les tirs ciblés, les instructions précisent qu'ils sont permis lorsqu'[un membre de la force de stabilisation en Irak lui-même], ses compagnons d'armes ou des

personnes sous sa protection sont menacés d'une violence susceptible de causer des blessures graves ou la mort, et qu'il n'y a pas d'autre moyen de l'empêcher. Parmi les exemples donnés figurent la situation où une personne tire ou pointe son arme dans la direction de la personne concernée, de ses compagnons d'armes ou de personnes sous sa protection, et celle où une personne dirige sciemment un véhicule sur la personne concernée, ses compagnons d'armes ou des personnes sous sa protection.

Il ressort du dossier que [le lieutenant A.], qui recherchait des traces d'un incident survenu peu avant et au cours duquel des coups de feu avaient été tirés depuis une voiture, s'est trouvé confronté sur place à une voiture qui n'avait pas respecté le PCV et qui fonçait dans sa direction. À ce moment-là, des coups de feu ont été tirés. [Le lieutenant A.] a cru qu'ils venaient de la voiture. Cette supposition est parfaitement compréhensible, car rien ne pouvait donner à penser au [lieutenant A.] que des coups de feu seraient tirés dans sa direction par sa propre unité ou une unité amie (les militaires néerlandais ou les membres du CIDC présents). Peu importe que, d'après le conseil [du requérant], d'autres personnes présentes sur place aient apprécié la situation différemment. Après tout, [le lieutenant A.] se trouvait à un autre endroit et il n'a pas observé la situation de la même manière que le groupe qui était de l'autre côté de la route et qui a de surcroît utilisé un intensificateur d'image. De même, la circonstance que [le lieutenant A.] a tiré au moment où la voiture passait ne fait aucune différence, puisque peu avant le poste de contrôle avait été pris pour cible par un véhicule qui s'était ensuite éloigné et que [le lieutenant A.] devait, comme il l'a indiqué, tenir compte du fait qu'il y avait de l'autre côté de la route des troupes amies, qu'il ne voulait pas avoir dans sa ligne de mire. Le conseil [du requérant] a par ailleurs laissé entendre que [le lieutenant A.] aurait pu effectuer un tir de sommation. Selon les instructions sur le recours à la force, un tir de sommation ne doit être déclenché que si les circonstances de l'opération le permettent, et il n'a pas lieu d'être lorsque, par exemple, la personne concernée ou d'autres personnes à proximité immédiate font l'objet d'une attaque armée.

À la lumière de ce qui précède, la cour d'appel considère que [le lieutenant A.] pouvait raisonnablement croire que lui-même et ses compagnons d'armes étaient pris pour cible et que, partant de cette supposition, il a agi dans les limites des instructions applicables sur le recours à la force.

Dès lors, la cour d'appel conclut que la décision du procureur de ne pas engager de poursuites était justifiée.»

B. Les armes utilisées lors des faits litigieux

1. Le Diemaco C7A1

49. Le fusil d'infanterie Diemaco C7A1 est l'arme couramment fournie à l'armée néerlandaise. De fabrication canadienne, il s'agit d'une version améliorée de l'Armalite AR15/Colt M16, fusil plus connu de conception américaine. Il peut tirer en mode automatique et en mode semiautomatique. Les chargeurs fournis d'ordinaire aux forces armées néerlandaises

peuvent contenir jusqu'à trente cartouches. En mode automatique, cette arme tire 700 à 940 coups par minute.

50. Comme l'AR-15/M16, le Diemaco utilise des cartouches de calibre 5,56 × 45 mm (ou 5,56 OTAN). La balle vrille et se fragmente souvent lorsqu'elle pénètre à grande vitesse dans un corps, causant de lourds dommages aux tissus.

2. *La Kalachnikov AK-47*

51. À l'origine, la Kalachnikov AK-47 était de conception et de fabrication soviétiques, mais des copies en ont été produites dans de nombreux pays. Autrefois principale arme de l'infanterie du Pacte de Varsovie, ce fusil – de même que ses copies – est aujourd'hui fourni aux armées de multiples pays, y compris aux forces locales en Irak.

52. Comme l'arme elle-même, les munitions utilisées par l'AK-47 (des cartouches de calibre 7,62 × 39 mm) sont produites en grandes quantités par de nombreux fabricants. La balle standard possède une puissance de pénétration considérable; cependant, lorsqu'elle touche un corps sans véritablement le traverser, elle peut également vriller et se fragmenter, produisant peu ou prou les mêmes effets que la balle 5,56 mm OTAN.

C. La présence militaire des Pays-Bas en Irak

1. *Le contexte général*

53. De juillet 2003 à mars 2005, des troupes néerlandaises participèrent, en bataillons, à la force de stabilisation en Irak. Stationnées dans la province d'Al-Muthanna, elles faisaient partie de la division multinationale sud-est, placée sous le commandement d'un officier des forces armées britanniques.

54. La participation des forces néerlandaises à la division multinationale sud-est était régie par un protocole d'entente entre le Royaume-Uni et le Royaume des Pays-Bas, auquel étaient annexées les règles d'engagement. Ces deux documents étaient et demeurent classés « confidentiels ».

55. Les membres du personnel militaire néerlandais se voyaient remettre un aide-mémoire établi par le Chef de l'état-major de la défense (*Chef Defensiestaf*) néerlandais. Il s'agissait d'un document de référence contenant un résumé des règles d'engagement. Le personnel recevait également des instructions sur le recours à la force (*Geweldsinstructie*), rédigées elles aussi par le Chef de l'état-major de la défense.

56. Pour des informations générales sur l'occupation de l'Irak du 1^{er} mai 2003 au 28 juin 2004, voir *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* ([GC], n° 55721/07, §§ 9-19, CEDH 2011).

2. La lettre adressée à la Chambre basse du Parlement

57. Le 6 juin 2003, le ministre des Affaires étrangères (*Minister van Buitenlandse Zaken*) et le ministre de la Défense (*Minister van Defensie*) adressèrent conjointement une lettre à la Chambre basse du Parlement (*Tweede Kamer der Staten-Generaal*) sur la situation au Moyen-Orient (Chambre basse du Parlement, année parlementaire 2002/2003, n° 23432, n° 116). Cette lettre exposait en particulier les raisons pour lesquelles le gouvernement avait décidé de participer à la force de stabilisation en Irak en envoyant des forces néerlandaises et fournissait des informations générales. Elle contenait les passages suivants :

« Comme l'ont demandé les Britanniques, les unités néerlandaises seront déployées dans le sud de l'Irak, dans la province d'Al-Muthanna (...) Cette province est placée sous la responsabilité d'une division britannique. La chaîne de commandement opérationnel passe donc par le quartier général de la division britannique puis par le quartier général américain à Bagdad et remonte jusqu'au commandement central américain [*American Central Command*], qui coordonne la direction militaire.

(...)

Mandat/base légale

L'envoi de troupes néerlandaises en Irak a pour fondement la Résolution 1483 du Conseil de sécurité des Nations unies. Le gouvernement estime que les dispositions de cette résolution fournissent une telle base. La résolution repose expressément sur le chapitre VII de la Charte des Nations unies, et son premier paragraphe appelle les États membres et les organisations « à aider le peuple irakien dans les efforts qu'il déploie pour réformer ses institutions et reconstruire le pays et [à] contribuer à assurer la stabilité et la sécurité en Irak conformément à la (...) résolution ». Plus généralement, l'avant-dernier paragraphe du dispositif de la Résolution 1483 demande aux États membres et aux organisations internationales et régionales « de concourir à l'application de la (...) résolution ». Le compte rendu de la séance du Conseil de sécurité au cours de laquelle cette résolution a été adoptée montre l'existence d'un large consensus sur le postulat que la résolution fournit aux États membres une base pour l'envoi de troupes en Irak, dans le cadre établi par elle.

Dans son préambule, la résolution indique clairement qu'il y a lieu de distinguer entre les États-Unis et le Royaume-Uni, qui sont actifs en Irak en qualité [*hoedanigheid*] de puissances occupantes, et les États qui n'ont pas cette qualité. Ce constat du Conseil de sécurité, formulé dans une résolution adoptée en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations unies, doit être pris comme un avis faisant autorité quant au statut des États participants et s'imposant aux États membres des Nations unies.

Le paragraphe 5 de la résolution demande explicitement à tous les États concernés (y compris ceux qui ne sont pas présents en tant que puissances occupantes) de « s'acquitter pleinement de leurs obligations au regard du droit international, en particulier les Conventions de Genève de 1949 et le Règlement de La Haye de 1907 ». Les Pays-Bas entendent répondre à cet appel.

(...)

Influence

La force de stabilisation consistera en une coalition de pays participants dirigée par les États-Unis et le Royaume-Uni. Il est important que les autres pays qui fournissent des contingents soient suffisamment impliqués dans la définition de la stratégie politico-militaire générale de la force de sécurité et dans l'échange d'informations. À cet effet, le Royaume-Uni établira un « comité des contributeurs » pour le secteur britannique, ce qui permettra une concertation étroite entre les représentants des gouvernements, semblable à la procédure que les Britanniques ont mise au point pour la FIAS [force internationale d'assistance à la sécurité, déployée en Afghanistan] et que les Pays-Bas et l'Allemagne suivent aussi à présent pour la FIAS. Les pays fournisseurs de contingents prendront également part à la direction militaire par le biais de leurs représentants nationaux dans les quartiers généraux opérationnels.

(...)

Instructions pour le recours à la force (règles d'engagement)

Les « règles d'engagement » (ROE) sont des instructions à l'intention des unités militaires qui exposent les circonstances, les conditions, le degré et les modalités du recours à la force autorisé. Leur contenu n'est pas publié. Les ROE sont rédigées sur la base de considérations militaro-opérationnelles et juridiques. Il s'agit notamment de considérations touchant au droit humanitaire et au droit de la guerre, ainsi que de considérations politiques/diplomatiques. Elles sont établies en référence à un document de l'OTAN exposant des lignes directrices pour les ROE.

Comme il est d'usage dans d'autres opérations de maintien de la paix, il est prévu que les Pays-Bas reprendront à leur compte les ROE de l'« État chef de file », en l'occurrence le Royaume-Uni. Les Pays-Bas peuvent modifier les instructions pour le recours à la force en se fondant sur des lignes directrices et considérations nationales. Les ROE n'ont pas encore été finalisées, mais le gouvernement tient à ce qu'elles soient robustes, ce qui suppose notamment des pouvoirs étendus pour la « protection de la force » et la création d'un environnement sûr et stable. Sur cette base, le gouvernement part du principe que les ROE offriront une possibilité suffisante d'accomplissement des tâches même en cas d'hostilités ou d'émeutes.

La structure de commandement

L'ensemble de l'opération en Irak est placée sous le commandement central américain, au sein duquel un commandant de la composante terrestre des forces de la coalition [*Coalition Forces Land Component Commander*] assure la direction depuis Bagdad. À cette fin, l'Irak est divisé en quatre secteurs. Les secteurs du nord de l'Irak et de la zone autour de Bagdad seront dirigés par les États-Unis. La Pologne est responsable d'un autre secteur et le Royaume-Uni est responsable du sud de l'Irak. Le bataillon néerlandais sera sous le contrôle opérationnel de la division britannique en tant qu'unité indépendante [*zelfstandige eenheid*]. Dans le cadre du soutien de l'OTAN à la Pologne, il a été décidé qu'une partie des effectifs néerlandais seraient basés au

quartier général polonais. De plus, le secteur polonais est contigu au secteur américain et la présence d'effectifs néerlandais favorise une meilleure coordination générale.

Du reste [*Overigens*], les Pays-Bas conserveront à tout moment le « plein commandement » [« *full command* » dans l'original anglais] sur les effectifs militaires néerlandais. Le Chef de l'état-major de la défense veillera au respect du mandat et de l'objectif militaire des troupes néerlandaises. Si nécessaire, il donnera de nouvelles directives au nom du ministre de la Défense. »

3. *La présence de la maréchaussée royale en Irak*

58. Une unité de la maréchaussée royale était présente en Irak, rattachée aux forces néerlandaises. Le requérant affirme qu'elle partageait les quartiers des troupes régulières.

D. Les instructions au personnel néerlandais de la force de stabilisation en Irak

59. Le gouvernement défendeur a produit les versions datées du 24 juillet 2003 de l'aide-mémoire à l'intention des commandants de la force de stabilisation en Irak et de la carte du militaire de celle-ci. Elles correspondent aux documents qui ont été remis au personnel néerlandais. Les parties pertinentes en l'espèce se lisent ainsi (traduction du greffe de la Cour ; les expressions en langue anglaise utilisées dans l'original néerlandais sont reproduites en italique) :

1. *L'aide-mémoire à l'intention des commandants de la force de stabilisation en Irak*

« La présente note d'instruction reprend de manière simplifiée, à l'intention des officiers et des sous-officiers, les règles d'engagement (ROE) pour la division multinationale sud-est et les restrictions qui y ont été apportées par les Pays-Bas. En cas de doute, veuillez vous reporter au texte anglais des ROE et aux déclarations pertinentes des Pays-Bas. En cas de conflit entre la présente note et les ROE ou les déclarations néerlandaises, les ROE et les déclarations néerlandaises prévaunderont.

MISSION

1. Votre mission consiste à contribuer à la création d'un environnement sûr et stable en Irak, de manière à permettre la reconstruction du pays et la transition vers un régime indépendant et représentatif. Le recours à la force strictement nécessaire est permis selon les modalités exposées ci-dessous.

RÈGLES GÉNÉRALES

2. Le recours à la force n'est permis que si les autres moyens ne suffisent pas. Veuillez noter ce qui suit :

a) n'utilisez en aucune circonstance une force supérieure à celle strictement nécessaire à l'accomplissement de votre tâche;

b) les dommages collatéraux (aux personnes ou aux biens) doivent être évités autant que possible.

LÉGITIME DÉFENSE

3. Le recours à la force strictement nécessaire, y compris lorsqu'elle risque de causer la mort ou de graves blessures [*deadly force*] et implique l'utilisation d'armes autorisées, est permis :

a) pour assurer votre propre défense;

b) pour empêcher le vol ou la destruction de biens appartenant à la force de stabilisation en Irak et essentiels à l'exécution de la mission.

RECOURS À LA FORCE POUR D'AUTRES RAISONS

4. Indépendamment du droit de légitime défense, le recours à la force strictement nécessaire, y compris lorsqu'elle risque de causer la mort ou de graves blessures [*deadly force*] et implique l'utilisation d'armes autorisées, est permis :

a) pour défendre vos compagnons d'armes ou toutes autres personnes désignées par le commandant de la division multinationale sud-est [*designated persons*];

b) pour empêcher le vol ou la destruction de biens désignés par le commandant de la division multinationale sud-est [*designated property*];

c) pour empêcher l'accès non autorisé à des installations militaires appartenant à la force de stabilisation en Irak ou à d'autres lieux désignés par le commandant de la division multinationale sud-est (y compris les biens désignés [*designated property*]), par exemple les zones militaires à accès limité [*Military Restricted Areas*];

d) pour appréhender, fouiller ou désarmer des unités ennemies qui menaceraient la sécurité d'unités de la force de stabilisation en Irak ou d'autres personnes désignées par le commandant de la division multinationale sud-est dans l'exécution de la mission;

e) contre tout acte hostile ou toute intention hostile;

f) si votre commandant de terrain l'ordonne.

(...)

PROCÉDURE DE SOMMATION

6. Si les circonstances de l'opération le permettent, il faut avertir que vous allez ouvrir le feu. Il est permis, par exemple, d'ouvrir le feu sans sommation dans les situations suivantes :

a) si vous ou d'autres personnes à proximité immédiate êtes l'objet d'une attaque armée; ou

b) si adresser une sommation vous exposerait vous-même, ou exposerait d'autres personnes, à un risque accru d'être tué ou grièvement blessé.

7. Vous donnerez une sommation en criant :

«FORCE DE STABILISATION ! ARRÊTEZ OU JE TIRE !»

puis, dans la langue locale,

«OEGAF DFEE-SJ ! AU-OE ILLA ARMIE BILL NAAR !»²

(«C'est l'armée ! Arrêtez ou je tire !»)

8. Si la sommation est sans effet, vous pouvez déclencher un tir de sommation si le commandant de terrain l'ordonne ou en exécution d'instructions permanentes.

ACTE HOSTILE ET INTENTION HOSTILE

9. Un acte hostile [*hostile act*] est un acte d'agression assimilable à une attaque ou à une menace d'attaque avec recours à une force susceptible de causer la mort ou de graves blessures dirigée contre vos compagnons d'armes, des personnes désignées ou des biens désignés. Voici des exemples, non limitatifs, d'actes hostiles :

a) une personne qui tire sur vous, sur vos compagnons d'armes, sur des personnes désignées ou sur des biens désignés ;

b) une personne qui place des explosifs ou des engins incendiaires ou les lance vers vous, vos compagnons d'armes, des personnes désignées ou des biens désignés ;

c) une personne qui dirige sciemment un véhicule sur vous, vos compagnons d'armes, des personnes désignées ou des biens désignés.

(...)

OBLIGATION DE NE RECOURIR QU'À UNE FORCE STRICTEMENT NÉCESSAIRE

11. Dès lors qu'il est permis de recourir à la force, vous êtes tenus de la limiter à ce qui est strictement nécessaire. Prenez toutes les précautions possibles pour éviter l'escalade et pour limiter autant que faire se peut les dommages collatéraux. Il est interdit d'attaquer les civils eux-mêmes, sauf en état de légitime défense. Il est interdit de s'attaquer à des biens de nature strictement civile ou religieuse, sauf s'ils sont utilisés à des fins militaires.

12. S'il vous faut ouvrir le feu, vous devez :

a) effectuer uniquement des tirs ciblés ;

b) éviter de tirer plus de coups de feu qu'il n'est nécessaire ;

c) prendre toutes précautions nécessaires pour éviter les dommages collatéraux (aux personnes et aux biens) ; et

d) cesser le feu dès que la situation le permet. Vous devez alors sécuriser le secteur et prendre soin des blessés.

2. Translittération en néerlandais.

AUTRES INSTRUCTIONS DE COMMANDEMENT

(...)

18. Prévenir, et signaler à la hiérarchie, toute suspicion de violation du droit international humanitaire.»

(...)

2. La carte du militaire de la force de stabilisation en Irak

«MISSION

1. Votre mission consiste à contribuer à la création d'un environnement sûr et stable en Irak, de manière à permettre la reconstruction du pays et la transition vers un régime indépendant et représentatif.

RECOURS À LA FORCE

2. Le recours à la force est permis dans les cas suivants :

a) en état de légitime défense ;

b) pour défendre vos compagnons d'armes ou toutes autres personnes désignées par le commandant de la division multinationale sud-est ;

c) pour empêcher le vol ou la destruction de biens appartenant à la force de stabilisation en Irak et essentiels à l'exécution de la mission, ou d'autres biens désignés par le commandement de la division multinationale sud-est ;

d) pour empêcher l'accès non autorisé à des installations militaires appartenant à la force de stabilisation en Irak ou à d'autres lieux désignés par le commandant de la division multinationale sud-est (y compris les biens désignés), par exemple les zones militaires à accès limité [*Military Restricted Areas*] ;

e) pour appréhender, fouiller ou désarmer des unités ennemies qui menaceraient la sécurité d'unités de la force de stabilisation en Irak ou d'autres personnes désignées par le commandant de la division multinationale sud-est dans l'exécution de la mission ;

f) si votre commandant de terrain l'ordonne.

RÈGLES GÉNÉRALES

3. Le recours à la force n'est permis que si les autres moyens ne suffisent pas. Veuillez noter ce qui suit :

a) essayez d'éviter l'escalade ;

b) n'utilisez en aucun cas une force supérieure à celle strictement nécessaire à l'accomplissement de votre tâche ;

c) les dommages collatéraux (aux personnes ou aux biens) doivent être évités autant que possible.

4. Toute personne qui vous attaquerait, vous ou d'autres personnes, ou qui entrerait sans autorisation, par la force ou non, dans une installation militaire de la force de stabilisation en Irak ou dans d'autres lieux désignés par le commandant de la division multinationale sud-est peut être arrêtée et fouillée aux fins de son désarmement jusqu'à ce qu'il soit établi qu'elle ne dispose plus d'armes lui permettant de tuer ou de blesser vous-même ou autrui. Vous pouvez saisir et, si nécessaire, neutraliser – pour un usage immédiat – tout objet dangereux mettant en péril des personnes, des biens ou l'exécution de la mission.

5. Dès que l'exécution de la mission le permet, toute personne arrêtée doit être remise aux autorités compétentes de l'Irak ou des forces d'occupation (RoyaumeUni).

6. Traitez toute personne avec humanité.

7. Recueillez les blessés et prenez soin d'eux quel que soit leur camp.

8. Ne collectez pas de « trophées de guerre ».

9. Empêchez les violations du droit international humanitaire et signalez à votre commandant toute violation ou tout soupçon de violation.

10. Signalez à votre commandant tout usage de la force.

SOMMATION ET TIRS DE SOMMATION

11. Si la situation le permet, vous devez adresser une sommation avant d'effectuer des tirs ciblés. Il faut prévenir [les personnes intéressées] que vous allez faire feu si elles ne s'arrêtent pas ou si elles ne mettent pas fin à l'acte dangereux.

Vous donnerez une sommation en criant :

« FORCE DE STABILISATION ! ARRÊTEZ OU JE TIRE ! »

puis, dans la langue locale,

« OEGAF DFEE-SJ ! AU-OE ILLA ARMIE BILL NAAR ! »

(« C'est l'armée ! Arrêtez ou je tire ! »)

12. Si la sommation est sans effet, vous pouvez déclencher un tir de sommation si le commandant de terrain l'ordonne ou en exécution d'ordres qui vous ont été donnés.

TIRS CIBLÉS

13. Vous pouvez ouvrir le feu en procédant à des tirs ciblés si vous-même, vos compagnons d'armes ou des personnes sous votre protection êtes menacés de violences susceptibles de causer des blessures graves ou la mort et s'il n'y a pas d'autre moyen de les empêcher.

Voici des exemples :

– vous pouvez tirer sur une personne qui tire ou pointe son arme dans votre direction ou dans celle de vos compagnons d'armes ou de personnes sous votre protection ;

– vous pouvez tirer sur une personne qui place des explosifs ou des engins incendiaires ou les lance ou s'apprête à les lancer sur vous, vos compagnons d'armes ou des personnes sous votre protection;

– vous pouvez tirer sur une personne qui dirige sciemment un véhicule sur vous, vos compagnons d'armes ou des personnes sous votre protection.

FORCE MINIMALE

14. S'il vous faut ouvrir le feu, vous devez:

- effectuer uniquement des tirs ciblés;
- éviter de tirer plus de coups de feu qu'il n'est nécessaire; et
- cesser le feu dès que la situation le permet.

15. Il est interdit d'utiliser sciemment la force contre des civils, sauf en cas de nécessité aux fins de la légitime défense.

16. Il est interdit de s'attaquer à des biens de nature strictement civile ou religieuse, sauf:

- a) s'ils sont utilisés à des fins militaires; et
- b) si votre commandant vous l'ordonne.

17. Il est interdit de simuler une attaque ou d'autres actions agressives.

18. Il est interdit de recourir au gaz lacrymogène.»

E. La maréchaussée royale

60. La maréchaussée royale est un corps de l'armée qui se situe au même niveau que la marine royale (*Koninklijke Marine*), l'armée de terre royale (*Koninklijke Landmacht*) et l'armée de l'air royale (*Koninklijke Luchtmacht*). Ses membres possèdent un statut et un grade militaires. Elle dispose de sa propre chaîne de commandement; son commandant détient le grade de lieutenant général (*luitenant-generaal*) et dépend directement du ministre de la Défense.

61. Les fonctions de la maréchaussée royale, pour autant qu'elles sont pertinentes en l'espèce, consistent notamment à «accomplir des tâches de police pour les Pays-Bas et d'autres forces armées, ainsi que pour les quartiers généraux militaires internationaux, et les personnes appartenant à ces forces armées et à ces quartiers généraux» (article 6 § 1 b) de la loi de 1993 sur la police – *Politiewet 1993*).

62. Les membres de la maréchaussée royale suivent un entraînement à la fois militaire et policier. Les sous-officiers possédant le grade de sergent (*wachtmeester*) ou un grade supérieur peuvent être nommés agents investis de pouvoirs d'investigation (*opsporingsambtenaren*); les officiers de certaines

catégories peuvent être nommés procureurs auxiliaires (*hulpofficier van justitie*).

63. En tant que policiers militaires ou enquêteurs de police militaire, les membres de la maréchaussée royale sont subordonnés au procureur près le tribunal d'arrondissement d'Arnhem.

F. La chambre militaire de la cour d'appel d'Arnhem

64. À l'époque des faits, l'article 9 du code de procédure pénale militaire (*Wet militaire strafrechtspraak*) disposait que les sections de la chambre militaire de la cour d'appel d'Arnhem étaient composées de deux juges de la cour d'appel – dont l'un présidait – et d'un membre militaire. Ce dernier était un militaire d'active possédant le grade de capitaine de vaisseau (*kapitein ter zee*, marine royale), de colonel (*kolonel*, armée de terre royale), de colonel d'aviation (*kolonel*, armée de l'air royale) ou un grade supérieur, et ayant par ailleurs les qualifications requises pour être magistrat; il était promu au grade honoraire de contre-amiral (*commandeur*, marine royale), de général de brigade (*brigadegeneraal*, armée de terre royale) ou de général de brigade aérienne (*commodore*, armée de l'air royale) s'il ne possédait pas déjà effectivement ce grade. Il ne pouvait pas appartenir à la maréchaussée royale. Il était nommé pour un mandat de quatre ans, renouvelable une fois pour la même durée; la retraite obligatoire était fixée à soixante ans (article 6 § 4 du code de procédure pénale militaire).

65. L'article 68 § 2 de la loi sur l'organisation judiciaire (*Wet op de rechterlijke organisatie*) énonce que les membres militaires de la chambre militaire de la cour d'appel d'Arnhem connaissent des affaires en tant que juges sur un pied d'égalité avec leurs collègues civils et sont soumis au même devoir de confidentialité (articles 7 et 13 de la loi) et aux mêmes règles d'indépendance fonctionnelle et d'impartialité (article 12); ils sont par ailleurs soumis au même contrôle de la manière dont ils se conduisent dans l'exercice de leurs fonctions que les juges civils (article 13 a) à g)). Ce contrôle, qui porte sur des aspects bien précis de leur comportement, est effectué par la Cour de cassation (*Hoge Raad*) et requis – à la demande d'une partie intéressée ou d'office – par le procureur général (*procureur-generaal*) près la Cour de cassation.

G. Le droit et la procédure internes pertinents

66. Les dispositions suivantes du droit interne sont pertinentes en l'espèce.

1. *La Constitution du Royaume des Pays-Bas*

Article 97

« 1. Le Royaume des Pays-Bas dispose de forces armées pour la défense et la protection de ses intérêts, ainsi que pour le maintien et la promotion de l'ordre juridique international.

2. Les forces armées sont placées sous l'autorité suprême du gouvernement. »

2. *Le code pénal (Wetboek van Strafrecht)*

Article 41

« 1. Une personne qui commet un acte nécessaire à la défense de son intégrité physique [*lijf*] ou de celle d'autrui, de son intégrité sexuelle [*eerbaarheid*] ou de celle d'autrui, de ses biens ou de ceux d'autrui contre une agression illégale immédiate n'encourt aucune peine pour cet acte.

2. Une personne qui outrepassé les limites de la défense nécessaire n'encourt aucune peine si son acte résulte d'une émotion violente qui est la conséquence immédiate d'une agression. »

Article 42

« Une personne qui commet un acte prescrit par la loi n'encourt aucune peine. »

Article 43

« 1. Une personne qui commet un acte aux fins de l'exécution d'un ordre officiel donné par l'autorité investie de la compétence requise n'encourt aucune peine pour cet acte.

2. Le fait qu'un ordre officiel ait été donné en l'absence de la compétence nécessaire ne confère pas l'impunité, sauf si la personne subordonnée qui l'a exécuté a cru de bonne foi que cet ordre avait été donné par une autorité agissant dans le cadre de ses compétences et si le respect de cet ordre s'inscrivait dans le cadre de son statut de subordonné. »

3. *Le code pénal militaire (Wetboek van Militair Strafrecht)*

Article 4

« Le droit pénal néerlandais s'applique aux membres du personnel militaire qui commettent un acte répréhensible, quel qu'il soit, hors des Pays-Bas. »

Article 38

« 1. N'encourt aucune peine une personne qui, dans les limites de ses compétences, commet un acte autorisé par le droit de la guerre, ou qui ne peut être sanctionnée sans qu'il y ait violation d'un traité en vigueur entre les Pays-Bas et la puissance avec laquelle les Pays-Bas sont en guerre, ou d'un éventuel règlement adopté en vertu d'un tel traité.

2. N'encourt aucune peine un militaire qui utilise la force dans l'exécution légitime de sa tâche et de manière compatible avec les règles édictées pour l'accomplissement de cette tâche.»

Article 71

« Au sens du présent code, le terme « guerre » englobe un conflit armé qui ne peut être tenu pour une guerre à proprement parler et dans lequel le Royaume est engagé, que ce soit aux fins de la légitime défense individuelle ou collective ou du rétablissement de la paix et de la sécurité internationales. »

Article 135

« L'expression « instruction de service » [*dienstvoorschrift*] s'entend d'une décision écrite de portée générale rendue sous la forme ou en vertu d'une mesure d'administration générale pour le Royaume ou pour l'un des pays du Royaume [*bij of krachtens algemene maatregel van rijksbestuur of van bestuur dan wel een bij of krachtens landsverordening onderscheidenlijk landsbesluit gegeven schriftelijk besluit van algemene strekking*] et qui concerne un intérêt de la fonction militaire quel qu'il soit [*enig militair dienstbelang*] et comporte un ordre ou une interdiction visant le personnel militaire. » (note de bas de page omise)

4. *La loi sur la procédure pénale militaire (Wet Militaire Strafrechtspraak)*

Article 1

« (...) »

3. Le code de procédure pénale s'applique sauf disposition contraire de la présente loi. »

Article 8

« (...) »

2. Au sein de la cour d'appel d'Arnhem, une section composée de plusieurs juges appelée « chambre militaire » a compétence exclusive pour examiner les recours formés contre les décisions susceptibles d'appel rendues par les chambres militaires du tribunal d'arrondissement visé à l'article 3 [le tribunal d'arrondissement d'Arnhem]. Cette chambre examine également les plaintes déposées en vertu de l'article 12 du code de procédure pénale. »

5. *Le code de procédure pénale (Wetboek van Strafvordering)*

Article 12

« 1. Si l'auteur d'un acte répréhensible n'est pas poursuivi ou si les poursuites ouvertes contre lui sont abandonnées, toute personne ayant un intérêt direct [*rechtstreeks belanghebbende*] peut déposer une plainte écrite auprès de la cour d'appel dans le ressort duquel la décision de ne pas engager de poursuites ou de clore les poursuites a été prise.

(...)»

Article 148

«1. Le procureur est chargé d'enquêter sur les infractions qui sont du ressort du tribunal d'arrondissement auprès duquel il officie et d'enquêter dans le ressort de ce tribunal d'arrondissement sur les infractions qui sont du ressort d'autres tribunaux d'arrondissement ou de tribunaux de canton.

2. À cet effet, il donne des ordres aux autres personnes chargées de [ces] enquêtes (...)»

H. La jurisprudence interne pertinente

1. *L'affaire Eric O.*

67. Le 27 décembre 2007, le sergent-major (*sergeant-majoor*) Eric O., membre du corps des marines (*Korps Mariniers*) qui commandait une unité chargée de récupérer le chargement d'un conteneur qui se trouvait en bordure de la route «Jackson», procéda à un tir de sommation vers le sol pour éloigner un groupe de pillards. La balle ricocha sur la surface du sol, blessant mortellement l'un des pillards.

68. Le sergent-major O. fut poursuivi pour désobéissance à des instructions officielles pour avoir usé d'une force excédant celle autorisée par l'aide-mémoire et les instructions sur le recours à la force, ou, à titre subsidiaire, pour homicide par imprudence.

69. À la suite d'un recours du parquet contre l'acquittement prononcé en première instance, la chambre militaire de la cour d'appel d'Arnhem confirma l'acquittement du sergent-major O. Dans son arrêt du 4 mai 2005 (*Landelijk Jurisprudentie Nummer* [Numéro de jurisprudence nationale], «LJN» AT4988), la juridiction d'appel conclut que les règles d'engagement constituaient des instructions officielles malgré leur caractère secret et que le sergent-major O. avait agi dans les limites desdites règles et n'avait pas fait preuve d'imprudence.

2. *Les affaires Mustafić et Nuhanović*

70. En 1992, la Bosnie-Herzégovine proclama son indépendance à l'égard de la République socialiste fédérative de Yougoslavie. Il s'ensuivit une guerre qui dura jusqu'en décembre 1995. En vertu de la Résolution 743 (1992) du 21 février 1992, le Conseil de sécurité des Nations unies établit une Force de protection des Nations unies. Parmi les États pourvoyeurs de contingents figuraient les Pays-Bas qui fournirent un bataillon d'infanterie aéroportée. Connu sous le nom de «Dutchbat», celui-ci fut déployé comme force de maintien de la paix sous commandement des Nations

unies dans et autour de la ville de Srebrenica, à l'est de la Bosnie, qui était alors tenue par le gouvernement à majorité bosniaque de la République de Bosnie-Herzégovine.

71. Le 10 juillet 1995, l'armée des Serbes de Bosnie attaqua la « zone de sécurité » de Srebrenica avec des forces nettement supérieures. Elle envahit la zone et en prit le contrôle malgré la présence du bataillon Dutchbat qui à la fin ne contrôlait plus qu'un camp dans le village de Potočari. Au cours des jours suivants, les hommes bosniaques qui étaient tombés aux mains de l'armée des Serbes de Bosnie furent séparés des femmes et des enfants, puis tués. Il est aujourd'hui généralement admis comme un fait établi que plus de 7 000 hommes et garçons bosniaques, peut-être même 8 000, ont péri aux mains de l'armée des Serbes de Bosnie et des forces paramilitaires serbes lors de ce qui est désormais connu sous le nom de « massacre de Srebrenica ».

72. Des proches survivants de trois hommes tués lors de ce massacre en juillet 1995 engagèrent des actions civiles contre l'État néerlandais devant les juridictions des Pays-Bas.

73. Les plaignants dans la première affaire (Mustafić c. l'État néerlandais) étaient des proches survivants d'un électricien qui avait été un employé *de facto* du bataillon Dutchbat, mais n'avait pas bénéficié du statut conféré aux personnes employées directement par les Nations unies. Les plaignants alléguaient que l'État néerlandais avait manqué à ses obligations contractuelles au motif que le commandant adjoint du bataillon Dutchbat avait refusé de laisser l'intéressé rester avec sa famille au camp de Potočari, si bien qu'il avait dû quitter le camp ce jour-là, alors que, selon eux, le commandement du bataillon Dutchbat aurait dû le protéger en le gardant à l'intérieur et en le faisant évacuer avec le bataillon lui-même. À titre subsidiaire, ils plaidaient qu'il y avait eu faute. Le plaignant dans la seconde affaire (Nuhanović c. l'État néerlandais) avait lui-même été un employé *de facto* du bataillon Dutchbat, pour lequel il avait travaillé en qualité d'interprète, également sans jouir du statut d'employé des Nations unies; son père et son frère avaient été tués lors du massacre. Il alléguait qu'il y avait eu faute, considérant que le commandant adjoint du bataillon Dutchbat avait fermé l'accès au camp aux deux hommes.

74. Le 6 septembre 2013, la Cour de cassation statua sur les deux affaires (LJN BZ9225, Nuhanović, et LJN BZ9228, Mustafić). En leurs passages pertinents en l'espèce, les deux arrêts, dont les parties essentielles sont identiques, se lisent comme suit (extrait de l'arrêt Nuhanović) :

[Traduction du greffe]

« 3.10.1. Dans la première partie du pourvoi en cassation, il est allégué qu'aux points 5.7 et 5.8 des conclusions en droit de son arrêt interlocutoire la cour d'appel

n'a pas reconnu qu'un contingent militaire de l'ONU établi sur le fondement du chapitre VII de la Charte des Nations unies et placé sous le commandement et le contrôle des Nations unies – en l'occurrence la Force de protection des Nations unies dont le bataillon Dutchbat faisait partie – était un organe des Nations unies. Cela signifie que l'attribution du comportement de ce contingent militaire devrait relever de l'article 6 du PAROI [projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des organisations internationales (63^e session de la Commission du droit international, UN doc. A/66/10, à paraître dans l'Annuaire de la Commission du droit international, 2011, vol. II, deuxième partie)] et non de l'article 7 du PAROI. Selon cette partie du pourvoi, l'application de l'article 6 du PAROI implique que le comportement du bataillon Dutchbat devrait, en principe, toujours être attribué aux Nations unies.

3.10.2. D'après le commentaire relatif à l'article 7 du PAROI (...), cette règle d'attribution s'applique, notamment, à la situation où un État met des contingents militaires à la disposition de l'Organisation des Nations unies pour une opération de maintien de la paix et où le commandement et le contrôle sont transférés aux Nations unies tandis que l'État de détachement conserve ses pouvoirs disciplinaires et sa compétence pénale (le « commandement organique »). Il ressort implicitement des conclusions de la cour d'appel que cette situation correspond à celle de la présente espèce. Après tout, au point 5.10 des conclusions en droit de l'arrêt interlocutoire, la cour d'appel a déclaré – et cet aspect n'est pas remis en cause dans le pourvoi en cassation – qu'il n'était pas contesté que les Pays-Bas, État pourvoyeur de contingents, avaient gardé le contrôle sur les questions de personnel des effectifs militaires concernés, lesquels étaient restés au service des Pays-Bas, et qu'ils avaient conservé le pouvoir de sanctionner les membres de ces effectifs militaires en vertu du droit disciplinaire et du droit pénal. L'argument invoqué dans la première partie du pourvoi en cassation, selon lequel la cour d'appel n'a pas appliqué la règle d'attribution de l'article 6 du PAROI choisissant, à tort, d'appliquer la règle d'attribution de l'article 7 du PAROI, n'est donc pas valable.

3.11.1. La deuxième partie du pourvoi consiste en une série d'arguments dirigés contre les conclusions en droit figurant aux points 5.8 à 5.20 de l'arrêt interlocutoire, dans lesquelles la cour d'appel a défini le critère du contrôle effectif en appliquant à l'espèce la règle d'attribution de l'article 7 du PAROI.

3.11.2. Pour autant que ces moyens du pourvoi postulent que le droit international exclut qu'un comportement puisse être attribué à la fois à une organisation internationale et à un État, et que la cour d'appel est donc à tort partie de l'idée qu'il était possible que tant les Nations unies que l'État eussent eu un contrôle effectif sur le comportement litigieux du bataillon Dutchbat, ces moyens reposent sur une interprétation erronée du droit. Comme indiqué ci-dessus au point 3.9.4., le droit international, en particulier l'article 7 du PAROI combiné avec l'article 48 § 1 du PAROI, n'exclut pas la double attribution d'un comportement donné.

Il s'ensuit qu'il était loisible à la cour d'appel de ne pas statuer sur le point de savoir si les Nations unies exerçaient un contrôle effectif sur le comportement du bataillon Dutchbat au début de la soirée du 13 juillet 1995. À supposer que tel ait été le cas,

cela ne signifie pas nécessairement que les Nations unies avaient une responsabilité exclusive.

3.11.3. Pour autant qu'il est soutenu dans ces moyens du pourvoi en cassation que la cour d'appel a appliqué un critère erroné en recherchant si l'État exerçait un contrôle effectif sur le bataillon Dutchbat au moment du comportement litigieux, ces moyens reposent eux aussi sur une interprétation erronée du droit. Pour déterminer si l'État exerçait un contrôle effectif, il n'est pas nécessaire qu'il ait contrevenu à la structure de commandement des Nations unies en donnant des instructions au bataillon Dutchbat ou qu'il ait exercé de manière indépendante un commandement opérationnel. Il ressort du commentaire relatif à l'article 7 du PAROI (...) que l'attribution d'un comportement à l'État de détachement ou à l'organisation internationale repose sur le contrôle de fait exercé sur le comportement spécifique, cadre dans lequel il faut tenir compte de l'ensemble des circonstances factuelles et du contexte propre à l'affaire. Dans les conclusions en droit contestées, la cour d'appel a recherché, à la lumière de l'ensemble des circonstances et du contexte propre à l'affaire, si l'État avait exercé un contrôle de fait sur le comportement litigieux du bataillon Dutchbat. La cour d'appel n'a donc pas interprété ou appliqué le droit de manière erronée.»

La Cour de cassation confirma en conséquence l'arrêt par lequel la cour d'appel avait déclaré l'État néerlandais responsable du décès des trois hommes.

I. Autres documents internes

1. *Le Rapport d'évaluation sur l'application de la procédure pénale militaire aux opérations menées à l'étranger*

75. Ce rapport, daté du 31 août 2006, a été établi par une commission composée d'un haut fonctionnaire, d'un ancien avocat général en chef auprès de la cour d'appel d'Arnhem et d'un juge. Il avait été commandé par le ministre de la Défense, à la demande de la Chambre basse du Parlement, à la suite de l'onde de choc provoquée par l'affaire Eric O. (paragraphe 67-69 ci-dessus).

76. Ce rapport aborde notamment la question de la juridiction, au sens de l'article 1 de la Convention. Il comporte à cet égard le passage suivant (p. 30) :

«L'effet extraterritorial formel de la Convention semble se limiter à certains cas particuliers. Cela ne change rien au fait que les normes découlant de la Convention revêtent une portée générale pour les opérations militaires néerlandaises à l'étranger. Singulièrement, la Convention est à l'origine de normes fondamentales importantes qui peuvent s'appliquer aux enquêtes pénales sur le recours à la force ayant causé un décès ou des blessures (...)»

Le rapport analyse ensuite la jurisprudence interne relative aux volets matériel et procédural de l'article 2 de la Convention.

77. Il mentionne des changements déjà apportés à la politique en matière de poursuites et à la manière dont les règles d'engagement et autres instructions sont relayées aux commandants de terrain depuis l'affaire Eric O. Il propose de nouveaux ajustements.

78. Il réitère les critiques sur l'impréparation du personnel de la maréchaussée royale au travail de police dans les zones d'opération à l'étranger mais indique qu'en 2006 « on a déjà beaucoup investi pour améliorer la qualité des activités de police militaire » et que davantage va être fait dans les mois suivants.

79. Par ailleurs, le rapport indique qu'une connaissance insuffisante du terrain par le ministère public, composé de juristes civils, a parfois conduit à des décisions trop hâtives de poursuivre des membres de l'effectif militaire, l'affaire Eric O. étant citée à titre d'illustration. Cela étant, là aussi le rapport fait état d'améliorations.

80. La fusillade dont la présente requête tire son origine est mentionnée parmi les cas concrets étudiés par la commission mais l'incident n'est pas examiné dans le détail.

2. *Le rapport de la Commission Van den Berg*

81. En réaction à des allégations selon lesquelles des citoyens irakiens avaient subi des mauvais traitements, voire des actes de torture, aux mains de militaires néerlandais, le ministre de la Défense ordonna qu'une enquête fût menée par une commission officielle. Celle-ci fut composée d'un ancien député (le président, J.T. van den Berg, qui a donné son nom à la commission), d'un député en exercice, d'un lieutenant général retraité et d'un contre-amiral retraité.

82. Le rapport contenant les conclusions de la commission fut publié en juin 2007. Il indique qu'une version antérieure de ce même document a été lue et commentée par deux experts juridiques, l'un d'eux étant M^e Zegveld, qui est aujourd'hui la représentante du requérant.

83. Le rapport évoque des frictions au sein de l'unité de la maréchaussée royale en question – qui, notamment, n'aurait pas été adéquatement formée aux enquêtes pénales de type policier – et des tensions entre ladite unité et les bataillons de marines qui avaient été les premiers contingents néerlandais envoyés en Irak (avant le bataillon de l'armée de terre royale, qui y était basé à l'époque du décès de M. Azhar Sabah Jaloud).

84. Le rapport indique également que les Pays-Bas n'étaient pas une « puissance occupante » et avaient pour cette raison formulé certaines réserves. Entre autres, les forces néerlandaises n'avaient pas le pouvoir de mettre une personne en détention ou de poursuivre les auteurs d'infractions. Toute personne arrêtée par les forces néerlandaises devait être livrée

soit à l'armée britannique soit aux autorités irakiennes, en fonction de la nature des soupçons. Les « conversations » avec des personnes ainsi arrêtées étaient autorisées dans le contexte de la protection des forces.

85. Le rapport se penche aussi sur la question de savoir si l'on peut dire d'une personne se trouvant hors du Royaume des Pays-Bas, dans une zone où les forces néerlandaises opèrent dans un conflit armé, qu'elle relève de la juridiction des Pays-Bas; il y répond par l'affirmative.

86. Le 18 juin 2007, le ministre de la Défense présenta ce rapport à la Chambre basse du Parlement, accompagné d'une lettre commentant certains des constats y figurant mais approuvant ses conclusions.

3. *Le rapport d'évaluation final*

87. Un rapport d'évaluation final fut publié après le retrait complet du dernier contingent néerlandais. Il indique que le gouvernement néerlandais avait assorti les tâches des troupes néerlandaises de certaines « réserves », selon lesquelles les Pays-Bas n'assumeraient pas de fonctions administratives et ne mèneraient pas d'« activités exécutives destinées à assurer le maintien de l'ordre ». Ces réserves étaient dictées par le souhait des Pays-Bas de ne pas être considérés comme une puissance occupante *de facto*.

88. Sur le choix des méthodes, le rapport déclare qu'au départ il s'agissait de ne pas insister sur la présence militaire et que l'idée était d'éviter autant que possible le recours aux patrouilles et aux postes de contrôle. En pratique, toutefois, il était apparu que le meilleur moyen d'assurer la sécurité passait par des patrouilles fréquentes, de jour comme de nuit, et la mise en place de postes de contrôle des véhicules sur les itinéraires susceptibles d'être empruntés par des criminels ou des terroristes.

89. Dans un autre passage, le rapport fait état d'un certain nombre d'incidents où des militaires néerlandais ont essuyé des coups de feu, notamment à des postes de contrôle des véhicules. Il précise que dans les cas où des Irakiens ont été blessés ou tués, aucun acte contraire aux règles d'engagement n'a été établi. Il signale qu'un Irakien blessé par des tirs néerlandais fut soigné pendant plusieurs semaines aux Pays-Bas.

J. Le droit international pertinent

1. *Le Règlement de La Haye*

90. La définition de ce que l'on entend par puissance occupante et la teneur des obligations de pareille puissance telles que pertinentes en l'espèce figurent pour l'essentiel dans les articles 42 à 56 du Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (La Haye, 18 octobre 1907; « le Règlement de La Haye »).

91. Les articles 42 et 43 du Règlement de La Haye disposent :

Article 42

«Un territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie. L'occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer.»

Article 43

«L'autorité du pouvoir légal ayant passé de fait entre les mains de l'occupant, celui-ci prendra toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays.»

2. La quatrième Convention de Genève

92. Les articles 27 à 34 et 47 à 78 de la Convention (IV) relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (Genève, 12 août 1949 ; «la quatrième Convention de Genève») énoncent avec précision les obligations d'une puissance occupante. Les articles 6 et 29 de la quatrième Convention de Genève sont ainsi libellés :

Article 6

«La présente Convention s'appliquera dès le début de tout conflit ou occupation mentionnés à l'article 2.

Sur le territoire des Parties au conflit, l'application de la Convention cessera à la fin générale des opérations militaires.

En territoire occupé, l'application de la présente Convention cessera un an après la fin générale des opérations militaires ; néanmoins, la Puissance occupante sera liée pour la durée de l'occupation – pour autant que cette Puissance exerce les fonctions de gouvernement dans le territoire en question – par les dispositions des articles suivants de la présente Convention : 1 à 12, 27, 29 à 34, 47, 49, 51, 52, 53, 59, 61 à 77 et 143.»

Article 29

«La Partie au conflit au pouvoir de laquelle se trouvent des personnes protégées est responsable du traitement qui leur est appliqué par ses agents, sans préjudice des responsabilités individuelles qui peuvent être encourues.»

3. Résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies

93. Le Conseil de sécurité des Nations unies («le Conseil de sécurité») adopta la Résolution 1483 (2003) lors de sa 4761^e séance, le 22 mai 2003. Les parties pertinentes en l'espèce se lisent ainsi :

«Le Conseil de sécurité,

Rappelant toutes ses résolutions antérieures sur la question,

Réaffirmant la souveraineté et l'intégrité territoriale de l'Irak,

(...)

Prenant note de la lettre que les représentants permanents des États-Unis d'Amérique et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ont adressée à son président le 8 mai 2003 (S/2003/538) et reconnaissant les pouvoirs, responsabilités et obligations spécifiques de ces États en tant que puissances occupantes agissant sous un commandement unifié (l'«Autorité»), en vertu du droit international applicable,

Notant que d'autres États qui ne sont pas des puissances occupantes travaillent actuellement ou pourraient travailler sous l'égide de l'Autorité,

Se félicitant également de la volonté des États membres de contribuer à la stabilité et à la sécurité en Irak en fournissant personnel, équipement et autres ressources, sous l'égide de l'Autorité,

(...)

Agissant en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations unies,

1. *Appelle* les États membres et les organisations concernées à aider le peuple irakien dans les efforts qu'il déploie pour réformer ses institutions et reconstruire le pays et de contribuer à assurer la stabilité et la sécurité en Irak conformément à la présente résolution ;

2. *Exhorte* tous les États membres qui sont en mesure de le faire à répondre immédiatement aux appels humanitaires lancés par l'Organisation des Nations unies et d'autres organismes internationaux en faveur de l'Irak et à contribuer à répondre aux besoins humanitaires et autres de la population irakienne en apportant des vivres et des fournitures médicales ainsi que les ressources nécessaires à la reconstruction de l'Irak et à la remise en état de son infrastructure économique ;

(...)

4. *Demande* à l'Autorité, conformément à la Charte des Nations unies et aux dispositions pertinentes du droit international, de promouvoir le bien-être de la population irakienne en assurant une administration efficace du territoire, notamment en s'employant à rétablir la sécurité et la stabilité et à créer les conditions permettant au peuple irakien de déterminer librement son avenir politique ;

5. *Demande* à toutes les parties concernées de s'acquitter pleinement de leurs obligations au regard du droit international, en particulier les Conventions de Genève de 1949 et le Règlement de La Haye de 1907 ;

(...)

8. *Demande* au Secrétaire général de désigner un représentant spécial pour l'Irak qui aura, de façon indépendante, la responsabilité de faire régulièrement rapport au Conseil sur les activités qu'il mènera au titre de la présente résolution, de coordonner l'action des Nations unies au lendemain du conflit en Irak, d'assurer la coordination des efforts déployés par les organismes des Nations unies et les organisations internationales

fournissant une aide humanitaire et facilitant les activités de reconstruction en Irak et, en coordination avec l'Autorité, de venir en aide à la population irakienne en :

- a) coordonnant l'aide humanitaire et l'aide à la reconstruction apportée par les organismes des Nations unies et les activités menées par ces derniers et les organisations non gouvernementales ;
- b) facilitant le rapatriement librement consenti des réfugiés et des déplacés dans l'ordre et la sécurité ;
- c) œuvrant sans relâche avec l'Autorité, le peuple irakien et les autres parties concernées à la création et au rétablissement d'institutions nationales et locales permettant la mise en place d'un gouvernement représentatif, notamment en travaillant ensemble pour faciliter un processus débouchant sur la mise en place d'un gouvernement irakien représentatif, reconnu par la communauté internationale ;
- d) facilitant la reconstruction des infrastructures clefs, en coopération avec d'autres organisations internationales ;
- e) favorisant le relèvement économique et l'instauration de conditions propices au développement durable, notamment en assurant la coordination avec les organisations nationales et régionales, selon qu'il conviendra, et avec la société civile, les donateurs et les institutions financières internationales ;
- f) encourageant les efforts déployés par la communauté internationale pour que les fonctions essentielles d'administration civile soient assurées ;
- g) assurant la promotion de la protection des droits de l'homme ;
- h) appuyant les efforts déployés à l'échelle internationale pour rendre à nouveau opérationnelle la police civile irakienne ;
- i) soutenant les efforts menés par la communauté internationale pour promouvoir des réformes juridiques et judiciaires ;

9. *Appuie* la formation par le peuple irakien, avec l'aide de l'Autorité et en collaboration avec le Représentant spécial, d'une administration provisoire irakienne qui servira d'administration transitoire dirigée par des Irakiens jusqu'à ce qu'un gouvernement représentatif, reconnu par la communauté internationale, soit mis en place par le peuple irakien et assume les responsabilités de l'Autorité ;

(...)

26. *Demande* aux États membres et aux organisations internationales et régionales de concourir à l'application de la présente résolution ;

27. *Décide* de rester saisi de la question. »

94. Lors de sa 4844^e séance, le 16 octobre 2003, le Conseil de sécurité adopta la Résolution 1511 (2003), dont les parties pertinentes en l'espèce énoncent :

« Le Conseil de sécurité,

Réaffirmant ses résolutions antérieures sur l'Irak, notamment les Résolutions 1483 (2003) du 22 mai 2003 et 1500 (2003) du 14 août 2003, ainsi que celles concernant les menaces contre la paix et la sécurité que constituent les actes terroristes, dont la Résolution 1373 (2001) du 28 septembre 2001 et d'autres résolutions pertinentes,

Soulignant que la souveraineté de l'Irak réside dans l'État irakien, *réaffirmant* le droit du peuple irakien de déterminer librement son avenir politique et d'avoir le contrôle de ses propres ressources naturelles, *se déclarant de nouveau résolu* à ce que le jour où les Irakiens se gouverneront eux-mêmes vienne rapidement, et *reconnaissant* l'importance de l'appui international, en particulier de celui des pays de la région, des voisins de l'Irak et des organisations régionales, pour faire avancer rapidement ce processus,

Considérant que l'appui international en faveur du rétablissement de la stabilité et de la sécurité est essentiel pour le bien-être du peuple irakien et pour que tous les intéressés soient en mesure d'accomplir leur tâche dans l'intérêt du peuple irakien, et *se félicitant* de la contribution que des États membres ont apportée à cet égard en application de la Résolution 1483 (2003),

(...)

Agissant en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations unies,

(...)

13. *Considère* que la sécurité et la stabilité conditionnent l'aboutissement du processus politique envisagé au paragraphe 7 ci-dessus et l'aptitude de l'Organisation des Nations unies à concourir véritablement à ce processus et à l'application de la Résolution 1483 (2003), et *autorise* une force multinationale, sous commandement unifié, à prendre toutes les mesures nécessaires pour contribuer au maintien de la sécurité et de la stabilité en Irak, notamment afin d'assurer les conditions nécessaires à la mise en œuvre du calendrier et du programme, ainsi que pour contribuer à la sécurité de la Mission d'assistance des Nations unies pour l'Irak, du Conseil de gouvernement de l'Irak et des autres institutions de l'administration provisoire irakienne, et des principaux éléments de l'infrastructure humanitaire et économique;

14. *Prie instamment* les États membres de fournir une assistance au titre de ce mandat des Nations unies, y compris des forces militaires, à la force multinationale visée au paragraphe 13 ci-dessus.

(...)

16. *Souligne* qu'il importe de constituer une force irakienne de police et de sécurité efficace en vue de maintenir l'ordre et la sûreté et de combattre le terrorisme, ainsi qu'il est dit au paragraphe 4 de la Résolution 1483 (2003), et *demande* aux États membres et aux organisations internationales et régionales de concourir à l'instruction et à l'équipement des forces irakiennes de police et de sécurité;

(...)

25. *Prie* les États-Unis d'Amérique, au nom de la force multinationale visée au paragraphe 13 ci-dessus, de lui rendre compte, selon qu'il conviendra et tous les six mois au moins, des efforts et des progrès accomplis par cette force;

26. *Décide* de demeurer saisi de la question.»

4. *Jurisprudence de la Cour internationale de justice*

a) **Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé**

95. Dans son avis consultatif relatif aux Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé (CIJ Recueil 2004, p. 136), la Cour internationale de justice s'est prononcée comme suit :

« 109. La Cour observera que, si la compétence des États est avant tout territoriale, elle peut parfois s'exercer hors du territoire national. Compte tenu de l'objet et du but du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, il apparaîtrait naturel que, même dans cette dernière hypothèse, les États parties au Pacte soient tenus d'en respecter les dispositions.

La pratique constante du Comité des droits de l'homme est en ce sens. Il a estimé en effet que le Pacte est applicable dans le cas où un État exerce sa compétence en territoire étranger. Il s'est prononcé sur la licéité de l'action de l'Uruguay dans le cas d'arrestation opérée par des agents uruguayens au Brésil ou en Argentine (affaire 52/79, *López Burgos c. Uruguay*; affaire 56/79, *Lilian Celiberti de Cusariego c. Uruguay*). Le Comité a procédé de même dans le cas de la confiscation d'un passeport par un consulat de l'Uruguay en Allemagne (affaire 106/81, *Montero c. Uruguay*).

Les travaux préparatoires du pacte confirment l'interprétation donnée par le Comité de l'article 2 de cet instrument. Il en résulte en effet que, en adoptant la rédaction qu'ils ont retenue, les auteurs du pacte n'ont pas entendu faire échapper les États aux obligations qui sont les leurs lorsqu'ils exercent leur compétence hors du territoire national. Ils ont seulement voulu éviter que des personnes résidant à l'étranger puissent se prévaloir envers leur État d'origine de droits ne relevant pas de la compétence de ce dernier, mais de celle de l'État de résidence (voir la discussion de l'avant-projet à la Commission des droits de l'homme, E/CN.4/SR.194, par. 46; et Nations unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, dixième session, annexes, A/2929*, part. 2, chap. V, par. 4 (1955)).

110. La Cour note à cet égard la position adoptée par Israël, en ce qui concerne l'applicabilité du pacte, dans ses communications au Comité des droits de l'homme, ainsi que les vues du Comité.

En 1998, Israël déclarait avoir eu, au moment de la rédaction de son rapport au Comité, à examiner la question de savoir « si les personnes résidant dans les territoires occupés relevaient effectivement de la compétence d'Israël » aux fins de l'application du pacte (CCPRC/SR. 1675, par. 21 [traduction du greffe]). Cet État estima que « le pacte et les instruments de même nature ne s'appliqu[ai]ent pas directement à la situation [qui prévalait alors] dans les territoires occupés » (*ibidem*, par. 27).

Dans les observations finales qu'il formula après avoir examiné le rapport, le Comité se déclara préoccupé par l'attitude d'Israël, relevant « la durée de la présence [de celui-ci] dans [les] territoires [occupés], [son] attitude ambiguë (...) quant à leur statut futur, ainsi que la juridiction de fait qu'y exer[ça]ient les forces de sécurité israéliennes »

(CCPR/C/79/Add.93, par. 10). En 2003, face à la position inchangée d'Israël, qui considérait que « le Pacte ne s'appliqu[ait] pas au-delà de son propre territoire, notamment en Cisjordanie et à Gaza ... », le Comité arriva à la conclusion suivante :

« dans les circonstances actuelles, les dispositions du pacte s'appliquent au profit de la population des territoires occupés, en ce qui concerne tous les actes accomplis par les autorités ou les agents de l'État partie dans ces territoires, qui compromettent la jouissance des droits consacrés dans le pacte et relèvent de la responsabilité de l'État d'Israël conformément aux principes du droit international public » (CCPR/CO/78/1SR, par. 11).

111. En définitive, la Cour estime que le pacte international relatif aux droits civils et politiques est applicable aux actes d'un État agissant dans l'exercice de sa compétence en dehors de son propre territoire. »

b) Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)

96. Dans son arrêt *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)* (CIJ Recueil 2005, p. 168), la Cour internationale de justice s'est exprimée ainsi :

« 172. La Cour observera que, selon le droit international coutumier tel que reflété à l'article 42 du Règlement de La Haye de 1907, un territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie, et que l'occupation ne s'étend qu'au territoire où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer (voir *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, CIJ Recueil 2004, p. 167, par. 78, et p. 172, par. 89).

173. En vue de parvenir à une conclusion sur la question de savoir si un État dont les forces militaires sont présentes sur le territoire d'un autre État du fait d'une intervention est une « puissance occupante » au sens où l'entend le *jus in bello*, la Cour examinera tout d'abord s'il existe des éléments de preuve suffisants démontrant que ladite autorité se trouvait effectivement établie et exercée dans les zones en question par l'État auteur de l'intervention. La Cour doit en l'espèce s'assurer que les forces armées ougandaises présentes en RDC [République démocratique du Congo] n'étaient pas seulement stationnées en tel ou tel endroit, mais qu'elles avaient également substitué leur propre autorité à celle du gouvernement congolais. Si tel était le cas, peu importerait la justification donnée par l'Ouganda de son occupation, de même que la réponse à la question de savoir si l'Ouganda aurait ou non établi une administration militaire structurée du territoire occupé.

(...)

179. La Cour ayant conclu que l'Ouganda était une puissance occupante en Ituri à l'époque pertinente, la responsabilité de celui-ci est donc engagée à raison à la fois de tout acte de ses forces armées contraire à ses obligations internationales et du défaut de la vigilance requise pour prévenir les violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire par d'autres acteurs présents sur le territoire occupé, en ce compris les groupes rebelles agissant pour leur propre compte.

180. La Cour relève que l'Ouganda est responsable de l'ensemble des actes et omissions de ses forces armées sur le territoire de la RDC, qui violent les obligations lui incombant en vertu des règles, pertinentes et applicables à la situation de l'espèce, du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire.

(...)

213. La Cour en arrive à présent à la question de savoir si les actes et omissions des UPDF [Forces de défense du peuple ougandais], de leurs officiers et de leurs soldats sont attribuables à l'Ouganda. Le comportement des UPDF est dans son ensemble clairement attribuable à l'Ouganda, puisqu'il s'agit du comportement d'un organe de l'État. Conformément à une règle de droit international bien établie, qui revêt un caractère coutumier, « le comportement de tout organe d'un État doit être regardé comme un fait de cet État » (*Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, avis consultatif, CIJ Recueil 1999 (I), p. 87, par. 62). Le comportement individuel des soldats et officiers des UPDF doit être considéré comme un comportement d'un organe d'État. De l'avis de la Cour, en vertu du statut et de la fonction militaire des soldats ougandais en RDC, le comportement de ces derniers est attribuable à l'Ouganda. L'argument selon lequel les personnes concernées n'auraient pas agi dans les circonstances de l'espèce en qualité de personnes exerçant des prérogatives de puissance publique est par conséquent dénué de fondement.

214. Est en outre dépourvue de pertinence, pour l'attribution du comportement des UPDF à l'Ouganda, la question de savoir si les membres des UPDF ont ou non agi d'une manière contraire aux instructions données ou ont outrepassé leur mandat. D'après une règle bien établie, de caractère coutumier, énoncée à l'article 3 de la quatrième Convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre de 1907 ainsi qu'à l'article 91 du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève de 1949, une partie à un conflit armé est responsable de tous les actes des personnes qui font partie de ses forces armées.»

c) Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)

97. Dans l'affaire relative à l'Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro (CIJ Recueil 2007, p. 43), la Cour internationale de justice a déclaré ce qui suit :

« 399. La disposition [l'article 8 des articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État] doit se comprendre à la lumière de la jurisprudence de la Cour sur ce point, et en particulier de l'arrêt de 1986 en l'affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), cité ci-dessus (...). Dans cet arrêt, après avoir, ainsi qu'il a été dit plus haut, écarté la thèse selon laquelle les *contras* étaient assimilables à des organes des États-Unis parce qu'ils auraient été placés sous la « totale dépendance » de ceux-ci, la Cour a ajouté que la responsabilité du défendeur pourrait cependant être engagée s'il était prouvé qu'il avait lui-même « ordonné ou imposé la perpétration des actes contraires aux droits de

l'homme et au droit humanitaire allégués par l'État demandeur» (CIJ Recueil 1986, p. 64, par. 115), ce qui l'a conduite à l'importante conclusion suivante :

« Pour que la responsabilité juridique de ces derniers [les États-Unis] soit engagée, il devrait en principe être établi qu'ils avaient le contrôle effectif des opérations militaires ou paramilitaires [menées par les *contras*] au cours desquelles les violations en question se seraient produites. » (*ibidem*, p. 65)

400. Le critère ainsi défini se distingue de celui – exposé plus haut – qui permet d'assimiler à un organe d'un État une personne ou une entité à laquelle le droit interne ne confère pas ce statut. D'une part, il n'est plus nécessaire ici de démontrer que les personnes ayant accompli les actes prétendument contraires au droit international étaient en général placées sous la « totale dépendance » de l'État défendeur ; il convient de prouver que ces personnes ont agi selon les instructions ou sous le « contrôle effectif » de ce dernier. Mais, d'autre part, il est nécessaire de démontrer que ce « contrôle effectif » s'exerçait, ou que ces instructions ont été données, à l'occasion de chacune des opérations au cours desquelles les violations alléguées se seraient produites, et non pas en général, à l'égard de l'ensemble des actions menées par les personnes ou groupes de personnes ayant commis lesdites violations.

(...)

406. Il faut ensuite remarquer que le critère du « contrôle global » présente le défaut majeur d'étendre le champ de la responsabilité des États bien au-delà du principe fondamental qui gouverne le droit de la responsabilité internationale, à savoir qu'un État n'est responsable que de son propre comportement, c'est-à-dire de celui des personnes qui, à quelque titre que ce soit, agissent en son nom. Tel est le cas des actes accomplis par ses organes officiels, et aussi par des personnes ou entités qui, bien que le droit interne de l'État ne les reconnaisse pas formellement comme tels, doivent être assimilés à des organes de l'État parce qu'ils se trouvent placés sous sa dépendance totale. En dehors de ces cas, les actes commis par des personnes ou groupes de personnes – qui ne sont ni des organes de l'État ni assimilables à de tels organes – ne peuvent engager la responsabilité de l'État que si ces actes, à supposer qu'ils soient internationalement illicites, lui sont attribuables en vertu de la norme de droit international coutumier reflétée dans l'article 8 précité [l'article 8 des articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État]. Tel est le cas lorsqu'un organe de l'État a fourni les instructions, ou donné les directives, sur la base desquelles les auteurs de l'acte illicite ont agi ou lorsqu'il a exercé un contrôle effectif sur l'action au cours de laquelle l'illicéité a été commise. À cet égard, le critère du « contrôle global » est inadapté, car il distend trop, jusqu'à le rompre presque, le lien qui doit exister entre le comportement des organes de l'État et la responsabilité internationale de ce dernier. »

5. *Les articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État*

98. Les articles sur la responsabilité de l'État et les commentaires y relatifs ont été adoptés par la Commission du droit international lors de sa 53^e session, en 2001, et ont été soumis à l'Assemblée générale des Nations

unies dans le cadre du rapport de la Commission du droit international rendant compte des travaux de cette session (A/56/10). Le rapport a été publié dans l'Annuaire de la Commission du droit international (2001, vol. II, deuxième partie). En leurs passages pertinents en l'espèce, les articles et les commentaires y relatifs adoptés avec les articles eux-mêmes se lisent ainsi (les références figurant dans les notes de bas de page ont été omises) :

Article 2

Éléments du fait internationalement illicite de l'État

« Il y a fait internationalement illicite de l'État lorsqu'un comportement consistant en une action ou une omission :

- a) est attribuable à l'État en vertu du droit international ; et
- b) constitue une violation d'une obligation internationale de l'État. »

Le commentaire relatif à cet article indique notamment ce qui suit :

« 5) Pour qu'un comportement déterminé puisse être qualifié de fait internationalement illicite, il doit avant tout être un comportement attribuable à l'État. L'État est une entité organisée réelle, une personne juridique ayant pleine qualité pour agir d'après le droit international. Mais le reconnaître ne veut pas dire nier la vérité élémentaire que l'État comme tel n'est pas capable d'agir. Un « fait de l'État » met nécessairement en jeu une action ou une omission d'un être humain ou d'un groupe : « Les États ne peuvent agir qu'au moyen et par l'entremise de la personne de leurs agents et représentants. » Il s'agit de déterminer quelles sont les personnes qui devraient être considérées comme agissant au nom de l'État, c'est-à-dire ce que constitue un « fait de l'État » aux fins de la responsabilité des États.

6) Lorsque l'on parle de l'attribution d'un comportement à l'État, on entend par État un sujet de droit international. Dans de nombreux systèmes juridiques, les organes de l'État consistent en différentes personnes juridiques (ministères ou autres entités) qui sont considérées comme ayant des droits et obligations distincts au titre desquels elles sont seules susceptibles de faire l'objet d'une action en justice et responsables. Aux fins du droit international de la responsabilité des États, cette conception est différente. L'État est considéré comme une unité, conformément au fait qu'il est reconnu comme une personne juridique unique en droit international. En ceci, comme à d'autres égards, l'attribution d'un comportement à l'État est nécessairement une opération normative. Ce qui est déterminant ici est qu'il y ait suffisamment de liens entre un événement donné et un comportement (qu'il s'agisse d'une action ou d'une omission) attribuable à l'État en vertu de l'une ou l'autre des règles énoncées au chapitre II.

7) La deuxième condition pour qu'il y ait fait internationalement illicite de l'État est que le comportement attribuable à l'État constitue une violation par cet État d'une obligation internationale existant à sa charge (...)

12) À l'alinéa a), le terme « attribution » est employé pour désigner l'opération du rattachement à l'État d'une action ou omission donnée. Dans la pratique et la jurisprudence internationales, le terme « imputation » est également utilisé. Mais le terme

« attribution » permet d'éviter de laisser entendre que le processus juridique consistant à rattacher le comportement de l'État est une fiction, ou que le comportement en question est « en réalité » celui de quelqu'un d'autre.

13) À l'alinéa b), on parle de violation d'une obligation internationale et non de violation d'une règle ou d'une norme de droit international. Ce qui importe en l'occurrence n'est pas simplement l'existence d'une règle, mais son application dans le cas d'espèce à l'État responsable. Le terme « obligation » est couramment employé dans la jurisprudence et dans la pratique internationales ainsi que dans la doctrine pour couvrir toutes les possibilités. Le mot « obligation » renvoie uniquement à une obligation de droit international, ce que l'article 3 précise. »

Article 6

Comportement d'un organe mis à la disposition de l'État par un autre État

« Le comportement d'un organe mis à la disposition de l'État par un autre État, pour autant que cet organe agisse dans l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État à la disposition duquel il se trouve, est considéré comme un fait du premier État d'après le droit international. »

Le commentaire relatif à cet article indique notamment ce qui suit :

« 2) L'expression « mis à la disposition » exprime la condition essentielle qui doit être remplie pour que le comportement de l'organe visé soit, en droit international, considéré comme un fait de l'État d'accueil et non de l'État d'envoi. La notion d'organe « mis à la disposition » de l'État d'accueil est précise et implique que l'organe agit avec le consentement, sous l'autorité et aux fins de l'État d'accueil. L'organe en question ne doit pas seulement être chargé d'exercer des fonctions propres à l'État à la disposition duquel il est mis. Dans l'exercice des fonctions qui lui ont été confiées par l'État bénéficiaire, l'organe doit aussi agir en liaison avec l'appareil de cet État et sous la direction et le contrôle exclusifs de celui-ci, et non pas sur instructions de l'État d'envoi. L'article 6 ne traite donc pas de situations ordinaires de coopération ou de collaboration interétatique, en vertu d'un traité ou autrement.

3) Parmi les exemples des situations qui pourraient entrer dans le cadre de cette notion limitée d'organe d'un État « mis à la disposition » d'un autre État pourrait figurer le cas d'une section de services sanitaires ou autres placée sous les ordres d'un autre pays pour aider à maîtriser une épidémie ou faire face aux conséquences d'une catastrophe naturelle, ou de juges chargés dans des cas particuliers d'agir en tant qu'organes judiciaires d'un autre État. En revanche, le cas de la simple fourniture d'une aide ou d'une assistance par les organes d'un État à un autre État sur le territoire de ce dernier n'est pas couvert par l'article 6. Ainsi, des forces armées peuvent être envoyées sur le territoire d'un autre État pour l'aider dans l'exercice du droit de légitime défense collective ou à d'autres fins. Lorsque les forces en question demeurent sous l'autorité de l'État d'envoi, elles exercent des prérogatives de puissance publique de cet État et non de l'État d'accueil. Il se peut aussi que l'organe d'un État agisse sur instructions conjointes de cet État et d'un autre, ou qu'une entité soit un organe mixte de plusieurs États. Dans de tels cas, le comportement en cause est imputable aux deux États en vertu d'autres dispositions du présent chapitre.

4) L'élément crucial aux fins de l'article 6 est donc l'établissement d'un lien fonctionnel entre l'organe en question et la structure ou l'autorité de l'État d'accueil. La notion d'organe « mis à la disposition » d'un autre État exclut le cas des organes d'un État, envoyés dans un autre État aux fins du premier État ou même à des fins communes, qui conservent leur propre autonomie et leur propre statut, par exemple les missions culturelles, les missions diplomatiques ou consulaires ou les organisations d'aide ou de secours étrangères. Sont aussi exclues du champ d'application de l'article 6 les situations où les fonctions de l'État « bénéficiaire » sont exercées sans son consentement, comme c'est le cas lorsqu'un État, placé dans une situation de dépendance, d'occupation territoriale ou autre, est forcé de tolérer que l'action de ses propres organes soit mise à l'écart et remplacée dans une plus ou moins large mesure par celle d'organes de l'autre État.

5) Deux autres conditions doivent être réunies pour que l'article 6 s'applique. Premièrement, l'organe en question doit posséder le statut d'organe de l'État d'envoi et, deuxièmement, il doit agir dans l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État d'accueil. La première de ces conditions exclut du champ d'application de l'article 6 le comportement d'entités privées ou de particuliers qui n'ont jamais eu le statut d'organe de l'État d'envoi. Par exemple, des experts ou des conseillers mis à la disposition d'un État dans le cadre de programmes d'assistance technique n'ont généralement pas le statut d'organes de l'État d'envoi. La deuxième condition est que l'organe mis à la disposition d'un État par un autre État doit « agir dans l'exercice de prérogatives de puissance publique » de l'État d'accueil. Il n'y aura fait attribuable à l'État d'accueil que si l'organe prêté agit dans l'exercice de prérogatives de puissance publique de cet État. Au regard du nombre des cas d'actions de coopération menées par les États dans des domaines tels que la défense mutuelle, l'aide et le développement, l'article 6 ne couvre qu'une notion précise et limitée de « responsabilité transférée ». Cette situation n'est toutefois pas inconnue dans la pratique des États. »

Article 8

Comportement sous la direction ou le contrôle de l'État

« Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet État. »

Le commentaire relatif à cet article indique notamment ce qui suit :

« 2) L'attribution à l'État d'un comportement qu'il a en fait autorisé est largement admise par la jurisprudence internationale. Peu importe en pareil cas que la ou les personnes en question soient des personnes privées, ou que leur comportement relève ou non d'une « activité publique ». La plupart du temps il s'agit de situations où les organes de l'État complètent leur propre action en recrutant des personnes ou groupes de personnes privées à titre « d'auxiliaires », ou les incitent à agir à ce titre tout en restant en dehors des structures officielles de l'État. Il peut s'agir, par exemple, d'individus ou de groupes de personnes privées qui, bien que n'étant pas spécifiquement recrutés par l'État et ne faisant pas partie de la police ou des forces armées de celui-ci, sont employés comme auxiliaires ou sont envoyés comme « volontaires » dans des pays voisins, ou qui effectuent des missions particulières à l'étranger sur instructions de l'État.

(...)

5) La Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a également examiné ces questions. Dans l'affaire Tadić, la Chambre a souligné que :

« Pour imputer à l'État des actes accomplis par des particuliers, le droit international exige qu'il exerce son contrôle sur eux. Le *degré de contrôle* requis peut cependant varier selon les circonstances factuelles propres à chaque affaire. La Chambre d'appel estime que le droit international ne saurait exiger dans tous les cas un contrôle très étroit. »

La Chambre d'appel a estimé que le degré de contrôle des autorités yougoslaves sur ces forces armées requis en droit international pour que le conflit armé puisse être considéré comme international était « un *contrôle global* allant au-delà de leur simple financement et équipement et impliquant également une participation à la planification et à la supervision de leurs opérations militaires ». Au cours de leur argumentation, la majorité des membres ont jugé nécessaire de rejeter l'approche adoptée par la CIJ dans l'affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci mais les questions de droit et la situation de fait n'étaient pas les mêmes que celles dont la Cour avait été saisie dans cette affaire. Le mandat du Tribunal porte sur des questions de responsabilité pénale individuelle, pas sur la responsabilité des États, et la question qui se posait dans l'affaire considérée avait trait non pas à la responsabilité mais aux règles applicables du droit international humanitaire. En tout état de cause, c'est au cas par cas qu'il faut déterminer si tel ou tel comportement précis se produisait ou non sous le contrôle d'un État et si la mesure dans laquelle ce comportement était contrôlé justifie que le comportement soit attribué audit État. »

K. Documents pertinents sur l'occupation de l'Irak

1. Le décret n° 28 de l'autorité provisoire de la coalition (*Coalition Provisional Authority – CPA*)

99. Le décret n° 28 de la CPA, intitulé « Création du corps irakien de défense civile », a été adopté le 9 mars 2003 par l'administrateur de la CPA, l'ambassadeur L. Paul Bremer. Les extraits pertinents en l'espèce énoncent :

[Traduction du greffe]

« *En vertu* des pouvoirs que me confèrent ma qualité d'administrateur de la CPA, eu égard aux lois et usages de la guerre et dans le respect des résolutions pertinentes du Conseil de sécurité des Nations unies, notamment la Résolution 1483 (2003),

Notant que la Résolution 1483 appelle les États membres à aider le peuple irakien dans les efforts qu'il déploie pour réformer ses institutions et reconstruire le pays et à contribuer à assurer la stabilité et la sécurité en Irak,

Conscient de la nécessité de faire face rapidement aux menaces que les actes illicites et les catastrophes font peser sur la sécurité et la stabilité publiques,

Reconnaissant que les attaques et actes de sabotage persistants menés par les baasistes qui subsistent et les intentions terroristes de saper la sécurité en Irak, appellent la

création d'une force de police irakienne provisoire, laquelle devra coopérer avec les forces de la coalition pour faire face aux menaces et préserver la sécurité en Irak,

Je décrète ce qui suit :

Article 1

Création du corps irakien de défense civile (« CIDC »)

1) Il est créé à titre provisoire un CIDC ; la décision de maintenir ou de dissoudre ce corps reviendra à un gouvernement représentatif, reconnu par la communauté internationale et établi par le peuple irakien.

2) Le CIDC est un organe de services de sécurité et d'urgence pour l'Irak. Composé d'Irakiens, il intervient en renfort des opérations menées par les forces militaires de la coalition en Irak pour lutter contre les groupes organisés et les individus qui emploient la violence contre la population irakienne et ses infrastructures nationales.

3) Pour soutenir les opérations de la coalition destinées à apporter sécurité et stabilité au peuple irakien, le CIDC est autorisé à accomplir des tâches de police, notamment : effectuer des patrouilles dans les zones urbaines et rurales ; mener des opérations de recherche et de saisie d'armes illégales et autres objets de contrebande ; assurer la sécurité de sites fixes, postes de contrôle, secteurs, itinéraires et convois ; assurer la maîtrise des foules et des émeutes ; offrir ses services d'intervention lors d'une catastrophe ; assurer des services de recherche et de secours ; soutenir les missions humanitaires et les opérations de rétablissement après une catastrophe, notamment par des services de transport ; effectuer des patrouilles conjointes avec les forces de la coalition ; participer à d'autres activités visant à l'établissement de relations positives entre la population irakienne et les autorités de la coalition, notamment en servant de relais communautaires.

4) Le CIDC se distingue de la force de police irakienne et de la nouvelle armée irakienne. Il intervient en renfort des forces de police mais est conçu pour mener des opérations allant au-delà des attributions de la police.

a) Pendant leur service et sous la supervision des forces de la coalition, les membres du CIDC ne sont soumis ni à la direction ni au contrôle de la police irakienne. Sauf disposition contraire dans le présent instrument, le corps irakien de défense civile n'a pas, ou n'exerce pas, de fonctions de maintien de l'ordre.

b) Le CIDC n'est pas une composante de la nouvelle armée irakienne créée en vertu du décret n° 22 de la CPA sur la création de la nouvelle armée irakienne (CPA/ORD/9 août 2003/22) et n'est pas soumis aux ordres de la chaîne de commandement de la nouvelle armée irakienne.

(...)

Article 4

Fonctionnement du CIDC

1) Le CIDC opère sous l'autorité de l'administrateur de la CPA et est placé sous la supervision des forces de la coalition. L'administrateur de la CPA peut déléguer au commandant militaire supérieur des forces de la coalition en Irak la responsabilité et l'autorité concernant le recrutement, la formation, l'organisation et le contrôle

du CIDC. Cette responsabilité et cette autorité peuvent être redéleguées en vertu de l'article 7 ci-dessous.

2) Le commandement opérationnel ou tactique des unités du CIDC actif aux côtés des forces de la coalition est confié à un officier des forces de la coalition désigné par le commandant militaire supérieur des forces de la coalition en Irak en vertu de l'article 7 ci-dessous (...)

Article 7 **Délégation d'autorité**

L'administrateur de l'autorité provisoire de la coalition peut déléguer au commandant militaire supérieur des forces de la coalition en Irak des responsabilités, à définir par lui, prévues par le présent instrument. Le commandant militaire supérieur des forces de la coalition en Irak peut à son tour déléguer des responsabilités prévues par le présent instrument à des personnes placées sous son commandement. »

2. Le protocole d'entente de la division multinationale sud-est

100. Le gouvernement défendeur a soumis l'extrait suivant du protocole d'entente qui régissait les procédures convenues entre les Pays-Bas et le Royaume-Uni :

[Traduction du greffe]

« 14.1 Les membres de la division multinationale sud-est peuvent détenir et porter des armes et des munitions en Irak suivant les règles de service et les procédures nationales qui leur sont applicables aux fins de la mission de la division multinationale sud-est et lorsqu'ils y sont autorisés par le commandant de la division multinationale sud-est.

14.2 Les ROE applicables à la division multinationale sud-est figurent à l'annexe F. C'est la protection de la force, et non la mission de la division multinationale sud-est, qui constitue le facteur essentiel pour le niveau de permissivité prévu par le profil ROE. Les participants peuvent, dans le cadre d'instructions nationales ou d'explications à l'intention des commandants de contingents nationaux, indiquer leur intention d'appliquer à leurs propres forces un niveau différent de permissivité, sous réserve que :

- a) toute différence soit communiquée au conseiller juridique du commandant de la division multinationale sud-est avant l'application des ROE en question en Irak ;
- b) aucune différence ne suppose un degré de permissivité supérieur à celui autorisé par les ROE de la division multinationale sud-est.

14.3 Étant classée secrète, l'annexe E [il s'agit probablement de l'annexe F] est publiée séparément, en diffusion restreinte. La signature du présent protocole d'entente vaut néanmoins adhésion aux ROE contenues à l'annexe F. »

101. Selon le Gouvernement, le protocole d'entente prévoyait également que les Pays-Bas exerceraient une juridiction disciplinaire et pénale exclusive sur leur personnel.

102. Lors de son intervention pendant l'audience de la Cour, l'agent du gouvernement défendeur a déclaré que le protocole d'entente était un document classifié et que le ministre de la Défense avait refusé de le déclassifier aux fins de sa présentation à la Cour.

3. Le protocole d'entente de la division multinationale centre-sud

103. Les forces lettones ont participé à la force de stabilisation en Irak dans le cadre de la division multinationale basée dans le centre-sud de l'Irak et placée sous commandement polonais. Le protocole d'entente applicable a été publié par le gouvernement de la République de Lettonie dans *Latvijas Vēstnesis* (n° 5 (3163), 11 janvier 2005), publication officielle consacrée aux actes juridiques et annonces officielles. Ses parties pertinentes se lisent comme suit :

[Traduction du greffe]

«SECTION QUATRE – MANDAT

4.1. En vertu de la Résolution 1483 du Conseil de sécurité des Nations unies, la division multinationale centre-sud de la force de stabilisation en Irak a pour mandat d'aider l'Autorité à préserver la stabilité et la sécurité en Irak en fournissant personnel, équipement et autres ressources pour œuvrer sous son commandement unifié conformément à l'accord présenté dans la section cinq ci-dessous. Les principales tâches de la division multinationale centre-sud sont exposées dans l'énoncé de mission qui se trouve annexé au présent protocole d'entente (...)

4.2. Les membres de la division multinationale centre-sud accomplissent leurs tâches de manière rigoureuse, juste et équitable et s'abstiennent de tout acte incompatible avec la nature indépendante de celles-ci. Ce qui précède est sans préjudice du droit pour la force de stabilisation en Irak d'agir au titre de la légitime défense ou de la légitime défense élargie, ainsi que de la protection de la force et de la mise en œuvre de la mission.

SECTION CINQ – COMMANDEMENT ET CONTRÔLE DE LA DIVISION MULTINATIONALE CENTRE-SUD

5.1. Le commandement de la division multinationale centre-sud est assuré par la République de Pologne. Celle-ci coordonne la mise en place de la structure de la division multinationale centre-sud et veille à ce que les participants soient tenus informés de l'état d'avancement de la mise en œuvre de cette structure.

5.2. Les membres des contingents nationaux demeurent sous le plein commandement du participant concerné, par le biais du commandant du contingent national/haut représentant national. Le contrôle opérationnel de tous les contingents natio-

naux participant à la division multinationale centre-sud est confié à un commandant supérieur.

5.3. Les participants sont responsables de la planification et de l'exécution des mouvements de leurs forces et du ravitaillement à partir des dépôts et vers les points de débarquement, suivant les lignes de communication stratégiques. Cette responsabilité peut être déléguée à d'autres organes agissant pour le compte des participants. Les opérations de réception, regroupement, acheminement vers l'avant, y compris les opérations de dédouanement portuaire, sont menées conformément aux instructions permanentes en vigueur, sauf décision contraire. Le contrôle tactique de tous les aspects des lignes de communications stratégiques et tactiques est confié aux différentes organisations chargées du contrôle des mouvements au niveau des opérations (CJTF7).

5.4. Le commandant de la division multinationale centre-sud est habilité à coordonner les moyens logistiques de l'élément de soutien national, afin de répondre aux besoins opérationnels ou d'assurer la déconfliction dans l'utilisation d'infrastructures ou de ressources limitées. Dans ce contexte, les dispositions de la section onze peuvent s'appliquer. Les moyens logistiques constituant tout ou partie de la contribution d'un participant à la division multinationale centre-sud sont sous le contrôle visé au paragraphe 5.2 ci-dessus.

5.5. Un transfert d'autorité sur des forces opéré en faveur du commandant de la division multinationale centre-sud conformément au statut de commandement de la division ci-dessus s'effectue à la capacité opérationnelle totale déclarée par les commandants de contingents nationaux. Une fois le transfert d'autorité effectué, les participants confirment le statut de commandement de leurs forces par une notification au commandant de la division multinationale centre-sud.

5.6. Le commandant de contingent national/haut représentant national est responsable du maintien de l'ordre et de la discipline au sein du contingent national placé sous son commandement.

5.7. Le commandant de la division multinationale centre-sud peut demander le retrait de tout personnel affecté à [cette] division. Les commandants de contingent national/hauts représentants nationaux examinent toute demande de cette nature et s'efforcent d'y donner suite si leurs propres règles nationales les y autorisent.

5.8. Le commandant de la division multinationale centre-sud est responsable de la coordination avec la CPA dans la zone de responsabilité opérationnelle (AOR) de la division multinationale centre-sud. Après consultation des participants concernés, les commandants de brigade désignent des représentants, lesquels doivent faire fonction de contacts militaires avec la CPA au sein de l'AOR de leur brigade, et tiennent le commandant de la division multinationale centre-sud informé. Ces représentants siègent également au sein d'une commission mixte de coordination.

5.9. L'anglais est la langue officielle de travail et de commandement dans la division multinationale centre-sud jusqu'au niveau du bataillon, excepté pour le Groupement tactique 1.

(...)

SECTION QUATORZE – RÈGLES D’ENGAGEMENT (ROE)/ PORT D’ARMES ET DE MUNITIONS

14.1. Les membres de la division multinationale centre-sud peuvent détenir et porter des armes et des munitions en Irak pour la mission de la division lorsqu’ils y sont autorisés par le commandant de la division.

14.2. Les ROE applicables à la division multinationale centre-sud font partie de l’ordre opérationnel de la division. C’est la protection de la force, et non la mission de la division multinationale sud-est, qui constitue le critère essentiel pour le niveau de permissivité prévu par le profil ROE. Les participants peuvent indiquer, dans le cadre d’instructions nationales ou d’explications à l’intention des commandants de contingents nationaux, leur intention d’appliquer à leurs propres forces un niveau différent de permissivité, sous réserve que :

- a) toute différence initiale soit communiquée au commandant de la division multinationale centre-sud avant un transfert d’autorité. Les autres différences peuvent être communiquées si nécessaire ;
- b) aucune différence n’emporte un degré de permissivité supérieur à celui autorisé par les ROE de la division multinationale centre-sud.

(...)

SECTION SEIZE – RÉCLAMATIONS

16.1. Sauf disposition contraire du présent protocole d’entente, chaque participant renonce à toute réclamation qu’il pourrait soulever contre un autre participant à raison d’un acte d’omission de tout autre participant ou de membres du contingent national de ce dernier dans l’accomplissement de tâches officielles liées au présent protocole d’entente ayant causé des blessures (même fatales) à des membres de son contingent national ou des dommages ou des pertes de biens lui appartenant ou appartenant à des membres de son contingent national.

16.2. Si d’un commun accord les participants concernés décident relativement à une réclamation qu’un dommage, une perte, une blessure ou un décès ont été causés par un acte imprudent, une omission par imprudence, une faute délibérée ou une négligence grave d’un seul participant, de son personnel militaire ou de ses fonctionnaires ou agents, les frais liés à toute responsabilité éventuelle sont supportés par ce seul participant.

16.3. Si plus d’un participant est responsable de la blessure, du décès, de la perte ou du dommage, ou s’il est impossible d’en attribuer la responsabilité à un participant spécifique, le traitement et le règlement de la réclamation font l’objet d’un accord entre les participants concernés. Le coût du traitement et du règlement de la réclamation est réparti équitablement entre les participants concernés.

16.4. Les réclamations de tierces parties portant notamment sur la perte ou la dégradation de biens, un préjudice corporel, une maladie, un décès ou toute autre situation causée par ou imputée à l’effectif de la division multinationale centre-sud ou à tout individu employé par celle-ci, résidant d’ordinaire en Irak ou non, et non liées

à des opérations de combat militaire, sont adressées au participant dont le personnel, les biens, les activités ou autres ressources du contingent national sont supposés être responsables du dommage en question, pour être traitées selon les lois nationales de l'État participant.

16.5. Les réclamations de tierces parties sont d'abord recueillies par le QG de la division multinationale centre-sud, puis sont transmis au participant tenu pour responsable. Lorsque plus d'un participant est responsable de la blessure, du décès, de la perte ou du dommage, ou s'il est impossible d'attribuer la responsabilité de ceux-ci à un participant précis, les coûts du traitement et du règlement des réclamations sont répartis équitablement entre les participants concernés.

ANNEXE A
AU PROTOCOLE D'ENTENTE
DE LA DIVISION MULTINATIONALE CENTRE-SUD
ÉNONCÉ DE MISSION DE LA DIVISION MULTINATIONALE
CENTRE-SUD DE LA FORCE DE STABILISATION

Introduction

1. Dans le cadre de la mission, les participants contribuent à l'accomplissement de tâches essentielles. Celles-ci impliquent par ailleurs une collaboration croissante avec la CPA et la population locale irakienne pour le rétablissement et l'instauration d'institutions locales.

Zone de responsabilité opérationnelle (AOR) de la division multinationale centre-sud

2. L'AOR de la division multinationale centre-sud de la force de stabilisation en Irak englobe cinq provinces: Babil, Karbala, Wasit, Al-Qadisiyya et An-Najaf. Une carte provisoire montrant l'AOR de la division multinationale centre-sud figure à l'appendice 1 de la présente annexe.

Principales tâches

3. La division multinationale centre-sud de la force de stabilisation en Irak accomplit dans l'AOR, à l'appui de la mission, un ensemble de tâches définies en fonction de l'évolution de la situation. Les principales tâches sont les suivantes:

a) Sécurité extérieure/Sécurité des frontières. Tâche conduite par la division multinationale centre-sud de la force de stabilisation en Irak. Protection des points clés, y compris surveillance de la frontière terrestre et aide à la création et à la formation d'une force irakienne de sécurité des frontières.

b) Sécurité intérieure. Tâche conduite par la division multinationale centre-sud de la force de stabilisation en Irak. Préservation d'un climat de sécurité, notamment par des activités de renseignement destinées à éliminer la menace émanant de groupes armés et subversifs.

c) Protection de la force. Tâche conduite par la division multinationale centre-sud de la force de stabilisation en Irak. Cette tâche englobe tous les aspects des

opérations en cours visant à assurer la sécurité de la force de stabilisation en Irak et, sur une période limitée, du personnel de la CPA dans l'ensemble de l'AOR.

d) Sécurité de sites fixes. Tâche conduite par la division multinationale centre-sud de la force de stabilisation en Irak. Cette tâche inclut la responsabilité du maintien de la sécurité sur les sites cruciaux et sensibles de l'AOR.

e) Gouvernance et soutien des infrastructures. Tâche conduite par la CPA. La division multinationale centre-sud de la force de stabilisation en Irak doit pendant une période limitée soutenir les efforts de la CPA centre-sud visant à l'établissement d'une gouvernance locale fondée sur l'état de droit et assurant la justice et l'égalité des droits à tous les citoyens irakiens de l'AOR, indépendamment de l'appartenance ethnique, de la religion ou du sexe. La division multinationale centre-sud de la force de stabilisation en Irak contribue à la réalisation de cet objectif en œuvrant aux niveaux local et régional pour mettre en place des mécanismes de gouvernance et d'administration civile, jusqu'à ce que la CPA soit en mesure de travailler avec la population locale irakienne pour établir la pleine gouvernance. La division multinationale centre-sud de la force de stabilisation en Irak continue à poursuivre cet objectif au sein de l'AOR avec des équipes de soutien au gouvernement, jusqu'à ce que les équipes de gouvernance locale de la CPA soient opérationnelles dans l'AOR. Le commandant de la division multinationale centre-sud de la force de stabilisation en Irak continue à faire le lien avec les équipes de soutien au gouvernement une fois que la CPA a pris le contrôle, et il travaille en collaboration étroite avec la CPA centre-sud aux fins de la synchronisation des opérations militaires avec les activités de la Coalition. Un soutien complémentaire peut être apporté sur une période limitée dans le cadre de la mise en place et de l'entretien d'infrastructures irakiennes.

f) Développement du maintien de l'ordre. Tâche conduite par la CPA. La division multinationale centre-sud de la force de stabilisation en Irak fournit un soutien sur une période limitée. La division multinationale centre-sud de la force de stabilisation en Irak continue à contribuer au développement de la Force civile de police, notamment par la conduite de patrouilles communes, la création d'une équipe d'évaluation de la police, la mise en place d'une procédure de dépôt de plaintes, et un soutien aux tribunaux et magistrats locaux irakiens pour le maintien de l'ordre public. Une fois accomplie la transition vers la CPA et la population locale irakienne, la division multinationale centre-sud de la force de stabilisation en Irak conserve un rôle de liaison aux fins de la coordination des activités de maintien de l'ordre, de formation et de surveillance aux côtés de l'armée.

g) Criminels de guerre. Tâche conduite par la CPA. Appui de la division multinationale centre-sud de la force de stabilisation en Irak éventuellement nécessaire pour faciliter la détention de personnes soupçonnées de crimes de guerre dans l'AOR.

h) Rétablissement des services de base. Tâche conduite par la CPA. La division multinationale centre-sud de la force de stabilisation en Irak apporte un soutien sur une période limitée, jusqu'à ce que du personnel civil irakien engagé sous contrat puisse prendre le relais. La division multinationale centre-sud de la force de stabi-

lisation en Irak est chargée, avec l'aide de la CPA, de faciliter la mise en place de services de base dans l'AOR.

i) Constitution de l'armée irakienne. Tâche conduite par la CPA. La division multinationale centre-sud de la force de stabilisation en Irak apporte un soutien militaire théorique, mais la dotation en personnel, la formation et l'équipement d'une structure militaire irakienne relèvent de la CPA.

4. Au regard de la quatrième Convention de Genève (sur les civils), la seule autorité intervenant en qualité de « puissance détentrice » dans l'AOR est le commandant de la division multinationale centre-sud de la force de stabilisation en Irak, qui agit au nom de l'Autorité.

5. Le commandant de la division multinationale centre-sud de la force de stabilisation en Irak assure si nécessaire la liaison avec les dirigeants de la vie politique, sociale et religieuse de l'AOR, afin que les sensibilités religieuses, ethniques et culturelles de l'Irak soient dûment respectées par les membres de la division multinationale centre-sud de la force de stabilisation en Irak.

Identification

6. Les membres du personnel militaire et paramilitaire de la division multinationale centre-sud de la force de stabilisation en Irak portent l'uniforme et les armes que leurs instructions les autorisent à porter. Pendant le service, les membres de la force de police civile irakienne doivent être clairement identifiables par un uniforme ou d'autres signes distinctifs, et peuvent porter des armes en fonction des autorisations contenues dans les règlements et décrets de la CPA et une fois [l'administration] irakienne établie.

Évaluation des menaces

7. Les forces de la coalition estiment que la menace intérieure pesant sur la stabilité en Irak provient des factions armées qui manœuvrent pour acquérir un pouvoir et une influence politiques, des derniers partisans baasistes et de leurs organisations dissidentes, des criminels et des terroristes. À l'extérieur, la menace est limitée et les États voisins sont coopératifs. La situation est dynamique et susceptible d'évoluer. La position de la division multinationale centre-sud de la force de stabilisation en Irak étant susceptible de nécessiter un réajustement suivant l'évolution de la situation, les participants doivent faire preuve de souplesse.

8. Les participants doivent bien comprendre la nécessité de communiquer au commandant de la division multinationale centre-sud de la force de stabilisation en Irak toute information touchant à la sécurité de la mission, de son personnel, de son équipement et de ses sites.

Composition de la division multinationale centre-sud

9. Il est entendu qu'une fois la division multinationale centre-sud établie, sa composition pourra changer.

Autorité finale en matière d'interprétation

10. Le commandant de la division multinationale centre-sud représente l'autorité finale s'agissant de l'interprétation du présent énoncé de mission dans le cadre des opérations.

Résumé

11. Le présent énoncé de mission expose les obligations et les responsabilités des participants et décrit les principales tâches de la mission de la division multinationale centre-sud de la force de stabilisation en Irak dans l'AOR. »

104. Les signataires de ce document sont la République de Lettonie, le ministère de la Défense de la République de Bulgarie, le ministère de la Défense du Royaume du Danemark, le ministre des Forces armées de la République dominicaine, le ministère de la Défense nationale des Philippines, le ministre de la Défense de la République du Honduras, le ministère de la Défense de la République de Hongrie, le ministère de la Défense de la République du Kazakhstan, le ministère de la Défense nationale de la République de Lituanie, le ministère de la Défense de Mongolie, le ministre de la Défense du Royaume des Pays-Bas, le ministère de la Défense de la République du Nicaragua, le ministère de la Défense du Royaume de Norvège, le ministère de la Défense nationale de Roumanie, le ministère de la Défense de la République du Salvador, le ministère de la Défense de la République slovaque, le ministère de la Défense du Royaume d'Espagne, le ministère de la Défense du Royaume de Thaïlande, le ministère de la Défense d'Ukraine et le ministre de la Défense nationale de la République de Pologne.

GRIEFS

105. Le requérant allègue des violations de l'article 2 sous son volet procédural.

106. À ses yeux, l'enquête n'a pas été suffisamment indépendante, et ce pour les raisons suivantes :

a) L'unité de la maréchaussée royale présente en Irak aurait été sous la seule autorité du commandant du bataillon néerlandais; il n'y aurait eu aucune présence du ministère public. Les membres de l'unité ayant, selon le requérant, partagé les quartiers des troupes régulières, il n'y aurait pas eu assez de distance entre eux et les individus sur lesquels ils pouvaient être appelés à enquêter.

b) Le procureur d'Arnhem aurait décidé de ne pas entamer de poursuites contre le lieutenant A. sur la seule base des rapports de la maréchaussée royale, dans lesquels il aurait placé une confiance excessive.

c) La chambre militaire de la cour d'appel d'Arnhem, qui aurait compté parmi ses membres un officier d'active n'appartenant pas à la magistrature, se serait elle aussi entièrement fiée aux résultats de l'enquête – très limitée aux yeux du requérant – de la maréchaussée royale.

107. Le requérant considère par ailleurs que l'enquête n'a pas été suffisamment effective, ce pour les raisons suivantes :

a) On n'aurait pas recueilli les dépositions des membres du corps irakien de défense civile (CIDC) ayant assisté à la fusillade, un enquêteur de la maréchaussée royale ayant, selon le requérant, décidé qu'ils n'avaient pas d'informations pertinentes à livrer.

b) L'interrogatoire de M. Dawoud Joad Kathim, le conducteur de la Mercedes, aurait été extrêmement superficiel. Or, pour le requérant, dans la mesure où l'intéressé avait été le seul témoin civil et donc le seul témoin sans lien hiérarchique ou autre lien fonctionnel avec le lieutenant A., sa déposition était importante. De plus, sa déclaration, telle qu'enregistrée par les enquêteurs de la maréchaussée royale, n'aurait pas cadré avec celle livrée par lui à un fonctionnaire irakien plus tard dans la même journée.

c) Le lieutenant A. n'aurait subi son premier interrogatoire que sept heures après les faits litigieux et il n'aurait pas été séparé des autres témoins pendant ce laps de temps ; il aurait donc eu tout loisir de parler de la fusillade avec les autres témoins avant d'être interrogé et d'adapter ses propos en conséquence.

d) Le lendemain des faits, le lieutenant A. aurait déclaré qu'il avait pu obtenir du commandant adjoint du CIDC la liste des membres du CIDC qui avaient fait usage de leurs armes ainsi que le nombre de cartouches tirées. Le requérant considère que le fait que le lieutenant A., principal suspect, ait pu obtenir ces informations d'un témoin clé a également porté atteinte à l'effectivité de l'enquête.

e) De surcroît, en dépit de son importance potentielle pour l'affaire, la liste obtenue par le lieutenant A. n'aurait pas été versée au dossier.

f) La maréchaussée royale aurait disposé du corps de M. Azhar Sabah Jaloud pendant plusieurs heures sans toutefois procéder à une autopsie. La dépouille aurait ensuite été transférée dans un hôpital civil irakien, où une autopsie aurait été pratiquée en l'absence de représentants de la maréchaussée royale. Le rapport d'autopsie aurait été versé au dossier en l'état, sans être traduit.

g) D'autres preuves scientifiques et techniques auraient été traitées avec une négligence similaire. En particulier, le rapport concernant les fragments de balles retirés du corps n'aurait pas été traduit *in extenso*.

108. Enfin, le requérant allègue que les proches de M. Azhar Sabah Jaloud n'ont pas été suffisamment associés à l'enquête et informés de ses

progrès. Ainsi, nul n'aurait jamais cherché à prendre contact avec la famille de M. Azhar Sabah Jaloud, et personne n'aurait pris la peine d'informer les proches de la décision de ne pas poursuivre le lieutenant A.

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 2 DE LA CONVENTION

A. Sur la recevabilité

1. *L'exception préliminaire du Gouvernement*

109. Le Gouvernement conteste la recevabilité de la requête, soutenant que M. Azhar Sabah Jaloud ne relevait pas de la «juridiction» de la Partie contractante défenderesse au sens de l'article 1 de la Convention.

110. Comme elle l'a fait dans l'affaire *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* ([GC], n° 55721/07, § 102, CEDH 2011), la Cour joindra cette exception préliminaire au fond.

2. *Conclusion sur la recevabilité*

111. À la lumière des observations des parties, la Cour considère que la requête soulève sous l'angle de la Convention d'importantes questions de fait et de droit qui appellent un examen au fond. Elle conclut donc que la requête n'est pas manifestement mal fondée au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention. Constatant qu'elle ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité, elle la déclare donc recevable, sans préjudice de sa décision sur l'exception préliminaire du Gouvernement, sur laquelle elle se prononcera ci-dessous.

B. Sur la juridiction

1. *Thèses des parties*

a) **Le gouvernement défendeur**

112. Le gouvernement néerlandais estime que les faits litigieux ne relèvent pas de la «juridiction» des Pays-Bas au sens de l'article 1 de la Convention. Il demande à la Cour de faire la distinction entre la présente espèce et l'affaire *Al-Skeini et autres* (précitée).

113. Il soutient tout d'abord que les Pays-Bas n'étaient pas une «puissance occupante» au sens du droit humanitaire international. Il indique que seuls les États-Unis et le Royaume-Uni, explicitement désignés comme «puissances occupantes» par la Résolution 1483 du Conseil de sécurité des

Nations unies, avaient ce statut. Il considère que cette caractéristique les distingue des autres États ayant opéré sous l'égide de l'autorité provisoire de la coalition (CPA).

114. De plus, les Pays-Bas n'auraient exercé en Irak aucune des prérogatives de la puissance publique qui seraient normalement celles d'un État souverain. Ces prérogatives auraient entièrement appartenu aux États-Unis et au Royaume-Uni, lesquels auraient mis en place la CPA.

115. Le contingent néerlandais aurait à tout moment été placé sous le contrôle opérationnel du commandant de la division multinationale sud-est, qui était un officier britannique.

116. Le Gouvernement ajoute que si pendant la phase initiale des opérations de la force de stabilisation en Irak les forces néerlandaises furent amenées à assumer des fonctions de maintien de l'ordre, cette responsabilité fut transférée aux autorités irakiennes au cours de l'année 2003. Dès lors, au moment des faits litigieux, les pouvoirs de police n'auraient pas été exercés par les autorités ou les forces néerlandaises.

117. Le Gouvernement indique que dans son arrêt *Al-Skeini et autres* la Cour a conclu que le Royaume-Uni exerçait sa «juridiction» au sens de l'article 1 de la Convention parce que les décès en question avaient été causés par les actes de soldats britanniques au cours ou dans le contexte d'opérations de sécurité, notamment des patrouilles militaires, effectuées par ces forces. Dans la présente affaire, à l'inverse, M. Azhar Sabah Jaloud aurait trouvé la mort à un poste de contrôle des véhicules mis en place et tenu par le CIDC. Au moment des faits, des militaires néerlandais auraient certes été présents à des fins d'observation et de conseil, mais cela n'impliquerait pas l'existence d'un rapport hiérarchique propre à faire entrer en jeu la responsabilité des Pays-Bas : ce seraient les forces de sécurité irakiennes qui auraient détenu le pouvoir sur ce poste de contrôle.

118. Le Gouvernement arguë qu'à aucun moment les forces néerlandaises n'ont exercé un pouvoir ou un contrôle physiques sur M. Azhar Sabah Jaloud, celui-ci ne s'étant, d'après lui, jamais trouvé sous leur surveillance. Plus généralement, les effectifs des forces néerlandaises présentes dans le sud-est de l'Irak auraient été restreints et n'auraient pas exercé le niveau de contrôle nécessaire pour faire relever la zone de la «juridiction» néerlandaise au sens de l'article 1.

119. Le fait pour un militaire d'avoir tiré sur une personne, quand bien même on pourrait établir que le tir a été fatal, ne suffirait pas en soi à faire conclure à l'existence d'une juridiction dans ce sens. Dans l'affaire *Banković et autres c. Belgique et autres* ((déc.) [GC], n° 52207/99, CEDH 2001-XII), la Cour aurait dit que le simple fait pour une personne d'avoir été victime

d'un missile lancé à partir d'un bombardier d'un État donné ne suffisait pas à la faire relever de la juridiction de cet État.

120. Enfin, le Gouvernement estime qu'à admettre même qu'à l'époque les Pays-Bas exerçaient un contrôle effectif sur le poste de contrôle des véhicules, la zone concernée était si limitée qu'il n'y aurait plus de différence significative entre un « contrôle effectif global sur une zone » et l'« autorité et le contrôle exercés par un agent de l'État ».

b) Le gouvernement intervenant

121. Le gouvernement britannique invoque la nature « principalement territoriale » de la juridiction au sens de l'article 1 ; son extension au-delà du territoire d'un État contractant serait exceptionnelle. La décision *Banković et autres* précitée, en particulier son paragraphe 65, impliquerait qu'il ne faut pas laisser la notion de « juridiction » « évoluer » ou « se développer progressivement » de la même manière que le droit touchant aux droits et libertés matériels garantis par la Convention. La doctrine de l'« instrument vivant » ne serait pas applicable.

122. Le gouvernement intervenant soutient que lorsque, par suite d'une action militaire légale ou non, un État exerce un « contrôle effectif sur une zone » située en dehors de son territoire, l'article 1 lui fait obligation de reconnaître dans cette zone tout l'éventail des droits matériels énoncés dans la Convention et dans les Protocoles additionnels qu'il a ratifiés. En conséquence, les circonstances dans lesquelles cette exception à la nature territoriale de la juridiction aurait vocation à s'appliquer seraient forcément très limitées.

123. Au paragraphe 80 de l'arrêt *Al-Skeini et autres*, la Cour aurait souscrit à la conclusion de la Cour d'appel britannique selon laquelle il eût été irréaliste de s'attendre à ce que les forces britanniques, dans la ville de Bassorah et ailleurs en Irak, reconnussent à la population locale l'ensemble des droits matériels découlant de la Convention.

124. Dans l'affaire *Al-Skeini et autres*, précitée, comme dans d'autres affaires, la Cour aurait estimé que la juridiction au sens de l'article 1 existait sur la base d'un pouvoir et d'un contrôle physiques exclusifs et d'une autorité juridique (réelle ou présumée) sur un individu (de façon hypothétique dans *Issa et autres c. Turquie*, n° 31821/96, 16 novembre 2004, mais réelle dans *Öcalan c. Turquie* [GC], n° 46221/99, CEDH 2005-IV, *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, n° 61498/08, CEDH 2010, et *Medvedyev et autres c. France* [GC], n° 3394/03, CEDH 2010). Au contraire, dans la décision *Banković et autres*, précitée, l'action matérielle de bombarder n'aurait pas été considérée comme un exemple d'exercice d'un pouvoir et d'un contrôle physiques propres à faire conclure à l'existence d'une juridiction extraterri-

toriale. En conséquence, il devrait en être de même pour l'action matérielle consistant à tirer sur un véhicule en mouvement occupé par des personnes non détenues.

125. Une différence majeure entre l'espèce et l'affaire *Al-Skeini et autres* résiderait dans le fait que dans cette dernière affaire le Royaume-Uni était reconnu comme une « puissance occupante » au sens de l'article 42 du Règlement de La Haye et était dès lors tenu en vertu de l'article 43 du même règlement d'exercer les pouvoirs qui relèvent normalement de l'État.

126. Enfin, le gouvernement britannique estime que si la Cour devait conclure que les Pays-Bas exerçaient leur juridiction en l'espèce il y aurait un « risque réel » de voir les États contractants se montrer à l'avenir réticents à « répondre aux appels lancés par le Conseil de sécurité des Nations unies en vue de l'envoi de troupes pour une intervention sous mandat des Nations unies, [ce qui serait] au détriment de la mission de maintien de la paix et de la sécurité internationales du Conseil ».

c) Le requérant

127. Le requérant considère que les faits dénoncés par lui relevaient de la juridiction des Pays-Bas.

128. Ce serait le cas, premièrement, à raison du contrôle que les Pays-Bas auraient exercé sur leurs militaires, par l'intermédiaire desquels ce pays aurait assumé certaines prérogatives cruciales de puissance publique. La CPA n'aurait pas été dirigée par les seuls États-Unis et Royaume-Uni ; ces deux pays se seraient acquittés des tâches administratives et de coordination, mais d'autres États – dont les Pays-Bas – auraient apporté leur contribution en mettant en œuvre l'autorité de la CPA et en assurant la sécurité. Cela aurait englobé l'exercice de « certaines des prérogatives de puissance publique normalement exercées par [un État souverain] ».

129. Les troupes néerlandaises auraient exercé de telles prérogatives lorsque, en vertu « du consentement, de l'invitation ou de l'acquiescement » de la CPA, elles supervisaient le CIDC au poste de contrôle.

130. Ainsi qu'il ressortirait de la position officielle du gouvernement néerlandais, les Pays-Bas auraient eu à tout moment le plein commandement sur les militaires néerlandais.

131. Deuxièmement, les Pays-Bas auraient eu juridiction de par le contrôle militaire effectif qu'ils auraient exercé sur la zone en question. Invoquant l'arrêt *Issa et autres*, précité, le requérant plaide qu'il peut y avoir juridiction même si le contrôle militaire est limité dans le temps et dans son déploiement géographique.

132. Troisièmement, la juridiction des Pays-Bas tiendrait à leur statut de « puissance occupante » au sens de l'article 42 du Règlement de La

Haye. Tout en reconnaissant que seuls les États-Unis et le Royaume-Uni étaient véritablement désignés comme «puissances occupantes» par la Résolution 1483 du Conseil de sécurité des Nations unies, le requérant estime que la possession de ce statut au sens du Règlement de La Haye est une question de fait et non de choix.

133. Le requérant indique que le protocole d'entente de la division multinationale centre-sud (paragraphe 103 ci-dessus), qu'il considère pour les besoins de la cause comme étant identique au protocole d'entente applicable à la présente affaire, renvoie au Règlement de La Haye, ce dont il déduit que ce règlement trouve à s'appliquer.

134. Quatrièmement, aucun autre État n'aurait eu de contrôle sur les événements en cause. Le Royaume-Uni n'aurait eu aucune responsabilité militaire directe dans la province d'Al-Muthanna et les Pays-Bas n'auraient en tout état de cause jamais cherché à lui transférer leur juridiction. Par ailleurs, il n'aurait pas existé à l'époque pertinente d'administration civile irakienne ni d'armée ou de police irakiennes, et c'est la CPA qui aurait exercé les prérogatives de puissance publique avec les autres membres de la coalition militaire, dont les Pays-Bas.

135. Quant aux faits de la cause, les militaires néerlandais auraient exercé leur contrôle sur le poste de contrôle des véhicules et leur autorité sur le personnel irakien qui y était affecté. De plus, la maréchaussée royale des Pays-Bas aurait mené l'enquête: elle aurait saisi le fusil du sergent Hussam Saad du CIDC, la voiture de M. Dawoud Joad Kathim et le corps de M. Azhar Sabah Jaloud. Cela signifierait que les Pays-Bas assumaient «certaines des prérogatives de puissance publique normalement exercées par [un État souverain]».

136. Enfin, le ministre néerlandais de la Défense, dans sa lettre du 18 juin 2007 transmettant le rapport de la Commission Van den Berg au Parlement, aurait souscrit à la conclusion de ce rapport selon laquelle la Convention s'appliquait aux troupes néerlandaises dans leurs rapports avec les ressortissants irakiens en Irak.

2. Appréciation de la Cour

a) Le protocole d'entente de la division multinationale centre-sud

137. Lors de l'audience devant la Cour, l'agent du gouvernement défendeur, répondant à une question posée par la Cour, a déclaré que les autorités néerlandaises chargées de la défense avaient refusé de déclassifier à l'intention de la Cour le protocole d'entente applicable au Royaume-Uni et aux Pays-Bas dans la province d'Al-Muthanna. Il a toutefois ajouté que le

protocole d'entente de la division multinationale centre-sud « [donnait] une bonne idée du type de document dont il s'agi[ssait] ».

138. La Cour note que parmi les signataires du protocole d'entente de la division multinationale centre-sud figurent les autorités chargées de la défense de nombreux États pourvoyeurs de troupes à la force de stabilisation en Irak, notamment le ministre néerlandais de la Défense (paragraphe 104 ci-dessus). Elle observe par ailleurs que la partie du protocole d'entente de la division multinationale sud-est que le gouvernement défendeur a accepté de divulguer (paragraphe 100 ci-dessus) est très similaire, bien que non identique, à la partie correspondante du protocole d'entente de la division multinationale centre-sud (paragraphe 103 ci-dessus), et que l'agent du gouvernement défendeur n'a pas fait référence, ni même allusion, à l'existence d'une quelconque différence notable entre les deux protocoles d'entente. Dès lors, la Cour partira du principe que les deux documents sont identiques sur les aspects pertinents. Elle fera néanmoins preuve de prudence dans l'utilisation du protocole d'entente de la division multinationale centre-sud.

b) Les principes applicables

139. La Cour observe que si la juridiction des États est principalement territoriale elle peut parfois s'exercer hors du territoire national (voir, à titre de comparaison, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, CIJ Recueil 2004, p. 136, § 109 – paragraphe 95 ci-dessus). La Cour rappelle que dans son arrêt *Al-Skeini et autres* (précité, §§ 130-139), elle a résumé comme suit les principes relatifs à l'exercice de la juridiction, au sens de l'article 1 de la Convention, en dehors du territoire des États contractants :

« 130. (...)

Aux termes de [l'article 1 de la Convention], l'engagement des États contractants se borne à « reconnaître » (en anglais « *to secure* ») aux personnes relevant de leur « juridiction » les droits et libertés énumérés (*Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, § 86, série A n° 161, et décision *Banković et autres*, précitée, § 66). La « juridiction », au sens de l'article 1, est une condition *sine qua non*. Elle doit avoir été exercée pour qu'un État contractant puisse être tenu pour responsable des actes ou omissions à lui imputables qui sont à l'origine d'une allégation de violation des droits et libertés énoncés dans la Convention (*Ilaşcu et autres*, précité, § 311).

a) Le principe de territorialité

131. La juridiction d'un État, au sens de l'article 1, est principalement territoriale (*Soering*, précité, § 86, *Banković et autres*, décision précitée, §§ 61 et 67, et *Ilaşcu et autres*, précité, § 312). Elle est présumée s'exercer normalement sur l'ensemble de son

territoire (*Ilaşcu et autres*, précité, § 312, et *Assanidzé c. Géorgie* [GC], n° 71503/01, § 139, CEDH 2004-II). À l'inverse, les actes des États contractants accomplis ou produisant des effets en dehors de leur territoire ne peuvent que dans des circonstances exceptionnelles s'analyser en l'exercice par eux de leur juridiction, au sens de l'article 1 (*Banković et autres*, décision précitée, § 67).

132. À ce jour, la Cour a reconnu dans sa jurisprudence un certain nombre de circonstances exceptionnelles susceptibles d'emporter exercice par l'État contractant de sa juridiction à l'extérieur de ses propres frontières. Dans chaque cas, c'est au regard des faits particuliers de la cause qu'il faut apprécier l'existence de pareilles circonstances exigeant et justifiant que la Cour conclue à un exercice extraterritorial de sa juridiction par l'État.

β) L'autorité et le contrôle d'un agent de l'État

133. La Cour a reconnu dans sa jurisprudence que, par exception au principe de territorialité, la juridiction d'un État contractant au sens de l'article 1 peut s'étendre aux actes de ses organes qui déploient leurs effets en dehors de son territoire (*Drozd et Janousek*, précité, § 91, *Loizidou* (exceptions préliminaires), précité, § 62, et *Loizidou c. Turquie* (fond), 18 décembre 1996, § 52, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI, et *Banković et autres*, décision précitée, § 69). (...)

(...)

135. (...) [L]a Cour a conclu à l'exercice extraterritorial de sa juridiction par l'État contractant qui, en vertu du consentement, de l'invitation ou de l'acquiescement du gouvernement local, assume l'ensemble ou certaines des prérogatives de puissance publique normalement exercées par celui-ci (*Banković et autres*, décision précitée, § 71). Par conséquent, dès lors que, conformément à une règle de droit international coutumière, conventionnelle ou autre, ses organes assument des fonctions exécutives ou judiciaires sur un territoire autre que le sien, un État contractant peut être tenu pour responsable des violations de la Convention commises dans l'exercice de ces fonctions, pourvu que les faits en question soient imputables à lui et non à l'État territorial (*Drozd et Janousek*, précité, *Gentilhomme et autres c. France*, nos 48205/99, 48207/99 et 48209/99, 14 mai 2002, ainsi que *X. et Y. c. Suisse*, nos 7289/75 et 7349/76, décision de la Commission du 14 juillet 1977, DR 9, p. 76).

136. En outre, la jurisprudence de la Cour montre que, dans certaines circonstances, le recours à la force par des agents d'un État opérant hors de son territoire peut faire passer sous la juridiction de cet État, au sens de l'article 1, toute personne se retrouvant ainsi sous le contrôle de ceux-ci. Cette règle a été appliquée dans le cas de personnes remises entre les mains d'agents de l'État à l'extérieur de ses frontières. Ainsi, dans l'arrêt *Öcalan*, précité, § 91, la Cour a jugé que « dès sa remise par les agents kenyans aux agents turcs, [le requérant] s'[était] effectivement retrouvé sous l'autorité de la Turquie et relevant donc de la « juridiction » de cet État aux fins de l'article 1 de la Convention, même si, en l'occurrence, la Turquie a[va]it exercé son autorité en dehors de son territoire ». Dans l'arrêt *Issa et autres*, précité, elle a indiqué que, s'il avait été établi que des soldats turcs avaient arrêté les proches des requérants dans le nord de

l'Irak avant de les emmener dans une caverne avoisinante et de les exécuter, les victimes auraient dû être considérées comme relevant de la juridiction de la Turquie, ce par l'effet de l'autorité et du contrôle exercés sur les victimes par les soldats. Dans la décision *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni* ((déc.), n° 61498/08, §§ 86-89, 30 juin 2009), elle a estimé que, dès lors que le contrôle exercé par le Royaume-Uni sur ses prisons militaires en Irak et sur les personnes y séjournant était absolu et exclusif, il y avait lieu de considérer, à propos de deux ressortissants irakiens incarcérés dans l'une d'elles, qu'ils relevaient de la juridiction du Royaume-Uni. Enfin, dans l'arrêt *Medvedyev et autres c. France* [GC], n° 3394/03, § 67, CEDH 2010, elle a conclu, relativement à des requérants qui s'étaient trouvés à bord d'un navire intercepté en haute mer par des agents français, qu'eu égard au contrôle absolu et exclusif exercé de manière continue et ininterrompue par ces agents sur le navire et son équipage dès son interception, ils relevaient de la juridiction de la France au sens de l'article 1 de la Convention. La Cour considère que, dans les affaires ci-dessus, la juridiction n'avait pas pour seul fondement le contrôle opéré par l'État contractant sur les bâtiments, l'aéronef ou le navire où les intéressés étaient détenus. L'élément déterminant dans ce type de cas est l'exercice d'un pouvoir et d'un contrôle physiques sur les personnes en question.

(...)

γ) Le contrôle effectif sur un territoire

138. Le principe voulant que la juridiction de l'État contractant au sens de l'article 1 soit limitée à son propre territoire connaît une autre exception lorsque, par suite d'une action militaire – légale ou non –, l'État exerce un contrôle effectif sur une zone située en dehors de son territoire. L'obligation d'assurer dans une telle zone le respect des droits et libertés garantis par la Convention découle du fait de ce contrôle, qu'il s'exerce directement, par l'intermédiaire des forces armées de l'État ou par le biais d'une administration locale subordonnée (*Loizidou* (exceptions préliminaires), précité, § 62, *Chypre c. Turquie*, précité, § 76, *Banković et autres*, décision précitée, § 70, *Ilaşcu et autres*, précité, §§ 314-316, et *Loizidou* (fond), précité, § 52). Dès lors qu'une telle mainmise sur un territoire est établie, il n'est pas nécessaire de déterminer si l'État contractant qui la détient exerce un contrôle précis sur les politiques et actions de l'administration locale qui lui est subordonnée. Du fait qu'il assure la survie de cette administration grâce à son soutien militaire et autre, cet État engage sa responsabilité à raison des politiques et actions entreprises par elle. L'article 1 lui fait obligation de reconnaître sur le territoire en question la totalité des droits matériels énoncés dans la Convention et dans les Protocoles additionnels qu'il a ratifiés, et les violations de ces droits lui sont imputables (*Chypre c. Turquie*, précité, §§ 76-77).

139. La question de savoir si un État contractant exerce ou non un contrôle effectif sur un territoire hors de ses frontières est une question de fait. Pour se prononcer, la Cour se réfère principalement au nombre de soldats déployés par l'État sur le territoire en cause (*Loizidou* (fond), précité, §§ 16 et 56, et *Ilaşcu et autres*, précité, § 387). D'autres éléments peuvent aussi entrer en ligne de compte, par exemple la mesure dans laquelle le soutien militaire, économique et politique apporté par l'État à l'administration locale subordonnée assure à celui-ci une influence et un contrôle dans la région (*Ilaşcu et autres*, précité, §§ 388-394). »

c) Application des principes susmentionnés aux faits de l'espèce

140. L'État défendeur s'appuie largement sur l'argument selon lequel on ne pourrait imputer les événements litigieux aux Pays-Bas dès lors que l'autorité aurait été exercée par d'autres : soit conjointement par les États-Unis et le Royaume-Uni, que la Résolution 1483 du Conseil de sécurité des Nations unies aurait désignés comme « puissances occupantes », soit par le Royaume-Uni seul en tant que « nation chef de file » dans le sud-est de l'Irak qui aurait commandé le contingent néerlandais de la force de stabilisation en Irak.

141. Aux fins d'établir l'existence d'une juridiction au regard de la Convention, la Cour tient compte du contexte factuel particulier et des règles pertinentes du droit international.

142. Concernant tout d'abord le contexte juridique international, la Cour souligne que le statut de « puissance occupante » au sens de l'article 42 du Règlement de La Haye, ou l'absence de ce statut, n'est pas en soi déterminant. Si elle a jugé cette notion pertinente dans les affaires *Al-Skeini et autres* (précité, § 143) et *Al-Jedda c. Royaume-Uni* ([GC], n° 27021/08, § 77, CEDH 2011), elle n'a pas eu besoin d'y recourir pour parvenir au constat que la responsabilité de la Turquie se trouvait engagée du fait des événements survenus dans le nord de Chypre (voir, notamment, *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, série A n° 310, et *Chypre c. Turquie* [GC], n° 25781/94, CEDH 2001-IV), ou celle de la Russie à raison de la situation sur le territoire moldave situé à l'est du Dniestr (voir, notamment, *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* [GC], n° 48787/99, CEDH 2004-VII, et *Catan et autres c. République de Moldova et Russie* [GC], n°s 43370/04, 8252/05 et 18454/06, CEDH 2012).

143. En outre, le fait pour un État contractant d'exécuter une décision ou un ordre émanant de l'autorité d'un État étranger ne suffit pas en soi à l'exonérer des obligations souscrites par lui au titre de la Convention (voir, *mutatis mutandis*, *Pellegrini c. Italie*, n° 30882/96, § 40, CEDH 2001-VIII, et *K. c. Italie*, n° 38805/97, § 21, CEDH 2004-VIII). Dès lors, l'État défendeur n'est pas délesté de sa « juridiction », au sens de l'article 1 de la Convention, du simple fait qu'il a accepté le contrôle opérationnel du commandant de la division multinationale sud-est, qui était un officier britannique. La Cour observe que les Pays-Bas ont conservé le « plein commandement » sur leur personnel militaire, ainsi que les ministres des Affaires étrangères et de la Défense l'ont indiqué dans leur lettre au Parlement (paragraphe 57 ci-dessus).

144. La Résolution 1483 du Conseil de sécurité des Nations unies témoigne de la présence en Irak de forces issues de multiples États membres des Nations unies travaillant sous l'égide d'une « Autorité » (l'autorité pro-

visoire de la coalition) formée par les États-Unis et le Royaume-Uni. Tout en réaffirmant la «souveraineté et l'intégrité territoriale de l'Irak», cette résolution demandait à «toutes les parties concernées», qu'elles eussent ou non le statut de puissance occupante, de «s'acquitter pleinement de leurs obligations au regard du droit international, en particulier les Conventions de Genève de 1949 et le Règlement de La Haye de 1907» (paragraphe 93 ci-dessus).

145. Adoptée dans le sillage de la Résolution 1483, la Résolution 1511 du Conseil de sécurité des Nations unies «soulignait» également la souveraineté de l'État irakien. Elle priait instamment les États membres des Nations unies de contribuer à la force multinationale aux fins de rétablir la stabilité et la sécurité et demandait aux États membres et aux organisations internationales et régionales de concourir à l'instruction et à l'équipement des forces irakiennes de police et de sécurité (paragraphe 94 ci-dessus).

146. La force multinationale prit forme concrètement au travers d'un ensemble de protocoles d'entente définissant les interactions entre les différents contingents armés présents en Irak. En témoigne la lettre que les ministres des Affaires étrangères et de la Défense adressèrent à la Chambre basse du Parlement le 6 juin 2003 (paragraphe 57 ci-dessus) et qui indiquait que le gouvernement néerlandais conservait le «plein commandement» sur le contingent néerlandais en Irak. La Cour suppose, eu égard au libellé du paragraphe 5.2 du protocole d'entente de la division multinationale centre-sud (paragraphe 103 ci-dessus), que cette information reposait sur le protocole d'entente de la division multinationale sud-est.

147. Il ressort du protocole d'entente de la division multinationale centre-sud, mais aussi de l'extrait du protocole d'entente de la division multinationale sud-est mis à la disposition de la Cour par le Gouvernement (paragraphe 100 ci-dessus), que les forces appartenant à des nations autres que les «nations chefs de file» recevaient leurs instructions courantes de commandants étrangers, mais que la définition des grandes orientations – notamment, dans les limites approuvées sous la forme des règles d'engagement annexées aux protocoles d'entente, l'élaboration de règles distinctes concernant le recours à la force – demeurait le domaine réservé de chaque État pourvoyeur.

148. C'est sur cette base qu'un aide-mémoire destiné aux commandants de la force de stabilisation en Irak et une carte du militaire furent distribués par le gouvernement des Pays-Bas aux effectifs néerlandais (paragraphe 59 ci-dessus).

149. Si les troupes néerlandaises étaient basées dans une zone du sud-est de l'Irak où les forces de la force de stabilisation en Irak se trouvaient sous le commandement d'un officier britannique, les Pays-Bas avaient néanmoins

la responsabilité d'y assurer la sécurité, à l'exclusion d'autres États participants, et ils y conservaient le plein commandement sur leur contingent.

150. N'est pas non plus déterminant le fait que le poste de contrôle était formellement tenu par des Irakiens membres du CIDC. La Cour observe que, selon le décret n° 28 de l'autorité provisoire de la coalition (intitulé « Création du corps irakien de défense civile » – paragraphe 99 ci-dessus), le CIDC n'exerçait pas de fonctions de maintien de l'ordre national dans l'accomplissement desquelles il aurait été subordonné aux autorités irakiennes ; en fait, le CIDC était placé sous la supervision et l'autorité d'officiers des forces de la coalition (articles 1 § 4 a), 4 § 1 et 7).

151. Dès lors, la Cour ne saurait conclure que les forces néerlandaises étaient mises « à la disposition » d'une puissance étrangère, qu'il s'agisse de l'Irak, du Royaume-Uni, ou d'une quelconque autre puissance, ni qu'elles se trouvaient « sous la direction et le contrôle exclusifs » d'un quelconque autre État (voir à titre de comparaison, *mutatis mutandis*, article 6 des articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État, paragraphe 98 ci-dessus ; voir aussi l'affaire relative à l'Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro, arrêt, CIJ Recueil 2007, p. 43, § 406, paragraphe 97 ci-dessus)).

152. La Cour en vient ensuite aux circonstances du décès de M. Azhar Sabah Jaloud. Elle observe que celui-ci a trouvé la mort lorsque le véhicule dans lequel il voyageait a été pris pour cible alors qu'il franchissait un poste de contrôle tenu par du personnel placé sous le commandement et la supervision directe d'un officier de l'armée royale néerlandaise. Le poste de contrôle avait été mis en place dans le cadre de l'exécution de la mission de la force de stabilisation en Irak prévue par la Résolution 1483 du Conseil de sécurité des Nations unies (paragraphe 93 ci-dessus), en vue du rétablissement de conditions de stabilité et de sécurité propices à la création d'une administration efficace dans le pays. La Cour considère que l'État défendeur exerçait sa « juridiction » dans les limites de sa mission au sein de la force de stabilisation en Irak et aux fins d'asseoir une autorité et un contrôle sur les personnes qui passaient par ce poste. Dès lors, la Cour conclut que le décès de M. Azhar Sabah Jaloud est survenu dans le cadre de la « juridiction » des Pays-Bas, selon l'interprétation qu'il convient de donner à ce terme au sens de l'article 1 de la Convention.

153. La Cour a donc établi la juridiction des Pays-Bas. Elle n'est pas appelée à rechercher si le Royaume-Uni, autre État partie à la Convention, a pu exercer une juridiction concurrente.

d) L'imputabilité

154. La Cour rappelle que les critères permettant d'établir l'existence d'une «juridiction» au sens de l'article 1 de la Convention n'ont jamais été assimilés aux critères permettant d'établir la responsabilité d'un État concernant un fait internationalement illicite au regard du droit international général (*Catan et autres*, précité, § 115). En outre, dans *Al-Skeini et autres*, la Cour a souligné que «dès l'instant où l'État, par le biais de ses agents, exerce son contrôle et son autorité sur un individu, et par voie de conséquence sa juridiction, il pèse sur lui en vertu de l'article 1 une obligation de reconnaître à celui-ci les droits et libertés définis au titre I de la Convention qui concernent son cas. En ce sens, dès lors, les droits découlant de la Convention peuvent être «fractionnés et adaptés» (voir, à titre de comparaison, la décision *Banković et autres*, précitée, § 75)».

155. Les faits à l'origine des griefs du requérant résultent d'actes et d'omissions allégués du personnel militaire, des autorités d'enquête et des organes judiciaires des Pays-Bas. Ils sont donc de nature à engager la responsabilité des Pays-Bas au regard de la Convention.

e) L'exception préliminaire du Gouvernement

156. La Cour rejette l'exception préliminaire du Gouvernement, qui avait été jointe au fond (paragraphe 110 ci-dessus). Elle doit à présent se pencher sur le bien-fondé des griefs du requérant.

C. Sur le manquement allégué à l'obligation d'enquêter découlant de l'article 2

157. Le requérant reproche à l'État défendeur de ne pas avoir enquêté de manière adéquate sur le décès de son fils aux fins de traduire en justice la personne responsable. Il invoque l'article 2 de la Convention, ainsi libellé :

«1. Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi.

2. La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire :

- a) pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale ;
- b) pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue ;
- c) pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection.»

Le gouvernement défendeur conteste qu'une violation de l'article 2 ait été commise.

158. Le gouvernement intervenant ne s'est pas penché sur le fond des griefs du requérant.

1. *Thèses des parties*

a) **Le requérant**

159. Le requérant met en cause l'indépendance de l'enquête qui a été menée sur le décès de M. Azhar Sabah Jaloud et de la procédure qui y a fait suite.

160. Il doute de l'indépendance de l'unité de la maréchaussée royale qui était en poste en Irak. Il indique que cette unité partageait les quartiers des troupes néerlandaises de la force de stabilisation en Irak et qu'elle était donc en contact étroit avec celles-ci. Il ajoute que, comme le procureur auquel elle devait faire rapport était basé aux Pays-Bas, l'unité de la maréchaussée royale était placée au quotidien sous le contrôle du commandant du bataillon néerlandais.

161. Il estime que ce manque d'indépendance de ladite unité a aussi vicié la décision du ministère public de ne pas poursuivre le lieutenant A., laquelle aurait été principalement fondée sur l'enquête de la maréchaussée royale. Il expose que, dans son arrêt *Ergi c. Turquie* (28 juillet 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998IV), la Cour a conclu à la violation de l'article 2 sous son volet procédural au motif que le procureur qui avait rendu la décision d'incompétence s'était largement appuyé sur une conclusion figurant dans un rapport d'incident rédigé par la gendarmerie.

162. Le requérant ajoute que la chambre militaire de la cour d'appel d'Arnhem s'est elle aussi entièrement fiée aux résultats de l'enquête – très limitée à ses yeux – menée par la maréchaussée royale alors que, à son sens, elle aurait dû ordonner l'ouverture d'une enquête par un juge indépendant.

163. Enfin, il considère que la présence d'un officier d'active au sein de la chambre militaire de la cour d'appel d'Arnhem oblige à conclure que la décision prise par celle-ci ne pouvait être indépendante. Il invoque les arrêts *Akkoç c. Turquie* (n^{os} 22947/93 et 22948/93, CEDH 2000-X) et *Incal c. Turquie* (9 juin 1998, *Recueil* 1998-IV).

164. Le requérant soutient par ailleurs que l'enquête a été insuffisante.

165. Tout d'abord, les déclarations des membres du CIDC présents au PCV au moment des tirs n'auraient pas été versées au dossier de l'enquête interne. Le rapport de la maréchaussée royale communiqué au procureur et à la chambre militaire de la cour d'appel d'Arnhem se serait borné à indiquer que ces personnes n'avaient pas été en mesure de dire quoi que ce soit de pertinent. Or des déclarations détaillées auraient été recueillies auprès des membres du CIDC individuellement, mais elles n'auraient été communi-

quées ni au requérant ni à la chambre militaire de la cour d'appel d'Arnhem et n'auraient été produites qu'au cours de la procédure devant la Cour.

166. L'interrogatoire de M. Dawoud Joad Kathim, « témoin clé » aux yeux du requérant car il s'agirait du seul témoin civil et du seul rescapé de la fusillade à ne pas avoir été sous les ordres du lieutenant A., aurait été extrêmement superficiel. De plus, sa déclaration telle qu'enregistrée par les enquêteurs de la maréchaussée royale aurait été divergente de celle livrée par lui à un fonctionnaire irakien plus tard dans la même journée.

167. Le lieutenant A. n'aurait subi son premier interrogatoire que sept heures après les faits litigieux et n'aurait pendant ce laps de temps pas été séparé des autres témoins. Il aurait donc eu tout loisir de parler de la fusillade avec les autres témoins avant d'être interrogé et d'adapter ses propos en conséquence.

168. Le lendemain des faits, le lieutenant A. aurait déclaré qu'il avait pu obtenir du commandant adjoint du CIDC la liste des membres du CIDC qui avaient fait usage de leurs armes ainsi que le nombre de cartouches tirées. Le requérant considère que le fait que le lieutenant A., principal suspect, ait pu obtenir ces informations d'un témoin clé a également porté atteinte à l'effectivité de l'enquête. De surcroît, malgré son importance potentielle pour l'affaire, la liste obtenue par le lieutenant A. n'aurait pas été versée au dossier.

169. La maréchaussée royale aurait disposé du corps de M. Azhar Sabah Jaloud pendant plusieurs heures sans toutefois procéder à une autopsie. La dépouille aurait ensuite été transférée dans un hôpital civil irakien, où une autopsie aurait été pratiquée en l'absence de représentants de la maréchaussée royale. Le rapport d'autopsie aurait été versé au dossier en l'état, sans être traduit.

170. D'autres preuves scientifiques et techniques auraient été traitées avec une négligence similaire. En particulier, le rapport concernant les fragments de balles retirés du corps n'aurait pas été traduit *in extenso*.

171. Enfin, le requérant allègue que les proches parents de M. Azhar Sabah Jaloud n'ont pas été suffisamment associés à l'enquête et informés de ses progrès. Ainsi, nul n'aurait jamais cherché à prendre contact avec la famille de M. Azhar Sabah Jaloud, et personne n'aurait pris la peine d'informer les proches de la décision de ne pas poursuivre le lieutenant A.

b) Le gouvernement défendeur

172. Le gouvernement défendeur soutient qu'il n'y a pas eu violation de l'article 2.

173. Il considère qu'il ne se pose aucune question d'indépendance.

174. La maréchaussée royale posséderait sa propre chaîne de commandement et ne dépendrait que du ministère public pour la conduite des enquêtes. Quant à la décision de ne pas poursuivre le lieutenant A., il aurait été inévitable qu'elle reposât sur le rapport d'enquête de la maréchaussée royale. De toute manière, rien ne donnerait à penser que la chambre militaire de la cour d'appel d'Arnhem ait manqué d'indépendance.

175. De même, l'enquête aurait été suffisamment effective.

176. Les membres de la maréchaussée royale auraient examiné les lieux de la fusillade et recueilli les éléments de preuve disponibles immédiatement après leur arrivée.

177. Le lieutenant A., qui aurait lui-même signalé l'incident, aurait d'emblée assumé l'entière responsabilité de la fusillade; rien ne ferait apparaître la moindre tentative de sa part de manipuler les éléments de preuve.

178. Les membres du CIDC auraient bel et bien été interrogés, mais ils n'auraient pas été en mesure de signaler quoi que ce fût d'important. En tout état de cause ils n'auraient pas été des suspects.

179. Pour le Gouvernement, les dépositions de M. Dawoud Joad Kathim – celle recueillie par la maréchaussée royale et celle recueillie par la police irakienne – ne sont pas contradictoires, même si la déclaration de l'intéressé, faite à la police irakienne, selon laquelle l'interprète lui avait demandé de dire que seuls les membres du CIDC avaient tiré n'est guère plausible à son avis.

180. La nécessité de confier le corps aux Irakiens aurait été due à l'absence dans le camp néerlandais de l'équipement nécessaire à la réalisation d'une autopsie. La décision d'exclure le personnel néerlandais lors de l'autopsie aurait été prise par les autorités irakiennes.

181. L'enquête aurait en tout cas été suffisante pour permettre d'établir que, de tous les militaires néerlandais présents, seul le lieutenant A. avait tiré sur la voiture, de sorte que la procédure pénale se serait concentrée sur lui.

182. Enfin, le Gouvernement considère que le requérant a été suffisamment associé à la procédure: il aurait reçu des informations par l'intermédiaire de son avocat aussitôt que ce dernier en aurait demandé, et ces informations auraient été suffisantes pour lui permettre de participer de manière effective à la procédure par laquelle il a contesté la décision de ne pas poursuivre le lieutenant A.

2. *Appréciation de la Cour*

a) **Sur le point de savoir si des coups de feu ont été tirés seulement par le lieutenant A. ou également par des membres du CIDC**

183. La Cour doit tout d'abord examiner l'argument du requérant selon lequel les éléments de preuve disponibles – en particulier les dépositions recueillies auprès de membres du CIDC mais non versées au dossier de la procédure interne – montrent que seul le lieutenant A. a tiré.

184. Il est vrai qu'aucun membre du CIDC n'a admis avoir tiré sur la voiture dans laquelle se trouvait M. Azhar Sabah Jaloud. La Cour observe toutefois que, selon les enquêteurs de la maréchaussée royale, le véhicule en question avait été touché par des balles de différents calibres, certains inférieurs à 6 mm, d'autres supérieurs (paragraphe 32 ci-dessus). Cet élément apparaît compatible avec l'utilisation d'au moins deux types d'armes à feu, qui pourraient très bien être le fusil Diemaco C7A1 fourni à l'armée néerlandaise (qui utilise les cartouches 5,56 mm OTAN – paragraphe 50 ci-dessus) et la Kalachnikov AK-47 utilisée par le CIDC (qui utilise les cartouches 7,62 mm – paragraphe 52 ci-dessus). Dans ces conditions, les dires du requérant selon lesquels seul le lieutenant A. a fait feu sont invérifiables.

185. Quoi qu'il en soit, la Cour est uniquement appelée à rechercher s'il a été satisfait aux obligations procédurales découlant de l'article 2 de la Convention. Dès lors, il n'est pas nécessaire qu'elle se prononce sur le point en question.

b) **Les principes pertinents**

186. Comme la Cour l'a dit dans l'arrêt *Al-Skeini et autres*, précité :

« 163. Pour que l'interdiction générale des homicides arbitraires s'adressant aux agents publics se révèle efficace en pratique, il faut qu'existe une procédure permettant de contrôler la légalité du recours à la force meurtrière par les autorités de l'État. Combinée avec le 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 », l'obligation de protéger le droit à la vie qu'impose cette disposition requiert par implication qu'une forme d'enquête officielle effective soit menée lorsque le recours à la force, notamment par des agents de l'État, a entraîné mort d'homme (*McCann et autres*, précité, § 161). Il s'agit essentiellement, au travers d'une telle enquête, d'assurer l'application effective des lois internes qui protègent le droit à la vie et, dans les affaires où des agents ou organes de l'État sont impliqués, de garantir que ceux-ci aient à rendre des comptes au sujet des décès survenus sous leur responsabilité (*Natchova et autres c. Bulgarie* [GC], n^{os} 43577/98 et 43579/98, § 110, CEDH 2005-VII). Toutefois, l'enquête doit également être suffisamment vaste pour permettre aux autorités qui en sont chargées de prendre en considération non seulement les actes des agents de l'État qui ont directement eu recours à la force meurtrière mais aussi l'ensemble des circonstances les ayant entourés, notamment le

cadre juridique ou réglementaire en vigueur ainsi que la préparation des opérations en cours et le contrôle exercé sur elles, au cas où ces éléments seraient nécessaires pour déterminer si l'État a satisfait ou non à l'obligation que l'article 2 fait peser sur lui de protéger la vie (voir, par implication, *McCann et autres*, précité, §§ 150 et 162, *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, n° 24746/94, § 128, 4 mai 2001, *McKerr*, précité, §§ 143 et 151, *Shanaghan c. Royaume-Uni*, n° 37715/97, §§ 100-125, 4 mai 2001, *Finucane c. Royaume-Uni*, n° 29178/95, §§ 77-78, CEDH 2003-VIII, *Natchova et autres*, précité, §§ 114-115, ainsi que, *mutatis mutandis*, *Tzekov c. Bulgarie*, n° 45500/99, § 71, 23 février 2006).

164. La Cour a déjà jugé que l'obligation procédurale découlant de l'article 2 continue de s'appliquer même si les conditions de sécurité sont difficiles, y compris dans un contexte de conflit armé (voir, parmi d'autres exemples, *Güleç c. Turquie*, 27 juillet 1998, § 81, *Recueil 1998-IV*, *Ergi c. Turquie*, 28 juillet 1998, §§ 79 et 82, *Recueil 1998-IV*, *Abmet Özkan et autres c. Turquie*, n° 21689/93, §§ 85-90, 309-320 et 326-330, 6 avril 2004, *Issaïeva c. Russie*, n° 57950/00, §§ 180 et 210, 24 février 2005, et *Kanlıbaş c. Turquie*, n° 32444/96, §§ 39-51, 8 décembre 2005). À l'évidence, il se peut que, si le décès au sujet duquel l'article 2 impose une enquête survient dans un contexte de violences généralisées, de conflit armé ou d'insurrection, les investigateurs rencontrent des obstacles et que, comme l'a par ailleurs fait observer le rapporteur spécial de des Nations unies (...), des contraintes précises imposent le recours à des mesures d'enquête moins efficaces ou retardent les recherches (voir, par exemple, *Bazorkina c. Russie*, n° 69481/01, § 121, 27 juillet 2006). Il n'en reste pas moins que l'obligation qu'impose l'article 2 de protéger la vie implique l'adoption, même dans des conditions de sécurité difficiles, de toutes les mesures raisonnables, de manière à garantir qu'une enquête effective et indépendante soit conduite sur les violations alléguées du droit à la vie (voir, parmi de nombreux autres exemples, *Kaya c. Turquie*, 19 février 1998, §§ 86-92, *Recueil 1998-I*, *Ergi*, précité, §§ 82-85, *Tanrikulu c. Turquie* [GC], n° 23763/94, §§ 101-110, CEDH 1999-IV, *Khachiev et Akaïeva c. Russie*, nos 57942/00 et 57945/00, §§ 156-166, 24 février 2005, *Issaïeva*, précité, §§ 215-224, et *Moussaïev et autres c. Russie*, nos 57941/00, 58699/00 et 60403/00, §§ 158-165, 26 juillet 2007).

165. Quant à savoir quelle forme d'enquête est de nature à permettre d'atteindre les objectifs poursuivis par l'article 2, cela peut varier selon les circonstances. Toutefois, quelles que soient les modalités retenues, les autorités doivent agir d'office, dès que l'affaire est portée à leur attention. Elles ne sauraient laisser aux proches du défunt l'initiative de déposer une plainte formelle ou la responsabilité d'engager une procédure d'enquête (*Abmet Özkan et autres*, précité, § 310, et *Issaïeva*, précité, § 210). La procédure civile, qui s'ouvre à l'initiative des proches et non des autorités et ne permet ni d'identifier ni de sanctionner l'auteur présumé d'une infraction, ne saurait être prise en compte dans l'appréciation du respect par l'État de ses obligations procédurales découlant de l'article 2 (voir, par exemple, *Hugh Jordan*, précité, § 141). En outre, ces obligations ne sauraient être satisfaites par le seul octroi de dommages-intérêts (*McKerr*, précité, § 121, et *Bazorkina*, précité, § 117).

166. Ainsi qu'il a été dit ci-dessus, l'enquête doit être effective en ce sens qu'elle doit permettre de déterminer si le recours à la force était justifié ou non dans les circonstances et d'identifier et de sanctionner les responsables. Il s'agit d'une obligation

non pas de résultat mais de moyens. Les autorités doivent avoir pris les mesures raisonnables dont elles disposaient pour assurer l'obtention des preuves relatives à l'incident en question, y compris, entre autres, les dépositions des témoins oculaires, des expertises criminalistiques et, le cas échéant, une autopsie propre à fournir un compte rendu complet et précis des blessures ainsi qu'une analyse objective des constatations cliniques, notamment de la cause du décès. Toute carence de l'enquête affaiblissant sa capacité à établir les circonstances de l'affaire ou/et les responsabilités risque de faire conclure qu'elle ne répond pas à la norme d'effectivité requise (*Abmet Özkan et autres*, précité, § 312, et *Issaïeva*, précité, § 212, ainsi que les affaires qui y sont citées).

167. D'une manière générale, on peut considérer que pour qu'une enquête sur un homicide illégal censé avoir été commis par des agents de l'État puisse passer pour effective, il faut que les personnes qui en sont chargées soient indépendantes des personnes impliquées. Cela suppose non seulement l'absence de lien hiérarchique ou institutionnel, mais aussi une indépendance concrète (voir, par exemple, *Shanaghan*, précité, § 104). Une exigence de célérité et de diligence raisonnable est implicite dans ce contexte. Force est d'admettre qu'il peut y avoir des obstacles ou des difficultés empêchant l'enquête de progresser dans une situation particulière. Toutefois, une réponse rapide des autorités lorsqu'il s'agit d'enquêter sur le recours à la force meurtrière peut généralement être considérée comme essentielle pour préserver la confiance du public dans le respect du principe de légalité et pour éviter toute apparence de complicité ou de tolérance relativement à des actes illégaux. Pour les mêmes raisons, le public doit avoir un droit de regard suffisant sur l'enquête ou sur ses conclusions, de sorte qu'il puisse y avoir mise en cause de la responsabilité tant en pratique qu'en théorie. Le degré requis de contrôle du public peut varier d'une situation à l'autre. Dans tous les cas, toutefois, les proches de la victime doivent être associés à la procédure dans toute la mesure nécessaire à la protection de leurs intérêts légitimes (*Abmet Özkan et autres*, précité, §§ 311-314, et *Issaïeva*, précité, §§ 211-214, ainsi que les affaires qui y sont citées).»

c) Sur l'indépendance de l'enquête

i. L'unité de la maréchaussée royale présente en Irak

187. Le requérant met en doute l'indépendance de l'unité de la maréchaussée royale qui a débuté l'enquête, faisant valoir que ses membres étaient installés à proximité immédiate des effectifs de l'armée royale auxquels il impute le décès de son fils. Quant au Gouvernement, il soutient que la maréchaussée royale était suffisamment indépendante.

188. La Cour note que l'indépendance et, par voie de conséquence, l'effectivité d'une enquête sur un homicide supposé illégal peuvent être remises en question si les enquêteurs et les personnes visées par l'enquête entretiennent des relations étroites (voir, à titre de comparaison, *Ramsahai et autres c. Pays-Bas* [GC], n° 52391/99, § 337, CEDH 2007-II).

189. Le Gouvernement ne conteste pas qu'à l'époque des faits l'unité de la maréchaussée royale partageait ses quartiers avec les effectifs de l'armée royale. Cela étant, aucun élément n'a été avancé ni n'est apparu qui serait

susceptible d'amener la Cour à conclure que cette circonstance a en soi porté atteinte à l'indépendance de l'unité de la maréchaussée royale au point d'altérer la qualité de son enquête.

190. La Cour ne juge pas davantage établi qu'en raison de la distance géographique entre l'unité de la maréchaussée royale stationnée en Irak et le procureur chargé de l'enquête – qui était basé à Arnhem – l'unité de la maréchaussée royale se soit trouvée subordonnée au commandement du bataillon de l'armée royale pour les questions courantes. Le requérant n'a présenté aucun élément de preuve susceptible d'étayer sa thèse à cet égard.

ii. La foi ajoutée aux rapports de la maréchaussée royale

191. Le requérant estime que le ministère public s'est fondé dans une mesure excessive sur les rapports de la maréchaussée royale. Le Gouvernement conteste ce point.

192. Les procureurs s'appuient inévitablement sur la police pour obtenir informations et assistance. Cela ne suffit pas en soi pour justifier la conclusion qu'ils manquent d'indépendance à l'égard de la police (voir, *mutatis mutandis*, *Ramsahai et autres* [GC], précité, § 344).

193. De plus, l'unité de la maréchaussée royale était présente en Irak précisément pour y effectuer un travail de police comme celui dont il est ici question. Que le procureur se soit fié aux rapports établis par elle ne soulève donc, en soi, aucune question.

194. Pour la Cour, l'essentiel de ce grief revient à dire que l'enquête n'a pas été effective et que les rapports auxquels elle a donné lieu n'étaient pas fiables. Elle se penchera séparément ci-après sur les préoccupations du requérant concernant la qualité de l'enquête menée par la maréchaussée royale.

iii. Le membre militaire de la chambre militaire de la cour d'appel d'Arnhem

195. Le requérant voit dans la présence d'un officier d'active au sein de la chambre militaire de la cour d'appel d'Arnhem un manque d'indépendance de celle-ci. Le Gouvernement soutient quant à lui que l'indépendance de la chambre militaire de la cour d'appel d'Arnhem est certaine.

196. En l'espèce, la Cour a examiné la composition de la chambre militaire dans son ensemble. Celle-ci siège en une formation de trois membres, à savoir deux membres civils de la cour d'appel d'Arnhem et un membre militaire. Ce dernier est un officier supérieur ayant les qualifications exigées pour être magistrat ; il est promu à titre honoraire au grade requis dans la marine, l'armée de terre ou l'armée de l'air s'il ne possède pas déjà effectivement ce grade (paragraphe 64 ci-dessus). Dans le cadre de sa fonction judiciaire, il n'est pas soumis à l'autorité et à la discipline militaires ; les

mêmes règles d'indépendance fonctionnelle et d'impartialité s'appliquent à lui et aux juges civils (paragraphe 65 ci-dessus). Dans ces conditions, la Cour est disposée à admettre que la chambre militaire offre des garanties suffisantes au regard de l'article 2 de la Convention.

d) Sur l'effectivité de l'enquête

i. Les dépositions des membres du CIDC

197. Dans sa requête, le requérant alléguait que la maréchaussée royale n'avait pas recueilli les dépositions des membres du CIDC qui gardaient le poste de contrôle au moment de la fusillade. Le rapport soumis à la chambre militaire de la cour d'appel d'Arnhem indiquait seulement que ces personnes n'avaient « pas [livré] d'informations pertinentes » (paragraphe 25 ci-dessus).

198. À la suite du dessaisissement de la chambre en faveur de la Grande Chambre, le Gouvernement a soumis un procès-verbal officiel de l'interrogatoire des membres du CIDC par des officiers de la maréchaussée royale (paragraphe 38 ci-dessus). Il apparaît que ce document contient des informations qui auraient éventuellement pu être utiles à la chambre militaire de la cour d'appel d'Arnhem, notamment des précisions sur le nombre de coups de feu tirés par chaque militaire et la quantité de munitions restantes, ainsi qu'une restitution bien plus détaillée de la déposition livrée par l'interprète, M. Walied Abd al-Hussain Madjied.

199. Comme la Cour l'a dit à maintes reprises, l'emploi des termes « absolument nécessaire » figurant à l'article 2 § 2 indique qu'il faut appliquer un critère de nécessité plus strict et impérieux que celui normalement employé pour déterminer si l'intervention de l'État est « nécessaire dans une société démocratique » au titre du paragraphe 2 des articles 8 à 11 de la Convention. La force utilisée doit en particulier être strictement proportionnée aux buts mentionnés au paragraphe 2 a), b) et c) de l'article 2 (voir, parmi beaucoup d'autres, *McCann et autres c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1995, § 149, série A n° 324, *Kelly et autres c. Royaume-Uni*, n° 30054/96, § 93, 4 mai 2001, et *Issaïeva c. Russie*, n° 57950/00, § 173, 24 février 2005). Il s'ensuit qu'aucune enquête interne ne peut satisfaire aux exigences de l'article 2 de la Convention si elle ne permet pas de vérifier que la force meurtrière employée par des agents de l'État n'est pas allée au-delà de ce qu'exigeaient les circonstances (*Kaya c. Turquie*, 19 février 1998, § 87, *Recueil* 1998-I).

200. Si l'enquête doit être effective en ce sens qu'elle doit permettre d'identifier et, le cas échéant, de sanctionner les responsables (voir notamment *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, n° 24746/94, § 107, 4 mai 2001, *McKerr c. Royaume-Uni*, n° 28883/95, § 113, CEDH 2001-III, *Finucane*

c. Royaume-Uni, n° 29178/95, § 69, CEDH 2003-VIII, *Makaratzis c. Grèce* [GC], n° 50385/99, § 74, CEDH 2004-XI, *Tahsin Acar c. Turquie* [GC], n° 26307/95, § 223, CEDH 2004-III, et *Giuliani et Gaggio c. Italie* [GC], n° 23458/02, § 301, CEDH 2011), la Cour souligne également qu'une enquête suffisante pour étayer un constat judiciaire sur le point de savoir si la force employée était justifiée ou non dans les circonstances est cruciale pour l'exercice, par un agent de l'État poursuivi dans le cadre d'une procédure pénale ultérieure, des droits de la défense (voir notamment, *mutatis mutandis*, *Edwards c. Royaume-Uni*, 16 décembre 1992, § 36, série A n° 247B, *Rowe et Davis c. Royaume-Uni* [GC], n° 28901/95, § 60, CEDH 2000-II, *I.J.L. et autres c. Royaume-Uni*, nos 29522/95, 30056/96 et 30574/96, § 112, CEDH 2000-IX, et *Dowsett c. Royaume-Uni*, n° 39482/98, § 41, CEDH 2003-VII).

201. La chambre militaire de la cour d'appel d'Arnhem était appelée à rechercher si le lieutenant A. avait agi selon les instructions qu'il avait reçues de l'autorité compétente (article 38 du code pénal militaire – paragraphe 66 ci-dessus). Celles qui concernaient le recours à la force, telles que formulées dans la carte du militaire (paragraphe 59 ci-dessus) sous le titre « Force minimale », indiquaient au paragraphe 14 :

« S'il vous faut ouvrir le feu, vous devez :

- effectuer uniquement des tirs ciblés ;
- éviter de tirer plus de coups de feu qu'il n'est nécessaire ; et
- cesser le feu dès que la situation le permet. »

202. La chambre militaire de la cour d'appel s'est bornée à juger établi que le lieutenant A. avait réagi par erreur à des tirs amis venus de l'autre côté de la route et à considérer qu'il pouvait de ce fait invoquer la légitime défense (paragraphe 48 ci-dessus). Elle ne s'est pas penchée sur les aspects concernant le point de savoir s'il avait agi dans les limites des instructions qu'il avait reçues quant à la proportionnalité du recours à la force. Singulièrement, elle n'a pas émis de conclusions sur les questions de savoir s'il n'avait pas été tiré plus de coups de feu que nécessaire et si la fusillade avait cessé dès que la situation l'avait permis.

203. La Cour estime que pour pouvoir se livrer à une appréciation répondant aux exigences indiquées ci-dessus, la chambre militaire de la cour d'appel d'Arnhem aurait dû avoir accès au procès-verbal des auditions des membres du CIDC effectuées par les officiers de la maréchaussée royale (paragraphe 38 ci-dessus). Ainsi, l'absence de cette pièce dans le dossier de la cour d'appel a sérieusement nui à l'efficacité de l'examen mené par celle-ci.

ii. L'interrogatoire de M. Dawoud Joad Kathim

204. Le requérant soutient que la brièveté de la déposition du conducteur de la voiture, M. Dawoud Joad Kathim, telle que recueillie par un enquêteur de la maréchaussée royale (paragraphe 23 ci-dessus), est également un élément à prendre en compte pour juger de la qualité de l'enquête. Il ajoute qu'il y avait au demeurant des divergences entre cette déposition et celle fournie par le chauffeur plus tard dans la journée à un agent irakien (paragraphe 37 ci-dessus). Le Gouvernement estime en revanche que les différences pouvant exister entre les deux dépositions ne suffisent pas à faire douter de l'effectivité de l'enquête.

205. La Cour considère que l'on ne peut tirer aucune conclusion de la brièveté même de la première déposition de M. Dawoud Joad Kathim. Les incohérences entre celle-ci et la seconde déposition peuvent justifier des doutes quant à la fiabilité de l'une ou de l'autre de ces dépositions telles qu'elles ont été enregistrées, mais ce seul élément ne saurait amener la Cour à conclure que l'enquête a été inadéquate.

iii. Le retard mis à interroger le lieutenant A.

206. Le requérant attire l'attention de la Cour sur le retard mis à interroger le lieutenant A. après la fusillade, laps de temps pendant lequel celui-ci n'aurait pas été séparé des autres témoins. Le Gouvernement affirme que le lieutenant A. n'a rien fait pour pervertir le cours de l'enquête.

207. La Cour note que le lieutenant A. n'a été interrogé que plus de six heures après l'arrivée du personnel de la maréchaussée royale sur le lieu de la fusillade (paragraphe 28 ci-dessus). Même si, comme le souligne à juste titre le Gouvernement, aucun élément ne donne à penser que le lieutenant A. (ou un autre militaire néerlandais) se soit livré à la moindre manipulation, il aurait eu tout loisir pendant ce laps de temps de s'entendre avec d'autres personnes pour déformer la vérité s'il en avait eu l'intention. Aucune précaution ne semble avoir été prise pour éviter que cela ne se produise.

208. Comme dans l'affaire *Ramsahai et autres* (précitée), la Cour estime que le simple fait que les mesures appropriées n'aient pas été prises pour réduire le risque de pareille collusion s'analyse en une lacune propre à nuire à l'adéquation de l'enquête (*ibidem*, § 330).

iv. La liste des membres du CIDC ayant tiré avec leurs armes

209. D'après le requérant, le lieutenant A. se vit remettre par le commandant adjoint du CIDC une liste indiquant les noms des membres du CIDC qui avaient fait feu avec leurs armes ainsi que le nombre correspondant de cartouches tirées (paragraphe 31 ci-dessus).

210. Pour la Cour, le fait que le lieutenant A. ait pu obtenir cette liste ne soulève pas de questions en soi. Jusqu'à l'arrivée du commandant de la compagnie, le lieutenant A. était l'officier de la coalition le plus gradé sur place et il était en outre responsable non seulement de la patrouille néerlandaise mais aussi des membres du CIDC présents. Dès lors, il lui incombait de prendre des mesures aux fins de faciliter l'enquête.

211. En revanche, une fois disponible, cette liste aurait dû être versée au dossier. Les informations qu'elle contenait auraient pu s'avérer utiles, notamment pour une confrontation avec les dépositions fournies par les membres du CIDC eux-mêmes. La Cour estime que l'enquête a péché à cet égard.

v. L'autopsie

212. Le requérant se plaint des conditions dans lesquelles l'autopsie a été réalisée ainsi que du rapport auquel elle a donné lieu. Pour le Gouvernement, l'autopsie a été aussi effective qu'elle pouvait l'être dans les circonstances de l'espèce.

213. La Cour note que l'autopsie semble avoir été pratiquée en l'absence de tout responsable néerlandais qualifié. Par ailleurs, on ne sait rien des qualifications du médecin irakien qui l'a réalisée.

214. De plus, le rapport du médecin présente de sérieuses lacunes. Extrêmement bref, il manque de précisions et ne comporte même pas de photographies.

215. Plus généralement, aucune autre option ne semble avoir été envisagée pour l'autopsie. Il n'est pas impossible, par exemple, que l'une des puissances occupantes, voire les deux, ou encore une autre puissance de la coalition disposassent d'installations adéquates et de personnel qualifié.

216. La Cour estime en conséquence que l'enquête a été défailante sur ce point également.

vi. Les fragments de balles

217. Le requérant se plaint de l'absence de rapport détaillé sur l'examen des fragments de balles éventuellement effectué. Le Gouvernement estime quant à lui que l'enquête n'en a pas moins été adéquate.

218. La Cour relève que des fragments métalliques identifiés comme étant des fragments de balles ont été extraits du corps de M. Azhar Sabah Jaloud. Or les enquêteurs néerlandais semblent avoir perdu depuis lors toute trace de ces pièces (paragraphe 36 ci-dessus).

219. Que les fragments de balles eussent ou non été susceptibles de fournir des informations utiles, la Cour juge inacceptable qu'ils n'aient pas été conservés et examinés dans de bonnes conditions, aux Pays-Bas le cas échéant.

220. Elle conclut que sur ce point également l'enquête a été inadéquate.

e) Sur l'allégation selon laquelle le requérant n'a pas été associé à l'enquête

221. Le requérant affirme que rien n'a été entrepris pour prendre contact avec les proches du défunt.

222. Le Gouvernement rétorque que les enquêteurs de la maréchaussée royale néerlandaise ont parlé au requérant et à d'autres proches à l'occasion de l'autopsie mais qu'ils sont partis à un moment où il leur semblait que la famille s'apprêtait à les prendre en otages.

223. Le requérant conteste la version du Gouvernement, invérifiable du reste selon lui, aucun compte rendu écrit pertinent n'ayant été produit.

224. Indépendamment de la véracité de l'une et de l'autre version, la Cour estime établi qu'à sa demande le requérant s'est vu accorder l'accès au dossier de l'enquête, qu'il a en fait pu soumettre à la Cour. Cet accès au dossier a par ailleurs été suffisant pour permettre à l'intéressé d'engager sur le fondement de l'article 12 du code de procédure pénale une procédure dans le cadre de laquelle il a pu contester de façon très effective la décision de ne pas engager de poursuites contre le lieutenant A.

225. En conséquence, la Cour n'aperçoit aucun élément indiquant que la procédure aurait été défailante sur ce point (*Ramsahai et autres*, précité, §§ 349-350).

f) Conclusion

226. La Cour est disposée à prendre en compte de manière raisonnable les conditions relativement difficiles dans lesquelles les militaires et les enquêteurs néerlandais ont dû travailler. Il faut reconnaître en particulier qu'ils étaient mobilisés dans un pays étranger qui restait à reconstruire au lendemain des hostilités, dont ils ne connaissaient ni la langue ni la culture et dont la population comportait manifestement des éléments armés hostiles (en atteste la première fusillade du 21 avril 2004 – paragraphe 10 ci-dessus).

227. Cela étant, force est à la Cour de conclure que l'enquête sur les circonstances du décès de M. Azhar Sabah Jaloud n'a pas satisfait aux exigences découlant de l'article 2 de la Convention, et ce pour les raisons suivantes : premièrement, certains documents contenant des informations importantes ne furent pas communiqués aux autorités judiciaires et au requérant (le procès-verbal officiel des dépositions recueillies auprès des membres du CIDC et la liste, obtenue par le lieutenant A., indiquant quels membres du CIDC avaient fait feu avec leurs armes et le nombre de cartouches tirées par chacun d'eux) ; deuxièmement, aucune précaution ne fut prise pour prévenir, avant l'audition du lieutenant A., toute collusion entre celui-ci et d'autres témoins des faits ; troisièmement, rien ne fut entrepris pour que l'autopsie pût être pratiquée dans des conditions dignes

d'une enquête sur l'éventuelle responsabilité pénale d'un agent de l'État, le rapport d'autopsie ayant de surcroît été insuffisant; quatrièmement, d'importants éléments matériels – les fragments de balles extraits de la dépouille – furent égarés dans des circonstances non élucidées. Même au regard des conditions particulièrement difficiles qui prévalaient en Irak à l'époque des faits, la Cour ne saurait conclure que ces défaillances étaient inévitables.

228. Les lacunes susmentionnées amènent la Cour à constater qu'il n'a pas été satisfait aux obligations procédurales découlant de l'article 2 de la Convention.

II. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

229. Aux termes de l'article 41 de la Convention,

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

230. Le requérant a soumis des prétentions pour préjudice moral et pour frais et dépens.

231. Le gouvernement intervenant n'a pas livré de commentaires sur les demandes formulées par le requérant au titre de la satisfaction équitable.

A. Dommage

232. Le requérant prie la Cour d'enjoindre au Gouvernement « de remédier aux violations de l'article 2 qui se sont produites, en menant dans la mesure du possible une nouvelle enquête – approfondie – sur le décès de [son] fils, de poursuivre les personnes impliquées et de tenir le requérant pleinement informé de l'enquête ainsi que des poursuites, le cas échéant ». Par ailleurs, il réclame 25 000 euros (EUR) pour préjudice moral.

233. Le gouvernement défendeur estime qu'une injonction telle que celle demandée par le requérant serait inappropriée. Il laisse à la Cour le soin de fixer le montant de l'éventuelle indemnité à allouer à l'intéressé, tout en indiquant que les sommes octroyées dans *Al-Skeini et autres* étaient inférieures à celle sollicitée en l'espèce.

234. En ce qui concerne la demande du requérant tendant à ce que soit ordonnée une enquête effective suivie de poursuites, la Cour rappelle le principe général selon lequel l'État défendeur demeure libre de choisir les moyens de s'acquitter de son obligation juridique au regard de l'article 46 de la Convention, sous réserve que ces moyens soient compatibles avec les conclusions contenues dans l'arrêt de la Cour; elle rappelle aussi que

seules des circonstances exceptionnelles peuvent l'amener à indiquer quelles sont les mesures à prendre (voir, par exemple, *Assanidzé c. Géorgie* [GC], n° 71503/01, §§ 202-203, CEDH 2004-II, et *Hutten-Czapska c. Pologne* [GC], n° 35014/97, §§ 238-239, CEDH 2006-VIII). En conséquence, elle considère que c'est au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe qu'il incombe, en vertu de l'article 46 de la Convention, de décider quelles mesures, le cas échéant, s'imposent concrètement dans le cadre de l'exécution de l'arrêt rendu par elle (voir, parmi beaucoup d'autres, *Al-Skeini et autres*, précité, § 181).

235. S'agissant des prétentions pécuniaires, la Cour observe que dans *Al-Skeini et autres* – qui concernait également une violation de l'article 2 sous son volet procédural – elle a octroyé aux requérants les sommes qu'ils avaient demandées (*ibidem*, § 182). En l'espèce, elle juge équitable d'allouer au requérant le montant réclamé par lui, soit 25 000 EUR.

B. Frais et dépens

236. Le requérant demande une somme totale de 13 200 EUR correspondant à 120 heures de travail effectuées par ses avocats. Il déclare toutefois qu'il a sollicité l'assistance judiciaire interne et qu'il ne maintiendra pas ses prétentions si celle-ci lui est accordée.

237. L'intéressé a soumis un relevé complémentaire indiquant les frais de voyage et de séjour engagés par ses deux conseils à l'occasion de leur participation à l'audience, ainsi que les frais postaux engendrés par l'affaire. Le total de ces dépenses, étayées par des justificatifs, s'élève à 1 372,06 EUR.

238. Le gouvernement défendeur soutient qu'aucune question ne se pose dans la mesure où les sommes réclamées sont couvertes par l'assistance judiciaire interne, et il se refuse à tout commentaire sur le montant additionnel.

239. Le requérant n'a pas informé la Cour que l'assistance judiciaire interne avait été refusée en ce qui concerne la somme visée au paragraphe 236 ci-dessus. La Cour ne peut dès lors établir qu'elle concerne des frais « réellement exposés ». Aucun montant ne peut donc être alloué à ce titre.

240. La Cour accepte dans son intégralité la demande additionnelle exposée au paragraphe 237.

C. Intérêts moratoires

241. La Cour juge approprié de calquer le taux des intérêts moratoires sur le taux d'intérêt de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne majoré de trois points de pourcentage.

PAR CES MOTIFS, LA COUR, À L'UNANIMITÉ,

1. *Joint au fond* l'exception préliminaire du Gouvernement;
2. *Déclare* la requête recevable;
3. *Dit* que M. Azhar Sabah Jaloud relevait de la juridiction de l'État défendeur et *rejette* l'exception préliminaire du Gouvernement;
4. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 2 de la Convention sous son volet procédural;
5. *Dit*
 - a) que l'État défendeur doit verser au requérant, dans les trois mois, 25 000 EUR (vingt-cinq mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt sur cette somme, pour dommage moral;
 - b) que l'État défendeur doit verser au requérant, dans les trois mois, 1 372,06 EUR (mille trois cent soixante-douze euros et six centimes), plus tout montant pouvant être dû par l'intéressé à titre d'impôt sur cette somme, pour frais et dépens;
 - c) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage;
6. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 20 novembre 2014.

Michael O'Boyle
Greffier

Dean Spielmann
Président

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé des opinions séparées suivantes :

- opinion concordante du juge Spielmann, à laquelle se rallie le juge Raimondi;
- opinion concordante commune aux juges Casadevall, Berro, Šikuta, Hirvelä, López Guerra, Sajó et Silvis;
- opinion concordante de la juge Motoc.

D.S.
M.O'B.

OPINION CONCORDANTE DU JUGE SPIELMANN, À LAQUELLE SE RALLIE LE JUGE RAIMONDI

1. C'est sans difficulté que j'ai voté pour la conclusion que le décès de M. Azhar Sabah Jaloud est survenu dans le cadre de la «juridiction» des Pays-Bas, selon l'interprétation qu'il convient de donner à ce terme au sens de l'article 1 de la Convention.

2. Cette conclusion est posée au paragraphe 152 de l'arrêt et ne nécessitait aucun développement supplémentaire relatif à la notion d'attribution.

3. En effet, la notion d'«attribution» est à distinguer de la notion de «juridiction», telle que celle-ci est interprétée dans la jurisprudence de la Cour (voir, récemment, *Hassan c. Royaume-Uni* [GC], n° 29750/09, § 74, CEDH 2014, qui reprend pour l'essentiel les développements de l'arrêt *Al-Skeini et autres (c. Royaume-Uni)* [GC], n° 55721/07, §§ 130-141, CEDH 2011). La notion de «juridiction» se réfère pour l'essentiel au principe de territorialité, à l'autorité et au contrôle d'un agent de l'État, au contrôle effectif sur un territoire et à l'espace juridique de la Convention.

4. En revanche, la notion d'«attribution» concerne pour l'essentiel la délicate question de l'«imputabilité» d'actes internationalement illicites. Le dictionnaire Salmon indique sous le terme «attribution» ce qui suit :

«Pour ce qui concerne la responsabilité internationale, rattachement à un sujet de droit international des actions ou omissions des individus ou organes se trouvant sous son autorité effective et agissant pour son compte.»

(*Dictionnaire de droit international public*, sous la direction de Jean Salmon, préface de Gilbert Guillaume, Bruxelles, Bruylant, 2001)

5. Le «codicille» des paragraphes 154 et 155 de l'arrêt, combiné aux références inutiles à la jurisprudence de la Cour internationale de justice (paragraphes 95-97 de l'arrêt) et aux articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État dans la partie de l'arrêt consacrée au droit international, est ambigu, surabondant et incompréhensible.

– *Ambigu*, parce que le raisonnement majoritaire prend soin de rappeler que les critères permettant d'établir l'existence d'une «juridiction» au sens de l'article 1 de la Convention n'ont jamais été assimilés aux critères permettant d'établir la responsabilité d'un État concernant un fait internationalement illicite¹.

1. En se référant, à juste titre, à l'arrêt *Catan et autres c. République de Moldova et Russie*, nos 43370/04, 8252/05 et 1845/06, CEDH 2012 dont il échet de citer *in extenso* le paragraphe 115 :

«115. Le gouvernement russe soutient que la Cour ne peut conclure à l'exercice par la Russie d'un contrôle effectif que si elle estime que le «gouvernement» de la «RMT» peut passer pour un organe de l'État russe, suivant l'approche adoptée par la Cour internationale de justice dans l'affaire relative

– *Surabondant*, parce qu'à partir du moment où la Cour parvient à la conclusion que les critères établissant la juridiction des Pays-Bas sont remplis (paragraphe 152 de l'arrêt), il n'est plus nécessaire, *pour rejeter l'exception préliminaire du Gouvernement*, de se pencher encore une fois sur les faits à l'origine des griefs du requérant qui résultaient d'actes et d'omissions du personnel militaire, des autorités d'enquête et des organes judiciaires des Pays-Bas.

– *Incompréhensible*, parce que le raisonnement majoritaire ne fait que développer au paragraphe 155 de l'arrêt le raisonnement relatif à l'établissement de la « juridiction ».

6. C'est au paragraphe 152 de l'arrêt que la Cour a tranché cette question en considérant que l'État défendeur exerçait sa « juridiction » dans les limites de sa mission au sein de la force de stabilisation en Irak et aux fins d'asseoir une autorité et un contrôle sur les personnes qui passaient par le poste de contrôle.

7. Il n'y avait donc aucune nécessité à examiner le faux problème de l'« attribution », totalement étranger à la question de la « juridiction ». Plus fondamentalement, la Cour doit en toute hypothèse prendre garde à ne pas agréger la notion de juridiction au sens de l'article 1 et la notion de responsabilité de l'État découlant du droit international général. Tenter de clarifier la première en se référant à la seconde est douteux sur le plan conceptuel et risque d'accroître la confusion dans un domaine du droit qui est déjà complexe.

à l'Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro) (...) La Cour rappelle que dans celle-ci la Cour internationale de justice devait déterminer à quel moment un État pouvait se voir attribuer le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes, de sorte qu'il pût être tenu pour responsable au regard du droit international du comportement en cause. Or en l'espèce la Cour est appelée à connaître d'une question différente, celle de savoir si des faits incriminés par un requérant relevaient de la juridiction d'un État défendeur au sens de l'article 1 de la Convention. Comme le montre le bref exposé de la jurisprudence de la Cour livré ci-dessus, les critères permettant d'établir l'existence de la « juridiction » au sens de l'article 1 de la Convention n'ont jamais été assimilés aux critères permettant d'établir la responsabilité d'un État concernant un fait internationalement illicite au regard du droit international.»

OPINION CONCORDANTE COMMUNE AUX JUGES
CASADEVALL, BERRO, ŠIKUTA, HIRVELÄ,
LÓPEZ GUERRA, SAJÓ ET SILVIS

(Traduction)

1. Le présent arrêt établit qu'un État contractant peut au regard de la Convention exercer sa propre juridiction concernant des opérations militaires menées à l'étranger dans le cadre d'une force de stabilisation, en coopération avec un autre État jouissant du statut véritable de puissance occupante. À l'instar des États-Unis d'Amérique, le Royaume-Uni était en 2004 une puissance occupante en Irak, au sens de la Résolution 1483 du Conseil de sécurité des Nations unies, tandis que les forces néerlandaises ne faisaient qu'assister le Royaume-Uni dans cette occupation. Toutefois, les autorités néerlandaises conservaient le plein commandement sur leur armée dans la province irakienne d'Al-Muthanna et exerçaient le plein pouvoir et la pleine responsabilité s'agissant d'établir la sécurité dans cette région. Ainsi, les citoyens irakiens qui passaient par un poste de contrôle des véhicules entre Ar-Rumaythah et Al-Hamza, tenu par des membres du CIDC (armée irakienne) opérant sous commandement néerlandais exclusif, relevaient de la juridiction des Pays-Bas, selon la définition qui ressort de l'interprétation que la Cour fait de l'article 1 de la Convention. Nous souscrivons à cette partie de l'arrêt, qui suit et, logiquement, prolonge la jurisprudence antérieure de la Cour sur la juridiction, tout particulièrement l'affaire *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* ([GC], n° 55721/07, CEDH 2011). Il s'ensuit qu'il y avait pour les Pays-Bas une obligation procédurale d'enquêter sur la tragique fusillade ayant abouti au décès du fils du requérant, et de le faire de manière effective et diligente (*Natchova et autres c. Bulgarie* [GC], n°s 43577/98 et 43579/98, §§ 110 et 112-113, CEDH 2005-VII, et *Ramsabai et autres c. Pays-Bas* [GC], n° 52391/99, §§ 321-322, CEDH 2007-II). Nous convenons que cette obligation procédurale incombant aux Pays-Bas découlait de la Convention. Cependant, nous ne pouvons souscrire à une partie du raisonnement qui sous-tend le constat d'une violation procédurale commise par les Pays-Bas.

2. Il est important de bien saisir tout le contexte dans lequel s'est produit l'événement tragique. Dans la nuit du 21 avril 2004, le fils du requérant fut tué par balles en Irak, à un poste de contrôle des véhicules placé sous commandement néerlandais. Avant ce drame, à 2 h 10 la même nuit, le poste de contrôle des véhicules avait essuyé des tirs en provenance d'une voiture et les militaires irakiens présents au poste avaient riposté, apparemment sans qu'il y ait eu de blessés d'aucun côté. Des militaires néerlandais avaient été

appelés au poste de contrôle des véhicules pour enquêter sur cette fusillade. Leur enquête avait débuté à 2 h 30. Quinze minutes plus tard, la voiture dans laquelle M. Jaloud était assis à côté du conducteur s'approcha du poste de contrôle des véhicules à vive allure. Le chauffeur, qui avait bu quelques bières, a par la suite indiqué qu'il n'avait même pas vu le poste de contrôle. Sa voiture percuta des barils placés le long de la route, provoquant un grand fracas. La voiture poursuivit sa route à vive allure ; il y eut des cris pour la faire stopper, suivis immédiatement par des coups de feu, après quoi le véhicule s'arrêta. Il s'avéra que M. Jaloud était mortellement blessé. Contrairement à ce que certains des militaires présents – y compris le lieutenant A. – avaient pensé, il s'avéra qu'aucun coup de feu n'avait été tiré depuis la voiture.

3. La maréchaussée royale néerlandaise, qui était présente dans la région, fut chargée de lancer une enquête sur le décès de M. Jaloud, ce qu'elle fit dès 4 h 50. La maréchaussée royale est habilitée à mener de telles investigations, indépendamment du commandement militaire, à l'égard des effectifs néerlandais. Plus tard, s'appuyant sur un rapport relatif à l'enquête de la maréchaussée en Irak, divers autres documents et une audience, la cour d'appel d'Arnhem rejeta une demande du requérant tendant au déclenchement de poursuites contre le lieutenant néerlandais A., lequel avait reconnu avoir tiré sur la voiture alors qu'elle passait. La cour d'appel néerlandaise estima que le lieutenant avait agi dans les limites des instructions militaires sur la légitime défense (putative).

4. À l'évidence, comme la Cour l'a déclaré à plusieurs occasions, il se peut que, si le décès au sujet duquel l'article 2 de la Convention impose une enquête survient dans un contexte de conflit armé ou dans une région qui est instable pour d'autres raisons, les investigateurs rencontrent des obstacles et que des contraintes précises imposent le recours à des mesures d'enquête moins efficaces. La question cruciale est donc de savoir si l'enquête relative à la fusillade a été menée de manière suffisamment effective et diligente, en ce sens qu'elle aurait permis d'identifier et de sanctionner les responsables. Il ne s'agit pas d'une obligation de résultat, mais de moyens. Eu égard aux critères que nous venons de mentionner, les obligations procédurales découlant de l'article 2 visent aussi la procédure pendant laquelle il est décidé si une personne soupçonnée doit voir engager sa responsabilité dans l'incident objet de l'enquête, bien qu'il ne s'agisse pas en soi d'une décision sur une accusation en matière pénale et que l'article 6 de la Convention ne s'applique pas (*Ramsahai et autres*, précité, §§ 359-360).

5. Ce qui n'est pas contesté, c'est que la maréchaussée royale est intervenue rapidement une fois l'affaire portée à son attention. Il apparaît de plus que l'enquête a été effective, dès lors qu'elle a permis a) de déterminer la cause du décès et b) d'identifier l'officier néerlandais susceptible d'avoir

provoqué le décès en tirant. La question cruciale qu'avait à résoudre la cour d'appel néerlandaise était de savoir si l'officier devait être poursuivi, ce qui dépendait du point de savoir s'il avait agi ou non dans le respect des instructions sur le recours à la force. Au regard de l'obligation procédurale découlant de l'article 2 de la Convention, il est crucial qu'une autorité judiciaire, pour pouvoir déterminer si un militaire doit répondre de nouvelles accusations ou s'il a agi de manière justifiée dans les limites des instructions sur le recours à la force, dispose des bonnes informations. La cour d'appel d'Arnhem aurait dû avoir à sa disposition l'intégralité des témoignages recueillis après les faits; or il apparaît que seul un résumé plutôt sélectif de ces dépositions figurait dans le dossier judiciaire. Certes, on ne saurait spéculer sur le point de savoir si la cour d'appel serait parvenue à une conclusion différente dans l'hypothèse où elle aurait été en mesure de lire tous les témoignages; il demeure qu'il s'agit là d'une grave défaillance dans la qualité de l'enquête. Jusqu'ici, nous approuvons la position adoptée par la majorité de la Grande Chambre. Cependant, nous ne pouvons que déplorer le fait que la Grande Chambre ait également jugé bon d'examiner l'enquête menée en Irak avec une méticulosité telle que l'on pourrait avoir des doutes sur le rôle et la compétence de notre Cour. Nous nous limiterons à deux exemples tirés de l'arrêt.

6. La Cour critique l'autopsie. Bien sûr, comparé à un examen médico-légal pratiqué dans les « règles de l'art », comme il le serait dans le cadre d'une procédure nationale, l'autopsie réalisée en Irak était inadéquate et on peut facilement l'admettre; cependant, en concluant sur cette base que cette partie de l'enquête menée en Irak a emporté violation des obligations procédurales découlant pour les Pays-Bas de l'article 2, la majorité de la Cour franchit un bien grand pas. Le point de savoir si la maréchaussée royale aurait pu se réclamer d'un contrôle légal total sur la dépouille et les circonstances de l'autopsie est fort douteux. La Cour n'a indiqué aucune base légale pour cela. La maréchaussée royale aurait-elle dû recourir à la force pour imposer sa présence lors de l'autopsie? En fait, elle a gardé le corps de M. Azhar Sabah Jaloud pendant quelques heures et il a fallu agir vite. Les installations nécessaires à la réalisation d'une autopsie n'étant pas disponibles au camp néerlandais, le cadavre a dû être confié aux Irakiens. Il a ensuite été transporté vers un hôpital civil irakien, où une autopsie a été pratiquée en l'absence de membres de la maréchaussée royale. Selon le Gouvernement, ce sont les autorités irakiennes qui ont pris la décision d'exclure le personnel néerlandais lors de l'autopsie. Aucune raison légale ne les en empêchait. De plus, d'après le Gouvernement, la situation commençait à être très tendue: chercher la confrontation aurait pu entraîner une escalade; le personnel néerlandais qui était présent à l'hôpital a indiqué

avoir eu peur d'être pris en otage, et a quitté les lieux pour cette raison. N'est-ce pas là un exemple de contraintes précises qui peuvent imposer le recours à des mesures d'enquête moins efficaces?

7. Un autre sujet de préoccupation est le reproche que la Cour fait aux Pays-Bas du fait que la maréchaussée royale n'a pas séparé les témoins avant d'interroger le « principal suspect » de la fusillade, six heures après leur arrivée au poste de contrôle des véhicules. Cela soulève des questions. Fixer des normes si précises pour les enquêtes, dans une situation aussi instable que celle qui régnait en Irak, relève-t-il vraiment de la compétence de notre Cour? Ce serait là un exercice hautement périlleux. Il est évident que les problèmes de sécurité aux postes de contrôle des véhicules ont continué d'exister alors que l'enquête était en cours. Les témoins des faits étaient aussi responsables de cette sécurité. Séparer tous les témoins sur place aurait pu constituer une ingérence dans cette mission. De même, il paraît plutôt dangereux de séparer, de façon brutale et dans un environnement aussi instable, des personnes en situation de commander et leur effectif militaire. De toute évidence, au-delà de l'enquête il y avait d'autres dimensions à prendre en compte, et il n'est guère aisé de les imaginer toutes.

8. Pour conclure, nous considérons que la Cour a fort justement souligné que dans un contexte tel que celui des faits ici examinés il pouvait y avoir des obstacles à la mise en œuvre de ce qui peut sembler être l'enquête la plus effective. Cependant, ce point de départ ne se concilie guère avec tous les aspects de l'analyse méticuleuse plus tard entreprise par la Cour. En outre, le lieutenant, qui avait lui-même signalé l'incident, a d'emblée assumé l'entière responsabilité de la fusillade, et rien ne fait apparaître la moindre tentative de sa part de manipuler les éléments de preuve.

OPINION CONCORDANTE DE LA JUGE MOTOC

1. Le chemin de la prise de conscience d'un être humain s'apparente au chemin de Sisyphe. L'œuvre d'Albert Camus illustre remarquablement l'histoire de la philosophie à cet égard. Mais peut-on attendre d'une cour une telle prise de conscience sur des sujets aussi difficiles que celui abordé dans cet arrêt? Une cour ne serait-elle pas condamnée à rester «étrangère à elle-même»? Dans le langage de la philosophie du droit, celui de l'intégrité de la loi tel qu'interprété par Ronald Dworkin, il semble qu'une cour ne puisse jamais admettre de manière explicite les différentes approches interprétatives du *stare decisis*.

2. Il est bien connu que l'article 1 de la Convention reste l'un des plus difficiles du point de vue de l'application et qu'il existe plusieurs contradictions dans l'interprétation qu'en livre la Cour (voir, par exemple, *Banković et autres c. Belgique et autres* (déc.) [GC], n° 52207/99, § 75, CEDH 2001-XII, et *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 55721/07, §§ 136-137, CEDH 2011). Si celle-ci a fait des efforts remarquables de clarification dans l'arrêt *Jaloud*, il nous semble que ces progrès ne vont que dans la direction du droit international général et du droit international humanitaire.

3. Commençons par le droit international général. D'abord, au stade préinterprétatif la Cour a très clairement pris position sur les articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État (paragraphe 98 de l'arrêt) et la jurisprudence de la Cour internationale de justice (paragraphe 95-97 de l'arrêt). Mais surtout, dans cette affaire, la Cour affirme pour la première fois se prononcer sur l'imputabilité qui résulte de l'application des articles pertinents de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État. Elle précise ainsi sous l'angle de la responsabilité en droit international que «les omissions alléguées du personnel militaire, des autorités d'enquête et des organes judiciaires des Pays-Bas» sont de nature «à engager la responsabilité des Pays-Bas au regard de la Convention». L'imputabilité était nécessaire pour compléter dans toutes ses conséquences la logique juridique découlant du droit international général, notamment de la responsabilité des États (voir notamment M. Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford University Press, 2011).

4. On peut faire des remarques similaires au sujet du droit humanitaire. Toujours au stade pré-interprétatif, l'arrêt cite les articles pertinents du Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre («le Règlement de La Haye», 1907) et de la quatrième Convention de Genève.

5. Un problème demeure toutefois irrésolu : celui de la place des droits de l'homme. Si l'arrêt *Jaloud* cite l'arrêt *Catan et autres c. République de Moldova et Russie* ([GC], n^{os} 43370/04, 8252/05 et 18454/06, CEDH 2012), notamment le paragraphe 115, pour rappeler que les critères permettant d'établir l'existence d'une « juridiction » au sens de l'article 1 de la Convention ne sont pas assimilés aux critères permettant d'établir la responsabilité d'un État concernant un fait internationalement illicite au regard du droit international général, il ne va pas plus loin. Une fois que la Cour a statué pour la première fois sur « l'imputabilité » et a ainsi avancé dans la direction du droit international général, il lui reste à donner des précisions sur les différences entre la responsabilité de l'État selon le droit international général et selon la Convention, notamment dans ce cas-ci l'article 1.

6. Il reste à résoudre de façon générale plusieurs questions concernant le rapport entre les normes relatives aux droits de l'homme quand les droits de l'homme sont appliqués sur le territoire d'un État et en dehors du territoire, en vertu de l'extraterritorialité qui résulte de l'article 1 (voir, par exemple, S. Besson, *The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to*, *Leiden Journal of International Law*, déc. 2012, pp. 857-884). Si dans cette affaire la tâche de la Cour a été facilitée par les carences de la cour d'appel d'Arnhem, la question générale reste ouverte. Peut-on parler de normes différentes en matière de droits de l'homme qui devraient être appliquées par le même État et, si c'est le cas, selon quels critères ?

7. Une dernière remarque : l'argument du Royaume-Uni relatif au « risque réel » de voir les États se montrer réticents à répondre aux appels du Conseil de sécurité des Nations unies en vue d'une intervention sous mandat de celui-ci (paragraphe 126 de l'arrêt), nous paraît peu consistant du point de vue juridique. Les soldats qui se trouvent dans les opérations de maintien de paix ou dans des forces multinationales ne peuvent pas bénéficier de l'impunité par le simple fait de la participation de leur État à de telles opérations.

8. En conclusion, si l'arrêt *Jaloud* avance sur le terrain de l'applicabilité du droit international général, les questions liées au rapport entre le droit international général et les droits de l'homme prévus par l'article 1 restent encore à clarifier, ainsi que les différents conflits de normes qui peuvent surgir lors de l'application de l'article 1.

H. AND J. v. THE NETHERLANDS
(Applications nos. 978/09 and 992/09)

THIRD SECTION

DECISION OF 24 NOVEMBER 2014¹

1. English original. Extracts.

SUMMARY¹**Use in criminal prosecution for torture of statements made on a confidential basis in asylum proceedings**

The promise of confidentiality in asylum proceedings is intended to ensure that asylum-seekers' statements do not come to the knowledge of the very entities or persons from whom they need to be protected. Conversely, a practice of confidentiality appropriate to the processing of asylum requests should not be allowed to shield the guilty from condign punishment. The fact that asylum-seekers are confronted during a criminal investigation with statements they have made during the asylum proceedings has no bearing on the fairness of the criminal proceedings for the purposes of Article 6 § 1 of the Convention (see paragraphs 78-80 of the decision).

Article 6 § 1

Fair hearing – Privilege against self-incrimination – Use in criminal prosecution for torture of statements made on a confidential basis in asylum proceedings – Purpose of confidentiality in asylum proceedings – Absence of coercion – Practice of confidentiality no bar to condign punishment

*

* *

Facts

The applicants, Afghan nationals, were high-ranking officers in the former military-intelligence service of the communist regime (KhAD/WAD). They requested asylum in the Netherlands shortly after the fall of that regime. In the course of the asylum proceedings, they were required to state the truth about their reasons for seeking asylum, including their careers in KhAD/WAD. Their requests for asylum were refused but they were not deported because they risked being subjected to treatment proscribed by Article 3 of the Convention in Afghanistan. They were, however, prosecuted for offences they had committed there. Both men were convicted of war crimes. H. was also convicted of complicity in torture.

In their applications to the Court, the applicants complained under Article 6 § 1 of the Convention that they had been convicted on the basis of incriminating statements they had made in the asylum proceedings under coercion and in return for a promise of confidentiality, and that they had been confronted with their statements during the criminal investigation.

1. This summary by the Registry does not bind the Court.

Law

Article 6 § 1: Although they were denied refugee status, neither applicant was deported or extradited. Instead, they were allowed to remain in the Netherlands and thus to enjoy the protection of the Netherlands State *de facto*. The Netherlands and Afghanistan were both Parties to the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment and to the Geneva Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. Under the *aut dedere aut iudicare* principle enshrined in these conventions, it was not merely the right but the bounden duty of the Netherlands to prosecute the applicants for any acts of torture which they might have committed elsewhere.

As regards the use in the criminal proceedings of the statements made by the applicants in the asylum proceedings, the applicants had entered the Netherlands of their own accord, asking for its protection. To that end, they had been required to satisfy the Netherlands government that their stated fear of persecution was well-founded. Since they bore the burden of proof, there was nothing incongruous in the government's demanding the full truth from them. The suggestion that their statements to the immigration authorities were extracted under coercion was therefore baseless.

The promise of confidentiality in asylum proceedings is intended to ensure that asylum-seekers' statements do not come to the knowledge of the very entities or persons from whom they need to be protected. Conversely, a practice of confidentiality appropriate to the processing of asylum requests should not be allowed to shield the guilty from condign punishment. Consequently, once the applicants' statements were in the government's possession the deputy minister had not been precluded by Article 6 of the Convention from transferring them to the public prosecution service, another subordinate government body, to be used within its area of competence.

Finally, the fact that the applicants were confronted during the criminal investigation with the statements they had made during the asylum proceedings had no bearing on the fairness of the criminal proceedings. The applicants were heard under caution and enjoyed the right to remain silent and neither applicant ever admitted torture, or any other crimes, either during the asylum proceedings or during the criminal proceedings. It was not, therefore, the case that they were induced to make a confession that was afterwards used to ground their conviction (compare *Gäfgen v. Germany* [GC], no. 22978/05, ECHR 2010).

Conclusion: inadmissible (manifestly ill-founded).

Case-law cited by the Court

Allan v. the United Kingdom, no. 48539/99, ECHR 2002-IX

Coëme and Others v. Belgium, nos. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 and 33210/96, ECHR 2000-VII

Engel and Others v. the Netherlands, 8 June 1976, Series A no. 22

Funke v. France, 25 February 1993, Series A no. 256-A

Gäfgen v. Germany [GC], no. 22978/05, ECHR 2010

John Murray v. the United Kingdom, 8 February 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-I

M.M. v. the Netherlands (dec.), no. 39339/98, 21 May 2002

Quinn v. Ireland, no. 36887/97, 21 December 2000

Saunders v. the United Kingdom, 17 December 1996, *Reports* 1996-VI

In the case of H. and J. v. the Netherlands,

The European Court of Human Rights (Third Section), sitting on 13 November 2014 as a Chamber composed of:

Josep Casadevall, *President*,

Luis López Guerra,

Ján Šikuta,

Dragoljub Popović,

Kristina Pardalos,

Valeriu Grițco,

Iulia Antoanella Motoc, *judges*,

and Stephen Phillips, *Section Registrar*,

Having regard to applications nos. 978/09 and 992/09 lodged on 7 January 2009,

Having deliberated, decides as follows:

THE FACTS

1. The first applicant, Mr H., was born in 1948 and lives in Boskoop. The second applicant, Mr J., was born in 1946 and lives in Benschop. Both applicants are Afghan nationals; both were represented before the Court by Mr G.G.J. Knoops and Ms J.M. Eelman, lawyers practising in Amsterdam.

2. The facts of the cases, as submitted by the applicants and as apparent from documents available to the public, may be summarised as follows.

A. Historical background

3. Between 1978 and 1992 Afghanistan was a communist dictatorship. It had an intelligence and secret-police organisation called (in Pashto) *Khadamat-e Aetela'at-e Dawlati* (State Intelligence Agency), better known by its acronym KhAD, which became *Wizarat-i Amaniyat-i Dawlati* (Ministry for State Security), known as WAD, in 1986.

B. Asylum proceedings

1. Mr H.

4. Mr H. requested admission as a refugee (*toelating als vluchteling*) in the Netherlands on 24 September 1992, shortly after his arrival.

5. On 5 October 1992 Mr H. was questioned about the reasons for his asylum request by an official of the Immigration and Naturalisation Service (*Immigratie- en naturalisatiedienst*). The report drawn up by the official states that Mr H. was warned of the importance of the interview and asked to tell the truth.

6. Mr H. gave a summary of his career as an army officer. From being a major in 1979-80, he had been promoted to command a brigade by 1981. He had afterwards become the head of security of the Ministry of Internal Affairs, then head of intelligence and military counter-espionage. Around 1987 he had in addition become Deputy Minister of security and a member of the Central Committee of the Democratic People's Party (Afghanistan's ruling Communist Party). In 1991 Mr H. had been appointed military attaché at the Afghan embassy in Moscow; he felt this to be a demotion. After the overthrow of the communist regime in 1992, he had sought asylum in the Netherlands.

7. A further interview (*nader gehoor*) took place on 1 and 8 March 1993. The reporting official took down the following statement from Mr H.:

“I do not yet know what I will state but I want the statement you are about to take from me to be treated confidentially. Furthermore, I do not wish a copy of this report to go to the Legal Aid Bureau [*bureau voor rechtshulp*].”

8. Mr H. gave further details of his career. A brigadier in 1982, he had become the head of the military wing of KhAD within the Ministry of Internal Affairs. In 1982 he had been transferred to the Ministry of Defence to head that Ministry's own KhAD department. In early 1984 the KhAD directorates of the Ministries of Internal Affairs and Defence had been merged into one directorate, with Mr H. as its head; this had brought with it his promotion to the rank of lieutenant general. In early 1985 he had been appointed Deputy Director of KhAD. When KhAD was turned into an independent ministry, WAD, Mr H. had become the Deputy Minister responsible for military intelligence. In 1988 Mr H. had been promoted to colonel general and appointed to the Central Committee of the Democratic People's Party. Mr H. denied that acts of torture had been committed by him or under his responsibility.

9. On 1 February 1994 the head of the Immigration and Naturalisation Service gave a decision on behalf of the Deputy Minister of Justice (*staatssecretaris van justitie*) dismissing Mr H.'s request for asylum. It noted Mr H.'s high rank and responsible position within KhAD/WAD. Rejecting Mr H.'s denials as “bald and implausible statements”, the decision stated that it was common knowledge that the Afghan KhAD/WAD “was guilty of torture and other very serious human rights violations on a considerable scale”. Even supposing that Mr H. had not actually ordered any acts of torture, he had to be considered to have acquiesced in, and permitted, such practices. There were accordingly grounds to assume that Mr H. had been guilty (in a leadership role or as a co-perpetrator or accomplice) of crimes against humanity within the meaning of Article 1F, introductory sentence and (a), of the 1951 United Nations Convention Relating to the Status

of Refugees (“the 1951 Refugee Convention”) and Article 1 § 1 of the United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, or in the alternative that he had been guilty of acts within the meaning of Article 1F, introductory sentence and (c), of the 1951 Refugee Convention, that is, acts contrary to the purposes and principles of the United Nations.

10. It would appear that Mr H. challenged this decision in the competent administrative tribunals but without success. However, he was not deported from the Netherlands.

2. *Mr J.*

(a) **Asylum proceedings**

11. Mr J. requested admission as a refugee in the Netherlands on 31 May 1996, shortly after his arrival.

12. On 7 and 10 June 1996 Mr J. was questioned about the reasons for his request. It is reflected in the report drawn up by the reporting official that Mr J. had been informed of the importance of the interview as part of the asylum proceedings and warned not to withhold any information concerning his asylum request, and that he had been told that all information given would be treated as confidential.

13. Mr J. stated that he had been an army officer holding the rank of general under the former communist regime, that he had worked for the interrogation service of WAD and that he had received training in the former Soviet Union. He had been the head of the interrogation department of the military department of KhAD/WAD from 1979 until 1989. He denied all knowledge of torture under his responsibility.

14. Mr J. was recognised as a refugee within the meaning of the 1951 Refugee Convention on an unknown date.

(b) **Withdrawal of asylum**

15. On 7 January 1999 a supplementary interview (*aanvullend gehoor*) with Mr J. took place. The interviewing official told Mr J. that he could speak freely and that everything discussed would be treated as confidential.

Mr J. admitted that KhAD/WAD “did not take human rights seriously” and stated that Mr H. had been responsible for “the deaths of many tens of thousands of Afghans” but denied personal involvement in acts of torture.

16. On 31 July 2000 the Deputy Minister of Justice gave a decision withdrawing recognition of Mr J.’s refugee status. The decision cites an official report by the Ministry of Foreign Affairs that describes, among other things, the organisation and methods of KhAD/WAD and the recruitment

and training of its members and concludes that all non-commissioned and commissioned officers of that organisation were personally implicated in “arresting, interrogating, torturing and sometimes executing suspects”. The decision states that Mr J., who was head of the interrogation department of the military department of KhAD and was promoted to the rank of general, must necessarily have been aware of the acts of torture and maltreatment for which he bore command responsibility, despite his denials. The decision is grounded on Article 1F of the 1951 Refugee Convention.

17. Mr J. was not deported from the Netherlands.

C. Handover to the public prosecutor

18. On 31 July 2000 the Deputy Minister of Justice forwarded the decision withdrawing recognition of Mr J.’s refugee status to the public prosecutor (*officier van justitie*) with a request to consider whether Mr J. could be prosecuted.

19. On 4 September 2000 the Deputy Minister of Justice forwarded the decision refusing Mr H. admission as a refugee to the public prosecutor, also with the request to consider the possibility of prosecution.

D. The police investigation

20. On 4 March 2004 Mr J. was heard as a witness in a criminal investigation against Mr H. by two criminal investigators. The investigators cautioned Mr J. and explained to him that he did not have to answer questions that might incriminate him.

21. Mr J. admitted that he had been a subordinate of Mr H. but denied that he or Mr H. had been responsible for torture; according to him, any such acts had been committed by the civilian arm of KhAD/WAD, not by the military arm.

22. Another police report, dated 21 October 2004 and prepared for submission to the public prosecutor, summarises information incriminating Mr J. obtained from diverse sources. It includes pointed references to Mr J.’s statements to the Immigration and Naturalisation Service. It also includes a reference to an official report by the Ministry of Foreign Affairs from which it appears that torture was systematic in KhAD/WAD interrogation and detention centres, and quotations from statements made by other persons.

23. On 27 November 2004 Mr H. was arrested and questioned. The official record shows that he was informed of the crimes of which he was suspected and told that he was under no obligation to answer questions. His statement, as taken down by the police interrogators, included the allegation that he had acted to prevent and, if necessary, punish acts amounting to

maltreatment committed by his subordinates. He also denied that Mr J. had been involved in any acts of torture while under his command.

E. Criminal proceedings

24. The applicants were tried in parallel but separately before the Regional Court (*rechtbank*) of The Hague. They were charged in their respective capacities as members of the KhAD bearing command responsibility with having, *inter alia*, subjected civilian and non-combatant enemy prisoners to electric shocks, beaten them with sticks and other objects, subjected them to cold and sleep deprivation, and compressed their fingers between a door and the door frame after which (in one case) a prisoner's finger had to be amputated, which was done with a pair of scissors and without anaesthetic; or in the alternative, deliberately allowing these acts to be committed by subordinates.

1. Mr H.

(a) Proceedings in the Regional Court

25. On 8 and 9 August 2005 witnesses were heard by an investigating judge (*rechter-commissaris*) at the Netherlands embassy in Kabul, including an alleged victim of torture, A.G.T. The public prosecutor was present. Mr H.'s counsel did not attend. The official record states that she had been offered the opportunity to put questions in writing but had not done so.

26. It is apparent that Mr H.'s counsel had not been able to obtain private insurance for the journey to Kabul. The applicant has submitted a public statement by the Netherlands Ministry of Foreign Affairs strongly advising Netherlands nationals against travelling to Afghanistan, including to Kabul, at that time in view of the dangers resulting from hostile action.

27. The Regional Court gave judgment on 14 October 2005. It convicted Mr H. of complicity (*medeplegen*) in torture, contrary to section 1(1) of the Convention against Torture (Implementation) Act (*Uitvoeringswet Folterverdrag*), and of deliberately permitting a subordinate to violate the laws and customs of war by joining in the commission of acts of violence against persons and by causing grievous bodily harm, contrary to sections 8 and 9 of the War Crimes Act (*Wet Oorlogsstrafrecht*).

28. Concerning the use in evidence of Mr H.'s statements in the immigration proceedings, the Regional Court found that these statements had not been taken for the purpose of any criminal investigation or prosecution but solely to determine his claims under immigration law.

29. As regards the witness A.G.T., the Regional Court found that the possibilities offered to the defence to cross-examine him – which had

included the possibility to put questions in writing, and even to ask for a video-conference – had been adequate. At all events, A.G.T.’s statement was consistent with, and adequately supported by, other evidence.

30. The transfer of the file of the asylum proceedings to the public prosecution service had admittedly interfered with Mr H.’s rights under Article 8 of the Convention, but this interference had been necessary for the prosecution of crimes amounting to war crimes and thus served a “pressing social need”.

31. The Regional Court sentenced Mr H. to twelve years’ imprisonment.

(b) Proceedings before the Court of Appeal

32. Mr H. appealed to the Court of Appeal (*gerechtshof*) of The Hague.

33. The Court of Appeal gave judgment on 29 January 2007. It quashed the judgment of the Regional Court on technical grounds; then, like the Regional Court, it found Mr H. guilty of complicity in torture, contrary to section 1(1) of the Convention against Torture (Implementation) Act, and of deliberately permitting a subordinate to violate the laws and customs of war by joining in the commission of acts of violence against persons and by causing grievous bodily harm, contrary to sections 8 and 9 of the War Crimes Act, and sentenced him to twelve years’ imprisonment.

34. As regards the use made of the statements given by Mr H. in the asylum proceedings, the Court of Appeal first found that the case was distinguishable from *Saunders v. the United Kingdom* (17 December 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-VI). Unlike the applicant in that case, Mr H. had not been forced on pain of punishment to give information that was afterwards used against him at his trial. Rather, Mr H. had voluntarily subjected himself to the Netherlands immigration procedures, which entailed for him the obligation to give information about himself. Moreover, the use made of the information thus obtained was not the same as in the *Saunders* case: Mr H. had denied all wrongdoing, and the only incriminating information he had given related to his high rank within KhAD/WAD.

35. The Court of Appeal considered, like the Regional Court, that, while the transfer of the file of the asylum proceedings to the prosecuting authorities constituted an interference with Mr H.’s right to respect for his “private life”, within the meaning of Article 8 of the Convention, the importance of prosecuting crimes amounting to war crimes provided adequate justification.

(c) Proceedings before the Supreme Court

36. Mr H. lodged an appeal on points of law (*cassatie*) with the Supreme Court (*Hoge Raad*). In the part relevant to the present case, he complained of the use in evidence of the statement of the witness A.G.T., alleging that the defence had been denied a proper opportunity to cross-examine him.

37. The advisory opinion (*conclusie*) of the Advocate General included a quotation from the official record of a hearing of the Court of Appeal, from which it appeared that Mr H.'s counsel had admitted that the defence had in the meantime been given the opportunity to cross-examine the witness A.G.T. and had made use of it.

38. On 8 July 2008 the Supreme Court delivered its judgment (ECLI:NL:HR:2008:BC7418) dismissing the appeal on points of law in its entirety. It summarily dismissed Mr H.'s above-mentioned complaint (see paragraph 36 above).

2. *Mr J.*

(a) Proceedings before the Regional Court

39. The Regional Court gave judgment on 14 October 2005. It convicted Mr J. of participating in violations of the laws and customs of war in that he had committed acts of violence against persons and in that he had caused grievous bodily harm, contrary to section 8 of the War Crimes Act and Article 47 of the Criminal Code and sentenced him to nine years' imprisonment. Its reasoning, as relevant to the case before the Court, was identical to that in Mr H.'s case (see paragraphs 28 and 30 above).

(b) Proceedings before the Court of Appeal

40. Mr J. appealed to the Court of Appeal of The Hague.

41. The Court of Appeal gave judgment on 29 January 2007. It quashed the judgment of the Regional Court on technical grounds; then, like the Regional Court, it found Mr J. guilty of having participated in violations of the laws and customs of war in that he had committed acts of violence against persons and had caused grievous bodily harm and sentenced him to nine years' imprisonment. Its reasoning was identical, in the relevant respects, to that in the judgment convicting Mr H. (see paragraphs 34-35 above).

(c) Proceedings before the Supreme Court

42. Mr J. lodged an appeal on points of law with the Supreme Court. As relevant to the present case, he complained of the use by the criminal courts

of his statements in the asylum proceedings, which statements had, in his submission, been obtained by coercion.

43. The advisory opinion (*conclusie*) of the Advocate General stated that the asylum proceedings had not been a subterfuge used to circumvent the criminal suspect's right to silence, and had not otherwise been linked to the criminal proceedings. The case differed from those of *Saunders* (cited above) and *Funke v. France* (25 February 1993, Series A no. 256-A), decided by the Court, in that there had been no use made of a separate procedure to elicit a confession from the suspect with the aim of using it against him.

44. While an asylum-seeker was required to provide complete and accurate information, this served the need to assess properly the asylum claim, as the State whose protection was sought had the right and the duty to do. The asylum-seeker might feel pressurised into speaking (although Mr J. had "clearly" been less than "entirely frank"), but this did not amount to coercion comparable to that considered in *Saunders* and *Funke* (both cited above). Nor could the Immigration and Naturalisation Service's undertaking to deal confidentially with the information thus obtained be construed as a promise not to divulge it to the prosecuting authorities.

45. The transfer of the file from the asylum proceedings to the prosecuting authorities nonetheless raised an issue under Article 8 of the Convention. As it was, however, a statutory basis for this existed, namely section 43(b) of the Personal Data Protection Act (*Wet bescherming persoonsgegevens*), and the suspicion that serious war crimes had been committed provided sufficient justification. If in a particular case a criminal suspect could not be deported to his country of origin because of the fate that probably awaited him there, given his former position and his actions as an official serving a previous, repressive regime, it did not follow that he should for that reason enjoy impunity.

46. The Supreme Court gave judgment on 8 July 2008 dismissing Mr J.'s appeal with summary reasoning (ECLI:NL:HR:2008:BC7421; English translation published by the Government ECLI:NL:HR:2008:BG1477). As relevant to the case before the Court, it endorsed and adopted as its own the reasoning put forward by the Advocate General in his advisory opinion.

F. Relevant domestic law

47. At the relevant time, domestic legislation relevant to the case provided as follows.

1. *General administrative law*

The General Administrative Law Act (*Algemene wet bestuursrecht*)

Section 4.2

“(1) A request [*aanvraag*] [for an administrative decision] shall be signed and shall comprise, at least:

- (a) the name and address of the person making it;
- (b) the date;
- (c) an indication of the decision requested.

(2) The person making the request shall in addition submit the information and documents needed for the decision to be made on the request and which he can reasonably obtain.”

2. *Immigration law*

(a) The 1965 Aliens Act (*Vreemdelingenwet*)

Section 15

“(1) Aliens coming from a country where they have a well-founded reason to fear persecution on account of their religious, philosophical or political convictions, or of belonging to a particular race or a particular social group, may apply to the Minister of Justice for admission as refugees.

(2) Admission cannot be refused, except for weighty reasons derived from the general interest, if the alien would as a result be compelled to travel to a country as referred to in the first paragraph. ...”

(b) The Aliens Decree (*Vreemdelingenbesluit*)

Section 65

“Aliens shall be obliged to provide to an official charged with guarding the borders or the supervision of aliens all information and to show them any and all documents in their possession which may serve to establish:

- (a) their identity, nationality, civil status, profession, and their present and former places of residence or abode, with the addresses;
- (b) the date, place and means of their entry into the Netherlands;
- (c) the purpose and duration of their intended stay in the Netherlands;
- (d) the [financial] means which they have at their disposal for the purpose of their stay in the Netherlands, or which they can obtain.”

3. *Protection of personal data*

The Personal Data Protection Act

Section 9

“(1) Personal data shall not be further processed in a way which is incompatible with the purposes for which they are obtained.”

Section 43

“The person responsible ([*verantwoordelijke*] that is, the natural person, legal person, administrative body or any other entity which, alone or in conjunction with others, determines the purpose of and means for processing personal data; section 1(d) of the Personal Data Protection Act) may decide not to apply section 9(1) ... in so far as this is necessary in the interests of:

- (a) national security;
- (b) the prevention, investigation and prosecution of criminal acts;
- ...”

4. *Domestic general criminal law and procedure*

(a) Criminal Code (*Wetboek van Strafrecht*)

Article 47

“1. The following persons shall be punished as perpetrators of a criminal act [*daders van een strafbaar feit*]:

- 1°. anyone who commits such an act, has someone else commit it or participates in its commission;
- 2°. anyone who, by gifts, promises, abuse of authority, violence, threats or deceit, or by providing the opportunity, the means or information, intentionally solicits the commission of such an act. ...”

(b) Code of Criminal Procedure

Article 162

“1. Public bodies and officials [*openbare colleges en ambtenaren*] who, in discharging their duties, become aware of an indictable offence [*misdrif*] which they themselves are not responsible for investigating shall report the offence without delay and hand over any documents relevant to the case to the public prosecutor or one of his assistant public prosecutors [*hulpofficieren van justitie*],

...

- (b) if the indictable offence was committed by an official [*ambtenaar*] who in so doing breached a specific official duty or made use of any power, opportunity or means available to him by virtue of his official position, or

(c) if the indictable offence entails the breach or unlawful application of a regulation which it is their duty to implement or to enforce. ...”

5. *Domestic legislation on war crimes and torture*

(a) **The War Crimes Act**

Section 1

“ ...

(3) The expression ‘war’ shall be interpreted so as to include civil war (*burgeroorlog*).”

Section 3

“Without prejudice to the relevant provisions of the Criminal Code [*Wetboek van Strafrecht*] and the Military Criminal Code [*Wetboek van Militair Strafrecht*], Netherlands criminal law shall apply:

(1) to any person who, outside the realm in Europe [that is, the Netherlands proper], commits a crime as set out in sections 8 and 9;

...”

Section 8

“(1) Anyone who commits a violation of the laws and customs of war shall be liable to a term of imprisonment not exceeding ten years ...

(2) A term of imprisonment not exceeding fifteen years ... shall be imposed:

1° if the criminal act is liable to result in someone else’s death or cause them severe bodily injury;

2° if the criminal act involves inhuman treatment;

3° if the criminal act involves forcing someone else to do something, not to do something or suffer something to happen;

4° if the criminal act involves looting.

(3) Life imprisonment or a temporary term of imprisonment not exceeding twenty years ... shall be imposed:

1° if the criminal act results in someone else’s death or causes them severe bodily injury or involves rape;

2° if the criminal act involves violence by a plurality of persons acting in concert [*geweldpleging met verenigde krachten*] against one or more persons or violence against a dead, sick or injured person;

3° if the criminal act involves the destruction, damaging, putting beyond use or hiding, by a plurality of persons acting in concert, of any property belonging to someone else in whole or in part;

4° if the criminal act set out under sub-paragraphs 3° or 4° of the preceding paragraph is committed by a plurality of persons acting in concert;

5° if the criminal act is an expression of a policy of systematic terror or unlawful action [*wederrechtelijk optreden*] against the entire population or a particular group thereof;

6° if the criminal act involves the breaking of a promise or the breaking of an agreement entered into as such with the opposing party;

7° if the criminal act involves the misuse of a flag or emblem protected by the laws and customs of war or the military distinctive signs or uniform of the opposing party.”

Section 9

“The same punishment as threatened against the acts referred to in the previous article shall be imposed on whoever deliberately allows such an act to be committed by a subordinate.”

(b) The Convention against Torture (Implementation) Act

Section 1

“(1) Maltreatment committed by a civil servant or a person otherwise in government service in the exercise of his official functions against someone who is deprived of his liberty with intent to extract from them information or a confession, to punish them, instil fear in them or another person or force them to do something or suffer something to happen, or with contempt for their claims to human equality, shall, if these acts are of such a nature that they may further the intended aim, be punishable as an act of torture with a term of imprisonment not exceeding fifteen years or a fifth-category fine.

(2) The deliberate infliction of a condition of great fear or another form of serious mental distress [*geestelijke ontreddering*] shall be regarded as maltreatment.

(3) If the act results in death, the guilty person shall be punished with life imprisonment or a term of imprisonment not exceeding twenty years or a fifth-category fine.”

Section 2

“The same punishment as that applicable to the acts referred to in the preceding section shall be imposed on:

(a) a civil servant or a person otherwise in government service who solicits the form of maltreatment referred to in section 1 by one of the means stated in Article 47 § 1, sub-paragraph 2, of the Criminal Code or who deliberately allows another person to commit such form of maltreatment;

(b) anyone who commits the form of maltreatment referred to in section 1, if a civil servant or a person otherwise in government service has solicited it by one of the means stated in Article 47 § 1, sub-paragraph 2, of the Criminal Code or has deliberately allowed it.”

Section 5

“Netherlands criminal law shall apply to anyone who commits one of the indictable offences [*misdrijven*] defined in sections 1 and 2 of the present Act.”

6. *Relevant domestic case-law*

48. In a decision of 11 November 1997 reported in the *Nederlandse Jurisprudentie* (Netherlands Law Reports) 1998 (no. 463), the Supreme Court held as follows.

“5.2. That it certainly was the Government’s intention to comply in full with that treaty obligation [to criminalise all serious breaches of the four 1949 Geneva Conventions] is apparent from, among other things, the parliamentary history of that Act, in particular from the Explanatory Memorandum [*Memorie van Toelichting*] and the Memorandum in Reply [*Memorie van Antwoord*] pertaining to the Bill in question, which respectively include the following passages:

‘When another power that is a party to the violated Convention does not request the transfer [*overlevering*] of a prisoner of war who is in the hands of the Netherlands, it should be possible for him to be tried by a Netherlands court, even though the indictable offence may have been committed abroad, and even if the criminal act has not been committed against a Netherlands national or harms no Netherlands interest.’

and

‘The provision enacted in section 3(1) grants the Netherlands courts jurisdiction to try war crimes, regardless of by whom and where they have been committed, that is to say also in those cases in which the indictable offence has been committed by a non-Netherlands national outside the Netherlands in a war to which our country is not a party. It is rightly pointed out in the Provisional Report [*Voorlopig Verslag*] that this provision is to be seen as an application of the so-called principle of universality.’

5.3. In view of the finding contained in paragraph 5.2 above, a reasonable interpretation of the law, in accordance with the legislature’s intention to comply in full with the treaty obligations entered into by the Netherlands, makes it necessary to understand section 1 of the War Crimes Act – despite its, to that extent, opaque wording – in such a way that the limitations comprised in subsections 1, 2 and 3 respectively of section 1 of the War Crimes Act have no bearing on sections 8 and 9, and to that extent, not on section 3 ... either.”

G. Relevant international law

1. *The 1949 Geneva Conventions*

49. The Kingdom of the Netherlands and Afghanistan are both Parties to the 1949 Geneva Conventions (Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field;

Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea; Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War; and Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War). The Kingdom of the Netherlands ratified them on 3 August 1954. Afghanistan did so on 26 September 1956. Both States were among the original signatories when the four Geneva Conventions were opened for signature on 12 August 1949; neither has entered any reservation.

50. Article 3 common to all four 1949 Geneva Conventions reads as follows.

“In the case of armed conflict not of an international character occurring in the territory of one of the High Contracting Parties, each Party to the conflict shall be bound to apply, as a minimum, the following provisions:

(1) Persons taking no active part in the hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed ‘hors de combat’ by sickness, wounds, detention, or any other cause, shall in all circumstances be treated humanely, without any adverse distinction founded on race, colour, religion or faith, sex, birth or wealth, or any other similar criteria.

To this end, the following acts are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever with respect to the above-mentioned persons:

- (a) violence to life and person, in particular murder of all kinds, mutilation, cruel treatment and torture;
- (b) taking of hostages;
- (c) outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment;
- (d) the passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgment pronounced by a regularly constituted court, affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples.

(2) The wounded and sick shall be collected and cared for.

An impartial humanitarian body, such as the International Committee of the Red Cross, may offer its services to the Parties to the conflict.

The Parties to the conflict should further endeavour to bring into force, by means of special agreements, all or part of the other provisions of the present Convention.

The application of the preceding provisions shall not affect the legal status of the Parties to the conflict.”

51. The relevant parts of Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War additionally provide as follows.

Article 146

“The High Contracting Parties undertake to enact any legislation necessary to provide effective penal sanctions for persons committing, or ordering to be committed, any of the grave breaches of the present Convention defined in the following Article.

Each High Contracting Party shall be under the obligation to search for persons alleged to have committed, or to have ordered to be committed, such grave breaches, and shall bring such persons, regardless of their nationality, before its own courts. It may also, if it prefers, and in accordance with the provisions of its own legislation, hand such persons over for trial to another High Contracting Party concerned, provided such High Contracting Party has made out a ‘prima facie’ case.

Each High Contracting Party shall take measures necessary for the suppression of all acts contrary to the provisions of the present Convention other than the grave breaches defined in the following Article.

In all circumstances, the accused persons shall benefit by safeguards of proper trial and defence, which shall not be less favourable than those provided by Article 105 and those following of the Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War of August 12, 1949.”

Article 147

“Grave breaches to which the preceding Article relates shall be those involving any of the following acts, if committed against persons or property protected by the present Convention: wilful killing, torture or inhuman treatment, including biological experiments, wilfully causing great suffering or serious injury to body or health, unlawful deportation or transfer or unlawful confinement of a protected person, compelling a protected person to serve in the forces of a hostile Power, or wilfully depriving a protected person of the rights of fair and regular trial prescribed in the present Convention, taking of hostages and extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly.”

2. The Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment

52. The Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment was adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly Resolution 39/46 of 10 December 1984. It came into force on 26 June 1987. Both the Netherlands and Afghanistan signed it on 4 February 1985. Afghanistan ratified it on 1 April 1987; the Netherlands, on 21 December 1988.

53. In its relevant parts, it reads as follows.

Article 1

“1. For the purposes of this Convention, the term ‘torture’ means any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a

confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions.

2. This article is without prejudice to any international instrument or national legislation which does or may contain provisions of wider application.”

Article 2

“1. Each State Party shall take effective legislative, administrative, judicial or other measures to prevent acts of torture in any territory under its jurisdiction.

2. No exceptional circumstances whatsoever, whether a state of war or a threat of war, internal political instability or any other public emergency, may be invoked as a justification of torture.

3. An order from a superior officer or a public authority may not be invoked as a justification of torture.”

Article 3

“1. No State Party shall expel, return (*refouler*) or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture.

2. For the purpose of determining whether there are such grounds, the competent authorities shall take into account all relevant considerations including, where applicable, the existence in the State concerned of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights.”

Article 4

“1. Each State Party shall ensure that all acts of torture are offences under its criminal law. The same shall apply to an attempt to commit torture and to an act by any person which constitutes complicity or participation in torture.

2. Each State Party shall make these offences punishable by appropriate penalties which take into account their grave nature.”

Article 5

“1. Each State Party shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the offences referred to in article 4 in the following cases:

(a) When the offences are committed in any territory under its jurisdiction or on board a ship or aircraft registered in that State;

(b) When the alleged offender is a national of that State;

(c) When the victim is a national of that State if that State considers it appropriate.

2. Each State Party shall likewise take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over such offences in cases where the alleged offender is present in any territory under its jurisdiction and it does not extradite him pursuant to article 8 to any of the States mentioned in paragraph I of this article.

3. This Convention does not exclude any criminal jurisdiction exercised in accordance with internal law.”

Article 6

“1. Upon being satisfied, after an examination of information available to it, that the circumstances so warrant, any State Party in whose territory a person alleged to have committed any offence referred to in article 4 is present shall take him into custody or take other legal measures to ensure his presence. The custody and other legal measures shall be as provided in the law of that State but may be continued only for such time as is necessary to enable any criminal or extradition proceedings to be instituted.

2. Such State shall immediately make a preliminary inquiry into the facts.

3. Any person in custody pursuant to paragraph I of this article shall be assisted in communicating immediately with the nearest appropriate representative of the State of which he is a national, or, if he is a stateless person, with the representative of the State where he usually resides.

4. When a State, pursuant to this article, has taken a person into custody, it shall immediately notify the States referred to in article 5, paragraph 1, of the fact that such person is in custody and of the circumstances which warrant his detention. The State which makes the preliminary inquiry contemplated in paragraph 2 of this article shall promptly report its findings to the said States and shall indicate whether it intends to exercise jurisdiction.”

Article 7

“1. The State Party in the territory under whose jurisdiction a person alleged to have committed any offence referred to in article 4 is found shall in the cases contemplated in article 5, if it does not extradite him, submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution.

2. These authorities shall take their decision in the same manner as in the case of any ordinary offence of a serious nature under the law of that State. In the cases referred to in article 5, paragraph 2, the standards of evidence required for prosecution and conviction shall in no way be less stringent than those which apply in the cases referred to in article 5, paragraph 1.

3. Any person regarding whom proceedings are brought in connection with any of the offences referred to in article 4 shall be guaranteed fair treatment at all stages of the proceedings.”

Article 8

“1. The offences referred to in article 4 shall be deemed to be included as extraditable offences in any extradition treaty existing between States Parties. States

Parties undertake to include such offences as extraditable offences in every extradition treaty to be concluded between them.

2. If a State Party which makes extradition conditional on the existence of a treaty receives a request for extradition from another State Party with which it has no extradition treaty, it may consider this Convention as the legal basis for extradition in respect of such offences. Extradition shall be subject to the other conditions provided by the law of the requested State.

3. States Parties which do not make extradition conditional on the existence of a treaty shall recognize such offences as extraditable offences between themselves subject to the conditions provided by the law of the requested State.

4. Such offences shall be treated, for the purpose of extradition between States Parties, as if they had been committed not only in the place in which they occurred but also in the territories of the States required to establish their jurisdiction in accordance with article 5, paragraph 1.”

3. The 1951 United Nations Convention relating to the Status of Refugees as amended by the New York Protocol of 31 January 1967

54. The 1951 United Nations Convention relating to the Status of Refugees was laid open for signature on 28 July 1951. The Netherlands signed it on the same day and ratified it on 3 May 1956. This Convention was amended by the New York Protocol of 31 January 1967, which came into force on 4 October 1967 and to which the Netherlands acceded on 29 November 1968.

55. As currently binding on the Netherlands, and in its relevant parts, it provides as follows.

Article 1
Definition of the term “refugee”

A

“For the purposes of the present Convention, the term ‘refugee’ shall apply to any person who ... owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable, or owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it.”

F

“The provisions of this Convention shall not apply to any person with respect to whom there are serious reasons for considering that:

(a) he has committed a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity, as defined in the international instruments drawn up to make provision in respect of such crimes;

(b) he has committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee;

(c) he has been guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations.”

Article 32

Expulsion

“1. The Contracting States shall not expel a refugee lawfully in their territory save on grounds of national security or public order.

...”

Article 33

Prohibition of expulsion or return (“*refoulement*”)

“1. No Contracting State shall expel or return (*refouler*) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.

...”

H. Relevant domestic policy

56. On 28 November 1997 the Deputy Minister of Justice wrote to the Speaker of the Lower House of Parliament setting out her policy on the grant, refusal and withdrawal of refugee status (Parliamentary Documents, Lower House of Parliament, parliamentary year 1997-98, 19 637, no. 295). The following excerpts are taken from this document.

“Starting points of 1F policy

1. The starting point of the policy concerning Article 1F [of the 1951 Refugee Convention] is that this Article should be construed restrictively, considering also the consequences of exclusion for the person concerned. This starting point is set out in the UNHCR Handbook and in the settled case-law of the Administrative Jurisdiction Division of the Council of State. I construe this starting point in the sense that I take it upon myself to ground exclusion under Article 1F on a painstaking investigation and thorough reasoning. ...

2. In view of the many questions from your House, the critical remarks from society and the concerns of refugee organisations about the consideration of asylum requests from persons suspected of international crimes and violating human rights, I consider it desirable to do justice, whenever possible, to the intention of the 1951 Refugee Convention to protect those who flee injustice, and not those who flee justice. This

means that whenever I have occasion to apply Article 1F, in view of the information available to me about the function of the person concerned, their work, the nature of the organisation in which they were employed, and the political situation in their country of origin, I will not hesitate to do so. I will see to it that the possibilities of applying Article 1F in relation to provisions in international instruments on the basis of which the violation of certain human rights and the commission of certain criminal acts are forbidden are made use of to the best possible effect. In concrete terms, this means that the processing of Article 1F cases will be concentrated in one district of the Immigration and Naturalisation Service, that specialised officials will be responsible for taking the decisions and that training will be organised for these officials in, among other things, the field of humanitarian law of war.

Such an approach is also desirable in connection with the international obligations which the Netherlands has assumed. In this connection I am thinking, in particular, of the four Geneva Conventions of 12 August 1949 relating to the protection of the victims of armed conflict ..., the 1977 Additional Protocols to these Conventions ..., the Genocide Convention ... and the Convention against Torture of 10 December 1984 ... [as regards] crimes committed during (civil) war and torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. It cannot be that when on the one hand the Netherlands has taken upon itself the moral and legal obligation to prevent such crimes, on the other hand it admits persons who have committed these crimes elsewhere as refugees.

3. A final point of departure concerns the attaching of further consequences to exclusion for the position of the person concerned in the Netherlands. The thought underlying the above-mentioned treaties is that persons who have committed the crimes therein proscribed should not be allowed to evade their (international) criminal responsibility. The Netherlands has undertaken, pursuant to these treaties, to take responsibility for either punishing or extraditing persons suspected of these crimes on the basis of the adage *aut dedere aut judicare**. In view of the spirit and purport of these treaties, I will, in such cases, make use of my competence to impose an exclusion order based on section 21 of the Aliens Act [namely, the exclusion of an undesirable alien] on persons excluded from refugee status pursuant to Article 1F. In addition, in all cases in which I have decided to exclude a person from the protection of the 1951 Refugee Convention pursuant to Article 1F, I will inform the Public Prosecution Service accordingly.

It should be stressed that a criminal prosecution is not a necessary condition for the application of Article 1F. Moreover, the standard of proof is much stricter within the framework of a criminal prosecution than within the framework of Article 1F, since in the latter case even 'reasons for considering' [that the person has committed the crimes in issue] are sufficient for its application. In a number of cases there is an obligation to report the case to the Public Prosecution Service. For example, under Article 162 § 1 (b) of the Code of Criminal Procedure in conjunction with Article 6 § 2 of the Convention against Torture, Netherlands officials who have information about acts proscribed by the Convention against Torture committed by a foreign official who has made use of powers, an opportunity or means available to him by virtue of his official position are required to report such acts and hand over the documents relating to the case.

The Public Prosecution Service has a discretion of its own as regards the initiation of a criminal investigation. This means that the Public Prosecution Service will decide, in the light of, *inter alia*, the Immigration and Naturalisation Service case file, to what extent a criminal prosecution is opportune. The Public Prosecution Service can initiate a criminal prosecution based on the Convention against Torture (Implementation) Act, for acts committed after 19 January 1989, the date of the entry into force of that treaty in respect of the Netherlands, and based on the Genocide Convention (Implementation) Act [*Uitvoeringswet Genocideverdrag*] ... and on the War Crimes Act ...

The Supreme Court has recently held that the Netherlands courts are also competent to try war crimes and the like that have been committed in a war in which the Netherlands is not involved, and that the military [criminal] tribunals are competent**.

*(*footnote*): Pursuant to this basic rule, which is derived from Hugo Grotius, States are obliged either to extradite (*aut dedere*) or themselves to try (*aut judicare*) persons who have committed international crimes. This obligation flows from international treaties.

**(*footnote*) [Case-law reference, omitted]"

COMPLAINTS

57. Mr H. and Mr J. both complained under Article 6 § 1 of the Convention that they had been convicted on the basis of incriminating statements which they had made in the asylum proceedings under coercion and in return for a promise of confidentiality, and that they had been confronted with these statements during the criminal investigation.

58. They also complained under Article 8 of the Convention that the use in the criminal proceedings of information from the files of the asylum proceedings constituted a violation of their right to respect for their private life.

59. Mr H., relying on Article 6 § 1 taken together with Article 6 § 3 (d), complained in addition that he had been convicted on the evidence of a witness whom the defence had been prevented from cross-examining.

THE LAW

A. Joinder of the cases

60. The Court considers that the applications should be joined, given their related factual and legal background (Rule 42 § 1 of the Rules of Court).

B. Complaint under Article 6 § 1 of the Convention

...

2. *Whether the complaint is manifestly ill-founded*

64. Both applicants complained of the use made in the criminal proceedings against them of the statements which they had made in the asylum proceedings. They submitted that these statements had been extracted from them under coercion, though with a promise of confidentiality. They also complained of having been confronted with these statements during the criminal investigation. They relied on Article 6 § 1 of the Convention, which, in its relevant part, provides as follows:

“In the determination of ... any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair ... hearing ... by [a] ... tribunal ...”

65. The applicants relied in the first place on what they called the *nemo tenetur* principle, which the Court had recognised in *Funke v. France* (25 February 1993, Series A no. 256-A), *Saunders v. the United Kingdom* (17 December 1996, Reports 1996-VI) and *Quinn v. Ireland* (no. 36887/97, 21 December 2000), as a basic requirement of fairness enshrined in Article 6 § 1 of the Convention under its criminal head.

66. They submitted that they had not had any choice as to whether to make the statements in issue, which had later been used against them by the criminal courts. Not to make those statements would have meant risking denial of residence in the Netherlands and removal to their country of origin. Moreover, in confronting the applicants with their earlier pronouncements in the course of the criminal investigation the investigators had pressurised the applicants into repeating them, thus again incriminating themselves.

67. The Court notes at the outset that the Convention leaves States free to designate as a criminal offence an act or omission not constituting the normal exercise of a right protected by it (see *Engel and Others v. the Netherlands*, 8 June 1976, § 81, Series A no. 22). What is more, in certain cases a duty to prosecute actually derives from international law. From this it must follow that where an individual is reasonably suspected of having committed a criminal offence, the decision to prosecute is not for the Court to review under Article 6 of the Convention (see *M.M. v. the Netherlands* (dec.), no. 39339/98, 21 May 2002).

68. The Court next reiterates that, although the right to remain silent under police questioning and the privilege against self-incrimination (*nemo tenetur se ipsum accusare*, also *nemo tenetur se ipsum prodere*) are not specifically mentioned in Article 6 of the Convention, there can be no doubt that they are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under that Article (see, among other authorities,

John Murray v. the United Kingdom, 8 February 1996, § 45, *Reports* 1996-I, and *Coëme and Others v. Belgium*, nos. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 and 33210/96, § 26, ECHR 2000-VII). Their rationale lies, *inter alia*, in the protection of the accused against improper compulsion by the authorities, thereby contributing to the avoidance of miscarriages of justice and to the fulfilment of the aims of Article 6. The right not to incriminate oneself, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused. In this sense the right is closely linked to the presumption of innocence contained in Article 6 § 2 of the Convention (see *Saunders*, cited above, § 68).

69. The right not to incriminate oneself is primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent (see *Allan v. the United Kingdom*, no. 48539/99, § 50, ECHR 2002-IX). As commonly understood in the legal systems of the Contracting Parties to the Convention and elsewhere, it does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect such as, *inter alia*, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing (see *Saunders*, cited above, § 69). Thus it was that the Court found Article 6 § 1 to have been violated by the bringing of a prosecution with a view to obtaining incriminating documents from the accused himself (*Funke*, cited above, § 44); the use of incriminating evidence secured from the accused himself by inspectors using powers of compulsion (*Saunders*, cited above, § 75); and the sentencing of a criminal suspect to a term of imprisonment for refusing to account for his movements at a particular time (*Quinn*, cited above, §§ 56 and 60).

70. The Court finds, however, that the present case is unlike those cited in the preceding paragraph.

71. To begin with, both the applicants' State of nationality, Afghanistan, and the Netherlands are Parties to the four Geneva Conventions of 1949 (see paragraph 49 above). Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, in its Articles 146 and 147, requires States Parties to criminalise certain acts, including torture; in its Article 146, it requires all States Parties either to extradite or themselves to prosecute individuals suspected of crimes defined as torture (*aut dedere aut judicare*) (see paragraph 51 above). The Netherlands has criminalised the acts in issue in sections 8 and 9 of the War Crimes Act and given itself jurisdiction to try

the crimes in issue by enacting section 3(1) of that Act (see paragraph 47 above).

72. Similarly, both States are Parties to the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (see paragraph 52 above). Article 4 of that treaty requires all States Parties to ensure that torture is criminalised in their domestic law. Articles 5, 7 and 8 of that treaty also enshrine the *aut dedere aut judicare* principle (see paragraph 53 above). The Netherlands has given itself the means to meet these obligations by enacting the Convention against Torture (Implementation) Act (see paragraph 47 above).

73. Mr J. was recognised as a legitimate refugee within the meaning of the 1951 United Nations Convention relating to the Status of Refugees; this status was later withdrawn pursuant to Article 1F of that treaty. Mr H. was denied refugee status from the outset, also under the said Article 1F. Even so, neither applicant was deported or extradited; both were allowed to remain in the Netherlands and thus to enjoy the protection of the Netherlands State *de facto*.

74. It is clear, therefore, that it was not merely the right, but the bounden duty of the Netherlands to prosecute the applicants for any acts of torture which they might have committed elsewhere. This brings the Court to the use made in the criminal proceedings of the statements made by the applicants in the asylum proceedings.

75. The Court notes that the applicants entered the Netherlands of their own accord, asking for its protection. For their entitlement to protection – in the form of safe residence on Netherlands territory (Articles 32 and 33 of the 1951 United Nations Convention relating to the Status of Refugees; see paragraph 55 above) – to be recognised, they were required to satisfy the Netherlands government that their stated fear of persecution was well-founded. Since they bore the burden of proof, the Court finds nothing incongruous in the government's demanding the full truth from them. The suggestion that the applicants' statements to the immigration authorities were extracted under coercion is therefore baseless.

76. The applicants submitted in the second place that they had been required during the asylum proceedings to tell the whole truth, but had not been warned that any statement they might make might be forwarded to the public prosecutor with a view to initiating a criminal investigation and a prosecution.

77. The subordinate government body charged with processing the applicants' asylum claims, the Immigration and Naturalisation Service, promised the applicants that their statements would be treated as confidential. The Court finds this natural. Indeed, it is difficult to imagine

an asylum system functioning properly if asylum-seekers are not given the assurance that their statements will not come to the knowledge of the very entities or persons from whom they need to be protected.

78. Conversely, the Court considers that a practice of confidentiality appropriate to the processing of asylum requests should not be allowed to shield the guilty from condign punishment. Consequently, the Court cannot find that once these statements were in the possession of the government the Deputy Minister of Justice was precluded by Article 6 of the Convention from transferring them to the public prosecution service, another subordinate government body, to be used by it within its area of competence.

79. Finally, the applicants complained of having been confronted during the criminal investigation with the statements which they had made to the Immigration and Naturalisation Service.

80. The fact that the applicants were confronted during the criminal investigation with the statements which they had made during the asylum proceedings has no bearing on the fairness of the criminal proceedings. The Court points out that the applicants were heard under caution and enjoyed the right to remain silent (see paragraphs 20 and 23 above). Moreover, neither applicant ever admitted torture, or any other crimes, either during the asylum proceedings or during the criminal proceedings; it is not, therefore, the case that they were induced to make a confession that was afterwards used to ground their conviction (compare *Gäfgen v. Germany* [GC], no. 22978/05, § 187, ECHR 2010).

81. It follows from the above that this part of the applications is manifestly ill-founded and must be rejected in accordance with Article 35 §§ 3 (a) and 4 of the Convention.

...

For these reasons, the Court unanimously
Decides to join the applications; and
Declares the applications inadmissible.

Stephen Phillips
Registrar

Josep Casadevall
President

H. ET J. c. PAYS-BAS
(Requêtes n^{os} 978/09 et 992/09)

TROISIÈME SECTION

DÉCISION DU 24 NOVEMBRE 2014¹

1. Traduction; original anglais. Extraits.

SOMMAIRE¹**Utilisation dans le cadre d'une procédure pénale pour torture de déclarations faites de manière confidentielle à l'appui d'une demande d'asile**

La promesse de confidentialité faite dans le cadre d'une procédure d'asile a pour but de garantir que les déclarations des demandeurs d'asile ne seront pas portées à la connaissance des entités ou personnes mêmes contre lesquelles ils ont besoin d'être protégés. Inversement, une pratique de confidentialité adaptée au traitement des demandes d'asile ne doit pas permettre aux coupables de se soustraire à une punition méritée. Le fait que des demandeurs d'asile se sont vu opposer durant l'enquête pénale les déclarations qu'ils avaient formulées au cours de la procédure de demande d'asile n'a aucune incidence sur l'équité de la procédure pénale aux fins de l'article 6 § 1 de la Convention (paragraphe 78-80 de la décision).

Article 6 § 1

Procès équitable – Droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination – Utilisation dans le cadre d'une procédure pénale pour torture de déclarations faites de manière confidentielle à l'appui d'une demande d'asile – But de la confidentialité dans le cadre d'une procédure de demande d'asile – Absence de contrainte – Pratique de confidentialité non constitutive d'un obstacle à une punition méritée

*

* *

En fait

Les requérants, des ressortissants afghans, furent des officiers de grade élevé au sein de l'ancien service des renseignements militaires sous le régime communiste (KhAD/WAD). Ils demandèrent l'asile aux Pays-Bas peu après le renversement du régime communiste. Au cours de la procédure de demande d'asile, ils furent invités à dire la vérité au sujet des motifs de leur demande, notamment de leur carrière au sein du KhAD/WAD. Ils virent leurs demandes d'asile rejetées, mais ils ne furent pas expulsés, car ils risquaient d'être soumis en Afghanistan à un traitement contraire à l'article 3 de la Convention. Ils furent toutefois poursuivis pour des infractions qu'ils avaient commises dans ce pays. Ils furent tous deux reconnus coupables de crimes de guerre, et H. de complicité de torture.

Dans leurs requêtes à la Cour, les requérants se plaignaient tous deux sur le terrain de l'article 6 § 1 de la Convention d'avoir été condamnés sur la base de déclarations

1. Rédigé par le greffe, il ne lie pas la Cour.

incriminantes faites, selon eux, sous la contrainte dans le cadre de la procédure d'asile et moyennant une promesse de confidentialité, et de s'être vu opposer ces déclarations au cours de l'enquête pénale.

En droit

Article 6 § 1 : bien que le statut de réfugié ne leur ait pas été accordé, aucun des deux requérants n'a été expulsé ou extradé et les deux ont été autorisés à rester aux Pays-Bas et donc à jouir de la protection de l'État néerlandais *de facto*. Les Pays-Bas et l'Afghanistan sont tous deux parties à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et à la Convention IV de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre. En vertu du principe *aut dedere aut judicare* consacré par ces conventions, les Pays-Bas n'avaient pas simplement le droit mais ils avaient aussi le devoir impérieux de poursuivre les requérants pour tout acte de torture que ceux-ci auraient pu commettre ailleurs.

En ce qui concerne l'utilisation faite pendant la procédure pénale des déclarations formulées par les requérants au cours de la procédure de demande d'asile, la Cour note que les intéressés sont entrés volontairement aux Pays-Bas, demandant la protection de ce pays. Pour avoir droit à cette protection, ils devaient convaincre le gouvernement néerlandais du bien-fondé des craintes de persécution qu'ils avaient exprimées. Considérant que la charge de la preuve leur incombait, il n'y a rien d'incongru au fait qu'on leur ait demandé de dire toute la vérité. L'affirmation selon laquelle les requérants se sont vu extorquer sous la contrainte leurs déclarations aux autorités d'immigration est donc infondée.

La promesse de confidentialité faite dans le cadre d'une procédure d'asile a pour but de garantir que les déclarations des demandeurs d'asile ne seront pas portées à la connaissance des entités ou personnes mêmes contre lesquelles ils ont besoin d'être protégés. Inversement, une pratique de confidentialité adaptée au traitement des demandes d'asile ne doit pas permettre aux coupables de se soustraire à une punition méritée. Par conséquent, une fois ces déclarations en la possession du gouvernement, l'article 6 de la Convention n'empêchait pas le secrétaire d'État à la Justice de les transmettre au parquet, un autre organe subordonné du gouvernement, afin qu'il les utilise dans son domaine de compétence.

Enfin, le fait que les requérants se soient vu opposer durant l'enquête pénale les déclarations qu'ils avaient formulées à l'appui de leur demande d'asile n'a eu aucune incidence sur l'équité de la procédure pénale. Les requérants ont été entendus après avoir reçu un avertissement et ils ont joui du droit de garder le silence. En outre, que ce soit durant la procédure de demande d'asile ou pendant la procédure pénale, aucun des deux requérants n'a jamais reconnu avoir commis des actes de torture ou d'autres infractions; ils n'ont donc pas été incités à livrer des aveux qui ont ensuite été utilisés pour fonder leur condamnation (comparer avec *Gäfgen c. Allemagne* [GC], n° 22978/05, CEDH 2010).

Conclusion : irrecevable (défaut manifeste de fondement).

Jurisprudence citée par la Cour

Allan c. Royaume-Uni, n° 48539/99, CEDH 2002-IX

Coëme et autres c. Belgique, nos 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, CEDH 2000-VII

Engel et autres c. Pays-Bas, 8 juin 1976, série A n° 22

Funke c. France, 25 février 1993, série A n° 256-A

Gäfgen c. Allemagne [GC], n° 22978/05, CEDH 2010

John Murray c. Royaume-Uni, 8 février 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-I

M.M. c. Pays-Bas (déc.), n° 39339/98, 21 mai 2002

Quinn c. Irlande, n° 36887/97, 21 décembre 2000

Saunders c. Royaume-Uni, 17 décembre 1996, *Recueil* 1996-VI

En l'affaire H. et J. c. Pays-Bas,

La Cour européenne des droits de l'homme (troisième section), siégeant le 13 novembre 2014 en une chambre composée de :

Josep Casadevall, *président*,

Luis López Guerra,

Ján Šikuta,

Dragoljub Popović,

Kristina Pardalos,

Valeriu Grițco,

Iulia Antoanella Motoc, *juges*,

et de Stephen Phillips, *greffier de section*,

Vu les requêtes n^{os} 978/09 et 992/09 introduites le 7 janvier 2009,

Après en avoir délibéré, rend la décision suivante :

EN FAIT

1. Le premier requérant, M. H., est né en 1948 et réside à Boskoop. Le second requérant, M. J., est né en 1946 et réside à Benschop. Tous deux sont des ressortissants afghans. Devant la Cour, ils ont été représentés par M^e G.G.J. Knoop et M^e J.M. Eelman, avocats à Amsterdam.

2. Les faits de la cause, tels qu'ils ont été exposés par les requérants et tels qu'ils ressortent de documents publics, peuvent se résumer comme suit.

A. Le contexte historique

3. De 1978 à 1992, l'Afghanistan fut une dictature communiste disposant d'une organisation de renseignement et de police secrète appelée, en langue pashtou, *Khadamat-e Aetela'at-e Dawlati* (service de renseignement d'État), mieux connue sous son acronyme KhAD, qui devint en 1986 le *Wizarat-i Amaniyat-i Dawlati* (ministère de la Sécurité d'État), connu sous l'acronyme WAD.

B. La procédure de demande d'asile

1. M. H.

4. M. H. demanda l'asile (*toelating als vluchteling*) aux Pays-Bas le 24 septembre 1992, peu après son arrivée dans le pays.

5. Le 5 octobre 1992, un fonctionnaire du service de l'immigration et des naturalisations (*Immigratie- en naturalisatiedienst*) l'interrogea sur les motifs de sa demande d'asile. Le procès-verbal établi à cette occasion indique que M. H. avait été averti de l'importance de l'entretien et invité à dire la vérité.

6. M. H. résuma sa carrière d'officier dans l'armée. Commandant en 1979-1980, il aurait été promu commandant de brigade en 1981. Il aurait ensuite été nommé chef de la sécurité au ministère de l'Intérieur, puis chef des renseignements et du contre-espionnage militaire. Vers 1987, il serait en outre devenu vice-ministre de la Sécurité et membre du comité central du Parti démocratique populaire (Parti communiste au pouvoir en Afghanistan). En 1991, M. H. aurait été nommé attaché militaire à l'ambassade d'Afghanistan à Moscou, nomination qu'il aurait ressentie comme une rétrogradation. Après le renversement du régime communiste en 1992, il aurait demandé l'asile aux Pays-Bas.

7. Un autre entretien (*nader geboor*) eut lieu les 1^{er} et 8 mars 1993. Le fonctionnaire chargé d'établir le procès-verbal consigna la déclaration suivante de M. H. :

« Je ne sais pas encore ce que je vais dire, mais je souhaite que la déclaration que vous allez recueillir soit traitée de manière confidentielle. En outre, je ne souhaite pas qu'une copie de ce procès-verbal soit transmise au bureau de l'assistance judiciaire [*bureau voor rechtshulp*]. »

8. M. H. fournit d'autres précisions sur sa carrière. Commandant de brigade en 1982, il serait devenu chef de la branche militaire du KhAD au sein du ministère de l'Intérieur. En 1982, il aurait été transféré au ministère de la Défense pour diriger le département du KhAD relevant de ce ministère. Au début de l'année 1984, les directions du KhAD des ministères de l'Intérieur et de la Défense auraient été regroupées en une seule direction, dont M. H. aurait pris la tête. Il aurait alors été promu lieutenant général. Au début de l'année 1985, il aurait été nommé directeur adjoint du KhAD. Lorsque le KhAD serait devenu un ministère indépendant (le WAD), M. H. serait devenu vice-ministre chargé du renseignement militaire. En 1988, il aurait été promu au grade de colonel-général et nommé au comité central du Parti démocratique populaire. M. H. nia que des actes de torture eussent été commis par lui ou sous sa responsabilité.

9. Le 1^{er} février 1994, le chef du service de l'immigration et des naturalisations rendit au nom du secrétaire d'État à la Justice (*staatssecretaris van justitie*) une décision rejetant la demande d'asile de M. H. Il y notait que celui-ci avait eu un grade élevé et des responsabilités au sein du KhAD/WAD. Rejetant les dénégations de M. H. comme étant des « déclarations sans consistance et peu plausibles », la décision indiquait qu'il était notoire que le KhAD/WAD afghan « était coupable de tortures et d'autres violations très graves des droits de l'homme à une très grande échelle ». D'après la décision, à supposer même que M. H. n'eût pas véritablement ordonné des actes de torture, il y avait lieu de considérer qu'il avait approuvé et autorisé de telles pratiques. Dès lors, il y avait des raisons de penser que M. H. était

coupable (dans son rôle de dirigeant ou en tant que coauteur ou complice) de crimes contre l'humanité au sens de l'article 1F, phrase introductive et alinéa a), de la Convention des Nations unies relative au statut des réfugiés de 1951 («la Convention de 1951 sur les réfugiés») et de l'article 1 § 1 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants («la Convention contre la torture»), ou, à titre subsidiaire, qu'il était coupable d'agissements au sens de l'article 1F, phrase introductive et alinéa c), de la Convention de 1951 sur les réfugiés, c'est-à-dire d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations unies.

10. Il apparaît que M. H. a contesté cette décision devant les juridictions administratives compétentes, mais en vain. Il ne fut toutefois pas expulsé des Pays-Bas.

2. M. J.

a) La procédure de demande d'asile

11. M. J. demanda l'asile aux Pays-Bas le 31 mai 1996, peu après son arrivée dans le pays.

12. Les 7 et 10 juin 1996, il fut interrogé sur les motifs de sa demande. Il ressort du procès-verbal établi par le fonctionnaire à cette occasion que M. J. avait été informé de l'importance de l'entretien dans le cadre de la procédure de demande d'asile, qu'il avait été averti qu'il ne devait pas dissimuler d'informations concernant sa demande d'asile et qu'il lui avait été indiqué que l'ensemble des renseignements communiqués seraient traités de manière confidentielle.

13. M. J. déclara qu'il avait été général dans l'armée sous l'ancien régime communiste, qu'il avait travaillé pour le service des interrogatoires du WAD et qu'il avait été formé dans l'ex-Union soviétique. Il aurait dirigé le service des interrogatoires du département militaire du KhAD/WAD de 1979 à 1989. Il dit ne rien savoir de tortures qui auraient été pratiquées sous sa responsabilité.

14. M. J. se vit reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention de 1951 sur les réfugiés à une date non précisée.

b) Le retrait du statut de réfugié

15. Le 7 janvier 1999, M. J. fut soumis à un interrogatoire supplémentaire (*aanvullend gehoor*). Le fonctionnaire qui mena cet interrogatoire indiqua à M. J. qu'il pouvait parler librement et que tous les points discutés seraient traités de manière confidentielle.

M. J. admit que le KhAD/WAD «ne prenait pas les droits de l'homme au sérieux». Il déclara que M. H. était responsable de «la mort de plusieurs

dizaines de milliers d'Afghans», mais nia toute implication personnelle dans des actes de torture.

16. Le 31 juillet 2000, le secrétaire d'État à la Justice rendit une décision retirant à M. J. le statut de réfugié. La décision citait un rapport officiel du ministère des Affaires étrangères décrivant notamment l'organisation et les méthodes du KhAD/WAD ainsi que le recrutement et la formation de ses membres et concluant que tous les sous-officiers et officiers de cette organisation avaient été impliqués personnellement dans «l'arrestation, l'interrogatoire, la torture, voire l'exécution de suspects». La décision indiquait que M. J., qui dirigeait les interrogatoires de la branche militaire du KhAD et avait été promu au rang de général, devait forcément avoir connaissance, malgré ses dénégations, des actes de torture et des mauvais traitements puisqu'il assumait des responsabilités de commandement. La décision était fondée sur l'article 1F de la Convention de 1951 sur les réfugiés.

17. M. J. ne fut pas expulsé des Pays-Bas.

C. La saisine du procureur

18. Le 31 juillet 2000, le secrétaire d'État à la Justice transmet au procureur (*officier van justitie*) la décision retirant à M. J. le statut de réfugié, accompagnée d'une demande d'examen de la possibilité d'engager des poursuites contre celui-ci.

19. Le 4 septembre 2000, le secrétaire d'État à la Justice transmet au procureur la décision refusant le statut de réfugié à M. H., également accompagnée d'une demande d'examen de la possibilité d'engager des poursuites contre celui-ci.

D. L'enquête de police

20. Le 4 mars 2004, M. J. fut entendu en qualité de témoin par deux enquêteurs dans le cadre d'une enquête pénale dirigée contre M. H. Les enquêteurs informèrent M. J. de ses droits et lui expliquèrent qu'il n'était pas tenu de répondre aux questions susceptibles de l'incriminer.

21. M. J. admit qu'il avait été sous les ordres de M. H., mais nia que lui-même ou M. H. eussent été responsables de tortures; d'après lui, tout acte de ce type avait été commis par la branche civile du KhAD/WAD, et non par sa branche militaire.

22. Un autre rapport de police, daté du 21 octobre 2004 et établi à l'intention du procureur, résumait des informations émanant de diverses sources qui incriminaient M. J. Il renfermait des références appuyées aux déclarations faites par M. J. au service de l'immigration et des naturalisations. Il renvoyait en outre à un rapport officiel du ministère des Affaires

étrangères d'où il ressortait que la torture était pratiquée de façon systématique dans les centres d'interrogatoire et de détention du KhAD/WAD, et contenait des extraits de déclarations faites par d'autres personnes.

23. Le 27 novembre 2004, M. H. fut arrêté et interrogé. Le procès-verbal officiel signalait qu'il avait été informé des infractions dont il était soupçonné et qu'on lui avait indiqué qu'il n'était pas tenu de répondre aux questions. Dans sa déclaration, telle qu'elle fut consignée par les interrogateurs de la police, M. H. alléguait notamment qu'il avait agi pour empêcher et, le cas échéant, punir des actes s'analysant en des mauvais traitements commis par ses subordonnés. Il nia également que M. J. eût été impliqué dans des actes de torture pendant qu'il s'était trouvé sous son commandement.

E. La procédure pénale

24. Les requérants furent jugés parallèlement mais séparément par le tribunal régional (*rechtbank*) de La Haye. Ils furent notamment accusés d'avoir, en leur qualité de membres du KhAD assumant des responsabilités de commandement, administré des décharges électriques à des prisonniers ennemis civils et non combattants, de les avoir frappés avec des bâtons et d'autres objets, de les avoir soumis au froid et privés de sommeil, de leur avoir coincé les doigts entre la porte et le chambranle, à la suite de quoi (dans un cas) un prisonnier avait dû être amputé d'un doigt, ce qui avait été fait à l'aide d'une paire de ciseaux et sans anesthésie ; ou, à titre subsidiaire, d'avoir délibérément autorisé la commission de ces actes par des subordonnés.

1. M. H.

a) La procédure devant le tribunal régional

25. Les 8 et 9 août 2005, un juge d'instruction (*rechter-commissaris*) entendit des témoins à l'ambassade des Pays-Bas à Kaboul, notamment une victime présumée de torture, A.G.T. Le procureur fut présent, mais non l'avocate de M. H. Le procès-verbal officiel indique que celle-ci s'était vu offrir la possibilité de poser des questions par écrit, mais qu'elle ne s'en était pas prévalu.

26. Il apparaît que l'avocate de M. H. n'avait pas réussi à se faire assurer à titre privé pour le séjour à Kaboul. Le requérant a soumis une déclaration publique du ministère néerlandais des Affaires étrangères qui déconseillait vivement aux ressortissants néerlandais de voyager en Afghanistan, y compris à Kaboul, à cette époque en raison des dangers résultant d'actions hostiles.

27. Le tribunal régional rendit son jugement le 14 octobre 2005. Il reconnut M. H. coupable de complicité (*medeplegen*) de torture, contraire à l'article 1 § 1 de la loi d'application de la Convention contre la torture

(*Uitvoeringswet Folterverdrag*), et d'avoir délibérément permis à un subordonné d'enfreindre les lois et coutumes de la guerre en participant à la commission d'actes de violence contre des personnes et en leur causant des dommages corporels graves, en violation des articles 8 et 9 de la loi sur les crimes de guerre (*Wet Oorlogsstrafrecht*).

28. Pour ce qui est de l'utilisation comme preuve des déclarations faites par M. H. dans le cadre de la procédure d'immigration, le tribunal régional estima que ces déclarations n'avaient pas été recueillies aux fins d'une enquête ou de poursuites pénales, mais uniquement pour statuer sur les demandes présentées par l'intéressé au titre de la loi sur l'immigration.

29. En ce qui concerne le témoin A.G.T., le tribunal régional considéra que les possibilités de la défense de le contre-interroger – notamment la possibilité de lui poser des questions par écrit, voire de demander une vidéoconférence – avaient été suffisantes. Quoi qu'il en soit, il estima que la déclaration de A.G.T. cadrait avec les autres éléments de preuve et était corroborée par eux.

30. Pour le tribunal, le transfert au parquet du dossier de la procédure de demande d'asile avait certes constitué une ingérence dans l'exercice par M. H. de ses droits garantis par l'article 8 de la Convention, mais cette ingérence avait été nécessaire à la poursuite d'infractions s'analysant en crimes de guerre et elle répondait donc à un « besoin social impérieux ».

31. Le tribunal régional condamna M. H. à une peine de douze ans d'emprisonnement.

b) La procédure devant la cour d'appel

32. M. H. saisit la cour d'appel (*gerechtshof*) de La Haye.

33. Celle-ci rendit son arrêt le 29 janvier 2007. Elle annula le jugement du tribunal régional pour des motifs procéduraux, puis, à l'instar du tribunal régional, elle reconnut M. H. coupable de complicité de torture, contraire à l'article 1 § 1 de la loi d'application de la Convention contre la torture, et d'avoir délibérément permis à un subordonné d'enfreindre les lois et coutumes de la guerre en participant à la commission d'actes de violence contre des personnes et en leur causant des dommages corporels graves, en violation des articles 8 et 9 de la loi sur les crimes de guerre, et elle le condamna à une peine de douze ans d'emprisonnement.

34. Pour ce qui est de l'utilisation des déclarations formulées par M. H. dans le cadre de la procédure de demande d'asile, la cour d'appel releva d'abord que le cas d'espèce se distinguait de l'affaire *Saunders c. Royaume-Uni* (17 décembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI). Elle nota que, à la différence du requérant dans cette affaire, M. H. n'avait pas été contraint sous la menace d'une sanction de donner des informations qui

avaient ensuite été utilisées à charge à son procès, mais qu'il s'était soumis de son plein gré aux procédures d'immigration néerlandaises, ce qui avait emporté l'obligation pour lui de donner des informations le concernant. Elle ajouta que l'utilisation faite des renseignements ainsi obtenus n'avait pas été la même que dans l'affaire *Saunders*, précitée: M. H. avait nié tout acte répréhensible et la seule information incriminante qu'il avait fournie avait trait à son rang élevé au sein du KhAD/WAD.

35. La cour d'appel estima, comme le tribunal régional, que si le transfert aux autorités de poursuite du dossier de la procédure de demande d'asile constituait une ingérence dans l'exercice par M. H. de son droit au respect de sa «vie privée» au sens de l'article 8 de la Convention, l'importance de la poursuite des infractions s'analysant en crimes de guerre fournissait une justification adéquate à l'ingérence.

c) La procédure devant la Cour suprême

36. M. H. saisit la Cour suprême (*Hoge Raad*) d'un pourvoi en cassation (*cassatie*), dans lequel, dans sa partie pertinente en l'espèce, il se plaignait de l'utilisation comme preuve de la déclaration du témoin A.G.T., alléguant que la défense n'avait pas eu une possibilité adéquate de contre-interroger ce témoin.

37. Dans ses conclusions (*conclusie*), l'avocat général cita un passage du procès-verbal officiel d'une audience devant la cour d'appel dont il ressortait que le conseil de M. H. avait admis que la défense s'était entre-temps vu offrir la possibilité de contre-interroger le témoin A.G.T. et qu'elle en avait usé.

38. Le 8 juillet 2008, la Cour suprême rendit son arrêt (ECLI:NL:HR:2008:BC7418) rejetant le pourvoi en cassation dans son intégralité. Elle écarta sommairement le grief susmentionné de M. H. (paragraphe 36 ci-dessus).

2. M. J.

a) La procédure devant le tribunal régional

39. Le tribunal régional rendit son jugement le 14 octobre 2005. Il reconnut M. J. coupable de participation à des violations des lois et coutumes de la guerre, jugeant qu'il avait commis des actes de violence contre des personnes et qu'il avait causé des atteintes graves à leur intégrité physique, réprimées par l'article 8 de la loi sur les crimes de guerre et l'article 47 du code pénal. Il le condamna à une peine de neuf ans d'emprisonnement. Son raisonnement, sur les aspects pertinents en l'espèce, était identique à celui suivi dans l'affaire de M. H. (paragraphe 28 et 30 ci-dessus).

b) La procédure devant la cour d'appel

40. M. J. saisit la cour d'appel de La Haye.

41. Celle-ci rendit son arrêt le 29 janvier 2007. Elle annula le jugement du tribunal régional pour des motifs procéduraux, puis, à l'instar du tribunal régional, elle reconnut M. J. coupable de participation à des violations des lois et coutumes de la guerre, jugeant qu'il avait commis des actes de violence contre des personnes et qu'il avait causé des atteintes graves à leur intégrité physique. Elle le condamna à une peine de neuf ans d'emprisonnement. Son raisonnement, sur les aspects pertinents en l'espèce, était identique à celui qu'elle avait suivi dans l'arrêt condamnant M. H. (paragraphes 34-35 ci-dessus).

c) La procédure devant la Cour suprême

42. M. J. saisit la Cour suprême d'un pourvoi en cassation, dans lequel, dans sa partie pertinente en l'espèce, il se plaignait de l'utilisation par les juridictions pénales des déclarations qu'il avait faites dans le cadre de la procédure de demande d'asile, lesquelles avaient, d'après lui, été obtenues par la contrainte.

43. Dans ses conclusions (*conclusie*), l'avocat général déclara que la procédure de demande d'asile n'avait pas constitué un subterfuge pour contourner le droit au silence du suspect et qu'elle n'avait été à aucun autre titre liée à la procédure pénale. Il estima que le cas d'espèce se distinguait des affaires *Saunders*, précitée, et *Funke c. France* (25 février 1993, série A n° 256-A) dont la Cour avait eu à connaître, considérant que dans la présente affaire il n'avait pas été fait usage d'une procédure séparée pour extorquer des aveux au suspect en vue de les utiliser à charge.

44. La Cour suprême releva que l'obligation faite à un demandeur d'asile de fournir des informations complètes et précises répondait à la nécessité d'apprécier correctement la demande d'asile, comme l'État dont le demandeur sollicitait la protection avait le droit et le devoir de le faire. Elle nota que le demandeur d'asile pouvait avoir le sentiment de faire l'objet de pressions visant à le faire parler (bien que M. J. n'ait « clairement » « pas été franc du tout »), mais que cela ne s'analysait pas en une coercition comparable à celle examinée dans les affaires *Saunders* et *Funke*, précitées. En outre, d'après la Cour suprême, on ne pouvait pas interpréter l'engagement du service de l'immigration et des naturalisations de traiter de manière confidentielle les informations ainsi obtenues comme une promesse de ne pas les divulguer aux autorités de poursuite.

45. La Cour suprême estima que le transfert aux autorités de poursuite du dossier de la procédure de demande d'asile soulevait néanmoins une

question sous l'angle de l'article 8 de la Convention. Toutefois, elle observa qu'il existait une base légale à cet égard, à savoir l'article 43 b) de la loi sur la protection des données personnelles (*Wet bescherming persoonsgegevens*), et que les soupçons que de graves crimes de guerre avaient été commis fournissaient une justification suffisante. Elle ajouta que lorsque, dans un cas particulier, un suspect ne pouvait pas être expulsé vers son pays d'origine en raison du sort qu'il y connaîtrait vraisemblablement, eu égard à sa situation passée ou aux actes commis par lui en qualité de fonctionnaire au service d'un régime répressif antérieur, il ne s'ensuivait pas que l'intéressé devait pour cette raison jouir de l'impunité.

46. La Cour suprême rendit le 8 juillet 2008 son arrêt rejetant le pourvoi de M. J. par une motivation sommaire (ECLI:NL:HR:2008:BC7421 ; traduction en anglais publiée par le Gouvernement ECLI:NL:HR:2008:BG1477). Concernant les questions pertinentes pour l'espèce, elle entérina et fit sien le raisonnement exposé par l'avocat général dans ses conclusions.

F. Le droit interne pertinent

47. À l'époque des faits, la législation interne pertinente en l'espèce était ainsi libellée.

1. *Le droit administratif général*

La loi générale sur le droit administratif (*Algemene wet bestuursrecht*)

Article 4.2

« 1. Une demande [*aanvraag*] [de décision administrative] doit être signée et comporter au moins :

- a) le nom et l'adresse du demandeur ;
- b) la date ;
- c) une indication de la décision demandée.

2. Le demandeur doit en outre soumettre les informations et les documents qui sont nécessaires aux fins de la prise d'une décision sur sa demande et qu'il peut raisonnablement se procurer. »

2. *Le droit en matière d'immigration*

a) La loi de 1965 sur les étrangers (*Vreemdelingenwet*)

Article 15

« 1. Les étrangers originaires d'un pays où ils ont des raisons fondées de craindre d'être persécutés du fait de leurs convictions religieuses, philosophiques ou politiques ou de leur appartenance à une race ou à un groupe social particulier peuvent solliciter leur admission comme réfugiés auprès du ministre de la Justice.

2. L'admission ne peut être refusée, sauf pour des motifs importants d'intérêt général, si le refus a pour effet de contraindre l'intéressé à se rendre dans un pays tel que mentionné au paragraphe 1.

(...)»

b) Le décret sur les étrangers (*Vreemdelingenbesluit*)

Article 65

« Un étranger est tenu de fournir au fonctionnaire chargé de la surveillance des frontières ou de la supervision des étrangers toutes les informations et tous les documents en sa possession pouvant servir à établir :

- a) son identité, sa nationalité, son état civil, sa profession, et son lieu de résidence ou de séjour, présent et passé, ainsi que les adresses ;
- b) la date, le lieu et les moyens d'entrée aux Pays-Bas ;
- c) l'objet et la durée du séjour prévu aux Pays-Bas ;
- d) les moyens [financiers] à sa disposition aux fins de son séjour aux Pays-Bas ou les moyens qu'il est susceptible d'obtenir. »

3. La protection des données personnelles

La loi sur la protection des données personnelles

Article 9

« 1. Le traitement de données personnelles ne doit pas être incompatible avec le but pour lequel elles ont été recueillies. »

Article 43

« La personne responsable (*verantwoordelijke*), c'est-à-dire la personne physique ou morale ou une autre personne, ou l'organe public, qui détermine, seul ou avec d'autres, la finalité et les modalités du traitement de données personnelles ; article 1 d) de la loi sur la protection des données personnelles) peut décider de ne pas appliquer l'article 9 § 1 (...) pour autant que cela est nécessaire à :

- a) la sécurité nationale ;
 - b) la prévention, l'instruction et les poursuites d'actes criminels ;
- (...)»

4. Droit et procédure internes en matière pénale générale

a) Le code pénal (*Wetboek van Strafrecht*)

Article 47

« 1. Sera puni comme auteur d'un acte criminel [*daders van een strafbaar feit*] :

– quiconque commet un tel acte, le fait commettre à autrui ou participe à sa commission ;

– quiconque incite intentionnellement autrui à commettre un tel acte par voie de dons, de promesses, d'abus d'autorité, de violence, de menaces ou de tromperie, ou en lui fournissant les possibilités, les moyens ou des informations à cette fin.

(...)»

b) Le code de procédure pénale

Article 162

« 1. Les organes publics ou les fonctionnaires [*openbare colleges en ambtenaren*] qui, dans l'exercice de leurs fonctions, ont connaissance d'un délit [*misdrif*] qu'ils ne sont pas chargés d'instruire eux-mêmes signaleront celui-ci sans tarder au procureur ou à l'un de ses assistants [*hulpofficieren van justitie*] et lui remettront tout document pertinent,

(...)

b) si le délit est commis par un fonctionnaire [*ambtenaar*] qui, ce faisant, a manqué à une obligation propre à sa fonction ou a usé d'un pouvoir, d'une possibilité ou de moyens dont il dispose en vertu de sa fonction officielle, ou

c) si le délit entraîne la violation ou l'application illégale d'une règle qu'il leur appartient de mettre en œuvre ou d'appliquer.

(...)»

5. La législation interne sur les crimes de guerre et la torture

a) La loi sur les crimes de guerre

Article 1

« (...)»

3. Le terme « guerre » doit s'interpréter comme englobant la guerre civile (*burgeroorlog*).»

Article 3

« Sans préjudice des dispositions pertinentes du code pénal [*Wetboek van Strafrecht*] et du code pénal militaire [*Wetboek van Militair Strafrecht*], le droit pénal néerlandais s'applique :

1. à toute personne qui, en dehors du Royaume en Europe [à savoir les Pays-Bas proprement dits], commet une infraction visée aux articles 8 et 9 ;

(...)»

Article 8

« 1. Est puni d'une peine d'emprisonnement d'une durée n'excédant pas dix ans quiconque viole les lois et coutumes de la guerre (...)

2. Une peine d'emprisonnement d'une durée n'excédant pas quinze ans (...) est infligée :

1. si l'acte criminel risque d'entraîner la mort d'autrui ou de causer des lésions corporelles graves à autrui ;
2. si l'acte criminel implique un traitement inhumain ;
3. si l'acte criminel conduit à forcer autrui à faire quelque chose, à ne pas faire quelque chose, ou à tolérer que quelque chose se produise ;
4. si l'acte criminel implique le pillage.

3. Une peine de réclusion à perpétuité ou une peine d'emprisonnement temporaire d'une durée n'excédant pas vingt ans (...) est infligée :

1. si l'acte criminel entraîne la mort d'autrui, cause des lésions corporelles graves à autrui ou implique un viol ;
2. si l'acte criminel comporte des actes de violence commis par plusieurs personnes agissant de concert [*geweldpleging met verenigde krachten*] envers une ou plusieurs personnes ou des actes de violence envers un mort, un malade ou un blessé ;
3. si l'acte criminel implique la destruction, la détérioration, la mise hors d'état ou la dissimulation, par plusieurs personnes agissant de concert, d'un bien appartenant intégralement ou en partie à autrui ;
4. si l'acte criminel visé aux alinéas 3 et 4 du paragraphe précédent est commis par plusieurs personnes agissant de concert ;
5. si l'acte criminel est l'expression d'une politique de terreur systématique ou d'actes illégaux [*wederrechtelijk optreden*] visant l'ensemble de la population ou un groupe particulier ;
6. si l'acte criminel implique le non-respect d'une promesse ou la rupture d'un accord conclu avec l'adversaire ;
7. si l'acte criminel implique un usage impropre d'un drapeau ou d'un emblème protégés par les lois et coutumes de la guerre ou de signes ou d'uniformes militaires caractéristiques de l'adversaire. »

Article 9

« Quiconque autorise délibérément la commission par un subordonné de l'un des actes visés à l'article précédent sera puni des mêmes peines que celles dont sont punissables ces actes. »

b) La loi d'application de la Convention contre la torture

Article 1

« 1. Un fonctionnaire ou une personne au service du gouvernement à un autre titre qui, dans l'exercice de ses fonctions officielles, inflige des mauvais traitements à une

personne privée de sa liberté aux fins de lui extorquer des renseignements ou des aveux, de la punir, de susciter chez elle ou chez une autre personne un sentiment de peur ou de la contraindre à faire quelque chose ou à tolérer que quelque chose se produise, ou au mépris des revendications de cette personne pour l'égalité des êtres humains, sera puni pour actes de torture, si ces actes sont de nature à favoriser la réalisation du but visé, d'une peine d'emprisonnement n'excédant pas quinze ans ou d'une amende de la cinquième catégorie.

2. Le fait de susciter délibérément un sentiment de peur intense ou une autre forme de détresse mentale grave [*geestelijke ontreddering*] est considéré comme un mauvais traitement.

3. Si l'acte entraîne la mort, le coupable est puni d'une peine de réclusion à perpétuité ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée n'excédant pas vingt ans ou d'une amende de la cinquième catégorie.»

Article 2

«Est passible des mêmes peines que celles dont sont punissables les actes visés à l'article précédent :

a) un fonctionnaire ou une personne au service du gouvernement à un autre titre qui incite autrui à infliger les mauvais traitements visés à l'article 1 par l'un des moyens énoncés à l'article 47 § 1, alinéa 2, du code pénal ou qui autorise délibérément une autre personne à infliger pareils mauvais traitements ;

b) quiconque inflige les mauvais traitements visés à l'article 1, si un fonctionnaire ou une personne au service du gouvernement à un autre titre l'y a incité par l'un des moyens énumérés à l'article 47 § 1, alinéa 2, du code pénal ou l'a délibérément autorisé à les infliger.»

Article 5

«Le droit pénal néerlandais s'applique à quiconque commet l'un des délits [*misdriven*] définis aux articles 1 et 2 de la présente loi.»

6. *La jurisprudence interne pertinente*

48. Dans une décision du 11 novembre 1997 publiée dans *Nederlandse Jurisprudentie* (Recueil de jurisprudence néerlandaise) 1998 (n° 463), la Cour suprême a dit :

«5.2. Le gouvernement avait assurément l'intention de satisfaire pleinement à cette obligation conventionnelle [d'ériger en infraction toutes les violations graves des quatre Conventions de Genève de 1949], comme cela ressort notamment des travaux préparatoires de cette loi au Parlement, et en particulier du rapport explicatif [*Memorie van Toelichting*] et du mémoire en réponse [*Memorie van Antwoord*] concernant le projet de loi en question, qui comportent respectivement les passages suivants :

«Lorsqu'une autre puissance partie à la Convention qui a été violée ne demande pas le transfert [*overlevering*] d'un prisonnier de guerre se trouvant aux mains des

Pays-Bas, il devrait être possible de juger ce dernier devant un tribunal néerlandais, alors même que le délit a été commis à l'étranger, et même si l'acte criminel n'a pas été commis envers un ressortissant néerlandais ou ne porte pas atteinte à un intérêt néerlandais.»

et

« La disposition figurant à l'article 3 § 1 donne compétence aux juridictions néerlandaises pour juger des crimes de guerre, quels que soient leurs auteurs et les lieux où ils ont été commis, c'est-à-dire également dans les cas où le délit a été commis par un ressortissant non néerlandais en dehors des Pays-Bas dans le cadre d'une guerre à laquelle notre pays n'est pas partie. Le rapport provisoire [*Voorlopig Verslag*] indique à juste titre que cette disposition doit être considérée comme l'application du « principe d'universalité ». »

5.3. Eu égard au constat formulé au paragraphe 5.2. ci-dessus, une interprétation raisonnable de la loi, conforme à l'intention du législateur de satisfaire pleinement aux obligations contractuelles liant les Pays-Bas, impose de lire l'article 1 de la loi sur les crimes de guerre – malgré son libellé opaque à cet égard – de telle sorte que les restrictions énoncées aux alinéas 1, 2 et 3 respectivement de l'article 1 de la loi sur les crimes de guerre n'aient aucune incidence sur les articles 8 et 9, ni, dans cette mesure, sur l'article 3 (...). »

G. Le droit international pertinent

1. *Les Conventions de Genève de 1949*

49. Le Royaume des Pays-Bas et l'Afghanistan sont tous deux parties aux Conventions de Genève de 1949 (Convention I pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne; Convention II pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer; Convention III relative au traitement des prisonniers de guerre, et Convention IV relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre). Le Royaume des Pays-Bas les a ratifiées le 3 août 1954 et l'Afghanistan le 26 septembre 1956. Les deux États figurèrent parmi les premiers signataires lors de l'ouverture des quatre Conventions de Genève à la signature le 12 août 1949; aucun des deux n'a émis de réserve.

50. L'article 3, commun aux quatre Conventions de Genève de 1949, se lit ainsi :

« En cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes, chacune des Parties au conflit sera tenue d'appliquer au moins les dispositions suivantes :

1) Les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres de forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat par maladie, blessure, détention, ou pour toute autre cause, seront, en toutes circonstances, traitées avec humanité, sans aucune distinction de caractère

défavorable basée sur la race, la couleur, la religion ou la croyance, le sexe, la naissance ou la fortune, ou tout autre critère analogue.

À cet effet, sont et demeurent prohibées, en tout temps et en tout lieu, à l'égard des personnes mentionnées ci-dessus :

- a) les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices;
- b) les prises d'otages;
- c) les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants;
- d) les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés.

2) Les blessés et malades seront recueillis et soignés.

Un organisme humanitaire impartial, tel que le Comité international de la Croix-Rouge, pourra offrir ses services aux Parties au conflit.

Les Parties au conflit s'efforceront, d'autre part, de mettre en vigueur par voie d'accords spéciaux tout ou partie des autres dispositions de la présente Convention.

L'application des dispositions qui précèdent n'aura pas d'effet sur le statut juridique des Parties au conflit.»

51. En ses parties pertinentes, la Convention IV relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre se lit ainsi :

Article 146

«Les Hautes Parties contractantes s'engagent à prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis, ou donné l'ordre de commettre, l'une ou l'autre des infractions graves à la présente Convention définies à l'article suivant.

Chaque Partie contractante aura l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, l'une ou l'autre de ces infractions graves, et elle devra les déférer à ses propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité. Elle pourra aussi, si elle le préfère, et selon les conditions prévues par sa propre législation, les remettre pour jugement à une autre Partie contractante intéressée à la poursuite, pour autant que cette Partie contractante ait retenu contre lesdites personnes des charges suffisantes.

Chaque Partie contractante prendra les mesures nécessaires pour faire cesser les actes contraires aux dispositions de la présente Convention, autres que les infractions graves définies à l'article suivant.

En toutes circonstances, les inculpés bénéficieront de garanties de procédure et de libre défense qui ne seront pas inférieures à celles prévues par les articles 105 et suivants

de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949.»

Article 147

«Les infractions graves visées à l'article précédent sont celles qui comportent l'un ou l'autre des actes suivants, s'ils sont commis contre des personnes ou des biens protégés par la Convention: l'homicide intentionnel, la torture ou les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques, le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé, la déportation ou le transfert illégaux, la détention illégale, le fait de contraindre une personne protégée à servir dans les forces armées de la Puissance ennemie, ou celui de la priver de son droit d'être jugée régulièrement et impartialement selon les prescriptions de la présente Convention, la prise d'otages, la destruction et l'appropriation de biens non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire.»

2. *La Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*

52. La Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants a été adoptée et ouverte à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa Résolution n° 39/46 du 10 décembre 1984. Elle est entrée en vigueur le 26 juin 1987. Tant les Pays-Bas que l'Afghanistan l'ont signée le 4 février 1985. L'Afghanistan l'a ratifiée le 1^{er} avril 1987 et les Pays-Bas le 21 décembre 1988.

53. Cette convention, en ses parties pertinentes, se lit ainsi :

Article premier

«1. Aux fins de la présente Convention, le terme «torture» désigne tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. Ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles.

2. Cet article est sans préjudice de tout instrument international ou de toute loi nationale qui contient ou peut contenir des dispositions de portée plus large.»

Article 2

« 1. Tout État partie prend des mesures législatives, administratives, judiciaires et autres mesures efficaces pour empêcher que des actes de torture soient commis dans tout territoire sous sa juridiction.

2. Aucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, qu'il s'agisse de l'état de guerre ou de menace de guerre, d'instabilité politique intérieure ou de tout autre état d'exception, ne peut être invoquée pour justifier la torture.

3. L'ordre d'un supérieur ou d'une autorité publique ne peut être invoqué pour justifier la torture. »

Article 3

« 1. Aucun État partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre État où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risquerait d'être soumise à la torture.

2. Pour déterminer s'il y a de tels motifs, les autorités compétentes tiendront compte de toutes les considérations pertinentes, y compris, le cas échéant, de l'existence, dans l'État intéressé, d'un ensemble de violations systématiques des droits de l'homme, graves, flagrantes ou massives. »

Article 4

« 1. Tout État partie veille à ce que tous les actes de torture constituent des infractions au regard de son droit pénal. Il en est de même de la tentative de pratiquer la torture ou de tout acte commis par n'importe quelle personne qui constitue une complicité ou une participation à l'acte de torture.

2. Tout État partie rend ces infractions passibles de peines appropriées qui prennent en considération leur gravité. »

Article 5

« 1. Tout État partie prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des infractions visées à l'article 4 dans les cas suivants :

- a) Quand l'infraction a été commise sur tout territoire sous la juridiction dudit État ou à bord d'aéronefs ou de navires immatriculés dans cet État;
- b) Quand l'auteur présumé de l'infraction est un ressortissant dudit État;
- c) Quand la victime est un ressortissant dudit État et que ce dernier le juge approprié.

2. Tout État partie prend également les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître desdites infractions dans le cas où l'auteur présumé de celles-ci se trouve sur tout territoire sous sa juridiction et où ledit État ne l'extrade pas conformément à l'article 8 vers l'un des États visés au paragraphe 1 du présent article.

3. La présente Convention n'écarte aucune compétence pénale exercée conformément aux lois nationales. »

Article 6

«1. S'il estime que les circonstances le justifient, après avoir examiné les renseignements dont il dispose, tout État partie sur le territoire duquel se trouve une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction visée à l'article 4 assure la détention de cette personne ou prend toutes autres mesures juridiques nécessaires pour assurer sa présence. Cette détention et ces mesures doivent être conformes à la législation dudit État; elles ne peuvent être maintenues que pendant le délai nécessaire à l'engagement de poursuites pénales ou d'une procédure d'extradition.

2. Ledit État procède immédiatement à une enquête préliminaire en vue d'établir les faits.

3. Toute personne détenue en application du paragraphe 1 du présent article peut communiquer immédiatement avec le plus proche représentant qualifié de l'État dont elle a la nationalité ou, s'il s'agit d'une personne apatride, avec le représentant de l'État où elle réside habituellement.

4. Lorsqu'un État a mis une personne en détention, conformément aux dispositions du présent article, il avise immédiatement de cette détention et des circonstances qui la justifient les États visés au paragraphe 1 de l'article 5. L'État qui procède à l'enquête préliminaire visée au paragraphe 2 du présent article en communique rapidement les conclusions auxdits États et leur indique s'il entend exercer sa compétence.»

Article 7

«1. L'État partie sur le territoire sous la juridiction duquel l'auteur présumé d'une infraction visée à l'article 4 est découvert, s'il n'extrade pas ce dernier, soumet l'affaire, dans les cas visés à l'article 5, à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale.

2. Ces autorités prennent leur décision dans les mêmes conditions que pour toute infraction de droit commun de caractère grave en vertu du droit de cet État. Dans les cas visés au paragraphe 2 de l'article 5, les règles de preuve qui s'appliquent aux poursuites et à la condamnation ne sont en aucune façon moins rigoureuses que celles qui s'appliquent dans les cas visés au paragraphe 1 de l'article 5.

3. Toute personne poursuivie pour l'une quelconque des infractions visées à l'article 4 bénéficie de la garantie d'un traitement équitable à tous les stades de la procédure.

Article 8

1. Les infractions visées à l'article 4 sont de plein droit comprises dans tout traité d'extradition conclu entre États parties. Les États parties s'engagent à comprendre lesdites infractions dans tout traité d'extradition à conclure entre eux.

2. Si un État partie qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité est saisi d'une demande d'extradition par un autre État partie avec lequel il n'est pas lié par un traité d'extradition, il peut considérer la présente Convention comme constituant la base juridique de l'extradition en ce qui concerne lesdites infractions. L'extradition est subordonnée aux autres conditions prévues par le droit de l'État requis.

3. Les États parties qui ne subordonnent pas l'extradition à l'existence d'un traité reconnaissent lesdites infractions comme cas d'extradition entre eux dans les conditions prévues par le droit de l'État requis.

4. Entre États parties lesdites infractions sont considérées aux fins d'extradition comme ayant été commises tant au lieu de leur perpétration que sur le territoire sous la juridiction des États tenus d'établir leur compétence en vertu du paragraphe 1 de l'article 5.»

3. La Convention des Nations unies de 1951 relative au statut des réfugiés telle qu'amendée par le Protocole relatif au statut des réfugiés conclu à New York le 31 janvier 1967

54. La Convention des Nations unies de 1951 relative au statut des réfugiés fut ouverte à la signature le 28 juillet 1951. Les Pays-Bas la signèrent ce même jour et la ratifièrent le 3 mai 1956. Cette convention fut amendée par le Protocole de New York du 31 janvier 1967, entré en vigueur le 4 octobre 1967, et auquel les Pays-Bas adhèrent le 29 novembre 1968.

55. Ce texte, tel qu'il lie actuellement les Pays-Bas, se lit ainsi en ses parties pertinentes :

Article 1

Définition du terme « réfugié »

A

«Aux fins de la présente Convention, le terme « réfugié » s'appliquera à toute personne qui (...) craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner.»

F

«Les dispositions de cette convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser :

a) qu'elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes;

b) qu'elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiées;

c) qu'elles se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations unies.»

Article 32 **Expulsion**

« 1. Les États contractants n'expulseront un réfugié se trouvant régulièrement sur leur territoire que pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public.

(...)»

Article 33 **Défense d'expulsion et de refoulement**

« 1. Aucun des États contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.

(...)»

H. La politique interne pertinente

56. Le 28 novembre 1997, la secrétaire d'État à la Justice écrivit au président de la chambre basse du Parlement pour lui exposer sa politique sur l'octroi, le refus et le retrait du statut de réfugié (Documents parlementaires, chambre basse du Parlement, année parlementaire 1997-1998, 19 637, n° 295). Les extraits suivants proviennent de ce document :

« Points de départ de la politique concernant l'article 1F

1. Le point de départ de la politique concernant l'article 1F [de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés] est qu'il y a lieu d'interpréter cette disposition de façon restrictive, tout en considérant les conséquences de l'exclusion pour la personne concernée. Ce point de départ est exposé dans le Guide du HCR [Haut Commissariat aux réfugiés] et dans la jurisprudence établie de la section du contentieux administratif du Conseil d'État. D'après mon interprétation, il m'incombe de fonder l'exclusion prévue par l'article 1F sur une enquête minutieuse et un raisonnement approfondi. (...)

2. Eu égard aux nombreuses questions de votre Chambre, aux critiques de la société et aux préoccupations exprimées par des organisations de protection des réfugiés au sujet de l'examen des demandes d'asile soumises par des personnes soupçonnées de crimes internationaux et de violations des droits de l'homme, j'estime qu'il est souhaitable de rendre justice, dans la mesure du possible, à l'intention de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés, qui est de protéger ceux qui fuient l'injustice, et non ceux qui fuient la justice. Aussi, chaque fois que j'aurai l'occasion d'appliquer l'article 1F, je n'hésiterai pas à le faire compte tenu des informations à ma disposition sur les fonctions de la personne concernée, son travail, la nature de l'organisation qui l'employait et la situation politique dans son pays d'origine. Je veillerai à ce que les possibilités d'appliquer l'article 1F à la lumière des dispositions d'instruments internationaux qui interdisent la violation de certains droits de l'homme et la commission de certains actes criminels soient utilisées de façon optimale. Concrètement, cela signifie que le traitement des affaires relevant de l'article 1F sera centralisé dans un département

du service de l'immigration et des naturalisations, que des fonctionnaires spécialisés seront chargés de prendre les décisions, et qu'une formation sera organisée à l'intention de ces fonctionnaires, notamment dans le domaine du droit international.

Cette approche est également souhaitable en ce qui concerne les obligations internationales contractées par les Pays-Bas. À cet égard, je pense en particulier aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 relatives à la protection des victimes des conflits armés internationaux (...), aux Protocoles additionnels de 1977 à ces Conventions (...), à la Convention sur le génocide (...) et à la Convention contre la torture du 10 décembre 1984 (...) [en ce qui concerne les] crimes commis pendant une guerre (civile), la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. En effet, si, d'une part, les Pays-Bas ont accepté l'obligation morale et juridique de prévenir de tels crimes, ils ne peuvent, d'autre part, accueillir en tant que réfugiés des personnes qui ont commis ces crimes ailleurs.

3. Un dernier point de départ porte sur les conséquences qu'empporte l'exclusion pour la situation de la personne concernée aux Pays-Bas. Le principe sous-jacent aux traités susmentionnés est que les personnes qui ont commis les crimes prohibés par ces textes ne doivent pas pouvoir se soustraire à leur responsabilité pénale (internationale). Les Pays-Bas se sont engagés, en vertu de ces traités, à assumer la responsabilité de punir ou d'extrader les personnes soupçonnées de ces crimes sur la base de l'adage *aut dedere aut judicare**. Eu égard à l'esprit et au but de ces traités, j'userai dans de telles affaires de ma compétence de prendre un arrêté d'expulsion sur la base de l'article 21 de la loi sur les étrangers [à savoir l'expulsion d'un étranger indésirable] contre des personnes exclues du statut de réfugié en vertu de l'article 1F. En outre, dans toutes les affaires où j'aurai décidé d'exclure une personne de la protection de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés en vertu de l'article 1F, j'en informerai le ministère public.

Il y a lieu de souligner que des poursuites pénales ne sont pas une condition nécessaire à l'application de l'article 1F. En outre, le critère de la preuve est bien plus strict dans le cadre de poursuites pénales que dans celui de l'article 1F, considérant que dans ce dernier cas, même « des raisons (...) de penser » [que la personne a commis le crime en question] sont suffisantes pour l'application de cette disposition. Dans certains cas, il faut signaler l'affaire au ministère public. Par exemple, en application de l'article 162 § 1 b) du code de procédure pénale combiné avec l'article 6 § 2 de la Convention contre la torture, les fonctionnaires néerlandais qui possèdent des informations sur des actes prohibés par la Convention contre la torture commis par un fonctionnaire étranger qui a usé de ses pouvoirs, d'une possibilité ou de moyens dont il disposait en vertu de sa fonction officielle sont tenus de signaler de tels actes et de remettre les documents se rapportant à l'affaire.

Le ministère public jouit d'un pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne l'ouverture d'une enquête pénale. Aussi, il décidera, à la lumière, notamment, du dossier du service de l'immigration et des naturalisations, de l'opportunité d'engager des poursuites. Il peut initier des poursuites sur le fondement de la loi d'application de la Convention contre la torture pour des actes commis après le 19 janvier 1989, date d'entrée en vigueur de ce traité à l'égard des Pays-Bas, ainsi que sur la base de la loi d'application

de la Convention sur le génocide [*Uitvoeringswet Genocideverdrag*] (...) et sur celle de la loi sur les crimes de guerre (...)

La Cour suprême a déclaré récemment que les juridictions néerlandaises sont également compétentes pour juger des crimes de guerre et des crimes analogues commis au cours d'une guerre à laquelle les Néerlandais n'étaient pas partie, et que les tribunaux [pénaux] militaires sont compétents**.

* (*note de bas de page*): en vertu de cette règle fondamentale, qui est tirée de Hugo Grotius, les États sont tenus soit d'extrader (*aut dedere*) soit de juger eux-mêmes (*aut judicare*) les personnes qui ont commis des crimes internationaux. Cette obligation découle de traités internationaux.

** (*note de bas de page*) [Référence jurisprudentielle omise] »

GRIEFS

57. MM. H. et J. se plaignent tous deux sur le terrain de l'article 6 § 1 de la Convention d'avoir été condamnés sur la base de déclarations incriminantes faites, selon eux, sous la contrainte dans le cadre de la procédure d'asile et moyennant une promesse de confidentialité, et de s'être vu opposer ces déclarations au cours de l'enquête pénale.

58. Ils allèguent également, au regard de l'article 8 de la Convention, que l'utilisation dans le cadre de la procédure pénale d'informations provenant du dossier de la procédure d'asile a emporté violation de leur droit au respect de leur vie privée.

59. Invoquant l'article 6 § 1 combiné avec l'article 6 § 3 d), M. H. soutient en outre qu'il a été condamné sur la base de déclarations faites par un témoin que la défense n'aurait pas pu contre-interroger.

EN DROIT

A. La jonction des affaires

60. La Cour estime qu'il y a lieu de joindre les requêtes, eu égard à leur similitude factuelle et juridique (article 42 § 1 du règlement de la Cour).

B. Le grief tiré de l'article 6 § 1 de la Convention

(...)

2. Sur le défaut manifeste de fondement du grief

64. Les deux requérants se plaignent de l'utilisation dans le cadre de la procédure pénale dirigée contre eux de déclarations qu'ils avaient faites au cours de la procédure de demande d'asile. Ils allèguent que ces déclarations leur avaient été extorquées sous la contrainte, bien qu'elles eussent été

accompagnées d'une promesse de confidentialité. Ils soutiennent également que ces déclarations leur ont été opposées au cours de l'enquête pénale. Ils invoquent l'article 6 § 1 de la Convention, dont les passages pertinents en l'espèce se lisent ainsi :

« 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) par un tribunal (...) qui décidera (...) du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. »

65. Les requérants invoquent tout d'abord le principe *nemo tenetur*, que la Cour a reconnu dans les affaires *Funke c. France* (25 février 1993, série A n° 256-A), *Saunders c. Royaume-Uni* (17 décembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI), et *Quinn c. Irlande* (n° 36887/97, 21 décembre 2000), en tant que garantie fondamentale de l'équité consacrée par l'article 6 § 1 de la Convention dans son volet pénal.

66. Ils soutiennent qu'on ne leur avait pas laissé le choix de faire ou non ces déclarations, qui auraient par la suite été utilisées à charge par les juridictions pénales. D'après eux, s'ils n'avaient pas fait ces déclarations, ils risquaient de se voir refuser un permis de séjour aux Pays-Bas et d'être renvoyés dans leur pays d'origine. Les requérants ajoutent qu'en leur opposant les déclarations qu'ils avaient faites antérieurement dans le cadre de l'enquête pénale, les enquêteurs, par leurs pressions, les auraient amenés à les répéter, et donc à s'auto-incriminer une nouvelle fois.

67. La Cour observe d'emblée que la Convention laisse les États libres d'ériger en infraction pénale une action ou une omission ne constituant pas l'exercice normal de l'un des droits qu'elle protège (*Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, § 81, série A n° 22). Qui plus est, dans certaines affaires, l'obligation d'exercer l'action pénale découle en fait du droit international. Dès lors, lorsqu'il existe des motifs plausibles de soupçonner un individu d'avoir commis une infraction pénale, il n'appartient pas à la Cour d'examiner sous l'angle de l'article 6 de la Convention la décision de le poursuivre (*M.M. c. Pays-Bas* (déc.), n° 39339/98, 21 mai 2002).

68. La Cour rappelle ensuite que, même si l'article 6 de la Convention ne les mentionne pas expressément, le droit de se taire lors d'un interrogatoire de police et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination (*nemo tenetur se ipsum accusare*, et *nemo tenetur se ipsum prodere*) sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au cœur de la notion de procès équitable consacrée par l'article 6 (voir, parmi beaucoup d'autres, *John Murray c. Royaume-Uni*, 8 février 1996, § 45, *Recueil* 1996-I, et *Coëme et autres c. Belgique*, n°s 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, § 26, CEDH 2000-VII). Leur raison d'être tient notamment à la protection de l'accusé contre une coercition abusive de la part des autorités, ce qui évite les erreurs judiciaires et permet d'atteindre les

buts de l'article 6. En particulier, le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination présuppose que, dans une affaire pénale, l'accusation cherche à fonder son argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l'accusé. En ce sens, ce droit est étroitement lié au principe de la présomption d'innocence consacré par l'article 6 § 2 de la Convention (*Saunders*, précité, § 68).

69. Toutefois, le droit de ne pas s'incriminer soi-même concerne en premier lieu le respect de la détermination d'un accusé de garder le silence (*Allan c. Royaume-Uni*, n° 48539/99, § 50, CEDH 2002-IX). Tel qu'il s'entend communément dans les systèmes juridiques des Parties contractantes à la Convention et ailleurs, il ne s'étend pas à l'usage, dans une procédure pénale, de données que l'on peut obtenir de l'accusé en recourant à des pouvoirs coercitifs mais qui existent indépendamment de la volonté du suspect, par exemple les documents recueillis en vertu d'un mandat, les prélèvements d'haleine, de sang et d'urine ainsi que de tissus corporels en vue d'une analyse de l'ADN (*Saunders*, précité, § 69). Ainsi, la Cour a jugé que l'article 6 § 1 avait été violé à raison des poursuites qui avaient été engagées en vue de l'obtention de la part de l'accusé lui-même de documents l'incriminant (*Funke*, précité, § 44); de l'utilisation de preuves incriminantes obtenues de l'accusé par des inspecteurs en vertu de leurs pouvoirs contraignants (*Saunders*, précité, § 75); et de la condamnation d'un suspect au pénal à une peine d'emprisonnement au motif qu'il avait refusé de rendre compte de ses déplacements à un moment donné (*Quinn*, précité, §§ 56 et 60).

70. La Cour estime toutefois que la présente espèce se distingue des affaires citées au paragraphe précédent.

71. Elle relève tout d'abord que tant l'Afghanistan, État dont les deux requérants ont la nationalité, que les Pays-Bas sont parties aux quatre Conventions de Genève de 1949 (paragraphe 49 ci-dessus). La Convention IV relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, en ses articles 146 et 147, impose aux États parties d'ériger certains actes, notamment la torture, en infraction; en son article 146, elle exige que les États parties soit extradent soit poursuivent eux-mêmes les personnes soupçonnées d'infractions qualifiées de torture (*aut dedere aut judicare*) (paragraphe 51 ci-dessus). Les Pays-Bas ont érigé en infraction pénale les actes en question aux articles 8 et 9 de la loi sur les crimes de guerre et se sont donné compétence pour juger les infractions en question par l'adoption de l'article 3 § 1 de cette loi (paragraphe 47 ci-dessus).

72. De même, les deux États sont parties à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (paragraphe 52 ci-dessus), dont l'article 4 exige que tout État partie veille à ce que les actes de torture constituent des infractions au regard de son droit

pénal. Les articles 5, 7 et 8 de ce traité consacrent également le principe *aut dedere aut judicare* (paragraphe 53 ci-dessus). Les Pays-Bas se sont donné les moyens de satisfaire à ces obligations en adoptant la loi d'application de la Convention contre la torture (paragraphe 47 ci-dessus).

73. M. J. s'est vu reconnaître le statut de réfugié régulier au sens de la Convention des Nations unies de 1951 relative au statut des réfugiés; ce statut lui a par la suite été retiré en vertu de l'article 1F de ce traité. M. H. s'est vu d'emblée refuser ce statut, en vertu de ce même article. Pourtant, aucun des deux requérants n'a été expulsé ou extradé; les deux ont été autorisés à rester aux Pays-Bas et donc à jouir de la protection de l'État néerlandais *de facto*.

74. Il est clair, dès lors, que les Pays-Bas n'avaient pas simplement le droit mais qu'ils avaient aussi le devoir impérieux de poursuivre les requérants pour tout acte de torture que ceux-ci auraient pu commettre ailleurs. La Co-ur en arrive ainsi à l'utilisation faite pendant la procédure pénale des déclarations formulées par les requérants au cours de la procédure de demande d'asile.

75. Elle note que les requérants sont entrés volontairement aux Pays-Bas, demandant la protection de ce pays. Pour avoir droit à cette protection – c'est-à-dire pouvoir séjourner en toute sécurité sur le territoire néerlandais (articles 32 et 33 de la Convention des Nations unies de 1951 relative au statut des réfugiés; paragraphe 55 ci-dessus) –, ils devaient convaincre le gouvernement néerlandais du bien-fondé des craintes de persécution qu'ils avaient exprimées. Considérant que la charge de la preuve incombait aux intéressés, la Cour ne voit rien d'incongru au fait que le Gouvernement leur ait demandé de dire toute la vérité. L'affirmation selon laquelle les requérants se sont vu extorquer sous la contrainte les déclarations faites aux autorités d'immigration est donc infondée.

76. Les requérants soutiennent ensuite qu'on leur a demandé de dire toute la vérité au cours de la procédure de demande d'asile, mais qu'ils n'ont pas été avertis que toute déclaration qu'ils pouvaient faire risquait d'être transmise au procureur en vue de l'ouverture d'une enquête pénale et de poursuites.

77. Le service de l'immigration et des naturalisations, l'organe gouvernemental subordonné chargé du traitement des demandes d'asile des requérants, avait promis aux requérants que leurs déclarations seraient traitées de manière confidentielle, ce que la Cour juge normal. En fait, pour la Cour, il est difficile de concevoir qu'un système d'asile puisse fonctionner correctement si les demandeurs ne reçoivent pas l'assurance que leurs déclarations ne seront pas portées à la connaissance des entités ou personnes mêmes contre lesquelles ils ont besoin d'être protégés.

78. Inversement, la Cour considère qu'une pratique de confidentialité adaptée au traitement des demandes d'asile ne doit pas permettre aux coupables de se soustraire à une punition méritée. Par conséquent, la Cour estime qu'une fois ces déclarations en la possession du Gouvernement, l'article 6 de la Convention n'empêchait pas le secrétaire d'État à la Justice de les transmettre au parquet, un autre organe subordonné du Gouvernement, afin qu'il les utilise dans son domaine de compétence.

79. Enfin, les requérants se plaignent de s'être vu opposer durant l'enquête pénale les déclarations qu'ils avaient faites au service de l'immigration et des naturalisations.

80. Le fait que les requérants se sont vu opposer durant l'enquête pénale les déclarations qu'ils avaient faites au cours de la procédure de demande d'asile n'a aucune incidence sur l'équité de la procédure pénale. La Cour souligne que les requérants ont été entendus après avoir reçu un avertissement et qu'ils ont joui du droit de garder le silence (paragraphes 20 et 23 ci-dessus). En outre, que ce soit durant la procédure de demande d'asile ou pendant la procédure pénale, aucun des deux requérants n'a jamais reconnu avoir commis des actes de torture ou d'autres infractions; ils n'ont donc pas été incités à livrer des aveux qui ont ensuite été utilisés pour fonder leur condamnation (comparer avec *Gäfgen c. Allemagne* [GC], n° 22978/05, § 187, CEDH 2010).

81. Il s'ensuit que cette partie des requêtes est manifestement mal fondée et qu'elle doit être rejetée en application de l'article 35 §§ 3 a) et 4 de la Convention.

(...)

Par ces motifs, la Cour, à l'unanimité,

Décide de joindre les requêtes; et

Déclare les requêtes irrecevables.

Stephen Phillips
Greffier

Josep Casadevall
Président

BATTISTA c. ITALIE
(Requête n° 43978/09)

DEUXIÈME SECTION

ARRÊT DU 2 DÉCEMBRE 2014¹

1. Texte français original.

SOMMAIRE¹**Interdiction de quitter le territoire en raison du non-paiement d'une pension alimentaire**

Le non-paiement d'une pension alimentaire ne peut justifier une interdiction générale et automatique de quitter le territoire, qui plus est en l'absence de réexamen de la proportionnalité de la mesure au fil du temps (paragraphe 44 et 47-48 de l'arrêt).

Article 2 du Protocole n° 4

Liberté de quitter un pays – Interdiction de quitter le territoire en raison du non-paiement d'une pension alimentaire – Nécessaire dans une société démocratique – Protection de l'intérêt des enfants – Application automatique de la mesure – Non-prise en compte des instruments internationaux relatifs au recouvrement des aliments – Absence de limitation quant à la portée et la durée de la mesure

*

* *

En fait

Au commencement de l'affaire, le requérant était en instance de séparation de corps avec son épouse, et la garde des deux enfants du couple avait été attribuée de manière provisoire conjointement aux deux parents. En 2007, le requérant demanda au juge des tutelles un nouveau passeport avec inscription du nom de son fils. Le juge des tutelles rejeta la demande du requérant, estimant qu'il n'était pas opportun de délivrer le passeport compte tenu de l'impératif de protéger le droit des enfants à recevoir la pension alimentaire. À cet égard, il souligna que le requérant, qui était tenu de verser une pension alimentaire de 600 euros (EUR), n'en versait qu'une petite partie et qu'il était à craindre qu'en cas de déplacement à l'étranger il se soustrairait complètement à son obligation. Le mois suivant, le commissaire de police ordonna au requérant de déposer son passeport au commissariat et invalida sa carte d'identité valable pour l'étranger. En 2008, le requérant réitéra sa demande de passeport. Cette demande et les recours subséquents furent tous rejetés pour le même motif que la demande initiale.

1. Rédigé par le greffe, il ne lie pas la Cour.

En droit

Article 2 du Protocole n° 4 : le refus de délivrer un passeport au requérant et l'annulation de sa carte d'identité pour les voyages à l'étranger par les juridictions internes s'analysent en une atteinte à son droit de quitter n'importe quel pays pour se rendre dans n'importe quel autre pays de son choix où il est susceptible d'être admis. L'ingérence possédait clairement une base légale en droit interne. À cet égard, la Cour constitutionnelle a affirmé que l'essence de la norme en question est de «garantir que le parent remplisse ses obligations à l'égard de ses enfants». L'imposition de la mesure litigieuse tend à garantir l'intérêt des enfants du requérant et poursuit en principe un objectif légitime de protection des droits d'autrui – dans le cas présent, ceux des enfants qui doivent recevoir la pension alimentaire. Cependant, les juridictions internes n'ont pas jugé nécessaire d'examiner la situation personnelle de l'intéressé, ni sa capacité à s'acquitter des sommes dues et ont appliqué la mesure litigieuse de manière automatique. Aucune pondération des droits en cause ne semble avoir été faite. Seuls les intérêts patrimoniaux des bénéficiaires des aliments ont été pris en considération. Par ailleurs, la question du recouvrement des créances alimentaires fait l'objet d'une coopération en matière civile au niveau européen et international. Il existe des moyens susceptibles de parvenir au recouvrement du crédit en dehors des frontières nationales, en particulier le Règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, la Convention de La Haye du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille et la Convention de New York du 20 juin 1956 sur le recouvrement des aliments à l'étranger. Ces instruments n'ont pas été pris en compte par les autorités au moment de l'application de la mesure litigieuse. Ces dernières se sont limitées à souligner que le requérant aurait pu se rendre à l'étranger avec son passeport et se soustraire ainsi à son obligation. De plus, la restriction imposée au requérant n'a pas garanti le paiement de la pension alimentaire.

Partant, l'intéressé a été soumis à une mesure de caractère automatique, sans aucune limitation quant à sa portée ni quant à sa durée et il n'a été procédé, par les juridictions internes, à aucun réexamen de la justification et de la proportionnalité de la mesure au regard des circonstances de l'espèce depuis 2008. Par conséquent, l'imposition automatique d'une telle mesure ne peut être qualifiée de nécessaire dans une société démocratique.

Conclusion : violation (unanimité).

Article 41 : 5 000 EUR pour préjudice moral.

Jurisprudence citée par la Cour

A.E. c. Pologne, n° 14480/04, 31 mars 2009

Bartik c. Russie, n° 55565/00, CEDH 2006-XV

Baumann c. France, n° 33592/96, CEDH 2001-V

- Bessenyei c. Hongrie*, n° 37509/06, 21 octobre 2008
Diamante et Pelliccioni c. Saint-Marin, n° 32250/08, 27 septembre 2011
Földes et Földesné Hajlik c. Hongrie, n° 41463/02, CEDH 2006-XII
Gochev c. Bulgarie, n° 34383/03, 26 novembre 2009
Ignatov c. Bulgarie, n° 50/02, 2 juillet 2009
Jordan Jordanov et autres c. Bulgarie, n° 23530/02, 2 juillet 2009
Khlyustov c. Russie, n° 28975/05, 11 juillet 2013
Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique, 23 juin 1981, série A n° 43
Luordo c. Italie, n° 32190/96, CEDH 2003-IX
M. c. Allemagne, n° 10307/83, décision de la Commission du 6 mars 1984,
Décisions et rapports 37
Makedonski c. Bulgarie, n° 36036/04, 20 janvier 2011
Marangos c. Chypre, n° 31106/96, décision de la Commission du 20 mai 1997, non
publiée
Miażdżyk c. Pologne, n° 23592/07, 24 janvier 2012
Nalbantski c. Bulgarie, n° 30943/04, 10 février 2011
Napijalo c. Croatie, n° 66485/01, 13 novembre 2003
Nordblad c. Suède, n° 19076/91, décision de la Commission du 13 octobre 1993,
non publiée
Peltonen c. Finlande, n° 19583/92, décision de la Commission du 20 février 1995,
Décisions et rapports 80-A
Pfeifer c. Bulgarie, n° 24733/04, 17 février 2011
Prescher c. Bulgarie, n° 6767/04, 7 juin 2011
Riener c. Bulgarie, n° 46343/99, 23 mai 2006
Roldan Teixeira et autres c. Italie (déc.), n° 40655/98, 26 octobre 2000
Rotaru c. Roumanie [GC], n° 28341/95, CEDH 2000-V
Schmid c. Autriche, n° 10670/83, décision de la Commission du 9 juillet 1985,
Décisions et rapports 44
Sissanis c. Roumanie, n° 23468/02, 25 janvier 2007
Stamose c. Bulgarie, n° 29713/05, CEDH 2012

En l'affaire Battista c. Italie,

La Cour européenne des droits de l'homme (deuxième section), siégeant en une chambre composée de :

Işıl Karakaş, *présidente*,
Guido Raimondi,
András Sajó,
Nebojša Vučinić,
Helen Keller,
Egidijus Kūris,
Robert Spano, *juges*,

et de Abel Campos, *greffier adjoint*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 4 novembre 2014,
Rend l'arrêt que voici, adopté à cette date :

PROCÉDURE

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 43978/09) dirigée contre la République italienne et dont un ressortissant de cet État, M. Alessandro Battista (« le requérant »), a saisi la Cour le 6 août 2009 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Le requérant a été représenté par M^e A. Battista, avocat à Naples. Le gouvernement italien (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M^{me} E. Spatafora.

3. Le 11 avril 2011, la requête a été communiquée au Gouvernement.

EN FAIT**I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE**

4. Le requérant, M. Alessandro Battista, est un ressortissant italien né en 1967 et résidant à Naples.

5. Au commencement de l'affaire, il était en instance de séparation de corps avec son épouse (D.L.), et la garde des deux enfants (G.L. et M.T.) du couple avait été attribuée de manière provisoire conjointement aux deux parents.

6. Le 29 août 2007, le requérant demanda au juge des tutelles un nouveau passeport avec inscription du nom de son fils G.L. Son ex-épouse s'y opposa en faisant valoir que le requérant ne versait pas la pension alimentaire fixée par le président du tribunal lors de la séparation de corps.

7. Par un décret du 18 septembre 2007, le juge des tutelles rejeta la demande du requérant, estimant qu'il n'était pas opportun de délivrer le passeport compte tenu de l'impératif de protéger le droit des enfants à recevoir la pension alimentaire. À cet égard, il souligna que le requérant, qui était tenu à verser une pension alimentaire de 600 euros (EUR), ne versait qu'une petite partie (sommes allant de 45 EUR à 90 EUR) et qu'il était à craindre qu'en cas de déplacement à l'étranger il se soustrairait complètement à son obligation.

8. Par une décision du 26 octobre 2007, le juge des tutelles ordonna que l'inscription du nom de M.T. soit effacé du passeport du requérant.

9. Le 31 octobre 2007, le commissaire de police (*questore*) de Naples ordonna au requérant de déposer son passeport au commissariat et invalida sa carte d'identité valable pour l'étranger.

10. Le requérant attaqua la décision du juge des tutelles devant le tribunal de Naples. Il soutenait :

- que selon les dispositions du président du tribunal lors de la séparation de corps, les enfants devaient passer les vacances d'été du 10 au 26 août avec lui ; que, dans cette optique, il avait souhaité les emmener en Sicile en avion ; mais qu'il fallait pour cela que les noms des deux enfants soient inscrits sur son passeport ;

- qu'à cause de l'opposition de son ex-épouse et du décret du juge des tutelles, lui-même et ses enfants n'avaient pas pu partir en vacances ;

- que les noms des enfants étaient inscrits sur le passeport de la mère ;

- que le rejet de sa demande constituait une sanction non prévue par la loi.

11. Le 7 février 2008, le requérant demanda au juge des tutelles de Naples de lui délivrer un nouveau passeport, expliquant que son ex-épouse avait gardé dans l'habitation familiale sa carte d'identité et son passeport.

12. Par un décret du 29 février 2008, le juge des tutelles de Naples rejeta la demande du requérant au motif qu'il ne s'était pas acquitté de la pension alimentaire au titre de ses enfants et qu'il était à craindre que le requérant parte à l'étranger pour se soustraire complètement à son obligation.

Le requérant attaqua également cette décision devant le tribunal de Naples, en alléguant une atteinte à son droit à la libre circulation.

13. Par une décision du 5 février 2009, le tribunal de Naples joignit les recours et les rejeta. Le tribunal nota tout d'abord que la base légale de la décision du juge des tutelles était la loi du 21 novembre 1967 (n° 1185), telle que modifiée par la loi n° 3 de 2003 (loi sur les passeports).

14. Le tribunal considéra que le juge des tutelles avait bien compétence pour se prononcer sur la demande de passeport du requérant et sur l'insertion du nom de son fils. Quant au bien-fondé du recours, le tribunal releva

que le requérant ne s'acquittait pas de l'obligation qui lui incombait au titre de la pension alimentaire et que cette hypothèse constituait l'un des motifs légaux de refus de délivrance du passeport dans l'intérêt des enfants, selon l'article 12 de la loi sur les passeports.

15. Le 4 novembre 2008, D.L. fut condamnée à payer une amende de 100 EUR pour non-présentation d'enfants au requérant.

16. Par un décret du 8 avril 2009, le juge des tutelles délivra à sa demande à D.L. un passeport avec les noms des deux enfants.

17. Le 21 août 2012, le requérant demanda au juge des tutelles de Naples de délivrer des passeports individuels à ses enfants en application du décret législatif n° 135 de 2009.

18. D.L. s'y opposa, arguant que ces passeports n'étaient pas nécessaires pour les enfants, que le requérant manquait à son obligation alimentaire depuis 2007 et qu'une procédure pénale était même pendante à ce sujet.

19. Par une décision du 3 octobre 2012, le juge des tutelles rejeta la demande du requérant. Il considéra que la procédure de séparation entre le requérant et D.L. était encore pendante et qu'à la lumière des considérations exprimées par D.L., qui avait la garde des enfants, il y avait lieu de surseoir à toute délivrance de passeports aux enfants. Le requérant n'interjeta pas appel de cette décision.

II. LE DROIT INTERNE ET INTERNATIONAL PERTINENT

20. La loi du 21 novembre 1967 (n° 1185), telle que modifiée par la loi n° 3 de 2003, prévoit :

Article 3

« Le passeport ne peut pas être délivré :

a) aux enfants qui, étant assujettis à l'autorité parentale, n'ont pas le consentement des parents, ou à défaut l'autorisation du juge des tutelles ;

b) aux parents qui, ayant des enfants mineurs, n'ont pas l'autorisation du juge des tutelles. Cette autorisation n'est pas nécessaire s'il y a consentement de l'autre parent, ou si un des deux parents a la garde exclusive (...) »

Article 12

« Le passeport peut être retiré quand la personne se trouve à l'étranger et n'est pas en mesure de prouver le paiement de la pension alimentaire établie par décision de l'autorité judiciaire en faveur des enfants mineurs (...) »

21. Dans la pratique, deux exceptions existent, où la délivrance du passeport reste admise : lorsque l'intéressé a démontré la nécessité de se soigner à l'étranger ; et lorsqu'il doit se rendre à l'étranger pour des raisons de travail.

22. Le décret législatif n° 135 de 2009 a introduit l'obligation pour les enfants mineurs de détenir un passeport individuel. Ainsi, depuis le 25 novembre 2009, il n'est plus possible d'inscrire les mineurs sur les passeports des parents. Les inscriptions effectuées avant cette date restent valables selon les modalités prévues par la législation alors en vigueur. La durée de validité du passeport pour les enfants mineurs varie en fonction de l'âge : trois ans pour les enfants de zéro à trois ans ; cinq ans pour les enfants de trois à dix-huit ans.

23. Le Règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires propose une série de mesures visant à faciliter le paiement des créances alimentaires dans des situations transfrontalières.

24. La Convention de La Haye du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille établit un système de coopération administrative entre les autorités des États contractants et un régime de reconnaissance et d'exécution des décisions et des accords en matière d'obligations alimentaires.

25. La Convention de New York sur le recouvrement des aliments à l'étranger fut adoptée et ouverte à la signature le 20 juin 1956 par la Conférence des Nations unies sur les obligations alimentaires convoquée en vertu de la résolution 572 (XIX) du Conseil économique et social des Nations unies, adoptée le 17 mai 1955.

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 2 DU PROTOCOLE N° 4 À LA CONVENTION

26. Le requérant se plaint d'une atteinte à sa vie privée et à sa liberté de circulation. En particulier, il expose qu'aucune norme n'interdit à un parent qui ne payerait pas sa pension alimentaire d'avoir un passeport et d'y faire inscrire le nom de ses enfants.

Il invoque l'article 2 du Protocole n° 4 à la Convention, ainsi libellé :

« 1. Quiconque se trouve régulièrement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence.

2. Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien.

3. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au maintien de l'ordre public, à la prévention

des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

4. Les droits reconnus au paragraphe 1 peuvent également, dans certaines zones déterminées, faire l'objet de restrictions qui, prévues par la loi, sont justifiées par l'intérêt public dans une société démocratique.»

27. Le Gouvernement conteste la thèse du requérant.

A. Sur la recevabilité

28. La Cour constate que le présent grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention. Elle relève par ailleurs qu'il ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de le déclarer recevable.

B. Sur le fond

1. Thèses des parties

29. Le requérant affirme qu'il n'y a aucune base légale au refus des autorités de lui délivrer un passeport. En particulier, il fait valoir qu'il n'a jamais été condamné pour violation des obligations d'assistance familiale (*violazione degli obblighi di assistenza familiare*, infraction punie par l'article 570 du code pénal) et qu'aucune juridiction ne l'a condamné pour non-paiement de la pension alimentaire. De plus, il affirme que son casier judiciaire est vierge.

30. Le Gouvernement rappelle que l'article 16 de la Constitution prévoit que la liberté du citoyen de sortir du territoire de la République est subordonnée à l'observance des obligations prévues par la loi.

31. Il note ensuite que l'ingérence dans le droit du requérant est expressément prévue par la loi, à savoir l'article 3 a) et b) de la loi n° 1185 de 1967, et explique qu'elle a pour finalité la protection des enfants: il s'agit de s'assurer que le requérant paye sa pension alimentaire et de prévenir la commission d'un délit. Aux yeux du Gouvernement, cette ingérence répond au critère de la « nécessité dans une société démocratique », en particulier à la lumière de la jurisprudence de la Cour en matière de dettes impayées.

32. À cet égard, le Gouvernement rappelle que le tribunal de Naples a décidé de transmettre sa décision du 22 octobre 2008 au procureur de la République pour vérifier si une information judiciaire pouvait être ouverte pour violation des obligations d'assistance familiale (*violazione degli obblighi di assistenza familiare*), infraction punie par l'article 570 du code pénal.

33. Le Gouvernement constate que la Cour constitutionnelle, dans son arrêt n° 0464 de 1997, a affirmé que l'essence de l'article en question de la

loi n° 1185 de 1967 est de « garantir que le parent remplisse ses obligations à l'égard de ses enfants ».

Il ajoute que, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, la décision du juge des tutelles en la matière représente une mesure de « juridiction gracieuse » (c'est-à-dire qui ne vise pas à régler de façon définitive un conflit entre les droits subjectifs des parents).

34. Le Gouvernement rappelle la jurisprudence de la Cour concernant les restrictions à la liberté de circulation dans des situations de procès pénaux en cours, de faillites ou encore de violations des obligations relatives au service militaire.

2. *Appréciation de la Cour*

35. La Cour observe tout d'abord que la présente affaire soulève une question nouvelle, puisqu'elle n'a pas eu encore l'occasion de se pencher sur les mesures restreignant la liberté de quitter un pays en raison de l'existence de dettes envers un tiers ayant une importance particulière, comme les obligations alimentaires.

36. Dans de précédentes affaires examinées sous l'angle de l'article 2 du Protocole n° 4, la Cour ou l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme se sont intéressées à de telles interdictions, prononcées par exemple dans le contexte :

- d'une procédure pénale en cours (*Schmid c. Autriche*, n° 10670/83, décision de la Commission du 9 juillet 1985, Décisions et rapports (DR) 44, p. 195, *Baumann c. France*, n° 33592/96, CEDH 2001-V, *Földes et Földesné Hajlik c. Hongrie*, n° 41463/02, CEDH 2006-XII, *Sissanis c. Roumanie*, n° 23468/02, 25 janvier 2007, *Bessenyei c. Hongrie*, n° 37509/06, 21 octobre 2008, *A.E. c. Pologne*, n° 14480/04, 31 mars 2009, *Iordan Iordanov et autres c. Bulgarie*, n° 23530/02, 2 juillet 2009, *Makedonski c. Bulgarie*, n° 36036/04, 20 janvier 2011, *Pfeifer c. Bulgarie*, n° 24733/04, 17 février 2011, *Prescher c. Bulgarie*, n° 6767/04, 7 juin 2011, et *Miażdżyk c. Pologne*, n° 23592/07, 24 janvier 2012) ;

- de l'exécution d'une peine (*M. c. Allemagne*, n° 10307/83, décision de la Commission du 6 mars 1984, DR 37, p. 113) ;

- de la condamnation de l'intéressé pour une infraction pénale, tant qu'il n'aurait pas été réhabilité (*Nalbantski c. Bulgarie*, n° 30943/04, 10 février 2011) ;

- d'une procédure de faillite en cours (*Luordo c. Italie*, n° 32190/96, CEDH 2003-IX) ;

- du refus de payer une amende douanière (*Napijalo c. Croatie*, n° 66485/01, 13 novembre 2003) ;

- d'un manquement à acquitter un impôt (*Riener c. Bulgarie*, n° 46343/99, 23 mai 2006);
- d'un manquement à rembourser à un créancier privé une dette établie par une décision judiciaire (*Ignatov c. Bulgarie*, n° 50/02, 2 juillet 2009, *Gochev c. Bulgarie*, n° 34383/03, 26 novembre 2009, et *Khlyustov c. Russie*, n° 28975/05, 11 juillet 2013);
- de la connaissance de « secrets d'État » (*Bartik c. Russie*, n° 55565/00, CEDH 2006-XV);
- du défaut d'accomplissement des obligations du service militaire (*Peltonen c. Finlande*, n° 19583/92, décision de la Commission du 20 février 1995, DR 80-A, p. 38, et *Marangos c. Chypre*, n° 31106/96, décision de la Commission du 20 mai 1997, non publiée);
- de la maladie mentale de l'intéressé, associée à l'absence de dispositif permettant sa prise en charge adéquate dans l'État de destination (*Nordblad c. Suède*, n° 19076/91, décision de la Commission du 13 octobre 1993, non publiée);
- d'une décision judiciaire interdisant d'emmener un enfant mineur à l'étranger (*Roldan Teixeira et autres c. Italie* (déc.), n° 40655/98, 26 octobre 2000, et *Diamante et Pelliccioni c. Saint-Marin*, n° 32250/08, 27 septembre 2011);
- de l'interdiction faite à un Bulgare de quitter le territoire national pendant deux ans pour avoir violé les lois des États-Unis en matière d'immigration (*Stamose c. Bulgarie*, n° 29713/05, CEDH 2012).

La Cour considère que malgré les différences entre ces affaires et la présente, les mêmes principes sont ici applicables.

37. L'article 2 § 2 du Protocole n° 4 garantit à toute personne le droit de quitter n'importe quel pays pour se rendre dans n'importe quel autre pays de son choix où elle est susceptible d'être admise. Le refus de délivrer un passeport au requérant et l'annulation de sa carte d'identité pour les voyages à l'étranger par les juridictions internes s'analysent en une atteinte à ce droit (*Peltonen*, décision précitée, p. 43, *Baumann*, précité, §§ 62-63, *Napijalo*, précité, §§ 69-73, et *Nalbantski*, précité, § 61). Dès lors, il convient de déterminer si cette atteinte était « prévue par la loi », poursuivait un ou plusieurs des buts légitimes définis à l'article 2 § 3 du Protocole n° 4, et si elle était « nécessaire dans une société démocratique » à la réalisation de ce ou ces buts.

38. En ce qui concerne la légalité de cette mesure, la Cour rappelle sa jurisprudence constante selon laquelle l'expression « prévue par la loi » non seulement impose que la mesure incriminée ait une base en droit interne, mais vise aussi la qualité de la loi en cause : celle-ci doit être accessible au justiciable et prévisible quant à ses effets (*Rotaru c. Roumanie* [GC],

n° 28341/95, § 52, CEDH 2000-V). Afin que la loi satisfasse à la condition de prévisibilité, elle doit énoncer avec suffisamment de précision les conditions dans lesquelles une mesure peut être appliquée, et ce pour permettre aux personnes concernées de régler leur conduite en s'entourant au besoin de conseils éclairés.

39. Comme le souligne le Gouvernement, l'ingérence reposait sur l'article 12 de la loi sur les passeports du 21 novembre 1967 (n° 1185), telle que modifiée par la loi n° 3 de 2003, en relation avec le fait que le requérant ne s'acquittait pas de la pension alimentaire qu'il était tenu de verser à l'égard de ses enfants. L'ingérence possédait ainsi clairement une base légale en droit interne. À cet égard, la Cour note également que la Cour constitutionnelle, dans son arrêt n° 0464 de 1997, a affirmé que l'essence de l'article en question de la loi n° 1185 de 1967 est de « garantir que le parent remplisse ses obligations à l'égard de ses enfants ».

40. La Cour estime également que l'imposition de la mesure en question tend à garantir l'intérêt des enfants du requérant et qu'elle poursuit en principe un objectif légitime de protection des droits d'autrui – dans le cas présent, ceux des enfants qui doivent recevoir la pension alimentaire.

41. Pour ce qui est de la proportionnalité d'une restriction imposée au motif de dettes impayées, la Cour rappelle que pareille mesure ne se justifie qu'aussi longtemps qu'elle tend à l'objectif poursuivi de garantir le recouvrement des dettes en question (*Napijalo*, précité, §§ 78-82). Par ailleurs, fût-elle justifiée au départ, une mesure restreignant la liberté de circulation d'une personne peut devenir disproportionnée et violer les droits de cette personne si elle se prolonge automatiquement pendant longtemps (*Luordo*, précité, § 96, et *Földes et Földesné Hajlik*, précité, § 35).

42. En tout état de cause, les autorités internes ont l'obligation de veiller à ce que toute atteinte portée au droit d'une personne de quitter son pays soit, dès le départ et tout au long de sa durée, justifiée et proportionnée au regard des circonstances. Elles ne peuvent prolonger longtemps des mesures restreignant la liberté de circulation d'une personne sans réexaminer périodiquement si elles sont justifiées (*Riener*, précité, § 124, et *Földes et Földesné Hajlik*, précité, § 35). Ce contrôle doit normalement être assuré, au moins en dernier ressort, par le pouvoir judiciaire, car il offre les meilleures garanties d'indépendance, d'impartialité et de régularité des procédures (*Sissanis*, précité, § 70). L'étendue du contrôle juridictionnel doit permettre au tribunal de tenir compte de tous les éléments, y compris ceux liés à la proportionnalité de la mesure restrictive (voir, *mutatis mutandis*, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, 23 juin 1981, § 60, série A n° 43).

43. Se tournant vers les circonstances de l'espèce, la Cour remarque que le requérant n'a plus de passeport, ni de carte d'identité valable pour

l'étranger depuis 2008. Elle note que le requérant s'est vu refuser la délivrance d'un passeport et d'une carte d'identité valable pour l'étranger à cause du non-paiement de la pension alimentaire. Les juridictions internes (paragraphe 11-12 ci-dessus) ont souligné que le requérant ne s'était pas acquitté de la pension alimentaire qu'il était tenu de verser au titre de ses enfants et qu'il y avait un risque qu'il ne la paye plus en se rendant à l'étranger.

44. Ainsi qu'il ressort du dossier et notamment des décisions nationales pertinentes, les juridictions internes n'ont pas jugé nécessaire d'examiner la situation personnelle de l'intéressé, ni sa capacité à s'acquitter des sommes dues et ont appliqué la mesure litigieuse de manière automatique. Dans l'espèce, aucune pondération des droits en cause ne semble avoir été faite. Seuls les intérêts patrimoniaux des bénéficiaires des aliments ont été pris en considération.

45. Par ailleurs, la Cour constate que la question du recouvrement des créances alimentaires fait l'objet d'une coopération en matière civile au niveau européen et international. Elle rappelle qu'il existe des moyens susceptibles de parvenir au recouvrement du crédit en dehors des frontières nationales, en particulier le Règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, la Convention de La Haye du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille et la Convention de New York sur le recouvrement des aliments à l'étranger. Ces instruments n'ont pas été pris en compte par les autorités au moment de l'application de la mesure litigieuse. Ces dernières se sont limitées à souligner que le requérant aurait pu se rendre à l'étranger avec son passeport et se soustraire ainsi à son obligation.

46. De plus, la Cour note que, dans le cas d'espèce, la restriction imposée au requérant n'a pas garanti le paiement de la pension alimentaire.

47. Elle estime partant que l'intéressé a été soumis à une mesure de caractère automatique, sans aucune limitation quant à sa portée ni quant à sa durée (*Riener*, précité, § 127). En outre, il n'a été procédé, par les juridictions internes, à aucun réexamen de la justification et de la proportionnalité de la mesure au regard des circonstances de l'espèce depuis 2008.

48. À la lumière de ce qui précède, la Cour considère que l'imposition automatique d'une telle mesure, pour une durée indéterminée, sans prise en compte des circonstances propres à l'intéressé, ne peut être qualifiée de nécessaire dans une société démocratique.

49. Il y a donc eu violation de l'article 2 du Protocole n° 4 à la Convention.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

50. Le requérant allègue que la non-délivrance du passeport constitue une atteinte au respect de son droit à la vie privée tel que prévu par l'article 8 de la Convention, ainsi libellé :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

51. La Cour relève que ce grief, tel qu'il a été présenté par le requérant, est étroitement lié à celui tiré de l'article 2 du Protocole n° 4, examiné ci-dessus, et doit donc lui aussi être déclaré recevable.

52. Eu égard aux conclusions auxquelles elle est parvenue plus haut (paragraphe 48-49 ci-dessus), la Cour ne juge pas nécessaire de l'examiner séparément.

III. SUR LES AUTRES VIOLATIONS ALLÉGUÉES

53. Le requérant allègue une méconnaissance de l'article 5 du Protocole n° 7 du fait que la mère de ses enfants bénéficierait d'un traitement préférentiel en ce qu'elle a obtenu, contrairement à lui, l'insertion du nom des enfants sur son propre passeport.

54. La Cour note tout d'abord que ce grief n'est pas étayé. Pour autant qu'il soulève une question distincte de celle examinée plus haut et dans la mesure où elle est compétente pour connaître des allégations formulées, la Cour ne relève aucune apparence de violation des droits et des libertés garantis par la Convention. Partant, elle déclare ce grief irrecevable.

IV. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

55. Aux termes de l'article 41 de la Convention,

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

A. Dommage

56. Le requérant réclame 30 000 euros (EUR) au titre du préjudice moral qu'il dit avoir subi en son nom et au nom de ses enfants à cause de l'impossibilité de se rendre à l'étranger.

57. Le Gouvernement conteste cette prétention. Il estime que le montant sollicité est en tout état de cause excessif et non conforme aux paramètres de liquidation de la Cour.

58. La Cour considère qu'il y a lieu d'octroyer au requérant 5 000 EUR au titre du préjudice moral.

B. Frais et dépens

59. Sans justificatifs à l'appui, le requérant demande également 20 000 EUR pour les frais et dépens engagés devant les juridictions internes et devant la Cour.

60. Le Gouvernement considère ce montant excessif et soutient que le requérant n'a pas démontré que les frais et dépens allégués étaient nécessaires et raisonnables.

61. Selon la jurisprudence de la Cour, un requérant ne peut obtenir le remboursement de ses frais et dépens que dans la mesure où se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et le caractère raisonnable de leur taux. En l'espèce, la Cour relève que le requérant n'a pas fourni de justificatifs à l'appui de sa demande et décide de ne rien allouer à ce titre.

C. Intérêts moratoires

62. La Cour juge approprié de calquer le taux des intérêts moratoires sur le taux d'intérêt de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne majoré de trois points de pourcentage.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Déclare*, à l'unanimité, la requête recevable quant aux griefs tirés des articles 2 du Protocole n° 4 et 8 de la Convention,
2. *Déclare*, à la majorité, la requête irrecevable pour le surplus ;
3. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 2 du Protocole n° 4 à la Convention ;
4. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas lieu d'examiner le grief tiré de l'article 8 de la Convention ;
5. *Dit*, à l'unanimité,
 - a) que l'État défendeur doit verser au requérant, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à

l'article 44 § 2 de la Convention, 5 000 EUR (cinq mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, pour dommage moral ;

b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ;

6. *Rejette*, par six voix contre une, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 2 décembre 2014, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Abel Campos
Greffier adjoint

Işıl Karakaş
Présidente

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé de la déclaration de dissentiment du juge Kūris.

A.I.K.
A.C.

DÉCLARATION DE DISSIDENTIMENT DU JUGE KÜRIS

J'ai voté contre les points 2 et 6 du dispositif du présent arrêt. J'estime que la question abordée aux paragraphes 53 et 54 de l'arrêt méritait d'être examinée sous l'angle de l'article 5 du Protocole n° 7 à la Convention. En conséquence, cette partie de la requête aurait dû être déclarée recevable.

BATTISTA v. ITALY
(*Application no. 43978/09*)

SECOND SECTION

JUDGMENT OF 2 DECEMBER 2014¹

1. Translation; original French.

SUMMARY¹**Prohibition on leaving the country on account of failure to make maintenance payments**

The failure to make maintenance payments could not justify a general and automatic prohibition on leaving the country, which, moreover, had been imposed without a review over time of the proportionality of the measure (see paragraphs 44 and 47-48 of the judgment).

Article 2 of Protocol No. 4

Freedom to leave a country – Prohibition on leaving the country on account of failure to make maintenance payments – Necessary in a democratic society – Protection of the interests of children – Automatic application of the measure – Failure to take account of international instruments on recovery of maintenance – No limitation as to the scope or duration of the measure

*

* *

Facts

When the case began the applicant was in judicial separation proceedings from his wife, and a provisional residence order had been made jointly to both parents in respect of the couple's two children. In 2007 the applicant asked the guardianship judge to issue him with a new passport, in which the name of his son was to be entered. The guardianship judge rejected the applicant's request, holding that it was inappropriate to issue the passport, given the imperative of protecting the children's right to receive the maintenance payments. In this connection, he emphasised that the applicant, who was supposed to make a maintenance payment of 600 euros (EUR), paid only a small proportion of that amount, and that there was a risk that he would shirk his obligation completely if he were to travel abroad. The following month the police commissioner ordered the applicant to hand in his passport to the police station and amended his identity card, making it invalid for foreign travel. In 2008 the applicant again applied for a passport. That request and the subsequent appeals were all dismissed on the same ground as the initial request.

1. This summary by the Registry does not bind the Court.

Law

Article 2 of Protocol No. 4: The domestic courts' refusal to issue the applicant with a passport and the decision to invalidate his identity card for foreign travel constituted an interference with his right to leave any country for any other country of his choice to which he could be admitted. The interference clearly had a legal basis in national law. In this regard, the Constitutional Court had stated that the essence of the relevant provision was to "to ensure that the parent fulfils his or her obligations towards his or her children". The imposition of the impugned measure was intended to guarantee the interests of the applicant's children and in principle it pursued a legitimate aim, namely the protection of the rights of others – in the present case, the children's right to receive the maintenance payments.

However, the national courts had not considered it necessary to examine the applicant's personal situation or his ability to pay the amounts due, and applied the impugned measure automatically. There seemed to have been no attempt to balance the rights at stake. The only factor that had been taken into consideration was the property interests of the maintenance recipients. Moreover, there had been civil-law cooperation at European and international level on the issue of the recovery of maintenance payments. There existed methods for obtaining recovery of debts outside national boundaries, in particular Council Regulation (EC) no. 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, the Hague Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance, and the New York Convention of 20 June 1956 on the Recovery Abroad of Maintenance. Those instruments had not been taken into account by the authorities when applying the contested measure. They had merely emphasised that the applicant could have travelled abroad using his passport and thus succeeded in evading his obligation. In addition, the restriction imposed on the applicant had not ensured payment of the sums due in maintenance.

It followed that the applicant had been subjected to measures of an automatic nature, with no limitation as to their scope or duration, and the domestic courts had not carried out any fresh review of the justification for and proportionality of the measure, having regard to the circumstances of the case, since 2008. In consequence, the automatic imposition of such a measure could not be described as necessary in a democratic society.

Conclusion: violation (unanimously).

Article 41: EUR 5,000 in respect of non-pecuniary damage.

Case-law cited by the Court

A.E. v. Poland, no. 14480/04, 31 March 2009

Bartik v. Russia, no. 55565/00, ECHR 2006-XV

Baumann v. France, no. 33592/96, ECHR 2001-V

Bessenyei v. Hungary, no. 37509/06, 21 October 2008
Diamante and Pelliccioni v. San Marino, no. 32250/08, 27 September 2011
Földes and Földesné Hajlik v. Hungary, no. 41463/02, ECHR 2006-XII
Gochev v. Bulgaria, no. 34383/03, 26 November 2009
Ignatov v. Bulgaria, no. 50/02, 2 July 2009
Jordan Jordanov and Others v. Bulgaria, no. 23530/02, 2 July 2009
Khlyustov v. Russia, no. 28975/05, 11 July 2013
Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium, 23 June 1981, Series A no. 43
Luordo v. Italy, no. 32190/96, ECHR 2003-IX
M. v. Germany, no. 10307/83, Commission decision of 6 March 1984, Decisions and Reports 37
Makedonski v. Bulgaria, no. 36036/04, 20 January 2011
Marangos v. Cyprus, no. 31106/96, Commission decision of 20 May 1997, unreported
Miażdżyk v. Poland, no. 23592/07, 24 January 2012
Nalbantski v. Bulgaria, no. 30943/04, 10 February 2011
Napijalo v. Croatia, no. 66485/01, 13 November 2003
Nordblad v. Sweden, no. 19076/91, Commission decision of 13 October 1993, unreported
Peltonen v. Finland, no. 19583/92, Commission decision of 20 February 1995, Decisions and Reports 80-A
Pfeifer v. Bulgaria, no. 24733/04, 17 February 2011
Prescher v. Bulgaria, no. 6767/04, 7 June 2011
Riener v. Bulgaria, no. 46343/99, 23 May 2006
Roldan Teixeira and Others v. Italy (dec.), no. 40655/98, 26 October 2000
Rotaru v. Romania [GC], no. 28341/95, ECHR 2000-V
Schmid v. Austria, no. 10670/83, Commission decision of 9 July 1985, Decisions and Reports 44
Sissanis v. Romania, no. 23468/02, 25 January 2007
Stamose v. Bulgaria, no. 29713/05, ECHR 2012

In the case of Battista v. Italy,

The European Court of Human Rights (Second Section), sitting as a Chamber composed of:

Işıl Karakaş, *President*,

Guido Raimondi,

András Sajó,

Nebojša Vučinić,

Helen Keller,

Egidijus Kūris,

Robert Spano, *judges*,

and Abel Campos, *Deputy Section Registrar*,

Having deliberated in private on 4 November 2014,

Delivers the following judgment, which was adopted on that date:

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 43978/09) against the Italian Republic lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by an Italian national, Mr Alessandro Battista (“the applicant”), on 6 August 2009.

2. The applicant was represented by Mr A. Battista, a lawyer practising in Naples. The Italian Government (“the Government”) were represented by their Agent, Ms E. Spatafora.

3. On 11 April 2011 the Government were given notice of the application.

THE FACTS**I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE**

4. The applicant, Mr Alessandro Battista, is an Italian national who was born in 1967 and lives in Naples.

5. While he was in judicial separation proceedings from his wife (D.L.), a provisional residence order was issued to both parents in respect of the couple’s two children (G.L. and M.T.).

6. On 29 August 2007 the applicant asked the guardianship judge to issue him with a new passport, requesting that the name of his son, G.L., also be entered in it. His former wife objected, arguing that the applicant was not making the maintenance payments ordered by the president of the court at the time of the judicial separation.

7. By a decree of 18 September 2007, the guardianship judge rejected the applicant's request, holding that it was inappropriate to issue the requested passport, given the imperative of protecting the children's right to receive the maintenance payments. In this regard, he emphasised that the applicant, who was supposed to make a maintenance payment of 600 euros (EUR) per month, paid only a small amount (EUR 45 to 90) and that there was a risk that he would shirk his obligation completely if he were to travel abroad.

8. By a decision of 26 October 2007, the guardianship judge ordered that M.T.'s name be removed from the applicant's passport.

9. On 31 October 2007 the Naples Police Commissioner (*questore*) ordered the applicant to hand in his passport to the police station and amended his identity card, making it invalid for foreign travel.

10. The applicant appealed to the Naples Court against the guardianship judge's decision. He alleged that:

(a) under the measures ordered by the president of the court at the time of the judicial separation, the children had been due to spend the period of 10 to 26 August, during the school holidays, with him; on that basis, he had planned to take them to Sicily by plane; however, this required that the names of his two children be included in his passport;

(b) on account of his former wife's objection and the guardianship judge's decree, he and his children had been unable to go on holiday;

(c) the children's names were included in their mother's passport;

(d) the dismissal of his request amounted to a penalty that was not prescribed by law.

11. On 7 February 2008 the applicant asked the Naples guardianship judge to issue him with a new passport, explaining that his former wife had retained his identity card and his passport in the family home.

12. By a decree of 29 February 2008, the Naples guardianship judge dismissed the applicant's request on the ground that he had not paid the maintenance sums due in respect of his children, and that it was to be feared that he was leaving the country only in order to evade his obligation entirely.

The applicant also appealed against that decision to the Naples Court, alleging a breach of his right to freedom of movement.

13. By a decision of 5 February 2009, the Naples Court joined the appeals and dismissed them. The court noted, firstly, that the legal basis for the guardianship judge's decision was Law no. 1185 of 21 November 1967, as amended by the Passports Act 2003 (Law no. 3).

14. The court found that the guardianship judge did indeed have jurisdiction to rule on the applicant's request for a passport and on the inclusion in it of his son's name. As to the merits of the appeal, the court

noted that the applicant was not complying with his obligation to pay maintenance and that this circumstance was one of the lawful grounds for refusing to issue a passport, in the children's interests, in accordance with section 12 of the Passports Act.

15. On 4 November 2008 D.L. was ordered to pay a fine of EUR 100 for failing to bring the children to an appointment with the applicant.

16. By a decree of 8 April 2009, the guardianship judge issued D.L., at her request, with a passport in which the names of the two children were included.

17. On 21 August 2012 the applicant asked the Naples guardianship judge to issue individual passports to his children, in application of Legislative Decree no. 135 of 2009.

18. D.L. objected, arguing that the children did not need these passports; that the applicant had made no maintenance payments since 2007; and that, indeed, criminal proceedings were pending in that regard.

19. By a decision of 3 October 2012, the guardianship judge rejected the applicant's request. He considered that the proceedings for the separation of the applicant and D.L. were still pending and that, in the light of the considerations put forward by D.L., with whom the children resided, it was appropriate to stay any issue of passports to the children. The applicant did not appeal against that decision.

II. RELEVANT DOMESTIC AND INTERNATIONAL LAW

20. Law no. 1185 of 21 November 1967, as amended by the Passports Act 2003 (Law no. 3), provides:

Section 3

"A passport cannot be delivered:

(a) to children who are subject to parental authority, where the parents do not consent, or, in the absence of parental authority, where the guardianship judge does not consent;

(b) to parents of minor children, in the absence of authorisation by the guardianship judge. Such authorisation shall not be necessary if consent has been given by the other parent, or if one of the two parents has sole custody ..."

Section 12

"A passport may be withdrawn from a person who is abroad and is unable to prove that he or she has made maintenance payments as ordered by a court decision in respect of his or her minor children ..."

21. In practice, there are two exceptions in which a passport may nonetheless be issued: where the person concerned has shown the necessity

for medical care in another country, or where he or she must travel abroad for professional reasons.

22. Legislative Decree no. 135 of 2009 made it obligatory for minor children to hold individual passports. Since 25 November 2009 it has therefore no longer been possible to include minor children on their parents' passports. Entries made prior to that date remain valid, in accordance with the arrangements provided for in the legislation then in force. The validity of minor children's passports varies depending on the child's age: three years for children aged under three, and five years for children aged from three to eighteen.

23. Council Regulation (EC) no. 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations proposes a series of measures aimed at facilitating the payment of maintenance claims in cross-border situations.

24. The Hague Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance establishes a system of administrative cooperation between the authorities of the Contracting States and a system for the recognition and enforcement of maintenance decisions and agreements.

25. The New York Convention on the Recovery Abroad of Maintenance was adopted and opened for signature on 20 June 1956 by the United Nations Conference on Maintenance Obligations, convened pursuant to Resolution 572 (XIX) of the Economic and Social Council of the United Nations, adopted on 17 May 1955.

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 2 OF PROTOCOL NO. 4 TO THE CONVENTION

26. The applicant complained of an interference with his private life and his freedom of movement. In particular, he alleged that there was no statutory rule preventing parents who did not make maintenance payments from holding a passport or from having their children's names added to it.

He relied on Article 2 of Protocol No. 4 to the Convention, which provides:

“1. Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence.

2. Everyone shall be free to leave any country, including his own.

3. No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are in accordance with law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the maintenance of *ordre public*, for the prevention of crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

4. The rights set forth in paragraph 1 may also be subject, in particular areas, to restrictions imposed in accordance with law and justified by the public interest in a democratic society.”

27. The Government contested the applicant’s arguments.

A. Admissibility

28. The Court notes that this complaint is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention. It further notes that it is not inadmissible on any other grounds. It must therefore be declared admissible.

B. Merits

1. The parties’ submissions

29. The applicant submitted that there was no legal basis for the authorities’ refusal to issue him with a passport. In particular, he argued that he had never been convicted of a violation of the obligations to assist one’s family (*violazione degli obblighi di assistenza familiare*), an offence punishable under Article 570 of the Criminal Code, and that no court had convicted him for failure to pay the sums due in maintenance. He also submitted that he had no criminal record.

30. The Government pointed out that Article 16 of the Constitution provided that the freedom of a citizen to leave the territory of the Republic was subject to compliance with the obligations provided for by law.

31. They further considered that the interference in the applicant’s right was specifically provided for by law, namely section 3(a) and (b) of Law no. 1185 of 1967, and explained that it was designed to protect children: the aim had been to ensure that the applicant made his maintenance payments and to prevent an offence being committed. In the Government’s opinion, this interference met the criterion of being “necessary in a democratic society”, especially in the light of the Court’s case-law on unpaid debts.

32. In this connection, the Government pointed out that the Naples Court had decided to transmit its decision of 22 October 2008 to the public prosecutor, in order to establish whether a judicial investigation could be opened for a violation of the obligations to assist one’s family, an offence punishable under Article 570 of the Criminal Code.

33. The Government indicated that the Constitutional Court, in its judgment no. 464 of 1997, had stated that the essence of the relevant section of Law no. 1185 of 1967 was “to ensure that the parent fulfils his or her obligations towards his or her children”.

They added that, under the Court of Cassation’s case-law, the guardianship judge’s decision in this area was a measure of “non-contentious proceedings”, that is, it was not intended to settle a conflict between the parents’ subjective rights in a final manner.

34. The Government referred to the Court’s case-law on restrictions on freedom of movement in situations involving pending criminal trials, bankruptcy or violations of obligations with regard to military service.

2. *The Court’s assessment*

35. The Court observes at the outset that the present case raises a novel issue, in that it has not previously had occasion to consider measures restricting the freedom to leave a country on account of the existence of particularly significant debts to a third party, such as maintenance payments.

36. In previous cases examined under Article 2 of Protocol No. 4, the Court or the former European Commission of Human Rights considered such bans imposed in connection with, for example:

(a) pending criminal proceedings (see *Schmid v. Austria*, no. 10670/83, Commission decision of 9 July 1985, Decisions and Reports (DR) 44, p. 195; *Baumann v. France*, no. 33592/96, ECHR 2001-V; *Földes and Földesné Hajlik v. Hungary*, no. 41463/02, ECHR 2006-XII; *Sissanis v. Romania*, no. 23468/02, 25 January 2007; *Bessenyei v. Hungary*, no. 37509/06, 21 October 2008; *A.E. v. Poland*, no. 14480/04, 31 March 2009; *Iordan Iordanov and Others v. Bulgaria*, no. 23530/02, 2 July 2009; *Makedonski v. Bulgaria*, no. 36036/04, 20 January 2011; *Pfeifer v. Bulgaria*, no. 24733/04, 17 February 2011; *Prescher v. Bulgaria*, no. 6767/04, 7 June 2011; and *Miażdżyk v. Poland*, no. 23592/07, 24 January 2012);

(b) enforcement of criminal sentences (see *M. v. Germany*, no. 10307/83, Commission decision of 6 March 1984, DR 37, p. 113);

(c) lack of rehabilitation in respect of criminal offences (see *Nalbantski v. Bulgaria*, no. 30943/04, 10 February 2011);

(d) pending bankruptcy proceedings (see *Luordo v. Italy*, no. 32190/96, ECHR 2003-IX);

(e) refusal to pay customs penalties (see *Napijalo v. Croatia*, no. 66485/01, 13 November 2003);

(f) failure to pay taxes (see *Riener v. Bulgaria*, no. 46343/99, 23 May 2006);

(g) failure to pay judgment debts to private persons (see *Ignatov v. Bulgaria*, no. 50/02, 2 July 2009; *Gochev v. Bulgaria*, no. 34383/03, 26 November 2009; and *Khlyustov v. Russia*, no. 28975/05, 11 July 2013);

(h) knowledge of “State secrets” (see *Bartik v. Russia*, no. 55565/00, ECHR 2006-XV);

(i) failure to comply with military service obligations (see *Peltonen v. Finland*, no. 19583/92, Commission decision of 20 February 1995, DR 80-A, p. 38, and *Marangos v. Cyprus*, no. 31106/96, Commission decision of 20 May 1997, unreported);

(j) mental illness of the person concerned, coupled with a lack of arrangements for appropriate care in the destination country (see *Nordblad v. Sweden*, no. 19076/91, Commission decision of 13 October 1993, unreported);

(k) court orders prohibiting minor children from being removed to a foreign country (see *Roldan Texeira and Others v. Italy* (dec.), no. 40655/98, 26 October 2000, and *Diamante and Pelliccioni v. San Marino*, no. 32250/08, 27 September 2011);

(l) ban prohibiting a Bulgarian from leaving the territory of Bulgaria for two years on account of breaches of the immigration laws of the United States (see *Stamose v. Bulgaria*, no. 29713/05, ECHR 2012).

The Court considers that in spite of the differences between those cases and the present case, the principles laid down in them are also applicable here.

37. Article 2 § 2 of Protocol No. 4 guarantees to every person the right to leave any country for any other country of that person’s choice to which he or she may be admitted. The domestic courts’ refusal to issue the applicant with a passport and the decision to invalidate his identity card for foreign travel constituted an interference with that right (see *Peltonen*, cited above, p. 43, and the above-cited judgments in *Baumann*, §§ 62-63; *Napijalo*, §§ 69-73; and *Nalbantski*, § 61). It must therefore be determined whether that interference was “in accordance with law”, pursued one or more of the legitimate aims set out in Article 2 § 3 of Protocol No. 4, and whether it was “necessary in a democratic society” for the achievement of such an aim.

38. With regard to the lawfulness of the measure, the Court reiterates its settled case-law according to which the expression “in accordance with law” not only requires that the impugned measure should have some basis in domestic law, but also refers to the quality of the law in question, requiring that it should be accessible to the person concerned and foreseeable as to its effects (see *Rotaru v. Romania* [GC], no. 28341/95, § 52, ECHR 2000-V). In order for the law to meet the criterion of foreseeability, it must set forth with sufficient precision the conditions in which a measure may be applied,

to enable the persons concerned – if need be, with appropriate advice – to regulate their conduct.

39. As the Government have emphasised, the interference was based on section 12 of the Passports Act of 21 November 1967 (Law no. 1185), as amended by Law no. 3 of 2003, regard being had to the fact that the applicant was failing to make the maintenance payments which he was required to pay for his children. The interference thus clearly had a legal basis in national law. In this regard, the Court also notes that the Constitutional Court, in its judgment no. 464 of 1997, stated that the essence of the relevant section of Law no. 1185 of 1967 is to “to ensure that the parent fulfils his or her obligations towards his or her children”.

40. The Court also considers that the imposition of the impugned measure was intended to guarantee the interests of the applicant’s children and that in principle it pursued a legitimate aim, namely the protection of the rights of others – in the present case, the children’s right to receive the maintenance payments.

41. With regard to the proportionality of a restriction imposed on account of unpaid debts, the Court reiterates that such a measure is justified only so long as it furthers the pursued aim of guaranteeing recovery of the debts in question (see *Napijalo*, cited above, §§ 78-82). Furthermore, even were it justified at the outset, a measure restricting an individual’s freedom of movement may become disproportionate and breach that individual’s rights if it is automatically extended over a long period (see *Luordo*, cited above, § 96, and *Földes and Földesné Hajlik*, cited above, § 35).

42. In any event, the domestic authorities are under an obligation to ensure that a breach of an individual’s right to leave his or her country is, from the outset and throughout its duration, justified and proportionate in view of the circumstances. They may not extend for long periods measures restricting an individual’s freedom of movement without regular re-examination of their justification (see *Riener*, cited above, § 124, and *Földes and Földesné Hajlik*, cited above, § 35). Such review should normally be carried out, at least in the final instance, by the courts, since they offer the best guarantees of the independence, impartiality and lawfulness of the procedures (see *Sissanis*, cited above, § 70). The scope of the judicial review should enable the court to take account of all the factors involved, including those concerning the proportionality of the restrictive measure (see, *mutatis mutandis*, *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, 23 June 1981, § 60, Series A no. 43).

43. Turning to the circumstances of the present case, the Court notes that the applicant has not had a passport or an identity card which is valid for foreign travel since 2008. It notes that he was refused a passport or an

identity card which was valid for foreign travel on account of his failure to make maintenance payments. The domestic courts (see paragraphs 11-12 above) emphasised that the applicant had not made the required maintenance payments in respect of his children, and that there was a risk that he would make no further payments if he travelled abroad.

44. As shown by the documents in the case file, and especially the relevant domestic decisions, the national courts did not consider it necessary to examine the applicant's personal situation or his ability to pay the amounts due, and applied the impugned measure automatically. There seems to have been no attempt to balance the rights at stake. The only factor taken into consideration was the property interests of the maintenance recipients.

45. Moreover, the Court notes that there has been civil-law cooperation at European and international level on the issue of the recovery of maintenance payments. It points out that there exist methods for obtaining recovery of debts outside national boundaries, in particular Council Regulation (EC) no. 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, the Hague Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance, and the New York Convention on the Recovery Abroad of Maintenance. Those instruments were not taken into account by the authorities when applying the impugned measure. They had merely emphasised that the applicant could have travelled abroad using his passport and thus succeeded in evading his obligation.

46. The Court further observes that, in the present case, the restriction imposed on the applicant did not ensure payment of the sums due in maintenance.

47. Accordingly, it considers that the applicant was subjected to measures of an automatic nature, with no limitation as to their scope or duration (see *Riener*, cited above, § 127). In addition, the domestic courts have not carried out any fresh review of the justification for and proportionality of the measure, having regard to the circumstances of the case, since 2008.

48. In the light of the foregoing, the Court does not consider that the automatic imposition of such a measure for an indeterminate period without any regard to the individual circumstances of the person concerned can be described as necessary in a democratic society.

49. It follows that there has been a violation of Article 2 of Protocol No. 4.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION

50. The applicant alleged that the refusal to issue him with a passport amounted to interference with his right to respect for his private life as guaranteed by Article 8 of the Convention, which provides:

“1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

51. The Court notes that this complaint, as put to it by the applicant, is closely linked to the complaint under Article 2 of Protocol No. 4, examined above, and must likewise be declared admissible.

52. Having regard to its conclusions under Article 2 of Protocol No. 4 (see paragraphs 48-49 above), the Court does not consider it necessary to examine it separately.

III. OTHER ALLEGED VIOLATIONS

53. The applicant alleged that the mother of his children received preferential treatment in that, unlike him, she had been able to have the children’s names entered on her passport, a fact which, he submitted, was in breach of Article 5 of Protocol No. 7 to the Convention.

54. The Court notes at the outset that the applicant has failed to substantiate this complaint. In so far as it raises a separate issue from that examined above and in so far as the Court has jurisdiction to examine the allegations, it has not found any appearance of a breach of the rights and freedoms guaranteed by the Convention. Accordingly, it declares this complaint inadmissible.

IV. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

55. Article 41 of the Convention provides:

“If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party.”

A. Damage

56. The applicant claimed 30,000 euros (EUR) in respect of the non-pecuniary damage that he alleged he had sustained, on his own behalf and

on behalf of his children, as a result of the fact that it was impossible to travel abroad.

57. The Government contested this claim. They considered that the amount claimed was, in any event, excessive and that it did not correspond to the criteria used by the Court.

58. The Court considers it appropriate to award the applicant EUR 5,000 in respect of non-pecuniary damage.

B. Costs and expenses

59. The applicant also claimed EUR 20,000 for the costs and expenses incurred before the domestic courts and before the Court, without however submitting any supporting documents.

60. The Government considered this sum excessive and submitted that the applicant had not shown that the alleged costs and expenses had been necessary and reasonable.

61. According to the Court's case-law, an applicant is entitled to the reimbursement of costs and expenses only in so far as it has been shown that these have been actually and necessarily incurred and are reasonable as to quantum. In the present case, noting that the applicant did not produce any documents in support of his claims, the Court decides not to award any sum under this head.

C. Default interest

62. The Court considers it appropriate that the default interest rate should be based on the marginal lending rate of the European Central Bank, to which should be added three percentage points.

FOR THESE REASONS, THE COURT,

1. *Declares*, unanimously, the application admissible in respect of the complaints under Article 2 of Protocol No. 4 to the Convention and Article 8 of the Convention;
2. *Declares* by a majority, the remainder of the application inadmissible;
3. *Holds*, unanimously, that there has been a violation of Article 2 of Protocol No. 4 to the Convention;
4. *Holds*, unanimously, that there is no need to examine the complaint under Article 8 of the Convention;
5. *Holds*, unanimously,
 - (a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months

from the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, EUR 5,000 (five thousand euros), plus any tax that may be chargeable, in respect of non-pecuniary damage;

(b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amount at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;

6. *Dismisses*, by six votes to one, the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

Done in French, and notified in writing on 2 December 2014, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Abel Campos
Deputy Registrar

Işıl Karakaş
President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the statement of dissent of Judge Kūris is annexed to this judgment.

A.I.K.

A.C.

STATEMENT OF DISSENT BY JUDGE KŪRIS

I voted against points 2 and 6 of the operative part of the judgment. In my opinion, the issue touched upon in paragraphs 53 and 54 of the judgment merits scrutiny under Article 5 of Protocol No. 7 to the Convention. Consequently, this part of the application should have been declared admissible.

