



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

QUATRIÈME SECTION

AFFAIRE AL-SAADON ET MUFDHI c. ROYAUME-UNI

(Requête n° 61498/08)

ARRÊT

STRASBOURG

2 mars 2010

DÉFINITIF

04/10/2010

Cet arrêt est devenu définitif en vertu de l'article 44 § 2 de la Convention.

En l'affaire Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni,

La Cour européenne des droits de l'homme (quatrième section), siégeant en une chambre composée de :

Lech Garlicki, *président*,

Nicolas Bratza,

Giovanni Bonello,

Ljiljana Mijović,

Ján Šikuta,

Mihai Poalelungi,

Nebojša Vučinić, *juges*,

et de Lawrence Early, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 2 février 2010,

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

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 61498/08) dirigée contre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et dont deux ressortissants irakiens, M. Faisal Attiyah Nassar Khalaf Hussain Al-Saadoon et M. Khalef Hussain Mufdhi (« les requérants »), ont saisi la Cour le 22 décembre 2008 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, qui ont été admis au bénéfice de l'assistance judiciaire, sont représentés par M^e P. Shiner, avocat à Birmingham. Le gouvernement britannique (« le Gouvernement ») est représenté par son agent, M. D. Walton, du ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth.

3. Les requérants alléguaient que leur détention à Bassora par les forces britanniques et le fait que celles-ci les aient remis aux autorités irakiennes relevaient de la juridiction du Royaume-Uni et avaient emporté violation dans leur chef des droits garantis par les articles 2, 3, 6, 13 et 34 de la Convention et par l'article 1 du Protocole n° 13 à la Convention.

4. Le 30 décembre 2008, le président de la section a décidé de faire droit à la demande de mesure provisoire formée par les intéressés en vertu de l'article 39 du règlement. Le Gouvernement a donc été informé qu'ils ne devaient être ni éloignés ni transférés jusqu'à nouvel ordre. Par une lettre datée du 31 décembre 2008, il a informé la Cour que, malgré cette indication, les intéressés avaient été remis aux autorités irakiennes plus tôt dans la journée.

5. Le 17 février 2009, la chambre a décidé de rejeter une nouvelle demande de mesure provisoire formée par les requérants en vertu de

l'article 39 du règlement et de traiter l'affaire en priorité en vertu de l'article 41 du règlement. Le même jour, le président de la chambre a décidé de communiquer la requête au Gouvernement. Il a en outre été décidé que la chambre se prononcerait en même temps sur la recevabilité et sur le fond de l'affaire (article 29 § 3 de la Convention).

6. Le 20 mars 2009, le président a permis à la Commission pour l'égalité et les droits de l'homme (*Equality and Human Rights Commission*) de se porter tiers intervenant (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 2 du règlement). Le 25 mars 2009, le Comité des droits de l'homme du barreau d'Angleterre et du Pays de Galles (*Bar Human Rights Committee of England and Wales*), *British Irish Rights Watch*, le Centre européen de défense des droits de l'homme (*European Human Rights Advocacy Centre*), *Human Rights Watch*, la Commission internationale de juristes (*International Commission of Jurists*), la Fédération internationale des ligues des droits de l'homme (FIDH), *JUSTICE*, *Liberty* et *REDRESS* (« les intervenants ») ont également été autorisés à intervenir.

7. Le 30 juin 2009, la Cour a décidé à l'unanimité de lever l'application de l'article 29 § 3 de la Convention, de déclarer irrecevables les griefs concernant les conditions de détention et le risque de mauvais traitements et d'exécution extrajudiciaire par les autorités irakiennes, de joindre au fond la question de la recevabilité du grief tiré de l'article 13 et les questions se posant sous l'angle de l'article 34, et de déclarer la requête recevable pour le surplus.

8. Le même jour, le président de la chambre a posé aux parties des questions supplémentaires. Les réponses à ces questions ont été reçues le 21 août 2009.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

9. Les faits de la cause et le cadre juridique applicable peuvent se résumer comme suit.

A. L'occupation de l'Irak

10. Le 20 mars 2003, l'Irak fut envahi par une coalition de forces armées (« la force multinationale ») menée par les Etats-Unis d'Amérique et appuyée par un nombre important de troupes en provenance du Royaume-Uni ainsi que par des contingents moins fournis envoyés par l'Australie et la Pologne.

11. Les principales opérations de combat en Irak cessèrent au début du mois de mai 2003. Les Etats-Unis d'Amérique et le Royaume-Uni devinrent alors des puissances occupantes au sens de la section III du Règlement de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (1907) et de la Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (Genève, 1949) (« la quatrième Convention de Genève »). A ce titre, l'article 27 de la quatrième Convention de Genève faisait obligation au Royaume-Uni de protéger la population civile contre tous les actes de violence dans la zone qu'il occupait, et les articles 41, 42 et 78 lui permettaient notamment d'interner des civils irakiens lorsqu'une telle mesure était rendue nécessaire par d'impérieuses raisons de sécurité.

12. Les Etats-Unis d'Amérique mirent en place une autorité appelée Autorité provisoire de la coalition (APC), chargée d'administrer le pays dans l'attente de l'établissement d'un gouvernement irakien. Cette autorité était notamment habilitée à légiférer. Le 13 mai 2003, le secrétaire à la Défense américain Donald Rumsfeld promulgua un mémorandum par lequel l'ambassadeur Paul Bremer était nommé administrateur de l'APC et chargé de gouverner temporairement l'Irak. L'APC fut divisée en sections régionales. L'APC-Sud fut placée sous la responsabilité et le contrôle du Royaume-Uni, qui reçut pour mission d'assurer la coordination régionale. La zone concernée couvrait les quatre provinces les plus méridionales des dix-huit que comptait l'Irak, chaque province ayant son propre coordinateur. Des troupes britanniques furent donc déployées dans cette région. Le Royaume-Uni était représenté au siège de l'APC par le cabinet de son représentant spécial. Même si le représentant spécial du Royaume-Uni et son cabinet s'efforçaient d'influencer la politique et les décisions de l'APC, ils n'avaient aucun pouvoir de décision officiel au sein de cette autorité, dont toutes les décisions administratives et législatives étaient prises par Paul Bremer.

13. Le règlement n° 1 de l'APC habilita celle-ci à promulguer des règlements et des ordonnances contraignants ainsi que des mémorandums aux fins de leur interprétation et de leur application. L'ordonnance n° 7 de l'APC, en date du 9 juin 2003, modifia le code pénal irakien pour abolir certaines infractions et, par son article 3 § 1, elle suspendit l'application de la peine de mort dans le pays. Le mémorandum n° 3 de l'APC, en date du 18 juin 2003, était intitulé « Procédures pénales ». Y figuraient notamment les dispositions suivantes :

Article 6 – Détentions pénales

« 1. Conformément à la quatrième Convention de Genève, les normes suivantes s'appliquent à toutes les personnes détenues par les forces de la coalition exclusivement en raison d'allégations relatives à des infractions pénales et non internées pour des raisons de sécurité (« détenus pénaux ») :

a) A son arrivée dans un centre de détention des forces de la coalition, le détenu pénal est informé de son droit de garder le silence et de son droit de consulter un avocat.

b) Les détenus pénaux soupçonnés de crime peuvent consulter un avocat soixante-douze heures après leur arrivée dans le centre de détention des forces de la coalition.

c) Les détenus pénaux sont promptement informés, par écrit et dans une langue qu'ils comprennent, des accusations retenues contre eux.

d) Les détenus pénaux sont présentés à un magistrat dans un délai aussi bref que possible, qui n'excède en aucun cas quatre-vingt-dix jours à compter de la date de leur arrivée dans le centre de détention des forces de la coalition.

e) Les représentants officiels du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) peuvent voir les détenus. (...)

2. Lorsqu'un détenu pénal des forces de la coalition est traduit devant une juridiction irakienne, un manquement aux présentes règles ne constitue pas un motif de recours ou d'annulation de la procédure, mais toute période passée en détention avant le procès ou l'exécution de la peine est déduite de la sentence. »

Article 7 – Procédure applicable aux individus internés par les forces de la coalition pour raisons de sécurité

« 1. Conformément à la quatrième Convention de Genève, les normes suivantes s'appliquent à toutes les personnes détenues par les forces de la coalition au motif que leur internement est rendu nécessaire par d'impérieuses raisons de sécurité (« individus internés pour raisons de sécurité ») :

a) Conformément à l'article 78 de la quatrième Convention de Genève, les forces de la coalition permettent aux individus internés pour raisons de sécurité, le plus rapidement possible, de faire appel de la décision de les interner.

b) Six mois au plus tard après la date d'arrivée de l'intéressé dans le centre d'internement, la décision d'internement est réexaminée par un organe compétent mis en place à cette fin par les forces de la coalition.

c) Le fonctionnement, l'état et les règles de tous les centres d'internement mis en place par les forces de la coalition respectent la section IV de la quatrième Convention de Genève.

d) Les représentants officiels du CICR peuvent voir les individus internés pour raisons de sécurité. (...)

e) Si, soit à la suite d'une procédure judiciaire relative à son statut soit parce qu'il a commis une infraction au centre d'internement, un individu interné pour raisons de sécurité est déclaré « détenu pénal », la période qu'il a passée en internement n'est pas comptabilisée comme période de détention aux fins de l'article 6 § 1 d ci-dessus.

f) Lorsqu'un individu interné pour raisons de sécurité par les forces de la coalition est traduit devant une juridiction irakienne, un manquement aux présentes règles ne constitue pas un motif de recours, mais il peut être pris en compte aux fins de l'atténuation de la peine. »

14. L'invasion de l'Irak avait eu lieu après que les Etats membres de la coalition eurent renoncé à obtenir l'appui d'une résolution du Conseil de sécurité des Nations unies. Le 22 mai 2003, celui-ci adopta la

résolution 1483, dans laquelle, agissant en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations unies, il appelait la coalition des Etats occupants, conformément à la Charte des Nations unies et aux dispositions pertinentes du droit international, à promouvoir le bien-être de la population irakienne en s'employant à rétablir la sécurité et la stabilité ; et il demandait au Secrétaire général de désigner un représentant spécial pour l'Irak qui aurait la responsabilité de lui faire régulièrement rapport sur les activités qu'il mènerait au titre de cette résolution, qui consisteraient à coordonner l'action des Nations unies et des autres institutions internationales participant à la reconstruction et apportant une assistance humanitaire de différentes manières, notamment en œuvrant à la protection des droits de l'homme.

15. Le Conseil de gouvernement de l'Irak fut créé en juillet 2003. L'APC devait le consulter pour toutes les questions relatives au gouvernement temporaire de l'Irak.

16. Le 16 octobre 2003, le Conseil de sécurité des Nations unies adopta la résolution 1511, dans laquelle il soulignait la nature temporaire du rôle de l'APC ; il considérait que le Conseil de gouvernement de l'Irak et ses ministres étaient les principaux organes de l'administration provisoire irakienne, laquelle incarnait la souveraineté de l'Etat irakien durant la période intérimaire, jusqu'à ce qu'un gouvernement représentatif internationalement reconnu soit mis en place et assume les responsabilités de l'APC ; il engageait l'APC à remettre dès que possible les responsabilités et pouvoirs gouvernementaux au peuple irakien ; et il invitait le Conseil de gouvernement de l'Irak à lui communiquer un calendrier et un programme aux fins de la rédaction d'une nouvelle constitution pour l'Irak et de la tenue d'élections démocratiques conformément à cette constitution. Il autorisait également la force multinationale à prendre toutes les mesures nécessaires pour contribuer au maintien de la sécurité et de la stabilité en Irak, et décidait de réexaminer les besoins et la mission de la force multinationale un an au plus tard à compter de la date de la résolution, le mandat de la force devant en tout état de cause expirer au terme du processus politique décrit plus haut dans la résolution.

17. En application de la résolution 1483 du Conseil de sécurité des Nations unies (paragraphe 14 ci-dessus), l'APC prévint dans son ordonnance n° 48 du 10 décembre 2003 la mise en place d'un tribunal irakien chargé de juger les membres de l'ancien régime accusés de crimes et d'atrocités. Dans cette ordonnance, elle délégua au gouvernement provisoire le pouvoir :

« de mettre en place un Tribunal spécial irakien (« le Tribunal » [ultérieurement abrégé sous la forme « TSI »]) afin de juger les nationaux et les résidents irakiens accusés de génocide, de crimes contre l'humanité, de crimes de guerre ou de violation de certaines lois irakiennes, en promulguant un statut dont les dispositions aur[ai]ent fait l'objet de discussions approfondies entre le Conseil de gouvernement [de l'Irak] et l'APC (...) ».

18. Le 8 mars 2004, le Conseil de gouvernement de l'Irak promulgua la loi d'administration de l'Etat irakien pendant la période transitoire (connue sous le nom de « loi administrative transitoire »). Celle-ci posait un cadre juridique temporaire pour l'administration de l'Irak pendant la période transitoire, qui devait commencer le 30 juin 2004 avec la mise en place d'un gouvernement provisoire irakien (« le gouvernement provisoire ») et la dissolution de l'APC. L'article 26 de la loi administrative transitoire prévoyait que les lois en vigueur en Irak au moment de ce tournant le resteraient jusqu'à ce que le gouvernement provisoire les abroge ou les modifie. En particulier, les lois, règlements, ordonnances et directives de l'APC devaient rester en vigueur tant qu'elles n'auraient pas été abrogées ou modifiées par un texte dûment promulgué et ayant force de loi.

19. D'autres dispositions furent prévues pour le nouveau régime dans la résolution 1546 du Conseil de sécurité des Nations unies, adoptée le 8 juin 2004. Dans cette résolution, le Conseil de sécurité approuvait « la formation d'un gouvernement intérimaire souverain de l'Irak (...), qui assumera[it] pleinement [au] 30 juin 2004 la responsabilité et l'autorité de gouverner l'Irak » (article 1) et notait avec satisfaction « que, [au] 30 juin 2004 également, l'occupation prendra[it] fin, l'[APC] cessera[it] d'exister et l'Irak retrouvera[it] sa pleine souveraineté » (article 2). Compte tenu des lettres échangées entre le Premier ministre irakien et le Secrétaire d'Etat américain qui figuraient en annexe à la résolution, il notait que c'était à la demande du nouveau gouvernement intérimaire que la force multinationale était présente dans le pays, il renouvelait en conséquence l'autorisation qu'il lui avait donnée de rester en Irak, et il décidait qu'elle était habilitée à prendre toutes les mesures nécessaires pour contribuer au maintien de la sécurité et de la stabilité dans le pays, que son mandat serait réexaminé dans un délai de douze mois et qu'il expirerait lorsque le processus politique visé dans la résolution serait terminé.

20. Une version révisée du mémorandum n° 3 de l'APC fut promulguée le 27 juin 2004 (« mémorandum n° 3 de l'APC (version révisée) »). Elle modifiait les normes et la procédure de détention. Elle prévoyait ceci :

Article 1 – Objet

« 1. Le présent mémorandum met en œuvre l'ordonnance n° 7 de l'APC en établissant des procédures d'application du droit pénal en Irak, eu égard au fait qu'une bonne administration de la justice commande de tenir compte des éléments suivants :

- a) l'apport continu par la force multinationale d'un soutien essentiel à certains aspects de l'administration de la justice ;
- b) la nécessité d'une transition permettant à terme de se passer de ce soutien ;
- c) la nécessité de modifier les aspects du droit irakien contraires aux normes fondamentales de respect des droits de l'homme ;

d) le respect, dans la gestion des individus internés pour raisons de sécurité, des normes pertinentes appropriées énoncées dans la quatrième Convention de Genève, que la force multinationale applique systématiquement dans le cadre de son mandat.

(...) »

Article 5 – Détentions pénales

« 1. Chaque contingent national de la force multinationale est habilité à appréhender les individus qui sont soupçonnés d'avoir commis des actes pénalement répréhensibles et qui ne sont pas considérés comme des individus internés pour raisons de sécurité (« détenus pénaux »). Ceux-ci sont remis aux autorités irakiennes dès que cela est raisonnablement faisable. Chaque contingent national de la force multinationale peut retenir les détenus pénaux dans des établissements gérés par lui à la demande des autorités irakiennes compétentes pour des raisons de sécurité ou de capacité. Lorsque ces détenus pénaux sont retenus dans les centres de détention d'un contingent national de la force multinationale, les normes suivantes s'appliquent :

a) A son arrivée au centre de détention, le détenu pénal est informé de son droit de garder le silence et de son droit de consulter un avocat par l'autorité qui lui présente le mandat d'arrêt.

b) Les détenus pénaux soupçonnés de crime peuvent consulter un avocat soixante-douze heures après leur arrivée au centre de détention.

c) L'autorité qui présente le mandat d'arrêt informe promptement le détenu pénal, par écrit et dans une langue qu'il comprend, des accusations retenues contre lui.

d) Les détenus pénaux sont présentés à un magistrat dans un délai aussi bref que possible, qui n'excède en aucun cas quatre-vingt-dix jours à compter de la date de leur arrivée au centre de détention.

e) Le Médiateur irakien des prisons et des détenus (« le médiateur ») peut voir les détenus. (...)

f) Les représentants officiels du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) peuvent voir les détenus. (...)

2. Lorsqu'un détenu pénal se trouvant sous la garde d'un contingent national de la force multinationale est traduit devant une juridiction irakienne, un manquement aux présentes règles ne constitue pas un motif de recours ou d'annulation de la procédure, mais toute période passée en détention avant le procès ou l'exécution de la peine est déduite de la sentence. »

Article 6 – Procédure applicable aux individus internés par la force multinationale pour raisons de sécurité

« 1. Conformément au mandat issu de la résolution 1546 du Conseil de sécurité des Nations unies, toutes les personnes détenues par un contingent national de la force multinationale pour d'impérieuses raisons de sécurité (« individus internés pour raisons de sécurité ») ont droit, si elles sont détenues pendant plus de soixante-douze heures, au réexamen de la décision de les interner.

2. Ce réexamen doit avoir lieu dans un délai aussi bref que possible, qui n'excède en aucun cas sept jours à compter de la date d'arrivée au centre d'internement.

3. Il est procédé à un réexamen du maintien en détention de tous les individus internés pour raisons de sécurité à intervalles réguliers, et dans tous les cas, dans un délai maximum de six mois à compter de la date d'arrivée au centre d'internement.

4. Le fonctionnement, l'état et les règles de tous les centres d'internement mis en place par la force multinationale respectent la section IV de la quatrième Convention de Genève.

5. Dans tous les cas, les individus placés en internement pour raisons de sécurité après le 30 juin 2004 ne peuvent rester internés que tant qu'il existe des raisons impérieuses de les garder, et ils doivent être soit relâchés soit traduits devant la juridiction pénale irakienne dans un délai maximum de dix-huit mois à compter de leur arrivée au centre d'internement de la force multinationale. Tout mineur de moins de dix-huit ans faisant l'objet d'un internement doit, quelle que soit la date de son placement en internement, être relâché dans un délai maximum de douze mois à compter de cette date.

(...)

9. Si, soit à la suite d'un réexamen de son statut soit parce qu'il a commis une infraction au centre d'internement, un individu interné pour raisons de sécurité est déclaré « détenu pénal », la période qu'il a passée en internement n'est pas comptabilisée comme période de détention aux fins de l'article 5 § 2 ci-dessus (...) »

21. L'ordonnance n° 17 de l'APC (version révisée), en date du 27 juin 2004, portait sur le statut des membres du personnel de la force multinationale en Irak. En son article 2, elle prévoyait leur immunité face aux juridictions irakiennes :

Article 2 – Procédures judiciaires irakiennes

« 1. Sous réserve de dispositions contraires dans la présente ordonnance, la force multinationale, l'APC, les missions de liaison étrangères, leur personnel, leurs biens, leurs fonds et leurs avoirs, ainsi que tous leurs consultants internationaux, bénéficient de l'immunité de procédure devant les juridictions irakiennes.

2. Tous les membres du personnel de la force multinationale, de l'APC et des missions de liaison étrangères et tous leurs consultants internationaux respectent les lois irakiennes qui leur sont applicables en Irak, y compris les règlements, ordonnances, mémorandums et avis publics promulgués par l'administrateur de l'APC.

3. Tous les membres du personnel de la force multinationale, de l'APC et des missions de liaison étrangères et tous leurs consultants internationaux relèvent exclusivement de la juridiction de leurs Etats d'origine. Ils bénéficient de l'immunité face à toute forme d'arrestation ou de détention pouvant être imposées par des personnes n'agissant pas au nom de leurs Etats d'origine. Néanmoins, rien dans la présente disposition n'interdit au personnel de la force multinationale d'empêcher les membres du personnel et consultants susmentionnés de commettre de graves actes répréhensibles ni de détenir temporairement ceux d'entre eux qui sont dangereux pour eux-mêmes ou pour les autres dans l'attente de leur remise – qui doit intervenir à brève échéance – aux autorités compétentes de l'Etat d'origine. En pareilles circonstances, le responsable compétent de l'Etat d'origine de la personne détenue est averti sans délai.

4. Les Etats d'origine du personnel de la force multinationale sont habilités à exercer en Irak la juridiction pénale et disciplinaire que leur confère leur propre législation sur toutes les personnes relevant de leur droit militaire.

(...) »

L'article 9 § 1 de la même ordonnance posait l'inviolabilité des centres de la force multinationale :

« La force multinationale peut utiliser ces zones gratuitement pour y établir ses quartiers généraux, ses camps ou d'autres types d'installations, selon que nécessaire pour la conduite de ses activités opérationnelles et administratives. La force multinationale continuera d'utiliser librement tous les lieux qu'elle utilise actuellement pendant toute la durée de validité de la présente ordonnance, à moins qu'elle ne convienne avec le gouvernement d'arrangements différents. Si les zones sur lesquelles sont établis ces quartiers généraux, camps ou autres types d'installations restent situées en territoire irakien, elles sont inviolables et relèvent du contrôle et de l'autorité exclusifs de la force multinationale, y compris en ce qui concerne l'entrée et la sortie de tous les membres du personnel. Il est garanti à la force multinationale un accès sans entraves à ces lieux. Lorsque le personnel de la force multinationale se trouve sur les mêmes lieux que le personnel militaire irakien, il est garanti à la force multinationale un accès permanent, direct et immédiat aux lieux concernés. »

B. Le transfert d'autorité de l'APC au gouvernement irakien et le mémorandum d'accord relatif aux suspects d'infractions pénales entre le Royaume-Uni et l'Irak

22. Le 28 juin 2004, l'occupation prit fin. L'APC transféra l'autorité totale au gouvernement provisoire et cessa d'exister. Cependant, la force multinationale, y compris les forces britanniques qui en faisaient partie, resta en Irak à la demande du gouvernement irakien et sur autorisation du Conseil de sécurité des Nations unies. Conformément à l'article 26 de la loi administrative transitoire (paragraphe 18 ci-dessus), le mémorandum et l'ordonnance de l'APC exposés ci-dessus demeurèrent en vigueur.

23. En août 2004, l'Assemblée nationale irakienne modifia le code pénal pour rétablir la peine de mort pour certains crimes violents, dont le meurtre et certains crimes de guerre.

24. Le 9 octobre 2004, elle institua le Tribunal spécial irakien (« TSI »). Celui-ci était compétent pour connaître d'un certain nombre d'infractions, parmi lesquelles les crimes de guerre commis en Irak ou ailleurs entre le 17 juillet 1968 et le 1^{er} mai 2003. L'article 19 du Statut du TSI prévoyait un certain nombre de mesures visant à garantir aux accusés un procès équitable. L'article 24 disposait que le TSI devait imposer les peines prévues par le code pénal irakien.

25. Le 8 novembre 2004, le contingent britannique de la force multinationale conclut avec les ministères irakiens de la Justice et de l'Intérieur un mémorandum d'accord relatif aux suspects d'infractions pénales. Le préambule de ce mémorandum reconnaissait que le contingent britannique de la force multinationale était habilité, « conformément au mandat issu de la résolution 1546 du Conseil de sécurité des Nations unies », à interner des individus pour des raisons impérieuses de sécurité, et que les contingents nationaux de la force multinationale avaient le pouvoir, « conformément au mémorandum n° 3 de l'APC (version révisée) »,

d'appréhender les personnes soupçonnées d'avoir commis des actes pénalement répréhensibles. Il y était également indiqué que, « [a]ttendu que les autorités irakiennes développ[ai]ent leur propre système de détention en vue d'être en mesure de garder dans leurs propres établissements tous les suspects d'infractions pénales, elles [pouvaient] dans l'intervalle demander au [contingent britannique de la force multinationale] de garder dans des centres de détention sûrs et sécurisés les personnes soupçonnées d'avoir commis des actes pénalement répréhensibles, sous réserve des considérations de sécurité et de capacité ». Le dispositif du mémorandum d'accord relatif aux suspects d'infractions pénales comprenait les articles suivants :

Article 1 – Objet et portée

« Le présent mémorandum d'accord répartit les compétences et responsabilités relativement aux suspects d'infractions pénales. Aux fins du présent mémorandum, on entend par « suspects d'infractions pénales » :

(...)

c) les individus qui, étant soupçonnés d'avoir commis des actes pénalement répréhensibles, sont détenus à la demande des autorités irakiennes. »

Article 2 – Compétences et responsabilités en général

« 1. Le gouvernement provisoire irakien (ainsi que ceux qui lui succéderont) exerce sa compétence sur tous les suspects d'infractions pénales qui doivent passer en jugement et qui, dans l'attente de leur procès, sont détenus par [le contingent britannique de la force multinationale] conformément aux termes du présent mémorandum.

2. Le [contingent britannique de la force multinationale] choisit librement d'accepter ou de refuser la garde de chaque suspect d'infractions pénales et de continuer ou non de garder chacun des suspects qu'il détient au moment de l'entrée en application du présent mémorandum ou qu'il détiendra ultérieurement. (...) »

Article 3 – Compétences et responsabilités relativement aux suspects d'infractions pénales

« 1. Pour tout suspect d'infractions pénales détenu par [le contingent britannique de la force multinationale], le ministère de la Justice :

a) adresse au [contingent britannique de la force multinationale], aussi longtemps que possible avant la date à laquelle il est prévu que la présence du suspect sera nécessaire, une demande écrite de remise aux autorités irakiennes visant à permettre à l'intéressé de comparaître au tribunal ou à répondre à tout autre but lié au procès pénal ;

(...)

d) veille à ce que toute procédure pénale entamée contre le suspect progresse sans retard injustifié.

2. Pour tout suspect d'infractions pénales détenu par [le contingent britannique de la force multinationale], [le contingent britannique de la force multinationale] :

a) traite le suspect humainement et ne le soumet pas à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ;

(...)

c) prend les mesures appropriées pour garantir que les conditions de détention répondent aux normes énoncées dans les mémorandums n^{os} 2 et 3 de l'APC ;

(...)

3. Pour tout suspect d'infractions pénales appréhendé par [le contingent britannique de la force multinationale] et remis aux autorités irakiennes dès que raisonnablement possible conformément à l'article 5 du mémorandum n^o 3 de l'APC (version révisée), le ministère de la Justice ou le ministère de l'Intérieur, selon les cas :

a) traite le suspect humainement et ne le soumet pas à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ; et

b) détient le suspect conformément au droit irakien.

4. Pour tout suspect d'infractions pénales transféré au ministère de l'Intérieur ou au ministère de la Justice par [le contingent britannique de la force multinationale] depuis l'un de ses centres de détention, le ministère de la Justice ou le ministère de l'Intérieur, selon les cas :

a) avertit [le contingent britannique de la force multinationale] avant de relâcher quiconque et fait droit à toute demande [du contingent britannique de la force multinationale] visant à reprendre la garde de l'intéressé,

i) si celui-ci est recherché par un Etat ayant des troupes dans la force multinationale aux fins de poursuites pour violation des lois et coutumes de la guerre, ou

ii) si son internement est rendu nécessaire par d'impérieuses raisons de sécurité,

auxquels cas [le contingent britannique de la force multinationale] assume la garde de l'intéressé après consultation entre les parties au présent mémorandum aux fins de parvenir à une entente à ce sujet. (...)

c) fournit l'assurance que pendant toute période où le suspect se trouve temporairement aux mains des autorités irakiennes, que ce soit au centre de détention [du contingent britannique de la force multinationale] ou ailleurs, et à tout moment après le transfert du suspect dans un établissement irakien,

i) celui-ci sera traité humainement et ne sera pas soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ; et

ii) les exigences posées par les ordonnances de l'APC en matière de visite aux détenus et de coopération avec le Médiateur irakien pour les affaires pénales et la détention et le Comité international de la Croix-Rouge seront respectées.

5. Si [le contingent britannique de la force multinationale] décide qu'il n'est plus disposé à héberger un suspect dans ses centres de détention, il en avertit le ministère de la Justice le plus tôt possible, de manière à lui permettre de prendre, s'il le souhaite, d'autres dispositions pour la garde de ce suspect. Le ministère de la Justice informe ensuite [le contingent britannique de la force multinationale] des dispositions qu'il a prises, ou lui indique que le suspect peut être relâché. [Le contingent britannique de la force multinationale] fait alors de son mieux pour permettre la mise en place des solutions indiquées par le ministère. »

26. La dernière résolution du Conseil de sécurité des Nations unies en la matière (résolution 1790 du 18 décembre 2007) a prorogé le mandat de la force multinationale, lui permettant de rester sur place jusqu'au 31 décembre 2008. Était annexée à cette résolution une lettre du Premier ministre irakien, dans laquelle on pouvait notamment lire ceci :

« Le gouvernement ira[k]ien prie le Conseil [de sécurité] d'envisager de proroger le mandat de la force multinationale en Irak à la lumière des réalisations de ces dernières années, à savoir la capacité renforcée de son armée et de ses forces de sécurité et ses réussites importantes dans les domaines de la sécurité, de la vie politique et de l'économie. Il faudra ainsi examiner le rôle et l'autorité de la force multinationale en Irak pour réaliser l'équilibre entre, d'une part, la nécessité de proroger, une dernière fois, le mandat de la force et, de l'autre, les progrès réalisés par l'Irak dans le domaine de la sécurité. A ce propos, il est important pour l'Irak d'être traité comme un Etat indépendant pleinement souverain et, en vue de réaliser l'équilibre susmentionné, de mettre l'accent sur les objectifs suivants :

(...)

4. Le gouvernement irakien sera responsable de l'arrestation, de la détention et de l'emprisonnement. Lorsque ces tâches seront exécutées par la force multinationale en Irak, cela se fera avec la plus haute coordination, coopération et compréhension du gouvernement irakien. »

C. Les informations communiquées par le Gouvernement relativement aux mesures qu'il a prises pour exprimer sa préoccupation face au rétablissement de la peine de mort en Irak

27. En juillet 2004, le gouvernement britannique déclara au Vice-Premier ministre irakien, Barham Saleh, ainsi qu'au ministre irakien des Droits de l'homme, qu'il ne fallait pas que l'Irak adopte l'ordonnance relative à la peine de mort (qui rétablissait la peine capitale pour certaines infractions) du gouvernement provisoire irakien.

28. D'autres déclarations furent examinées avant la signature du mémorandum d'accord relatif aux suspects d'infractions pénales en novembre 2004. Cependant il fut estimé, principalement en raison du rétablissement de la peine de mort en Irak pour certaines infractions, que le pays n'accepterait pas que ce texte, dont l'objet était de répartir les compétences et les responsabilités des parties, prive d'effets l'ordonnance récemment adoptée et interdise l'imposition ou l'exécution de la peine de mort. On pensa qu'il valait mieux que le Royaume-Uni continue de s'opposer à l'imposition et à l'exécution de cette sentence par d'autres moyens.

29. D'autres déclarations furent faites à ce sujet. Pendant que le Royaume-Uni assurait la présidence de l'Union européenne (UE), au second semestre 2005, le Gouvernement fit au vice-ministre irakien des Affaires étrangères des déclarations dans lesquelles il demandait l'abolition de la peine de mort.

30. En avril 2006, le Gouvernement soutint une démarche entreprise par la présidence autrichienne auprès du ministre des Affaires étrangères contre l'exécution de la peine de mort.

31. Le 15 octobre 2006, l'ambassadeur du Royaume-Uni demanda au président irakien, Jalal Talibani, de ne pas signer d'ordre d'exécution si les personnes ayant participé à l'enlèvement de Phillip Sands et de Norman Kember étaient condamnées à mort.

32. Le 28 février 2007, l'émissaire spécial aux droits de l'homme du Premier ministre en Irak écrivit au président irakien pour le prier de surseoir à l'exécution de quatre femmes irakiennes condamnées à mort. L'opposition du Royaume-Uni à l'imposition et à l'exécution de la peine de mort en toutes circonstances fut réitérée.

33. En mars 2007, le Gouvernement appuya une démarche d'opposition à l'exécution de la peine de mort prononcée à l'égard de Taha Yassin Ramadan.

34. Le Gouvernement apporta également son soutien ferme aux résolutions adoptées par l'Assemblée générale des Nations unies en décembre 2007 (A/Res/62/149) et en novembre 2008 (A/Res/63/168), dans lesquelles elle demandait à tous les Etats qui maintenaient encore la peine de mort d'instituer un moratoire sur les exécutions en vue de l'abolition de la peine de mort.

35. En réaction à de récentes exécutions en Irak, le Gouvernement s'est joint à d'autres Etats membres de l'Union européenne pour soutenir une démarche de protestation contre la peine de mort menée le 8 mars et le 13 avril 2009 par la présidence tchèque de l'UE auprès du chef de cabinet du Premier ministre irakien et du vice-président Tariq al-Hashemi.

D. La base légale de la présence des forces armées britanniques en Irak à partir du 1^{er} janvier 2009

36. La résolution 439/2008 du conseil des ministres irakien, adoptée le 16 décembre 2008, prévoyait ceci :

Article 1

« Il est permis aux forces du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord de rester en Irak afin d'achever les tâches qui leur ont été assignées. Ces tâches doivent prendre fin au plus tard le 31 mai 2009, et les forces britanniques se retireront complètement du pays le 31 juillet 2009 au plus tard.

(...) »

Article 4

« a) Les membres des forces visées aux articles 1 et 2 de la loi et les membres des ministères de la Défense des pays auxquels ces forces appartiennent, lesquels collaborent avec lesdites forces, relèvent de la juridiction de l'Irak sauf pour ce qui est des infractions commises par eux de manière non intentionnelle dans l'exercice de

leurs fonctions sous réserve qu'elles ne résultent pas d'une négligence grave, et à l'exception des infractions commises par eux au sein des centres et installations militaires agréés qu'ils utilisent, auxquels cas ces individus relèvent de la juridiction du pays auquel ils appartiennent.

(...)

c) Les membres des forces ou du ministère de la Défense des pays visés aux articles 1 et 2 de la présente loi faisant l'objet d'une accusation sont détenus par les autorités du pays auquel ils appartiennent. Lesdites autorités doivent mettre l'accusé à la disposition des autorités irakiennes aux fins de l'enquête et du procès.

(...) »

Article 6

« La tâche et les activités des forces visées aux articles 1 et 2 de la présente loi et leurs établissements et installations militaires pendant leur présence temporaire en Irak sont indiqués par le gouvernement irakien avec l'accord des gouvernements et des parties concernés. Ces troupes ne mènent pas d'opérations ni d'activités militaires sur le territoire irakien ni dans l'espace aérien ou les eaux territoriales du pays sans l'accord préalable du gouvernement irakien. »

37. La résolution 50/2008 du conseil des ministres irakien, adoptée le 23 décembre 2008 et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009, autorisait le conseil des ministres à prendre toutes les mesures nécessaires pour parvenir au retrait des forces le 31 juillet 2009 au plus tard et, entre-temps, à réglementer leurs activités conformément à la résolution 439/2008. Elle disposait également que la version révisée de l'ordonnance n° 17 de l'APC (paragraphe 21 ci-dessus) devait être suspendue jusqu'à son abrogation conformément à la procédure prévue.

38. Le 30 décembre 2008, le gouvernement britannique et le gouvernement irakien signèrent un nouveau mémorandum d'accord, qui entra en vigueur le 1^{er} janvier 2009. Ce texte rappelait que les forces britanniques devaient achever un certain nombre de tâches – consistant principalement à former et à conseiller les forces de sécurité irakiennes – le 31 mai 2009 au plus tard, et se retirer complètement du pays le 31 juillet 2009 au plus tard. Le paragraphe 5 stipulait que le Royaume-Uni et les forces irakiennes renonçaient mutuellement à faire valoir tout grief né des tâches énoncées. Les principaux établissements et installations militaires devant être utilisés par les forces britanniques pendant leur présence temporaire en Irak étaient indiqués au paragraphe 3, mais il n'était plus prévu d'inviolabilité pour ces lieux.

E. L'arrestation et la détention des requérants

39. Les requérants sont des musulmans sunnites originaires du sud de l'Irak. Le premier requérant rejoignit le parti Baath en 1969, alors qu'il était âgé de dix-sept ans. En 1996, il devint membre de la branche d'Al-Zubair du parti Baath (sous les ordres du second requérant, secrétaire général de

cette même branche). Le second requérant rejoignit le parti Baath en 1968, à l'âge de dix-huit ans. En février 2001, il devint secrétaire général de la branche d'Al-Zubair, titre qui correspondait au plus haut échelon de la hiérarchie au niveau de la province d'Al-Zubair.

40. Le 23 mars 2003 ou dans les jours précédant ou suivant cette date, deux soldats britanniques, le sergent-chef Cullingworth et le sapeur Allsopp, tombèrent dans une embuscade des milices irakiennes à Al-Zubair, dans le sud de l'Irak. Leurs corps furent retrouvés le 10 avril 2003, enterrés dans les fondations d'un bâtiment du gouvernement à Al-Zubair. La cause de la mort fut attribuée aux multiples blessures par balle que présentaient leurs dépouilles.

41. Les forces britanniques à Bassora arrêtaient le premier requérant le 30 avril 2003 et le second requérant le 21 novembre 2003. L'un et l'autre furent d'abord détenus dans un établissement géré par les forces américaines, appelé « Camp Bucca ». Le 15 décembre 2003, ils furent transférés dans un centre administré par les Britanniques, appelé « centre divisionnaire de détention temporaire ». Le 20 avril 2007, ils furent transférés dans un autre centre de détention britannique en Irak, le « centre divisionnaire d'internement ». Ils y restèrent jusqu'au 31 décembre 2008.

42. Les requérants furent initialement qualifiés d'« individus internés pour raisons de sécurité ». Leurs avis d'internement indiquaient qu'ils étaient soupçonnés d'avoir été de hauts responsables du parti Baath sous l'ancien régime et d'avoir orchestré les violences contre la force multinationale perpétrées par des éléments du régime, et que s'ils étaient relâchés, ils représenteraient une menace impérieuse pour la sécurité.

43. Entre mars 2003 et octobre 2004, la Section spéciale d'enquêtes de la Police militaire royale du Royaume-Uni mena l'enquête sur le décès du sergent-chef Cullingworth et du sapeur Allsopp et découvrit des éléments indiquant que les requérants faisaient partie d'un groupe qui avait frappé les soldats alors qu'ils étaient prisonniers de guerre, les avait mis en joue avec des fusils et avait décidé de les tuer, et qu'on les avait vus tirer sur les soldats.

44. Les procès-verbaux des réunions du Comité divisionnaire de réexamen des mesures d'internement (*Divisional Internment Review Committee*, « DIRC ») où fut mentionné le cas des requérants se lisent ainsi :

Procès-verbal du DIRC en date du 27 juillet 2004

« Le [ministre de l'Intérieur] britannique a exprimé ses préoccupations au sujet de la peine de mort. Le procureur [irakien] n'est pas persuadé qu'il y ait une perspective réaliste de condamnation, du fait de la proximité de l'infraction avec les hostilités. Les négociations se poursuivent au plus niveau. »

Procès-verbal du DIRC en date du 31 août 2004

« Discussion avec le ministre de l'Intérieur au sujet du transfert envisagé au TPCI [Tribunal pénal central irakien] compte tenu du fait que la peine de mort pourrait être imposée. Une réunion sur l'affaire s'est tenue entre le procureur, le [ministère irakien de la Justice] et [les conseillers juridiques du ministère britannique des Affaires étrangères et du Commonwealth].

Le TPCI examine encore l'opportunité d'accepter cette affaire. Le commandant juriste restera en contact avec le ministre de l'Intérieur et suivra l'avancement de l'affaire devant le TPCI. »

Procès-verbal du DIRC en date du 28 septembre 2004

« Une réunion sur l'affaire s'est tenue à Bagdad le 24 septembre 2004. A l'issue de cette réunion, les procureurs étaient convaincus qu'il y avait là un dossier solide. Cependant, ils hésitent à poursuivre, compte tenu du retentissement potentiel de l'affaire. Le service juridique examinera avec [le conseiller politique] du [représentant en chef de l'armée britannique en Irak] la manière de procéder ; il faudra peut-être faire venir un procureur ou un procureur adjoint du Royaume-Uni. »

Procès-verbal du DIRC en date du 19 octobre 2004

« Le juriste S03 a demandé au brigadier procureur de l'ALS [service juridique de l'armée] d'envisager de créer un nouveau poste à Bagdad pour qu'un agent de l'ALS collabore aux mesures de poursuite dans cette affaire. Le juriste S03 discutera des critères à retenir à cette fin le jeudi 21 octobre 2004 à Bagdad avec l'équipe de liaison auprès du TPCI du service juridique de l'armée américaine. »

Procès-verbal du DIRC en date du 2 novembre 2004

« La [Section spéciale d'enquêtes de la Police militaire royale du Royaume-Uni] a désormais achevé les derniers entretiens, qui n'ont pas permis de faire avancer l'affaire de façon concrète. Des discussions sont en cours entre le service juridique, le conseiller politique du représentant en chef de l'armée britannique en Irak et le DALIS [Directorate of Army Legal Services] relativement à l'offre de poste pour un agent de l'ALS ou un juriste civil qui serait chargé d'apporter son assistance dans le cadre des mesures de poursuite prises dans cette affaire. Le juriste S03 [capitaine HRB Mynors, juriste de l'armée britannique] va se rendre à Bagdad, où il restera du 3 au 5 novembre 2004 pour procéder à une première évaluation du dossier et déterminer quelles sont les mesures à prendre et combien de temps il faudra afin de préciser les critères de recrutement du procureur adjoint. »

Procès-verbal du DIRC en date du 9 novembre 2004

« Le juriste S03 s'est rendu à Bagdad pour examiner les critères à retenir pour le recrutement du juriste au TPCI. L'affaire [passage barré] est pratiquement en état, mais l'affaire des explosifs (...) constituera une charge de travail considérable. Le brigadier conseil de l'ALS a été chargé de décider à qui ces affaires seraient attribuées. Barry Burton (conseiller politique du représentant en chef de l'armée britannique en Irak) estime qu'il devrait s'agir d'un agent de l'ALS, ce dont doute la hiérarchie de l'ALS. Compte tenu du caractère sensible de ces affaires, la décision sera probablement prise au niveau ministériel. »

Procès-verbal du DIRC en date du 16 novembre 2004

« La question du juriste qui sera chargé d'assurer la liaison avec le TPCI pour ce qui est des poursuites dans l'affaire du meurtre à l'explosif (...) est toujours en cours d'examen au Royaume-Uni. Le commandant juriste va contacter le brigadier conseil de l'ALS aujourd'hui.

Le DALs du QG, le [ministère de la Défense] et le ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth sont en discussion pour savoir qui portera cette affaire devant le TPCI. Les juristes américains ne sont pas disposés à s'en charger et ont demandé un juriste britannique. On ne sait pas encore qui ce sera. Lorsque l'on aura décidé qui mènerait cette affaire, la Section spéciale d'enquêtes [de la Police militaire royale du Royaume-Uni] conduira des investigations plus poussées. »

Procès-verbal du DIRC en date du 24 novembre 2004

« L'APA [Autorité de poursuites de l'armée] a informé le service juridique que le juriste au TPCI serait le major Richard Allen (ALS). La date d'effet de cette décision est à confirmer. Seront concernés les internés 088888 et 090537 [les requérants], qui seront probablement traduits devant le TPCI s'il est décidé de les poursuivre. »

Procès-verbal du DIRC en date du 30 novembre 2004

« La question porte sur le point de savoir qui dirigera l'affaire. Il avait été entendu que le major Richard Allen (ALS) serait envoyé à Bagdad pour assurer la liaison avec le TPCI et faire avancer les poursuites à compter du mois de janvier 2005. Cependant, il semble qu'on ne sache plus très bien s'il sera autorisé à s'occuper de cette affaire en particulier (même s'il n'y a aucun problème en ce qui concerne les autres affaires). Le juriste S03 contactera l'ALS pour savoir ce qui sera décidé quant à la suite de cette affaire, pour laquelle sont nécessaires des investigations complémentaires et une décision précisant combien d'accusés et quelles infractions peuvent être confiés au juge d'instruction du TPCI et à quel moment une demande de placement en détention provisoire peut être introduite. »

Procès-verbal du DIRC en date du 31 janvier 2005

« Le juriste de l'ALS au TPCI examine actuellement tous les documents du dossier. Il remettra – en principe dans deux semaines – une analyse de cas relative à la possibilité de poursuivre tous les individus impliqués, y compris cet interné. Cette analyse sera ensuite communiquée au ministère de la Défense, au ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth et aux autres parties intéressées afin que l'on puisse prendre une décision sur la marche à suivre, compte tenu en particulier du fait que les auteurs risquent la peine de mort.

Une fois l'analyse de cas du juriste de l'ALS au TPCI communiquée, il serait bon de maintenir la pression sur le ministère de la Défense et le ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth pour qu'ils déterminent la marche à suivre compte tenu des difficultés liées au risque d'imposition de la peine de mort. Le conseiller politique doit faire le nécessaire. »

Procès-verbal du DIRC en date du 3 avril 2005

« Le juriste de l'ALS au TPCI a maintenant examiné tous les documents de l'affaire et rédigé une analyse de cas quant à la solidité du dossier de poursuite pour tous les individus impliqués, y compris cet interné. Il a été déterminé au cours d'une réunion tenue avec le commandant juriste au QG [quartier général] de la division

multinationale sud-est le 9 mars 2005 qu'il y avait suffisamment d'éléments à charge dans le dossier contre cet interné. L'analyse de cas est maintenant entre les mains du ministère de la Défense et du ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth à Londres, où une réunion doit avoir lieu au cours des deux prochaines semaines entre le QG permanent conjoint, le ministère de la Défense et le ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth sur les tenants et les aboutissants juridiques du transfert du dossier au TPCI de Bagdad aux fins de poursuite, compte tenu en particulier du problème de la peine de mort.

Il serait bon de maintenir la pression sur le ministère de la Défense et le ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth afin qu'ils transmettent au plus vite des instructions relatives aux difficultés liées au risque d'imposition de la peine de mort maintenant que l'analyse de cas est terminée et que les premiers stades de l'opération sont en cours. Le conseiller politique doit faire le nécessaire. »

Procès-verbal du DIRC en date du 3 mai 2005

« L'analyse de cas est entre les mains du ministère de la Défense et du ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth à Londres, et des discussions sont en cours (mais actuellement bloquées) au niveau gouvernemental relativement aux tenants et aux aboutissants juridiques du transfert du dossier au TPCI de Bagdad aux fins de poursuite, compte tenu en particulier du problème de la peine de mort.

Il faut maintenir la pression sur le ministère de la Défense et le ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth afin qu'ils fassent avancer les choses maintenant que l'analyse de cas a été transmise au Gouvernement pour examen. En particulier, il faut obtenir des instructions sur les garanties qui peuvent être exigées avant le transfert de l'affaire au TPCI, compte tenu notamment des difficultés liées au risque d'imposition de la peine de mort. Le conseiller politique doit faire le nécessaire. »

Procès-verbal du DIRC en date du 4 décembre 2005

[Après avoir pris acte du fait que l'analyse de cas était encore entre les mains du ministère de la Défense et du ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth à Londres]

« Le commandant juriste espère que l'affaire de cet interné, ainsi que celle de l'interné 090537, seront portées devant le TPCI à Bagdad au cours de la semaine du 5 décembre 2005, le but étant que par la suite, ces internés soient transférés hors de la DTFD [Divisional Temporary Detention Facility] et remis au système de justice pénale irakien. Le commandant juriste est d'avis qu'il serait plus facile de s'assurer les dépositions de témoins devant le TPCI, cet interné et l'interné 088888 appartenant à la hiérarchie du parti Baath. Des questions peuvent se poser quant à la détention de coaccusés potentiels. Là encore, cependant, l'idée est que la détention de tels individus encore en vie peut s'avérer moins problématique que beaucoup d'autres questions de détention. »

Procès-verbal de la Commission paritaire de détention en date du 30 décembre 2005

« Cet interné (ainsi que (...) Al-Saadoon (...)) est soupçonné, à l'issue d'une enquête complète menée par la Section spéciale d'enquêtes de la Police militaire royale, d'être responsable des décès (datés approximativement au 23 mars 2003) du sergent-chef Cullingworth et du sapeur Allsopp, officiers de l'armée britannique.

L'enquête a permis de recueillir des témoignages oculaires selon lesquels cet accusé (un civil à la tête de la branche Al-Zubair du parti Baath) faisait partie d'un groupe d'individus qui a frappé et mis en joue les deux soldats susnommés alors que ceux-ci étaient prisonniers de guerre, et donc protégés par la Convention [III] de Genève du 12 août 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre. Il se serait entendu avec d'autres individus pour tuer ces soldats, et il a été vu en train de tirer sur eux.

L'enquête de police est à présent terminée et le Royaume-Uni compte transmettre ces éléments au [TSI] sous peu. »

F. Le transfert des affaires des requérants aux juridictions irakiennes

45. Le 16 décembre 2005, le contingent britannique de la force multinationale communiqua officiellement au juge supérieur d'instruction du Tribunal pénal central irakien les accusations portées contre les requérants dans l'affaire du meurtre du sergent-chef Cullingworth et du sapeur Allsopp. L'affaire fut ensuite transférée au tribunal pénal de Bassora et, le 12 avril 2006, un agent de l'armée britannique se présenta devant ce tribunal pour déposer plainte pour le meurtre des deux soldats.

46. Le 18 mai 2006, les requérants comparurent devant la commission d'enquête spéciale du tribunal pénal de Bassora pour faire leurs dépositions relativement à la plainte. Le tribunal prononça des mandats d'arrêt à leur égard en vertu du code pénal irakien et ordonna leur maintien en détention aux mains du contingent britannique de la force multinationale. Le 21 mai 2006, les autorités britanniques décidèrent de changer le statut des requérants d'« individus internés pour raisons de sécurité » à « détenus pénaux ».

47. Après une première enquête, le tribunal pénal de Bassora décida que, les infractions alléguées étant constitutives de crimes de guerre, les affaires des requérants devaient être transférées au TSI (paragraphe 24 ci-dessus), et le TSI se reconnut compétent. Les requérants introduisirent deux recours contre la décision de transférer leurs affaires au TSI, mais ils furent tous deux rejetés, le premier le 27 novembre 2006 par le tribunal pénal de Bassora siégeant en juridiction d'appel et le second le 16 mai 2007 par la cour d'appel fédérale de Bassora.

48. Le TSI demanda le transfert des requérants en sa garde, une première fois le 27 décembre 2007, puis à plusieurs reprises jusqu'à mai 2008. En réponse à la question de la *Court of Appeal* britannique sur le point de savoir pourquoi le contingent britannique de la force multinationale n'avait pas remis les requérants au TSI entre décembre 2007 et mai 2008, le conseil du Gouvernement avança l'explication suivante :

« Nous étions d'avis qu'il y avait un réel problème, car aucune juridiction ne s'était prononcée sur le point de savoir si l'on était en présence de l'obligation de droit international dont nous disons qu'elle existait ni sur la question de la juridiction. Puis ces questions ont été tranchées par la *Divisional Court* et, par la suite, nous avons dit

qu'il ne nous était plus possible de prendre cet engagement [de ne pas les transférer]. »

G. Le contrôle juridictionnel et les démarches entreprises par le gouvernement britannique auprès des autorités irakiennes relativement à l'application aux requérants de la peine de mort

49. Le 12 juin 2008, les requérants introduisirent une demande de contrôle juridictionnel au Royaume-Uni. Ils contestaient notamment la légalité du transfert qui était envisagé pour eux. Peu après, le Gouvernement prit l'engagement de ne pas les transférer tant que leur action devant les juridictions britanniques n'aurait pas été tranchée.

1. Les démarches entreprises par le gouvernement britannique auprès des autorités irakiennes relativement à l'application aux requérants de la peine de mort

50. Cinq jours plus tard, le 17 juin 2008, M^{me} Abda Sharif (conseiller juridique à l'ambassade du Royaume-Uni à Bagdad) rencontra le président du TSI, M. Aref, pour réitérer la ferme opposition du Royaume-Uni à la peine de mort. Au cours de cet entretien, le président Aref suggéra que les familles des victimes ainsi que l'ambassade du Royaume-Uni à Bagdad fassent parvenir des lettres exprimant leur opposition à l'imposition de la peine de mort en l'espèce. Il estimait que ce serait là un facteur dont le tribunal tiendrait compte. Il indiqua également qu'il serait utile que l'ambassade du Royaume-Uni renonce à son droit d'indemnisation civile.

51. Le 29 juin 2008, le deuxième Secrétaire aux Droits de l'homme à l'ambassade du Royaume-Uni à Bagdad, M. Gordon Ross, rencontra M. Aref pour discuter avec lui de la situation et de ce qu'il adviendrait si seule l'une des familles des deux victimes écrivait pour demander la clémence du Tribunal. M. Aref répondit que si l'une des deux familles seulement demandait la clémence, sa lettre serait prise en compte, et le fait que l'autre famille n'ait pas fait la même démarche ne modifierait pas de manière significative le cours des choses.

52. Le Gouvernement put contacter l'une des deux familles. Celle-ci accepta d'appuyer une demande de clémence et de non-imposition de la peine de mort dans le cas où les requérants seraient reconnus coupables d'une infraction passible de cette sanction.

53. L'ambassade du Royaume-Uni à Bagdad écrivit également pour demander au tribunal de ne pas imposer la peine de mort. Elle renonça aussi à tout droit à une indemnisation civile.

54. Le 18 août 2008, M^{me} Abda Sharif rencontra à nouveau le président Aref et lui présenta la lettre de l'ambassade, signée par l'ambassadeur, Christopher Prentice. Le Royaume-Uni y soulignait son opposition à l'infliction de la peine de mort et y renonçait à son droit à une

indemnisation. Ce document était accompagné d'une lettre de l'une des familles datée du 6 août 2008 demandant la clémence, avec sa traduction en arabe.

2. *La procédure devant la Divisional Court*

55. L'audience devant la *Divisional Court* se tint du 18 au 20 novembre 2008. Les demandes des requérants concernant la légalité de leur détention par le Royaume-Uni furent repoussées.

56. A l'audience, les juges exprimèrent leur préoccupation quant à ce qu'il adviendrait des requérants après l'expiration du mandat des Nations unies le 31 décembre 2008. Le Gouvernement présenta des documents relatifs aux négociations intergouvernementales qui étaient en cours entre le Royaume-Uni et l'Irak relativement au point de savoir si et dans quelles conditions il serait permis aux forces britanniques de rester sur place après le 31 décembre 2008. Parmi ces documents se trouvait la déclaration de M. Watkins, l'un des dirigeants de l'équipe de négociation du Royaume-Uni. Elle se lisait ainsi :

« (...) J'ai reconnu que, si cela était possible, il serait souhaitable que les forces britanniques soient en mesure de continuer à détenir les demandeurs dans l'attente de l'issue de la procédure. J'ai donc examiné avec mes collègues le point de savoir s'il serait approprié d'aborder cette question avec l'équipe de négociation irakienne. Je ne puis formuler d'observations détaillées sur des négociations intergouvernementales sensibles, mais je suis en mesure de dire qu'il a été estimé que le fait d'évoquer la possibilité que des détenus demeurent aux mains des forces britanniques, de manière générale ou dans le cas particulier des deux intéressés, risquerait de nuire à la conduite et à l'issue de ces négociations importantes et urgentes.

Il a en outre été considéré que le fait d'évoquer cette question ne pourrait en tout état de cause aboutir à aucun accord avec les autorités irakiennes ayant pour effet que les intéressés demeurent aux mains des forces britanniques en Irak, et encore moins qu'elles acceptent que ceux-ci soient emmenés hors du pays. Etant donné que les Irakiens demandent le transfert des détenus des Etats-Unis à l'Irak, que les deux intéressés sont des ressortissants irakiens accusés de crimes commis en Irak, et que les juridictions irakiennes ont demandé à plusieurs reprises que ces individus leur soient remis de manière à ce qu'elles puissent poursuivre les investigations et, le cas échéant, les juger, il n'aurait pas été réaliste d'envisager que l'Irak puisse accepter de les laisser rester aux mains du Royaume-Uni. Le fait de soulever cette question n'aurait donc rien changé, selon moi, à la situation des demandeurs ; en revanche, cela aurait comporté le risque de nuire gravement à la conduite et à l'issue des négociations menées avec le gouvernement irakien.

(...) J'ai réfléchi à la question de savoir s'il pouvait y avoir d'autres moyens pour que les forces britanniques continuent à détenir les demandeurs quelque temps après la fin de cette année, dans l'attente de l'issue de la procédure. On aurait pu aussi envisager de demander au gouvernement irakien qu'il communique au Conseil des représentants un projet de texte autorisant expressément le Royaume-Uni à détenir les demandeurs indéfiniment ou dans l'attente de l'issue de la procédure. Compte tenu des éléments exposés au paragraphe précédent, j'estime qu'il n'y a aucune chance raisonnable que le gouvernement irakien accède à pareille demande. De plus, la rédaction et l'adoption de ce texte prendraient trop longtemps pour pouvoir être

achevées d'ici la fin de l'année. En outre, le simple fait d'avoir soulevé cette question risquerait à mon avis de nuire à l'adoption de la loi et à la conclusion de l'accord intergouvernemental.

Selon moi, il est à exclure que le Royaume-Uni puisse obtenir un quelconque accord des autorités irakiennes pour continuer de détenir les demandeurs indéfiniment ou même simplement dans l'attente de l'issue de la procédure. »

57. La *Divisional Court* se prononça le 19 décembre 2008. Elle nota que les requérants relevaient de la juridiction et de la compétence des tribunaux irakiens depuis le 18 mai 2006 au plus tard (paragraphe 46 ci-dessus), que la version révisée du mémorandum n° 3 de l'APC (paragraphe 20 ci-dessus), qui était le droit irakien en vigueur à l'époque, faisait obligation aux forces britanniques de remettre leurs « détenus pénaux » aux autorités irakiennes dès que possible, et que cette obligation figurait également dans le mémorandum d'accord relatif aux suspects d'infractions pénales conclu le 8 novembre 2004 entre le Royaume-Uni et l'Irak (paragraphe 25 ci-dessus). Toutefois, elle rejeta la thèse du Gouvernement selon laquelle les actions du Royaume-Uni à l'égard des requérants étaient imputables aux autorités irakiennes. Elle releva à cet égard que les forces britanniques étaient présentes en Irak légalement, en vertu d'un mandat des Nations unies, qu'elles étaient intégrées à une force multinationale soumise à la juridiction exclusive du Royaume-Uni et indépendante de l'Etat irakien, que les intéressés se trouvaient physiquement en leur garde et sous leur contrôle, et qu'elles avaient le pouvoir de refuser de les remettre au TSI, même si un tel acte aurait été contraire aux obligations de droit international incombant au Royaume-Uni. Pour ces raisons, elle jugea que les requérants relevaient de la juridiction du Royaume-Uni aux fins de l'article 1 de la Convention et de la loi de 1998 sur les droits de l'homme.

58. La *Divisional Court* examina ensuite le point de savoir si les requérants pouvaient se prévaloir du principe de non-refoulement exposé dans l'arrêt *Soering c. Royaume-Uni* (7 juillet 1989, série A n° 161). Elle rejeta l'argument du Gouvernement selon lequel le principe de *Soering* ne pouvait s'appliquer qu'aux transferts entre frontières territoriales, mais se considéra liée par l'arrêt rendu par la *Court of Appeal* en l'affaire *R(B) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* ([2004] EWCA Civ 1344, paragraphe 94 ci-dessous), dans lequel les juges avaient dit que lorsqu'un fugitif relevant de la juridiction du Royaume-Uni se trouvait sur le territoire d'un autre Etat souverain (par exemple dans une ambassade ou un consulat), le Royaume-Uni était tenu, en droit international, de remettre l'intéressé aux autorités de cet autre Etat, à moins qu'il n'y ait des éléments démontrant à l'évidence que celui-ci avait l'intention de le soumettre à un traitement tellement sévère qu'il constituerait un crime contre l'humanité.

59. La *Divisional Court* examina des dépositions d'experts relatives à l'équité des procès devant le TSI. Elle ne décela pas d'éléments sérieux à l'appui de la thèse des requérants selon laquelle les autorités irakiennes

torturaient les individus qu'elles détenaient afin de leur extorquer des aveux qui seraient ensuite utilisés contre eux. Elle observa que, même si, pendant les deux premiers procès menés devant le TSI, notamment contre Saddam Hussein (les procès *Dujayl* et *Anfal*), le personnel du TSI et les avocats de la défense avaient été agressés à plusieurs reprises, certains y laissant la vie, la situation s'était améliorée depuis, et aucun avocat, témoin ou membre du TSI n'avait été enlevé ni tué en 2008. En conséquence, elle estima que le personnel du TSI et les avocats n'étaient plus menacés au point d'empêcher les requérants de bénéficier d'un procès équitable, et ce d'autant moins que des mesures de sécurité adéquates avaient été prises pour protéger les témoins. Elle releva qu'il n'y avait pas eu de remplacements permanents de juges dans les derniers procès et qu'il n'existait pas un risque de remplacement des membres du système judiciaire suffisamment élevé pour mettre en péril la possibilité pour les requérants de bénéficier d'un procès équitable. Elle prit note d'exemples de préoccupations exprimées par des tiers relativement à l'indépendance du TSI, mais observa que les craintes portaient sur des faits survenus pendant les procès *Dujayl* et *Anfal* au début de l'année 2007, et qu'il n'avait pas été exprimé de telles préoccupations récemment. Au vu de l'ensemble des éléments, elle estima établi que le TSI était suffisamment indépendant pour présenter les garanties d'un procès équitable. Elle considéra qu'il n'y avait pas réellement de risque que l'avocat des requérants soit empêché d'assurer correctement leur défense en cas de procès. Elle releva que le statut et le règlement du TSI avaient été rédigés sur le modèle de ceux du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, du Tribunal pénal international pour le Rwanda et de la Cour pénale internationale, et que les accusés bénéficiaient de la présomption d'innocence, du droit d'être informés des charges retenues contre eux, du droit d'être assistés par un avocat, du droit d'être jugés sans délai excessif, du droit d'être présents pendant le procès, du droit d'interroger les témoins ou d'y être confrontés, du droit de ne pas s'accuser eux-mêmes, du droit de ne pas voir leur silence interprété comme un signe de culpabilité, du droit à la communication des éléments et témoignages à décharge, de l'exclusion des déclarations faites sous la contrainte, du droit de s'assurer que les interrogatoires fassent l'objet d'un enregistrement vidéo, du droit de poser des questions directement aux témoins, et du droit d'appel. Elle formula donc, relativement au risque de violation de l'article 6 de la Convention, les conclusions suivantes :

« Globalement, les choses se présentent ainsi : bien qu'à l'origine, pour ce qui est du TSI et des procès tenus devant lui, certains éléments aient gravement laissé à désirer et fait peser un doute sur la possibilité pour les accusés, à cette époque, de bénéficier d'un procès équitable, des améliorations importantes sont intervenues depuis.

(...) A ce jour, les demandeurs ont comparu devant les tribunaux irakiens et ont démenti les accusations portées contre eux ; et on ne saurait juger déplacée la manière dont les tribunaux les ont traités. Pour l'avenir, si on les examine un par un et dans

leur ensemble, les différents éléments qui nous ont été soumis sont loin d'établir qu'il existe des motifs raisonnables de croire à l'existence d'un véritable risque qu'un procès des demandeurs donne lieu à une violation flagrante des principes garantis par l'article 6. Ainsi, même si la Convention devait s'appliquer normalement, nous rejeterions la thèse selon laquelle il serait contraire à l'article 6 de remettre les demandeurs au TSI. »

60. La *Divisional Court* examina ensuite les éléments relatifs au degré de probabilité que les requérants soient soumis à la peine de mort. Ses conclusions furent les suivantes :

« A la lumière de l'ensemble des éléments, nous estimons qu'il a été démontré qu'il existait des motifs sérieux de penser que les demandeurs étaient exposés au risque réel d'être condamnés à la peine de mort et exécutés, contrairement au Protocole n° 13 [à la Convention], s'ils étaient remis au TSI. En particulier : a) la peine de mort fait partie des sanctions dont sont passibles les infractions telles que celle dont sont accusés les demandeurs ; b) des éléments clairs démontrent que les personnes reconnues coupables de telles infractions sont en pratique condamnées à mort ; c) les arguments avancés à l'appui de la thèse selon laquelle la peine de mort ne serait pas imposée aux intéressés ne sont pas suffisamment concluants ou certains pour écarter un tel risque ; d) malgré les démarches entreprises au nom du ministre, il n'a été donné aucune assurance que la peine de mort ne serait pas imposée en l'espèce ; et e) en toute hypothèse, même si le président Aref [le président du TSI] avait donné une telle assurance, nous ne sommes pas convaincus qu'elle serait forcément efficace, dans la mesure où il n'a pas le pouvoir de contraindre la chambre d'appel à prendre une décision ou une autre et où celle-ci devrait imposer la sentence appropriée, quelle qu'ait pu être la décision de la chambre de jugement. »

Toutefois, la *Divisional Court* jugea que même si la peine de mort était interdite par la Convention, elle n'était pas encore contraire aux normes reconnues au niveau international, du moins lorsqu'elle était imposée pour des crimes graves dans le cadre d'une condamnation prononcée à l'issue d'un procès respectant des normes minimales d'équité. Il s'ensuivait selon elle que, « pour abjecte qu'elle puisse être considérée dans notre ordre juridique interne et dans le système de la Convention, une telle peine ne serait pas contraire au droit international », et que le risque que les requérants soient exécutés ne relevait donc pas le Royaume-Uni de son obligation de droit international public de les remettre au TSI.

61. La *Divisional Court* examina ensuite les questions relatives à l'article 3 de la Convention. Elle observa, d'une part, que le TSI avait demandé qu'avant le procès, les requérants soient détenus au bloc 4 de la prison de Rusafa, qui était gérée par le ministère de la Justice irakien et, d'autre part, que s'ils étaient reconnus coupables et condamnés à plus de dix années d'emprisonnement, ils seraient envoyés à la prison de Fort Suse, également gérée par le ministère de la Justice irakien. Elle s'appuya sur un rapport du prévôt général (l'officier de l'armée britannique chargé d'inspecter les centres de détention militaires britanniques à l'étranger), qui avait inspecté la prison de Rusafa en avril 2008. Il avait alors estimé que le bloc 4 « répondait aux exigences [de la quatrième Convention de Genève] »

à l'égard des requérants, notant qu'il offrait « une relative isolation, la protection des éléments et des conditions de vie raisonnables ». Même si les inspecteurs du prévôt général avaient reçu des plaintes de certains détenus quant à l'absence de visites et à la qualité de la nourriture, personne ne s'était plaint de mauvais traitements. La *Divisional Court* mentionna également un rapport d'inspection du Programme international d'assistance et de formation en matière d'enquêtes et d'affaires pénales (*International Criminal Investigative Training Assistance Program*) des Etats-Unis d'Amérique sur les blocs 1 à 6A à Rusafa : selon ce rapport, rien n'indiquait que les détenus y soient soumis à des mauvais traitements délibérés ou ostensibles ; les conditions de détention au bloc 4 étaient jugées conformes aux normes fondamentales de respect des droits de l'homme ; les détenus pouvaient recevoir régulièrement des visites de leurs représentants et de leurs proches ; la force n'était utilisée qu'en dernier recours, lorsqu'elle était nécessaire pour empêcher les détenus de se blesser ou de blesser autrui ; les châtiments corporels étaient interdits et les détenus interrogés avaient déclaré qu'ils n'avaient jamais eu connaissance de tels actes ; et un système solide de dénonciation d'éventuels mauvais traitements était en place. En outre, la *Divisional Court* releva qu'au paragraphe 4 c) de l'article 3 du mémorandum d'accord relatif aux suspects d'infractions pénales du 8 novembre 2004 (paragraphe 25 ci-dessus), les autorités irakiennes avaient fourni l'assurance qu'après avoir été transférés dans les centres de détention irakiens, les prisonniers seraient traités humainement. Les requérants avaient versé au dossier des expertises relatives aux conditions de détention à Rusafa, mais la *Divisional Court* estima que ces expertises ne permettaient pas d'établir l'existence de cas de mauvais traitements des détenus. De même, elle jugea que les éléments communiqués relativement à la prison de Fort Suse n'indiquaient pas que, s'ils y étaient détenus, les requérants risqueraient d'y subir des mauvais traitements. Elle conclut donc que les éléments communiqués ne permettaient pas d'établir qu'il y avait des motifs sérieux de penser que les intéressés seraient exposés à un risque réel de traitement contraire à l'article 3 de la Convention s'ils étaient remis au TSI.

62. La *Divisional Court* conclut que le transfert envisagé était légal et rejeta le recours des requérants. Elle ajouta cependant ceci :

« Si notre analyse des principes juridiques et des éléments de fait nous a conduits à cette conclusion, nous sommes gravement perturbés par ce résultat, car nous estimons que s'ils sont transférés, les demandeurs seront exposés au risque réel d'être soumis à la peine de mort dans le cas où le tribunal irakien les déclarerait coupables. En toutes autres circonstances normales, la Convention (de même que la loi de 2003 sur l'extradition dans le cas d'une extradition) permettrait d'empêcher que les choses n'aboutissent à un tel résultat. Il se trouve qu'en l'espèce, les circonstances sont tout à fait exceptionnelles ; or nous avons dû leur appliquer les principes de l'affaire *R(B) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* tels que nous avons compris qu'ils ressortaient de l'arrêt rendu par la *Court of Appeal* dans cette affaire. (...) »

63. La *Divisional Court* accorda aux requérants l'autorisation de recourir devant la *Court of Appeal* et prononça, le 19 décembre 2008, une mesure provisoire interdisant leur transfert jusqu'au 22 décembre 2008 à 16 heures, de manière à leur permettre d'introduire une demande de mesure provisoire devant la *Court of Appeal*.

3. La procédure devant la Court of Appeal

64. Les requérants interjetèrent appel du jugement de la *Divisional Court*, en se fondant principalement sur les arguments suivants : 1) c'était à tort que les juges avaient conclu à la présence d'un contexte de droit international public ayant pour effet de modifier le principe exposé dans l'arrêt *Soering* (précité) ; 2) même s'ils avaient appliqué les bons critères, c'était à tort que les juges avaient estimé que la peine de mort et l'exécution n'étaient pas contraires aux normes reconnues au niveau international ; 3) l'article 3 de la Convention et le droit international interdisaient de procéder à ce transfert dès lors qu'il avait été démontré qu'il existait des motifs sérieux de penser que les intéressés seraient exposés à un risque réel d'être condamnés à la mort par pendaison ; 4) il était erroné de conclure que la compétence des juridictions britanniques pour les juger était subordonnée à la demande des autorités irakiennes voire inexistante ; 5) les juges n'avaient pas appliqué les bons critères relativement aux griefs concernant l'équité des procès devant le TSI ; 6) c'était à tort qu'ils avaient conclu que les éléments qui leur avaient été présentés ne faisaient pas apparaître de motifs sérieux de croire à l'existence d'un risque réel que des violations flagrantes des principes garantis par l'article 3 ne soient commises dans le cadre du procès.

65. Le 22 décembre 2008, la *Court of Appeal* décida que l'audience aurait lieu les 29 et 30 décembre 2008. Elle prononça une injonction interdisant le transfert des requérants jusqu'au 30 décembre 2008 à 16 h 30.

66. Parmi les éléments présentés à la *Court of Appeal* se trouvait une nouvelle déclaration de M. Watkins relative aux négociations en cours avec l'Irak. Il y était expliqué notamment qu'au cours des négociations, l'Irak avait expressément écarté la possibilité pour les forces britanniques d'exercer des pouvoirs de détention sur son territoire :

« Au cours des discussions du dimanche 21 décembre, les responsables irakiens ont été clairs quant au fait qu'ils considéraient que, même dans le cadre des tâches autorisées, il ne serait pas acceptable que les forces britanniques exercent des pouvoirs de détention après le 31 décembre 2008.

Après mûre réflexion, je reste fermement convaincu que, quelles que soient les circonstances, il n'est pas envisageable que le Royaume-Uni soit en mesure d'obtenir l'accord des autorités irakiennes pour continuer à détenir les demandeurs indéfiniment ou même simplement dans l'attente de l'issue de la procédure. En outre, comme je l'ai indiqué dans ma première déposition, le simple fait de soulever la question risquerait de nuire à la conduite et à l'issue des négociations en cours. »

67. La *Court of Appeal* rejeta le recours des requérants le 30 décembre 2008 à 14 h 30, en donnant oralement les brefs motifs suivants :

« i) En ce qui concerne le fait que le Royaume-Uni n'exerce pas sa juridiction sur les appelants au sens de l'article 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, voir notamment l'affaire *Banković c. Royaume-Uni* (2001) 11 BHRC 4. Le Royaume-Uni détient simplement les appelants à la demande et sur l'ordre du TSI, et il est tenu de les lui remettre en vertu des accords anglo-irakiens ; il n'a pas de pouvoir discrétionnaire propre pour les détenir, les libérer ou les remettre, mais n'est que le mandataire du TSI.

ii) *R(B) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2005] QB 643 montre qu'une telle obligation de remettre des individus à l'Etat accréditaire doit être respectée quand bien même l'Etat détenteur serait soumis à des obligations au titre de la Convention européenne des droits de l'homme, à moins (paragraphe 88) que la remise des intéressés ne les expose à un crime contre l'humanité. Nous sommes liés par cette décision, celle-ci ayant été rendue par cette cour.

iii) Il n'a pas été démontré que la peine de mort en général ou l'exécution par pendaison en particulier soient constitutives d'un crime contre l'humanité ou d'un acte de torture.

iv) En conséquence, même si le Royaume-Uni exerçait sa juridiction au sens de l'article 1 [de la Convention], ce qui n'est pas notre avis, il serait tenu de remettre les appelants au TSI. Cela vaut pour la période antérieure au 31 décembre 2008, et *a fortiori* pour celle postérieure à cette date, où le mandat des Nations unies aura expiré et où la seule disposition entre le Royaume-Uni et l'Irak accordant l'inviolabilité à la base des forces britanniques ou permettant la détention des appelants sera l'ordonnance du TSI. En bref, le Royaume-Uni n'aura plus, après le 31 décembre, le moindre pouvoir juridique de faire quoi que ce soit d'autre que de remettre les appelants au TSI à sa demande. Il n'aura pas le pouvoir de les transférer ailleurs, ni même d'empêcher l'Irak de les reprendre lui-même : il ne pourrait être ordonné aux troupes britanniques de prendre la moindre mesure pour s'opposer à une telle démarche. Avant le 31 décembre, il est vrai que la base de Bassora est inviolable en vertu des accords locaux passés entre le Royaume-Uni et l'Irak, mais cette inviolabilité prendra fin demain. C'est pourquoi le Royaume-Uni sera alors totalement impuissant d'un point de vue juridique face à la volonté du TSI et aux mesures que pourraient prendre les autorités irakiennes.

v) Aucune action autonome ne peut être intentée contre le Royaume-Uni en droit international coutumier sur cette base, et les faits ne permettent pas non plus d'engager une procédure viable sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. »

68. La *Court of Appeal* refusa aux requérants l'autorisation de saisir la Chambre des Lords, et justifia ce refus de la manière suivante :

« Certes, des questions importantes ont été soulevées, mais dans le contexte de cette affaire et eu égard à la situation postérieure au 31 décembre 2008, il ne serait pas opportun d'accorder une telle autorisation. »

69. Elle refusa également de prolonger l'injonction interdisant le transfert des requérants jusqu'à 16 h 30 le même jour de manière à leur laisser le temps de saisir la Cour d'une demande de mesure provisoire ou de demander à la Chambre des Lords l'autorisation de porter l'affaire devant

elle et d'obtenir de sa part une mesure provisoire. Ainsi, peu après 15 heures, elle leva l'injonction.

70. La *Court of Appeal* communiqua son arrêt écrit intégral le 21 janvier 2009 ([2009] EWCA Civ 7). Elle estimait tout d'abord qu'il y avait des motifs sérieux de penser que les requérants seraient exposés à un risque réel d'exécution s'ils étaient remis au TSI, pour les raisons suivantes :

« Il ne prête pas à controverse que la peine de mort est une sanction applicable en droit irakien aux infractions telles que celle dont les appelants sont accusés. La *Divisional Court* a jugé (paragraphe 148) que cette circonstance constituait en soi un commencement de preuve de la réalité du risque subi par les appelants. En conséquence, et conformément à l'approche prônée par la cour de Strasbourg dans l'affaire *Saadi c. Italie* ([GC], n° 37201/06, CEDH 2008-II), en particulier au paragraphe 129, la charge de démontrer que ce risque n'apparaît pas en réalité se trouve transférée au ministre.

M. Lewis QC, qui représente le ministre, s'est appuyé sur des éléments indiquant que la famille de l'une des victimes avait écrit au président du TSI, M. Aref, pour demander la clémence envers les appelants si ceux-ci étaient jugés coupables. Le président Aref avait lui-même déclaré à l'ambassade du Royaume-Uni que des lettres de ce type seraient utiles, de même que le fait que l'ambassade renonce à ses droits à une indemnisation civile, et il avait indiqué qu'il transmettrait le cas échéant les lettres en question à la formation de jugement pour examen. M^{me} Abda Sharif, conseiller juridique et chef de la section de la justice et des droits de l'homme à l'ambassade du Royaume-Uni à Bagdad, a transmis un avis juridique indiquant que l'effet probable d'une demande de clémence de la part des familles des victimes en Irak serait que le tribunal irakien « n'imposerait pas la peine de mort dans les affaires concernées ». M^{me} [Abda] Sharif a indiqué que le président Aref avait confirmé qu'une telle demande de clémence était susceptible de jouer un rôle important dans l'appréciation par les juges de la sanction à imposer aux appelants. Elle a également produit une lettre du président Aref, qui lui avait été remise lors d'une rencontre tenue le 21 octobre 2008. Cette lettre décrit en détail les procédures du tribunal relatives à l'imposition de la peine. A cet égard, la *Divisional Court* a formulé les observations suivantes (paragraphe 155) :

« Cette lettre expose la position du président Aref. Il est frappant de constater qu'il n'y est nullement indiqué que la peine de mort ne serait pas imposée ni même probablement pas imposée. »

M. Lewis QC s'est également appuyé sur la déposition de M. Spillers, un avocat américain qui assurait la liaison avec le TSI en matière d'état de droit du mois de juillet 2008 au 22 décembre 2008, et qui a rencontré le président Aref le 27 octobre 2008. M. Aref lui aurait alors expliqué que les facteurs susceptibles d'inciter le TSI à ne pas imposer la peine de mort étaient les suivants : « reconnaissance de l'infraction par les accusés, demande de la famille des victimes tendant au pardon des accusés, demande de pardon du tribunal pour les actes commis, et demande de clémence de la part de la famille d'une des victimes » (*Divisional Court*, paragraphe 156). Selon M. Spillers, M. Aref avait indiqué que l'assurance que la peine de mort ne serait pas imposée était « implicite » lorsque ces facteurs étaient réunis.

M. Spillers a fait une nouvelle déposition depuis le jugement de la *Divisional Court*. Il y décrit l'issue de la procédure menée devant le TSI dans ce que l'on a appelé l'affaire du soulèvement de 1991. Les quinze accusés étaient tous d'anciens dignitaires du régime de Saddam Hussein, et ils étaient accusés de crimes contre

l'humanité. Trois furent acquittés. Dix se virent imposer des peines de prison extrêmement longues. Deux seulement furent condamnés à mort, dont un (« Ali le Chimique ») qui avait déjà été condamné à mort à l'issue d'un précédent procès.

(...)

A mon avis, il n'y a pas de base suffisante pour s'écarter de l'appréciation équilibrée de la *Divisional Court* sur ce point. La nouvelle déposition de M. Spillers relative à l'affaire du soulèvement de 1991, si elle présente un intérêt pour le ministre, n'est pas déterminante au point de renverser la conclusion de la juridiction inférieure. Le critère du risque réel a été correctement appliqué. »

71. A l'appui de sa conclusion selon laquelle les requérants ne relevaient pas de la juridiction du Royaume-Uni aux fins de la Convention et de la loi de 1998 sur les droits de l'homme, la *Court of Appeal* formula les observations suivantes :

La situation juridique en ce qui concerne la détention des appelants avant le 31 décembre 2008

« 32. Jusqu'au 31 décembre 2008, les forces britanniques à Bassora jouissent des garanties d'immunité et d'inviolabilité conférées par l'ordonnance n° 17 de l'APC (version révisée). Cependant, si ces mesures interdisent les sanctions invasives, elles ne confèrent pas de pouvoir exécutif. J'estime qu'avant même le 31 décembre 2008 et au moins depuis mai 2006, les forces britanniques à Bassora ne sont plus habilitées à mener sur le territoire irakien d'autres activités relatives aux détenus pénaux que celles auxquelles l'Irak consent ou qu'elles sont autorisées à accomplir en vertu d'une ou de plusieurs résolutions contraignantes du Conseil de sécurité. Cette analyse découle de la souveraineté de l'Irak et n'est contredite par aucune des mesures prises par les Nations unies en l'espèce – bien au contraire. Ainsi, le mandat de la force multinationale a été prorogé par le Conseil de sécurité à la demande expresse de l'Irak. La lettre demandant cette prorogation (qui figure en annexe à la résolution 1790 (2007)) indique expressément, au paragraphe 4, que « [l]e [g]ouvernement ira[k]ien sera responsable de l'arrestation, de la détention et de l'emprisonnement ». Les différentes résolutions adoptées par le Conseil de sécurité [des Nations unies] en la matière (1483 (2003), 1546 (2004) et 1790 (2007)) soulignent toutes la primauté de la souveraineté irakienne. En ce qui concerne les détentions pénales, le mémorandum n° 3 de l'APC (version révisée) indique clairement que, dans la mesure où les détenus pénaux peuvent être gardés par un contingent national de la force multinationale, ils le sont par ordre des autorités irakiennes.

33. Dans ces conditions, le Royaume-Uni n'exerce sur les appelants, avant le 31 décembre 2008, aucun autre pouvoir ou juridiction que ceux dont il est dépositaire en tant que mandataire du tribunal irakien ; il n'exerce pas ni ne prétend exercer le pouvoir autonome d'un Etat souverain. »

La situation juridique en ce qui concerne la détention des appelants après le 31 décembre 2008

« 34. Comme indiqué précédemment, une fois le mandat des Nations unies expiré, la force multinationale, dans son ensemble ou en partie, n'a plus en droit international le moindre pouvoir ni la moindre autorité pour maintenir une quelconque présence en Irak, si ce n'est exclusivement et strictement en réponse à la volonté des autorités irakiennes. [L'avocate des requérants] a soutenu qu'en vertu du droit international coutumier, la base britannique à Bassora demeurerait inviolable après le 31 décembre,

mais elle n'a pas été en mesure d'avancer le moindre principe qui puisse, au regard des faits, étayer cette thèse ; et, à mon avis, force est de constater qu'après cette date, les forces britanniques demeurant en Irak ne le font qu'avec le consentement des autorités irakiennes et dans les conditions fixées par celles-ci – il devait d'ailleurs être évident, dès que l'on a su que le mandat international prendrait fin, que tel était le cours normal des choses.

35. Il n'y a pas non plus place pour le doute raisonnable quant au fait que les conditions dans lesquelles les autorités irakiennes permettraient éventuellement aux forces britanniques de rester en Irak ne comporteraient aucun rôle ni aucune fonction leur permettant (non plus qu'à d'autres forces) de continuer à détenir des individus, et encore moins les y obligeant. (...)

36. Après le 31 décembre 2008, les forces britanniques n'auront plus le pouvoir juridique de détenir des Irakiens. Si elles le faisaient, les autorités irakiennes seraient fondées à investir les lieux occupés par les Britanniques et à y reprendre toute personne ainsi détenue. »

Conclusion sur la question de la juridiction

« 37. Il n'est pas aisé de déterminer précisément la portée de la juridiction au sens de l'article 1 [de la Convention] lorsque celle-ci s'exerce hors du territoire de l'Etat partie mis en cause, car l'expérience montre clairement que cette portée n'a pas de limites tranchées : elle doit s'apprécier à partir d'une combinaison d'éléments clés qui ont trait à la stratégie plus qu'à la sémantique. Faisant fond sur l'arrêt *Banković* et sur les opinions des Lords dans l'affaire *Al-Skeini*, j'avance quatre grands points, dont chacun nécessite certaines explications : 1) il s'agit d'une forme de juridiction exceptionnelle ; 2) elle doit être interprétée de manière à se concilier avec les autres normes applicables du droit international ; 3) elle reflète la nature régionale des droits garantis par la Convention ; 4) elle reflète la nature indivisible des droits garantis par la Convention. Les deux premières propositions impliquent (comme peut-être le terme juridiction lui-même) l'exercice par un Etat, sur le territoire d'un autre Etat, d'une autorité juridique souveraine, et non d'un simple pouvoir factuel. Une telle situation est en elle-même exceptionnelle, bien qu'elle soit reconnue de manière habituelle dans certains cas tels ceux des ambassades. Ce pouvoir doit être conféré par des dispositions juridiques, car s'il n'était acquis que par le hasard ou la force, il ne serait en aucun cas exercé en harmonie avec les normes matérielles du droit international – bien au contraire, il s'y heurterait – et il n'y aurait pas de base fondée sur des principes à partir de laquelle il pourrait être limité et donc considéré comme exceptionnel. (...) Il est impossible de concilier le critère d'un contrôle purement factuel avec l'effet limitatif des deux premières propositions que j'ai énoncées ni même, d'ailleurs, avec les deux dernières, comme je vais l'expliquer.

38. Ces deux premières propositions, comprises comme je l'entends, conditionnent les autres. Si un Etat partie doit exercer sa juridiction au sens de l'article 1 hors de son propre territoire, la nature régionale et indivisible des droits garantis par la Convention appelle l'existence d'un régime dans lequel cet Etat jouit de pouvoirs juridiques suffisamment larges pour pouvoir défendre, conformément à ses obligations de droit international, l'ensemble des droits garantis par la Convention – lesquels peuvent, dans le territoire concerné, relever d'une philosophie politique totalement étrangère.

39. Le cadre naturel de la Convention européenne des droits de l'homme est l'espace juridique de ses Etats parties ; si, exceptionnellement, elle doit s'appliquer en un lieu situé hors de cet espace, celui-ci doit y être reproduit dans une mesure

considérable. En bref, l'Etat partie doit avoir le pouvoir juridique d'exercer des fonctions gouvernementales substantielles en tant qu'Etat souverain. Il peut le faire dans un cadre étroit, tel qu'une ambassade, un consulat, une base militaire ou une prison ; il peut, à cet effet, dépendre du consentement de l'Etat d'accueil ou d'un mandat des Nations unies ; mais, globalement, c'est ce type de pouvoir juridique que l'Etat doit détenir : il doit pouvoir décider librement des questions qui relèvent normalement du pouvoir exécutif. Si l'on considérait que la juridiction au sens de l'article 1 s'applique dans d'autres circonstances, les conditions limitatives imposées par les quatre propositions que j'ai énoncées s'en trouveraient mises à mal. »

72. La *Court of Appeal* examina également la question du conflit entre différentes obligations de droit international, précisant qu'il ne survenait que si son analyse relative à l'absence de juridiction était erronée ; et elle jugea que c'était à bon droit que la *Divisional Court* avait tenu compte de l'obligation du Royaume-Uni, en droit international, de remettre les requérants au TSI :

« 48. (...) Un Etat partie à la Convention européenne des droits de l'homme exerçant sa juridiction au sens de l'article 1 en territoire étranger supporte sans conteste, en droit international, des obligations envers l'Etat accréditaire. L'article 55 de la Convention de Vienne [de 1963 sur les relations consulaires] visé au paragraphe 88 de l'arrêt *R(B)* [*v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*] démontre de manière évidente l'existence de telles obligations. A la lumière de cette affaire, il est clair que le Royaume-Uni est tenu, en droit international, de remettre les intéressés au TSI à sa demande. En pareil cas, il peut y avoir un conflit entre les obligations de l'Etat partie au regard de la Convention européenne des droits de l'homme et ses autres obligations internationales.

49. Une solution aurait pu consister à dire que l'existence d'une telle obligation internationale est incompatible avec l'exercice de la juridiction au sens de l'article 1 [de la Convention], en ce qu'elle montre que le pouvoir juridique de l'Etat partie dans le territoire étranger concerné n'est pas suffisamment large pour qu'il lui soit possible de garantir les droits protégés par la Convention. Il n'y aurait alors pas de conflit. Cette solution ne serait certes d'aucun secours pour les détenus, l'obligation de les transférer faisant purement et simplement obstacle à l'application de la juridiction au sens de la Convention, et les privant dès lors des droits garantis par cet instrument. Elle serait toutefois, à mon sens, cohérente avec la décision *Banković*. Cependant, ce n'est pas le choix qu'ont fait nos juges : ils ont reconnu aussi bien dans l'affaire *Al-Jedda* que dans l'affaire *R(B)* [*v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*] qu'un Etat partie pouvait se trouver confronté à des obligations potentiellement contradictoires en vertu, d'une part, de la Convention européenne des droits de l'homme et, d'autre part, des autres normes de droit international.

50. Je le dis respectueusement, je ne vois aucune raison de mettre en doute cette position. J'ai certes affirmé qu'il fallait, pour déterminer la portée de la juridiction au sens de l'article 1, tenir compte de la pression que font peser sur les Etats parties leurs obligations internationales issues d'autres sources que la Convention européenne des droits de l'homme, mais il ne s'ensuit nullement que les obligations imposées par la Convention doivent toujours s'effacer devant les autres obligations, de manière à éviter tout conflit. Il faut assurément déterminer, dans tous les cas (où la question se pose raisonnablement), si les obligations de droit international sont à ce point impérieuses ou étendues qu'elle privent l'Etat partie concerné de l'espace juridique requis aux fins de l'exercice de sa juridiction au sens de l'article 1. Il se peut que tel

ne soit pas le cas, et c'est alors qu'il faut se tourner vers la décision rendue par cette cour dans l'affaire *R(B)* [v. *Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*] pour y puiser la bonne approche juridique. »

73. La *Court of Appeal* rejeta l'argument tiré par les requérants de l'affaire *Öcalan c. Turquie* ([GC], n° 46221/99, CEDH 2005-IV) selon lequel, lorsqu'il était envisagé de refouler un individu vers un Etat dans lequel il risquait à l'issue du procès de subir la peine de mort, il n'était pas nécessaire de démontrer l'existence d'une violation flagrante du droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention, mais il suffisait d'établir qu'il y avait un risque réel de procès inéquitable. Elle observa que l'affaire *Öcalan* (précitée) ne concernait pas un cas de refoulement, et que dans l'affaire *Bader et Kanbor c. Suède* (n° 13284/04, CEDH 2005-XI), la Cour avait jugé que, dans les affaires de refoulement ou d'extradition, elle ne pouvait conclure à une violation des articles 2 ou 3 de la Convention que si le requérant avait établi qu'il risquait de subir dans l'Etat de destination une violation flagrante du droit à un procès équitable, qui était susceptible d'aboutir à l'imposition de la peine de mort. La *Court of Appeal* valida l'appréciation des éléments relatifs à l'équité des procédures devant le TSI faite par la *Divisional Court*, et rejeta donc également le grief tiré de l'article 6.

74. Enfin, elle rejeta l'argument des requérants selon lequel l'exécution par pendaison devait être considérée comme un crime contre l'humanité, un traitement inhumain ou dégradant ou une forme de torture. Elle estima que, même si des dysfonctionnements terribles se produisaient parfois (par exemple, le cou du pendu pouvait ne pas se briser, de sorte qu'il suffoquait, ou encore, le nœud pouvait être trop large, ce qui avait pour effet de décapiter le condamné), de tels cas étaient anecdotiques et non représentatifs. Elle indiqua à cet égard que d'autres éléments, tels que ceux examinés par la Commission royale sur la peine capitale dans son rapport pour les années 1949 à 1953, indiquaient que l'exécution par pendaison était une méthode « rapide et fiable ». Elle conclut que, les éléments lui ayant été soumis relativement à ce mode d'exécution étant très peu nombreux, elle n'était pas en mesure de parvenir à une conclusion globale quant aux effets de la pendaison de manière à apprécier sa compatibilité ou son incompatibilité avec les normes du droit international coutumier.

4. La Chambre des Lords

75. Les avocats des requérants contactèrent le Bureau judiciaire de la Chambre des Lords entre le 19 et le 22 décembre 2008, mais furent informés qu'il était fermé pendant la période des fêtes de fin d'année et ne rouvrirait que le 12 janvier 2009.

76. Le 7 janvier 2009, la demande d'assistance judiciaire présentée par les requérants aux fins de saisir la Chambre des Lords fut rejetée,

essentiellement au motif que le transfert (paragraphe 80 ci-dessous) impliquait qu'aucun recours effectif ne serait disponible.

77. Le 6 février, les requérants saisirent la Chambre des Lords d'une demande d'autorisation de recours. Celle-ci leur fut refusée le 16 février 2009.

H. Les mesures provisoires indiquées en vertu de l'article 39 du règlement et le transfert des requérants

78. Le 22 décembre 2008, avant l'audience de la *Court of Appeal* sur la mesure provisoire, les requérants introduisirent auprès de la Cour européenne des droits de l'homme une demande urgente d'indication d'une mesure provisoire en vertu de l'article 39 du règlement. Le Gouvernement communiqua à la Cour des déclarations écrites expliquant pourquoi cette demande ne devait pas, selon lui, être accordée. La copie de ces déclarations fut transmise aux requérants.

79. Peu après avoir été informée de l'arrêt rendu par la *Court of Appeal* le 30 décembre 2008, la Cour indiqua au Gouvernement, en vertu de l'article 39 du règlement, que les requérants ne devaient être ni éloignés ni transférés jusqu'à nouvel ordre.

80. Le 31 décembre 2008, les requérants furent remis aux autorités irakiennes et incarcérés à la prison de Rusafa.

81. Le même jour, dans l'après-midi, le Gouvernement informa la Cour et les avocats des requérants que ceux-ci avaient été transférés. Dans sa lettre à la Cour, il indiqua ceci :

« (...) le Gouvernement a été d'avis que, exceptionnellement, il ne pouvait appliquer la mesure indiquée par la Cour. En l'espèce, cette décision ne devrait pas être considérée comme une violation de l'article 34 [de la Convention]. Le Gouvernement estime que les circonstances de la présente affaire sont absolument exceptionnelles. Il reste déterminé à respecter les mesures indiquées par la Cour en vertu de l'article 39 [du règlement] à chaque fois qu'il sera en mesure de le faire. »

I. Le procès devant le TSI et les démarches entreprises ultérieurement par les autorités britanniques auprès des autorités irakiennes relativement à l'application de la peine de mort aux requérants

82. Conformément aux assurances données par le ministère de la Justice irakien en juillet et en août 2008, les requérants furent d'abord détenus à la prison de Rusafa, au bloc 4. En mars 2009, ils furent transférés au bloc 1 de la même prison.

83. Le 24 février 2009, M^{me} Catherine Duncan (conseiller juridique à l'ambassade du Royaume-Uni à Bagdad) rappela au président Aref ses précédentes déclarations relatives à la peine de mort.

84. Le procès des requérants devant le TSI commença le 11 mai 2009. Chacun d'eux était représenté par un avocat irakien. Ils avaient à l'origine été accusés d'avoir tué les deux soldats britanniques alors qu'il était clair que ceux-ci s'étaient rendus. La peine maximale prévue pour cette infraction était la peine de mort.

85. Le 30 juin 2009, la Cour déclara la requête recevable et posa aux parties des questions supplémentaires (paragraphe 7-8 ci-dessus). En particulier, elle demanda au gouvernement britannique de l'informer des déclarations éventuellement faites aux autorités irakiennes depuis le transfert des requérants afin de veiller à ce qu'ils ne soient pas soumis à la peine de mort en cas de condamnation.

86. Le 21 juillet 2009, après la clôture des preuves, l'accusation lut à la formation de jugement du TSI deux lettres. La première, en date du 16 juillet 2009, émanait du gouvernement britannique, qui y exprimait son opposition à la peine de mort et joignait la lettre reçue en août 2008 de la famille de l'un des soldats tués (paragraphe 52 et 54 ci-dessus). La seconde provenait de la sœur de l'autre soldat, avec laquelle le Gouvernement avait pris contact. Elle aussi demandait la clémence pour les accusés. Le juge président donna ensuite lecture des charges retenues contre chacun des accusés. Celles-ci avaient été réduites : il ne leur était plus reproché d'avoir tué les soldats, mais de les avoir remis sans précautions à d'autres responsables du parti Baath, par qui ils avaient ensuite été tués, au lieu de les protéger et de leur apporter un traitement médical comme l'impose la Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les forces armées en campagne du 12 août 1949. Ces faits n'étaient pas passibles de la peine de mort.

87. A l'audience suivante, le 29 juillet 2009, un autre chef d'accusation fut ajouté, à savoir des actes de torture et des traitements inhumains perpétrés sur les soldats, en violation des Conventions de Genève. En vertu des articles 13 et 24 §§ 1 et 5 du Statut de la Cour pénale suprême d'Irak (loi n° (10) 2005), les juges devaient déterminer la peine à appliquer à cette infraction « en tenant compte de la gravité des faits, des circonstances propres de l'espèce, des précédents judiciaires et des sanctions prononcées par les juridictions pénales internationales pour des actes semblables ». Par une lettre datée du 31 juillet 2009, le Gouvernement informa la Cour que le président de la formation de jugement du TSI avait indiqué à un responsable britannique à Bagdad qu'« à ses yeux, la peine de mort n'était pas la sanction appropriée en l'espèce ».

88. Le 9 septembre 2009, le TSI rendit son verdict. Il classa sans suite les accusations retenues contre les requérants, faute de preuves suffisantes, et ordonna leur remise en liberté immédiate. Peu après, le procureur recourut contre cette décision devant la Cour de cassation.

89. Par une lettre datée du 12 janvier 2010, le Gouvernement informa la Cour que la Cour de cassation, estimant que l'enquête avait été incomplète,

avait ordonné le renvoi de l'affaire pour réouverture de l'enquête (les investigations devant être menées par les autorités irakiennes) puis nouveau procès. Les requérants sont toujours en détention.

II. LES TEXTES NATIONAUX ET INTERNATIONAUX PERTINENTS

A. La Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949 (« la quatrième Convention de Genève »)

90. La quatrième Convention de Genève stipule notamment :

Article 27

« Les personnes protégées ont droit, en toutes circonstances, au respect de leur personne, de leur honneur, de leurs droits familiaux, de leurs convictions et pratiques religieuses, de leurs habitudes et de leurs coutumes. Elles seront traitées, en tout temps, avec humanité et protégées notamment contre tout acte de violence ou d'intimidation, contre les insultes et la curiosité publique.

Les femmes seront spécialement protégées contre toute atteinte à leur honneur, et notamment contre le viol, la contrainte à la prostitution et tout attentat à leur pudeur.

Compte tenu des dispositions relatives à l'état de santé, à l'âge et au sexe, les personnes protégées seront toutes traitées par la Partie au conflit au pouvoir de laquelle elles se trouvent, avec les mêmes égards, sans aucune distinction défavorable, notamment de race, de religion ou d'opinions politiques.

Toutefois, les Parties au conflit pourront prendre, à l'égard des personnes protégées, les mesures de contrôle ou de sécurité qui seront nécessaires du fait de la guerre. »

Article 41

« Si la Puissance au pouvoir de laquelle se trouvent les personnes protégées n'estime pas suffisantes les autres mesures de contrôle mentionnées dans la présente Convention, les mesures de contrôle les plus sévères auxquelles elle pourra recourir seront la mise en résidence forcée ou l'internement, conformément aux dispositions des articles 42 et 43.

(...) »

Article 42

« 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.

Si une personne demande, par l'entremise des représentants de la Puissance protectrice, son internement volontaire et si sa propre situation le rend nécessaire, il y sera procédé par la Puissance au pouvoir de laquelle elle se trouve. »

Article 70

« Les personnes protégées ne pourront pas être arrêtées, poursuivies ou condamnées par la Puissance occupante pour des actes commis ou pour des opinions exprimées avant l'occupation ou pendant une interruption temporaire de celle-ci sous réserve des infractions aux lois et coutumes de la guerre. (...) »

Article 77

« Les personnes protégées inculpées ou condamnées par les tribunaux en territoire occupé seront remises, à la fin de l'occupation, avec le dossier les concernant, aux autorités du territoire libéré. »

Article 78

« 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. (...) »

B. La loi de 1957 sur les Conventions de Genève

91. Cette loi a été adoptée pour donner effet en droit interne au Royaume-Uni aux dispositions des Conventions de Genève de 1949. Elle dispose, notamment :

« 1(1) Se rend coupable d'une infraction toute personne, quelle que soit sa nationalité, qui, hors du Royaume-Uni ou à l'intérieur de ses frontières, commet une infraction grave à l'une quelconque des conventions jointes en annexe ou du premier Protocole, ou offre son aide, sa complicité ou des moyens matériels contribuant à la commission d'une telle infraction. »

L'expression « infraction grave » est définie dans chacune des quatre Conventions de Genève de 1949 ainsi que dans le premier Protocole additionnel. Elle vise certains actes (dont l'homicide intentionnel, la torture ou les traitements inhumains, le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé, la destruction et l'appropriation de biens non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire, le fait de priver intentionnellement un prisonnier de guerre ou un civil de son droit d'être jugé régulièrement et impartialement) commis à l'égard des « personnes protégées » (définies précisément dans chacune des conventions), parmi lesquelles les prisonniers de guerre, les civils et les blessés.

C. L'instruction militaire commune (*Joint Doctrine Publication, JDP 2006*)

92. L'objectif affiché des instructions militaires communes (*Joint Doctrine Publications, JDP*) du ministère de la Défense est le suivant (JDP 1-10, « *Prisoners of War, Internees and Detainees* », mai 2006) :

« 1. (...) fournir des instructions communes générales sur la manière de traiter les personnes tombant aux mains des forces armées britanniques au cours des opérations militaires, qu'il s'agisse de prisonniers de guerre, de civils internés ou de personnes détenues pour des actes criminels soupçonnés ou avérés.

2. La présente édition de la JDP 1-10 a été rédigée principalement à l'intention de l'officier britannique responsable du respect par les forces britanniques du droit interne britannique, du droit international et du droit des conflits armés. Elle devrait être utile à tous ceux qui participent à la planification d'opérations lorsque les problèmes qu'elle traite se présenteront. Elle a également pour objet d'aider tous ceux qui sont responsables de tous les aspects de la protection des forces et de la sécurité d'une zone, ceux dont les fonctions comportent un rôle de liaison avec les autorités civiles locales, l'administration britannique (ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth, ministère de l'Intérieur, direction du développement international), les organisations non gouvernementales (ONG) et les organisations internationales (OI), telles que le Comité international de la Croix-Rouge (CICR). »

Le chapitre 1, intitulé « Traitement des détenus », de la JDP 1-10.3 sur les « détenus » (juillet 2006) commence ainsi (notes de bas de page omises) :

« 101. Les forces armées britanniques peuvent être habilitées par le droit de l'Etat d'accueil à participer à l'arrestation de suspects d'infractions pénales ou se trouver amenées à participer à l'arrestation de personnes accusées de crimes de guerre. Le présent chapitre précise la conduite à tenir face à ces personnes temporairement détenues par les forces armées britanniques au cours d'opérations militaires à l'étranger qui ne constituent pas un conflit armé international.

102. Les détenus sont des prisonniers appartenant à une catégorie distincte de celles des prisonniers de guerre et des individus internés. Il s'agit d'individus qui, au cours d'opérations à l'étranger qui ne constituent pas un conflit armé international, sont détenus par les forces armées britanniques car ils ont commis ou sont soupçonnés d'avoir commis des infractions pénales.

103. Les détenus ne peuvent être gardés prisonniers qu'au cours d'opérations autres que les conflits armés internationaux. Il est à noter que, pendant un conflit armé international, les individus qui ont commis ou sont soupçonnés d'avoir commis des infractions pénales relèvent de la catégorie des individus internés et sont traités comme tels.

104. Les dispositions relatives au traitement des détenus varient en fonction des lois nationales du territoire sur lequel les forces britanniques opèrent, de la nature de l'opération et du cadre juridique dans lequel elles opèrent. Il s'agit d'un domaine complexe, et il est toujours nécessaire dans les premiers stades de la planification d'avoir recours à du personnel et à des conseils spécialisés.

Les détenus doivent être remis aux autorités locales compétentes le plus tôt possible, dès lors qu'il n'y a pas de raison de penser que cette mesure les exposerait à des violations des droits de l'homme. »

La section IV, intitulée « Transferts », de la JDP 1-10.3 indique ceci :

« 113. A moins qu'il ne s'agisse de les rapatrier ou de les renvoyer dans leur pays de résidence après la cessation des hostilités, les détenus ne doivent pas être transférés dans un Etat qui n'est pas partie aux [Conventions de Genève]. De plus, ils ne peuvent être transférés vers un Etat partie à ces conventions que si l'Etat détenteur s'est assuré que l'Etat de destination est disposé et apte à les appliquer. Si des transferts ont lieu, l'Etat d'accueil devient responsable de l'application des Conventions de Genève. S'il manque gravement à ses obligations, l'Etat qui a procédé au transfert est tenu de prendre des mesures effectives pour remédier à la situation ou de demander le retour des intéressés. (...) En aucun cas un détenu ne peut être transféré vers un Etat où il a des raisons de craindre d'être persécuté en raison de ses opinions politiques ou religieuses.

114. Il importe de garder à l'esprit que l'application de la Convention européenne des droits de l'homme aux personnes détenues dans des établissements britanniques peut dans certaines circonstances imposer des restrictions supplémentaires à leur transfert, en particulier si elles sont susceptibles d'être jugées pour une infraction passible de la peine de mort. »

La section V, intitulée « Remise aux autorités de l'Etat d'accueil », de la JDP 1-10.3 indique ceci :

« 116. Les détenus doivent être remis aux autorités de l'Etat d'accueil aussitôt que possible, afin que le système de justice pénale local puisse traiter leur cas. (...)

117. Il peut, dans certains cas, être impossible de remettre immédiatement les détenus à l'Etat d'accueil :

a) Si celui-ci ne dispose pas de l'infrastructure de justice pénale suffisante (tribunaux, police, services de détention, avocats, etc.) pour prendre en charge le détenu.

b) S'il y a des motifs raisonnables de soupçonner que la remise du détenu compromettrait sa sécurité. »

D. L'« asile diplomatique »

93. L'article 41 de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques est ainsi libellé :

« 1. Sans préjudice de leurs privilèges et immunités, toutes les personnes qui bénéficient de ces privilèges et immunités ont le devoir de respecter les lois et règlements de l'Etat accréditaire. Elles ont également le devoir de ne pas s'immiscer dans les affaires intérieures de cet Etat.

2. Toutes les affaires officielles traitées avec l'Etat accréditaire, confiées à la mission par l'Etat accréditant, doivent être traitées avec le Ministère des affaires étrangères de l'Etat accréditaire ou par son intermédiaire, ou avec tel autre ministère dont il aura été convenu.

3. Les locaux de la mission ne seront pas utilisés d'une manière incompatible avec les fonctions de la mission telles qu'elles sont énoncées dans la présente Convention, ou dans d'autres règles du droit international général, ou dans les accords particuliers en vigueur entre l'Etat accréditant et l'Etat accréditaire. »

94. Dans l'arrêt *R(B) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* (précité), la *Court of Appeal* a formulé les observations suivantes :

« Dans une affaire telle que l'affaire *Soering*, l'Etat contractant ne commet pas de violation du droit international en permettant à un individu de rester sous sa juridiction territoriale au lieu de le refouler vers un autre Etat. Il n'en va pas nécessairement de même lorsqu'un Etat permet à un individu de rester réfugié dans ses installations consulaires au lieu de l'obliger à en sortir. Il ne nous semble pas que la Convention puisse imposer aux Etats de donner refuge aux fugitifs dans les consulats si, ce faisant, ils violaient le droit international. Cette approche méconnaîtrait de manière fondamentale l'importance que la Grande Chambre a attachée dans l'affaire *Banković* aux principes du droit international. En outre, il faut en déduire que les obligations au titre d'une convention doivent être interprétées, autant que possible, d'une manière qui s'accorde avec le droit international. Or, qui dit le droit international public relativement au droit d'accorder l'« asile diplomatique » ?

Oppenheim [Traité de droit international d'Oppenheim édité par feu Sir Robert Jennings QC et Sir Arthur Watts QC, 9^e édition, vol. 1] aborde ce sujet au paragraphe 495, partiellement reproduit ci-dessous :

Paragraphe 495 – L'asile diplomatique

« La pratique consistant à accorder l'asile diplomatique dans des circonstances exceptionnelles est ancienne, mais le point de savoir dans quelle mesure elle fait partie du droit international général fait débat.

Il ne semblerait pas y avoir d'obligation générale pour l'Etat accréditaire d'accorder à un ambassadeur le droit d'abriter un réfugié, délinquant ou non, qui ne relèverait pas de sa mission. Bien entendu, l'ambassadeur n'est pas obligé de refuser l'entrée aux réfugiés cherchant abri à l'ambassade. Cependant, comme l'a noté la Cour internationale de Justice (CIJ) dans l'affaire du droit d'asile (...), en l'absence d'une base légale claire, telle que celle qu'apportent un traité ou une coutume établie, le réfugié doit être remis aux autorités territoriales à leur demande et, en cas de refus, lesdites autorités peuvent prendre des mesures coercitives pour obtenir le retour de l'intéressé. Compte tenu de l'inviolabilité des enceintes diplomatiques, les limites que ne devraient pas franchir de telles mesures ne sont pas claires. L'ambassade peut être encerclée par des soldats et les allées et venues peuvent être bloquées ; mais on peut douter de la légitimité d'une démarche consistant à forcer l'entrée pour reprendre le réfugié par la force, et des mesures faisant intervenir une atteinte à la personne du diplomate lui-même seraient clairement illégitimes. En tout état de cause, des mesures de contrainte ne se justifient qu'en cas d'urgence, et après qu'il ait été vainement demandé au diplomate de rendre le réfugié.

Il est parfois avancé qu'il existe, à titre exceptionnel, un droit d'octroyer l'asile pour des motifs humanitaires urgents et impérieux, qui ont trait généralement à un danger immédiat pour la vie du réfugié face à des agissements arbitraires. La pratique des Etats fournit des exemples d'octroi de l'asile en pareilles circonstances. La possibilité d'octroyer l'asile pour protéger les intéressés « contre l'action violente et désordonnée d'éléments irresponsables de la population » est un droit

reconnu qui, pour des raisons d'humanité, peut être exercé indépendamment de l'existence d'un traité ; les autorités territoriales sont tenues d'accorder une protection totale à une mission diplomatique abritant des réfugiés en pareilles circonstances. En revanche, il règne un certain flou pour ce qui est de savoir à quel point des raisons impérieuses d'humanité peuvent justifier l'octroi de l'asile dans d'autres cas. Il ressort de l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire du droit d'asile que cette mesure peut être justifiée lorsque, « sous le couvert de la justice, l'arbitraire se substitue au règne de la loi. Tel serait le cas si l'administration de la justice se trouvait viciée par des mesures clairement inspirées par l'esprit politique ». Cependant, la CIJ souligne ensuite que « la sûreté découlant de l'asile ne saurait être entendue comme une protection contre l'application régulière des lois et la juridiction des tribunaux légalement constitués ». Ainsi, il semble qu'il ne serait pas suffisant de démontrer qu'un réfugié doit être jugé pour une infraction « politique » : il faudrait établir que la justice est subordonnée à des diktats politiques et que les garanties judiciaires normales sont bafouées. Enfin, même lorsqu'il est admissible, l'asile n'est qu'une solution temporaire, et il ne peut être accordé que tant que les raisons le justifiant perdurent. »

Les propositions d'Oppenheim reposent, dans une large mesure, sur ce qui semble être les seuls avis juridiques faisant autorité sur le sujet. Le 20 novembre 1950, la Cour internationale de Justice (CIJ), saisie par la Colombie et le Pérou, a rendu un arrêt dans un litige opposant les deux Etats. Cette affaire est connue sous le nom d'« affaire du droit d'asile » (Colombie c. Pérou (1950) CIJ Rep. 206). La Colombie avait abrité dans son ambassade au Pérou le chef d'une rébellion militaire qui avait fait l'objet d'une répression pratiquement instantanée. Etaient en cause deux conventions auxquelles la Colombie et le Pérou étaient tous deux parties et qui prévoyaient l'octroi de l'asile aux réfugiés politiques mais non aux délinquants. La Colombie arguait notamment qu'en vertu du droit international coutumier, il lui était loisible de déterminer de manière unilatérale la qualité de réfugié politique du fugitif. L'essentiel de l'arrêt avait trait aux effets des deux conventions, mais la CIJ formula également un certain nombre d'observations générales relatives à l'« asile diplomatique » :

« Les arguments présentés à cet égard révèlent une confusion entre l'asile territorial (extradition) d'une part, et l'asile diplomatique d'autre part.

Dans le cas de l'extradition, le réfugié se trouve sur le territoire de l'Etat de refuge. Une décision relative à l'extradition implique seulement l'exercice normal de la souveraineté territoriale. Le réfugié se trouve en dehors du territoire de l'Etat où a été commis le délit et une décision de lui octroyer asile ne déroge nullement à la souveraineté de cet Etat.

Dans le cas de l'asile diplomatique, le réfugié se trouve sur le territoire de l'Etat dans lequel il a commis le délit. La décision d'octroyer l'asile diplomatique comporte une dérogation à la souveraineté de cet Etat. Elle soustrait le délinquant à la justice de celui-ci et constitue une intervention dans un domaine qui relève exclusivement de la compétence de l'Etat territorial. Une telle dérogation à la souveraineté territoriale ne saurait être admise, à moins que le fondement juridique n'en soit établi dans chaque cas particulier. »

En 1984, six fugitifs faisant l'objet d'ordonnances de placement en détention délivrées par les autorités sud-africaines cherchèrent refuge au consulat du Royaume-Uni à Durban. Par la suite, ils furent appelés « les six de Durban ». Le gouvernement britannique décida de ne pas les contraindre à partir mais de ne pas non plus intervenir en leur faveur auprès des autorités sud-africaines. Les « six de Durban » furent avertis

qu'ils ne pourraient pas rester indéfiniment, et finirent par quitter le consulat. Cinq d'entre eux furent immédiatement arrêtés et accusés de haute trahison, crime passible de la peine de mort. Un article de Susanne Riveles paru dans le volume 11 de *Human Rights Quarterly* (1989) a été porté à notre attention. On y trouve les considérations suivantes :

« Il n'existe pas d'accord international jouissant d'une acceptation universelle qui garantirait une réponse uniforme des Etats en matière d'octroi du refuge dans une mission en cas d'urgence. La plupart des pays, à l'exception de ceux d'Amérique latine, refusent purement et simplement l'asile diplomatique, estimant qu'il porte atteinte à la souveraineté de l'Etat.

Certains pays accordent une reconnaissance limitée à cette pratique, et permettent au cas par cas à des personnes menacées dans leur vie ou leur intégrité physique de rester « temporairement en sécurité ». Il convient de noter qu'un Etat a le droit d'accorder un refuge temporaire aux individus ou aux groupes absolument désespérés, confrontés dans leur pays à des mesures répressives dramatiques. En outre, on devrait considérer qu'il s'agit là d'un droit fondamental pouvant être invoqué par ceux qui fuient la persécution fondée sur la race, la religion, la nationalité ou les opinions politiques dans une situation d'urgence et de violences. »

Raisonnement

Nous avons conclu que, si l'on applique à l'asile diplomatique le raisonnement retenu dans l'affaire *Soering*, la Convention ne peut imposer l'obligation d'offrir un refuge que lorsque cette démarche est compatible avec le droit international public. Lorsqu'un fugitif est exposé à un danger de mort ou d'atteinte à son intégrité physique du fait d'une situation anarchique, le fait de l'abriter n'emporte pas violation du droit international. Lorsque, en revanche, l'Etat accréditaire demande que le fugitif lui soit remis, la situation est très différente. Le principe de base est que les autorités de l'Etat accréditaire peuvent exiger la remise d'un fugitif sur lequel elles souhaitent exercer l'autorité qui découle de leur juridiction territoriale (voir l'article 55 de la Convention de Vienne de 1963). En présence d'une telle demande, la Convention [européenne des droits de l'homme] ne peut pas normalement imposer aux autorités diplomatiques de l'Etat accréditant de permettre au fugitif de demeurer dans l'enceinte diplomatique par méfiance à l'égard de l'Etat accréditaire. Toutefois, s'il est manifeste que l'Etat accréditaire a l'intention de soumettre le fugitif à un traitement tellement sévère qu'il constituerait un crime contre l'humanité, il est certain que le droit international permet aux responsables de l'Etat accréditant de faire tout ce qui est raisonnablement possible pour le protéger d'un tel traitement, y compris lui permettre de s'abriter dans l'enceinte diplomatique. En pareilles circonstances, on pourrait bien considérer que la Convention fait peser sur les Etats parties l'obligation d'accorder l'asile diplomatique.

Il peut exister un niveau de danger moindre qui justifierait l'affirmation d'une prérogative de droit international permettant d'octroyer l'asile diplomatique. En la matière, l'état du droit est flou. En droit australien, les appelants avaient échappé à une mesure de détention régulière prévue par la loi de 1958 sur les migrations. Dans ces circonstances, les autorités australiennes étaient fondées, en droit international, à exiger leur retour. Nous considérons que les responsables britanniques ne peuvent être tenus en vertu de la Convention et de la loi [de 1998] sur les droits de l'homme de refuser de remettre les intéressés aux autorités requérantes, à moins qu'un tel refus ne soit manifestement nécessaire pour les protéger du risque immédiat d'une atteinte grave à leur intégrité physique. »

E. Le Rapport explicatif du Protocole n° 13 à la Convention relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances

95. A sa réunion du 21 février 2002, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté le texte du Protocole n° 13 à la Convention et autorisé la publication du rapport explicatif suivant (notes de bas de page omises) :

« 1. Le droit à la vie, « attribut inaliénable de la personne humaine » et « valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme au plan international », est unanimement reconnu par les normes juridiques contraignantes universelles et régionales.

2. A l'époque de l'élaboration de ces normes internationales garantissant le droit à la vie, des exceptions ont été faites pour l'application de la peine de mort, lorsqu'elle est prononcée par un tribunal, au cas où le délit est puni de cette peine par la loi (voir par exemple l'article 2 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme (...)).

3. Depuis lors cependant, comme illustré ci-dessous, une évolution du droit interne et du droit international en faveur de l'abolition de la peine de mort s'est dessinée, tant en ce qui concerne l'abolition en général que pour des actes commis en temps de guerre en particulier.

4. Sur le plan européen, une étape décisive dans ce processus général a été franchie par l'adoption du Protocole n° 6 à la Convention en 1982. Ce protocole, qui a été à ce jour ratifié par la quasi-totalité des Etats parties à la Convention, a été le premier instrument juridiquement contraignant en Europe – et dans le monde – prévoyant l'abolition de la peine capitale en temps de paix, et n'autorisant aucune dérogation en cas d'urgence ni de réserves. Néanmoins, en vertu de l'article 2 dudit Protocole, « un Etat peut prévoir dans sa législation la peine de mort pour des actes commis en temps de guerre ou de danger imminent de guerre ». Cependant, selon le même article, cette possibilité a été limitée à l'application de la peine de mort dans les cas prévus par la loi et conformément à ses dispositions.

5. Par la suite, l'Assemblée parlementaire a instauré une pratique selon laquelle elle demande aux Etats qui souhaitent devenir membres du Conseil de l'Europe qu'ils s'engagent à appliquer un moratoire immédiat sur les exécutions, à supprimer la peine capitale de leur législation nationale, et à signer et ratifier le Protocole n° 6 à la Convention. L'Assemblée parlementaire a également exercé des pressions sur les pays qui n'ont pas respecté, ou ont risqué de ne pas respecter, les engagements qu'ils ont souscrits en adhérant au Conseil de l'Europe. Plus généralement, l'Assemblée a pris l'initiative en 1994 d'inviter tous les Etats membres qui ne l'avaient pas encore fait à signer et à ratifier sans délai le Protocole n° 6 [à la Convention] (Résolution 1044 (1994) relative à l'abolition de la peine capitale).

6. Cet objectif fondamental de l'abolition de la peine de mort a également été affirmé lors du Second Sommet des chefs d'Etat et de gouvernement des Etats membres du Conseil de l'Europe (Strasbourg, octobre 1997). Dans la déclaration finale du Sommet, les chefs d'Etat et de gouvernement ont appelé « à l'abolition universelle de la peine de mort et [ont] insist[é] sur le maintien, entre-temps, des moratoires existants sur les exécutions en Europe ». Le Comité des Ministres a pour sa part indiqué qu'il « partage la forte conviction de l'Assemblée parlementaire contre le recours à la peine de mort et sa ferme volonté de faire tout son possible afin de faire en sorte que les exécutions capitales cessent d'avoir lieu ». Le Comité des Ministres a par la suite adopté une Déclaration « Pour un espace européen sans peine de mort ».

7. Entre-temps, des développements pertinents ont eu lieu en la matière dans d'autres enceintes. En juin 1998, l'Union européenne a adopté des « Orientations pour une politique à l'égard des pays tiers en ce qui concerne la peine de mort », qui déclarent notamment son opposition à cette peine dans tous les cas. Dans le cadre des Nations unies, un Deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ayant pour objectif l'abolition de la peine de mort, a été adopté en 1989. Depuis quelques années, la Commission des droits de l'homme des Nations unies adopte régulièrement des résolutions exigeant l'établissement d'un moratoire sur les exécutions, dans la perspective de l'abolition complète de la peine de mort. Il convient enfin de noter que la peine capitale a été exclue des sanctions que la Cour pénale internationale et les Tribunaux pénaux internationaux pour l'Ex-Yougoslavie et pour le Rwanda peuvent infliger.

8. La question spécifique de l'abolition de la peine de mort pour des actes commis en temps de guerre ou de danger imminent de guerre doit être comprise dans le contexte plus large des développements susmentionnés relatifs à l'abolition de la peine de mort en général. Elle a été soulevée la première fois par l'Assemblée parlementaire dans sa Recommandation 1246 (1994), dans laquelle elle a recommandé que le Comité des Ministres élabore un nouveau protocole additionnel à la Convention, abolissant la peine de mort à la fois en temps de paix et en temps de guerre.

9. Alors que le Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH) était, à une large majorité, favorable à l'élaboration d'un tel protocole additionnel, le Comité des Ministres considérait à cette époque que la priorité politique était d'obtenir et maintenir un moratoire sur les exécutions, à consolider par la suite par l'abolition complète de la peine de mort.

10. Une étape significative a été franchie lors de la Conférence ministérielle européenne sur les droits de l'homme, qui s'est tenue à Rome les 3-4 novembre 2000, à l'occasion du 50^e anniversaire de la Cour européenne des droits de l'homme. La conférence s'est clairement prononcée en faveur de l'abolition de la peine de mort en temps de guerre. Dans la Résolution II adoptée par la conférence, il est instamment demandé aux quelques États membres qui n'ont pas encore procédé à l'abolition de la peine de mort ni à la ratification du Protocole n^o 6 [à la Convention], de ratifier ce Protocole dans les plus brefs délais et, dans l'intervalle, de respecter strictement les moratoires concernant les exécutions. Dans la même résolution, la conférence a invité le Comité des Ministres « à examiner la faisabilité d'un nouveau protocole additionnel à la Convention excluant la possibilité de maintenir la peine de mort pour les actes commis en temps de guerre ou de danger imminent de guerre » (paragraphe 14 de la Résolution II). La conférence a également invité les États membres qui connaissent encore la peine de mort pour de tels actes à envisager de l'abolir (*ibidem*).

11. A la lumière des textes récemment adoptés et dans le contexte de l'examen par le Comité des Ministres des suites à donner à la conférence de Rome, le gouvernement de la Suède a présenté une proposition pour un Protocole additionnel à la Convention lors de la 733^e réunion des Délégués des Ministres (7 décembre 2000). Le Protocole proposé visait l'abolition de la peine de mort en temps de guerre comme en temps de paix.

12. Lors de leur 736^e réunion (10-11 janvier 2001), les Délégués des Ministres ont donné mandat au CDDH « d'étudier la proposition suédoise de nouveau protocole à la Convention (...) et de soumettre son avis sur la faisabilité d'un nouveau protocole sur la question ».

13. Le CDDH et son Comité d'experts pour le développement des droits de l'homme (DH-DEV) ont élaboré le projet de protocole et son rapport explicatif au cours de l'année 2001. Le CDDH a transmis le projet de protocole et le rapport explicatif au Comité des Ministres le 8 novembre 2001. Ce dernier a adopté le texte du Protocole le 21 février 2002 lors de la 784^e réunion des Délégués des Ministres, et l'a ouvert à la signature des Etats membres, à Vilnius le 3 mai 2002. »

F. La Résolution 1560 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (« APCE »)

96. Le 26 juin 2007, l'APCE a adopté la Résolution 1560 sur l'« Engagement des Etats membres du Conseil de l'Europe à promouvoir au niveau international un moratoire sur la peine de mort » :

« 1. L'Assemblée parlementaire réaffirme sa forte opposition à la peine de mort en toutes circonstances. La peine de mort est l'ultime forme de châtement cruel, inhumain et dégradant ; elle viole le droit à la vie. L'Assemblée est fière d'avoir contribué activement à faire des Etats membres du Conseil de l'Europe une zone *de facto* sans peine de mort, et regrette vivement qu'un pays européen – le Bélarus – continue de procéder à des exécutions.

2. L'Assemblée a également pris une position ferme à plusieurs occasions contre des exécutions dans d'autres régions du monde, et en particulier dans les Etats observateurs du Conseil de l'Europe qui maintiennent la peine de mort, notamment le Japon et les Etats-Unis d'Amérique.

3. Elle note avec satisfaction que la peine de mort recule dans le monde : le nombre d'exécutions et de condamnations à mort a en effet baissé de 25 % entre 2005 et 2006.

4. Elle attire également l'attention sur le fait que plus de 90 % des exécutions connues en 2006 se sont produites dans seulement six pays : Chine, Iran, Pakistan, Irak, Soudan et Etats-Unis d'Amérique – un Etat observateur du Conseil de l'Europe. D'après les données publiques disponibles – le nombre d'exécutions pouvant donc être sous-estimé dans les pays où la liberté des médias n'existe pas et où le gouvernement n'est pas tenu de rendre compte –, la Chine représente à elle seule plus des deux tiers des exécutions réalisées dans le monde. Le nombre d'exécutions a presque doublé en Iran entre 2005 et 2006, et il a aussi considérablement augmenté en Irak en 2006, atteignant un total de 65 exécutions. Le nombre d'exécutions en Arabie saoudite, qui figurait parmi les plus élevés en 2005, a diminué en 2006 (39 exécutions), mais a augmenté de nouveau au début de 2007 (48 exécutions jusqu'au mois d'avril inclus).

5. Le petit groupe de pays qui ont encore largement recours aux exécutions devient de plus en plus isolé dans la communauté internationale. Entre 1977 et 2006, le nombre de pays abolitionnistes est passé de 16 à 89. Ce chiffre s'élève à 129 si l'on inclut les pays qui n'ont procédé à aucune exécution sur les dix dernières années ou plus, et qui peuvent par conséquent être considérés comme abolitionnistes en pratique. Il est temps aujourd'hui de donner un nouvel élan à la campagne en faveur d'un monde sans peine de mort.

6. En conséquence, l'Assemblée se réjouit vivement des efforts déployés par l'Italie à l'Assemblée générale des Nations unies en faveur d'un moratoire sur les exécutions, ainsi que du soutien apporté par l'Union européenne à cette initiative, et espère qu'il y

sera donné suite de manière à en garantir le meilleur succès possible au sein des Nations unies.

7. Un moratoire sur les exécutions ne constitue qu'un pas dans la bonne direction, le but ultime restant d'abolir complètement la peine de mort en toutes circonstances.

8. En attendant, un moratoire est une étape importante puisqu'il permet de sauver des vies immédiatement et de montrer au public des pays rétentionnistes que la fin des exécutions commanditées par l'Etat ne conduit pas à une recrudescence de la violence. Au contraire, un moratoire sur les exécutions peut modifier le climat social en favorisant un plus grand respect du caractère sacré de la vie humaine, et contribuer ainsi à inverser la tendance vers toujours plus de haine et de violence.

9. En outre, un moratoire universel sur la peine de mort est l'expression d'un acte politique concret et hautement symbolique qui pourrait contribuer à changer le climat international, trop souvent marqué par des actions violentes dont les victimes se trouvent au sein des populations civiles – ce qui ne se limite en aucun cas au seul contexte de conflits. Un moratoire universel sur la peine de mort représenterait également une contribution significative au développement d'un corps de principes et de règles partagé et opérationnel visant une plus grande prééminence du droit au niveau international.

10. L'Assemblée appelle tous les Etats membres et observateurs du Conseil de l'Europe à soutenir activement l'initiative pour l'abolition de la peine de mort à l'Assemblée générale des Nations unies et à utiliser au mieux leur influence afin de convaincre les pays qui n'ont pas encore décidé de coopérer. Dans ce contexte, elle accueille avec une grande satisfaction la résolution dans le même sens adoptée par le Parlement européen le 26 avril 2007 sur l'initiative en faveur d'un moratoire universel sur la peine de mort.

11. Réuni à Luxembourg le 18 juin 2007, le Conseil Affaires générales et relations extérieures (CAGRE) de l'Union européenne s'est, à l'unanimité, formellement engagé à déposer, à la prochaine session de l'Assemblée générale des Nations unies, une résolution demandant un moratoire sur les exécutions dans le monde entier.

12. L'Assemblée rappelle que même si 60 Etats ont à ce jour ratifié le Deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) adopté par l'Assemblée générale des Nations unies en 1989 pour promouvoir l'abolition universelle de la peine de mort, 10 Etats membres et observateurs du Conseil de l'Europe ne l'ont pas encore fait, à savoir l'Albanie, l'Arménie, la France, le Japon (observateur), la Lettonie, le Mexique (observateur), la Pologne (qui a signé le protocole mais ne l'a pas ratifié), la Fédération de Russie, l'Ukraine et les Etats-Unis d'Amérique (observateur). Le fait que les pays qui ont aboli *de facto* et *de jure* la peine de mort (Albanie, Arménie, France, Lettonie, Mexique (observateur), Pologne et Ukraine), ou qui conservent un moratoire (Fédération de Russie) ratifient le Deuxième Protocole facultatif au PIDCP constituerait un geste utile de soutien politique en faveur de l'abolition, et contribuerait à isoler davantage les pays qui sont toujours rétentionnistes.

13. Les propres instruments du Conseil de l'Europe contre la peine de mort ne sont toujours pas pleinement ratifiés. En particulier, le Protocole n° 6 à la Convention européenne des droits de l'homme concernant l'abolition de la peine de mort (STE n° 114) n'est pas encore ratifié par la Fédération de Russie, malgré l'engagement pris lors de son adhésion au Conseil de l'Europe en 1996. Le Protocole n° 13 à la Convention européenne des droits de l'homme sur l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances (STE n° 187), y compris en temps de guerre ou de danger

imminent de guerre, n'est toujours pas signé par l'Azerbaïdjan et la Fédération de Russie, et il n'a toujours pas été ratifié par l'Arménie, la France, l'Italie, la Lettonie, la Pologne et l'Espagne. Pour les besoins du message fort et unifié que se doit d'envoyer l'ensemble du Conseil de l'Europe, l'Assemblée appelle les pays concernés à signer et à ratifier ces instruments sans plus attendre.

14. L'Assemblée note dans ce contexte que la Chambre des députés de l'Italie a approuvé, le 2 mai 2007, en seconde lecture, le projet de loi constitutionnelle comprenant des amendements à l'article 27 de la Constitution portant sur l'abolition de la peine de mort ; ce projet de loi est actuellement en deuxième lecture au Sénat en vue de son adoption définitive selon la procédure de révision constitutionnelle en vigueur. Le projet de loi vise à supprimer les termes suivants de l'article 27, paragraphe 4 : « Sauf dans les cas prévus par les lois militaires en temps de guerre », effaçant ainsi toute référence à la peine de mort dans la Constitution italienne ; cela permettra la ratification du Protocole n° 13 à la Convention.

15. Par ailleurs, l'Assemblée rappelle l'avis qu'elle avait exprimé dans sa Recommandation 1760 (2006) sur la position de l'Assemblée parlementaire à l'égard des Etats membres et observateurs du Conseil de l'Europe n'ayant pas aboli la peine de mort, où elle estimait que la peine de mort devrait être abolie en Abkhazie, en Ossétie du Sud et en « république moldave de Transnistrie », et que les peines de tous ceux qui sont actuellement détenus dans les couloirs de la mort dans ces territoires devraient immédiatement être commuées en peines d'emprisonnement, de sorte qu'il soit mis fin au traitement cruel et inhumain de personnes retenues dans les couloirs de la mort depuis des années, dans l'incertitude quant à leur sort ultime.

16. L'Assemblée apporte son plein appui à la conférence de lancement d'une Journée européenne contre la peine de mort, qui se tiendra à Lisbonne le 9 octobre 2007. Elle compte sur tous les Etats membres du Conseil de l'Europe pour faire également preuve d'un soutien sans faille. L'Assemblée, qui a fait œuvre de pionnier en faveur de l'abolition de la peine de mort en Europe et au-delà, doit jouer un rôle central, y compris en participant à la rédaction de la déclaration conjointe, que son président devrait cosigner lors de la conférence de lancement. L'Assemblée contribuera volontiers à promouvoir et faire connaître cet événement, notamment en assurant la coordination des manifestations d'accompagnement organisées par les Parlements des Etats membres. »

G. Les affaires relatives à l'obligation pour un Etat détenteur de s'opposer à l'application de la peine de mort par l'Etat de destination après le transfert de l'individu se trouvant sous sa juridiction

97. Dans l'affaire Chitat Ng c. Canada (Communication n° 469/1991, UN doc. CCPR/C/49/D/469/1991, 7 janvier 1994), le Comité des droits de l'homme des Nations unies a conclu qu'en extradant M. Ng vers les Etats-Unis d'Amérique, où il risquait d'être exécuté, le Canada avait violé le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP). Au paragraphe 18, il a demandé à l'Etat partie

« de faire les démarches qui pourraient encore être entreprises pour éviter l'application de la peine de mort »
et l'a exhorté

« à veiller à ce qu'une situation analogue ne se reproduise pas à l'avenir ».

98. Dans l'affaire *Roger Judge c. Canada* (Communication n° 829/1998, UN doc. CCPR/C/78/D/829/1998, 20 octobre 2003), le Comité a conclu qu'en refoulant M. Roger Judge aux Etats-Unis d'Amérique, où il avait été condamné à mort, le Canada avait violé le PIDCP. Il a ajouté :

« 12. En vertu du paragraphe 3 a) de l'article 2 du Pacte, le Comité conclut que l'auteur a droit à un recours utile qui devrait consister à effectuer toutes les démarches possibles auprès de l'Etat dans lequel il a été renvoyé pour empêcher l'exécution de la peine de mort. »

99. Dans l'arrêt qu'elle a rendu le 11 octobre 2002 en l'affaire *Boumediene et autres*, la Chambre des droits de l'homme de Bosnie-Herzégovine a constaté plusieurs violations de la Convention du fait du transfert des auteurs du recours. Ceux-ci avaient été détenus en Bosnie-Herzégovine par les services de sécurité des Etats-Unis d'Amérique, qui les avaient ensuite transférés sur la base navale américaine établie à Guantánamo Bay. La Chambre des droits de l'homme a alors ordonné à la Bosnie-Herzégovine, notamment, de prendre toutes les mesures possibles pour empêcher que les auteurs du recours ne soient condamnés à mort et exécutés, y compris en s'efforçant d'obtenir des Etats-Unis d'Amérique par les voies diplomatiques l'assurance que les intéressés ne seraient pas soumis à la peine capitale.

EN DROIT

I. SUR LES VIOLATIONS ALLÉGUÉES DES ARTICLES 2 ET 3 DE LA CONVENTION ET DE L'ARTICLE 1 DU PROTOCOLE N° 13 À LA CONVENTION

100. Les requérants allèguent que leur remise au Tribunal spécial irakien (« TSI ») les expose à un risque réel de subir la peine de mort, en violation des articles 2 et 3 de la Convention et de l'article 1 du Protocole n° 13 de la Convention relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances. Le Gouvernement s'oppose à cette thèse.

L'article 2 § 1 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. »

L'article 3 est ainsi libellé :

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

Le Protocole n° 13 à la Convention commence ainsi :

Préambule

« Les Etats membres du Conseil de l'Europe, signataires du présent Protocole,

Convaincus que le droit de toute personne à la vie est une valeur fondamentale dans une société démocratique, et que l'abolition de la peine de mort est essentielle à la protection de ce droit et à la pleine reconnaissance de la dignité inhérente à tous les êtres humains ;

Souhaitant renforcer la protection du droit à la vie garanti par la Convention (...)

Notant que le Protocole n° 6 à la Convention concernant l'abolition de la peine de mort, signé à Strasbourg le 28 avril 1983, n'exclut pas la peine de mort pour des actes commis en temps de guerre ou de danger imminent de guerre ;

Résolus à faire le pas ultime afin d'abolir la peine de mort en toutes circonstances,

Sont convenus de ce qui suit : »

Article 1 – Abolition de la peine de mort

« La peine de mort est abolie. Nul ne peut être condamné à une telle peine ni exécuté. »

Article 2 – Interdiction de dérogations

« Aucune dérogation n'est autorisée aux dispositions du présent Protocole au titre de l'article 15 de la Convention. »

A. Thèses des parties

1. Les requérants

101. Les requérants font valoir que lorsqu'ils ont été remis aux autorités irakiennes, ils devaient répondre d'accusations de crimes de guerre, et que ces actes étaient passibles notamment de la peine de mort. Aujourd'hui, les procès devant le TSI auraient abouti à des condamnations dans 78,4 % des cas, dont 35 % de condamnations à mort. Malgré toute sa diligence et l'obtention d'une lettre de la famille de l'une des victimes demandant la clémence, le Gouvernement n'aurait pas été en mesure d'obtenir des autorités irakiennes, avant le transfert, l'assurance que la peine de mort ne serait pas imposée. Compte tenu des éléments connus, les requérants auraient alors couru le risque clair et réel d'être exécutés si le TSI les condamnait, fait que la *Divisional Court* et la Cour d'appel (*Court of Appeal*) auraient toutes deux admis.

102. Selon le raisonnement des requérants, l'article 2 de la Convention doit, conformément à l'article 30 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, être interprété à la lumière de l'article 1 du Protocole n° 13 à la Convention. Ainsi selon eux, pour les Etats qui ont ratifié ce Protocole, la dérogation prévue à la deuxième partie de la deuxième phrase du

paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention devrait être caduque, de sorte que l'adoption ou l'exécution d'une sentence de mort emporterait violation de l'article 2 et de l'article 1 du Protocole n° 13 à la Convention. On trouverait matière à retenir un tel raisonnement dans les arrêts *Soering c. Royaume-Uni* (7 juillet 1989, §§ 102-104, série A n° 161) et *Öcalan c. Turquie* ([GC], n° 46221/99, §§ 164-165, CEDH 2005-IV). De plus, la position européenne sur ce point aurait connu une évolution importante depuis l'arrêt *Öcalan* (précité), le Protocole n° 13 à la Convention étant désormais en vigueur dans plus de 85 % des Etats membres du Conseil de l'Europe. En outre, l'exécution par pendaison serait une méthode de mise à mort inefficace et extrêmement douloureuse, à tel point qu'elle constituerait un traitement inhumain et dégradant contraire à l'article 3 de la Convention.

103. En toute hypothèse, la Cour aurait dit dans l'arrêt *Öcalan* (*ibidem*, §§ 166-169) que le fait de prononcer la peine de mort à l'issue d'un procès n'ayant pas respecté « les normes d'équité les plus strictes et les plus rigoureuses (...) tant en première instance qu'en appel » emportait violation tant de l'article 2 que de l'article 3. Le Gouvernement aurait argué au cours de la procédure interne – et cet argument aurait emporté l'adhésion de la *Court of Appeal* – que, dans les affaires étrangères, ce seuil n'était franchi que lorsque la peine de mort était imposée à l'issue d'un procès manifestement inéquitable. Or cette conclusion ne trouverait pas d'appui dans la jurisprudence de la Cour. Dans *Bader et Kanbor c. Suède* (n° 13284/04, § 47, CEDH 2005-XI), la Cour aurait mentionné également le risque d'imposition de la peine de mort à l'issue d'un procès inéquitable. Dans la mesure où ce serait sur cette décision que le Gouvernement appuie sa thèse, il conviendrait de noter qu'elle est contradictoire avec le raisonnement retenu par la Grande Chambre dans l'affaire *Öcalan* (précitée).

104. Rien en droit interne irakien ni en droit international n'aurait imposé que les affaires des requérants soient déférées devant les juridictions pénales irakiennes ni que les intéressés soient requalifiés en détenus pénaux. Les lois et règlements applicables en Irak, qu'ils aient été adoptés par l'Autorité provisoire de la coalition (APC) ou par le gouvernement irakien, ne pourraient déterminer l'issue de questions soulevées devant la Cour relativement aux obligations du Royaume-Uni au titre de la Convention. En tout état de cause, le mémorandum n° 3 de l'APC (version révisée) serait expressément limité aux personnes placées en détention après le mois de juin 2004 et « non considérées comme des individus internés pour raisons de sécurité », tandis que les requérants auraient été placés en détention avant cette date et auraient toujours été considérés comme des individus internés pour raisons de sécurité.

105. De plus, rien n'indiquerait que les autorités irakiennes aient le moins du monde demandé le renvoi de l'affaire des requérants devant leurs propres juridictions. Les intéressés seraient accusés d'avoir été des agents

de l'ancien régime irakien et d'avoir tué des agents de l'Etat britannique trois jours après le début des hostilités actives entre l'Irak et le Royaume-Uni ; or ces faits seraient constitutifs d'une infraction internationale, tout aussi contraire au droit britannique qu'au droit irakien. Ce serait le Royaume-Uni, et non l'Irak, qui aurait détenu les requérants, enquêté sur leurs infractions alléguées, puis demandé leur mise en accusation. Les procès-verbaux des réunions du Comité divisionnaire de réexamen des mesures d'internement (DIRC, paragraphe 44 ci-dessus) indiqueraient que les autorités irakiennes n'ont accepté l'affaire qu'à la suite de mesures de persuasion et d'assistance considérables de la part des autorités du Royaume-Uni. L'argument répété du Gouvernement selon lequel la décision de détener et de poursuivre les requérants devant les juridictions territoriales est le fait du libre exercice de la souveraineté irakienne, dans lequel il ne pourrait envisager de s'immiscer, serait insoutenable au vu de la teneur des procès-verbaux du DIRC. Les observations du Gouvernement seraient axées sur l'obligation que lui fait le droit international de respecter la souveraineté irakienne mais passeraient sous silence la souveraineté britannique. De même, le Gouvernement s'appuierait constamment sur les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité des Nations unies, mais omettrait de mentionner qu'il y est expressément indiqué que les Etats concernés sont tenus de respecter leurs obligations internationales, y compris celles qui découlent du droit humanitaire et du droit des droits de l'homme. L'instruction militaire commune (*Joint Doctrine Publication*) sur les détenus du ministère de la Défense britannique (paragraphe 92 ci-dessus) reconnaît également que les détenus des forces armées du Royaume-Uni à l'étranger ne doivent pas être remis aux autorités de l'Etat territorial lorsqu'il y a des raisons de penser que cela les exposerait à des violations des droits de l'homme. Les procès-verbaux du DIRC montreraient que la décision de renvoyer l'affaire a été autorisée en haut lieu et que les autorités britanniques étaient alors pleinement conscientes du risque que les requérants soient soumis à la peine de mort.

106. Le Gouvernement n'aurait pas non plus établi que, à supposer qu'il ait été obligé en droit irakien ou international de remettre les requérants à la juridiction irakienne, cette obligation ait nécessité de ne pas appliquer la Convention. Les juridictions nationales auraient suivi le raisonnement retenu par la *Court of Appeal* dans l'affaire *R(B) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* (paragraphe 94 ci-dessus), mais rien dans la jurisprudence de la Cour ne montrerait que ce raisonnement est correct. L'argument du Gouvernement selon lequel ses autres obligations internationales auraient pour effet d'anéantir totalement ses obligations au titre de la Convention serait même incompatible avec l'arrêt *Soering* (précité). La Cour devrait certes interpréter la Convention de manière qu'elle se concilie autant que possible avec les autres obligations internationales, mais il lui faudrait ce faisant tenir compte du caractère

spécial de cet instrument en tant que traité de protection des droits de l'homme. L'*opinio juris* et la pratique des Etats feraient clairement apparaître que, si la peine de mort n'est pas contraire aux normes universelles du droit international coutumier, le droit international coutumier régional interdit aux Etats européens d'exposer quiconque à la peine de mort. Ainsi, outre son obligation au regard de la Convention, le Royaume-Uni serait tenu par une obligation de droit international coutumier de ne pas exposer les requérants au risque de subir la peine de mort ; et la Cour devrait également en tenir compte au moment d'interpréter les obligations de l'Etat défendeur en vertu de la Convention en l'espèce.

107. Les requérants arguent que, s'ils n'avaient pas été déferés devant les tribunaux irakiens et requalifiés en détenus pénaux, ils auraient conservé le statut d'individus internés pour raisons de sécurité ; et à ce titre, ils n'auraient pu rester internés que tant qu'ils représentaient une menace impérieuse pour la sécurité, et ils auraient dû être relâchés dès que l'on aurait estimé qu'ils ne constituaient plus une menace. Selon eux, le Royaume-Uni a ainsi relâché de nombreux individus internés pour raisons de sécurité : il ressortirait des procès-verbaux du DIRC que 69 internés ont été libérés du centre où les requérants ont été détenus entre avril et octobre 2007, et les statistiques publiées sur le site web du ministère de la Défense indiqueraient qu'au total, 162 internés ont été remis en liberté en 2007. Par ailleurs, il aurait été loisible aux autorités britanniques de poursuivre les requérants pour crimes de guerre : l'article 70 de la Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (« la quatrième Convention de Genève », paragraphe 90 ci-dessus) aurait permis l'ouverture d'une telle procédure pendant la période de l'occupation ; et, même après la cessation de l'occupation en juin 2004, le Royaume-Uni aurait continué d'exercer une juridiction universelle sur les crimes de guerre allégués, en vertu de l'article 1 de la loi de 1957 sur les Conventions de Genève (paragraphe 91 ci-dessus). En outre, le mémorandum d'accord relatif aux suspects d'infractions pénales du 8 novembre 2004 (paragraphe 25 ci-dessus) prévoirait expressément le droit pour le Royaume-Uni de détenir des individus en vue de les juger pour crimes de guerre : en vertu de l'article 3 § 4 a) i), pour tout suspect d'infractions pénales transféré aux autorités irakiennes par le Royaume-Uni, l'Irak devrait avertir le Royaume-Uni avant de relâcher quiconque et faire droit à toute demande du Royaume-Uni visant à reprendre la garde de l'intéressé si celui-ci est « recherché par un Etat ayant des troupes dans la force multinationale aux fins de poursuites pour violation des lois et coutumes de la guerre ». Tout argument selon lequel le Royaume-Uni n'a plus aucun pouvoir de détenir ou de juger des individus soupçonnés de crimes de guerre irait donc à l'encontre de l'accord conclu avec l'Irak. Selon les requérants, un procès pour crimes de guerre aurait pu se tenir dans une base britannique en Irak, dans un Etat tiers neutre ou même au

Royaume-Uni, mais il ne semble pas que cette solution permettant de concilier la volonté de les poursuivre et la nécessité de protéger les droits de l'homme ait été envisagée, ni qu'il ait été tenté de négocier une telle issue avec les autorités irakiennes.

2. *Le Gouvernement*

108. Le Gouvernement soutient qu'à la date du transfert, il n'y avait pas de motifs sérieux de penser que les requérants seraient exposés à la peine de mort s'ils étaient condamnés. S'il est vrai que le droit irakien prévoit la peine capitale pour les infractions telles que celle dont étaient accusés les requérants, il n'y aurait pas de présomption en ce sens. A l'issue de procès plus récents devant le TSI, comme ceux du soulèvement de 1991, des prières du vendredi ou des marchands, qui auraient tous concerné des accusations extrêmement graves de crimes contre le peuple irakien, seuls six des vingt-sept condamnés se seraient vu infliger la peine de mort. De plus, en l'espèce, les proches de l'un des soldats tués auraient envoyé une lettre demandant la clémence, et les autorités britanniques auraient fait part au président du TSI et aux autorités irakiennes de leur opposition à la peine de mort (paragraphe 27-35 et 50-54 ci-dessus).

109. De surcroît, même si la Cour devait juger que les requérants couraient un risque réel d'être exécutés après avoir été condamnés par le TSI, le critère pertinent dans le cadre des articles 2 et 3 de la Convention serait, selon le Gouvernement, celui énoncé dans l'arrêt *Bader et Kanbor* (précité), à savoir le risque que l'individu subisse dans l'Etat de destination une violation flagrante du droit à un procès équitable, susceptible d'aboutir à l'imposition de la peine de mort. Or, en l'espèce, les éléments connus auraient indiqué, comme l'ont jugé les juridictions internes, que les requérants bénéficieraient d'un procès équitable devant le TSI.

110. Le Gouvernement serait opposé à la peine capitale, et le Royaume-Uni serait lié par l'interdiction de la peine de mort énoncée à l'article 1 du Protocole n° 13 à la Convention. Les autorités britanniques auraient fait part aux autorités irakiennes de leur préoccupation face au rétablissement de la peine de mort (paragraphe 27-35 ci-dessus). Néanmoins, ni la possibilité de prononcer une telle sanction en droit irakien ni le fait que les tribunaux en fassent application ne seraient contraires au droit international. L'exécution par pendaison ne constituerait pas non plus, en elle-même, un traitement occasionnant une souffrance supplémentaire qui dépasserait celle inhérente à l'exécution de la peine capitale et tomberait ainsi sous le coup de l'article 3 de la Convention. Dans ces circonstances, tout risque d'imposition de la peine capitale ne justifierait pas que le Royaume-Uni refuse de se conformer à son obligation de droit international de remettre aux juridictions irakiennes aux fins de jugement les nationaux irakiens qu'il détient à leur demande. La Convention devrait s'interpréter à la lumière des autres principes du droit international et de manière à se

concilier avec ces principes ; et le principe de droit international pertinent en l'espèce serait absolument fondamental, puisqu'il s'agirait de l'obligation pour tous les Etats de reconnaître la souveraineté des autres Etats.

111. La Cour devrait tenir compte des limites à l'exercice de la juridiction des Etats contractants généralement acceptées par la communauté des nations dès lors que ceux-ci agissent sur le territoire d'un Etat tiers. Dès les premiers stades de l'occupation, le Conseil de sécurité des Nations unies aurait souhaité maintenir la souveraineté de l'Irak et appelé de ses vœux la mise en place d'un gouvernement irakien ; cela ressortirait clairement, par exemple, de la résolution 1483 du 22 mai 2003 (paragraphe 14 ci-dessus). Le droit international limiterait la marge d'action des occupants en matière de pouvoir d'internement. En vertu de l'article 78 de la quatrième Convention de Genève (paragraphe 90 ci-dessus), qui serait d'application directe pendant la période d'occupation, l'internement ne serait possible que lorsqu'il est rendu nécessaire par d'impérieuses raisons de sécurité. Cette restriction se retrouverait dans le droit interne applicable, à savoir l'article 7 § 1 du mémorandum n° 3 de l'APC en date du 18 juin 2003 (paragraphe 13 ci-dessus). L'obligation de respecter la souveraineté de l'Irak, la nécessité qu'il soit gouverné par les Irakiens et le caractère limité des pouvoirs des pays tiers sur place seraient encore plus évidents à la lecture des résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies postérieures à l'occupation, par exemple la résolution 1546 (paragraphe 19 ci-dessus). Du fait de la souveraineté irakienne, le Royaume-Uni ne pourrait interner ni détenir de ressortissants irakiens sur le territoire irakien qu'avec l'autorisation de l'Irak ou en vertu d'un mandat conféré par une résolution contraignante du Conseil de sécurité des Nations unies. L'ordonnance n° 48 de l'APC, adoptée pour donner suite à la résolution 1483 du Conseil de sécurité, aurait prévu la création du TSI précisément pour que les autorités judiciaires irakiennes puissent enquêter sur les crimes de guerre commis en Irak et juger les ressortissants irakiens accusés de tels crimes. Une fois informées des éléments pesant à la charge des requérants, les autorités irakiennes auraient souhaité enquêter sur les faits et juger les intéressés. A cette fin, elles auraient délivré des mandats d'arrêt et le TSI aurait demandé à plusieurs reprises que les requérants lui soient remis.

112. Le Royaume-Uni n'aurait pas eu d'autre choix que de transférer les requérants. Il aurait agi dans un Etat étranger souverain qui exigeait la remise des intéressés. Au 31 décembre 2008 à minuit, il n'aurait plus eu la moindre base légale pour les détenir ni la moindre possibilité matérielle de les garder ou d'empêcher les autorités irakiennes d'entrer dans la base et de les y prendre. Les autres solutions n'auraient pas été plus réalisables. Le Royaume-Uni n'aurait pu libérer les requérants sans violer la souveraineté irakienne et empêcher les autorités territoriales de s'acquitter de leur obligation de droit international consistant à traduire en justice les personnes accusées de crimes de guerre. Il n'aurait pas non plus été possible de juger

les intéressés au Royaume-Uni, car cette solution aurait nécessité de faire sortir de l'Irak deux de ses ressortissants soupçonnés d'y avoir commis des crimes de guerre, ce que les autorités britanniques n'auraient pu faire sans violer la souveraineté du pays, à moins d'y avoir été autorisées par celui-ci. De même, une extradition aurait nécessité le consentement des autorités irakiennes. Pour ces raisons, cette affaire se distinguerait clairement d'autres telles que les affaires *Soering* (précitée) ou l'affaire *Chahal c. Royaume-Uni* ([GC], 15 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V), où les requérants souhaitaient rester sur le territoire de l'Etat contractant, qui avait toute latitude pour accepter ou refuser de les extradier ou de les refouler.

3. *Les tiers intervenants*

113. La Commission pour l'égalité et les droits de l'homme estime qu'il existe dans la jurisprudence de la Cour une corrélation entre les obligations de l'Etat en droit international et ses obligations matérielles au regard de la Convention. De manière générale, la Cour ne considérerait pas que les obligations matérielles imposées par la Convention s'effacent face à une obligation concurrente ou contraire de droit international. La grande chambre de la Cour de justice des Communautés européennes aurait récemment retenu une approche semblable dans l'affaire *Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission* (Affaires jointes C-402/05 P et C-415/05 P).

114. De même, les tiers intervenants (paragraphe 6 ci-dessus) considèrent que, conformément aux principes et à la jurisprudence dégagés par les organes de la Convention ainsi qu'aux principes généraux du droit international coutumier énoncés dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, les obligations imposées par la Convention européenne des droits de l'homme ne sont pas levées de manière générale par les autres obligations juridiques internationales, notamment celles découlant de traités bilatéraux. Les facteurs essentiels à prendre compte pour résoudre un conflit apparent d'obligations seraient les suivants : 1) la forme de l'instrument juridique concerné ; 2) le degré de compatibilité de l'obligation supposément conflictuelle avec la Convention – par exemple, dans le cas d'un traité prévoyant un transfert de compétences, le point de savoir s'il offre une protection équivalente aux droits garantis par la Convention ; et 3) la nature des droits garantis par la Convention en jeu en l'espèce. La Convention serait un traité multilatéral énonçant des obligations de protection des droits de l'homme opposables *erga omnes*. Un Etat passant avec un Etat non partie à la Convention un accord conflictuel avec celle-ci resterait tenu par ses obligations juridiques à l'égard des autres Etats parties à la Convention. La jurisprudence des organes de la Convention, notamment dans les affaires d'extradition, affirmerait que les autres traités ne lèvent pas les obligations posées par cet instrument. Dans une série d'affaires, la Cour aurait examiné des traités prévoyant un transfert de compétences au

bénéfice d'organisations internationales et conclu que pareils transferts étaient généralement recevables, sous réserve que les droits garantis par la Convention continuent d'être assurés d'une manière offrant une protection au moins équivalente à celle de la Convention. Selon les tiers intervenants, des principes analogues devraient s'appliquer lorsqu'une obligation internationale ultérieure d'un Etat contractant, qu'elle soit issue d'un traité ou d'une autre source, prévoit une activité conjointe ou de coopération avec un autre Etat qui a des incidences sur la protection des droits garantis par la Convention dans la juridiction de l'Etat contractant.

B. Appréciation de la Cour

1. Principes généraux

a) Le Protocole n° 13 à la Convention et l'abolition de la peine de mort

115. La Cour prend pour point de départ la nature du droit de ne pas être soumis à la peine de mort. Dans les exécutions judiciaires, les autorités de l'Etat prennent délibérément et de manière préméditée la vie d'un être humain. Quelle que soit la méthode utilisée, l'extinction d'une vie fait intervenir un certain degré de douleur physique. De plus, le fait pour le condamné de savoir que l'Etat va lui donner la mort doit inévitablement susciter chez lui une intense souffrance psychique. Les Etats membres du Conseil de l'Europe ont reconnu que l'imposition et l'exécution de la peine de mort est une négation des droits humains fondamentaux. Dans le préambule du Protocole n° 13 à la Convention, les Etats contractants se sont dits « convaincus que le droit de toute personne à la vie est une valeur fondamentale dans une société démocratique, et que l'abolition de la peine de mort est essentielle à la protection de ce droit et à la pleine reconnaissance de la dignité inhérente à tous les êtres humains ».

116. Lorsque la Convention a été rédigée, il y a soixante ans, la peine de mort n'était pas considérée comme contraire aux normes internationales. Il a donc été prévu une exception au droit à la vie, de sorte que l'article 2 § 1 énonce que « 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 ». Cependant, comme indiqué dans le rapport explicatif du Protocole n° 13 à la Convention, il y a eu par la suite une évolution vers l'abolition complète *de facto* et *de jure* de la peine de mort dans les Etats membres du Conseil de l'Europe (paragraphe 95 ci-dessus, voir également le paragraphe 96 ci-dessus). Le Protocole n° 6 à la Convention concernant l'abolition de la peine de mort, qui abolit la peine de mort sauf pour les « actes commis en temps de guerre ou de danger imminent de guerre », a été ouvert à la signature le 28 avril 1983 et est entré en vigueur le 1^{er} mars 1985. A la suite de l'ouverture à la signature du Protocole n° 6 à la Convention, l'Assemblée parlementaire du Conseil de

l'Europe a établi une pratique en vertu de laquelle les Etats souhaitant rejoindre le Conseil de l'Europe devaient s'engager à appliquer un moratoire immédiat sur les exécutions, à supprimer la peine de mort de leur législation nationale, et à signer et ratifier le Protocole n° 6. Tous les Etats membres du Conseil de l'Europe ont aujourd'hui signé ce protocole, et tous sauf la Russie l'ont ratifié.

117. En octobre 1997, les chefs d'Etat et de gouvernement des Etats membres du Conseil de l'Europe ont appelé à l'« abolition universelle de la peine de mort » (paragraphe 95 ci-dessus). Dans la Résolution II adoptée à la Conférence ministérielle européenne sur les droits de l'homme qui s'est tenue les 3 et 4 novembre 2000, le Comité des Ministres a été invité « à examiner la faisabilité d'un nouveau protocole additionnel à la Convention excluant la possibilité de maintenir la peine de mort pour les actes commis en temps de guerre ou de danger imminent de guerre ». Le Protocole n° 13 à la Convention, qui abolit la peine de mort en toutes circonstances, a été ouvert à la signature le 3 mai 2002 et est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2003. A la date de l'adoption du présent arrêt, il a été ratifié par quarante-deux Etats membres et signé mais non ratifié par trois autres (Arménie, Lettonie et Pologne). L'Azerbaïdjan et la Russie sont les seuls à ne pas l'avoir signé. Le Royaume-Uni, pour sa part, l'a signé le 3 mai 2002 et ratifié le 10 octobre 2003, de sorte qu'il est entré en vigueur à l'égard de cet Etat le 1^{er} février 2004.

118. La Cour considère que, pour les Etats liés par ce protocole, le droit de ne pas être soumis à la peine de mort garanti à l'article 1, qui n'admet aucune dérogation et s'applique en toutes circonstances, est, au même titre que les droits garantis par les articles 2 et 3 de la Convention, un droit fondamental, qui consacre l'une des valeurs essentielles des sociétés démocratiques qui composent le Conseil de l'Europe. A ce titre, il doit faire l'objet d'une interprétation stricte (voir, *mutatis mutandis*, *Soering*, précité, § 88, et *McCann et autres c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1995, § 147, série A n° 324).

b) L'effet de la signature et de la ratification du Protocole n° 13 à la Convention sur l'interprétation des articles 2 et 3 de la Convention

119. Dans l'arrêt *Öcalan* (précité), la Cour a examiné le point de savoir si la pratique des Etats contractants pouvait passer pour témoigner de leur accord pour abroger l'exception prévue par le paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention, qui autorise la peine capitale dans certaines conditions. Se référant au paragraphe 103 de l'arrêt *Soering* (précité), elle a dit que s'il fallait interpréter l'article 2 comme autorisant la peine capitale, il ne serait pas possible d'affirmer que l'article 3 inclut une interdiction générale de la peine de mort, car le libellé clair du paragraphe 1 de l'article 2 s'en trouverait réduit à néant. Sur ce point, dans l'arrêt *Öcalan* (précité, § 163) la

Grande Chambre a souscrit à l'avis de la chambre, qui avait tenu le raisonnement suivant :

« (...) La Cour rappelle qu'il ne faut pas perdre de vue le caractère spécifique de traité de garantie collective des droits de l'homme que revêt la Convention, et que celle-ci ne saurait s'interpréter dans le vide. Elle doit autant que faire se peut s'interpréter de manière à se concilier avec les autres règles de droit international dont elle fait partie intégrante (voir, *mutatis mutandis*, *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, § 55, CEDH 2001-XI, et *Loizidou c. Turquie*, 18 décembre 1996, § 43, *Recueil* 1996-VI). La Cour doit cependant se pencher d'abord sur les questions d'interprétation et d'application des dispositions de la Convention soulevées en l'espèce.

(...) Elle rappelle qu'elle a admis dans l'affaire *Soering* qu'une pratique établie au sein des Etats membres pourrait donner lieu à une modification de la Convention. Dans cette affaire, la Cour a jugé qu'une pratique ultérieure en matière de politique pénale nationale, sous la forme d'une abolition généralisée de la peine capitale, pourrait témoigner de l'accord des Etats contractants pour abroger l'exception ménagée par le paragraphe 1 de l'article 2, donc pour supprimer une limitation explicite aux perspectives d'interprétation évolutive de l'article 3 (*ibidem*, § 103). Elle a toutefois estimé que le Protocole n° 6 montrait que les Parties contractantes, pour instaurer l'obligation d'abolir la peine capitale en temps de paix, avaient voulu agir par voie d'amendement, selon la méthode habituelle, et, qui plus est, au moyen d'un instrument facultatif laissant à chaque Etat le choix du moment où il assumerait pareil engagement. La Cour a donc conclu que l'article 3 ne saurait s'interpréter comme prohibant en principe la peine de mort (*ibidem*, §§ 103-104).

(...) Le requérant conteste le point de vue adopté par la Cour dans l'arrêt *Soering*. A titre principal, il prétend que ce raisonnement est vicié puisque le Protocole n° 6 ne représente qu'un des moyens par lesquels la pratique des Etats peut être mesurée et qu'il est avéré que l'ensemble des Etats membres du Conseil de l'Europe ont, *de facto* ou *de jure*, totalement aboli la peine de mort pour tous les délits et en toutes circonstances. Il soutient que d'un point de vue doctrinal, rien ne s'oppose à ce que les Etats abolissent la peine de mort à la fois en suivant une pratique abrogative du droit d'invoquer la seconde phrase du paragraphe 1 de l'article 2 et en reconnaissant formellement ce processus par la ratification du Protocole n° 6.

(...) La Cour rappelle que la Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles, et que le niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales implique, parallèlement et inéluctablement, une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques (*Selmouni c. France* [GC], n° 25803/94, § 101, CEDH 1999-V).

(...) Elle réaffirme que, pour déterminer s'il faut considérer un traitement ou une peine donnés comme inhumains ou dégradants aux fins de l'article 3, elle ne peut pas ne pas être influencée par l'évolution et les normes communément acceptées de la politique pénale des Etats membres du Conseil de l'Europe dans ce domaine (*Soering*, précité, § 102). En outre, les notions de traitements et peines inhumains et dégradants ont considérablement évolué depuis l'entrée en vigueur de la Convention en 1950 et, du reste, depuis l'arrêt que la Cour a rendu dans l'affaire *Soering* en 1989.

(...) De même, la Cour observe que le traitement juridique de la peine de mort a considérablement évolué depuis qu'elle s'est prononcée sur l'affaire *Soering*. D'une abolition de fait dans vingt-deux Etats contractants constatée dans cette affaire en

1989, on est passé à une abolition *de jure* dans quarante-trois des quarante-quatre Etats contractants – notamment, très récemment, dans l’Etat défendeur – et à un moratoire dans le dernier pays qui n’a pas encore aboli cette peine, à savoir la Russie. Cet abandon pratiquement total en Europe de la peine de mort en temps de paix se traduit par la signature du Protocole n° 6 par l’ensemble des Etats membres et par la ratification de ce Protocole par quarante et un d’entre eux, la Turquie, l’Arménie et la Russie exceptés. En témoigne également la politique du Conseil de l’Europe, qui exige des nouveaux Etats membres, comme condition préalable à leur admission dans l’Organisation, qu’ils s’engagent à abolir la peine capitale. Du fait de cette évolution, les territoires relevant de la juridiction des Etats membres du Conseil de l’Europe forment à présent une zone exempte de la peine de mort.

(...) Il est tout à fait possible de considérer que cette franche tendance traduit à présent un accord des Etats contractants pour abroger, ou du moins modifier, la deuxième phrase du paragraphe 1 de l’article 2, particulièrement lorsque l’on tient compte du fait que tous les Etats contractants ont déjà signé le Protocole n° 6 et que quarante et un d’entre eux l’ont ratifié. On peut se demander s’il est nécessaire d’attendre la ratification du Protocole n° 6 par les trois Etats membres restants pour conclure que l’exception relative à la peine de mort prévue au paragraphe 1 de l’article 2 a été substantiellement modifiée. Eu égard à la convergence de tous ces éléments, on peut dire que la peine de mort en temps de paix en est venue à être considérée comme une forme de sanction inacceptable (...) qui n’est plus autorisée par l’article 2. »

La Grande Chambre, ayant conclu à son tour que l’imposition de la peine de mort en temps de paix était devenue une forme de sanction inacceptable, s’est ensuite penchée dans l’arrêt *Öcalan* (précité) sur la question de la peine capitale en toutes circonstances :

« 164. La Cour rappelle qu’avec l’ouverture à la signature du Protocole n° 13 relatif à l’abolition de la peine de mort en toutes circonstances, les Etats contractants ont choisi de poursuivre leur politique d’abolition selon la méthode habituelle, c’est-à-dire par voie d’amendement du texte de la Convention. A la date du présent arrêt, trois Etats membres n’ont pas signé ce Protocole, et seize Etats ne l’ont pas encore ratifié. Cependant, ce pas ultime vers l’abolition totale de la peine de mort en toutes circonstances – c’est-à-dire aussi bien en temps de paix qu’en temps de guerre – peut être vu comme la confirmation de la tendance abolitionniste que les Etats contractants sont en train de mettre en pratique. Elle ne va pas nécessairement à l’encontre de la thèse selon laquelle l’article 2 a été amendé en tant qu’il autorise la peine de mort en temps de paix.

165. Pour le moment, le fait qu’il y a encore un nombre élevé d’Etats qui n’ont pas signé ou ratifié le Protocole n° 13 peut empêcher la Cour de constater que les Etats contractants ont une pratique établie de considérer l’exécution de la peine de mort comme un traitement inhumain et dégradant contraire à l’article 3 de la Convention, compte tenu du fait que cette dernière disposition n’admet aucune dérogation, même en temps de guerre. Toutefois, à l’instar de la chambre, la Grande Chambre juge inutile de parvenir à une conclusion définitive sur ces points puisque, pour les raisons suivantes, il serait contraire à la Convention, même si l’article 2 de celle-ci devait être interprété comme autorisant toujours la peine de mort, d’exécuter une telle peine à l’issue d’un procès inéquitable. »

120. On voit donc que dans l’affaire *Öcalan* (précitée), la Grande Chambre n’a pas exclu la possibilité que l’article 2 de la Convention se

trouve déjà modifié de telle manière qu'il ne ménage plus d'exception autorisant la peine de mort. De plus, comme indiqué ci-dessus, la situation a encore évolué depuis : tous les Etats membres sauf deux ont désormais signé le Protocole n° 13 à la Convention, et parmi les signataires, tous sauf trois l'ont ratifié. Ces chiffres, combinés à la pratique constante des Etats qui observent le moratoire sur la peine capitale, tendent fortement à démontrer que l'article 2 de la Convention interdit aujourd'hui la peine de mort en toutes circonstances. Dans ce contexte, la Cour estime que le libellé de la deuxième phrase du paragraphe 1 de l'article 2 n'interdit plus d'interpréter les mots « peine ou traitement inhumain ou dégradant » de l'article 3 comme s'appliquant à la peine de mort (*Soering*, précité, §§ 102-104).

121. En vertu de la jurisprudence constante de la Cour, un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité pour tomber sous le coup de l'article 3. L'appréciation de ce minimum dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques ou mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime. La Cour a jugé un traitement « inhumain » au motif notamment qu'il avait été appliqué avec préméditation pendant des heures et qu'il avait causé soit des lésions corporelles, soit de vives souffrances physiques ou mentales. Elle a par ailleurs considéré qu'un traitement était « dégradant » en ce qu'il était de nature à inspirer à ses victimes des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à les humilier et à les avilir. En recherchant si une peine ou un traitement est « dégradant » au sens de l'article 3, la Cour examinera si le but était d'humilier et de rabaisser l'intéressé et si, considérée dans ses effets, la mesure a ou non atteint la personnalité de celui-ci d'une manière incompatible avec l'article 3. L'absence d'un tel but ne saurait toutefois exclure de façon définitive un constat de violation de l'article 3. Pour qu'une peine ou le traitement dont elle s'accompagne puissent être qualifiés d'« inhumains » ou de « dégradants », la souffrance ou l'humiliation doivent en tout cas aller au-delà de celles que comporte inévitablement une forme donnée de traitement ou de peine légitimes (*A. et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 3455/05, § 127, CEDH 2009-II, avec les références qui s'y trouvent citées).

122. L'article 3, qui prohibe en termes absolus la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants, consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. Il ne prévoit pas de restrictions, et il ne souffre nulle dérogation d'après l'article 15 même en cas de danger public menaçant la vie de la nation. La prohibition de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants étant absolue, quels que soient les agissements de la personne concernée, la nature de l'infraction reprochée au requérant est dépourvue de pertinence pour l'examen sous l'angle de l'article 3 (*Saadi c. Italie* [GC], n° 37201/06, § 127, CEDH 2008-II).

c) La responsabilité de l'Etat au regard de la Convention pour l'imposition et l'exécution de la peine de mort dans un autre Etat

123. La Cour rappelle que l'expulsion par un Etat contractant peut soulever un problème au regard de l'article 3, et donc engager la responsabilité de l'Etat en cause au titre de la Convention, lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé, si on l'expulse vers le pays de destination, y courra un risque réel d'être soumis à un traitement contraire à l'article 3. Dans ce cas, l'article 3 implique l'obligation de ne pas expulser la personne en question vers ce pays (*ibidem*, précité, § 125). De même, l'article 2 de la Convention et l'article 1 du Protocole n° 13 à la Convention interdisent l'extradition et le refoulement vers un autre Etat 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 peine de mort (*Hakizimana c. Suède* (déc.), n° 37913/05, 27 mars 2008, et voir, *mutatis mutandis*, *Soering*, précité, § 111, *S.R. c. Suède* (déc.), n° 62806/00, 23 avril 2002, *Ismaili c. Allemagne* (déc.), n° 58128/00, 15 mars 2001, *Bader et Kanbor*, précité, § 42, et *Kaboulov c. Ukraine*, n° 41015/04, § 99, 19 novembre 2009).

124. Dans ce type d'affaires, la Cour est donc appelée à apprécier la situation dans le pays de destination à l'aune des exigences de ces articles. Pour autant, il ne s'agit pas de constater ou de prouver la responsabilité de ce pays en droit international général, en vertu de la Convention ou autrement. Dans la mesure où une responsabilité se trouve ou peut se trouver engagée sur le terrain de la Convention, c'est celle de l'Etat contractant, du chef d'un acte qui a pour résultat direct d'exposer quelqu'un à un risque de mauvais traitements prohibés (*Saadi*, précité, § 126).

125. Pour vérifier l'existence d'un risque de mauvais traitements, la Cour doit examiner les conséquences prévisibles du renvoi du requérant dans le pays de destination, compte tenu de la situation générale dans celui-ci et des circonstances propres au cas de l'intéressé (*ibidem*, § 130). Ce faisant, il lui faut se référer en priorité aux circonstances dont l'Etat en cause avait ou devait avoir connaissance au moment de l'expulsion (*ibidem*, § 133). Cependant, lorsque l'expulsion ou le transfert a déjà eu lieu au moment de l'examen de la Cour, rien ne l'empêche de tenir compte de renseignements ultérieurs (*Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, 30 octobre 1991, § 107-2), série A n° 215, *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* [GC], n°s 46827/99 et 46951/99, § 69, CEDH 2005-I, et voir, *mutatis mutandis*, *A. et autres*, précité, § 177).

d) La mesure dans laquelle des obligations internationales conflictuelles modifient la responsabilité au regard de la Convention

126. Le Gouvernement soutient que le droit international lui faisait obligation de remettre les requérants aux autorités irakiennes. A cet égard, la Cour rappelle que la Convention doit être interprétée à la lumière des

règles énoncées dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, dont l'article 31 § 3 c) indique qu'il faut tenir compte de « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ». D'une manière plus générale, la Cour rappelle que les principes qui sous-tendent la Convention ne peuvent s'interpréter et s'appliquer dans le vide. La Convention doit autant que faire se peut s'interpréter de manière à se concilier avec les autres règles de droit international, dont elle fait partie intégrante (*Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, § 55, CEDH 2001-XI, et *Banković et autres c. Belgique et autres* (déc.) [GC], n° 52207/99, §§ 55-57, CEDH 2001-XII). La Cour reconnaît aussi depuis longtemps l'importance de la coopération internationale (*Al-Adsani*, précité, § 54, et *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande* [GC], n° 45036/98, § 150, CEDH 2005-VI).

127. De plus, elle doit tenir compte du caractère singulier de la Convention, traité de garantie collective des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Son interprétation doit être guidée par le fait que l'objet et le but de la Convention, en tant qu'instrument de protection des êtres humains, appellent à comprendre et appliquer ses dispositions d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives (voir notamment *Soering*, précité, § 87, *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, § 72, série A n° 310, et *McCann et autres*, précité, § 146).

128. Il est admis que les Parties contractantes sont responsables au titre de l'article 1 de la Convention de tous les actes et omissions de leurs organes, qu'ils découlent du droit interne ou de la nécessité d'observer des obligations juridiques internationales. L'article 1 ne fait aucune distinction quant au type de normes ou de mesures en cause et ne soustrait aucune partie de la « juridiction » des Parties contractantes à l'empire de la Convention (*Bosphorus*, précité, § 153). L'Etat demeure responsable au regard de la Convention pour les engagements pris en vertu de traités postérieurement à l'entrée en vigueur de la Convention (*ibidem*, précité, § 154, avec les références qui s'y trouvent citées). Par exemple, dans l'affaire *Soering* (précitée), il a été jugé que l'obligation en vertu de l'article 3 de la Convention de ne pas remettre un fugitif à un autre Etat où il existe des motifs sérieux de penser qu'un danger de torture ou de peines ou de traitements inhumains ou dégradants menace l'intéressé l'emportait sur les obligations du Royaume-Uni en vertu du traité d'extradition qu'il avait conclu avec les Etats-Unis d'Amérique en 1972.

2. Application en l'espèce des principes susmentionnés

129. La Cour rappelle que le premier requérant fut arrêté par des soldats du contingent britannique de la force multinationale le 30 avril 2003, et le second requérant le 21 novembre 2003. Ils furent placés dans des centres administrés par le Royaume-Uni, en qualité d'individus internés pour raisons de sécurité. Peu de temps après, les autorités britanniques

commencèrent à enquêter sur leur participation au meurtre du sergent-chef Cullingworth et du sapeur Allsopp (paragraphe 40-43 ci-dessus).

130. Le 28 juin 2004, l'occupation de l'Irak prit fin. En août 2004, la peine de mort fut rétablie dans le code pénal irakien pour plusieurs infractions, dont le meurtre (paragraphe 23 ci-dessus).

131. Le 16 décembre 2005, les autorités britanniques déférèrent les affaires des requérants aux juridictions pénales irakiennes (paragraphe 45 ci-dessus). Le 18 mai 2006, le tribunal pénal de Bassora prononça une ordonnance autorisant leur maintien en détention par les forces britanniques, et, le 21 mai 2006, les autorités britanniques décidèrent de changer leur statut, de sorte qu'ils passèrent dans la catégorie des « détenus pénaux » (paragraphe 46 ci-dessus). A partir du 27 décembre 2007, le TSI demanda que les requérants lui soient remis pour répondre d'accusations relatives à des actes passibles de la peine de mort (paragraphe 48 ci-dessus). Le 31 décembre 2008, les autorités britanniques remirent les requérants à la police irakienne (paragraphe 80 ci-dessus).

132. Le procès des requérants devant le TSI commença le 11 mai 2009. Ils avaient à l'origine été accusés d'avoir tué les deux soldats britanniques alors qu'il était clair que ceux-ci s'étaient rendus. La peine maximale prévue pour cette infraction était la peine de mort. Le 21 juillet 2009, après la clôture des preuves, les charges retenues contre les requérants à l'origine furent retirées, et il y fut substitué une infraction non passible de la peine de mort. Une semaine plus tard, un autre chef d'accusation fut ajouté. Il concernait des actes qui auraient pu, en principe, être passibles de la peine capitale. En janvier 2010, la Cour de cassation décida de renvoyer l'affaire pour réouverture de l'enquête puis nouveau procès (paragraphe 82-89 ci-dessus).

133. La Cour note que la *Divisional Court* et la *Court of Appeal* ont conclu, peu avant la remise des requérants aux autorités irakiennes, qu'il avait été montré qu'existaient des motifs sérieux de penser que les intéressés couraient un risque réel d'être condamnés à mort et exécutés (paragraphe 60 et 70 ci-dessus). Pour parvenir à cette conclusion, elles ont tenu compte du fait que la peine de mort faisait partie des sanctions applicables aux infractions telles que celle dont les requérants étaient accusés, de ce que des éléments clairs démontraient que les personnes reconnues coupables de telles infractions étaient en pratique condamnées à mort, de ce que les autorités irakiennes n'avaient donné aucune assurance que la peine de mort ne serait pas imposée en l'espèce, et de ce que les autres éléments sur lesquels s'appuyait le Gouvernement, par exemple la lettre de la famille de l'une des victimes demandant la clémence, n'étaient pas suffisamment concluants ou certains pour écarter un tel risque.

134. La Cour, ayant examiné ces éléments, ne voit pas de raison de s'écarter des conclusions des juridictions nationales sur ce point. Elle observe en outre que, malgré la lettre supplémentaire communiquée au TSI

par le gouvernement britannique en juillet 2009, par laquelle la famille de l'autre soldat tué informait le tribunal qu'elle ne voulait pas non plus que la peine de mort soit prononcée (paragraphe 86 ci-dessus), les autorités irakiennes n'ont toujours pas donné la moindre assurance contraignante à cet égard. L'affaire des requérants a été récemment renvoyée pour réouverture de l'enquête puis nouveau procès, et il est impossible de prédire l'issue de la procédure. Dans ces conditions, la Cour estime que le risque que les requérants soient exécutés n'est pas entièrement écarté.

135. De plus, elle considère que, compte tenu de la nature des éléments et des allégations pesant contre les requérants, il y a depuis août 2004, date à laquelle la peine de mort a été rétablie en Irak, des motifs sérieux de penser qu'ils courraient un risque réel d'être condamnés à mort s'ils étaient jugés et reconnus coupables par un tribunal irakien. De fait, le procès-verbal de la réunion du DIRC du 27 juillet 2004 indique que le ministre de l'Intérieur britannique s'inquiétait déjà à cette date de la question de la peine de mort (paragraphe 44 ci-dessus). D'autres expressions de préoccupation apparaissent également dans les procès-verbaux du 31 août 2004, du 31 janvier 2005 et du 3 mai 2005.

136. Les requérants ont dû eux aussi avoir conscience de ce risque. La Cour considère que, au moins à partir de mai 2006, date à laquelle les juridictions pénales irakiennes se sont reconnues compétentes pour connaître de l'affaire, les requérants ont été soumis à la crainte justifiée d'être exécutés. On peut raisonnablement supposer que cette crainte a suscité chez eux une intense souffrance psychique, qui a dû être présente pendant tout le temps où ils ont formé devant les juridictions irakiennes des recours contre le renvoi de leur affaire devant le TSI (paragraphe 47 ci-dessus) ainsi que lorsque les juridictions internes britanniques ont refusé d'empêcher leur remise aux autorités irakiennes. Cette souffrance s'est sans nul doute aggravée vers le 31 décembre 2008, date à laquelle le risque est devenu plus concret, le transfert étant intervenu, et elle perdure certainement aujourd'hui encore.

137. Le Protocole n° 13 à la Convention est entré en vigueur à l'égard du Royaume-Uni le 1^{er} février 2004. La Cour considère que, à partir de cette date au moins, les obligations de l'Etat défendeur en vertu de l'article 2 de la Convention et de l'article 1 du Protocole n° 13 à la Convention lui commandaient de ne conclure aucun accord ou arrangement en vertu desquels il aurait dû détenir des individus pour les déférer devant un tribunal où ils seraient accusés d'actes passibles de la peine capitale, et de n'exposer d'aucune autre manière les personnes relevant de sa juridiction au risque réel d'être condamnées à mort et exécutées. Elle considère également que la peur justifiée des requérants d'être exécutés par les autorités irakiennes pendant la période allant de mai 2006 à juillet 2009 doit avoir suscité chez eux une souffrance morale importante et que le fait de les soumettre à

pareille souffrance a constitué un traitement inhumain au sens de l'article 3 de la Convention.

138. Le Gouvernement soutient qu'en vertu des principes bien établis du droit international, et compte tenu, d'une part, de la nécessité de respecter la souveraineté irakienne et, d'autre part, du fait que les requérants étaient des ressortissants irakiens détenus sur le territoire irakien, dont les juridictions irakiennes demandaient le transfert, il n'a pas eu d'autre choix que de procéder à ce transfert. A cet égard, la Cour renvoie à sa jurisprudence, résumée aux paragraphes 126 à 128 ci-dessus : il n'est pas loisible aux Etats contractants de conclure avec d'autres Etats des accords dont les dispositions sont en conflit avec leurs obligations au titre de la Convention. Ce principe est plus fort encore en l'espèce compte tenu de la nature absolue et fondamentale du droit de ne pas être soumis à la peine de mort et du préjudice grave et irréversible que risquent de subir les requérants.

139. Les juridictions internes se sont estimées liées par les principes du droit international relatifs à l'« asile diplomatique » tels qu'appliqués par la *Court of Appeal* dans l'affaire *R(B) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* (précitée, paragraphes 58, 72 et 94 ci-dessus) et ont cru devoir conclure que l'obligation d'offrir un refuge de manière extraterritoriale ne pouvait trouver à s'appliquer que lorsqu'il était manifeste que l'Etat territorial avait l'intention de soumettre l'intéressé à un traitement tellement sévère qu'il constituerait un crime contre l'humanité. Il n'est pas nécessaire ici que la Cour examine de manière générale les principes relatifs à l'« asile diplomatique » ni qu'elle détermine dans quelles conditions la remise d'un individu par les agents diplomatiques ou consulaires d'un Etat contractant serait éventuellement susceptible de donner lieu à une violation de la Convention. Elle se bornera à relever à ce sujet que dans sa décision sur la recevabilité de l'affaire *M. c. Danemark* (n° 17392/90, décision de la Commission du 14 octobre 1992, Décisions et rapports (DR) 73, p. 193), la Commission a manifestement considéré, sans toutefois développer à cet égard un raisonnement détaillé, que le principe de non-refoulement exposé dans l'affaire *Soering* (précitée) s'appliquerait si un individu demandait l'asile dans une ambassade d'un Etat contractant et se voyait opposer un refus.

140. En toute hypothèse, la Cour considère que les faits de la présente espèce se distinguent clairement d'une situation d'« asile diplomatique », et ce pour les motifs suivants. Les enceintes diplomatiques et consulaires ont un statut particulier en droit international : lorsqu'un Etat établit une mission diplomatique, il accepte de respecter les lois de l'Etat territorial et de ne pas s'immiscer dans les affaires intérieures de cet Etat (Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques, article 41 § 1, paragraphe 93 ci-dessus) ; c'est à cette condition notamment que l'Etat territorial consent à l'établissement de la mission. Ainsi, lorsqu'un individu cherche refuge dans une ambassade, les obligations de l'Etat accréditant

envers l'Etat accréditaire sont connues et s'appliquent *ab initio* (bien qu'il puisse exister d'autres obligations conflictuelles, par exemple en vertu de la Convention). En l'espèce, en revanche, les requérants n'ont pas choisi de chercher refuge auprès des autorités britanniques ; ce sont les forces armées de l'Etat défendeur qui, étant entrées en Irak, ont pris des mesures actives pour les faire entrer dans la juridiction du Royaume-Uni, en les arrêtant et en les détenant dans des centres gérés par les Britanniques (*Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni* (déc.), n° 61498/08, §§ 84-89, 30 juin 2009). Dans ces conditions, la Cour considère que l'Etat requérant était absolument tenu de veiller à ce que l'arrestation et la détention des intéressés n'aboutissent pas à une violation de leurs droits garantis par les articles 2 et 3 de la Convention et par l'article 1 du Protocole n° 13 à la Convention.

141. Par ailleurs, le Gouvernement n'a pas convaincu la Cour que, pour protéger les droits des requérants garantis par les articles 2 et 3 de la Convention et l'article 1 du Protocole n° 13 à la Convention, il lui aurait inévitablement fallu porter atteinte à la souveraineté irakienne. Malgré les préoccupations exprimées au niveau ministériel dès juillet 2004 quant au risque que les requérants soient condamnés à mort s'ils étaient jugés par les tribunaux irakiens (paragraphe 44 ci-dessus), il ne ressort pas des éléments communiqués à la Cour qu'il y ait eu de réelle tentative de négocier avec les autorités irakiennes pour éviter une telle issue. Selon les dépositions faites par M. Watkins devant la *Divisional Court* et la *Court of Appeal* (paragrapes 56 et 66 ci-dessus), le gouvernement britannique estimait vers la fin de l'année 2008 qu'il ne serait pas envisageable politiquement ne fût-ce que d'aborder avec le gouvernement irakien la question du transfert des requérants au Royaume-Uni ou de leur maintien aux mains des forces britanniques en Irak après le 31 décembre 2008. Or il ressort du procès-verbal de la réunion du DIRC du 28 septembre 2004 que les procureurs irakiens eux-mêmes « hésit[ai]ent à poursuivre, compte tenu du retentissement potentiel de l'affaire » (paragraphe 44 ci-dessus). Cela aurait pu être l'occasion de tenter d'obtenir le consentement du gouvernement irakien à une solution alternative dans laquelle, par exemple, les requérants auraient été jugés par un tribunal britannique, soit en Irak soit au Royaume-Uni. Il ne semble pas qu'une telle solution ait jamais été proposée.

142. Le Gouvernement admet de plus qu'il n'a jamais tenté, au cours des négociations du mémorandum d'accord relatif aux suspects d'infractions pénales de novembre 2004 ou à un autre moment, d'obtenir des autorités irakiennes l'assurance générale que, compte tenu des obligations auxquelles le Royaume-Uni était tenu par la Convention et le Protocole n° 13 à la Convention, aucun individu transféré de la garde des forces armées britanniques aux autorités irakiennes ne serait soumis à la peine de mort. De même, il ne prétend pas avoir demandé aux autorités irakiennes, avant de décider de déférer les requérants devant les juridictions territoriales,

l'assurance contraignante qu'en pareil cas les intéressés ne risqueraient pas la peine capitale. Il semblerait même que ce ne soit qu'après que les requérants eurent saisi la *Divisional Court* d'une demande de contrôle juridictionnel que les premières démarches visant à obtenir la clémence aient été entreprises. Quoi qu'il en soit, et comme l'ont relevé les juridictions internes, il n'a pas été obtenu de garantie contraignante.

143. En bref, la Cour considère qu'en l'absence d'une telle assurance, le Royaume-Uni n'a pas tenu dûment compte de ses obligations au titre des articles 2 et 3 de la Convention et de l'article 1 du Protocole n° 13 à la Convention lorsqu'il a déféré les affaires des requérants aux juridictions irakiennes et remis les intéressés aux autorités territoriales, étant donné que, pendant toute la période considérée, il existait des motifs sérieux de penser que ceux-ci seraient exposés à un risque réel d'être condamnés à mort et exécutés.

144. **Actuellement**, l'issue de la procédure des requérants devant le TSI demeure incertaine. S'ils restent exposés à un risque réel d'exécution, leur affaire ayant été renvoyée pour réouverture de l'enquête, on ne peut dire à ce jour s'ils seront rejugés pour des faits passibles de la peine de mort, reconnus coupables, condamnés à mort et exécutés. Quoi qu'il advienne, le fait est que les actions et l'inaction des autorités britanniques les ont soumis, au moins depuis mai 2006, à la crainte d'être exécutés par les autorités irakiennes. La Cour a déjà dit ci-dessus que le fait d'avoir causé chez eux une souffrance psychique de cette nature et de cette intensité constituait un traitement inhumain. Il s'ensuit qu'il y a eu violation de l'article 3 de la Convention.

145. Dans ces conditions, et au vu de ce qui précède, la Cour estime qu'il n'est pas nécessaire de trancher la question de savoir s'il y a eu également violation des droits des requérants garantis par l'article 2 de la Convention et l'article 1 du Protocole n° 13 à la Convention.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 DE LA CONVENTION

146. Les requérants allèguent que, lorsqu'ils ont été remis aux autorités irakiennes, il existait des motifs sérieux de penser que ce transfert les exposait au risque réel d'être soumis à un procès inéquitable devant le TSI, en violation de l'article 6 § 1 de la Convention. Cette disposition est ainsi libellée :

« 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. »

Le Gouvernement affirme qu'il n'y avait pas de risque de procès inéquitable.

A. Thèse des parties

147. Les requérants arguent que les procès menés devant le TSI font l'objet d'une critique fournie et persistante de la part de nombreuses organisations non gouvernementales et institutions internationales, qui estiment que ce tribunal n'est pas indépendant et que, de manière générale, il ne respecte pas dans les procès les normes internationales les plus élémentaires. Ils renvoient aux rapports du Centre international pour la justice transitionnelle (*Dujayl: Trial and Error?*, novembre 2006), du Groupe de travail sur la détention arbitraire du Conseil des droits de l'homme des Nations unies (Avis n° 31/2006 concernant le procès et la détention de Saddam Hussein) et de Human Rights Watch (*The Poisoned Chalice: A Human Rights Watch Briefing Paper on the Decision of the Iraqi High Tribunal in the Dujail Case*, juin 2007), ainsi qu'aux dépositions faites par les experts devant les juridictions internes (paragraphe 59 ci-dessus). En s'appuyant sur ces éléments, ils allèguent en particulier que le personnel du TSI et les témoins qui comparaissent devant lui sont exposés à de graves dangers, notamment celui d'être assassiné, et que les accusés ne bénéficient pas d'une défense efficace, du fait des risques encourus par leurs avocats. Selon eux, il n'existe pas de tradition d'indépendance judiciaire en Irak, et les juges du TSI font l'objet d'ingérences politiques continues, ce qui explique le taux de condamnation d'environ 80 % des accusés jugés par le TSI.

148. Le Gouvernement soutient qu'il n'y a pas de risque réel que les requérants soient soumis à un déni flagrant de justice. Il souscrit aux conclusions de la *Divisional Court* et de la *Court of Appeal*, qui ont selon lui adopté les bonnes décisions compte tenu des éléments nombreux et récents qui leur avaient été soumis.

B. Appréciation de la Cour

149. Dans l'arrêt *Mamatkoulou et Askarov* (précité, §§ 90-91), la Grande Chambre a confirmé le principe exposé dans l'arrêt *Soering* (précité, § 113), selon lequel une décision d'extradition pouvait exceptionnellement soulever un problème sur le terrain de l'article 6 au cas où le fugitif aurait subi ou risquerait de subir un déni de justice flagrant dans l'Etat requérant. De même que pour les affaires relatives à l'article 3, la Cour considère que, lorsque l'expulsion a déjà eu lieu, elle doit pour vérifier l'existence d'un risque de violation flagrante de l'article 6 se référer en priorité aux circonstances dont l'Etat contractant avait ou devait avoir connaissance au moment de l'expulsion, mais rien ne l'empêche de tenir compte de renseignements ultérieurs (paragraphe 125 ci-dessus).

150. En l'espèce, la Cour admet la conclusion des juridictions nationales selon laquelle, à la date du transfert, il n'était pas établi que les requérants

risqueraient un procès manifestement inéquitable devant le TSI. Maintenant que le procès a eu lieu, aucun des éléments dont elle a été saisie ne lui permet de mettre en doute cette appréciation. Partant, elle ne décèle pas de violation de l'article 6 de la Convention.

III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DES ARTICLES 13 ET 34 DE LA CONVENTION

151. Les requérants soutiennent qu'en les remettant aux autorités irakiennes, en violation de la mesure indiquée par la Cour en vertu de l'article 39 du règlement, l'Etat défendeur a manqué à ses obligations au titre de l'article 34 de la Convention, qui est ainsi libellé :

« La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses Protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit. »

De plus, compte tenu du fait qu'à l'époque, la Chambre des Lords n'avait pas encore eu l'occasion de statuer sur le recours, ce transfert aurait également emporté violation du droit à un recours effectif garanti par l'article 13 de la Convention, qui est ainsi libellé :

« Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la (...) Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles. »

Le Gouvernement rejette ces thèses.

A. Thèses des parties

1. Les requérants

152. Les requérants soutiennent que les conséquences de leur remise aux autorités irakiennes en violation de la mesure indiquée par la Cour en vertu de l'article 39 du règlement ont été on ne peut plus graves, tant en ce qui concerne leur droit de recours individuel que pour ce qui est de leur droit à un recours effectif. L'arrêt rendu par la Cour en l'affaire *Paladi c. Moldova* ([GC], n° 39806/05, § 92, 10 mars 2009) comme celui rendu par la Cour internationale de Justice (CIJ) en l'affaire *LaGrand* (arrêt du 27 juin 2001, CIJ Recueil 2001), sur lequel s'appuie le Gouvernement, montreraient clairement que l'obligation incombant à l'Etat consiste à faire tout ce qui est raisonnablement en son pouvoir pour respecter les mesures provisoires qui lui sont indiquées. Pourtant, le Gouvernement aurait reconnu qu'à aucun moment il n'avait tenté d'évoquer avec les autorités irakiennes la possibilité que les requérants soient détenus au centre britannique de Bassora pendant

les quelques semaines ou les quelques mois qu'il fallait pour résoudre les questions juridiques se posant dans cette affaire. En outre, le matin du 31 décembre 2008, il n'aurait informé ni la Cour ni les représentants des requérants qu'il n'avait pas l'intention de respecter la mesure indiquée en vertu de l'article 39 du règlement. La Cour, en particulier, n'aurait été informée qu'une fois le transfert réalisé.

153. Selon les requérants, le Gouvernement savait pertinemment que la Chambre des Lords ne travaillait pas pendant les fêtes de fin d'année et qu'ils ne pourraient pas la saisir d'un recours et d'une demande de mesure provisoire avant le 12 janvier 2009. En les transférant avant cette date, il aurait donc eu conscience qu'il portait atteinte à leur droit d'introduire un tel recours et, ainsi, à leur droit à un recours interne effectif.

2. *Le Gouvernement*

154. La Cour aurait déjà dit dans l'arrêt *Paladi* (précité) qu'il incombait au gouvernement défendeur de lui démontrer qu'il y avait eu un obstacle objectif qui l'avait empêché de se conformer à la mesure provisoire indiquée en vertu de l'article 39 du règlement. Selon le Gouvernement, l'existence d'un tel obstacle objectif devrait s'apprécier au cas par cas compte tenu des circonstances de droit et de fait. Comme la Cour l'aurait confirmé dans sa jurisprudence, la Convention devrait s'interpréter à la lumière des autres principes de droit international et de manière à se concilier avec eux. Il n'en irait pas différemment s'agissant de l'interprétation de l'article 34 de la Convention et de l'article 39 du règlement. De fait, le raisonnement sous-tendant la décision de la Cour dans l'affaire *Mamatkoulov et Askarov* (précitée) quant à la nature contraignante des mesures indiquées en vertu de l'article 39 du règlement reposerait en grande partie sur l'examen des autres sources du droit international, parmi lesquelles l'arrêt rendu par la CIJ en l'affaire *LaGrand* (précitée). Dans cet arrêt, dont la Cour citerait un passage dans l'arrêt *Paladi* (précité), la CIJ aurait souligné que son ordonnance en indication de mesures conservatoires « n'exigeait pas des Etats-Unis d'Amérique qu'ils exercent des pouvoirs qu'ils n'avaient pas », même si elle leur imposait l'obligation de prendre toutes les mesures dont ils disposaient pour que M. Walter LaGrand ne soit pas exécuté tant que la décision définitive en l'instance n'aurait pas été rendue.

155. De même en l'espèce, la mesure indiquée en vertu de l'article 39 du règlement ne pourrait être interprétée comme imposant à l'Etat contractant d'exercer des pouvoirs qu'il n'avait pas, notamment celui de continuer à détenir les requérants après le 31 décembre 2008 à minuit. Selon le Gouvernement, une mesure indiquée en vertu de l'article 39 du règlement ne peut avoir pour effet d'imposer à un Etat contractant de violer les lois et la souveraineté d'un Etat non contractant. La présente affaire serait en effet très particulière : à supposer que les actes en cause relèvent de la juridiction

du Royaume-Uni, les circonstances seraient par définition « exceptionnelles », s'agissant de l'application extraterritoriale de la Convention (*Banković et autres*, précité, § 74). Le caractère exceptionnel de l'affaire découlerait plus particulièrement du fait que le Royaume-Uni agissait ou devait agir hors de son propre territoire. Le Gouvernement, qui se targue d'une coopération de longue date avec la Cour, notamment en ce qui concerne le respect des mesures indiquées en vertu de l'article 39 du règlement, se serait trouvé dans l'impossibilité de respecter la mesure indiquée en l'espèce précisément parce qu'il se trouvait sur le territoire d'un autre Etat. Ainsi, la seule raison de son refus d'appliquer cette mesure serait la présence, dans ce cas particulier, d'un obstacle objectif l'empêchant de le faire.

156. Les déclarations des tiers intervenants selon lesquelles l'obligation de respecter les mesures indiquées en vertu de l'article 39 du règlement n'est pas levée par l'existence d'une obligation internationale concurrente (paragraphe 158-159 ci-dessous) seraient dénuées de pertinence. La présente affaire ne ferait pas intervenir d'obligations conflictuelles mettant l'Etat dans la situation de choisir entre le traité A et le traité B ; il s'agirait d'un problème plus simple, que les intervenants n'auraient pas envisagé, à savoir l'impossibilité pour le Gouvernement de respecter la mesure indiquée en vertu de l'article 39 du règlement car il n'avait ni les pouvoirs ni la marge de manœuvre nécessaires pour ce faire. A cet égard, l'allégation des requérants selon laquelle le Gouvernement aurait pu faire plus ne tiendrait pas compte du caractère extrêmement sensible des négociations importantes et urgentes qui se déroulaient alors en Irak (paragraphe 56 et 66 ci-dessus).

157. Enfin, le grief tiré de l'article 13 de la Convention serait infondé, les requérants n'ayant saisi la Chambre des Lords que le 9 février 2009, de sorte qu'au moment du transfert, aucune procédure interne n'aurait été pendante.

3. *Les tiers intervenants*

158. La Commission pour l'égalité et les droits de l'homme estime qu'il ne peut y avoir d'exception régie par des règles précises au principe énoncé dans l'arrêt *Mamatkoulov et Askarov* (précité), selon lequel le non-respect par l'Etat d'une mesure provisoire emporte violation de l'article 34, quand bien même ce manquement reposerait sur une obligation de droit international (à supposer qu'elle existe et qu'elle ait été visée). Le rejet d'une telle exception découlerait de la jurisprudence de la Cour relative aux conflits entre les obligations de droit international et les obligations matérielles imposées par la Convention ainsi que du raisonnement qui soutient le principe *Mamatkoulov et Askarov*, à savoir la nécessité de préserver l'efficacité pratique du système de la Convention pour les requérants.

159. Selon les tiers intervenants (paragraphe 6 ci-dessus), compte tenu du but et de l'importance des mesures provisoires pour la protection des

droits garantis par la Convention, l'obligation que fait l'article 34 de respecter ces mesures doit être appliquée de manière stricte et cohérente. Les États devraient faire tout ce qui est en leur pouvoir pour les respecter, et ne pas substituer leur propre jugement à celui de la Cour pour décider si et dans quelle mesure ils doivent s'y conformer. Les arrêts *Soering* et *Mamatkoulov et Askarov* (précités) démontreraient qu'une obligation internationale concurrente ne permet pas de s'affranchir des mesures provisoires.

B. Appréciation de la Cour

1. Principes généraux

160. Il n'est indiqué de mesures provisoires en vertu de l'article 39 du règlement que dans des cas restreints. En pratique, la Cour n'utilise de cette possibilité qu'en cas de risque imminent de dommage irréparable. S'il n'existe pas de disposition particulière dans la Convention concernant les domaines d'application de l'article 39 du règlement, les demandes ont trait le plus souvent au droit à la vie (article 2 de la Convention), au droit de ne pas être soumis à la torture et aux traitements inhumains (article 3), et exceptionnellement au droit au respect de la vie privée et familiale (article 8) ou à d'autres droits garantis par la Convention (*Mamatkoulov et Askarov*, précité, § 104). Dans le système de la Convention, les mesures provisoires se révèlent d'une importance fondamentale pour éviter des situations irréversibles qui empêcheraient la Cour de procéder dans de bonnes conditions à un examen de la requête et, le cas échéant, d'assurer au requérant la jouissance pratique et effective du droit protégé par la Convention qu'il invoque. Dès lors, dans ces conditions, l'inobservation par un État défendeur de mesures provisoires met en péril l'efficacité du droit de recours individuel, tel que garanti par l'article 34, ainsi que l'engagement formel de l'État, en vertu de l'article 1, de sauvegarder les droits et libertés énoncés dans la Convention (*ibidem*, précité, § 125).

161. Il y aura violation de l'article 34 si les autorités d'un État contractant ne prennent pas toutes les mesures qui pourraient raisonnablement être envisagées pour se conformer à la mesure indiquée par la Cour (*Paladi*, précité, § 88). Dans le cadre de l'examen d'un grief au titre de l'article 34 concernant le manquement allégué d'un État contractant à respecter une mesure provisoire, la Cour ne va donc pas reconsidérer l'opportunité de sa décision d'appliquer la mesure en question. Il incombe au gouvernement défendeur de lui démontrer que la mesure provisoire a été respectée ou, dans des cas exceptionnels, qu'il y a eu un obstacle objectif qui l'a empêché de s'y conformer, et qu'il a entrepris toutes les démarches raisonnablement envisageables pour supprimer l'obstacle et pour tenir la Cour informée de la situation (*Paladi*, précité, § 92).

2. *Application en l'espèce des principes susmentionnés*

162. Comme indiqué ci-dessus, la Cour doit guider son interprétation de la Convention en se fondant sur le fait que l'objet et le but de cet instrument de protection des êtres humains appellent à comprendre et appliquer ses dispositions d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives. Elle a jugé qu'en décidant de déférer les affaires des requérants aux tribunaux irakiens en décembre 2005 et de les remettre aux autorités territoriales le 31 décembre 2008, sans avoir préalablement reçu la moindre assurance contraignante qu'ils ne seraient pas soumis à la peine de mort, les autorités britanniques ont exposé les intéressés au risque réel d'être exécutés. Elle a dit aussi qu'en principe, il n'était pas loisible aux Etats parties de conclure avec un autre Etat un accord ou un arrangement dont les dispositions seraient en conflit avec leurs obligations au titre des articles 2 et 3 de la Convention et de l'article 1 du Protocole n° 13 à la Convention. Enfin, elle a estimé que le Gouvernement n'avait pas établi qu'il ne disposait pas d'autre moyen réaliste ou réalisable pour protéger les droits fondamentaux des requérants. Dans ces conditions, l'obstacle qu'il a invoqué, à savoir l'absence de toute autre solution permettant de ne pas transférer les requérants le 31 décembre 2008 tout en respectant la souveraineté irakienne, n'était pas « objectif », mais n'existait que du point de vue subjectif de l'Etat défendeur.

163. De plus, le Gouvernement n'a pas convaincu la Cour qu'il avait pris toutes les mesures raisonnables, ni d'ailleurs la moindre mesure, pour s'efforcer de respecter la mesure indiquée en vertu de l'article 39 du règlement. Il ne l'a pas informée, par exemple, de la moindre tentative visant à expliquer la situation aux autorités irakiennes et à mettre en place une solution temporaire qui aurait préservé les droits des requérants pendant qu'elle examinerait l'affaire.

164. Il est vrai qu'à partir de juin 2008, le Gouvernement a entrepris des démarches auprès des autorités irakiennes, à l'origine pour s'enquérir auprès du président du TSI des mesures qui permettraient, compte tenu du droit et de la pratique irakiens, de réduire le risque que les requérants se voient imposer la peine de mort (paragraphe 50-54 ci-dessus) ; et que par la suite, en juillet 2008, il a pris contact avec les procureurs irakiens et leur a demandé d'informer le TSI du fait qu'il était opposé à la peine de mort et qu'aucune des deux familles des soldats assassinés ne souhaitait que cette sanction soit imposée (paragraphe 86 ci-dessus). Il est possible, mais non avéré, que ces contacts aient contribué à la décision du TSI de modifier les charges retenues contre les requérants (paragraphe 86-88 ci-dessus) – la Cour ne saurait spéculer sur ce point. Quoi qu'il en soit, et comme les juridictions internes l'ont constaté, les démarches entreprises par le Gouvernement auprès des autorités irakiennes avant le transfert des requérants le 31 décembre 2008 n'ont pas permis d'obtenir la moindre assurance contraignante que la peine de mort ne serait pas appliquée ; et les

intéressés restaient donc exposés à un risque réel lorsque le Royaume-Uni a décidé de ne pas appliquer la mesure indiquée par la Cour en vertu de l'article 39 du règlement. Les efforts déployés par le Gouvernement en 2009 pour persuader les autorités irakiennes de ne pas appliquer la peine de mort ne sont intervenus qu'après que les requérants eurent quitté la juridiction du Royaume-Uni, c'est-à-dire à un moment où les autorités britanniques avaient perdu tout pouvoir réel et certain d'assurer leur sécurité. En outre, à ce jour, il n'a été donné aucune assurance contraignante que la peine de mort ne serait pas appliquée, et le sort des requérants reste donc incertain.

165. En conclusion, la Cour ne considère pas que les autorités de l'Etat contractant aient fait tout ce qui était raisonnablement en leur pouvoir pour respecter la mesure provisoire qu'elle leur avait indiquée. En ne respectant pas cette mesure et en transférant les requérants hors de la juridiction britannique, elles les ont exposés à un risque sérieux de dommage grave et irréparable.

166. Dans sa décision sur la recevabilité du 30 juin 2009 (paragraphe 7 ci-dessus), la Cour a joint au fond la question de la recevabilité du grief tiré de l'article 13 de la Convention. Ayant examiné l'affaire au fond, elle a conclu qu'au regard de l'article 34, le transfert n'était pas objectivement justifié. Pour les mêmes motifs, la remise des requérants aux autorités irakiennes a anéanti de manière injustifiée l'effectivité de tout recours devant la Chambre des Lords. Partant, la Cour conclut que le grief tiré de l'article 13 est recevable et que l'Etat défendeur a violé les articles 13 et 34 de la Convention.

IV. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 46 DE LA CONVENTION

167. L'article 46 de la Convention est ainsi libellé :

« 1. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties.

2. L'arrêt définitif de la Cour est transmis au Comité des Ministres qui en surveille l'exécution.

(...) »

168. Les requérants ont prié la Cour d'ordonner au Gouvernement de prendre un certain nombre de mesures susceptibles de contribuer à atténuer le préjudice causé par leur remise aux autorités irakiennes. En particulier, ils lui ont demandé d'enjoindre au Gouvernement de faire tout ce qui est en son pouvoir pour obtenir par les voies diplomatiques leur retour immédiat à la garde du Royaume-Uni. A titre supplémentaire ou subsidiaire, ils souhaitent que la Cour ordonne au Gouvernement de faire tout ce qui est en son pouvoir pour qu'ils bénéficient d'un jugement équitable devant le TSI, qu'ils puissent rester en contact avec leurs avocats britanniques et qu'ils ne soient pas condamnés à mort en cas de déclaration de culpabilité. Ils

s'appuient notamment sur l'arrêt *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* ([GC], n° 48787/99, § 490, CEDH 2004-VII), dans lequel la Cour a ordonné aux Etats défendeurs de prendre toutes les mesures possibles pour mettre un terme à la détention arbitraire des requérants et obtenir leur libération immédiate.

169. Le Gouvernement soutient que la présente affaire ne permet pas d'appliquer le principe de *restitutio in integrum*. Soulignant que les requérants se trouvent aux mains des autorités irakiennes, il allègue qu'il n'a absolument aucun moyen d'obtenir leur retour aux mains des forces britanniques, ni aucun pouvoir pour les détenir en Irak s'ils étaient rendus au Royaume-Uni. Les personnes qui ont négocié avec les autorités irakiennes avant le transfert auraient estimé qu'il n'était pas envisageable que celles-ci acceptent que les requérants restent détenus par les forces britanniques (paragraphe 56 et 66 ci-dessus). Ayant étudié ces questions très attentivement, et après mûre réflexion, le Gouvernement estime que les déclarations diplomatiques demandées seraient déplacées, risqueraient de nuire aux relations bilatérales, et seraient inefficaces. Il considère également qu'il serait inopportun de faire les déclarations demandées relativement à la coopération pleine et continue des autorités irakiennes, et en particulier du TSI, avec le gouvernement britannique, en ce qui concerne la possibilité pour les requérants de s'entretenir avec leurs représentants au Royaume-Uni ou le mode de fonctionnement du TSI.

170. La Cour rappelle que, lorsqu'elle constate une violation, l'Etat défendeur a l'obligation juridique non seulement de verser aux intéressés les sommes allouées au titre de la satisfaction équitable prévue par l'article 41, mais aussi, en vertu de l'article 46, de choisir, sous le contrôle du Comité des Ministres, les mesures générales et/ou, le cas échéant, individuelles à intégrer dans son ordre juridique interne afin de mettre un terme à la violation constatée par la Cour et d'en effacer autant que possible les conséquences. L'Etat défendeur demeure libre, sous le contrôle du Comité des Ministres, de choisir les moyens de s'acquitter de son obligation juridique au regard de l'article 46 de la Convention, pour autant que ces moyens soient compatibles avec les conclusions contenues dans l'arrêt de la Cour (*Scozzari et Giunta c. Italie* [GC], n°s 39221/98 et 41963/98, § 249, CEDH 2000-VIII, *Assanidzé c. Géorgie* [GC], n° 71503/01, § 202, CEDH 2004-II, et *Ilaşcu*, précité, § 490).

171. En l'espèce, la Cour a constaté que les actions et l'inaction des autorités britanniques avaient fait subir aux requérants une souffrance psychique causée par la crainte d'une exécution, constitutive d'un traitement inhumain au sens de l'article 3. Même si l'issue de la procédure devant le TSI demeure incertaine, cette souffrance perdure. La Cour considère que pour respecter les obligations qui lui incombent en vertu de l'article 3 de la Convention, le Gouvernement doit s'efforcer de mettre fin au plus vite à la souffrance des requérants, en prenant toutes les mesures possibles pour

obtenir des autorités irakiennes l'assurance qu'ils ne seront pas soumis à la peine de mort.

V. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

172. Aux termes de l'article 41 de la Convention,

« [s]i 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 moral

173. Les requérants soutiennent qu'ils ont subi un préjudice moral appelant une indemnisation substantielle, compte tenu de la nature fondamentale des droits violés et du non-respect par le Royaume-Uni de la mesure indiquée en vertu de l'article 39 du règlement. Considérant qu'il n'existe pas d'affaire comparable, mais que l'on peut s'appuyer à titre de comparaison sur les indemnisations octroyées dans les affaires relatives à l'article 2 de la Convention où l'Etat était à l'origine de la perte d'une vie ou y avait contribué, ils estiment avoir droit à une indemnisation d'un montant approximatif de 50 000 livres sterling (GBP) chacun relativement au risque d'être soumis à la peine de mort, ainsi qu'à une indemnisation de 25 000 GBP pour les violations des articles 13 et 34.

174. Le Gouvernement soutient que, dans le cas où la Cour constaterait une violation, ce constat constituerait en soi une satisfaction équitable suffisante. Il affirme que les requérants ne vivent ni dans la peur ni dans la détresse, et renvoie au rapport du prévôt général, l'officier de l'armée britannique chargé d'inspecter les centres de détention militaires britanniques à l'étranger (voir également le paragraphe 61 ci-dessus), qui a vu les requérants à la prison de Rusafa le 24 avril 2008 et a conclu qu'ils semblaient être en bonne santé. De plus, il serait inopportun d'octroyer une indemnisation alors que les dommages allégués découleraient d'une situation dans laquelle les requérants ont été remis aux autorités d'un Etat d'accueil aux fins d'enquête et de procès sur des allégations de crimes de guerre conformément au droit international. En tout état de cause, les sommes demandées seraient excessives : les affaires sur lesquelles s'appuient les requérants à cet égard auraient porté sur l'octroi d'une indemnisation aux proches de personnes ayant effectivement été tuées.

175. Au vu de l'ensemble des circonstances de la présente espèce, la Cour considère que le constat de violation des articles 3, 13 et 34 et la mesure indiquée en vertu de l'article 46 constituent une satisfaction équitable suffisante pour le dommage moral subi par les requérants.

B. Frais et dépens

176. Au titre des frais et dépens engagés pour porter leur requête devant la Cour, les requérants demandent un montant total de 48 131,58 GBP, TVA (taxe sur la valeur ajoutée, 15 %) comprise. Cette somme correspondrait à 377 heures et 10 minutes de travail de leurs avocats, dont 189 heures et 24 minutes pour les *solicitors* aux taux horaires de 180 GBP pour le *senior solicitor* et 130 GBP pour le *junior solicitor*, 20 heures de travail d'un *Queen's Counsel* (QC) et 5 heures de travail d'un autre QC au taux horaire de 350 GBP, et 162 heures 45 minutes de travail pour trois *barristers*.

177. Le Gouvernement reconnaît que cette requête soulevait un certain nombre de questions complexes. Néanmoins, il considère que l'équipe juridique des requérants a passé sur le dossier un temps excessif, et que le recours à huit avocats différents a dû générer des coûts supplémentaires et des chevauchements de tâches. Selon lui, un montant total de 250 heures serait plus raisonnable. De plus, il estime trop élevé le taux horaire de 350 GBP avancé pour deux des avocats, et indique qu'un taux de 250 GBP serait plus approprié.

178. Compte tenu de la complexité des questions soulevées par cette affaire et de sa pratique dans des affaires comparables, la Cour octroie aux requérants 40 000 euros au titre des frais et dépens, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt sur cette somme.

C. Intérêts moratoires

179. 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 recevable*, à l'unanimité, le grief tiré de l'article 13 de la Convention ;
2. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 3 de la Convention ;
3. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'est pas nécessaire de trancher le point de savoir s'il y a eu violation de l'article 2 de la Convention ou de l'article 1 du Protocole n° 13 à la Convention ;
4. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 de la Convention ;

5. *Dit*, par six voix contre une, qu'il y a eu violation des articles 13 et 34 de la Convention ;
6. *Dit*, à l'unanimité,
 - a) que le constat d'une violation fournit en soi une satisfaction équitable suffisante pour le dommage moral subi par les requérants ;
 - b) que l'État défendeur doit verser aux requérants, conjointement, 40 000 EUR (quarante mille euros), pour frais et dépens, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt sur cette somme, à convertir en livres sterling au taux applicable à la date du règlement ;
 - c) qu'à compter de l'expiration d'un délai de trois mois et jusqu'au versement, ce montant sera 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.

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 2 mars 2010, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Lawrence Early
Greffier

Lech Garlicki
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 Bratza.

L.G.
T.L.E.

OPINION EN PARTIE DISSIDENTE DU JUGE BRATZA

(Traduction)

1. Je suis d'accord avec la chambre pour conclure à la violation de l'article 3 de la Convention en l'espèce et pour dire, compte tenu de cette conclusion, qu'il n'est pas nécessaire de trancher la question de savoir s'il y a eu également violation de l'article 2 de la Convention ou de l'article 1 du Protocole n° 13 à la Convention.

2. La *Divisional Court* et la *Court of Appeal* ont expressément reconnu que, compte tenu de l'ensemble des éléments, il avait été démontré qu'existaient des motifs sérieux de penser que les requérants seraient exposés à un risque réel d'être condamnés à mort et exécutés s'ils étaient remis au Tribunal spécial irakien (« TSI »), étant donné qu'il n'avait pas été obtenu de garanties suffisantes qu'une telle peine ne serait pas demandée ou pas imposée pour les infractions dont ils étaient accusés. Cette conclusion ne se trouve pas modifiée par le fait qu'en pratique, les accusations de meurtre pesant sur les requérants ont été ramenées à des accusations d'actes non passibles de la peine de mort, ni par le fait qu'en septembre 2009, le TSI a rejeté pour manque de preuves toutes les charges pesant sur eux. La Cour a déjà dit qu'il ne lui était pas interdit de tenir compte des informations qui viennent au jour après la remise ou le refoulement de la personne, car elles peuvent présenter un intérêt pour confirmer ou réfuter l'appréciation portée par l'Etat contractant ou le bien-fondé ou non des craintes du requérant (*Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, 30 octobre 1991, § 107, série A n° 215, *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie* [GC], n°s 46827/99 et 46951/99, § 69, CEDH 2005-I). Cependant, dès lors que la nature de la responsabilité assumée par les Etats contractants en vertu de l'article 3 de la Convention dans les affaires de ce type réside dans l'acte d'exposer un individu au risque de subir des mauvais traitements, il faut, pour contrôler l'existence de ce risque, se référer en priorité aux circonstances dont l'Etat en cause avait ou devait avoir connaissance au moment de l'expulsion. De plus, comme indiqué dans l'arrêt, l'affaire des requérants a de toute façon été renvoyée depuis peu par la Cour de cassation pour réouverture de l'enquête puis nouveau procès, la conséquence étant que le risque auquel ils se trouvaient exposés au moment de leur transfert n'a finalement pas été écarté.

3. Pour conclure que le Gouvernement avait manqué à ses obligations au titre de l'article 3 en l'espèce, la chambre a examiné non seulement les circonstances qui prévalaient en décembre 2008 lorsque les requérants ont été remis aux autorités irakiennes sans la moindre assurance qu'ils ne seraient pas soumis à la peine de mort, mais encore les actes et omissions des autorités britanniques après l'arrestation et l'internement des intéressés

pour raisons de sécurité en 2003 et avant le transfert de leurs affaires aux tribunaux irakiens en l'absence des assurances nécessaires.

4. Je souscris totalement au raisonnement selon lequel ces circonstances engagent la responsabilité du Gouvernement en vertu de l'article 3. Les requérants étaient à l'origine qualifiés d'« individus internés pour raisons de sécurité », leurs avis d'internement indiquant qu'ils étaient soupçonnés d'avoir été de hauts responsables du parti Baath sous l'ancien régime et d'avoir orchestré les violences perpétrées contre la force multinationale par des membres de ce régime, et que s'ils étaient libérés, ils représenteraient une menace impérieuse pour la sécurité. Ce fut la Section spéciale d'enquêtes de la Police militaire royale du Royaume-Uni qui, à l'issue d'une enquête menée de mars 2003 à octobre 2004 sur le décès de deux soldats britanniques, trouva des éléments impliquant les requérants dans le meurtre. En juin 2004, l'occupation de l'Irak prit fin et, en août de la même année, la peine de mort fut rétablie dans le code pénal irakien pour un certain nombre d'infractions, dont le meurtre. Il ressort clairement des éléments soumis à la Cour, notamment des procès-verbaux internes du Comité divisionnaire de réexamen des mesures d'internement figurant au paragraphe 44 de l'arrêt, que d'importantes négociations ont eu lieu entre le Royaume-Uni et les autorités irakiennes depuis juillet 2004 jusqu'au transfert officiel des affaires dirigées contre les requérants au juge supérieur d'instruction du Tribunal pénal central irakien (TPCI) en décembre 2005. Ces éléments montrent que, au moins au début, les autorités irakiennes ont hésité à poursuivre les requérants, compte tenu du retentissement potentiel de l'affaire. Dans le même temps, les autorités britanniques étaient préoccupées par le risque que les requérants se voient imposer la peine de mort s'ils étaient traduits devant les juridictions irakiennes. Ces préoccupations apparaissent notamment dans le procès-verbal du 3 mai 2005, où il est indiqué qu'il faut obtenir des instructions « sur les garanties qui peuvent être exigées avant le transfert de l'affaire au TPCI, compte tenu notamment des difficultés liées au risque d'imposition de la peine de mort ».

5. Malgré cette conscience nette du risque que la peine de mort soit imposée aux requérants si ceux-ci étaient traduits devant un tribunal irakien et condamnés pour meurtre et malgré les possibilités que ménageaient les discussions à cette époque, il ne semble pas que les autorités britanniques aient entrepris la moindre démarche pour négocier une solution alternative au procès des deux requérants n'impliquant pas le risque de peine de mort ni pour obtenir les garanties nécessaires avant de déférer officiellement leurs affaires aux tribunaux irakiens en décembre 2005. En particulier, comme indiqué dans l'arrêt (paragraphe 141 de l'arrêt), le Royaume-Uni n'a pas tenté, malgré les obligations contraignantes qui lui incombaient en vertu de la Convention et du Protocole n° 13 à la Convention, d'obtenir l'assurance générale que les individus transférés de la garde des forces armées britanniques aux autorités irakiennes ne seraient pas soumis à la peine de

mort ou l'assurance particulière que les deux requérants ne risqueraient pas la peine capitale si leurs affaires étaient déférées aux juridictions irakiennes. De fait, les premières démarches qui semblent avoir été entreprises pour obtenir une telle assurance datent de la mi-2008, c'est-à-dire qu'elles sont postérieures au transfert des affaires des intéressés et à leur requalification par les autorités britanniques en « détenus pénaux » en mai 2006 ainsi qu'à la date à laquelle le TSI a fait la première de ses nombreuses demandes de transfert des requérants, en décembre 2007.

6. C'est, de mon point de vue, ce manquement des autorités britanniques à prendre les mesures nécessaires avant le renvoi des affaires des requérants devant les juridictions irakiennes – renvoi qui a lui-même abouti à la remise des requérants à ces juridictions en décembre 2008 – qui a emporté violation des obligations incombant à l'Etat en vertu de l'article 3 de la Convention.

7. Au moment du transfert effectif des requérants, la situation avait radicalement changé. Le mandat des Nations unies permettant la présence de la force multinationale, dont faisait partie le contingent britannique, expirait le 31 décembre 2008. Après l'expiration de ce mandat, comme l'a dit la *Court of Appeal*, « la force multinationale, dans son ensemble ou en partie, n'a[vait] plus en droit international le moindre pouvoir ni la moindre autorité pour maintenir une quelconque présence en Irak, si ce n'est exclusivement et strictement en réponse à la volonté des autorités irakiennes » (§ 34, paragraphe 71 de l'arrêt) et il n'y avait « pas non plus place pour le doute raisonnable quant au fait que les conditions dans lesquelles les autorités irakiennes permettraient éventuellement aux forces britanniques de rester en Irak ne comporteraient aucun rôle ni aucune fonction leur permettant (non plus qu'à d'autres forces) de continuer à détenir des individus, et encore moins les y obligeant » (§ 35, paragraphe 71 de l'arrêt). Si elles l'avaient fait, les autorités irakiennes auraient été fondées à investir les lieux occupés par les Britanniques et à y reprendre toute personne ainsi détenue (§ 36, paragraphe 71 de l'arrêt).

8. Dans l'arrêt, la chambre rejette l'argument du Gouvernement selon lequel il n'avait pas d'autre choix à partir du 31 décembre 2008 que de respecter la souveraineté irakienne et de transférer les requérants, qui étaient des ressortissants irakiens détenus sur le territoire irakien, à la demande des autorités irakiennes. Elle s'appuie sur l'arrêt de sa jurisprudence qui expose qu'il n'est pas loisible aux Etats contractants de conclure avec d'autres Etats un accord dont les dispositions sont en conflit avec leurs propres obligations en vertu de la Convention et que l'obligation que fait l'article 3 de ne pas remettre un fugitif à un autre Etat lorsqu'il existe des motifs sérieux de penser qu'il y serait soumis à un traitement ou une peine contraire à cet article l'emporte sur toute obligation conventionnelle pouvant avoir été contractée après l'entrée en vigueur de la Convention.

9. Je ne mets en aucun cas en question ces principes généraux établis dans la jurisprudence de la Cour, mais je ne suis pas persuadé qu'ils soient

directement applicables aux circonstances particulières de la présente espèce, où les deux requérants étaient détenus sur un territoire étranger souverain par un contingent d'une force multinationale dont le mandat pour rester sur ce territoire avait expiré et qui, dès lors, n'avait plus le pouvoir ou la capacité de détenir ou de faire sortir du territoire des ressortissants de l'Etat étranger souverain concerné.

10. Ce sont ces considérations qui m'ont amené à ne pas conclure avec la majorité de la chambre qu'il y avait également eu violation des articles 13 et 34 de la Convention.

11. Les principes généraux régissant l'application de l'article 34 ont été exposés très récemment dans l'arrêt *Paladi (Paladi c. Moldova [GC], n° 39806/05, 10 mars 2009)*. Il y aura violation de l'article 34 si les autorités d'un Etat contractant ne font pas tout ce qui est raisonnablement en leur pouvoir pour se conformer aux mesures provisoires indiquées par la Cour en vertu de l'article 39 du règlement. Il incombe au gouvernement défendeur de démontrer à la Cour que la mesure provisoire a été respectée ou, dans des cas exceptionnels, qu'il y a eu un obstacle objectif qui l'a empêché de s'y conformer, et qu'il a entrepris toutes les démarches raisonnablement envisageables pour supprimer l'obstacle et pour tenir la Cour informée de la situation. L'existence d'un tel « obstacle objectif » doit s'apprécier au cas par cas compte tenu des circonstances de droit et de fait qui prévalaient au moment de l'application de l'article 39 du règlement, et l'Etat défendeur n'est pas tenu de prendre des mesures qui ne sont pas en son pouvoir.

12. A mon avis, les circonstances de la présente espèce étaient exceptionnelles. Les requérants ont saisi la Cour d'une demande de mesures provisoires le 22 décembre 2008, soit neuf jours environ avant l'expiration du mandat du Royaume-Uni et trois jours après que la *Divisional Court* avait rendu son jugement dans la procédure de contrôle juridictionnel où les requérants avaient contesté la légalité de leur remise envisagée aux autorités irakiennes. Alors que leurs affaires avaient été déférées aux juridictions irakiennes en décembre 2005 et que le TSI avait demandé pour la première fois leur transfert en décembre 2007, les requérants n'ont engagé la procédure de contrôle juridictionnel que le 12 juin 2008. Cette procédure présentait assurément une certaine complexité, mais les juridictions internes l'ont menée à bien avec célérité : l'audience devant la *Divisional Court* s'est déroulée sur trois jours du 18 au 20 novembre 2008, et elle a rendu son jugement, qui était touffu, un mois plus tard. Le recours des requérants devant la *Court of Appeal* a fait l'objet d'une audience sur le fond les 29 et 30 décembre 2008, soit moins de dix jours après qu'ils l'aient introduit, et les juges ont rejeté le recours le deuxième jour de l'audience, en motivant brièvement leur décision et en indiquant que l'arrêt intégral suivrait. Comme indiqué au paragraphe 67 du présent arrêt, la *Court of Appeal* était unanimement d'avis qu'à partir du 31 décembre 2008, le Royaume-Uni serait totalement dépourvu du moindre pouvoir juridique de faire autrement

que de donner suite à la demande du TSI ou de s'opposer à une quelconque action des autorités irakiennes. La *Court of Appeal* a donc levé l'injonction interdisant le transfert des requérants jusqu'à 16 h 30 ce même jour. Peu après en avoir été informée, la Cour a indiqué au Gouvernement une mesure provisoire en vertu de l'article 39 du règlement, l'informant que les requérants ne devaient être ni refoulés ni transférés jusqu'à nouvel ordre.

13. A la majorité, la chambre a estimé que le non-respect par le Gouvernement de la mesure indiquée en vertu de l'article 39 du règlement était injustifié, principalement pour deux raisons. La chambre a considéré qu'il n'y avait pas d'« obstacle objectif » au respect des mesures provisoires, l'absence au 31 décembre 2008 de toute autre solution possible pour respecter la souveraineté irakienne ne correspondant qu'à l'opinion subjective de l'Etat défendeur. Ensuite, elle a estimé que le Gouvernement n'avait pas démontré qu'il avait pris toutes les mesures raisonnables, ni même la moindre mesure, pour s'efforcer de respecter la mesure indiquée en vertu de l'article 39 du règlement. Elle a relevé à cet égard qu'il ne l'avait informée d'aucune tentative visant à expliquer la situation aux autorités irakiennes ou à parvenir à une solution temporaire qui eût sauvegardé les droits des requérants pendant qu'elle examinerait l'affaire.

14. Ni l'un ni l'autre de ces points ne me convainquent. Pour ce qui est du premier point, la question de savoir s'il existe un obstacle objectif au respect d'une mesure provisoire doit s'apprécier au moment de l'application de la mesure, en l'espèce au 30 décembre 2008. A cette époque, il existait, comme la *Court of Appeal* l'a observé, un obstacle juridique matériel au maintien en détention des requérants et au refus de les remettre aux autorités irakiennes. S'il est incontestablement pertinent dans le contexte du grief tiré de l'article 3 de la Convention, le fait que les requérants auraient pu être transférés en toute sécurité en décembre 2008 si le Royaume-Uni avait obtenu de ces autorités les assurances nécessaires quatre années auparavant n'a à mon avis aucune incidence sur la question examinée sous l'angle de l'article 34. Quant au second point, s'il y a des raisons puissantes de penser que les assurances pertinentes auraient pu être obtenues avant le renvoi de l'affaire des requérants devant les juridictions irakiennes, l'échec des démarches entreprises après le mois de juin 2008 tend clairement à suggérer qu'il n'y avait effectivement aucune perspective réaliste d'obtenir de telles assurances ou de parvenir à une solution temporaire une fois l'expiration du mandat imminente, comme l'a indiqué M. Watkins dans ses dépositions à la *Divisional Court* et à la *Court of Appeal* (paragraphe 56 et 66 de l'arrêt).

15. Pour ces raisons, même si je suis d'accord pour dire que dans les circonstances de l'espèce, le transfert des requérants a violé leurs droits garantis par l'article 3, je ne considère pas qu'il soit nécessaire ni opportun de dire qu'il y a également eu violation de l'article 34 de la Convention.

16. Le grief tiré de l'article 13 est, comme cela ressort du paragraphe 166 de l'arrêt, essentiellement annexe à celui tiré de l'article 34,

dans la mesure où les requérants soutiennent que leur transfert au mépris des mesures provisoires a privé d'efficacité tout recours devant la Chambre des Lords. Essentiellement pour les mêmes raisons que celles que je viens d'indiquer, je n'estime pas non plus opportun de conclure également à la violation de l'article 13 en l'espèce.

17. En ce qui concerne les griefs tirés par les requérants de l'article 6 de la Convention, je partage la conclusion et le raisonnement de la chambre et je n'ai rien à ajouter.