

SOMMAIRE

- Le droit d'asile dans l'Union européenne contrôlé par la Cour européenne des droits de l'homme - À propos de l'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, par J.-Y. Carlier et S. Sarolea 353
- Droit pénal - Responsabilité pénale - Vol aggravé par la circonstance de meurtre - Participation punissable - Automaticité de la responsabilité pénale du chef de la circonstance aggravante de meurtre (non). (C.E.D.H., 1^{re} sect., 20 janvier 2011, observations de F. Kuty) 358
- Requête civile - Recevabilité (articles 1132 et s., C. jud.) - Abstention de relever un appel de la décision frappée de requête civile - Grief de négligence dans la recherche des preuves - Appréciation - À la lumière des éléments raisonnablement accessibles et susceptibles de fonder un appel - Cause - Rétention de pièces décisives (article 1133, 2^o, C. jud.) - Appréciation. (Civ. Bruxelles, 12^e ch., 1^{er} mars 2011) 364
- Conseil d'État - Contentieux de l'annulation - Maintien temporaire des effets de l'acte réglementaire annulé (article 14^{ter}, lois coord. sur le Conseil d'État) - Portée de l'arrêt - Autorité *erga omnes* - Conséquence sur les pouvoirs conférés aux juridictions de l'Ordre judiciaire par l'article 159 de la Constitution - Égalité entre justiciables - Question préjudicielle à la Cour constitutionnelle. (Civ. Bruxelles, 4^e ch., 21 janvier 2011, note) 366
- Conseil d'État - Contentieux de l'annulation - Maintien temporaire des effets de l'acte réglementaire annulé (article 14^{ter}, loi coord. sur le Conseil d'État) - Portée de l'arrêt - Refus d'application subséquent par les cours et tribunaux (article 159, Const.) - Pouvoir judiciaire - Contrôle de la légalité des actes administratifs - Refus d'application d'un acte administratif illégal (article 159, Const.) - Portée du contrôle - Acte réglementaire annulé, mais temporairement maintenu en vigueur par le Conseil d'État (article 14^{ter}, loi coord. sur le Conseil d'État). (Corr. Charleroi, 7^e ch., 11 février 2011, observations de D. Renders) 368
- Chronique judiciaire :
Délai raisonnable, recours effectif et épuisement des voies de recours internes
- Échos - Bibliographie - Communiqué - Dates retenues - Coups de règle.

DOCTRINE

Le droit d'asile dans l'Union européenne contrôlé par la Cour européenne des droits de l'homme

À propos de l'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce*

PAR SON ARRÊT *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, la Cour européenne des droits de l'homme met sérieusement en garde les États contre le risque de violation des droits de l'homme dans la mise en œuvre du droit européen de l'asile. Ce droit de l'Union européenne n'est pas condamné en tant que tel. Il appartient toutefois aux États, en vertu de leur souveraineté nationale, d'appliquer le droit de l'Union dans le respect des droits de l'homme. Pour la Belgique, il s'agit notamment de prévoir des recours plus effectifs, et donc suspensifs de plein droit, devant le Conseil du contentieux des étrangers.

I

Introduction

À une très large majorité (16 voix contre 1), la Cour européenne des droits de l'homme, réunie en grande chambre, a condamné, dans l'arrêt *M.S.S. c. la Grèce et la Belgique* pour violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme (interdiction des traitements inhumains et dégradants) et de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme (droit au recours effectif) dans leur mise en œuvre de la politique européenne d'asile, en particulier du règlement Dublin II sur la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile¹. Ce faisant, la Cour rappelle que, même dans le cadre de la mise en œuvre d'une législation de l'Union européenne, les États ont l'obligation positive de veiller au respect des droits fondamentaux et d'éviter tout risque de violation indirecte de ces droits (article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme) et que, pour cela, « le recours exigé par l'article 13 de la Convention européenne des

droits de l'homme doit être "effectif" en pratique comme en droit » (point 288). Il s'en déduit, pour la Belgique, deux enseignements majeurs. D'une part, l'Office des étrangers ne peut renvoyer un candidat réfugié vers la Grèce sans examen approfondi de la situation des demandeurs d'asile dans ce pays et des risques de refoulement vers le pays d'origine. Il en irait de même pour tout renvoi vers tout autre État, même membre de l'Union européenne, dont des rapports internationaux souligneraient les lacunes en matière de traitement des demandes d'asile. D'autre part, pour être effectives, les voies de recours ouvertes en ce domaine doivent être suspensives de plein droit et non seulement en vertu d'une pratique administrative, comme c'est le cas des recours en suspension d'extrême urgence devant le Conseil du contentieux des étrangers.

1

Les faits

Le requérant est un candidat réfugié d'origine afghane. Il entre sur le territoire de l'Union européenne par la Grèce où ses empreintes digitales sont relevées. Il y est détenu pendant une semaine et se voit notifier une mesure d'éloignement. Il quitte la Grèce et arrive en Belgique où il introduit une demande de reconnaissance de la qualité de réfugié le 10 février 2009. En application du ré-

(1) C.E.D.H., gde ch., 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09 et règlement n° 343/2003 du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un État tiers, J.O. L 50, 25 février 2003.

glement de Dublin, l'Office des étrangers adresse aux autorités grecques une demande de prise en charge. Les autorités grecques n'y donnent pas suite. Cette absence de réponse² est interprétée comme un accord tacite à la reprise du requérant. Le 19 mai 2009, l'Office des étrangers lui notifie un ordre de quitter le territoire et le prive de liberté. Le jour où l'éloignement vers la Grèce est programmé, un recours en suspension d'extrême urgence est formé auprès du Conseil du contentieux des étrangers. L'audience est fixée une heure après le dépôt de la requête. La brièveté du délai ne permet pas à l'avocat de comparaître à l'audience. La requête est rejetée. Une première tentative d'éloignement se solde par un échec; le deuxième éloignement a lieu sous escorte.

La Cour européenne des droits de l'homme est alors saisie d'une demande d'indication de mesures provisoires à l'adresse de la Belgique sur pied de l'article 39 du règlement général de procédure qui autorise la Cour « soit à la demande d'une partie ou de toute autre personne intéressée, soit d'office, [à] indiquer aux parties toute mesure provisoire qu'ils estiment devoir être adoptée dans l'intérêt des parties ou du bon déroulement de la procédure ». La Cour rejette la demande de mesure provisoire. Optant pour la confiance, elle adresse un courrier à la Grèce, lui rappelant ses obligations au titre de la Convention. À son arrivée en Grèce, le requérant introduit une demande d'asile et est privé de liberté. Après plusieurs jours, il est libéré et reçoit une « carte de demandeur d'asile ». Il doit se présenter à la préfecture de police mais reste en défaut de le faire. Dépourvu de moyens de subsistance, il s'installe dans un parc au centre d'Athènes avec d'autres demandeurs d'asile de nationalité afghane. Il parvient à en informer la Cour qui interpelle l'État grec, lequel ne réagit pas. Des mesures provisoires sont alors indiquées à la Grèce demandant qu'il ne soit pas procédé à l'éloignement du requérant vers l'Afghanistan³.

2

La violation par la Grèce des articles 3 et 13 de la Convention

L'article 3 est méconnu par la Grèce pour trois motifs : les conditions de détention, les conditions d'accueil et la condition procédurale du demandeur d'asile.

La Cour qualifie d'inacceptables les conditions de détention du requérant, au point d'être constitutives d'un traitement dégradant. « Le sentiment d'arbitraire, celui d'infériorité, d'angoisse qui sont souvent associés ainsi que celui d'une profonde atteinte à la dignité que provoquent in-

dubitablement ces conditions de détention », accentués par la « vulnérabilité inhérente à [la] qualité de demandeur d'asile »⁴. Les conditions d'existence du requérant en Grèce conduisent à la même appréciation. La directive « accueil »⁵ impose des obligations aux États membres. Elles ne sont nullement respectées par la Grèce. Le requérant s'est retrouvé « vivant dans la rue, sans ressource, sans accès à des sanitaires, ne disposant d'aucun moyen de subvenir à ses besoins essentiels ». Ces conditions l'ont soumis à un traitement « humiliant témoignant d'un manque de respect pour sa dignité », ce qui « a suscité chez lui des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à conduire au désespoir ». Ces mauvais traitements atteignent le seuil de gravité requis par l'article 3⁶.

L'arrêt *M.S.S.* intervient à la suite de plusieurs arrêts qui avaient mis en cause les conditions d'accueil des demandeurs d'asile en Grèce. La Cour avait souligné les graves défaillances qui « noircissent l'image de la Grèce sur le plan international et constituent une violation patente des droits de l'homme »⁷. Sont pointés le manque de diligence des autorités pour apporter une assistance médicale aux demandeurs d'asile qui en ont besoin⁸ ainsi que l'inaccessibilité et l'ineffectivité des recours ouverts pour contester les conditions de vie dans les centres de détention. Les références de la Cour de Strasbourg à la directive « accueil » indiquent que c'est désormais à l'aune des obligations imposées aux États de l'Union par le droit commun de l'asile qu'elle se prononcera sur le respect dû à la Convention européenne des droits de l'homme. Le droit commun de l'Union européenne fait partie du cadre de référence qu'elle se donne pour juger du respect par les États de leurs obligations au regard de la Convention européenne des droits de l'homme.

La Cour examine ensuite l'allégation de violation des articles 2, 3 et 13 de la Convention en raison des défaillances de la procédure d'asile grecque. Celles-ci affectent tant l'accès à la procédure que l'évaluation des craintes. Des retours forcés par la Grèce vers des pays à risques ont été régulièrement dénoncés par des organisations non gouvernementales⁹. L'absence d'accueil prive les demandeurs d'asile d'une adresse leur permettant d'engager une procédure et d'en assurer le suivi. Il en va de même du défaut d'aide juridictionnelle ou du manque d'information quant à l'accès à des organisations proposant des conseils ou une orientation juridique, autant d'obstacles de fait qui entravent l'accès à la procédure et, en conséquence, à la protection¹⁰. La systématicité de ces lacunes révèle qu'elles ne sont pas accidentelles et que la situation en Grèce ne permet pas d'assurer une protection effective des demandeurs d'asile.

(4) C.E.D.H., *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, point 233. Voy. toutefois sur ce point, les nuances de l'opinion partiellement concordante, partiellement dissidente du juge Sajó : « les demandeurs d'asile diffèrent quelque peu des "groupes particulièrement vulnérables" [classiques en ce que] ils ne sont pas un groupe victime dans le passé de traitements défavorables aux conséquences durables aboutissant à leur exclusion de la société ».

(5) Directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres, *J.O. L 31*, 6 février 2003, pp. 18-25.

(6) C.E.D.H., *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, point 263.

(7) *Ibidem*, point 59.

(8) *Ibidem*, point 65.

(9) *Ibidem*, point 314.

(10) *Ibidem*, point 319.

3

La violation par la Belgique des articles 3 et 13 de la Convention

A. Le risque en cas d'éloignement vers un pays « partenaire »

Même si ni l'accueil, ni la procédure belge ne sont en cause, la Cour retient une violation de l'article 3 par la Belgique du fait de l'éloignement du requérant vers la Grèce. Alors que le règlement de Dublin lui permettait de s'opposer au transfert, la Belgique y a procédé en exposant l'intéressé « en pleine connaissance de cause à des conditions de détention et d'existence constitutives de traitements dégradants »¹¹. La Belgique ne pouvait ignorer les manquements de la Grèce quant à l'accueil des demandeurs d'asile et l'impossibilité pour eux d'y bénéficier d'une protection face à l'éloignement.

Le risque de violation de l'article 3 « par ricochet » est pris en compte par la jurisprudence de la Cour en matière d'éloignement d'un étranger depuis l'arrêt *Soering*¹². Il impose aux États parties de s'interroger sur le sort qui sera réservé à un étranger éloigné dans le pays de destination. Le système de répartition de la charge des demandeurs d'asile mis en place par la Convention de Dublin et ensuite par le règlement dit de Dublin II, diminue-t-il cette obligation de vigilance lorsque le pays de destination est un pays que l'on peut qualifier de « partenaire », parce qu'il est membre du Conseil de l'Europe, voire, comme en l'espèce, de l'Union européenne? Existe-t-il une présomption de respect par ces États de la Convention européenne des droits de l'homme? Si une telle présomption existe, est-elle simple ou irréfutable? Peut-il être répondu à un requérant qu'une éventuelle atteinte à la Convention dans un État partenaire pourra y donner lieu à des recours internes, ou, après les avoir épuisés, à une procédure devant la Cour de Strasbourg? Une telle réponse dégage-t-elle l'État qui éloigne de toute responsabilité?

La Cour opte pour une présomption simple. Tous les États pouvant être identifiés comme maillons de la chaîne causale conduisant à un traitement inhumain et dégradant sont impliqués. L'arrêt *M.S.S.* confirme la jurisprudence antérieure et lève le doute qui subsistait quant à la force de la présomption. Dans l'affaire *T.I. c. Royaume-Uni*, la Cour avait jugé que le Royaume-Uni n'était pas dispensé de vérifier si le renvoi d'un demandeur d'asile sri lankais vers l'Allemagne viole l'article 3¹³. En l'espèce, l'Allemagne avait pu démontrer que le requérant aurait accès à une protection au regard de l'article 3 de sorte que la requête avait été jugée irrecevable. Toutefois, le fait que l'Allemagne soit un pays de l'Union européenne ne dispensait pas le Royaume-Uni d'effectuer un contrôle au regard de l'article 3. Le risque de l'éloignement auquel procéderait le Royaume-Uni était « un lien dans une séquence possible d'événements ». La Convention de Dublin n'exonère pas le pays la mettant en œuvre de cette obligation. « Lorsque des États établis-

(11) *Ibidem*, point 367.

(12) C.E.D.H., 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, série A, n° 161.

(13) C.E.D.H., décision du 7 mars 2000, *T.I. c. Royau-*

(2) Dans le délai de deux mois prévu par l'article 18 du règlement.

(3) « Le 2 juillet 2009, eu égard à la situation générale d'insécurité grandissante en Afghanistan, au caractère plausible du récit du requérant quant aux risques qu'il avait encourus et courrait encore en cas de renvoi en Afghanistan ainsi que de l'absence de réaction des autorités grecques, la Cour décida d'appliquer l'article 39 du règlement et d'indiquer au gouvernement grec, dans l'intérêt des parties et pour le bon déroulement de la procédure, de ne pas expulser le requérant dans l'attente de l'issue de la procédure devant la Cour » (point 40).

sent des organisations internationales ou, *mutatis mutandis*, des accords internationaux pour coopérer dans certains domaines d'activité, la protection des droits fondamentaux peut s'en trouver affectée. Il serait contraire au but et à l'objet de la Convention que les États contractants soient ainsi exonérés de toute responsabilité au regard de la Convention dans le domaine d'activité concerné ».

Cette décision prononcée sous l'empire de la Convention de Dublin, fruit de la coopération intergouvernementale, est confirmée s'agissant du règlement Dublin dans l'affaire *K.R.S. c. Royaume-Uni*¹⁴. Un ressortissant iranien arrive au Royaume-Uni après être passé par la Grèce. La Cour déclare la requête irrecevable dès lors qu'« en l'absence de preuve contraire, il faut présumer que la Grèce se conformera aux obligations qui lui incombent à l'égard des personnes renvoyées ». La Cour relevait que la Grèce ne renvoyait alors personne vers l'Iran. La présomption est réfragable dans le cadre d'une analyse « au cas par cas ». L'affaire *Kaplan c. Allemagne* confirme ce principe en matière d'extradition¹⁵.

L'arrêt *M.S.S.* renverse la présomption constatant qu'aucune protection face à l'éloignement ne sera disponible dans le pays de destination, ni sur le plan matériel, ni sur le plan procédural. La confiance de principe entre États membres de l'Union, censés à la fois respecter les instruments qu'ils se sont donnés et, à défaut, prévoir en leur sein des remèdes à leurs éventuelles défaillances, n'est pas suffisante pour garantir de manière effective les droits fondamentaux. Cette évolution dans la jurisprudence s'explique par deux facteurs : les constats opérés sur le terrain et l'écoulement du temps. D'une part, malgré les déclarations de la Grèce, la situation ne s'y est pas améliorée. La Belgique en était informée et ne peut se retrancher derrière la conviction que la Grèce entend assumer ses obligations¹⁶. Les assurances données par la Grèce dans un document stéréotypé ne dispensaient pas la Belgique de s'assurer qu'elles reposaient sur des éléments concrets. « Les autorités belges auraient dû écarter la présomption selon laquelle les autorités grecques respecteraient leurs obligations internationales en matière d'asile, nonobstant la ju-

risprudence *K.R.S.* que, selon le gouvernement, les autorités administratives et judiciaires ont voulu suivre en l'espèce »¹⁷. D'autre part, la jeunesse des instruments européens et la bonne volonté déclarée d'en assurer la mise en œuvre ne sont plus jugées suffisantes par la Cour. La réforme en cours du régime européen de l'asile renforce au contraire la conviction de la Cour selon laquelle il convient de suspendre les éloignements vers des pays européens ne pouvant offrir un niveau suffisant de protection.

La Cour souligne également les défaillances de la procédure belge mettant en œuvre le règlement Dublin. « La procédure menée par l'Office des étrangers en application du règlement "Dublin" n'a laissé aucune possibilité au requérant de faire état des raisons s'opposant à son transfert vers la Grèce », de sorte qu'il ne peut être reproché au requérant de ne pas avoir attiré l'attention des autorités belges quant à la situation en Grèce. Le formulaire, rempli par l'Office des étrangers, ne contient de fait aucune rubrique à ce sujet. La Cour invite l'État belge à adapter ses procédures administratives.

B. L'individualisation du risque

La Cour écarte l'argument de l'État belge fondé sur l'absence d'individualisation du risque allégué par le requérant en Grèce. « Le fait qu'un grand nombre de demandeurs d'asile en Grèce se trouvent dans la même situation que le requérant ne fait pas obstacle au caractère individualisé du risque invoqué, dès lors qu'il s'avère suffisamment concret et probable »¹⁸. Ces tempéraments à l'exigence d'individualisation portent ici sur les conditions d'accueil dans un pays membre de l'Union. Ils s'inscrivent dans la ligne de l'évolution de la jurisprudence de la Cour en matière d'éloignement du territoire.

La jurisprudence dominante de la Cour européenne des droits de l'homme exige que soit rapportée la preuve d'un risque individuel. L'existence d'une situation générale de violence dans un pays d'origine n'est pas suffisante pour qu'un éloignement puisse être jugé contraire à l'article 3 de la Convention¹⁹. La Cour a nuancé cette exigence dans plusieurs affaires. Dans les affaires *Salah Sheeck* ou *N.A. c. Royaume-Uni*²⁰, il est fait exception à l'exigence d'un risque individualisé si le requérant fait partie d'un groupe particulièrement visé tel le clan auquel appartenait Salah Sheeck en Somalie ou si les violences graves dans le pays d'origine sont à ce point généralisées que l'on ne peut exiger un risque individuel. Ces tempéraments sont à rapprocher de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne à propos de la protection subsidiaire lorsqu'il y a un risque réel de « menaces graves et individuelles... en raison d'une violence aveugle en cas de conflit armé »²¹. De la même manière, la

Cour de Luxembourg tempère l'exigence du caractère individuel de la menace²².

C. L'effectivité des recours internes

Outre la procédure administrative mise en place par les autorités belges, la Cour examine l'effectivité des recours juridictionnels contre les décisions prises en application du règlement au regard des articles 3 et 13 de la Convention. En l'espèce, un recours en suspension d'extrême urgence avait été formé auprès du Conseil du contentieux des étrangers. La Cour juge que ce recours ne peut être qualifié d'effectif en raison des carences du contrôle qu'il instaure.

Le constat de violation de l'article 3 permet de qualifier le grief de « défendable » de sorte qu'un recours effectif doit être garanti. Quelles doivent être ses qualités? Quatre conditions se déduisent de la jurisprudence de la Cour strasbourgeoise.

Premièrement, le recours doit être matériellement accessible. Tel n'était pas le cas en l'espèce. L'avocat avait introduit un recours en extrême urgence mais n'avait pas pu se rendre en temps voulu au Conseil du contentieux des étrangers, la cause ayant été fixée à l'audience une heure après l'introduction du recours. Aucun service de remplacement ou de permanence ne pallie ces difficultés pratiques.

Deuxièmement, le recours doit offrir des garanties procédurales suffisantes et ce même si ces dernières ne sont pas aussi élevées que celles requises par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme non applicable en matière d'asile. S'il n'est pas exigé de contrôle juridictionnel, l'autorité mise en place doit être indépendante et impartiale²³.

Troisièmement, un recours effectif doit permettre d'empêcher des conséquences irréversibles, ce que n'assure qu'un recours suspensif. L'arrêt *Conka c. Belgique* avait déjà souligné, à propos du recours en suspension devant le Conseil d'État, que « l'effectivité des recours exigée par l'article 13 suppose qu'il puisse empêcher l'exécution des mesures contraires à la Convention et dont les conséquences sont potentiellement irréversibles »²⁴. Une pratique administrative consistant à ne pas éloigner du territoire tant que le recours n'a pas été tranché est « trop aléatoire »²⁵ puisque la protection par la Convention est « de l'ordre de la garantie »²⁶. Dans

me-Uni, req. n° 43844/98. Le requérant soutenait qu'il courrait, en Allemagne, un risque réel d'être éloigné vers le Sri Lanka.

(14) C.E.D.H., décision du 2 décembre 2008, *K.R.S. c. Royaume-Uni*, req. n° 32733/08.

(15) C.E.D.H., décision du 15 décembre 2009, *Kaplan c. Allemagne*, req. n° 43212/05. « Le fait que l'État de destination soit un État contractant à la Convention ne saurait à lui seul faire obstacle à une protection judiciaire contre le renvoi d'un étranger. Cependant, pour l'évaluation des risques auxquels la personne concernée pourrait être exposée, il convient de prendre en considération, outre la nature et la gravité des violations alléguées par l'intéressé, la question de savoir si et dans quelle mesure cette violation pourrait être corrigée dans l'État de renvoi, en particulier par la possibilité pour l'intéressé de saisir la Cour de ce chef ».

(16) Les informations dont la Belgique devait disposer émanant du Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés (H.C.R.), du commissaire européen aux droits de l'homme et d'organisations non gouvernementales internationales reconnues. Le H.C.R. avait d'ailleurs recommandé à la Belgique la suspension des transferts vers la Grèce. Voy. toutefois, sur ce point, l'opinion dissidente du juge Bratza, qui ne peut « accepter... la conclusion de la majorité selon laquelle la situation en Grèce et les risques courus par les demandeurs d'asile dans ce pays étaient suffisamment clairs il y a environ dix-huit mois... alors que la Cour elle-même avait jugé à ce moment-là qu'il n'y avait pas de motifs suffisants pour appliquer l'article 39 de son règlement afin d'empêcher le renvoi vers la Grèce » (point 1).

(17) C.E.D.H., *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, point 345.

(18) *Ibidem*, point 359.

(19) C.E.D.H., 29 avril 1997, *H.L.R. c. France*, *Recueil* 1997-III, p. 758, points 41-42; 26 avril 2005, *Muslim c. Turquie*, req. n° 53566/99, pt 70; 20 septembre 2007, *Sultani c. France*, req. n° 45223/05, point 67.

(20) C.E.D.H., 11 janvier 2007, *Salah Sheekh c. Pays-Bas*, n° 1948/04, point 148; 17 juillet 2008, *N.A. c. Royaume-Uni*, n° 25904/07, points 115-116.

(21) Directive 2004/83 du 29 avril 2004, dite directive « qualification », article 15, c; J.O. L 304, 30 septembre 2004.

(22) C.J., 17 février 2009, aff. C-465/07, *Elgafaji, Rec.*, 2009, p. I-921 : « L'existence de menaces graves et individuelles contre la vie ou la personne du demandeur n'est pas subordonnée à la condition que ce dernier rapporte la preuve qu'il est visé spécifiquement en raison d'éléments propres à sa situation personnelle; [elle] peut exceptionnellement être considérée comme établie lorsque le degré de violence aveugle caractérisant le conflit armé en cours, apprécié par les autorités nationales compétentes saisies d'une demande de protection subsidiaire ou par les juridictions d'un État membre auxquelles une décision de rejet d'une telle demande est déférée, atteint un niveau si élevé qu'il existe des motifs sérieux et avérés de croire qu'un civil renvoyé dans le pays concerné ou, le cas échéant, dans la région concernée courrait, du seul fait de sa présence sur le territoire de ceux-ci, un risque réel de subir lesdites menaces » (dispositif).

(23) Voy. notamment C.E.D.H., 20 juin 2002, *Al-Nashif c. Bulgarie*, req. n° 50963/99, point 137.

(24) C.E.D.H., 5 février 2002, *Conka et autres, et Ligue des droits de l'homme c. Belgique*, req. n° 51564/99, point 79.

(25) *Ibidem*, point 83.

(26) *Ibidem*, point 84.

l'affaire *Jabari c. Turquie*, la Cour juge que l'importance de l'enjeu et le caractère irréversible de l'atteinte aux droits de l'étranger exigent une « possibilité de suspension » de la mesure²⁷. L'affaire *Gebremedhin c. France* précise qu'une possibilité de suspension ne suffit pas; il doit s'agir d'une suspension de plein droit²⁸, ce que confirme l'arrêt *Abdolkhani et Kamrimnia* du 22 décembre 2009²⁹. Les mêmes exigences sont applicables en dehors du contentieux de l'immigration, notamment en matière de détention³⁰.

Ces arrêts traitent d'éloignement vers des pays tiers. Leurs enseignements sont-ils pertinents lorsque l'étranger est transféré vers un État membre? L'arrêt *K.R.S.* aborde la question sans s'y arrêter expressément puisqu'il avait conclu au caractère non défendable du grief. Il souligne cependant que lorsqu'un demandeur invoque une violation de l'article 3 et demande la suspension de la décision négative sur sa demande d'asile ou d'une mesure subséquente d'expulsion, une décision ou une mesure ne peut être exécutée jusqu'à ce qu'une juridiction ait pris une première décision sur le caractère « défendable de la demande ».

Dans l'affaire *M.S.S.*, les griefs sont défendables. La Cour reste toutefois évasive quant au caractère suspensif d'un recours effectif. Elle est plus prolixe au sujet des garanties procédurales et de la portée du contrôle effectué par le juge, ici le Conseil du contentieux des étrangers. En ce qui concerne le caractère suspensif du recours, elle se limite à souligner que l'instauration d'un recours en suspension d'extrême urgence suspendant l'éloignement du territoire de plein droit est une évolution qui va dans le sens des arrêts *Conka* et *Gebremedhin*³¹. Sous réserve de la marge d'appréciation des États, cette garantie lui paraît *a priori* suffisante. La Cour confirme l'exigence d'un caractère suspensif sans précision³². Elle paraît éluder la question pour centrer son analyse sur la portée du contrôle juridictionnel. À supposer même ce recours effectif, il faut encore qu'il permette au juge saisi d'examiner « le contenu du grief et [d']offrir le redressement approprié »³³.

Cela nous mène à la quatrième condition. L'examen prescrit doit être suffisant pour remédier aux griefs défendables. Selon l'expression anglophone, il doit s'agir d'un *effective remedy*. Dans l'affaire *Vilvarajah c. Royaume-Uni*, la Cour a estimé que le contrôle juridictionnel par la High Court, limité à l'illégalité ou à l'irrationalité, est suffisant dès lors qu'il implique une vérification du risque au regard des droits fondamentaux³⁴. L'affaire *Jabari c. Turquie* statue en sens inverse quant au recours devant la Cour administrative d'Ankara qui n'impose pas au juge de procéder à un examen substantiel de la plainte du demandeur au regard de la Convention de Genève ou des droits fondamentaux³⁵.

L'arrêt *M.S.S.* estime que le contrôle exercé par le Conseil du contentieux des étrangers est trop limité dans le cadre de la procédure de suspension d'extrême urgence pour garantir un recours effectif. D'une part, cette procédure, de l'aveu même de l'État belge, réduit à sa plus simple expression l'exercice des droits de la défense et de l'instruction de la cause. D'autre part, l'examen auquel procède le Conseil du contentieux des étrangers n'est pas complet puisque certaines chambres « limit[ent] leur examen à vérifier si les intéressés avaient produit la preuve concrète du caractère irréparable du préjudice pouvant résulter de la violation potentielle alléguée de l'article 3 ». Les débats y sont centrés sur la question de l'existence du risque de préjudice grave difficilement réparable, lequel doit être concret et individuel alors même que les rapports internationaux font état d'une situation générale³⁶. Comme elle l'a fait pour les conditions d'accueil, la Cour conteste l'exigence d'individualisation.

Ces lacunes sont aggravées par le fait que les intéressés ne peuvent compléter leur dossier entre l'entretien à l'Office des étrangers et la décision prise en ce qui concerne l'éloignement sur la base du règlement de Dublin. Ils ne peuvent davantage le faire entre la décision administrative et l'examen de leur dossier par le Conseil du contentieux des étrangers alors que la Cour européenne des droits de l'homme se place à la date de l'éloignement pour évaluer le risque³⁷. Le contrôle de légalité porte sur la décision administrative et non sur l'état du risque à la date de l'éloignement.

Cette analyse remet en cause la distinction instaurée par le droit belge entre le recours de plein contentieux en matière d'asile et le recours de légalité en matière d'immigration, applicable également à la procédure « Dublin »³⁸. Le contentieux de la légalité est circonscrit tant en ce qui concerne la date à laquelle il est exercé qu'en ce qui concerne la portée de l'analyse à laquelle le juge procède.

Ces deux balises sont critiquées par la Cour. Pour être effectif, le recours se doit de prendre en considération le risque à la date de l'éloignement et d'intégrer le respect des droits fondamentaux.

Le Conseil du contentieux des étrangers a estimé devoir tirer des conséquences de l'arrêt *M.S.S.* et a prononcé des arrêts en assemblée générale le 17 février 2011, appuyés par la publication d'un communiqué précisant la manière dont la juridiction se conformera à cet arrêt³⁹. Sur le plan de la rhétorique, cette réaction est intéressante puisqu'un examen rigoureux des griefs au regard de la Convention est annoncé. Si l'analyse effectuée est élargie au point de satisfaire aux deux conditions qui se déduisent de l'arrêt *M.S.S.*, reste-t-il une différence autre que de vocabulaire entre le recours de plein contentieux et le recours de légalité? Il est hasardeux de lire les arrêts rendus en assemblée générale de la sorte puisque seule une réforme de la loi et de la procédure devant le Conseil du contentieux lui permettrait de procéder à un contrôle de plein contentieux. Cela étant, avant même une telle réforme, il est intéressant de rappeler que le Conseil d'État, dans le cadre de l'appréciation du risque de préjudice grave difficilement réparable, prenait en considération l'évolution de la situation même s'il estimait ne pas pouvoir le faire au niveau de l'analyse des moyens puisqu'il s'agissait là d'un contrôle de pure légalité et non d'un contrôle de plein contentieux.

4

L'avenir du système européen

L'arrêt *M.S.S.* conduit à s'interroger sur l'avenir tant du règlement Dublin II visé en l'espèce (a) que, de façon plus générale, de l'ensemble du système commun d'asile (b).

A. Dublin II

Pour exonérer sa responsabilité sur ce qui se passerait en Grèce, voire au-delà de la Grèce en cas de renvoi par ce pays vers un pays tiers, la Belgique se prévalait du respect de ses obligations internationales, en l'occurrence du droit de l'Union européenne qui, par le règlement Dublin II, désigne l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile au sein de l'Union. En l'espèce, cet État était la Grèce. Parallèlement, la Belgique pouvait invoquer la confiance légitime qui existe entre États membres et la présomption de respect des droits de l'homme par les États membres et par l'ordre juridique de l'Union dans son ensemble. La Belgique rappelait que « le règlement "Dublin" a été établi dans le respect du principe de non-refoulement figurant dans la Convention de Genève et le respect des droits fondamentaux, ainsi que sur le principe que les États membres sont des pays sûrs »⁴⁰. Après tout, la Belgique

(27) C.E.D.H., 11 juillet 2000, *Jabari c. Turquie*, req. n° 40035/98, point 50.

(28) C.E.D.H., 26 avril 2007, *Gebremedhin (Gaberamadhan) c. France*, req. n° 25389/05. La Cour va dans le même sens dans l'affaire *Muminov*. Elle souligne l'importance « d'une possibilité effective de suspendre la mise en œuvre de mesures dont les effets sont potentiellement irréversibles » (C.E.D.H., 11 décembre 2008, *Muminov c. Russie*, point 102).

(29) Il exige « automatic suspensive effect » (C.E.D.H., *Abdolkhani et Kamrimnia c. Turquie*, req. n° 30471/08, points 108 et 116). Il en va de même de l'arrêt *Baysakov et autres c. Ukraine* du 18 janvier 2010 (C.E.D.H., *Baysakov et autres c. Ukraine*, req. n° 54131/08). Il condamne l'Ukraine au regard de l'article 13 parce que le recours contre l'extradition n'est pas automatiquement suspensif.

(30) Dans l'affaire *Payet c. France*, l'arrêt du 20 janvier 2011 souligne qu'un recours n'est effectif que s'il peut empêcher l'exécution des mesures contraires à la Convention et dont les conséquences sont potentiellement irréversibles tel un placement disciplinaire (*Payet c. France*, req. n° 19606/08, pt 129). Il s'ensuit qu'un « recours inapte à prospérer en temps utile n'est ni adéquat, ni effectif » (point 133). Dans le même sens, Voy. C.E.D.H., 9 juillet 2009, *Khider c. France*, req. n° 39364/05, en matière de transfert de détenu.

(31) C.E.D.H., *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, point 387.

(32) Elle le fait également lorsqu'elle juge qu'« il ne peut être reproché au requérant de ne pas avoir poursuivi la procédure au stade de l'annulation dès lors que cette procédure ne pouvait offrir au requérant un redressement approprié puisqu'il eut été postérieur à l'éloignement déjà effectué ».

(33) C.E.D.H., *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, point 387.

(34) C.E.D.H., 30 octobre 1991, *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, série A, n° 215-A.

(35) C.E.D.H., *Jabari* (2000), points 49-50. Sur cet arrêt voy. E. BREMS, obs. sous C.E.D.H., *Jabari c. Turquie* du 22 juillet 2000, *Juristenkrant*, 2002, liv. 6, p. 11.

(36) C.E.D.H., *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, point 389. Cette analyse est à mettre en regard du point 359 relatif à l'individualisation du risque lié aux conditions d'accueil.

(37) Voy. notamment C.E.D.H., 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, Rec., 1996-V, point 97; 17 décembre 1996, *Ahmed c. Autriche*, Rec., 1996-VI, point 43; voy. 26 juillet 2005, *N. c. Finlande*, req. n° 38885/02, point 160.

(38) Voy. J.-Y. CARLIER, « Évolution procédurale du statut de l'étranger : constats, défis, propositions », *J.T.*, 2011, p. 117.

(39) C.C.E., 17 février 2011, arrêts 56201 à 56208 et communiqué du 18 février 2011 accessible sur www.cce-rvv.be.

(40) C.E.D.H., *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, point 326.

pouvait se prévaloir de la jurisprudence même de la Cour européenne des droits de l'homme qui, dans l'affaire *Bosphorus*, avait admis que « le souci de respecter le droit communautaire constitue pour une Partie contractante un dessein légitime »⁽⁴¹⁾. Or, ajoutait l'arrêt *Bosphorus*, « la protection des droits fondamentaux offerte par le droit communautaire [étant] « équivalente » à celle assurée par le mécanisme de la Convention [européenne des droits de l'homme, ... l'État membre] ne s'est pas écarté des obligations qui lui incombent au titre de la Convention lorsqu'[il] a mis en œuvre celles qui résultaient de son appartenance à la Communauté européenne »⁽⁴²⁾. En outre, dans l'affaire *M.S.S.* elle-même, la Cour européenne des droits de l'homme n'avait proposé aucune mesure provisoire envers la Belgique sur la base de son règlement, faisant *a priori* confiance à la Grèce invitée, par simple lettre, à respecter ses obligations⁽⁴³⁾. La Belgique devait-elle être plus respectueuse des droits de l'homme que la Cour? Si, ultérieurement, la Cour condamne la Belgique, considérant qu'elle avait une connaissance suffisante des risques encourus par *M.S.S.* en Grèce, faut-il en déduire que la Cour condamne le règlement Dublin et opère un revirement par rapport à sa jurisprudence *Bosphorus*? Non, ce serait une lecture erronée, et de *M.S.S.*, et de *Bosphorus*. De *M.S.S.* d'abord, car la Cour ne condamne pas le règlement Dublin, mais son application incorrecte par la Belgique. Dans un subtil équilibre, la Cour parvient à condamner la pratique sans condamner le droit communautaire. Elle souligne que l'article 3, § 2, du règlement Dublin comporte une clause de souveraineté, en vertu de laquelle « par dérogation à la règle générale ... chaque État membre peut examiner une demande qui lui est présentée... même si cet examen ne lui incombe pas en vertu des critères fixés dans le règlement ». La Cour en déduit « que les autorités belges auraient pu, en vertu du règlement, s'abstenir de transférer le requérant » vers la Grèce, en manière telle que ce transfert « ne relevait pas strictement des obligations juridiques internationales [et que] dès lors, la présomption de protection équivalente ne trouve pas à s'appliquer en l'espèce »⁽⁴⁴⁾. Ensuite, ce serait une lecture erronée de *Bosphorus* que de considérer qu'il y aurait ici revirement de jurisprudence car même si elle trouvait à s'appliquer, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, il ne s'agit que d'une « présomption de protection équivalente », une présomption réfragable qui, comme l'indiquait l'arrêt *Bosphorus*, peut être « renversée »⁽⁴⁵⁾, car « il serait contraire au but et à l'objet de la Convention que les États contractants soient exonérés de toute responsabilité »⁽⁴⁶⁾ en manière telle que « un constat de protection équivalente ne saurait être définitif : il doit être réexaminé à la lumière de tout changement pertinent dans la protection des droits fondamentaux »⁽⁴⁷⁾.

En d'autres termes, si Dublin n'est pas condamné en soi, l'État ne peut plus se cacher derrière le voile de Dublin pour exonérer sa responsabilité,

« le voile est déchiré »⁽⁴⁸⁾. Chaque État doit, *in concreto*, justifier des vérifications faites pour s'assurer que le transfert d'un demandeur d'asile conforme aux critères du règlement Dublin ne comporte pas, en outre, un risque de traitement inhumain ou dégradant, auquel cas il doit utiliser la clause de souveraineté. On peut alors s'interroger sur l'avenir de Dublin. Le règlement avait déjà été critiqué pour son peu d'intérêt — il concerne 7% des demandes d'asile dans l'Union européenne — son coût et sa lenteur, plusieurs mois étant utilisés à déterminer l'État responsable sans examen de la demande d'asile que l'on voudrait rapide. Le mécanisme est encore alourdi par l'obligation de contrôle des droits fondamentaux que *M.S.S.* fait peser sur les États en manière telle que, comme des auteurs l'avaient déjà souligné avant *M.S.S.*, « une modification profonde du système s'impose pour pallier ces difficultés »⁽⁴⁹⁾.

B. Le système commun d'asile

Au-delà de Dublin, il ne faut pas négliger l'impact de l'arrêt *M.S.S.* sur l'ensemble de la politique européenne d'asile qui, après un premier stade d'harmonisation très partielle qui relève plus de la coordination, tente d'évoluer vers une « politique commune »⁽⁵⁰⁾.

En premier lieu, le contrôle exercé par la Cour européenne des droits de l'homme serait tantôt de nature à remettre en question certains acquis du droit communautaire de l'asile, tantôt de nature à préciser les obligations qui s'en déduisent pour les États. De ce dernier point de vue, la jurisprudence *M.S.S.* précise les obligations des États non seulement dans la mise en œuvre du mécanisme Dublin, mais aussi à propos du recours effectif dans cette matière ainsi que des conditions d'accueil des demandeurs d'asile. Du premier point de vue, le renversement possible de la présomption de confiance légitime entre États membres au regard du respect des droits fondamentaux questionne très sérieusement la présomption de statut de pays sûr de tous les États membres, ayant conduit, d'abord dans le protocole Aznar, ensuite dans la directive qualification, à exclure *a priori* du champ personnel de la protection les citoyens de l'Union. Pas plus qu'au regard de Dublin, cette présomption n'est irréfragable.

En second lieu, le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme responsabilise les États dans leur marge d'appréciation pour l'ensemble de la politique européenne d'asile et d'immigration. En effet, les autres textes

adoptés dans le cadre de la politique européenne d'asile et d'immigration sont, pour l'essentiel, des directives, non des règlements comme Dublin⁽⁵¹⁾. Or la marge d'appréciation que la Cour de Strasbourg, à partir de la clause de souveraineté du règlement Dublin, non seulement reconnaît mais impose aux États pour le respect des droits fondamentaux est susceptible de s'appliquer bien évidemment à toute directive qui, par hypothèse en matière d'asile et d'immigration, est un texte normatif d'harmonisation *a minima* comportant toujours une clause précisant, comme à l'article 3 de la directive qualification, que « les États membres peuvent adopter ou maintenir des normes plus favorables ». En d'autres termes, avec *M.S.S.*, la Cour européenne des droits de l'homme s'offre le moyen de mesurer, dans chaque cas, la conformité du droit européen de l'asile au regard de la Convention européenne des droits de l'homme au travers du prisme de la responsabilité des États, sans devoir condamner le droit communautaire. Ce n'est pas dire que la Cour européenne des droits de l'homme s'érige en juge suprême, supérieur à la Cour de justice. D'une part, il y a d'un contrôle croisé, complémentaire, entre les deux juridictions européennes. À plusieurs reprises déjà, la Cour de Luxembourg a elle aussi, par voie de réponse à des questions préjudicielles, imposé des interprétations du droit communautaire de l'asile conformes à la Convention de Genève et à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁽⁵²⁾. D'autre part, les deux juridictions européennes entendent responsabiliser les juges nationaux qui doivent demeurer — ou redevenir — les premiers garants des droits fondamentaux en offrant des recours effectifs et, au besoin, en posant une question préjudicielle à la Cour de Luxembourg si des doutes subsistent quant à l'application qui doit être faite d'un texte de droit communautaire européen. À cet égard, en Belgique, le fait que le Conseil du contentieux des étrangers n'ait posé aucune question préjudicielle relative aux textes européens en matière d'asile et d'immigration, alors qu'il a compétence pour le faire depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009, est d'autant plus regrettable que telle démarche eût éventuellement permis d'éviter à la Belgique d'être, une fois de plus, condamnée à Strasbourg⁽⁵³⁾. Loin de porter atteinte aux souverainetés, ces « interactions bien réelles » du dialogue des juges⁽⁵⁴⁾ sont de nature à confirmer la place importante de tous les pouvoirs judiciaires dans la construction progressive et difficile d'une harmonisation de l'asile européen. Est significative à cet égard la déclaration exceptionnelle faite le 11 février 2011, juste après l'arrêt *M.S.S.*, par le président de la Cour européenne des droits de l'homme. Face à l'engor-

(41) C.E.D.H., 30 juin 2005, *Bosphorus c. Irlande*, point 150.

(42) *Ibidem*, point 165.

(43) *Supra*, note 16.

(44) C.E.D.H., *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, points 339 et 340.

(45) C.E.D.H., *Bosphorus c. Irlande*, point 166.

(46) *Ibidem*, point 154.

(47) *Ibidem*, point 155.

(48) H. LABAYLE, « Le droit européen de l'asile devant ses juges : précisions ou remise en question? », *R.F.D.A.*, mars 2011 (à paraître) où l'auteur livre une remarquable synthèse du rôle des juges dans la construction du droit européen de l'asile.

(49) Y. PASCOU, *La politique migratoire de l'Union européenne - De Schengen à Lisbonne*, Paris, L.G.D.J., 2010, p. 538; S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, 3^e éd., Oxford University Press, 2011, pp. 360-363; F. MAIANI, « Fitting EU asylum standards in Dublin equation : recent case law, legislative reforms, and the position of Dublin associates », *Revue suisse pour la pratique et le droit d'asile (ASYL)*, 2010, p. 9. Sur la faiblesse des modifications proposées par la Commission européenne, voy. F. MAIANI et V. VEVSTAD, « Reflection Note on the Evaluation of the Dublin System and on the Dublin III Proposal », European Parliament, Civil Liberties, Justice and Home Affairs, March 2009, PE 410.690, 10 p.

(50) Article 78 TFUE.

(51) Il s'agit principalement, pour l'asile, de deux directives : l'une, la directive « qualification », précisant les personnes à protéger; l'autre, la directive « procédure », fixant un cadre procédural minimal (directive 2004/83 du 29 avril 2004 et directive 2005/85 du 1^{er} décembre 2005).

(52) C.J., 17 février 2009, aff. C-465/07, *Elgafaji, Rec.*, 2009, p. I-921; 2 mars 2010, aff. jointes C-175/08, 176/08, 178/08 et 179/08, *Salahadin*; 17 juin 2010, aff. C-31/09, *Bolbol*; 9 novembre 2010, aff. jointes C-57/09 et C-101/09, *B.&D.*, non encore publié au *Recueil*.

(53) Il pourrait être fait usage, en particulier, de la procédure préjudicielle urgente (P.P.U.) en cas de détention. Voy. L. LEBOEUF, « Étrangers détenus et questions préjudicielles : apports du Traité de Lisbonne », *J.T.*, 2011, à paraître.

(54) H. LABAYLE, *op. cit.*

gement de la Cour en matière de recours suspensifs — d'une centaine en 2006 à près de 5000 en 2010 — il invite les États à « prévoir au niveau national des recours à l'effet suspensif, fonctionnant de manière effective et juste », car « la Cour n'est pas une instance d'appel européenne des décisions en matière d'asile et d'immigration rendues par les juridictions nationales ». Cette déclaration vise à donner une large publicité au principe de subsidiarité, expressément rappelé par la Cour dans l'arrêt *M.S.S.* : « Le mécanisme de plainte devant la Cour revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de sauvegarde des droits de l'homme. Cette subsidiarité s'exprime dans les articles 13 et 35, § 1^{er}, de la Convention »⁵⁵. Il appartient précisément aux juridictions nationales de prouver que la Cour européenne ne doit pas devenir une juridiction d'appel en assumant leur rôle. Par les arrêts d'assemblée générale prononcés à la suite de *M.S.S.*, le Conseil du contentieux des étrangers donne, en ce sens, un signe dont il conviendra de mesurer l'effectivité dans les jurisprudences ultérieures⁵⁶.



Conclusion

L'arrêt de grande chambre *M.S.S.* est important pour la Grèce, pour la Belgique et pour l'Union européenne.

Pour la Grèce, il impose la mise en place d'une véritable procédure d'asile et de modalités d'accueil des demandeurs d'asile. Dans l'attente, d'autres États ne peuvent, en principe, procéder au renvoi de requérants d'asile vers la Grèce.

Pour la Belgique, l'arrêt *M.S.S.* rappelle que les recours doivent, du point de vue du respect des droits fondamentaux, être effectifs en droit comme en fait, ces deux conditions étant cumulatives. Ainsi, un recours effectif en droit n'est pas effectif en fait s'il ne conduit à des remèdes suffisants contre le risque de violation des droits fondamentaux. De même, un recours suspensif de fait n'est pas effectif en droit si la suspension de plein droit n'est pas inscrite dans les textes. Le Conseil du contentieux des étrangers en prend acte, mais le législateur devra y pourvoir.

Pour l'Union européenne, si l'arrêt *M.S.S.* n'enterre ni Dublin, ni le système commun d'asile, il constitue une sérieuse mise en garde. Dans l'application de ces textes, chaque État conserve, en vertu de sa souveraineté nationale, le droit d'examiner toute demande. Ce droit devient obligation positive lorsque, en s'abstenant, un État risquerait de mettre en péril les droits fondamentaux d'un requérant. Trop souvent opposée radicalement aux droits de l'homme, la souveraineté nationale redevient ainsi leur garantie première.

Jean-Yves CARLIER

Sylvie SAROLEA

Professeurs à l'U.C.L.

DROIT PÉNAL. — Responsabilité pénale. — Vol aggravé par la circonstance de meurtre. — Participation punissable. — Automaticité de la responsabilité pénale du chef de la circonstance aggravante de meurtre (non).

C.E.D.H. (1^{re} sect.), 20 janvier 2011

Siég. : Ch. Rozakis (prés.), N. Vajic, K. Hajiyev, D. Spielmann, S.E. Jebens, G. Malinverni et G. Nicolaou (juges).

Plaid. : MM^{es} R. Schons et G. Neu.

(Skender Haxhishabani c. Luxembourg).

Le droit à la présomption d'innocence n'est pas méconnu lorsque le juge analyse avec soin l'élément intentionnel au plan de la circonstance aggravante du meurtre dans le chef des participants à l'infraction principale de vol.

Le juge n'impute pas automatiquement la circonstance aggravante objective de meurtre au participant à l'infraction principale de vol lorsqu'il examine, avec la plus grande attention et sur la base des éléments contradictoirement débattus devant lui, le comportement de celui-ci et le rôle joué par lui, de telle sorte qu'il subjectivise cette circonstance aggravante avant de conclure qu'il est coauteur des faits ayant entraîné la mort de la victime.

(Extraits)

En droit.

1. Sur la violation alléguée de l'article 6, § 2, de la Convention.

22. Le requérant se plaint d'une atteinte à la présomption d'innocence dans son chef. Il reproche aux juges du fond d'avoir retenu le meurtre comme circonstance aggravante du vol à son égard, sans se prononcer sur la question de son implication individuelle dans ce meurtre. Dans ses observations du 16 septembre 2009, il se plaint en outre d'avoir dû présenter sa défense avant même que le ministère public ne prenne un réquisitoire à son encontre et n'annonce en audience publique le tarif de la peine demandée. Il invoque l'article 6, § 2, de la Convention, ainsi libellé :

« 2. Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie ».

23. Le gouvernement s'oppose à cette thèse.

B. Sur le fond.

34. Le requérant expose que la présomption d'innocence ne saurait être battue en brèche au moyen de la répercussion automatique d'une circonstance aggravante, mais uniquement en vertu d'une démonstration claire et nette de

l'accomplissement d'un acte matériel par l'auteur ainsi que de la caractérisation de la volonté de l'auteur de transgresser l'interdit, délibérément et en connaissance de cause. Ainsi, il estime qu'il doit rester présumé innocent de l'infraction de meurtre, tant qu'il n'a pas été démontré qu'il a volontairement et consciemment participé au meurtre, aussi bien sur le plan matériel que sur le plan de l'intention. Or, en l'espèce, les juges du fond n'ont, selon le requérant, pas caractérisé le fait qu'il avait matériellement, sciemment et volontairement participé au meurtre commis dans le cadre du vol.

35. Le gouvernement considère que les juridictions criminelles ont respecté le principe de la présomption d'innocence. En effet, la responsabilité pénale du requérant a été établie individuellement en ce qui concerne sa participation à l'infraction. Pour ce qui est des circonstances aggravantes, les juges du fond ont tenu compte du rôle déterminant joué par le requérant lors de la préparation, de l'organisation et de l'exécution du crime. Ils ont souligné qu'il n'était pas prouvé que le requérant avait frappé ou tué lui-même la victime, mais qu'il avait accepté tacitement cette éventualité. Il y a ainsi eu « établissement légal de la culpabilité » sur la base des faits et d'un raisonnement juridique. Tant en première instance qu'en appel, les juges ont considéré que le rôle du requérant était légalement établi en ce qui concerne le meurtre de la victime et que le parquet avait apporté des preuves suffisantes pour fonder la déclaration de culpabilité du requérant. Le gouvernement conclut qu'admettre la thèse du requérant reviendrait à le sanctionner uniquement pour une tentative de vol et ne pas tenir compte de son rôle d'instigateur effectivement joué, rôle laborieusement reconstitué par les enquêteurs et examiné en détail par les juges.

36. La Cour précise d'emblée qu'elle n'est pas appelée à examiner *in abstracto* la compatibilité avec la Convention de la jurisprudence luxembourgeoise relative à l'article 475 du Code pénal. Il n'entre pas davantage dans ses attributions de substituer sa propre appréciation des faits et des preuves à celle des juridictions internes, cette tâche relevant, au premier chef, du droit interne et des juridictions nationales (*Schenk c. Suisse*, 12 juillet 1988, §§ 45-46, série A, n° 140 et *García Ruiz c. Espagne*, gde ch., n° 30544/96, § 28, CEDH 1999-I).

37. La Cour estime que la manière dont les éléments constitutifs de la circonstance aggravante furent appliqués au requérant est une déduction assimilable à une « présomption » en matière pénale.

38. Elle rappelle que la Convention ne prohibe pas les présomptions de fait ou de droit en matière pénale. Elle oblige néanmoins les États « à ne pas dépasser à cet égard un certain seuil » : ils doivent « les enserrer dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense » (*Salabiaku c. France*, 7 octobre 1988, § 28, série A, n° 141-A; *Radio France et autres c. France*, n° 53984/00, § 24, CEDH 2004-II). La Cour recherchera si ces limites ont été franchies au détriment du requérant.

39. En l'espèce, les juridictions internes estimeront qu'en raison du caractère objectif de la circonstance aggravante du meurtre, le requérant

(55) C.E.D.H., *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, point 287, citant également *Kudla c. Pologne*, req. n° 30210/96, point 152.

(56) *Supra*, note 39.