

ARRÊT DU 2 Avril 2015

COUR D'APPEL DE PARIS

**PÔLE 7
DEUXIÈME CHAMBRE DE L'INSTRUCTION**

ORDONNANCE DE REFUS DE DEMANDE DE MESURE D'INSTRUCTION

A R R E T
(N° 2, 7 pages)

Prononcé en chambre du conseil le **deux avril deux mil quinze**

Procédure suivie contre X des chefs d'accomplissement arbitraire d'un acte attentatoire à la liberté individuelle par personne dépositaire de l'autorité publique ayant entraîné une détention de plus de 7 jours, abstention volontaire de mettre fin à une privation de liberté illégale par personne dépositaire de l'autorité, arrestation, détention et séquestration d'une personne sans ordre des autorités constituées et hors les cas prévus par la loi.

PARTIES CIVILES

ABDERRAHMANI Hafsa, BENCHELLALI Chelali, BENCHELLALI Mourad, SASSI Khedidja épouse MAKHLOUF, SASSI Nizar, SASSI Sassi,
Domicile élu au cabinet de leur conseil,

Ayant tous pour avocat :
Me BOURDON, 156 rue de Rivoli - 75001 PARIS

BEN MUSTAPHA Khaled,
Domicile élu au cabinet de son conseil,

Ayant pour avocat
Me MEILHAC, 14 rue de Milan - 75009 PARIS

COMPOSITION DE LA COUR :

Lors des débats, du délibéré et du prononcé de l'arrêt :

Mme LUGA, Président
Mme MERY-DUJARDIN, Conseiller
Mme DUTARTRE, Conseiller

Tous trois désignés en application des dispositions de l'article 191 du Code de procédure pénale.

GREFFIER : lors des débats et du prononcé : Mlle LAMBERT

MINISTÈRE PUBLIC : lors des débats : Mme GULPHE-BERBAIN, Avocat général et du prononcé : Mme FRYDMAN, Avocat général



DÉBATS

A l'audience, en chambre du conseil, le **05 mars 2015**, ont été entendus :

Mme LUGA, Présidente, en son rapport ;

Mme GULPHE-BERBAIN, Avocat général, en ses réquisitions ;

Me BOURDON, avocat des parties civiles, en ses observations sommaires et a eu la parole en dernier ;

Me MEILHAC, avocat de Khaled BEN MUSTAPHA, partie civile, régulièrement avisé de la date d'audience, ne s'est pas présenté.

RAPPEL DE LA PROCÉDURE

Par ordonnance du 01 avril 2014, le juge d'instruction du Tribunal de Grande Instance de PARIS a rejeté la demande d'actes présentée par Me BOURDON, avocat des parties civiles.

Le même jour, ladite ordonnance a été notifiée par lettres recommandées aux parties civiles, ainsi qu'à leurs avocats, conformément aux dispositions de l'article 183 alinéas 2, 3 et 4 du Code de procédure pénale.

Le 09 avril 2014, Me William BOURDON, avocat de Nisar SASSI, partie civile, personne mise en examen a interjeté appel de cette ordonnance au greffe du Tribunal de Grande Instance de PARIS

Le 09 avril 2014, Me William BOURDON, avocat de Mourad BENCHELLALI, partie civile, personne mise en examen a interjeté appel de cette ordonnance au greffe du Tribunal de Grande Instance de PARIS

Conformément aux dispositions de l'article 186-1 du Code de procédure pénale, le Président de la Chambre de l'instruction par ordonnance en date du 10 novembre 2014 a dit que cette chambre serait saisie de l'appel et a ordonné la transmission du dossier au Procureur général.

La date à laquelle l'affaire serait appelée à l'audience a été notifiée par lettres recommandées du 06 janvier 2015 aux parties civiles, ainsi qu'à leurs avocats.

Le même jour, le dossier comprenant le réquisitoire écrit de M. le Procureur général en date du 26 novembre 2014, a été déposé au greffe de la Chambre de l'instruction et tenu à la disposition des avocats des parties.

Me BOURDON, avocat des parties civiles, a déposé le 04 mars 2015, au greffe de la Chambre de l'instruction, un mémoire visé par le greffier, communiqué au Ministère public et classé au dossier.

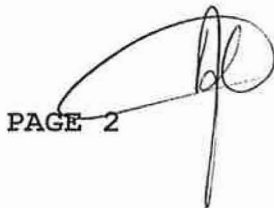
DÉCISION

Prise après en avoir délibéré conformément à l'article 200 du Code de procédure pénale.

EN LA FORME

Considérant que ces appels, réguliers en la forme, ont été interjetés dans le délai de l'article 186 du Code de procédure pénale ; qu'ils sont donc recevables.

Considérant qu'il convient, pour une bonne administration de la justice, de les joindre ;



AU FOND

Le 14 novembre 2002, les parents de Nizar Sassi et Mourad Benchellali ont déposé une plainte avec constitution de civile dénonçant des faits d'arrestation, enlèvement, détention, séquestration sans ordre des autorités constituées et hors les cas prévus par la loi, de détention arbitraire et d'abstention de mettre fin à une détention arbitraire dont auraient été victimes les intéressés du fait des conditions de leur arrestation, au cours d'opérations menées en Afghanistan à la suite des attentats perpétrés sur le territoire des Etats-Unis le 11 septembre 2001, puis de leur transfert et de leur détention en dernier lieu sur la base militaire américaine de la baie de Guantanamo.

Par ordonnance du 14 février 2003, le juge d'instruction au tribunal de grande instance de Lyon a rendu une ordonnance de refus d'informer, motif pris de ce que les faits dénoncés ne peuvent légalement comporter une poursuite pour une cause affectant l'action publique elle-même " (D 16).

Par arrêt du 20 mai 2003, la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Lyon a confirmé l'ordonnance déferée aux motifs :

- que les faits dénoncés ne peuvent légalement comporter de poursuite ni admettre une qualification pénale, ceux-ci s'inscrivant dans le cadre *"des résolutions n° 1368 du 12 septembre 2001 et n° 1373 du 28 septembre 2001 adoptées à l'unanimité par le conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies et de l'article 51 de la Charte des Nations Unies"*, lesquelles *prévalent sur l'article 432 du Code pénal français, qui n'a pas d'application à l'espèce* ;
- qu'aucune convention internationale ne donne compétence aux juridictions françaises pour connaître de ces faits, lesquels ne *"sauraient être régis par le seul droit français, les manquements dénoncés n'étant au surplus énoncés par aucun pacte ou accord international ou par la loi française"* ;
- et qu'il n'appartient pas à la juridiction française de connaître du "décret militaire" signé le 13 novembre 2001 par le président des Etats-Unis d'Amérique.-

Dans un arrêt du 4 janvier 2005, la Cour de cassation a jugé qu'il y avait lieu d'analyser si l'arrestation et les conditions de détention de Nizar Sassi et Mourad Benchellali, au regard notamment de la troisième convention de Genève du 12 août 1949 et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966, entraient dans les prévisions de l'article 224-1 du code pénal et, comme telles, en raison de la nationalité française des personnes concernées, relevaient de la compétence des lois et juridictions françaises, en application des articles 113-7 du code pénal et 689 du code de procédure pénale.

Par arrêt du 1^{er} juin 2005, faisant suite à cette décision de la Cour de cassation, la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris désignait un juge d'instruction pour instruire cette procédure

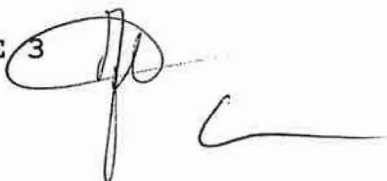
Le 16 mars 2009, Khaled Ben Mustapha a déposé plainte avec constitution de partie civile des chefs d'enlèvement et séquestration, actes de torture et de barbarie, et atteinte arbitraire à la liberté individuelle, faits qui auraient également été commis au cours de son arrestation en Afghanistan puis de son transfert et de sa détention sur la base militaire de la baie de Guantanamo.

Cette plainte a été jointe à la procédure initiale par ordonnance du 16 décembre 2011.

Le 6 octobre 2009, Monsieur le Procureur de la République de Paris a saisi le Juge d'instruction de réquisitions supplétives s'agissant des faits de tortures et actes de barbarie, concomitants aux crimes d'arrestation, enlèvement, détention, séquestration sans ordre des autorités constituées et hors les cas prévus par la loi, commis en réunion, avec préméditation et avec usage ou menace d'une arme, susceptibles d'avoir été commis sur les personnes de Nizar SASSI et Mourad BENCHELLALI.

Le 2 janvier 2012 la juge d'instruction délivrait une commission rogatoire internationale aux Etats Unis d'Amérique avec pour mission de:

...." nous avons l'honneur de prier les autorités compétentes de la République fédérale des États-Unis d'Amérique de bien vouloir accepter notre présence sur leur territoire, ainsi que la présence et la collaboration des fonctionnaires de l'Office Central pour la Répression des Violences faites aux Personnes de la Direction Centrale de la Police Judiciaire du ministère de l'Intérieur, porteurs d'un deuxième original de la présente commission rogatoire internationale, et de bien vouloir faire procéder,



en notre présence, à toutes investigations utiles à la manifestation de la vérité, notamment auditions, perquisitions, réquisitions, saisies, aux fins de nous permettre de prendre connaissance et de prendre copie de tous documents détenus par les autorités américaines concernant Mourad BENCHELLALI, Nizar SASSI et Khaled BEN MUSTAPHA, notamment ceux relatifs aux conditions de leur arrestation, de leur transfert et de leur détention dans un camp militaire à Kandahar, puis de leur transfert et de leur détention sur la base américaine de la baie de Guantanamo

- nous communiquer tous documents concernant les fondements et les modalités des opérations armées menées en Afghanistan et au Pakistan et au traitement des personnes arrêtées lors de ces opérations
- nous communiquer tous documents relatifs aux procédures judiciaires susceptibles d'avoir concerné, directement ou indirectement, Mourad BENCHELLALI, Nizar SASSI et Khaled BEN MUSTAPHA;
- identifier et entendre toutes les personnes ayant été en contact avec Mourad BENCHELLALI, Nizar SASSI et Khaled BEN MUSTAPHA au cours de leur détention en Afghanistan puis sur la base américaine de la baie de Guantanamo
- nous permettre de procéder à toutes constatations matérielles utiles sur la base américaine de la baie de Guantanamo, et notamment dans les lieux où ont été détenus Mourad BENCHELLALI, Nizar SASSI et Khaled BEN MUSTAPHA. ..”

Malgré plusieurs relances, notamment par l'intermédiaire du Magistrat de liaison à Washington, la commission rogatoire internationale n'a pas été, à ce jour, exécutée.

Le 26 février 2014 le conseil de BENCHELLALI Mourad saisissait le juge d'instruction d'une demande aux fins de procéder, en sa présence, à l'audition du Général Geoffrey Daniel Miller, ancien Commandant de la base de Guantanamo, en l'état du refus implicite par les Etats Unis d'exécuter la commission rogatoire Internationale délivrée par le Magistrat.

Il sollicitait que cette audition ait lieu en sa présence.

Cette demande était rejetée le 1^{er} Avril 2014 par ordonnance, dont il est relevé appel:

"La jurisprudence de la Cour de Cassation a consacré le principe selon lequel la coutume internationale qui s'oppose à la poursuite des Etats devant les juridictions s'étend aux organes et entités qui constituent l'émanation de l'Etat ainsi qu'à leurs agents en raison d'actes qui relèvent de la souveraineté de l'Etat concerné.

Or le commandant MD MILLER est un agent de l'Etat Américain qui agit dans le cadre d'un acte relevant de la sécurité de l'Etat américain. En conséquence, le commandant MILLER ne pourrait être entendu qu'en qualité de témoin.

Attendu que Madame Sophie CLEMENT, magistrat instructeur chargé du dossier a adressé aux Autorités américaines une commission rogatoire Internationale en date du 2janvier 2012, que dans le cadre de cette commission rogatoire internationale, il était demandé d'accepter la présence du magistrat instructeur français auprès des autorités Judiciaires Américaines aux fins, entre autres d'identifier et d'entendre toutes les personnes ayant été en contact avec les parties civiles lors de leur détention sur la base américaine de Guantanamo ce qui était le cas de MD MILLER en sa qualité de commandant de la base de Guantanamo.

Qu'à ce jour, il ressort, tant des contacts avec les services de la Chancellerie qu'avec le magistrat de liaison français aux Etats Unis, qu'elle ne sera pas exécutée et qu'il n'y aura pas de réponse, qu'une demande d'audition d'un responsable américain résidant sur le territoire américain ne peut passer que par une demande d'entraide internationale, qu'ainsi, cette demande est vouée à l'échec et ne peut que retarder inutilement la clôture d'un dossier ouvert en l'an 2005."

Par courrier adressé à la Cour et portant date du 15 avril 2014, le conseil des parties civiles rédigeait un bref argumentaire, aux termes duquel il faisait valoir que:

- les faits dénoncés sont d'une extrême gravité
- la procédure Française est la seule en Europe visant ces faits
- la CRI délivrée aux USA ne sera pas exécutée
- la base juridique de la demande d'audition du commandant MILLER dans le cadre de la CRI diffère profondément de celle d'une demande faite par un magistrat instructeur aux fins de faire progresser la



vérité

-l'existence de l'avis juridique de juristes éminents dont le Professeur GALLACHER constitue un élément nouveau qui aurait dû être pris en compte par le Magistrat instructeur, dès lors que ce Commandant " peut et doit être présumé responsable de la Direction du Camp de GUANTANAMO.... et des conditions dans lesquelles il a été dirigé "

Par ordonnance en date du 10 Novembre 2014, le Président de la chambre de l'Instruction considérait qu'il y avait lieu de saisir la formation collégiale, au motif que:

" compte tenu de l'argumentation développée par les Conseils des parties civiles au soutien de leurs appels, de la nature et du contexte particuliers des infractions poursuivies , il y a lieu de soumettre le présent appel à l'examen de la chambre de l'Instruction. "

Le 10 avril 2014, le Magistrat instructeur notifiait l'article 175 du CPP et communiquait le dossier au Parquet pour règlement.

Madame l'Avocat général requiert la confirmation de l'ordonnance entreprise.

Par mémoire régulièrement déposé au greffe de la Chambre le 4 mars 2015 à 16h18, le conseil des parties civiles sollicite l'infirmité de l'ordonnance entreprise et que soit ordonné un supplément d'information aux fins notamment de voir procéder par le Magistrat instructeur à l'audition du Général MULLER, en présence du Conseil des parties civiles.

Il est essentiellement soutenu que:

-la responsabilité du général MULLER dans l'administration du camp de GUANTANAMO et les tortures infligées aux détenus est établie par les études et éléments et témoignages réunis par des associations, ou organisation de défense des droits de l'Homme américaine, ou encore le CCR et le ECCHR (étude de l'avocate Katherine GALLAGHER et du Conseiller juridique Andreas SCHUELLER, de même que des conclusions du rapport du comité du Sénat Américain sur les forces armées, publié le 20 Novembre 2008 et déclassifié;

-le général MULLER ne peut exciper d'aucune immunité , il est " un agent public militaire et à ce titre , en vertu d'un droit positif constant Français, et international, soumis aux règles de droit commun sans réserves ni restrictions."

-cette audition est nécessaire compte tenu de ce que les Etats unis refusent d'exécuter la CRI délivrée par l'autorité judiciaire française sans avoir " daigné apporter la moindre réponse"et ce silence opposé à la France " peut être considéré comme une forme de mépris par les Etats Unis pour leurs obligations internationales , d'entraide et de coopération avec la France." (page 11 du mémoire)

-les faits dénoncés ont été largement commentés et stigmatisés par les plus grandes institutions Internationales ;

Le conseil des parties civiles entend adresser au Magistrat instructeur une liste de questions qui devront être posées au général MULLER et fait valoir qu'en cas de non déferrement à la convocation du Magistrat, celui ci devra en tirer " toute conséquence de droit , à l'aune des derniers documents versés aux débats et de ceux dont la communication apparaît très sérieusement envisageable..." (le conseil fait référence à des pièces déclassifiées provenant de l'Administration Américaine reconnaissant qu'aucune charge n'existait à l'égard de l'une ou l'autre des parties civiles)

17 pièces sont annexées au mémoire.



SUR CE LA COUR:

La demande d'acte régulièrement déposée par le conseil des parties civiles a pour objet qu'il soit procédé en sa présence, dans le cabinet du Magistrat instructeur, à l'audition du Général Geoffrey Daniel MILLER, Commandant de la base de GUANTANAMO, au sein de laquelle les nommés SASSI, BENCHELLALI et BEN MUSTAPHA ont été retenus;

Pour rejeter cette demande, le Magistrat instructeur a opposé au requérant les affirmations que:

-une commission rogatoire internationale en date du 2 Janvier 2012, non exécutée à ce jour, ne devrait pas l'être, en l'état des contacts officiels entrepris à ce sujet

-une demande d'audition d'un responsable Américain résidant sur ce territoire étranger ne peut passer que par une demande d'entraide internationale, et la demande est vouée à l'échec

-le Commandant MILLER est un agent de l'Etat Américain " qui agit dans le cadre d'un acte relevant de la sécurité de l'Etat Américain", et "en conséquence, Le Commandant MILLER ne pourrait être entendu qu'en qualité de témoin."

Cette dernière affirmation est motivée au regard d'un arrêt rendu par la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation, le 23 Novembre 2004;

-1) l'audition devait être exécutée dans le cadre de la commission rogatoire internationale qui ne peut être exécutée:

il apparaît en effet que les Etats Unis n'entendent pas exécuter la délégation délivrée il y a 3 ans, ce qui résulte des contacts intervenus entre le Magistrat et son homologue de liaison dans ce pays, ainsi qu'avec le service de l'entraide Internationale du Ministère de la Justice; Il convient d'en prendre acte, alors que ce refus implicite apparaît contraire au principe de coopération internationale existant et applicable entre les deux pays

-2) une telle demande d'audition ne pourrait passer que par l'entraide Internationale et la demande est vouée à l'échec:

Rien n'interdit au Magistrat instructeur, et en tout cas aucun obstacle de droit, d'adresser une convocation au Général MULLER dont les coordonnées de domicile figurent dans les pièces du dossier, aucune anticipation spéculative quant au résultat d'un acte d'instruction ne devant être effectuée alors que les faits dénoncés, par ailleurs commentés et stigmatisés au niveau International, sont suffisamment graves, pour qu'il n'y soit renoncé par la justice Française régulièrement saisie par une plainte avec constitution de partie civile;

-3) l'audition sollicitée est celle d'un agent de l'Etat Américain agissant dans le cadre de la sécurité de l'Etat, qui ne pourrait être entendu que comme témoin:

Il convient tout d'abord de re-situer la Jurisprudence à laquelle fait référence le Magistrat instructeur, étant observé que depuis cette date (23 Novembre 2004), l'arrêt du 4 janvier 2005 rendu dans la présente affaire, ainsi qu'il est rappelé dans l'exposé des faits, est venu ouvrir une voie aux procédures judiciaires de ce type, initiées en France, et qui a posé le principe de la légitimité de la recherche par l'autorité judiciaire Française, de l'application des dispositions de l'article 224-1 du CP au cas d'espèce, au regard de la 3ème convention de Genève et du Pacte International relatif aux droits civils et politiques du 19 Décembre 1966;

Il doit être souligné que si L'arrêt du 23 Novembre 2004 a effectivement retenu que l'immunité de juridiction qui s'oppose à la poursuite des Etats devant les Juridictions pénales d'un Etat étranger" *s'étend aux organes et entités qui constituent l'émanation de l'Etat ainsi qu'à leurs agents*", c'est en précisant : .." en raison d'actes qui...relèvent de la souveraineté de l'Etat concerné."



En conséquence, serait-il nécessaire d'opérer une distinction fondée sur la nature de l'acte ou de l'activité et non sur la qualité de la personne qui l'exerce, entre actes d'autorité et actes de gestion accomplis, étant observé qu'il conviendrait alors de déterminer si c'est par sa nature ou sa finalité que l'acte participe à cet exercice, et, en tout état de cause, de le faire, à la lumière des exigences de l'ordre public International, aucune résolution des Nations Unies n'interdisant un contrôle effectif des conditions des arrestations et détentions, en contradiction avec les textes sur la protection des droits Humains, tels que ceux du Pacte International des droits civils et politiques et les Conventions de Genève;

Ainsi, rien ne s'y opposant, a priori, il convient de retenir que la personne dont l'audition est sollicitée, doit pouvoir être mise en mesure de fournir toutes explications quant à la nature des actes en cause, et au rôle qui aurait été le sien, à l'aune des éléments figurant dans la plainte, étant observé que celle-ci a cessé ses fonctions depuis le 31 juillet 2006, et demeure à une adresse parfaitement identifiée;

En conséquence de ces constatations, la Cour considère qu'il y a lieu d'infirmier l'ordonnance entreprise et de faire droit à la demande d'audition de Mr Geoffrey D MULLER, sous le statut qu'il appartiendra au Magistrat Instructeur de déterminer, le cas échéant, en présence du Conseil des parties civiles.

PAR CES MOTIFS

LA COUR,

Vu les articles 81, 82-1, 167, 183, 185, 186, 186-1, 194 et suivant du Code de procédure pénale,

EN LA FORME

DÉCLARE LES APPELS RECEVABLES

ORDONNE LEUR JONCTION

AU FOND

LES DIT BIEN FONDÉS

INFIRME L'ORDONNANCE ENTREPRISE

DIT qu'il y a lieu de faire droit à la demande d'audition sollicitée.

FAIT retour du dossier au juge d'instruction

ORDONNE que le présent arrêt sera exécuté à la diligence de M. le Procureur Général.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT



