

**CABINET D'AVOCATS
SELARL MINIER-MAUGENDRE
et ASSOCIEES
Tour de Rosny 2
93118 ROSNY SOUS BOIS CEDEX
Tél : 01 48 94 34 21
Fax : 01 48 94 00 07
Toque Palais Bobigny 195**

A Mesdames et Messieurs les
Président et Conseillers composant
la 6^{ème} Chambre Pole 7 de
l'Instruction de la Cour d'Appel de
PARIS

V/REF : Audience du 13 MAI 2014 à 11h
N° 2014/00670

MEMOIRE

POUR :

**Girma HALOFOM, né le 19 août 1984 à Addis Abeba,
de nationalité érythréenne, résidant via Aquila,
Turin, Italie.**

ET

**Abu KURKE KEBATO, né le 25 janvier 1987 en
Ethiopie, de nationalité éthiopienne, résidant
Norma 49, 2907WK Capene, Pays-Bas.**

Appelants

Ayant pour avocat la SELARL MINIER MAUGENDRE ET ASSOCIEES demeurant Tour de Rosny II, 93118 Rosny Sous Bois Cedex, Vestiaire P.B195, Téléphone 01.48.94.34.21, Télécopie 01.48.94.00.07, adresse électronique stephane.maugendre@minier-maugendre.fr postulant par le ministère de Maître Stéphane MAUGENDRE, Avocat au barreau de la Seine Saint Denis

Elisant domicile en son cabinet.

CONTRE : X

En présence de Madame ou Monsieur l'Avocat Général

PLAISE A LA COUR

I) RAPPEL DES FAITS

1. Le contexte

Dès la fin du mois de février 2011, le chaos résultant de la guerre civile intertribale qui secoua la Jamahiriya arabe libyenne (ci-après Libye) a provoqué un exode massif : pour échapper aux violences, des dizaines de milliers d'étrangers ont cherché à quitter la Libye, bientôt rejoints par des Libyens. Selon l'Organisation internationale pour les migrations, fin mars 2011, près de 346 000 étrangers avaient fui la Libye en guerre, en octobre 2011, ils étaient au total 764 150 exilés¹.

En pratique, certains étrangers ont pu fuir très rapidement : les gouvernements des pays occidentaux ont organisé sans délai le rapatriement par avion de leurs ressortissants. D'autres travailleurs immigrés - originaires notamment de la Tunisie, l'Égypte, l'Algérie, le Niger, le Ghana, le Mali et le Tchad - ont également tenté de rejoindre leur pays d'origine en empruntant des routes terrestres.

Pour une dernière catégorie d'étrangers ayant déjà fui depuis des mois ou des années le Darfour, l'Érythrée, la Somalie, l'Éthiopie, la Côte d'Ivoire ou d'autres pays en guerre, aucun retour n'était envisageable. Pourtant, des rumeurs répandues partout en Libye selon lesquelles les forces de M. Kadhafi recrutaient des mercenaires africains pour tuer des Libyens ont déclenché de graves violences racistes contre les immigrés sub-sahariens. Meurtres, arrestations arbitraires, viols, saccages et pillages des habitations sont les principales exactions dont les Noirs ont été la cible systématique en Libye à cette période, comme le décrit notamment un rapport de la FIDH de juin 2011².

Si la grande majorité des étrangers forcés de fuir pour sauver leur vie se sont réfugiés dans les pays limitrophes, plusieurs milliers ont tenté la traversée périlleuse vers l'Europe et notamment vers l'île de Lampedusa en Italie³. Certains ont été contraints par des hommes en arme de prendre la mer dans des embarcations précaires, après avoir été dépouillés de leurs biens.

Par sa résolution 1970 (2011) du 26 février 2011, le Conseil de sécurité des Nations Unies a décidé un embargo sur les armes, demandant à cette fin à tous les Etats de faire inspecter les navires et aéronefs en provenance ou à

1 « IOM response to the libyan crisis, External Situation Report, 31 October 2011 », IOM, 2011, p. 1,

<http://www.migrationcrisis.com/libya/page_sitepreps/extsitreps/external_sit_rep_31st_october.pdf>.

Voir également, « Humanitarian emergency response to the Libyan crisis, 28 February 2011-21 September 2011, Seven-month Report on IOM's Response », IOM, 2011, p. 3.

<<http://www.iom.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/media/docs/reports/MENA-Seven-Month-Report.pdf>>

2 « Fuite en Égypte des exilés de Libye. Double drame pour les Africains sub-sahariens », FIDH, juin 2011, n°565f, p. 14. <<http://www.fidh.org/IMG/pdf/libyeegypt565fr.pdf>>.

3 Au 27 octobre 2011, l'Organisation internationale pour les migrations dénombrait 25 935 personnes ayant quitté la Libye pour l'Italie depuis le début de la guerre, in « IOM response to the Libyan crisis, External Situation Report, 31 October 2011 », IOM, 2011, p. 1. <http://www.migration-crisis.com/libya/page_sitepreps/extsitreps/external_sit_rep_31st_october.pdf>

destination de la Libye. Ensuite, par une résolution 1973 (2011) du 17 mars 2011, le Conseil de sécurité a interdit tout vol dans l'espace aérien libyen et autorisé l'intervention des Etats membres dans le but de protéger les populations civiles. Le 19 mars 2011, la France mettait en place son opération « Harmattan ».

2. Le départ de Libye et les appels de détresse⁴

C'est dans ce contexte que, la nuit du 26 au 27 mars 2011, entre minuit et deux heures du matin, un bateau de type Zodiac de sept à dix mètres de long quitta Tripoli, à destination de l'Italie, avec à son bord 72 personnes, 70 adultes - âgé de 20 à 25 ans, parmi lesquelles se trouvaient vingt femmes (enceintes pour certaines) - et deux bébés.

Parmi les passagers se trouvaient six Ghanéens, cinq Soudanais, sept Erythréens, quarante-sept Ethiopiens, sept Nigériens et notamment :

- Madame Meriem MOUSSA, née le 19 mai 1989, de nationalité éthiopienne,
- Madame Rahma MOUSSA, sœur de Meriem, et son bébé,
- Monsieur Daniele Haile GEBRE,
- Bilal Yacoub IDRIS,
- Filmon Weldemichail TEKLEGERGIS,
- Elias Mohamad KADI,
- Mohamad Ahmad IBRAHIM,
- Kebede ASFAW DADHI,
- Abu KURKE KABETO,
- Girma HALOFOM.

La traversée devait durer entre 18 et 24 heures.

Au bout de plusieurs heures de navigation, soit le 27 mars à 16h55 (14h55 GMT), leur embarcation fut survolée par un avion de patrouille français qui prit une photographie des migrants (cf. « Vies perdues en Méditerranée : qui est responsable ? », Rapport du Conseil de l'Europe⁵). Cette photographie a été transmise aux garde-côtes italiens, accompagnée du positionnement du bateau à 33°45 mn de latitude Nord et 13°05 mn de longitude Est. Il convient de relever que les autorités françaises n'ont pas communiqué le nom de cet avion de reconnaissance.

⁴ Sur les faits, voir *Mare deserto*, film documentaire d'E. Bos et P. Nicol, la RSI-Radiotelevisione Svizzera, <http://la1.rsi.ch/_dossiers/player.cfm?uuid=7e867bda-549b-4d7c-8082-800f6eea8a7a>

⁵ « Vies perdues en Méditerranée : qui est responsable ? », Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Commission des migrations, des réfugiés et des personnes déplacées, mars 2012, p. 15 et s., spéc. § 85 et s.



Le 27 mars, aux alentours de 18h (16h00 GMT), à l'aide d'un téléphone satellitaire, les migrants contactèrent à Rome, en Italie, Monsieur Mussie Zerai, prêtre érythréen, président d'une association d'aide aux migrants⁶, considéré par certains passagers comme la personne à contacter en cas de difficultés.

A 18h28 (16h28 GMT), le père Zerai alerta les garde-côtes italiens (le Centre Romain de Coordination des Secours en Mer dit « MRCC Rome »). A cette occasion, le père Zerai leur indiqua également le numéro du téléphone satellitaire présent à bord du navire.

A 18h33 (16h33 GMT), un SMS fut adressé par le père Zerai aux migrants afin d'expliquer aux passagers comment lire le GPS et déterminer ainsi la position exacte de l'embarcation. Le message était le suivant : « Go to display menu gps maenager actual solution selected put my phon number send ». La traduction du SMS est la suivante « Aller dans afficher le menu gps manager solution actuelle sélectionnée mettre mon numéro de téléphone envoyer ».

Les appels ayant été passés au moyen d'un téléphone satellitaire dépendant de l'opérateur Thuraya, les garde-côtes purent obtenir à 18h52 (16h52 GMT) la localisation précise du navire des migrants : 33°58,2mn de latitude Nord et 12°55,8 mn de longitude Est.

Forts de l'établissement de cette localisation, les garde-côtes italiens relayèrent l'appel de détresse des migrants.

⁶ L'association Agenzia Habeshia per la Cooperazione alla sviluppo.

Ainsi, à 20h54 (18H54 GMT), ils adressèrent l'appel suivant à l'ensemble des navires circulant dans le canal de Sicile.

Benvenuto maricogecap. Registered User PIN - DISTRESS (Administrator)		Lingua: <input checked="" type="radio"/> Italiano <input type="radio"/> English	
Menu		Inoltro Enhanced Group Call (EGC)	
Home Page	Inoltro mss al Mobile	EGC Inoltro: RESP:MSGACCEPT MSG-REF: 381240 Message Accepted 11-04-03/08-34 UTC	
Controlla messaggi verso Mobile	Leggi messaggi da Mobile	Regione: Tutti	
Gestione Utenti Gateway	Rubrica	Priorità: DISTRESS	
Inoltro EGC	Poling	Codice del Servizio: S.A.R. per area circolare	
Scaricamento DNID	Richiesta Status del Messaggio	Indirizzo: Lat: 34 N Long: 13 E Raggio: 050	
Visualizza Report di Posizione	Gestione visualizzazione contenuto dal DNID	Codice di Ripetizione: Ritrasmettere dopo 4 ore (2 trasmissioni)	
Visualizza Storico Posizioni	Visualizza Mappa	Codice di Presentazione: IAS	
Uscita (rimuove tutti i cookie)		Testo del EGC: FH MRCC ROME - ITALIAN COAST GUARD TO ALL SHIPS TRANSITING IN SICILY CHANNEL BT ON 27 MARCH 2011 SICILY CHANNEL SEA IN POSITION LAT. 33°58'2" N - LONG. 012°55'8"E AT 16:52GMT A BOAT WHIT ABOUT 68 POB PROBABLY IN DIFFICULT. ALL SHIPS TRANSITING IN THE AREA ARE REQUESTED TO KEEP A SHARP LOOKOUT AND REPORTING ANY SIGHTING URGENTLY AT MRCC ROME AT FOLLOWING	
		<input type="button" value="Inoltro EGC"/>	

Fir 132m

En français, ce message est le suivant : « le 27 mars 2011, dans la mer du Canal de Sicile, en position LAT. 33°58'2"N - LONG. 012°55'8"E à 16 :52 GMT un bateau avec 68 personnes à bord probablement **en difficulté**. Tous les bateaux transitant dans cette zone sont priés d'être vigilants et d'informer en **urgence** les garde-côtes de Rome de toute observation ».

Il convient de relever que ce message est notifié avec le niveau de priorité « **détresse** », c'est-à-dire, sur les quatre niveaux existant (routine, sécurité, urgence et détresse), celui le plus élevé prévu par la Convention internationale de 1979 sur la recherche et le sauvetage maritimes (SAR, *International Convention on Search and Rescue*)⁷ à laquelle la France est partie et qui fut publiée au moyen du décret n° 85-580 du 5 juin 1985⁸.

Ce message fut ensuite retransmis toutes les 4 heures.

En outre, les garde-côtes italiens relayèrent spécialement l'information auprès des garde-côtes maltais⁹ et du quartier général de l'OTAN basé à Naples.

Précisément, à 21h40 (19h40 GMT), le fax suivant fut envoyé au siège du commandement allié de l'OTAN à Naples :

⁷ La définition de la détresse donnée par la Convention SAR est la suivante : "phase de détresse: situation dans laquelle il y a lieu de penser qu'un navire ou une personne est menacé d'un danger grave et imminent et qu'il a besoin d'un secours immédiat", chpt.1, art. 1

⁸ J.O.R.F. du 9 juin 1985, p. 6392

⁹ Pour le texte du fax envoyé aux garde-côtes maltais, voir le Rapport de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « Vies perdues en Méditerranée : qui est responsable ? », précité, spéc. p. 12.

«DE: MRCC ROME
 A: SIEGE COMMANDEMENT ALLIE DE L'OTAN - NAPLES
 OBJET: BATEAU AVEC ENVIRON 68 PAS PROBABLEMENT EN DIFFICULTE EN POSITION DE LAT 33°58,2'N - LONG 012°55,8'E (16:52 UTC)
 TEXTE: BONJOUR,
 A TOUTES FINS UTILES, A NOTER QU'AUJOURD'HUI, NOUS AVONS REÇU LES INFORMATIONS CONCERNANT UN PETIT BATEAU AVEC ENVIRON 68 PAS EN DIFFICULTE AU SUD DE LA MER MEDITERRANEE. A BORD, IL Y A UN TELEPHONE SATELLITE THURAYA, NUMERO 008821621256157.
 NOUS AVONS MENE UNE ENQUETE SUR CETTE AFFAIRE POUR LOCALISER LE DEMANDEUR. LA SOCIETE «THURAYA» NOUS A INFORMES QUE LA POSITION DE L'APPAREIL SATELLITE A 16:52 UTC ETAIT: LAT 33°58,2'N - LONG 012°55,8'E.
 MERCI DE NOUS TENIR INFORMES EN CAS DE REPERAGE DU BATEAU SUSMENTIONNE PAR DES UNITES NAVALES DE L'OTAN.»

Par ailleurs, il convient de noter que la distance entre le lieu où se trouvait le bateau au moment de la prise de la photographie (à 14h55 GMT) par l'avion et sa localisation par les garde-côtes italiens (à 16h52 GMT) est de 28 km. Cela permet de confirmer que le bateau pris en photographie par l'avion français est nécessairement le bateau objet du message de détresse envoyé par les garde-côtes italiens.

Calcul de distance entre deux points du Globe terrestre								
Latitude				1 ^{ères} Coordonnées	Longitude			
deg	min	sec	N/S		deg	min	sec	E/W
°	'	''			°	'	''	
<input type="text" value="33"/>	<input type="text" value="45"/>	<input type="text" value="0"/>	<input type="text" value="N"/>		<input type="text" value="13"/>	<input type="text" value="5"/>	<input type="text" value="0"/>	<input type="text" value="E"/>
<input type="text" value="33.75"/>					<input type="text" value="13.08333"/>			
Latitude				2 ^{des} Coordonnées	Longitude			
deg	min	sec	N/S		deg	min	sec	E/W
°	'	''			°	'	''	
<input type="text" value="33"/>	<input type="text" value="58"/>	<input type="text" value="2"/>	<input type="text" value="N"/>		<input type="text" value="12"/>	<input type="text" value="55"/>	<input type="text" value="8"/>	<input type="text" value="E"/>
<input type="text" value="33.96722"/>					<input type="text" value="12.91888"/>			
Distance entre les deux points du Globe terrestre						<input type="text" value="28.5623"/>	<input type="text" value="km"/>	

Dans la soirée du 27, l'embarcation des migrants fut survolée par un hélicoptère militaire. Ils crièrent et s'agitèrent pour signifier aux occupants de l'hélicoptère qu'ils étaient en situation de détresse. Après leur avoir fait signe d'attendre, l'hélicoptère quitta les lieux.
 Les migrants pensaient alors être sauvés.

A ce moment-là, certain d'être secouru et par crainte de poursuites, le pilote du bateau jeta par-dessus bord les moyens de communication et de navigation

(téléphone, GPS, boussole). En effet, à bord des navires de migrants clandestins, les détenteurs de ces effets sont poursuivis en qualité de « passeurs », en particulier devant les juridictions italiennes. Le dernier signal émis par le téléphone satellitaire a ainsi été enregistré à 21h08 (19h08 GMT).

Mais aucun secours ne vint.

Après avoir attendu en vain pendant des heures, le bateau des réfugiés se remit en route. Toujours dans la nuit du 27 mars, les migrants demandèrent de l'aide à des bateaux de pêcheurs, ces derniers refusant de les secourir.

Peu de temps après, un hélicoptère, peut-être celui qui avait précédemment survolé l'embarcation, largua des bouteilles d'eau et des biscuits à l'intention des migrants, avant de repartir à nouveau.

Peu après zéro heure, le 28 mars 2011, un autre bateau de pêcheurs indiqua aux migrants la direction de Lampedusa qu'ils suivirent pendant plusieurs heures avant de tomber en panne de carburant le 28 mars en début de matinée.

A 06h06 (04h06 GMT), le 28 mars 2011 les garde-côtes italiens lancèrent un deuxième message de détresse qui fut le suivant :

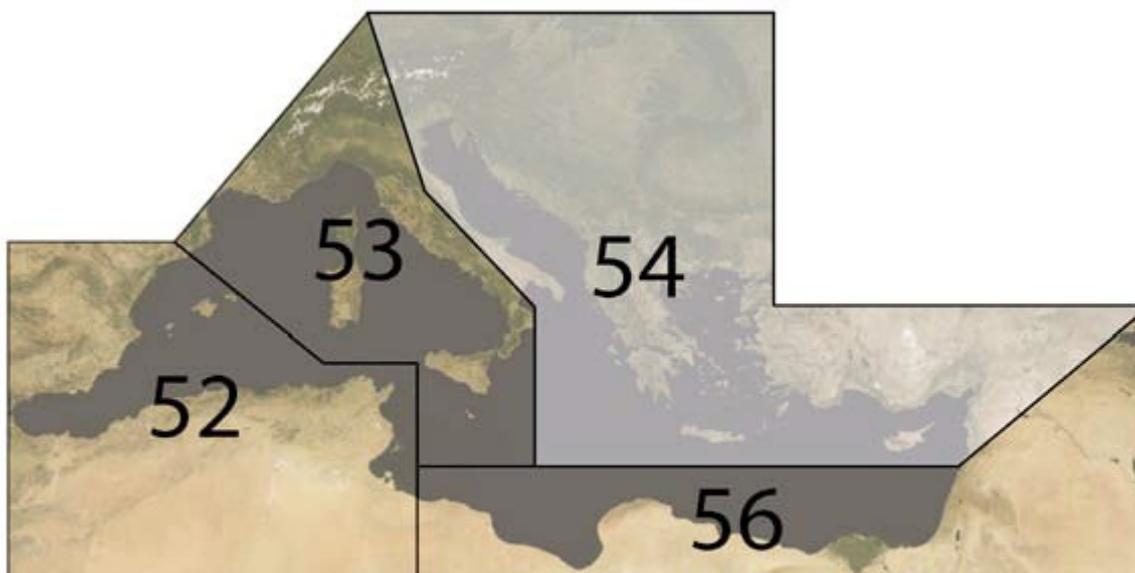
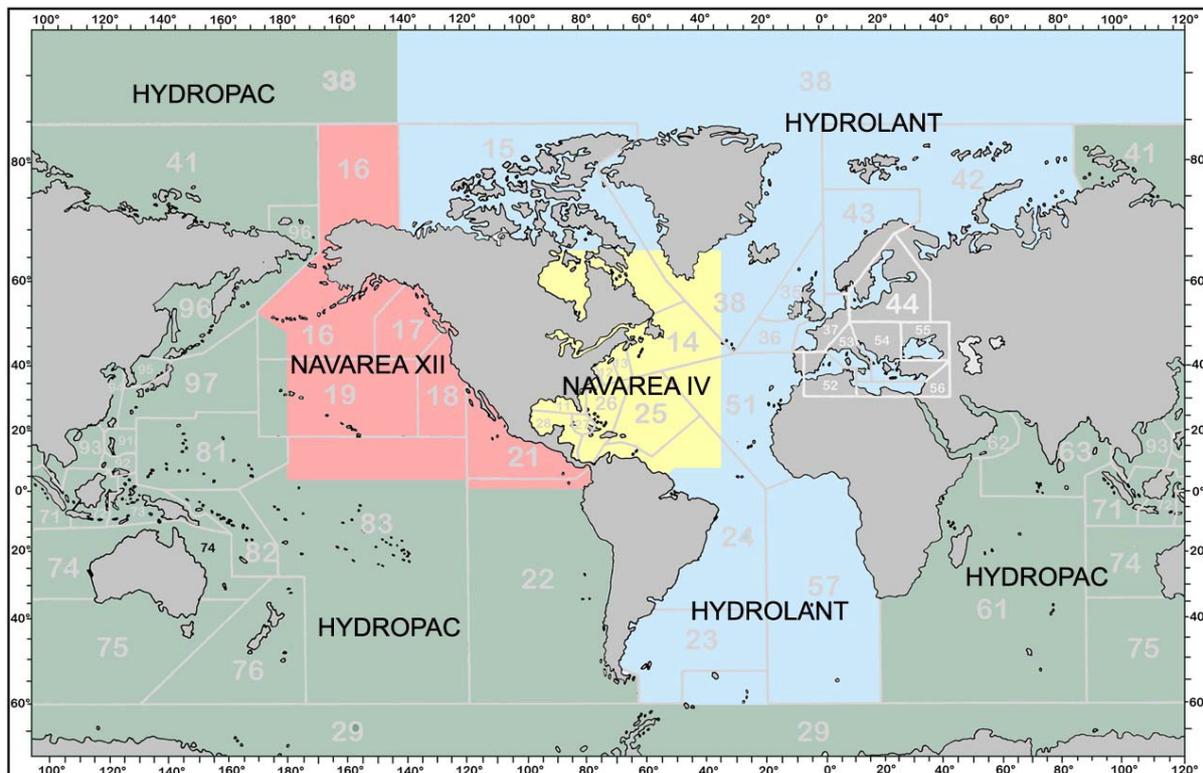
BROADCAST WARNING MESSAGES QUERY RESULTS
CATEGORY: HYDROLANT Warning Number: 512 / 2011
HYDROLANT 512/2011 (52,53,56) <i>(Cancelled by HYDROLANT 637/2011)</i> EASTERN MEDITERRANEAN SEA. VESSEL, 68 PERSONS ON BOARD, IN NEED OF ASSISTANCE IN 33-58.8N 012-55.8E AT 271652Z MAR. VESSELS IN VICINITY REQUESTED TO KEEP A SHARP LOOKOUT, ASSIST IF POSSIBLE. REPORTS TO MRCC ROME, INMARSAT-C: 424744220, PHONE: 390 6592 4145 OR 3906 5908 4409, FAX: 390 6592 2737 OR 3906 5908 4793, E-MAIL: UFFICIO3.REPARTO3@MIT.GOV.IT. (280406Z MAR 2011)

«SUD MER MEDITERRANEE. BATEAU, 68 PERSONNES A BORD, BESOIN D'ASSISTANCE A 33-58,8N. 012-55,8E A 271652Z NAVIRES A PROXIMITE PRIES DE RESTER TRES VIGILANTS, D'AIDER SI POSSIBLE, RAPPORTS A MRCC ROME, »

Le fait qu'il s'agisse d'un message de catégorie « Hydrolant » portant les numéros <52, 53, 56>¹⁰ atteste que ce message a couvert l'ensemble des zones de la mer Méditerranée dans lesquelles le bateau en perdition s'est déplacé, zones dans lesquelles se trouvaient les forces militaires déployées à cette époque, ainsi qu'illustré ci-dessous.

10 Les numéros correspondent aux zones SAR dans lesquelles le message a été diffusé.

NAVIGATIONAL WARNINGS

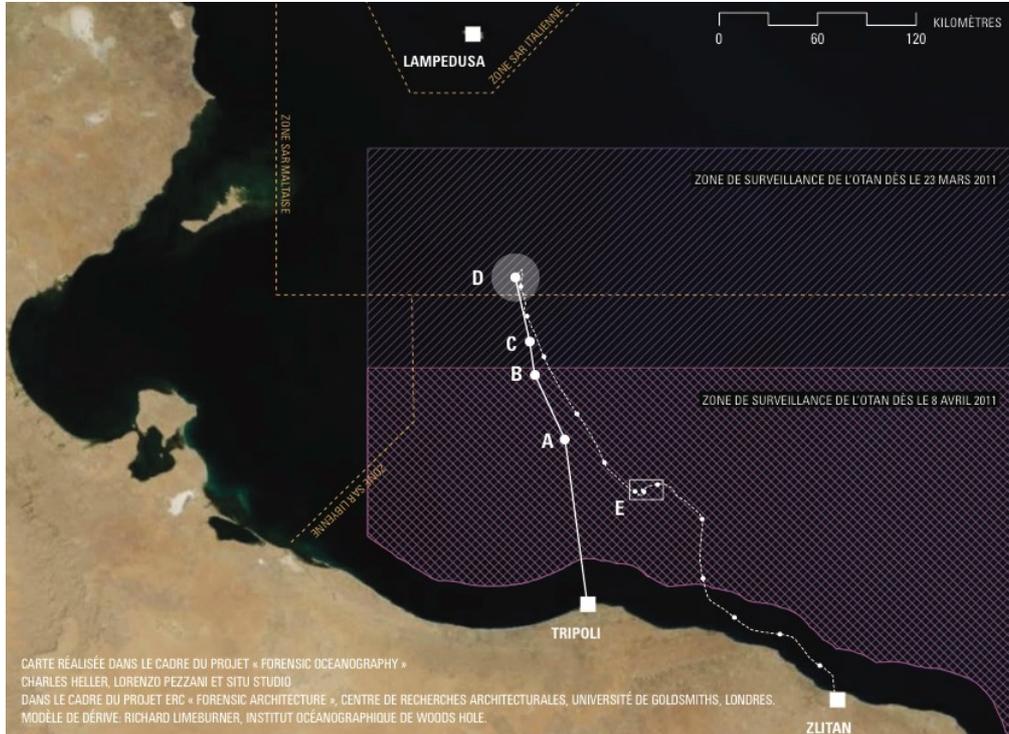


Ce message ajoutait que l'embarcation déjà visée le 27 mars avait besoin d'aide (« in need of assistance ») et que les bateaux étaient priés de lui porter secours si possible (« request to [...] assist if possible »).

Ce message fut alors rediffusé sans interruption toutes les quatre heures, pendant les dix jours suivants, c'est-à-dire du 28 mars au 6 avril 2011.

3. La dérive et le naufrage

A l'aube du 28 mars, en panne de carburant, le zodiac des migrants commença à dériver suivant la trajectoire modélisée sur la carte suivante.



Légende : Trajectoire suivie par le bateau avec indication des principaux événements:

- Le bateau des migrants quitte le port de Tripoli entre 00h00 et 02h00 GMT le 27 mars 2011, avec 72 personnes à bord. - **(A)** A 14h55 GMT le bateau est survolé par un avion de patrouille Français qui transmet leur localisation au Centre de coordination de sauvetage maritime (MRCC) de Rome avec les coordonnées suivantes : LAT 33°40' N - LONG 13°05' E.

- **(B)** Après s'être dirigés vers Lampedusa pendant quinze à dix-huit heures, les migrants envoient un signal de détresse par téléphone satellite. Le bateau est localisé par GPS à 16h52 GMT le 27 mars 2011 à la position LAT 33 58.2 N - LON 12 55.8 E par l'opérateur de téléphone satellite Thuraya. Peu après ce signal, les gardes-côtes italiens lancent un Appel de Groupe Amélioré (AGA) signalant le bateau en détresse et diffusent ses coordonnées géographiques.

- **(C)** Le bateau navigue pendant environ deux heures avant d'être survolé par un hélicoptère. Après cette rencontre, le téléphone satellite est jeté à l'eau. Le dernier signal détecté par l'opérateur satellite est LAT 34 07.11 N - LON 12 53.24 E à 19h08 GMT le 27 mars 2011. Cette position correspond donc probablement à celle de la rencontre avec l'hélicoptère. Le bateau demeure approximativement dans la même zone pendant quatre à six heures avant de recevoir la visite d'un hélicoptère militaire, qui lui envoie de l'eau et des biscuits avant de repartir. Sans trop bouger de leur position correspondant au dernier signal envoyé, les migrants croisent plusieurs bateaux de pêche, qui ne leur portent pas assistance. Ils décident alors de poursuivre leur route entre 00h00 et 01h00 GMT et continuent sans doute direction N-NO vers Lampedusa pendant cinq à huit heures, à une vitesse estimée de 4,43 nœuds (la vitesse moyenne maintenue pendant la navigation de Tripoli au point A).

- **(D)** Le bateau tombe en panne d'essence et commence à dériver dans un rayon de 8 milles nautiques (indiqué par une ombre blanche) de la position 34 24.792 N - 12 48.576 E à environ 07h00 GMT le 28 mars.

- **(E)** Le bateau dérive (la dérive estimée du bateau était plus fortement dominée par les vents sud-est) et, entre le 3 et le 5 avril, les migrants croisent un bâtiment militaire qui ne leur porte absolument pas secours. Le 10 avril 2011, le bateau accosta à nouveau à Zlitan. Au moment du débarquement, 11 migrants étaient toujours vivants. Deux d'entre eux décédèrent peu de temps après.

Durant la journée du 29 mars 2011, puis les jours et les nuits suivants, ils croisèrent encore plusieurs navires, lesquels ne se sont pas arrêtés.

Au bout du cinquième ou sixième jour, les premiers décès se produisirent. Après dix jours en mer, plus de la moitié des occupants du bateau avaient péri.

Après plusieurs jours de navigation puis de dérive, certainement le 3 ou le 4 avril 2011, les migrants virent un grand navire de couleur gris clair, portant deux hélicoptères et dont certaines des personnes à bord portaient des uniformes.

Parvenus à une distance de quelques dizaines de mètres de ce vaisseau, les migrants demandèrent de l'aide en montrant les corps des bébés décédés, les jerricans vides ou en faisant mine de boire de l'eau de mer.

Ce bâtiment fit plusieurs fois le tour du navire en perdition, certains membres de son équipage se contentant de prendre des photos, puis il s'éloigna sans prêter secours aux migrants.

Le périple dura 15 jours, dont 14 de dérive, pendant lesquels 63 personnes sont mortes dont deux enfants. La soif, la faim, l'odeur des cadavres ont jeté ces migrants dans un désarroi qui a poussé certains d'entre eux à se jeter à l'eau. L'odeur des cadavres sur le navire devenant insupportable, les survivants ont été contraints de les mettre à l'eau.

Le 10 avril 2011, une tempête rejeta le bateau à la dérive sur la plage de Zliten, en Libye. Il ne restait alors que 11 personnes vivantes. L'une d'elles est décédée au moment du débarquement. Il s'agirait de Rahma, la sœur de Meriem MOUSSA. L'autre est décédée peu de temps après le débarquement, lors de son incarcération. En effet, à leur arrivée en Libye, les dix survivants furent placés en détention.

II) RAPPEL DE LA PROCEDURE

C'est dans ce contexte que, le 11 avril 2012, une plainte simple contre X a été déposée auprès du parquet du Tribunal de Grande Instance de Paris par Messieurs Elias Mohamad KADI, Mohamad Ahmad IBRAHIM, Kebede ASFAW DADHI et Abu KURKE KABETO, membres de l'embarcation, pour non-assistance à personne en danger (article 223-6 du code pénal).

Une enquête préliminaire a été ouverte.

Le 4 mai 2012, conformément à l'article 698-1 du Code de procédure pénale, une première demande d'avis a été formulée par le Parquet auprès du Ministère de la Défense. Le 19 juin 2012, le premier avis a été donné par le ministère de la défense.

Le 18 septembre 2012, une seconde demande d'avis a été formulée. Le 6 novembre 2012, un second avis a été rendu par le ministère de la défense.

Par décision en date du 15 novembre 2012, l'enquête préliminaire a été classée sans-suite par le parquet du Tribunal de Grande Instance de Paris.

C'est ainsi que, conformément à l'article 85 du code de procédure pénale, une plainte avec constitution de parties civiles a été déposée auprès de Madame le Doyen des Juges d'Instruction du Tribunal de Grande Instance de PARIS le 17 juin 2013.

Le 4 décembre 2013, Madame le Juge d'Instruction a rendu 3 Ordonnances d'irrecevabilité à l'égard des associations aux motifs que :

Attendu que cette association ne bénéficie pas au titre de son objet ou de son statut d'un droit à mettre en mouvement les droits reconnus à la partie civile expressément prévu aux articles 2-1 à 2-21 du code de procédure pénale

Attendu qu'elle doit donc justifier qu'elle a personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction conformément à l'article 2 du CPP et aux articles 698-2 du code de procédure pénale et L 211-11 du code de justice militaire dans le cas où l'infraction aurait été commise par un militaire hors du territoire national

Qu'en l'espèce cette justification n'est pas produite

Le 6 décembre 2013, Madame le Juge d'Instruction a rendu une Ordonnance de non lieu « ab initio » aux motifs que :

la plainte vise une omission de porter secours à un bateau, ayant à son bord 72 personnes (dont 20 femmes et 2 bébés) de nationalité ghanéenne, soudanaise, érythréenne, éthiopienne et nigériane, ayant quitté Tripoli dans la nuit du 26 au 27 mars 2011 pour rejoindre l'Italie, et plus précisément l'île de Lampedusa. Le bateau conduit par un pilote ghanéen, équipé d'un GPS d'une boussole et d'un téléphone satellitaire a navigué pendant 2 jours avant de dériver n'ayant plus de carburant, pendant 15 jours. Il sera finalement rejeté sur les côtes libyennes le 10 avril. Il était parti avec assez peu d'eau et de vivres, la traversée ne devant durer que 18 heures et la situation en Lybie n'ayant pas permis de trouver plus de nourriture.

Le bateau aurait été survolé le 27 mars à 14h55, par un avion de patrouille français (qui aurait pris une photo du bateau et l'aurait transmise aux garde-côtes italiens).

Le 27 mars vers 16h, les migrants contactèrent à Rome, un prêtre érythréen, qui leur indiqua comment utiliser le GPS pour déterminer la position de leur embarcation. Ce prêtre contacta à plusieurs reprises les garde-côtes pour faire part de la situation du bateau. A partir de cet appel, les garde-côtes ont pu déterminer la position du bateau qui se trouvait en SAR (search and rescue) libyenne. Les garde-côtes italiens adressèrent alors un appel à l'ensemble des navires pouvant se trouver dans la zone informant d'un bateau probablement en difficulté et demandant de les informer en urgence en cas de découverte du bateau. Il adressèrent un message spécifique aux garde-côtes maltais et au quartier général de l'OTAN basé à Naples.

Dans la soirée du 27 mars, le bateau aurait été survolé par un hélicoptère (ou un avion selon certains témoignages) de nationalité non précisée, à qui ils indiquèrent par signes, être en détresse. Pensant qu'ils allaient être secourus, le pilote jeta à la mer tous les moyens de communication pour éviter d'être considéré comme un passeur. Un autre hélicoptère les survola quelques heures plus tard et leur largua des vivres et de l'eau. Le bateau aurait ensuite croisé 2 bateaux de pêche, italien et tunisien, qui ne les auraient pas secourus.

Le 28 mars 2011, les garde-côtes italiens envoyèrent un deuxième message signalant que ce bateau avait besoin d'assistance et demandant de l'aider si possible. Ce message a été diffusé toutes les 4 heures pendant 10 jours.

Vers le 3 ou 4 avril un bâtiment décrit comme un porte-avion de nationalité non précisée, à qui ils auraient fait des signes de détresse, montrant notamment les corps des bébés décédés, se serait approché de l'embarcation. Les personnels à bord auraient même pris des photos. De nombreuses personnes étaient décédées à ce moment de soif et de faim.

Le 10 avril 2011, une tempête rejeta le bateau sur la plage de Zliten en Lybie. Seules 11 personnes étaient survivantes, dont 2 femmes. Une des femmes décéda au moment du débarquement. Les hommes furent incarcérés, un décéda en prison. Ils furent ensuite libérés contre paiement d'une somme de 900 €. Il ne resta au final que 9 survivants.

Les plaignants estiment que le fait que des navires militaires français soient engagés dans l'opération Harmattan et Unified Protector suffit à en déduire qu'il n'était pas possible, compte tenu des moyens mis en oeuvre, que les militaires français n'aient pas été informés et n'aient pas détecté la présence du bateau des migrants et que c'était donc délibérément qu'ils ne leur avaient pas porté secours. Ils s'appuient sur un témoignage d'un migrant qui dit avoir vu un grand navire battant pavillon français sur lequel les personnes présentes parlaient français.

Attendu que ce drame a fait l'objet d'une enquête très approfondie d'une organisation du Conseil Européen de la Recherche sous l'appellation "Forensic architecture (D 144) et a donné lieu à un rapport très fouillé sous le titre de "Left to Die boat case," que les rescapés ont été entendus, que certains parlent d'un navire français porte avions mais ne le reconnaissent pas sur photos, alors que les forces françaises n'avaient engagé qu'un porte avions dans cette opération (D 425 et 117), que d'autres admettent juste qu'il s'agissait d'un navire de guerre sans drapeau (D 382, 389) que certains se

souviennent avoir vu des hélicoptères et d'autres des avions de chasse, que ces malheureux ont admis que la faim et la soif leur créaient des hallucinations, que de nombreuses autres personnes, tel un amiral italien, un prêtre ont été interrogés, que le cheminement du bateau a été retracé scientifiquement, que la commission des migrations des réfugiés et des personnes déplacées (D 528) au sein du Conseil de l'Europe a fait de son côté une enquête toute aussi pointue, qu'elle a interrogé l'OTAN ainsi que les pays dont les forces militaires ont participé à l'opération, qu'elle relate ses investigations comme suit

"5.3. Quel navire militaire a ignoré les appels au secours?"

141. Pour essayer d'identifier le grand navire militaire, j'ai sollicité la coopération de l'Union européenne, dont le Centre satellitaire (EUSC) collecte de nombreuses données et images dans le monde entier. Une lettre a donc été adressée à Mme Ashton, Haute représentante de l'Union européenne pour les Affaires étrangères et la politique de sécurité et Vice-présidente de la Commission européenne.

142. La réponse de Mme Ashton, reçue le 19 mars, déclare que le Centre satellitaire de l'Union européenne ne dispose d'aucun produit archivé pour le secteur et la période indiqués. Elle poursuit en déclarant: «Etant donné que le secteur qui concerne l'imagerie qui vous intéresse se situe à moins de 130 km des côtes libyennes, et que la période considérée coïncide avec l'opération de l'OTAN "Unified Protector", l'enquête envisagée pourrait concerner des informations classées confidentielles par l'OTAN. Je suggère, par conséquent, que la commission demande l'assistance de l'OTAN, notamment par l'intermédiaire de son Assemblée parlementaire ». Cette déclaration implique que les images et données satellitaires pourraient être disponibles, mais uniquement pour l'OTAN.

143. L'accès à l'imagerie satellitaire du secteur serait un outil inestimable pour identifier l'emplacement des navires et des unités à ce moment-là. Les bâtiments de la marine sont assurément assez gros pour être repérés, voire identifiés, à partir de ce type de données. Il serait invraisemblable qu'une région où l'OTAN menait des opérations militaires n'ait pas été surveillée par satellite, l'OTAN doit avoir accès à ces informations.

144. J'ai sollicité l'assistance de Rome et Malte pour tenter de reconstituer avec exactitude l'itinéraire de dérive du bateau. Rome m'a indiqué que le calcul à l'envers de l'itinéraire de la dérive serait extrêmement difficile du fait du grand nombre de variables et d'éléments inconnus. Malte n'a pas répondu à ma demande.

145. Cependant, le Centre *Goldsmiths, Centre for Research Architecture*, m'a fourni un modèle de la dérive du bateau (voir annexe 1). Ce modèle donne une indication assez précise du positionnement du bateau au cours de sa dérive vers la Libye.

146. Un certain nombre d'Etats (Canada, France, Grèce, Italie, Roumanie et Turquie) ont répondu, indiquant ne pas avoir eu de navire militaire dans le secteur durant la période spécifique en question. Par contre, la réponse du ministère italien de la Défense m'invite à contacter l'OTAN en ce qui concerne les unités italiennes sous commandement de cette organisation. C'était le cas de *ITS Etna* et je me suis adressée à l'OTAN pour obtenir des éclaircissements à ce sujet. J'ai reçu des clarifications concernant *ITS Etna*, mais un certain nombre de questions se posent désormais concernant *ITS Borsini*. Ce fait illustre à quel point il est facile de se renvoyer les responsabilités entre le niveau national et le niveau supranational.

147. Le Royaume-Uni et les Etats-Unis n'ont pas encore répondu à mes lettres.

148. Les réponses qui me sont déjà parvenues ne me permettent pas d'identifier le navire."

Ainsi en ce qui concerne la présente procédure, après les enquêtes minutieuses et complètes effectuées par ces organismes à rayonnement internationale, il n'a été trouvé aucun élément permettant de retenir la responsabilité d'un bateau français.

Cependant, le Procureur de la République a repris l'enquête en sollicitant à deux reprises l'Etat major des Armées.

Le Procureur de la République a adressé au chef d'Etat major des Armées la plainte des parties civiles contenant les informations sur le chemin emprunté par l'embarcation en perdition afin que la réponse apportée par l'Etat major des armées soit étayée sur la base

d'éléments factuels. L'Etat major des Armées a relaté dans sa note du 19 juin 2012 (D 117) quelles étaient les forces déployées et la position de ses bâtiments.

Le Procureur de la République a sollicité une seconde fois le Chef d'Etat major des Armées aux fins de savoir si en dehors des moyens militaires et navals français engagés dans le cadre de l'opération Harmattan et Enforced Protector, aucun navire ou aéronef français ne se trouvait pour quelque raison que ce soit, à proximité de l'embarcation lors de sa dérive (D 112)

L'Etat major des Armées a confirmé le 23 octobre 2012 que les navires ne se trouvaient pas dans la zone de découverte du bateau des migrants et que les aéronefs qui ont transité vers la Lybie depuis la crête et la Sicile n'avaient aucune mission de surveillance en mer de ce secteur (D 110).

En conséquence, il est établi de façon manifeste, au vu des investigations, exhaustives en ce qui concerne la responsabilité d'un bâtiment de guerre français, qui sont jointes au dépôt de plainte ou qui ont pu être réalisées à la suite du dépôt de plainte que les faits dénoncés par la partie civile n'ont pas été commis par un bâtiment français.

C'est l'Ordonnance entreprise.

DISCUSSION

Sur la nullité de l'Ordonnance de non lieu

Les appelants entendent soulever in limine litis la nullité de l'ordonnance de non-lieu ab initio en ce qu'elle est fondée sur deux avis du ministère de la Défense adressés hors délai légal aux autorités judiciaires.

L'article 698-1 du Code de procédure pénale dispose :

« Sans préjudice de l'application de l'article 36, l'action publique est mise en mouvement par le procureur de la République territorialement compétent, qui apprécie la suite à donner aux faits portés à sa connaissance, notamment par la dénonciation du ministre chargé de la défense ou de l'autorité militaire habilitée par lui. A défaut de cette dénonciation, le procureur de la République doit demander préalablement à tout acte de poursuite, y compris en cas de réquisitoire contre personne non dénommée, de réquisitoire supplétif ou de réquisitions faisant suite à une plainte avec constitution de partie civile, sauf en cas de crime ou de délit flagrant, l'avis du ministre chargé de la défense ou de l'autorité militaire habilitée par lui. Hormis le cas d'urgence, cet avis est donné dans le délai d'un mois. L'avis est demandé par tout moyen dont il est fait mention au dossier de la procédure.

La dénonciation ou l'avis figure au dossier de la procédure, à peine de nullité, sauf si cet avis n'a pas été formulé dans le délai précité ou en cas d'urgence.

L'autorité militaire visée au premier alinéa du présent article est habilitée par arrêté du ministre chargé de la défense. »

Conformément à cette disposition, les avis sont, hormis le cas d'urgence, donnés dans le délai d'un mois.

En l'espèce, la première demande d'avis a été formulée le 4 mai 2012. Le premier avis a été donné par le ministère de la défense le 19 juin 2012, soit plus d'un mois après la demande qui en a été faite. La seconde demande d'avis a été formulée le 18 septembre 2012. Le second avis a été rendu le 6 novembre 2012, également hors délai.

Selon l'article 698-1 du code de procédure pénale, ce délai d'un mois est une formalité substantielle, qui est prévue à peine de nullité. Comme l'ont souligné les parlementaires, il est nécessaire d'éviter que le ministère de la Défense ne puisse s'opposer au déclenchement des poursuites en ne respectant pas ce délai (Rapport n° 959, Jean MICHEL, AN, Commission de la défense nationale et des forces armées, 1998, part. p. 116 : « Il résulte de ces dispositions que la procédure d'avis ne saurait devenir le moyen, pour le Ministre de la Défense, de faire obstacle à l'engagement des poursuites ou de compromettre l'efficacité des investigations en en retardant le déclenchement. ».)

La doctrine confirme cette analyse. Ainsi, Aurélie DE ANDRADE souligne que « la nullité de la procédure est encourue lorsque l'avis ne figure pas au dossier, sauf en cas d'urgence ou si l'avis a été formulé hors délai » (A. De Andrade, « Une particularité de la procédure pénale applicable aux militaires : l'avis du ministère de la Défense », Rev. sc. crim. 2002, p. 71). De même, David DASSA-LE DEIST précise que « l'article 698-1 du Code de procédure pénale indique que la nullité est encourue si l'avis n'intervient pas dans les délais et les conditions prescrites par ce texte. Le législateur a donc entendu faire de l'avis du ministre une formalité substantielle » (D. Dassa-Le Deist, Fasc. Crimes et délits contre les intérêts fondamentaux de la nation, JurisClasseur Procédure pénale, part. n° 31). Il n'est donc pas nécessaire d'apporter la preuve d'un grief.

Toutefois, à supposer que vous considériez, à l'encontre de la doctrine majoritaire, que cette nullité est soumise à l'article 802 du code de procédure pénale, le grief requis par celui-ci est établi. En effet, le retard pris dans la procédure en raison de l'attente, par les autorités judiciaires, de la délivrance de ces deux avis, constitue une atteinte aux intérêts des plaignants. Loin d'obtenir une réponse à leur plainte simple, puis à leur plainte avec constitution de partie civile dans un délai raisonnable, près de deux ans se sont écoulés. Cela est contraire aux exigences de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des obligations positives découlant des articles 2 et 3 de la même convention, prises dans leur volet procédural.

Sur le fond

L'ordonnance de non-lieu ab initio, en date du 6 décembre 2013, doit être infirmée.

En premier lieu, le non-lieu ab initio est un outil procédural destiné à contrer les plaintes portant sur des faits imaginaires et qui ne peut être mobilisé lorsque les faits sont avérés(1). En deuxième lieu, cette ordonnance de non-lieu ab initio prive les plaignants du droit d'accès à un juge et de la possibilité de demander indemnisation du préjudice subi (2). En troisième lieu, ni les garanties procédurales ni les garanties institutionnelles n'ont été respectées. En effet, l'intervention du Ministère de la Défense place les plaignants dans une situation de net désavantage, contraire aux principes de l'égalité des armes et du contradictoire ; l'impartialité de la juridiction pourrait bien s'en trouver entachée (3). En quatrième et dernier lieu, l'ordonnance de non-lieu apparaît, à bien des égards, trop peu motivée (4).

1. L'exclusion du non-lieu ab initio

Le Juge d'Instruction estime dans son ordonnance de non-lieu ab initio, qu'« *il est établi de façon manifeste, au vu des investigations, exhaustives en ce qui concerne la responsabilité d'un bâtiment de guerre français, qui sont jointes au dépôt de plainte ou qui ont pu être réalisées à la suite du dépôt de plainte que les faits dénoncés par la partie civile n'ont pas été commis par un bâtiment français* ».

Conformément à l'article 86 al. 4 du Code de procédure pénale, « *Le procureur de la République peut également prendre des réquisitions de non-lieu dans le cas où il est établi de façon manifeste, le cas échéant au vu des investigations qui ont pu être réalisées à la suite du dépôt de la plainte ou en application du troisième alinéa, que les faits dénoncés par la partie civile n'ont pas été commis.* »

Le devoir et la raison d'être du juge d'instruction étant d'instruire, le législateur a conçu les hypothèses dans lesquelles le procureur de la République pouvait saisir le juge d'instruction de réquisitions de non-lieu ab initio de manière restrictive (D. Guérin, Art. 85 à 91-1, Fasc 20 : Constitution de partie civile, Jurisclasseur procédure pénale). Cela découle, au-delà de la loi, des travaux parlementaires et de la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation.

D'une part, l'ordonnance de non-lieu ab initio a été créée par la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale et entrée en vigueur le 1er juillet 2007, pour permettre au juge d'instruction, de manière exceptionnelle, de déroger à son devoir d'instruire lorsqu'il est établi que les faits dénoncés n'ont pas du tout été commis (D. Guérin, précité) et qu'ils sont donc purement imaginaires. C'est clairement l'hypothèse de la plainte abusive que souhaitait ici déjouer le législateur.

D'autre part, pour faire suite aux préconisations du rapport Magendie pour améliorer les délais de jugement en matière pénale, le législateur a cherché à limiter les plaintes abusives portées à la connaissance des autorités judiciaires.

La lecture des travaux parlementaires est particulièrement intéressante pour circonscrire le champ d'application de l'article 86 al. 4 2ème phrase du CPP. Il est précisé que « le juge d'instruction pourra rendre une ordonnance de refus d'informer sur le fondement de la non existence des faits [...] à l'origine de la plainte » (AN, Rapport n° 3505, G. Geoffroy, Commission des lois, p. 275). De même, il est énoncé clairement que l'ordonnance de non-lieu ab initio est réservée « lorsque les faits dénoncés par la partie civile n'ont manifestement pas été commis » (Sénat, Rapport n° 177, F. Zocchetto, Commission des lois, p. 92).

La lecture des textes et des travaux parlementaires ne peut induire en erreur. Seul le cas dans lequel les faits dénoncés n'ont pas du tout été commis est visé par l'article 86 al. 4.

Enfin, la jurisprudence de la chambre criminelle confirme cette lecture en tout point et rappelle que pèse sur le juge d'instruction une obligation d'informer, depuis l'arrêt Laurent-Atthalin, auquel on ne peut déroger que de manière exceptionnelle. Dans un arrêt du 3 mars 2009 (Bull. crim. n° 49), la chambre criminelle admit le recours à une ordonnance de non-lieu ab initio, dans une affaire dans laquelle il avait été établi que les faits n'avaient aucune réalité. Par un arrêt du 6 octobre 2009 (Bull. crim. n° 164 ; L. Ascensi, AJPénal, 2009, n° 12, p. 505), la chambre criminelle cassa et annula un arrêt de la chambre d'instruction de Grenoble qui avait, sur plainte contre personne non dénommée du chef d'homicide involontaire, dit n'y avoir lieu à suivre contre quiconque en application de l'article 86 al. 4 du CPP, alors qu'il n'était pas établi que les faits n'avaient manifestement pas été commis. La ligne de la jurisprudence apparaît clairement : si les faits n'ont aucune réalité, le juge d'instruction peut exceptionnellement refuser d'instruire. En revanche, si les faits ne sont pas imaginaires, une ordonnance de non-lieu est exclue.

En l'espèce, et le magistrat instructeur ne le conteste pas, les faits sont réels, ont manifestement été commis et ne sont en aucune façon liés à une plainte abusive. La formulation « les faits dénoncés par la partie civile n'ont pas été commis par un bâtiment français » montre bien que la magistrate ne conteste en rien la réalité des faits mais estime, sans procéder à aucune investigation, qu'aucun bâtiment français ne serait impliqué. C'est précisément l'objet d'une information judiciaire que de permettre de trancher ce point de la responsabilité.

La réalité des faits étant acquise, **l'ordonnance de non-lieu ab initio doit être infirmée**, en ce qu'elle ne remplit pas les conditions légales.

2. La privation du droit d'accès à un juge et à un recours effectif

Conformément aux articles 6 § 1 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, à l'article préliminaire du Code de procédure

pénale et à l'article 2 du Code de procédure pénale, la personne qui se prétend lésée par la commission d'une infraction pénale doit pouvoir saisir un tribunal indépendant et impartial pour demander réparation du préjudice subi.

En choisissant de rendre un non-lieu ab initio, le juge d'instruction prive la partie lésée de toute possibilité d'obtenir réparation non seulement devant le juge répressif – la voie de la citation directe étant fermée –, mais également devant toute autre juridiction.

En effet, il a été jugé par le Conseil d'Etat, dans une affaire Touax du 23 juillet 2010, que « les opérations militaires ne sont, par nature, pas susceptibles d'engager la responsabilité de l'Etat » (CE, 1ère et 6ème sous-sections réunies, 23 juillet 2010). Cette décision conforte la jurisprudence du Conseil en la matière et ne laisse présager aucune évolution permettant aux plaignants d'obtenir réparation de leur préjudice devant les juridictions administratives (CE, Ass., 30 mars 1966, Sieur Guyot, n° 59947, Rec. p. 269 ; A.F.D.I. 1967.865, chron. A. C. Kiss ; A.J. 1966.349, chron. J.-P. Puissochet, J.-P. Lecat ; G.P. 1967, I, p. 179 ; R.D.P. 1967.143, note M. Waline ; R.G.D.I.P. 1967.508 ; CE, 30 novembre 1966, Sté des transports aériens d'Extrême-Orient, A.F.D.I. 1967.866, chron. A. C. Kiss ; R.D.P. 1967.367).

De plus, un Etat partie à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme doit respecter l'obligation de mener une enquête effective, tout particulièrement lorsque les parties lésées ont été atteintes dans leur intégrité physique, qui est protégée par l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, ou que le droit à la vie, visé à l'article 2 de cette Convention, n'a pas été protégé.

En l'espèce, et sans devancer la discussion portant sur la nature des faits dénoncés, les plaignants se trouveraient privés de tout accès au juge pour obtenir indemnisation de leur préjudice et de tout recours effectif contre les violations de leurs droits humains, si la chambre de l'instruction devait confirmer cette ordonnance de non-lieu.

Il conviendra donc d'infirmier l'Ordonnance entreprise

3. L'exclusion de toutes garanties procédurales et institutionnelles

Sur le plan des garanties procédurales, le principe de l'égalité des armes, consacré tant à l'échelle supra-nationale qu'à l'échelle nationale, suppose que l'équilibre entre les droits des parties soit préservé.

Comme le souligne la Cour européenne des droits de l'homme, le principe de l'égalité des armes suppose que « chaque partie se voit offrir une possibilité raisonnable d'exposer sa cause dans des conditions qui ne la désavantagent pas par rapport à son adversaire » (CEDH 27 octobre 1993, *Dombo c/ Pays Bas*, req. 14448/88 ; CEDH, *Ben Naceur contre France*, 3 octobre 2006, Requête n° 63897/00 ; D. 2006.IR.2625, D. 2007.Pan.979, obs. Pradel, *Rev. sc. crim.* 2008.153, obs. Roets ; CEDH, *Gacon contre France*, 22 mai 2008, Requête n° 1092/04 ; *Rev. sc. crim.* 2008.635, obs. Giudicelli, *Rev. sc. crim.* 2008.696, obs. Marguénaud).

Le Conseil constitutionnel l'a constaté dans sa décision du 2 février 1995 (C. Const, 2 février 1995, n° 95-360 DC) ; le législateur a repris ce principe dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale : « La procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties » ; la Chambre criminelle de la Cour de cassation a également insisté sur l'importance d'une égalité objective, formelle entre toutes les parties (Crim. 17 septembre 2008).

En l'occurrence, la vice-présidente en charge de l'instruction s'est fondée sur deux avis à parquet émis par le ministère de la défense pour justifier sa décision. Or, le ministère de la défense, en tant que ministère de rattachement de l'armée française, apparaît comme juge et partie. Il lui est demandé de rendre un avis sur des faits qui visent des militaires français. Pourtant, il n'est pas demandé aux plaignants de donner leur propre avis, au mépris du principe de l'égalité des armes. Les plaignants sont ainsi placés dans une position de net désavantage par rapport aux autres parties, ce qui est contraire tant au droit français qu'au droit européen des droits de l'homme.

De plus, il ne leur pas été donné la possibilité de discuter, antérieurement à l'ordonnance contestée, les éléments, par ailleurs très flous, présentés par le ministère de la défense, au mépris du principe du contradictoire. Ce dernier est également protégé par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 23 juin 1993, *Ruiz Mateos contre Espagne*), par l'article préliminaire du code de procédure pénale (« La procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties. ») et la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation (Crim. 6 novembre 2013, n° 13-85658), dès les premières heures d'une procédure pénale.

En outre, au regard des garanties institutionnelles, certains éléments apparaissent difficilement compatibles avec le respect du principe d'impartialité des juridictions pénales.

En effet, le parquet se trouve, en matière d'infractions impliquant des militaires, dans l'obligation de demander un avis au ministère de la Défense, en application de l'article 698-1 du Code de procédure pénale. Comme le confirme l'ordonnance de non-lieu, le procureur de la République a adressé au chef d'état-major des Armées la plainte des parties civiles et a demandé successivement deux avis. Bien que la demande d'avis soit obligatoire, son contenu ne saurait l'être. Or les avis ont été, en l'espèce, suivis en tout point.

Par ailleurs, le ministère de la Défense dispose d'un délai d'un mois pour répondre, conformément à l'article 698-1 du code de procédure pénale. En l'espèce, le premier avis, demandé en date du 4 mai 2012, a été rendu en date du 19 juin 2012 ; le second avis, demandé le 18 septembre 2012, fut rendu le 6 novembre. Dans ces deux cas, l'avis a été formulé hors délai. Ces retards permettaient, a minima, à l'autorité judiciaire de ne pas tenir compte du contenu des avis; de plus, les plaignants sont bien fondés à demander la nullité de la procédure, ayant obtenu une réponse tardive à leur plainte, au mépris du principe de célérité du procès pénal.

Le fait de suivre à la lettre des avis, dont la tardiveté aurait dû entraîner leur exclusion des pièces du dossier, jette un doute sur l'impartialité de l'autorité à l'origine de la décision.

4. La faiblesse de la motivation de l'ordonnance de non-lieu

L'ordonnance de non-lieu ab initio révèle un certain nombre de lacunes substantielles.

Premièrement, sur le plan purement formel, la vice-présidente se livre à un copier-coller d'éléments portés à sa connaissance par les plaignants, sans mettre en lumière les éléments déterminants des passages faisant l'objet de ce copier-coller.

De plus, les approximations - il est évoqué une mission Unified Protector en page 2 de l'ordonnance puis d'une mission Enforced Protector, opération qui n'a jamais existé, en page 4 de la même ordonnance - portent atteinte au sérieux de la décision.

Deuxièmement, les deux rapports apportés en complément de la plainte, s'ils n'apportent pas de réponse définitive à des questions auxquelles seules des juridictions de jugement sont susceptibles de répondre, démontrent l'existence d'un certain nombre d'éléments. Ainsi, la connaissance de la situation de détresse des migrants est prouvée. Et on ne saurait penser que des bâtiments de guerre français, envoyés en opération militaire, ne disposaient pas des instruments présents sur toute embarcation civile ou militaire et qui doivent être allumés en permanence leur permettant d'avoir connaissance de cette situation. Or, cette connaissance de la situation de détresse caractérise l'un des éléments de l'omission de porter secours. L'enjeu de la plainte ne porte pas sur ce point, amplement démontré et documenté, mais sur la détermination des raisons qui ont fait que les militaires français, ayant connaissance de cette situation, n'ont pas apporté le secours nécessaire.

Sur ce troisième point, les références aux avis du ministère de la Défense, qui excipent d'une absence de voisinage avec la « zone de découverte » de l'embarcation, ne sauraient emporter la conviction. D'une part, cette formule ne correspond à aucune notion juridique connue : parle-t-on des eaux internationales ? évoque-t-on les zones SAR (Search and Rescue) ? D'autre part,

ce terme extrêmement flou jette un voile sur la difficulté qu'il était précisément demandé à une information judiciaire de trancher ; peut-on affirmer que, heure par heure, au cours de la terrible dérive des migrants qui a duré quinze jours, aucun bâtiment ou aéronef de l'armée française n'a été à portée de secours ? Les avis du ministère de la Défense sont extrêmement lapidaires et ne permettent en aucune façon de déterminer le positionnement de chaque navire, hélicoptère, avion, etc... mobilisé à cette époque, de manière précise et documentée. Il aurait fallu, a minima, demander à accéder aux journaux de bord des forces impliquées, à l'ensemble des documents afférents aux déploiement et missions des forces française, voire à des photos satellites, pour pouvoir se faire une idée plus précise de la responsabilité des militaires projetés à l'étranger.

PAR CES MOTIFS

Vu Les articles 2, 3, 6 et 13 de la CEDH,

Vu les articles 201, 204 et 205 du CPP

Infirmier l'Ordonnance de non-lieu rendue par le Juge d'Instruction le 6 décembre 2013

Ordonner le renvoi du dossier de la procédure au Juge d'Instruction pour qu'il poursuive l'information.

Ordonner qu'il soit procédé, conformément aux dispositions relatives à l'instruction préalable soit par un des membres de votre Chambre, soit par un juge d'instruction qu'elle délègue à cette fin, tout supplément d'information nécessaires et notamment tout acte permettant de déterminer le positionnement de chaque navire, hélicoptère ou avion français mobilisé à cette époque, de manière précise et documentée, de demander à accéder aux journaux de bord des forces impliquées, à l'ensemble des documents afférents aux déploiement et missions des forces française, voire à des photos satellites.

Rosny le 12 mai 2014

Stéphane MAUGENDRE

