

**PANORAMA DE LA JURISPRUDENCE DE LA
COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME
POUR L'ANNEE 2006**

*Par Mirentxu Aguerre**
*et David Gilles***

La *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*¹ a été instituée et adoptée sous l'égide du Conseil de l'Europe. Ouverte à la signature à Rome le 4 novembre 1950, la *Convention* est entrée en vigueur en septembre 1953. La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), siégeant à Strasbourg, est chargée de veiller au respect des dispositions contenues dans la *Convention*. La Cour peut être saisie par toute personne qui considère que ses droits ont été bafoués par un des quarante-sept États parties à ce traité, à la condition, toutefois, que les voies de recours internes aient été épuisées².

L'ancien système qui prévalait jusqu'au 1^{er} novembre 1998 conférait à trois institutions la responsabilité du contrôle du respect de la *Convention* : la Commission européenne des droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme et le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, composé des ministres des Affaires étrangères des États membres ou de leurs représentants. À la Commission revenait le soin d'accueillir les requêtes de tout État, individu ou organisation souhaitant porter plainte pour une violation de la *Convention européenne* par l'une de ses parties. Lorsqu'elle estimait que la requête était recevable, la Commission avait pour mission de tenter d'aboutir à un règlement à l'amiable ou, à défaut, de transmettre un rapport établissant les faits et formulant un avis sur le fond de l'affaire au Comité des ministres. Le délai de trois mois offert pour saisir la Cour afin qu'elle rende une décision définitive et contraignante commençait à courir dès l'élaboration du rapport. Les particuliers ne pouvaient saisir la Cour directement. Il était en outre possible qu'une affaire ne soit pas déférée à la Cour. Il incombait alors au Comité des ministres d'apprécier s'il y avait eu ou non violation de la *Convention*, et d'accorder, notamment à la victime, une « satisfaction équitable ». Le Comité des ministres était également responsable de la surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour.

Treize protocoles additionnels ont été adoptés depuis l'entrée en vigueur de la *Convention* ; le quatorzième, signé le 13 mai 2004, n'a pas encore force obligatoire.

* Mirentxu Aguerre est doctorante et chargée de cours à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, Chaire Jean Monnet en intégration européenne. L'auteure peut être rejointe à l'adresse suivante : <mirentxu.aguerre@umontreal.ca>.

** David Gilles est docteur en droit et chargé de cours auprès des facultés de droit des universités de Montréal et de Sherbrooke. L'auteur peut être rejoint à l'adresse suivante : <david.gilles@umontreal.ca>.

¹ *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 20 mars 1952, 213 R.T.N.U. 262, S.T.E. 9 (entrée en vigueur : 18 mai 1954) [*Convention européenne*].

² Pour un aperçu général de cette question, voir Ireneu Cabral Barreto, « Le droit de recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme » [2002] 15 R.Q.D.I. 1.

Les *Protocoles n° 1, 4, 6, 7, 12 et 13*³ ajoutent d'autres droits et libertés à ceux consacrés par la *Convention*. Le *Protocole n° 2*⁴ attribue à la Cour le pouvoir de rendre des avis consultatifs. Le *Protocole n° 9*⁵ ouvre aux requérants individuels la possibilité de porter leur cause devant la Cour, sous réserve de la ratification de cet instrument par l'État défendeur et de l'acceptation de la saisine par un comité de filtrage. Le *Protocole n° 1*, quant à lui, réaménage le mécanisme de contrôle. Les autres protocoles concernent l'organisation des institutions mises en place par la *Convention* et la procédure devant être suivie devant elles.

Dès 1980, le nombre d'affaires portées devant les organes chargés du respect de la *Convention* a augmenté à un point tel que des difficultés relatives au maintien d'une durée acceptable des procédures se sont fait jour. Le problème s'est aggravé par ailleurs avec l'adhésion de nouveaux États contractants à partir de 1990. Afin de pallier ces difficultés, une longue discussion a été menée sur la nécessité de réformer le mécanisme de contrôle créé par la *Convention*, ce qui a mené à l'adoption du *Protocole n° 11*⁶. Son objectif était la simplification de la structure afin de réduire la durée des procédures et de consolider concomitamment le caractère judiciaire du système, en le rendant complètement obligatoire et en supprimant les attributs décisionnels du Comité des ministres.

Le *Protocole n° 11* est entré en vigueur le 1^{er} novembre 1998. Il a substitué une cour unique et permanente aux anciennes Cour et Commission, qui ne fonctionnaient qu'à temps partiel. La Commission a conservé toutefois son ancien rôle durant une période transitoire d'une année, afin de traiter les affaires déclarées recevables avant l'entrée en vigueur du *Protocole n° 11*. Depuis lors, la procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) dispose de tous les attributs d'une procédure judiciaire. La mission de filtrage des requêtes, qui était jadis l'apanage de la Commission, est dorénavant réservée à la Cour dont la juridiction est d'ailleurs devenue obligatoire. La Cour se compose d'un nombre de juges égal à celui

³ *Protocole à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 20 mars 1952, S.T.E. 9 (entrée en vigueur : 18 mai 1954); *Protocole n° 4 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention*, 16 septembre 1963, S.T.E. 46 (entrée en vigueur : 2 mai 1968); *Protocole n° 6 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales concernant l'abolition de la peine de mort*, 28 avril 1983, S.T.E. 114 (entrée en vigueur : 1^{er} mars 1985); *Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 22 novembre 1984, S.T.E. 177 (entrée en vigueur : 1^{er} novembre 1988); *Protocole n° 12 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 2000, S.T.E. 177 (entrée en vigueur : 1^{er} avril 2005); *Protocole n° 13 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, relatif à la peine de mort dans toutes circonstances*, 3 mai 2002, S.T.E. 187 (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 2003).

⁴ *Protocole n° 2 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, attribuant à la Cour européenne des droits de l'homme la compétence de donner des avis consultatifs*, 6 mai 1963, S.T.E. 44 (entrée en vigueur : 21 septembre 1970).

⁵ *Protocole n° 9 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 6 novembre 1990, S.T.E. 140 (entrée en vigueur : 1^{er} octobre 1994).

⁶ *Protocole n° 11 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention*, 11 mai 1994, S.T.E. 155 (entrée en vigueur : 1^{er} novembre 1998).

des États contractants. Les juges sont élus par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe selon une liste de trois candidats présentée par les États. Les juges sont élus pour une durée de six ans et sont rééligibles. Leur mandat s'éteint lorsqu'ils atteignent leur soixante-dixième année. Ils siègent à la Cour à titre individuel et ne représentent aucun État. Ils ne peuvent exercer aucune activité incompatible avec leurs devoirs d'indépendance et d'impartialité ou avec la disponibilité requise par une activité exercée à plein temps. Il incombe à la Cour plénière d'élire les titulaires de certaines charges à la Cour, tels que le président, les deux vice-présidents (qui président également une section) et les trois autres présidents de section. La Cour plénière élit également le greffier et le greffier adjoint. Elle adopte et amende le règlement de la Cour. Elle définit enfin la composition des sections.

Le règlement de la Cour précise que chaque juge est membre de l'une des cinq sections, dont la composition est équilibrée notamment du point de vue géographique et tient compte des différents systèmes juridiques existants au sein des États contractants. La composition des sections est modifiée tous les trois ans. La grande majorité des arrêts de la Cour est rendue par des chambres qui se composent de sept juges et qui sont constituées au sein de chaque section. Le président de section et le juge élu au titre de l'État concerné siègent dans chaque affaire. Lorsque le juge élu au titre de l'État concerné n'est pas membre de la section, il siège en qualité de membre de droit de la chambre. Si l'État défendeur dans une affaire est celui du président de la section, le vice-président de la section préside alors. Dans toute affaire tranchée par une chambre, les autres membres de la section qui ne sont pas membres titulaires de la chambre siègent en qualité de suppléants.

La Grande chambre de la Cour se compose de dix-sept juges. Le président et les vice-présidents de la Cour ainsi que les présidents de section y siègent en tant que membres de droit. La Grande chambre connaît des affaires qui soulèvent une question grave relative à l'interprétation ou à l'application de la *Convention*, ou encore une question grave de caractère général. Une chambre peut en outre se dessaisir d'une affaire en faveur de la Grande chambre et ce, à tout stade de la procédure, tant qu'elle n'a pas rendu son arrêt et dès lors que les deux parties y consentent. Lorsqu'un arrêt a été rendu dans une affaire, toute partie peut, dans un délai de trois mois, demander le renvoi de l'affaire devant la Grande chambre. Si la demande est acceptée, l'ensemble de l'affaire sera réexaminé.

Il est indéniable que la constitution d'un espace européen des droits de l'homme est l'œuvre, en grande partie, des juges de Strasbourg⁷. Prises entre la difficile intégration de nouveaux États signataires de la *Convention*⁸ et la « concurrence » de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE)⁹, les

⁷ Frédéric Sudre, « Le Conseil de l'Europe et la constitution d'un espace européen des droits de l'homme » [1991] 7 R.Q.D.I. 187.

⁸ Jean-François Flauss, « Les conditions d'admission des pays d'Europe centrale et orientale au sein du Conseil de l'Europe » [1994] 5 E.J.I.L. 401.

⁹ Pour une vision complète des compétences respectives de la CJCE et de la CEDH, voir notamment Jean-Yves Carlier, « La garantie des droits fondamentaux en Europe : pour le respect des compétences concurrentes de Luxembourg et de Strasbourg » [2000] 13 R.Q.D.I. 37.

juges de Strasbourg ont su maintenir un *corpus juris* autonome¹⁰ tout en multipliant les synergies avec la grande sœur de l'Union européenne et en s'affirmant comme une institution judiciaire indépendante¹¹. À l'aune du Canada, la jurisprudence et l'activité de la Cour européenne, ainsi que les mécanismes de la *Convention* conservent une proximité avec ceux de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹² dont la formulation s'est inspirée de son homologue européenne¹³. En matière d'interprétation, les juges de la CEDH, interprètes officiels de la *Convention*, savent faire preuve d'exégèses audacieuses¹⁴ et sont au cœur de l'évolution d'un texte qui sait se renouveler de manière continue. Si l'intérêt de cette jurisprudence peut paraître faible pour les praticiens canadiens et québécois, il faut souligner que certains concepts européens rejoignent, sur bien des points, ceux de la *Charte* et de la pratique canadienne, notamment quant au droit au procès équitable¹⁵ et aux traitements inhumains. De plus, les juges canadiens et européens s'inspirent mutuellement lorsqu'il s'agit de rédiger une décision ou de motiver une évolution de la jurisprudence¹⁶. L'intérêt du droit comparé pour la réalisation d'une évolution sereine et bénéfique des jurisprudences nationales internes n'est plus à démontrer, les juges suprêmes, devançant parfois la doctrine¹⁷, se faisant largement les laudateurs de la méthode¹⁸.

Concernant sa jurisprudence, l'année 2006 présente la particularité de mettre en avant deux condamnations de personnages historiques sur le fondement de l'article 2 de la *Convention européenne*, disposition qui protège le droit à la vie. Cette année marque également un engagement intéressant de la Cour en matière de liberté syndicale ou de développement prétorien de la *Convention* en matière de droit au respect de la vie privée. L'action de la Cour est toutefois plus retenue en matière de discrimination ou de bioéthique, prolongeant sa jurisprudence antérieure ou apportant des nuances prudentes. Deux arrêts retenus dans cette chronique ont ensuite donné

¹⁰ Voir Alain Desmazières de Séchelles, « Rappel de quelques principes essentiels concernant la Convention européenne des droits de l'homme » [2007] 238 *Gaz. Pal.* 24 2.

¹¹ Voir Marina Eudes, « La légitimité du juge de la Cour européenne des droits de l'homme. Observation sur la représentativité et l'indépendance du juge de Strasbourg » [2000] 13 *R.Q.D.I.* 131.

¹² Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [*Loi constitutionnelle de 1982*].

¹³ Catherine Lalumière, « La *Charte des droits fondamentaux* et la *Convention européenne des droits de l'homme* » [2000] 13 *R.Q.D.I.* 167.

¹⁴ Jean-François Renucci, « Les frontières du pouvoir d'interprétation des juges européens » [2007] 11 *Semaine juridique JCP G* 120 3.

¹⁵ Jean Pradel, « La notion de procès équitable en droit pénal européen » [1996] 27 *R.G.D.I.P.* 505.

¹⁶ Ainsi, le 6 octobre 2005, la Grande chambre de la CEDH cite avec profit un arrêt de la Cour suprême du Canada. *Sauvé c. Canada (P.G.)*, [1993] 2 *R.C.S.* 438, dans l'affaire *Hirst c. Royaume-Uni* [GC], n° 74025/01 (6 octobre 2005).

¹⁷ Voir David Gilles, « Le rôle du juge face aux droits fondamentaux garantis par des normes fondamentales : France-Canada, une vision croisée » dans *Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Les vingt-cinq ans de la Charte canadienne des droits et libertés*, Cowansville, Yvon Blais, 2007, 123.

¹⁸ Voir Guy Canivet, « La pratique du droit comparé par les cours suprêmes. Brèves réflexions sur le dialogue des juges dans les expériences française et européenne. En commentaire de l'article de Sir Basil Markesinis et Jorge Fedtke, *Le juge en tant que comparatiste* » (2005-2006) 80 *Tul. L. Rev.* 221; Guy Canivet et Stephen Breyer, « Le voisinage des cours suprêmes à l'heure du village mondial » [2005] 1 *Culture et Droit* 1.

l'occasion à la Grande chambre de préciser sa jurisprudence en matière de détention ou de placement à l'isolement des détenus, et de récidive. Plusieurs affaires mettent en cause les liens entre détention pénale et traitements hospitaliers, soulevant les difficultés relativement à la détention de personnes malades. Les questions de discrimination et de mesures pénales et administratives prises à l'égard des étrangers font enfin montre de l'actualité des questions politiques et sociales qui s'affirment dans le contexte juridique européen.

In fine, pour les fins de la présente chronique, nous avons choisi de présenter nos commentaires en fonction de la division suivante : détention (I), santé mentale et détention carcérale (II), droit au procès équitable (III), récidive et succession de la loi dans le temps (IV), protection des droits et libertés d'autrui et protection du droit au respect de la vie privée (V), bioéthique (VI), liberté d'association (VII), discrimination (VIII), liberté d'expression (IX) et droit des étrangers (X).

I. Détention

Article 3 de la Convention

En principe, la *Convention* (article 3 et/ou article 8) n'interdit pas le recours à une intervention médicale forcée en vue d'obtenir la preuve d'une infraction. Toutefois, cette action est strictement encadrée par la jurisprudence de la Cour. Celle-ci, dans l'arrêt *Jalloh c. Allemagne*¹⁹, a ainsi estimé que l'administration de force, dans un cadre hospitalier et sous contrôle médical, d'émétiques à un trafiquant de drogue présumé avoir avalé des sachets de cocaïne au moment de son arrestation constitue un traitement inhumain et dégradant contraire à l'article 3 de la *Convention*. Il s'agit selon les juges de Strasbourg d'un acte intrusif visant à recueillir une preuve matérielle à l'intérieur du corps de la personne. En l'espèce, le 29 octobre 1993, des policiers en civil ont vu le requérant retirer deux petits sachets de sa bouche et les échanger contre de l'argent. Soupçonnant que les sachets contenaient de la drogue, les policiers ont procédé à son arrestation. Alors qu'ils étaient en train de l'appréhender, le requérant a avalé un autre petit sachet qu'il avait toujours dans sa bouche. Les policiers n'ayant pas trouvé de drogue sur lui, le procureur compétent a ordonné qu'on lui administre un émétique pour le forcer à régurgiter le sachet.

La Cour estime que « [b]ien que le traitement auquel le requérant a été soumis ne soit pas marqué de l'infamie spéciale qui s'attache aux actes de torture, il a atteint en l'espèce le minimum de gravité requis pour tomber sous le coup de l'interdiction prononcée par l'article 3 »²⁰. S'appuyant notamment sur la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis, la Cour a jugé que l'utilisation, dans le cadre d'une procédure pénale, d'éléments de preuve recueillis au mépris de l'article 3 « frappe d'iniquité l'ensemble du procès » et emporte aussi violation de l'article 6²¹. Selon les juges,

¹⁹ *Jalloh c. Allemagne*, [GC], n° 54810/00 (11 juillet 2006).

²⁰ *Ibid.* au para. 106.

²¹ *Ibid.* au para. 108.

des éléments à charge – qu’il s’agisse d’aveux ou d’éléments matériels rassemblés au moyen d’actes de violence ou de brutalité ou d’autres formes de traitements pouvant être qualifiés de torture – ne doivent jamais, quelle qu’en soit la valeur probante, être invoqués pour prouver la culpabilité de la victime.²²

Cette méthode ne pouvait pas davantage être justifiée, dans les circonstances de l’espèce, par l’intérêt public à la condamnation du requérant, celle-ci étant minime (six mois avec sursis) alors que l’atteinte était grave. La Cour relève que l’usage de ces éléments de preuve obtenus par la force violait le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination²³ qui couvre « les éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l’accusé »²⁴. « La Cour rappelle que l’intervention ayant consisté à faire régurgiter de force les stupéfiants au requérant a considérablement porté atteinte à l’intégrité physique et mentale de celui-ci »²⁵. La question du fondement juridique de cet arrêt s’impose alors. La Cour aurait pu se placer sur le terrain du droit au respect de la vie privée et de l’article 8, les agissements en l’espèce semblant être largement constitutifs d’une atteinte à l’intégrité physique et morale.

* * *

Traditionnellement, lorsque la Cour européenne a dû se pencher sur les difficultés liées au placement à l’isolement en milieu carcéral, elle a conclu à la violation de l’article 3 sur le fondement des mauvaises conditions matérielles de détention. À cet égard, la décision de la Grande chambre du 4 juillet 2006²⁶ s’inscrit dans la continuité de sa jurisprudence relative au placement à l’isolement des détenus. Reprenant presque mot pour mot l’arrêt de la Chambre du 27 janvier 2005²⁷, l’arrêt *Ramirez Sanchez c. France* est intéressant davantage par les questions qu’il laisse en suspens que par les réponses qu’il apporte sur le fondement de l’article 3.

La mise à l’isolement d’un détenu est une mesure de protection et de sécurité qui peut être prise par l’administration pénitentiaire de son propre fait ou sur la demande du détenu lui-même. Elle ne constitue pas en soi une mesure disciplinaire. Cette mesure, pratiquée dans de nombreux États membres de la *Convention*, a été appliquée en l’occurrence à l’un des détenus européens emblématiques, le terroriste Carlos, qui a multiplié les attentats pro-palestiniens à la fin des années 1970 et au début des années 1980. Ilich Ramirez Sanchez a été condamné en 1997 à la réclusion criminelle à perpétuité pour des faits commis en juin 1975. Détenu en France depuis

²² *Ibid.* au para. 105.

²³ *Ibid.* aux para. 109 et s.

²⁴ *Ibid.* au para. 101.

²⁵ *Ibid.* au para. 118.

²⁶ *Ramirez Sanchez c. France* [GC], n° 59450/00 (4 juillet 2006) [*Ramirez Sanchez* [GC]].

²⁷ *Ramirez Sanchez c. France*, n° 59450/00 (27 janvier 2005).

août 1994 après son arrestation au Soudan, il fut placé à l'isolement sans interruption depuis cette date jusqu'en octobre 2002. Les décisions de mise à l'isolement ont été renouvelées chaque trimestre durant cette période. Les prolongations du maintien de l'intéressé en isolement ont généralement été motivées par sa dangerosité, la nécessité de maintenir l'ordre et la sécurité au sein de l'établissement pénitentiaire et le risque d'évasion. Notons qu'à ces occasions, le requérant a fait l'objet de contrôles médicaux destinés à déterminer son aptitude à supporter l'isolement. Il a alors introduit deux recours internes devant le tribunal administratif de Paris : un recours pour excès de pouvoir, d'une part, et un recours en annulation pour irrégularité contre une décision de maintien à l'isolement prise le 17 février 2005, d'autre part. Le requérant a ensuite saisi la Cour européenne le 20 juillet 2000 alléguant que son maintien à l'isolement était constitutif d'une violation de l'article 3 et qu'il ne disposait pas de recours pour contester cette mesure, conformément à l'article 13 de la *Convention*.

Dans un arrêt du 27 janvier 2005, la Cour s'est prononcée par quatre voix contre trois pour rejeter la violation sur le fondement de l'article 3 ; mais la violation de l'article 13 a été établie à l'unanimité. La Grande chambre, saisie par le requérant, reprend la même solution que celle proposée par la décision précédente. Elle constate, après une analyse concrète de la mise à l'isolement et une appréciation de la nature et du degré de l'isolement, que les conditions matérielles de détention (visites, correspondances, accès aux médias notamment) ne présentaient pas le caractère de traitements inhumains ou dégradants. La Cour qualifie alors l'isolement du requérant de « partiel et relatif ». L'opinion dissidente du juge Casadevall, rejointe par quatre juges, souligne la distinction souhaitable à faire entre mise à l'isolement avant et après le jugement. Dans cette dernière situation, il serait en effet souhaitable, selon l'opinion dissidente, que l'isolement soit absolument nécessaire et que toute autre mesure présente un caractère insuffisant à répondre au but de l'isolement.

Sur le fondement de l'article 13, l'absence de recours effectif devant une instance apportant les garanties adéquates et ayant les pouvoirs de réformer la décision d'isolement est constatée par la Cour. La motivation des multiples décisions de prolongation était répétitive et succincte en l'espèce, consistant essentiellement dans la nécessité d'interdire la communication avec les autres détenus, justification bien trop générale pour être jugée comme raisonnable. La seconde motivation, reposant sur la nature des infractions et la personnalité du requérant, a reçu l'aval de la Cour, qui « comprend que les autorités aient estimé nécessaire de prendre des mesures extraordinaires de sécurité dans le cadre de sa détention »²⁸. Critiquée par la doctrine²⁹, une telle motivation semble constituer une punition « hors peine », peu justifiable au regard des droits de la personne. La dangerosité du requérant et l'absence de repentir ne peuvent justifier un isolement de huit années hors de la condamnation en elle-même. Cette justification se retrouve toutefois dans de

²⁸ *Ramirez Sanchez* [GC], *supra* note 26 au para. 125.

²⁹ Pierrette Poncela, « Le placement à l'isolement des détenus. En marge de l'arrêt de Grande chambre *Ramirez Sanchez c. France* du 4 juillet 2006 de la Cour européenne des droits de l'homme » [2007] 69 R.T.D.H. 247 à la p. 255.

nombreux arrêts de la Cour touchant à l'isolement et aux régimes spéciaux en vie carcérale³⁰, soit sur le fondement de l'article 8 ou de l'article 6 de la *Convention*.

Dans l'arrêt *Ramirez Sanchez c. France*, la Cour refuse d'examiner en elle-même la question de la durée de la détention. Elle souligne toutefois la nécessité d'un examen rigoureux de la justification de la détention, de sa nécessité, de sa proportionnalité et des garanties, obligeant alors à une motivation substantielle, « au fil du temps, de plus en plus approfondie et convaincante »³¹. La particularité de sa situation et la personnalité de Carlos semblent avoir joué contre lui. Toutefois, pour les juges de l'opinion dissidente ni « sa solidité physique ni sa résistance mentale, ne sauraient faire passer pour acceptable une période de maintien en isolement de huit ans »³². L'opinion majoritaire semble en outre rejoindre l'opinion dissidente lorsqu'elle souligne « qu'un maintien à l'isolement, même relatif, ne saurait être imposé à un détenu indéfiniment »³³, et elle se dit préoccupée « par la durée particulièrement longue du placement du requérant au régime pénitentiaire de l'isolement »³⁴, paraissant dès lors ne pas vouloir tirer les conséquences d'un raisonnement seulement esquissé. Cette hésitation est peut-être gage d'une future évolution de la jurisprudence de la Cour en faveur de l'opinion jusque-là minoritaire, alors même que la France semble avoir pris en compte les errements de sa procédure de mise à l'isolement par le décret du 21 mars 2006, publié le 1^{er} juin de la même année³⁵.

* * *

Dans l'arrêt *Argenti c. Italie*³⁶, rendu en novembre 2005 et devenu définitif en date du 10 février 2006, le requérant estime qu'il est soumis à des traitements inhumains en raison de son placement sous un régime spécial de détention. Emanuele Argenti, ressortissant italien, est actuellement détenu à la prison de Terni (Italie) où il purge la peine de réclusion criminelle à perpétuité à laquelle il a été condamné en 1997 pour homicide qualifié, cambriolage, extorsion aggravée, violation de la *Loi sur les armes*³⁷ et association de malfaiteurs de type mafieux. De juillet 1992 à mars 2005, il a été soumis au régime spécial de détention prévu à l'article 41 *bis* de la *Loi sur l'organisation pénitentiaire*³⁸ qui déroge aux conditions fixées par la *Loi sur*

³⁰ Sur la jurisprudence de la Cour en la matière, voir Marianne Moliner-Dubost, « Prisons, état des lieux, le point sur la compatibilité du placement à l'isolement des détenus avec l'article 3 de la *Conv. EDH* » [2007] 4 *Actualité juridique – Pénal* 160.

³¹ *Ramirez Sanchez* [GC], *supra* note 26 au para. 139.

³² *Ibid.*, opinion dissidente du juge Casadevall au point 6.

³³ *Ibid.* au para. 145.

³⁴ *Ibid.* au para. 150.

³⁵ Sur cette question, voir Poncela, *supra* note 29 à la p. 259.

³⁶ *Argenti c. Italie*, n° 56317/00 (10 novembre 2005).

³⁷ *Loi no 185 du 9 juillet 1990*.

³⁸ *Loi no 354 du 26 juillet 1975*.

*l'administration pénitentiaire*³⁹. L'administration de ce régime a été prorogée à vingt-et-une reprises et le requérant a introduit treize recours contre l'application de celui-ci. Afin d'écartier les prétentions du requérant, la Cour a notamment jugé « que les arguments invoqués pour justifier le maintien des limitations n'étaient pas disproportionnés par rapport aux faits précédemment reprochés au requérant, qui avait été condamné à de lourdes peines pour des faits très graves »⁴⁰. De ce fait, la souffrance ou l'humiliation que le requérant a pu ressentir n'est pas allée au-delà de ce qu'un placement en isolement est censé entraîner. La Cour a toutefois décidé d'examiner l'affaire sous l'angle de l'article 6 (1). Les juges ont relevé tout d'abord que les juridictions n'ont jamais statué sur le fond des quatre réclamations du requérant et la Cour n'a donc pu que constater que ceci a annulé l'impact du contrôle exercé par les tribunaux sur les arrêtés du ministre de la Justice. Par ailleurs, si la loi impose à la juridiction saisie de se prononcer dans un délai de dix jours, c'est, selon les juges, en raison de la gravité de l'impact du régime spécial sur les droits du détenu et de la validité limitée dans le temps de la décision attaquée. Par conséquent, la carence décisionnelle des juridictions saisies sur les recours du requérant a violé le droit de celui-ci à ce que sa cause soit entendue par un tribunal. La Cour a dès lors jugé, à l'unanimité, que l'article 6 (1) avait été violé.

* * *

Dans l'arrêt *Vincent c. France*⁴¹ du 24 octobre 2006, la notion de traitement dégradant a été affinée concernant les personnes handicapées. Dans cette affaire, la détention d'une personne handicapée dans un établissement où elle ne peut se déplacer – en particulier quitter sa cellule par ses propres moyens – a été jugée comme constituant un « traitement dégradant » au sens de l'article 3 de la *Convention*. Plusieurs arrêts antérieurs avaient remis en question les conditions de détention des personnes handicapées. L'arrêt *Vincent c. France* est toutefois le premier à condamner un État sur le fondement de l'inaccessibilité architecturale du milieu carcéral⁴². En l'espèce, la violation de l'article 3 a été constatée par les juges strasbourgeois en raison du fait que,

pour passer des portes, le requérant ait été contraint d'être porté pendant qu'une roue de son fauteuil était démontée, puis remontée après que le fauteuil eut passé l'embrasure de la porte [ce qui] peut en effet être considéré comme rabaisant et humiliant, outre le fait que le requérant était entièrement à la merci de la disponibilité d'autres personnes.⁴³

³⁹ *Ibid.*, modifiée par la *Loi no 356 du 7 août 1992*.

⁴⁰ *Ibid.* au para 22.

⁴¹ *Vincent c. France*, N° 6253/03 (24 octobre 2006).

⁴² Sur cette notion, voir Jean-Baptiste Thierry, note sous Cour européenne des droits de l'homme, [2007] 81 Semaine juridique JCP G II 10007 34.

⁴³ *Ibid.* au para. 102.

Après le constat de cette situation par l'administration pénitentiaire, le « requérant a vécu dans ces conditions pendant quatre mois » alors que de nombreux autres établissements pénitentiaires existaient sans que des raisons impérieuses eussent nécessitées son maintien dans le premier établissement, à savoir la prison de Fresnes. Relevant qu'en l'occurrence « rien ne prouve l'existence d'une intention d'humilier ou de rabaisser le requérant », la Cour estime néanmoins « que la détention d'une personne handicapée dans un établissement où elle ne peut se déplacer et en particulier quitter sa cellule, par ses propres moyens constitue un "traitement dégradant" » au sens de l'article 3 de la *Convention*⁴⁴.

II. Santé mentale et détention carcérale

Article 3 de la Convention

L'arrêt *Rivière c. France*⁴⁵ du 11 juillet 2006 a permis à la Cour de réaffirmer l'inadéquation entre l'institution carcérale et les pathologies mentales par une interprétation dynamique de l'article 3 au nom du respect de la dignité des détenus. Le phénomène de l'incarcération de psychotiques, ne trouvant pas de place dans les institutions hospitalières pour des raisons administratives ou de gestion, demeure une question cruciale dans nombre de pays industrialisés. La prison asile, sans encadrement médical approprié, constitue un traitement inhumain et dégradant relevant de l'article 3 de la *Convention*. À ce propos, la Cour a graduellement augmenté le niveau de protection des détenus malades⁴⁶. L'article 3, prohibant en termes absolus la torture, les traitements ou peines inhumains ou dégradants, en toutes circonstances et quelle que soit l'attitude de la victime ou l'infraction reprochée, implique deux obligations négatives pour les autorités. Celles-ci ne doivent pas soumettre un individu privé de liberté à des mesures ayant pour objet ou effet de susciter des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à l'humilier, l'avilir ou à briser éventuellement sa résistance physique et morale. De plus, l'exécution de la mesure ne doit pas soumettre le détenu à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention⁴⁷.

Dans cette affaire, la Cour applique *mutatis mutandis* les mêmes principes et évolutions dégagés au fil de sa jurisprudence, en prenant compte de l'état de santé du détenu. Cette approche a d'ailleurs forcé les autorités à intégrer les paramètres relatifs à la santé de chaque prisonnier afin de déterminer *in concreto* « la capacité à la détention » au sens de l'interprétation de l'article 3⁴⁸. La détention d'une personne malade dans des conditions inadéquates peut constituer un traitement contraire à

⁴⁴ *Ibid.* au para. 103.

⁴⁵ *Rivière c. France*, N° 33834/03 (11 juillet 2006) [*Rivière*].

⁴⁶ Pour un aperçu de cette évolution, voir Jean-Pierre Céré, « Détention, maladie et traitement inhumain ou dégradant » [2007] 69 R.T.D.H. 261.

⁴⁷ Marianne Moliner-Dubost, « La détention de personnes atteintes de troubles mentaux : condamnation ferme de la "prison-asile" » [2007] 70 R.T.D.H. 541.

⁴⁸ *Moussel c. France*, n° 67263/01, [2001] III C.E.D.H. 151 au para. 38.

l'article 3. Plus particulièrement, dans le cas de malades mentaux, il convient de tenir compte de leur vulnérabilité et de leur incapacité parfois à se plaindre, comme la Cour l'avait dégagé dans l'arrêt *Keenan c. Royaume-Uni*⁴⁹. Toutefois, dans l'arrêt *Rivière*, la Cour n'examine pas l'impact de la détention sur l'état du requérant ou l'évolution de sa maladie, présument ainsi de l'influence des effets de la mesure considérée sur sa santé.

Les juges ont en outre posé pour la première fois une distinction entre les différentes maladies mentales fondée sur le risque potentiel de suicide : « il convient également, au sein de la vaste catégorie des maladies mentales, de distinguer celles, telles que la psychose, qui comportent, pour les personnes qui en souffrent, des risques particulièrement élevés [de suicide] »⁵⁰. La nature de la maladie mentale est donc désormais un critère central, d'autant que la peine à purger est importante, comme c'était le cas en l'espèce. Il faut relever également que monsieur Rivière n'avait pas tenté de se suicider et que sa prise en charge par l'institution pénitentiaire était quasiment exemplaire au vu des conditions habituelles de traitement de ce type de pathologie en environnement carcéral. Toutefois, l'expertise avait révélé que le requérant était devenu un malade mental chronique et que certains comportements « constituaient des indices inquiétants »⁵¹. La Cour finit par souligner que « des efforts d'adaptation non niabiles » ont été fournis par l'institution carcérale et qu'elle « se garde de sous-estimer » les efforts pour assurer « une prise en charge adéquate de l'état de santé du requérant »⁵². Cependant, « son maintien en détention, sans encadrement médical actuellement approprié » a constitué « une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention »⁵³. Elle conclut alors, à l'unanimité, à l'existence d'un traitement inhumain et dégradant au sens de l'article 3.

Articles 3 et 5 (1) de la Convention

Au regard de l'article 3, l'exécution de peines privatives de liberté à vie et incompressibles est susceptible de soulever un problème lorsqu'il n'existe aucun espoir de pouvoir bénéficier de mesures telles que la libération conditionnelle. Un autre détenu emblématique des très longues peines en France, Lucien Léger, a soumis la question de la durée exceptionnelle de sa détention aux juges strasbourgeois dans l'affaire *Léger c. France*⁵⁴. Lucien Léger a été condamné en 1966 à la réclusion criminelle à perpétuité. Il allègue que son maintien en détention était devenu arbitraire, particulièrement après le rejet de sa demande de libération conditionnelle en 2001. Après plus de quarante et un ans passés en détention pour le meurtre d'un enfant de onze ans, le plus ancien détenu de France a été mis en liberté conditionnelle en septembre 2005, à la suite de treize demandes d'élargissement et trois de grâce

⁴⁹ *Keenan c. Royaume-Uni*, N° 27229/95 (3 avril 2001) aux para. 111 et 112.

⁵⁰ *Rivière*, *supra* note 45 au para. 63.

⁵¹ *Ibid.* au para. 66.

⁵² *Ibid.* au para. 76.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Léger c. France*, N°19324/02 (11 avril 2006).

présidentielle vaines. Une telle détention constitue-t-elle un traitement inhumain et dégradant? Selon la Cour, la condamnation de monsieur Léger, bien que dure, n'atteint pas le seuil de gravité de l'article 3⁵⁵, le requérant ayant eu, à de nombreuses reprises, la possibilité de déposer des demandes de libération conditionnelle. La Cour conclut également à la non-violation de l'article 5 (1)a). Selon les juges, il n'existe pas de tradition commune ni de système unique de libération conditionnelle dans les États membres du Conseil de l'Europe. La procédure française de libération conditionnelle, excluant tout automatisme ou tout « droit » à la libération conditionnelle, relève de la marge d'appréciation des États membres. Ce système discrétionnaire, bien que fondé sur des critères « un peu flous », ne viole pas en soi l'article 5⁵⁶. Ce qui est en cause en l'espèce, c'est la pertinence des motifs retenus pour maintenir le requérant en détention et leur lien avec l'objectif répressif de la condamnation initiale. D'après la Cour, le maintien en détention, en l'espèce, n'a jamais cessé d'être lié à l'objectif répressif initial et est fondé sur des éléments liés au risque de récidive et à la dangerosité du requérant. Lucien Léger avait en effet été condamné à vingt ans de réclusion criminelle en 1965 pour vol qualifié et coups mortels, puis à perpétuité pour le meurtre d'un surveillant pénitentiaire en 1968. Si la question de la « gestion » des condamnés à perpétuité peut se poser, les motifs de maintien en détention n'étaient pas, selon la Cour, déraisonnables au regard de la marge d'appréciation dont disposaient les juridictions nationales. Toutefois, il faudra attendre la décision de la Grande chambre devant laquelle cette affaire a été portée afin de connaître la décision définitive de la Cour quant au caractère arbitraire d'une telle détention.

Articles 5 (1) et 5 (4) de la Convention

L'arrêt *Zervudacki c. France*⁵⁷ relève une violation des paragraphes 1 et 4 de l'article 5 en matière de détention. Le problème posé porte sur le délai et les conditions de détention entre le moment de la garde à vue et la comparution devant le juge d'instruction⁵⁸. En l'espèce, la requérante se plaint d'une privation de liberté dans les locaux de la brigade financière durant dix heures et demie avant de comparaître devant le juge d'instruction. De plus, elle soulève qu'elle n'a pas disposé d'un recours lui permettant de demander à une juridiction de statuer dans un bref délai sur la légalité de sa détention entre la fin de sa garde à vue et sa présentation devant le juge d'instruction, au sens de l'article 5 (4) de la *Convention*. La Cour constate l'absence de base légale permettant la détention entre la fin de la garde à vue et la présentation devant le procureur ou le juge d'instruction, relevant en outre, que la requérante n'a pu se laver et est restée sans repos et sans restauration durant l'ensemble de la période de détention avant sa présentation au juge d'instruction⁵⁹. Dans cette affaire, la Cour a jugé essentiel qu'en matière de privation de liberté, le

⁵⁵ *Ibid.* au para. 93.

⁵⁶ *Ibid.* au para. 70.

⁵⁷ *Zervudacki c. France*, N° 73947/01 (27 juillet 2006) [*Zervudacki*].

⁵⁸ Sur ces questions, voir Michel Puéchavy, « La détention après la garde à vue pour présentation au procureur de la République ou au juge d'instruction » [2007] 70 R.T.D.H. 559.

⁵⁹ *Zervudacki*, *supra* note 57 aux para. 46-48.

droit interne définisse clairement les conditions de détention. De plus, la loi doit être prévisible dans son application, c'est-à-dire suffisamment précise pour permettre au justiciable de prévoir, dans un degré raisonnable, les conséquences pouvant découler d'un acte déterminé⁶⁰.

III. Droit au procès équitable

Article 6 (1) de la Convention

Dans son arrêt *Martinie c. France*⁶¹, la CEDH est venue préciser sa jurisprudence hostile à la présence et à l'intervention des commissaires du gouvernement lors des délibérés des formations de jugement devant les juridictions administratives françaises. Une telle présence est en effet contraire aux exigences du droit à un procès équitable selon la jurisprudence de la Cour développée depuis l'arrêt *Kress* en 2001⁶².

L'arrêt *Martinie* a mis un terme – provisoire? – aux interprétations divergentes nationales et doctrinales ainsi qu'à la controverse concernant la participation active ou passive des commissaires du gouvernement aux délibérés telle que sanctionnée par l'arrêt *Kress*. Cette décision s'inscrit dans le prolongement de plusieurs arrêts des juges strasbourgeois qui avaient jugé contraire à l'article 6 (1) les conditions d'intervention de l'avocat général près la Cour de cassation de Belgique, de l'avocat général devant la Cour suprême du Portugal, et enfin de l'avocat général près la Cour de cassation française⁶³. Cinq ans après l'arrêt *Kress*, les débats étaient encore lourds quant au sens à donner au dispositif établissant qu'il y avait eu « violation de l'article 6 (1) de la *Convention* en raison de la participation du commissaire du gouvernement au délibéré »⁶⁴. Ce qui est en cause dans l'affaire *Martinie*, ce n'est pas tant l'impartialité ou l'utilité du commissaire du gouvernement mais davantage, au nom de la théorie des apparences, la raisonnable suspicion, le « sentiment d'inégalité »⁶⁵ que peut cultiver le justiciable lorsque le commissaire du gouvernement assiste au délibéré. Notons que le requérant ne contestait pas la « présence » du commissaire mais sa participation au délibéré. Toutefois, la Grande chambre de la Cour a profité de l'occasion pour clarifier le débat et interpréter textuellement, pour la première fois, l'arrêt *Kress* en répondant à l'argumentation du gouvernement français qui distinguait entre présence active et présence passive du commissaire du gouvernement. Pour la Cour, le justiciable « doit avoir la garantie que le commissaire du gouvernement ne puisse pas, par sa “présence”, exercer une

⁶⁰ *Ibid.* au para. 43.

⁶¹ *Martinie c. France* [GC], n° 58675/00 [*Martinie*].

⁶² *Kress c. France* (2001), n° 39594/98, VI C.E.D.H. 1, [*Kress*].

⁶³ Pour un rappel de ces affaires, voir Valérie Boré-Eveno, « La Cour européenne des droits de l'homme, la France et le commissaire du gouvernement » [2006] 169 *Les Petites affiches* 3.

⁶⁴ *Supra* note 62, point 2 du dispositif.

⁶⁵ *Ibid.* au para. 81.

certaine influence sur l'issue du délibéré »⁶⁶, ce qui selon elle n'est pas le cas dans le système français.

Dans l'arrêt *Martinie*, la Cour explicite la lecture de l'arrêt *Kress* en montrant clairement que les termes « participation », « présence » et « assistance au délibéré » sanctionnent la seule présence du commissaire et sont donc utilisés comme synonymes⁶⁷. Elle reprend alors à son compte l'argumentation du secrétariat du Conseil de l'Europe du 31 mars 2003 et la logique de sa jurisprudence concernant les autres représentants du gouvernement dans les différentes juridictions européennes lors des délibérés, face aux exigences du procès équitable.

Ce faisant, elle se fonde largement sur la théorie des apparences et sur le fait que les avocats généraux et procureur général, comme le commissaire du gouvernement, expriment publiquement leur point de vue sur l'affaire avant le délibéré. Elle sanctionne de cette façon clairement la présence du commissaire du gouvernement, au risque de transformer assez largement la pratique juridictionnelle administrative française. Ainsi, les juges considèrent que la France n'a pas évolué vers l'octroi de garanties suffisantes au justiciable face au déroulement du délibéré. À la suite de cet arrêt, les juges de Strasbourg ont confirmé à plusieurs reprises cette position en sanctionnant la seule présence du commissaire du gouvernement⁶⁸. Il semble que, confrontés à cette jurisprudence, le législateur français⁶⁹, voire les juridictions administratives françaises elles-mêmes⁷⁰, devront se résoudre à modifier la pratique et le nouvel article R. 731-7 du *Code de justice administrative*, afin que le commissaire du gouvernement n'assiste plus aux délibérés et que l'article 6 (1) soit respecté conformément à l'effet direct reconnu aux arrêts de la CEDH⁷¹.

* * *

Dans son arrêt *Jussila c. Finlande*⁷² rendu en Grande chambre le 23 novembre 2006, la Cour a jugé pour la première fois que la tenue d'une audience n'était pas indispensable au respect de l'article 6 (1) en matière pénale. La Cour estime en l'occurrence que les garanties de l'article 6 « ne doivent pas nécessairement

⁶⁶ *Martinie*, supra note 61 au para. 53 et *Kress*, supra note 62 au para. 85.

⁶⁷ *Martinie*, ibid.

⁶⁸ *Malquarti c. France*, n° 39269/02 (20 juin 2006); *Syndicat national des professionnels des procédures collectives c. France*, n° 70387/01 (20 juin 2006); *Sarl du Parc d'activités de Boltzheim c. France*, n° 72377/01 (11 juillet 2006); *Farange SA c. France*, n° 77575/01 (13 juillet 2006); *Cosson c. France*, n° 38498/03 (18 juillet 2006).

⁶⁹ Sur cette question et son implication franco-française, voir Robert Le Goff, « Le commissaire du gouvernement est mort, vive le commissaire! » [2006] 22 A.J.D.A. 1210.

⁷⁰ Voir Gilles Miller, « Les chambres régionales et territoriales des comptes depuis l'arrêt *Martinie* de la CEDH » [2007] 9 A.J.D.A. 467.

⁷¹ Cette tendance s'affirme dans la jurisprudence de 2007, voir Fabrice Melleray, « Extension de l'applicabilité de l'article 6 paragraphe 1 de la CEDH en matière de contentieux de la fonction publique » [2007] 7 Droit administratif 31.

⁷² *Jussila c. Finlande*, [GC], n° 73053/01 (23 novembre 2006).

s'appliquer dans toute leur rigueur » aux sanctions « pénales »⁷³. Elle « n'exclut pas que, dans le cadre de certaines procédures pénales, les tribunaux saisis puissent, en raison de la nature des questions qui se posent, se dispenser de tenir une audience »⁷⁴. D'après la Cour, il va de soi que « certaines procédures pénales ne comportent aucun caractère infamant pour ceux qu'elles visent et que les "accusations en matière pénale" n'ont pas toutes le même poids »⁷⁵.

En l'espèce, le requérant avait demandé la tenue d'une audience pour pouvoir contester la fiabilité et l'exactitude du rapport d'inspection en interrogeant l'inspectrice chargée de son dossier et en s'appuyant sur le témoignage favorable d'un expert de son choix⁷⁶.

Relevant que l'intéressé « ne s'est pas vu refuser la possibilité de solliciter la tenue d'une audience, même s'il appartenait aux tribunaux de se prononcer sur la question de savoir si pareille mesure était nécessaire »⁷⁷, la Cour conclut à l'absence de violation de l'article 6 (1). Elle a ainsi considéré que la tenue d'une audience ne s'imposait pas, eu égard aux circonstances de la cause.

* * *

L'affaire *Markovic c. Italie*⁷⁸ du 14 décembre 2006 pose le délicat problème de la responsabilité des États dans le cadre d'opérations de guerre et de la possibilité, pour les victimes, d'obtenir réparation du préjudice subi devant une juridiction. Il s'agit d'une action en responsabilité civile engagée à la suite des bombardements de l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord (OTAN). Les requérants estimaient que le décès de leurs proches engageait la responsabilité civile de la présidence du Conseil des ministres et du ministère de la Défense italiens ainsi que du commandement des Forces alliées de l'Europe du sud de l'OTAN. Ils ont en outre plaidé la compétence des autorités judiciaires italiennes, alors que les parties défenderesses ont argué du défaut de juridiction des tribunaux italiens. Dans ses conclusions du 16 novembre 2001, le substitut du procureur général près la Cour de cassation italienne a considéré que les questions soulevées avaient trait au bien-fondé de la demande mais pas à la question de la juridiction et demanda à la Cour de déclarer le recours irrecevable, ce qu'elle fit en Assemblée plénière le 8 février 2002. La cour de Strasbourg a rejeté tout d'abord l'exception de non-épuisement des voies de recours internes. De plus, elle a estimé « qu'à partir du moment où une personne introduit une action civile devant les juridictions d'un État, il existe indiscutablement un "lien juridictionnel" », écartant ainsi les exceptions d'irrecevabilité du gouvernement défendeur ayant trait à

⁷³ *Ibid.* au para. 43.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ *Ibid.* au para. 46.

⁷⁷ *Ibid.* au para. 48.

⁷⁸ *Markovic c. Italie*, [GC], n° 1398/03 (14 décembre 2006).

l'inexistence d'un tel lien⁷⁹. Concernant l'applicabilité de l'article 6, la Cour a considéré « qu'il y avait dès le début de la procédure une contestation réelle et sérieuse sur l'existence du droit que les requérants affirmaient tirer du régime de la responsabilité civile »⁸⁰. Toutefois, la Cour a considéré que la décision de la Cour de cassation n'emportait pas consécration d'une immunité mais donnait uniquement des indications quant à l'étendue du contrôle qu'un juge peut exercer sur un acte de politique étrangère tel qu'un acte de guerre. En l'espèce, la Cour a été amenée à conclure que l'impossibilité pour les requérants de poursuivre l'État découlait non pas d'une immunité mais des principes régissant le droit d'action matériel en droit interne. Or, selon la tendance jurisprudentielle interne de l'époque, il n'y avait dans ce type d'affaire aucune possibilité de mettre en jeu la responsabilité de l'État⁸¹. Elle a alors conclu à l'absence de violation de l'article 6.

IV. Récidive et successions de la loi dans le temps

Article 7 de la Convention

Selon l'article 7 (1) de la *Convention*,

[n]ul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise.

Ce principe classique de la non-rétroactivité de la loi pénale a vu sa portée clarifiée grâce à l'affaire *Achour c. France*. Par l'arrêt rendu en Grande chambre le 29 mars 2006⁸², la solution trouvée en Chambre le 10 novembre 2004 qui sanctionnait la jurisprudence établie de la Cour de cassation a été rejetée. Il s'agit d'un problème d'application dans le temps des lois relatives à la récidive. Selon la Grande chambre, reprenant la définition de la récidive donnée par la Cour de cassation, pour que l'état de récidive soit juridiquement constitué, avec les conséquences qui s'ensuivent sur les peines encourues par le récidiviste, encore est-il nécessaire qu'à la date de la seconde infraction celle-ci entrât dans le champ temporel du délai légal de récidive, tel que fixé par les textes pertinents alors en vigueur⁸³.

L'affaire concerne la condamnation du requérant qui a été considéré en état de récidive légale par application d'une loi pénale adoptée postérieurement à la commission de la première infraction. Après avoir exécuté une peine d'emprisonnement à cause d'une condamnation pour trafic de stupéfiants le 12 juillet 1986, le Tribunal correctionnel de Lyon a déclaré monsieur Achour

⁷⁹ *Ibid.* au para. 54.

⁸⁰ *Ibid.* au para. 101.

⁸¹ *Ibid.* au para. 114.

⁸² *Achour c. France* [GC], n° 67335/01 (29 mars 2006) [*Achour* [GC]].

⁸³ *Ibid.* au para. 46.

coupable d'infraction à la législation sur les stupéfiants le 14 avril 1997, à la suite de la découverte dans son garage de deux sacs contenant environ cinquante-sept kilogrammes de cannabis en 1995, et l'a condamné à huit ans d'emprisonnement et à l'interdiction du territoire français pour une durée de dix ans. La peine d'emprisonnement a été portée à douze ans par la Cour d'appel de Lyon le 25 novembre 1997 au motif que l'intéressé avait agi en état de récidive légale, car il avait fait l'objet d'une condamnation à trois ans d'emprisonnement pour trafic de drogue en 1984. Le requérant s'est pourvu en vain en cassation. Selon lui, le constat de récidive légale était contraire au principe de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères. Au moment de la condamnation de la première infraction, l'article 58 de l'ancien *Code pénal* français ne prévoyait qu'un délai de récidive de cinq années à compter de l'expiration ou de la prescription de la peine, délai ayant donc expiré en 1991. Le juge français a écarté l'argumentation du requérant aux motifs que « lorsqu'une loi institue un nouveau régime de la récidive, il suffit, pour entraîner son application immédiate que l'infraction constitutive du second terme, qu'il dépend de l'agent de ne pas commettre, soit postérieure à son entrée en vigueur »⁸⁴. L'arrêt de la Chambre de la CEDH du 10 novembre 2004 constate que l'application de la loi nouvelle avait « nécessairement fait revivre une situation juridique éteinte depuis 1991 »⁸⁵. La première infraction s'était en effet éteinte le 12 juillet 1986 alors que la loi prévoyait une période de récidive de cinq ans qui s'était donc achevée le 12 juillet 1991. La nouvelle période de récidive de dix ans n'est apparue que le 1^{er} mars 1994. Selon la Chambre, en appliquant la période de récidive de dix ans à l'infraction pour laquelle le requérant a été condamné en 1984, les juridictions françaises ont nécessairement fait une application rétroactive de la loi pénale et ont ainsi violé l'article 7 (1) de la *Convention*⁸⁶.

En 2006, la Cour européenne en Grande chambre a choisi de traiter l'affaire sur la question du respect du principe de la légalité des délits et des peines plutôt que sur celle de la rétroactivité de la loi pénale⁸⁷. Elle substitue au constat d'une rétroactivité apparente l'application immédiate de la loi nouvelle, ce qui renverse la solution de la Chambre. Selon la jurisprudence constante de la Cour, ce principe suppose que l'infraction soit clairement définie par la loi⁸⁸. Elle constate que c'est bien le cas en l'espèce. En effet, si monsieur Achour avait commis des faits relevant du trafic de stupéfiants entre le 13 juillet 1991 et le 1^{er} mars 1994, l'état de récidive n'aurait pas pu être relevé à son encontre. Par la suite, la loi nouvelle a modifié les règles objectives sur la récidive, faisant en sorte que le requérant se trouvait à nouveau en récidive. Selon la Cour, il convient de savoir si la disposition légale qui a été appliquée « lue à la lumière de la jurisprudence interprétative dont elle s'accompagne, remplissait les conditions d'accessibilité et de prévisibilité à l'époque des faits »⁸⁹. D'après les juges, la première condamnation figure toujours à son casier

⁸⁴ Cass. Crim., 29 février 2000, Bull. Crim. 2000, n° 95.

⁸⁵ *Achour* [GC], *supra* note 82 au para. 41.

⁸⁶ *Achour c. France*, n° 67335/01 (10 novembre 2004).

⁸⁷ *Ibid.* aux para. 47 et 58.

⁸⁸ *Ibid.* au para. 55.

⁸⁹ *Ibid.* au para. 47.

judiciaire, la loi nouvelle n'a nullement changé ou étendu la peine prononcée par les premiers juges, d'autant que la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'interprétation des lois nouvelles sur la récidive est constante depuis le XIX^e siècle. Monsieur Achour était donc capable de prévoir les conséquences légales de ses actions au moment où il les avait commises. Pour la Cour européenne, la récidive légale est constituée de deux éléments formant un ensemble indivisible⁹⁰ : soit le premier terme constitué par la condamnation pénale définitive et le second terme constitué par une nouvelle infraction. Il importe alors peu que la première infraction ait été commise sous l'empire d'une loi ancienne plus douce puisqu'elle ne constitue qu'une condition de la récidive, et non pas la récidive elle-même. Seule la seconde infraction doit être prise en compte afin de déterminer si la loi nouvelle plus sévère est en vigueur. Il n'y a pas de droit à l'oubli, le casier judiciaire contenant l'inscription de la condamnation.

Certes, les juges internes ont tenu compte de la condamnation prononcée en 1984, constitutive du premier terme, pour retenir la récidive. Néanmoins, la prise en compte rétrospective de la situation pénale antérieure du requérant par les juges du fond, rendue possible par l'inscription au casier judiciaire de la condamnation de 1984, n'est pas contraire aux dispositions de l'article 7, les faits poursuivis et sanctionnés étant quant à eux effectivement apparus après l'entrée en vigueur de l'article 132-9 du nouveau code pénal. En tout état de cause, une telle démarche rétrospective se distingue de la notion de rétroactivité *stricto sensu*⁹¹.

Pour la Grande chambre, la peine infligée au requérant ne contrevient donc pas à l'article 7 de la *Convention* étant donné qu'une loi prévisible et accessible a été appliquée au moment de la commission de la seconde infraction.

* * *

L'arrêt *Pessino c. France*⁹² pose le problème des revirements de jurisprudence et de l'application dans le temps. Dans cette décision controversée, la Cour juge que la condamnation pénale pour la poursuite des travaux, malgré un sursis à exécution prononcé par le juge administratif, méconnaît le principe de la légalité des délits et des peines. Entre alors en jeu la non-rétroactivité de la jurisprudence pénale *in malam partem* consacrée par la *Convention*. En l'espèce, le requérant allègue que le fait de poursuivre des travaux entrepris nonobstant la décision d'un juge administratif ordonnant le sursis à exécution du permis de construire ne constituait pas une infraction pénale au moment de sa commission et excipait ainsi d'une violation de l'article 7 de la *Convention*. Les juges de Strasbourg, à l'unanimité, au nom de la sécurité juridique, sanctionnent ici la rétroactivité des revirements de jurisprudence. Pour eux, la notion de « droit » utilisée à l'article 7 renvoie à celle de

⁹⁰ *Ibid.* au para. 45.

⁹¹ *Ibid.* au para. 59.

⁹² *Pessino c. France*, N° 40403/02 (10 octobre 2006).

« loi » figurant dans les autres articles de la *Convention*, englobant le droit tant d'origine jurisprudentielle que législative. Cela induit pour la jurisprudence les mêmes qualités que les autres normes consacrées par la *Convention*, notamment l'accessibilité et la prévisibilité⁹³. La tâche qui incombe à la Cour est donc

de s'assurer que, au moment où un accusé a commis l'acte qui a donné lieu aux poursuites et à la condamnation, il existait une disposition légale rendant l'acte punissable et que la peine imposée n'a pas excédé les limites fixées par cette disposition.⁹⁴

Celle-ci relève

qu'en raison même du principe de généralité des lois, le libellé de celles-ci ne peut présenter une précision absolue. L'une des techniques types de réglementation consiste à recourir à des catégories générales plutôt qu'à des listes exhaustives. Aussi de nombreuses lois se servent-elles par la force des choses de formules plus ou moins floues, afin d'éviter une rigidité excessive et de pouvoir s'adapter aux changements de situation. L'interprétation et l'application de pareils textes dépendent de la pratique. La fonction de décision confiée aux juridictions sert précisément à dissiper les doutes qui pourraient subsister quant à l'interprétation des normes, en tenant compte des évolutions de la pratique quotidienne.⁹⁵ [Notes omises]

La Cour doit « dès lors rechercher si, en l'espèce, le texte de la disposition légale, lue à la lumière de la jurisprudence interprétative dont elle s'accompagne, remplissait cette condition à l'époque des faits »⁹⁶. Constatant alors que, même en tant que professionnel qui pouvait s'entourer de conseils de juristes, il était difficile, voire impossible pour le requérant de prévoir le revirement de jurisprudence de la Cour de cassation et donc de savoir qu'au moment où il les a commis, ses actes pouvaient entraîner une sanction pénale⁹⁷, la « règle posée par la Chambre criminelle n'était pas raisonnablement prévisible »⁹⁸. La Cour sanctionne alors la violation de l'article 7.

Semblant amalgamer le principe d'interprétation restrictive de la loi pénale et celui de la non-rétroactivité de la loi pénale, les juges strasbourgeois préfèrent ici se prononcer sur le champ d'application temporelle de la loi pénale pour conclure à une violation de l'article 7 plutôt que de se prononcer sur l'interprétation de la loi donnée par les autorités nationales. La solution adoptée – dont l'ambiguïté a été relevée par la doctrine⁹⁹ – pose également des difficultés pratiques dans son application tout en

⁹³ *Ibid.* au para. 29.

⁹⁴ *Ibid.* au para. 30.

⁹⁵ *Ibid.* au para. 31.

⁹⁶ *Ibid.* au para. 32.

⁹⁷ *Ibid.* au para. 36.

⁹⁸ *Ibid.* au para. 27.

⁹⁹ Damien Roets, « À propos de l'arrêt *Pessino* de la Cour européenne des droits de l'homme du 10 octobre 2006, la non-rétroactivité de la jurisprudence *in malam partem* consacrée par la CEDH » [2007] 2 Recueil Dalloz 124.

affirmant le principe incontestable de la non-rétroactivité des interprétations jurisprudentielles. Cette décision relance du point de vue interne les débats relatifs à la rétroactivité des revirements de jurisprudence qui resurgissent régulièrement en droit français, la jurisprudence et la doctrine refusant de considérer que ces revirements sont rétroactifs.

V. Protection des droits et libertés d'autrui et protection du droit au respect de la vie privée

Article 8 de la Convention : droit au respect de la vie privée et du domicile et règles procédurales

Un arrêt de la deuxième section de la Cour, l'affaire *L. L. c. France*¹⁰⁰, vient éclairer une lente évolution en matière de secret médical qui transcende les cours et tribunaux européens. Le secret médical, mythifié au XIX^e siècle perd de plus en plus son caractère absolu pour laisser place à une conception plus moderne, humaniste, faisant céder ce principe lorsqu'une valeur supérieure – en l'occurrence le droit au respect de la vie privé – entre en conflit avec lui. L'arrêt du 10 octobre 2006 a permis à la Cour d'appliquer au secret professionnel la théorie de la hiérarchie des valeurs nuancée par le principe de proportionnalité¹⁰¹. Dans cette affaire, une épouse reproche à son mari, dans le cadre d'une procédure de divorce, des violences répétées et un éthylysme. Elle a fait valoir devant les juridictions des pièces du dossier médical de son mari attestant de cet état. Les juridictions françaises ont fait droit à ses demandes en se fondant sur les violences conjugales et sur l'éthylysme. Le mari a alors été devant la Cour européenne pour contester la production et l'utilisation en justice d'une pièce médicale le concernant, ce qui violait, selon lui, le secret médical et son droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8.

La Cour relève que la production de cette pièce se rapporte aux données à caractère personnel relevant de la protection de la *Convention*, mais que toutefois l'ingérence dans le droit au respect à la vie privée, prévue par la loi française, est légitime car elle poursuivait la protection des intérêts d'autrui.

Néanmoins, les juges soulignent qu'une telle ingérence dans la vie privée doit se limiter autant que faire se peut à celles strictement nécessaires pour les spécificités de la procédure et les données du litige. Or, en l'espèce, la pièce médicale n'était pas déterminante pour le prononcé du divorce, les juridictions françaises auraient pu l'écarter et en arriver à la même conclusion. La Cour conclut alors que l'ingérence dénoncée dans le droit au respect de la vie privée n'était pas proportionnée au but recherché et que, dans les circonstances particulières de la cause, elle n'était pas « "nécessaire", "dans une société démocratique", "à la protection des droits et libertés d'autrui" »¹⁰².

¹⁰⁰ *L. L. c. France*, N° 7508/02 (10 octobre 2006) [*L. L.*].

¹⁰¹ Pierre Lambert, « Violence conjugale et secret médical » [2007] 70 R.T.D.H. 587.

¹⁰² *L. L.*, *supra* note 100 au para. 46.

* * *

L'arrêt *H.M. c. Turquie*¹⁰³ témoigne du développement par voie prétorienne des garanties offertes par la *Convention*, entraînant ainsi un élargissement important de la portée de l'article 8. H. M. est un instituteur turc qui a participé à une manifestation non autorisée à Izmir sans qu'il ne soit lui-même arrêté. Lors du procès de ses camarades, il a été brutalisé par des policiers et a porté plainte auprès du procureur d'Izmir. En février 1996, des poursuites pénales ont été engagées contre lui pour sa participation à la manifestation dont il a par la suite été disculpé. Le 15 mars 1996, quatre individus, se disant policiers, se présentèrent à son domicile à minuit trente l'accusant d'activités illégales et de recel de malfaiteurs. Ils perquisitionnèrent alors son domicile sans présenter d'autorisation judiciaire. Un procès-verbal a été dressé mais H. M. n'a pas pu en obtenir copie. Il a alors porté plainte auprès du procureur et a demandé une enquête sur cette perquisition, alléguant le témoignage de sa femme et de ses fils. Le procureur rendit une ordonnance de non-lieu, décision confirmée par la Cour d'assise d'Izmir.

Devant la CEDH, H. M. fait valoir une atteinte au droit au respect de son domicile au sens de l'article 8 sans pouvoir apporter de preuve matérielle de celle-ci, en l'absence de copie du procès-verbal. Les juges strasbourgeois accueillent toutefois sa requête sous le volet procédural que comprend la garantie de l'article 8 quant à l'obligation pour les autorités de mener une enquête en lien avec la plainte du requérant. En effet, le procureur d'Izmir s'était contenté de reprendre les allégations de la police indiquant qu'il n'y avait pas eu de perquisition ou de fouille au domicile de H. M.

La Cour, si elle reconnaît la possibilité pour un État national de permettre les perquisitions sans mandat judiciaire, signale cependant l'extrême vigilance qui doit alors régner. L'encadrement légal doit reconnaître une limitation des plus strictes des atteintes arbitraires de la puissance publique afin de permettre la protection des droits garantis par l'article 8¹⁰⁴. Elle souligne que l'application de l'article 8 peut impliquer l'adoption de mesures positives visant au respect des droits qu'il protège. En l'espèce, l'obligation positive qui incombe à l'État turc peut s'étendre aux questions concernant l'effectivité d'une enquête menée au niveau national, et donc au respect d'obligations procédurales. Ceci *a fortiori* « lorsque l'enquête se présente comme l'unique moyen de droit permettant de faire la lumière sur les faits allégués ainsi que de maintenir la confiance du public et de prévenir toute apparence de tolérance d'actes abusifs des pouvoirs publics, au regard de l'article 8 »¹⁰⁵.

Au regard du passé du requérant, le procureur aurait dû, selon la Cour, s'interroger sur la question de savoir s'il ne risquait pas de faire l'objet d'actes

¹⁰³ *H.M. c. Turquie*, N° 34494/97 (8 août 2006).

¹⁰⁴ *Ibid.* au para. 25.

¹⁰⁵ *Ibid.* au para. 26.

d'intimidation¹⁰⁶. Les simples témoignages des membres de la famille suffisant à étayer les accusations entreprises par le procureur ne permettent pas de lever le doute. Le caractère insuffisant de l'enquête a alors conduit la Cour à relever, à l'unanimité, la violation de l'article 8 sous son volet procédural.

La Cour permet ainsi une large extension de la portée du droit au respect du domicile. Cet arrêt illustre par le fait même sa tendance à doubler le champ d'application de plusieurs droits matériels de la *Convention* par un faisceau de garanties de nature procédurales¹⁰⁷, né par la voie prétorienne, et ce, dans une logique proche de celle édictée par la Cour suprême du Canada depuis l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁰⁸.

Article 8 de la Convention : le principe de confiance légitime

L'affaire *Lykourazos c. Grèce*¹⁰⁹ vient éclairer les méandres que peuvent revêtir le droit électoral et la difficulté pour les hommes politiques de conserver la confiance de leur électorat. Cet arrêt consacre le principe de confiance légitime dans la jurisprudence. La confiance légitime est considérée comme l'équivalent subjectif du principe de sécurité juridique traditionnellement sanctionné par la jurisprudence strasbourgeoise. Ce principe se définit généralement comme « le droit qu'ont les citoyens de pouvoir compter, dans certains cas et à certaines conditions, dans le maintien en l'état de la réglementation en vigueur »¹¹⁰ et se rapproche du principe d'espérance légitime. Monsieur Lykourazos a été élu député à Athènes en 2000. Le 18 février 2003, une électrice de sa circonscription a formé un recours contre lui devant la Cour suprême spéciale en vue d'obtenir la déchéance de son mandat. En 2001, une révision constitutionnelle avait en effet inséré une incompatibilité entre le mandat de député et l'exercice de toute profession et entré en vigueur le 1^{er} janvier 2003. Après que, le 3 juillet 2003, la Cour suprême spéciale ait fait droit à cette première demande, monsieur Lykourazos a saisi la même Cour, le 9 octobre 2004, en invoquant une violation par la Grèce de l'article 8 de la *Convention* ainsi que de l'article 3 du *Protocole n° 1*. Ce dernier prévoit que les États parties doivent organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif.

La Cour fonde son raisonnement sur une interprétation historique et contextuelle de l'article 3. Se référant à sa jurisprudence, elle relève que cette dernière reconnaît des droits subjectifs dont le droit pour tout individu élu d'exercer son mandat. Toutefois, ce droit peut faire l'objet de limitations implicites, à propos desquelles les États se voient accorder une importante marge d'appréciation tenant

¹⁰⁶ *Ibid.* aux para. 27 et 28.

¹⁰⁷ Sur cette question, voir notamment Michel Hottelier, « La nécessaire complémentarité des droits matériels et des garanties de procédure » [2007] 70 R.T.D.H. 573.

¹⁰⁸ *Loi constitutionnelle de 1982, supra* note 12.

¹⁰⁹ *Lykourazos c. Grèce*, N° 33554/03 (15 juin 2006).

¹¹⁰ Louis Favoreu, dir., *Droit des libertés fondamentales*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2002 à la p. 479.

compte, notamment, de la diversité des différents systèmes électoraux européens. Toutefois, la Cour doit s'assurer d'une part, que ces conditions ne portent pas atteinte à la substance et à l'effectivité de ces droits et, d'autre part, que celles-ci poursuivent un but légitime. Enfin, elle effectue un contrôle de proportionnalité classique sur les moyens employés.

La Cour de Strasbourg estime qu'en l'espèce, la Cour suprême spéciale avait méconnu le principe de confiance légitime et violé l'article 3 du *Protocole*, en appliquant rétroactivement l'article 57 à une élection antérieure à la révision constitutionnelle. La Cour souligne en outre que le requérant avait été élu sans soulever de critiques et que ni lui ni ses électeurs ne pouvaient imaginer que l'élection puisse être entachée d'un vice en cours de mandat.

VI. Bioéthique

Article 2 de la Convention : droit à la vie

Durant cette année 2006, la France¹¹¹ et le Luxembourg¹¹² ont été condamnés pour violation du droit à la vie. Ce dernier a été mis en cause par le biais des articles 2 et 13 de la *Convention*. Toutefois, dans l'affaire luxembourgeoise, la Cour n'a pas jugé que l'article 6, reconnaissant le droit à un tribunal indépendant et impartial, avait été violé, contrairement aux prétentions du requérant. Selon les juges, en toute hypothèse, l'article 6 n'assure pas un contenu matériel aux droits qu'il vise. Cette analyse – élaborée pour cause de dissidence – précise négativement les contours de l'article 6 (1), et la notion ambiguë de « droits et obligations de caractère civil ».

Concernant l'article 2, la Cour étend désormais son application en reconnaissant la mise en cause indirecte des autorités étatiques. Dans l'affaire *Henriques c. Luxembourg*, monsieur Henriques, un ouvrier portugais, est décédé à la suite d'une chute d'un mur dans le cadre de son activité salariée. L'épouse et les enfants du défunt ont alors allégué une violation de l'article 2 au motif qu'aucune enquête diligente n'avait été entreprise à la suite du décès. La Cour a acquiescé en estimant que, pour garantir le respect de l'article 2, les autorités étatiques devaient prendre les mesures nécessaires et, en l'espèce, une législation pénale dissuasive. Elle estime que l'article 2 oblige, par implication, à ce « qu'une enquête officielle effective soit menée lorsqu'il y a des raisons de croire qu'un individu a subi des blessures potentiellement mortelles dans des circonstances suspectes »¹¹³. Dans les faits, le parquet n'ayant pas mené une enquête effective, selon la Cour, la condamnation s'en suivit.

Par ailleurs, appliquant les principes développés dans l'arrêt *Roche c. Royaume-Uni*¹¹⁴, la Cour juge qu'aucune violation de l'article 6 n'est constituée. À l'instar de cette affaire, la question est de savoir si, au moment de l'accident, la

¹¹¹ *Tais c. France*, n° 39922/03 (1^{er} juin 2006) [*Tais*].

¹¹² *Henriques c. Luxembourg*, n° 60255/00 (9 mai 2006).

¹¹³ *Ibid.* au para. 56.

¹¹⁴ *Roche c. Royaume-Uni*, [GC], n° 32555/96 (19 octobre 2005).

victime disposait d'un droit d'accès à un tribunal indépendant et impartial. À cette question, la Cour répond clairement par la négative : les requérants ne détenaient pas de « droit », au sens de la *Convention* et en se référant au *Code des assurances sociales* luxembourgeois, puisque la législation interne ne prévoyait pas un quelconque droit d'action.

* * *

Dans l'arrêt *Taïs c. France*, la CEDH a condamné la France sur le même fondement. Cette affaire met en lumière l'utilité des moyens de surveillance vidéo dans les lieux de détention temporaire, sujet largement mis de l'avant en France et dans d'autres pays européens. En l'espèce, monsieur Taïs est décédé le 7 avril 1993 dans une cellule de dégrisement du commissariat de police d'Arcachon. Les parents de la victime, après avoir épuisé les voies de recours internes qui leur étaient offertes, ont saisi la CEDH afin de faire constater les obscurités entourant le décès de leur fils, et de faire condamner la France sur le fondement de l'article 2 relativement à la protection du droit à la vie. L'article 2, tout comme de nombreuses dispositions de la *Convention*, comporte deux volets : un volet substantiel et un volet procédural. Selon le premier, deux obligations s'imposent à l'État : une obligation négative de non-atteinte à la vie d'un individu et une obligation positive de protection de la vie de l'individu. Relevant les violences commises par les agents de l'État et subies par monsieur Taïs, la Cour estime que la France n'avait pas donné d'explication convaincante quant au décès du prévenu¹¹⁵. De plus, en raison de l'état de santé de monsieur Taïs, il a été noté que les agents en service auraient dû s'assurer de l'évolution de cet état avec beaucoup plus de diligence en faisant appel à un médecin. Par conséquent, les juges concluent à la violation de l'article 2 dans son volet substantiel¹¹⁶. Constatant l'absence d'enquête effective et digne de ce nom – diligente et objective – concernant le décès, la Cour constate aussi la violation du volet procédural de l'article 2.

Cet arrêt a donné l'occasion d'une dissidence importante au sein des juges européens, les magistrats dissidents soulignant le manque de rigueur de l'opinion majoritaire. Les juges Anatoly Kovler, Jean-Paul Costa et Peer Lorenzen reprochent à la Cour d'avoir statué de manière globale, sans séparer les griefs relatifs à l'usage de la force de ceux qui concernaient le manque de soins et de surveillance.

Article 8 de la Convention : fécondation in vitro

L'affaire *Evans c. Royaume-Uni*¹¹⁷ a permis à la Cour d'éclairer sa jurisprudence en matière de fécondation *in vitro* (FIV) et de couple séparé. En

¹¹⁵ *Taïs*, *supra* au para. 95.

¹¹⁶ *Ibid.* aux para. 101-102.

¹¹⁷ *Evans c. Royaume-Uni*, N° 6339/05 (7 mars 2006).

l'espèce, la requérante a fait valoir que la loi interne autorisait son ex-compagnon, après qu'ils se soient séparés, à retirer son consentement à ce qu'elle puisse se faire implanter les embryons conçus à partir des gamètes du couple qu'ils formaient antérieurement. Ce refus interdirait par conséquent toute implantation des embryons, ce qui, aux dires de la requérante, constitue une atteinte à son droit au respect de la vie privée. Les juges ont relevé en l'espèce l'applicabilité de l'article 8, la notion de « vie privée » recouvrant notamment « le droit à l'autodétermination, le droit au développement personnel et le droit d'établir et d'entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur »¹¹⁸. Cette notion implique également, selon les juges de Strasbourg, « le droit au respect de la décision d'avoir un enfant ou de ne pas en avoir »¹¹⁹. Il s'agit alors pour la Cour de vérifier si l'État britannique était dans l'obligation, au sens de l'article 8, de garantir aux femmes qui se sont soumises à une fécondation *in vitro* la possibilité de se faire implanter un embryon lorsque leur ex-partenaire a révoqué l'engagement pris.

La Cour estime que l'État partie dispose d'une « ample marge d'appréciation » à la fois quant à la décision d'intervenir en la matière et, si tel est le cas, quant « aux règles détaillées qu'il édicte pour ménager un équilibre entre les intérêts publics et privés concurrents ». En l'occurrence, en optant pour une règle claire ou « intangible » qui reconnaît à chacune des personnes concernées par un traitement de fécondation *in vitro* la liberté de se rétracter jusqu'au moment de l'implantation de l'embryon, le législateur britannique n'a pas excédé la marge d'appréciation dont il dispose. Ce choix s'appuie sur « des considérations d'ordre public impérieuses » et vise à la fois à « favoriser la sécurité juridique et à préserver la confiance que le droit doit inspirer à l'opinion dans un domaine particulièrement sensible »¹²⁰. Cette loi est donc totalement justifiée. Une telle solution, qui fait primer le consentement de chaque partenaire jusqu'à l'implantation des embryons, semble respecter l'esprit de ce type de procédé et le juste équilibre posé par l'article 8. Cette perspective a été confirmée par la Grande chambre devant laquelle cette affaire a été portée à la demande de la requérante en 2007¹²¹. Dans ce dernier arrêt, elle conclut à l'unanimité à la non-violation de l'article 2 et à une large majorité à la non-violation des articles 8 et 14, estimant notamment que la requérante n'allègue pas qu'elle se trouve empêchée de devenir mère aux sens social, juridique, ou même physique du terme. Pour la Cour, ni le droit ni la pratique interne ne lui interdisaient d'adopter un enfant, voire de donner naissance à un enfant conçu *in vitro* avec les gamètes d'un donneur. Largement marquée par les faits d'espèce, la Grande chambre souligne qu'au vu des circonstances difficiles de l'espèce, la solution adoptée par les autorités nationales ne peut répondre aux intérêts irréconciliables des deux parties au traitement par FIV. A l'instar de la Cour, la Grande chambre relève le contexte de l'adoption de la loi de 1990, fruit d'un vaste ensemble de réflexions, de consultations et de débats et adoptée après une analyse exemplaire, tenant compte des implications sociales, éthiques et juridiques des avancées en matière de fécondation et d'embryologie

¹¹⁸ *Ibid.* au para. 57.

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ *Ibid.* au para. 65.

¹²¹ *Evans c. Royaume-Uni*, N° 6339/05 (10 avril 2007).

humaines¹²². Enfin, la Grande chambre envisage – dans la décision du législateur d'adopter des dispositions ne permettant aucune exception – un souci de faire prévaloir le respect de la dignité humaine, l'équilibre entre les parties et la libre volonté au traitement par FIV¹²³, toute personne donnant des gamètes aux fins d'un traitement par FIV ayant alors la certitude qu'ils ne pourront pas être utilisés sans son consentement. Les objectifs de sécurité juridique, visés par le caractère absolu de la règle en cause sont alors compatibles et légitimes au regard de l'article 8. Reprenant sa jurisprudence, la Cour relève que

dès lors que le recours au traitement par FIV suscite de délicates interrogations d'ordre moral et éthique, qui s'inscrivent dans un contexte d'évolution rapide de la science et de la médecine, et que les questions soulevées en l'espèce se rapportent à des domaines sur lesquels il n'y a pas, de manière claire, communauté de vues entre les États membres [...], il y a lieu d'accorder à l'État défendeur une ample marge d'appréciation¹²⁴.

* * *

Une autre question a été posée à la CEDH en matière de bioéthique au regard de l'insémination artificielle. L'arrêt *Dickson c. Royaume-Uni*¹²⁵ en date du 18 avril 2006 semblait constituer un changement d'attitude de la part des juges strasbourgeois. Antérieurement, le refus d'autoriser les détenus à avoir des relations intimes avec leur conjoint constituait une ingérence au titre du droit au respect de la vie privée et familiale¹²⁶. La Cour a analysé la question de l'accès à l'insémination artificielle sur le terrain des obligations positives qui pèsent sur l'État en matière de respect de l'article 8, ce qui s'accompagne d'une large marge d'appréciation étatique. Dans l'affaire *Dickson*, le requérant, condamné à une peine de prison à perpétuité, se plaint du refus qui lui a été opposé, ainsi qu'à son épouse, de recourir à l'insémination artificielle en vue d'avoir un enfant. La Cour relève que le système britannique n'édicte pas une interdiction générale pour les détenus d'accéder à l'insémination artificielle mais qu'au contraire les demandes en ce sens font l'objet d'un examen individuel. Le refus était motivé en l'occurrence par la situation des requérants, par la nature et la gravité du crime ayant conduit à l'incarcération et par le bien-être de l'enfant. La Cour constate alors l'absence de consensus européen quant à la possibilité pour les détenus d'accéder à l'insémination artificielle et note par ailleurs que la *Convention* ne peut être interprétée comme faisant obligation aux États parties d'autoriser des visites conjugales. Malgré une décision partagée (quatre contre trois), la majorité a décidé que le refus dans ce cas-ci n'est ni déraisonnable ni disproportionné et ne viole donc pas l'article 8. La Grande chambre, concernant cette question, a néanmoins renversé la solution en constatant une violation de la

¹²² *Ibid.* au para. 86.

¹²³ *Ibid.* au para. 89.

¹²⁴ *Ibid.* au para. 81.

¹²⁵ *Dickson c. Royaume-Uni*, N° 44362/04 (18 avril 2006).

¹²⁶ *Aliev c. Ukraine*, n° 41220/98 (29 avril 2003).

Convention lors de son jugement en décembre 2007¹²⁷. Rejetant le débat entre l'analyse de l'existence d'une obligation positive pour l'État – permettre un droit n'existant pas auparavant comme l'avait évoqué la Chambre – et l'existence d'une obligation négative – la mesure en question constituant une atteinte au droit existant des requérants à concevoir un enfant – la Grande chambre de la Cour base sa réflexion sur la question cruciale selon elle qui est de savoir « si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts publics et les intérêts privés qui sont en concurrence dans la présente affaire »¹²⁸. L'insémination artificielle demeurant le seul espoir réaliste des intéressés, la Grande chambre rappelle, reprenant les principes fondamentaux de l'arrêt *Hirst*¹²⁹, arrêt cadre dans ce domaine, « qu'il n'y a pas place dans le système de la *Convention* [...] pour une privation automatique des droits des détenus se fondant uniquement sur ce qui pourrait heurter l'opinion publique »¹³⁰. Elle relève toutefois, reprenant l'arrêt *Evans*, la large marge d'appréciation de l'État lorsqu'il « doit ménager un équilibre entre des intérêts privés et publics concurrents ou différents droits protégés par la *Convention* »¹³¹. Elle se montre néanmoins relativement critique dans l'analyse de la politique mise en place par le Royaume-Uni en l'espèce. Elle juge que celle-ci,

telle qu'elle est structurée, exclut concrètement toute mise en balance réelle des intérêts publics et des intérêts privés en présence et qu'elle empêche l'appréciation requise par la *Convention* de la proportionnalité d'une restriction dans une affaire donnée.¹³²

La politique mise en place fait ainsi peser sur les requérants une charge exorbitante quant à la preuve du « caractère exceptionnel » de leur cas lorsqu'ils ont présenté leur demande d'insémination artificielle¹³³, alors qu'il n'est pas démontré que dans son élaboration aient été pesés les divers intérêts publics et privés en présence, sans que le Parlement ait été saisi du débat sur la proportionnalité de la restriction, en l'absence de transcription législative¹³⁴. Sans pouvoir parler de politique d'interdiction globale, la Cour estime cependant que la politique n'autorise pas l'examen requis de la proportionnalité au regard de l'importance de la question pour les requérants, ce qui outrepassait alors la marge d'appréciation acceptable et viole ainsi l'article 8 de la *Convention*¹³⁵.

L'affaire *Tysiac c. Pologne*¹³⁶ pose quant à elle la question du droit à l'avortement thérapeutique. La requérante est atteinte d'une très forte myopie et s'est vu refuser une interruption thérapeutique de grossesse, alors même que des risques

¹²⁷ *Dickson c. Royaume-Uni* [GC], n° 44362/04 (4 décembre 2007) [*Dickson*].

¹²⁸ *Ibid.* au para. 71.

¹²⁹ *Hirst c. Royaume-Uni*, *supra* note 16.

¹³⁰ *Dickson*, *supra* note 127 au para. 75.

¹³¹ *Ibid.* au para. 78.

¹³² *Ibid.* au para. 82.

¹³³ *Ibid.* au para. 82.

¹³⁴ *Ibid.* au para. 83.

¹³⁵ *Ibid.* au para. 85.

¹³⁶ *Tysiac c. Pologne* (déc.), n° 5410/03 (6 février 2006).

importants pour sa vie avaient été constatés par ses médecins en cas de poursuite de la grossesse. La requérante soutient que son droit au respect de sa vie privée ainsi qu'à son intégrité physique et morale a été enfreint tant sur le plan matériel, car elle n'a pas pu bénéficier d'un avortement thérapeutique légal, que sur le plan des obligations positives de l'État, puisque celui-ci n'a pas prévu de cadre légal complet protégeant ses droits. Dans cette décision du 7 février 2006, la Cour juge recevable la requête qui sera tranchée au profit de la requérante dans une décision ultérieure en date du 20 mars 2007¹³⁷.

Article 8 de la Convention : filiation

L'arrêt *Jäggi c. Suisse*¹³⁸ semble porteur d'implications pratiques et législatives importantes à travers l'ordonnement juridique européen. Il aborde la question de l'expertise génétique *post-mortem* et du respect de l'article 8. Afin de rechercher l'établissement de sa filiation sur un fondement génétique, le requérant demanda une expertise ADN de la dépouille de son père présumé, qui avait refusé de reconnaître sa paternité de son vivant. Il se voit refuser cette possibilité par la justice suisse. En l'occurrence, « le requérant se plaint de ne pas avoir pu faire effectuer une analyse ADN sur une personne défunte dans le but de déterminer s'il s'agissait de son père biologique. Il allègue avoir subi une violation de ses droits découlant de l'article 8 de la *Convention* »¹³⁹. Il estime qu'avec

les progrès scientifiques qui permettent désormais, par l'analyse ADN, d'établir la preuve positive de la paternité [...], l'État aurait dû l'autoriser à procéder à une telle analyse. En effet, le requérant estime que l'intérêt qu'il avait à connaître son père biologique l'emportait sur celui de la famille légitime du défunt à s'opposer au prélèvement d'ADN.¹⁴⁰

La Cour estime alors

que les personnes essayant d'établir leur ascendance ont un intérêt vital, protégé par la *Convention*, à obtenir les informations qui leur sont indispensables pour découvrir la vérité sur un aspect important de leur identité personnelle. En même temps, il faut garder à l'esprit que la nécessité de protéger les tiers peut exclure la possibilité de contraindre ceux-ci à se soumettre à quelque analyse médicale que ce soit, notamment à des tests ADN.¹⁴¹

Aussi, la Cour doit-elle rechercher si, dans le cas d'espèce,

¹³⁷ *Tysiak c. Pologne*, n° 5410/03 (20 mars 2007).

¹³⁸ *Jäggi c. Suisse*, n° 58757/00 (13 juillet 2006) [*Jäggi*].

¹³⁹ *Ibid.* au para. 21.

¹⁴⁰ *Ibid.* au para. 28.

¹⁴¹ *Ibid.* au para. 38.

un juste équilibre a été ménagé dans la pondération des intérêts concurrents. Dans la mise en balance des intérêts en cause, il convient de considérer, d'un côté, le droit du requérant à connaître son ascendance et, de l'autre, le droit des tiers à l'intangibilité du corps du défunt, le droit au respect des morts ainsi que l'intérêt public à la protection de la sécurité juridique.¹⁴²

Les juges de Strasbourg estiment alors qu'un prélèvement d'ADN constitue « une ingérence relativement peu intrusive »¹⁴³, et, prolongeant leur jurisprudence de l'année 2006¹⁴⁴, constatent que « le défunt dont l'ADN devait être prélevé ne pouvait être atteint dans sa vie privée par une demande d'un tel prélèvement intervenant après sa mort »¹⁴⁵. La Cour considère

que la protection de la sécurité juridique ne saurait à elle seule suffire comme argument pour priver le requérant du droit de connaître son ascendance, étant donné que l'admission de l'action en paternité constitue une exception à un droit transitoire datant des années soixante-dix et qui n'affectera que le requérant.¹⁴⁶

Elle conclut que, « compte tenu des circonstances de l'espèce et de l'intérêt prépondérant qui est en jeu pour le requérant »¹⁴⁷, les autorités suisses ont violé l'article 8 de la *Convention* en refusant le test ADN. Cette opposition entre filiation juridique et vérité biologique, bien connue des juristes canadiens et québécois¹⁴⁸, risque d'emporter des conséquences sur certaines législations internes – dont la législation française¹⁴⁹ – prohibant l'expertise génétique *post-mortem* dans une action en recherche de paternité.

VII. Liberté d'association

Plusieurs affaires en l'année 2006 ont relancé les questions relatives au rôle du juge strasbourgeois face à la protection de la liberté syndicale¹⁵⁰, faisant notamment du droit à la négociation collective une « partie inséparable » de cette

¹⁴² *Ibid.* aux para. 38 et 39.

¹⁴³ *Ibid.* au para. 41.

¹⁴⁴ *Succession de Kresten Filtenborg Mortensen c. Danemark*, n° 1338/03 (15 mai 2006).

¹⁴⁵ *Jäggi, ibid.* au para. 42.

¹⁴⁶ *Ibid.* au para. 43.

¹⁴⁷ *Ibid.* au para. 44.

¹⁴⁸ Voir *L. D. c. A. P.*, [2001] R.J.Q. 16 (C.A.).

¹⁴⁹ Voir Denis Berthiau, « L'enterrement prochain de la législation française de l'expertise génétique post-mortem dans le cadre d'une action en recherche de paternité? À propos de l'arrêt de la CEDH du 13 juillet 2006, aff. *Jäggi c. Suisse* » [2007] 85 *Médecine et droit* 109.

¹⁵⁰ *Demir et Baykara c. Turquie*, n° 34503/97 (21 novembre 2006) [*Demir et Baykara*]; *Sorensen et Rasmussen c. Danemark* [GC], n° 52562/99 et 52620/99 (11 janvier 2006) [*Sorensen et Rasmussen*].

liberté¹⁵¹. L'article 11 de la *Convention* consacre, comme l'a souligné le doyen Cohen-Jonathan, des droits individuels à vocation collective, c'est-à-dire des droits dont le titulaire est un individu mais dont l'exercice est collectif¹⁵². La formulation particulière de l'article 11 a ainsi permis à la Cour d'ériger une jurisprudence relativement protectrice de la liberté syndicale¹⁵³.

Depuis plusieurs années, la jurisprudence de la Cour européenne se penche sur la question de savoir s'il existe une liberté négative d'association, c'est-à-dire le droit fondamental pour un individu de ne pas se syndiquer. Elle a l'occasion sur cette matière d'user de la méthode d'interprétation évolutive consistant à interpréter et appliquer la *Convention* à la lumière des conditions actuelles. Dans la pratique, la question des droits individuels à vocation collective est notamment posée par l'existence, dans certains États européens (Islande, Danemark), de monopoles d'embauche syndical ou par l'existence d'obligation d'affiliation à des ordres professionnels. La Cour s'oriente vers une lente reconnaissance du droit négatif à ne pas s'associer dont l'arrêt *Sorensen et Rasmussen* est une étape importante. Monsieur Sorensen décide de poser sa candidature, pour un emploi d'été avant d'entrer à l'université, à un poste rendant obligatoire l'affiliation au SID, un syndicat avec lequel l'entreprise a conclu un accord de monopole syndical. Quant à monsieur Rasmussen, il a résilié son affiliation au SID pour des raisons de divergences politiques. Après une longue période de chômage, une offre de travail lui est faite à condition qu'il s'affilie au SID, avec lequel son futur employeur a conclu un accord de monopole syndical. Monsieur Rasmussen, s'affilie au SID. Monsieur Sorensen, après avoir accepté l'embauche, demande au même moment d'être affilié à un syndicat concurrent et conteste sa cotisation au SID. Il est alors licencié sans préavis.

La Cour de Strasbourg se voit alors dans l'obligation de déterminer si, outre l'existence d'un droit d'association négatif, comme elle l'a reconnu dans l'arrêt *Sigurdur A. Sigurjonsson*¹⁵⁴, ce droit se trouve inclus dans l'article 11 à l'égal du droit positif. Selon la Cour, c'est le cas en l'espèce¹⁵⁵. Toutefois, les juges reconnaissent traditionnellement une large marge de manœuvre aux États en la matière. La Cour mentionne qu'elle ne peut trancher *in abstracto* la question. Elle ne peut examiner l'affaire « qu'à la lumière des circonstances propres à une affaire donnée »¹⁵⁶, se refusant à déclarer de manière générale que le droit négatif doit être protégé à l'identique du droit positif et hésitant à dépasser clairement les limites de l'arrêt *Sigurdur A. Sigurjonsson*. Elle constate néanmoins que

¹⁵¹ Sur l'impact notamment de l'affaire *Demir et Baykara c. Turquie*, voir Jean-Pierre Marguénaud et Jean Mouly, « À propos de l'arrêt *Demir et Baykara c. Turquie* de la Cour européenne des droits de l'homme du 21 novembre 2006, le droit à négociation collective, "partie inséparable" de la liberté syndicale » [2007] 10 *Semaine juridique JCP G II* 10038 35.

¹⁵² Gérard Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Aix-en-Provence, Paris, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Economica, 1989 à la p. 500.

¹⁵³ Muriel Merino, « Le renforcement de la protection de la liberté syndicale par la Cour européenne des droits de l'homme en question » [2007] 70 *R.T.D.H.* 463 à la p. 466.

¹⁵⁴ *Sigurjonsson c. Islande* (1993), 264 *C.E.D.H.* (Sér. A) 1.

¹⁵⁵ *Sorensen-Rasmussen*, *supra* note 150 aux para. 40 et 56.

¹⁵⁶ *Ibid.* au para. 56.

si contraindre quelqu'un à s'inscrire à un syndicat déterminé peut ne pas se heurter toujours à la *Convention*, une forme de contrainte qui dans une situation donnée touche à la substance même de la liberté d'association telle que le consacre l'article 11 porte atteinte à ladite liberté.¹⁵⁷

Si l'on peut déplorer le caractère versatile de la notion de « substance », la Cour semble s'engager dans la voie d'une plus grande protection du droit à ne pas s'associer. Elle ajoute qu'on

ne saurait considérer qu'une personne a renoncé à son droit d'association négatif dans une situation où, sachant que l'appartenance à un syndicat est une condition préalable pour s'assurer un emploi, elle accepte une offre d'emploi malgré son hostilité à la condition imposée.¹⁵⁸

Elle ouvre ainsi la protection de l'article 11 aux situations où l'individu, connaissant l'obligation d'adhérer, donne son consentement à l'adhésion contre ses motivations propres. Ce faisant, la Cour semble prendre en considération l'élément de contrainte économique, très forte en Europe, davantage qu'elle ne l'avait fait jusqu'alors¹⁵⁹. Elle « admet que les personnes qui postulent à un emploi sont souvent dans une situation de vulnérabilité qui les amène à tout faire pour se conformer aux conditions de travail proposées »¹⁶⁰, donnant en l'espèce une importance relative, voire minimale au consentement donné par les requérants. Puisqu'elle constate les répercussions individuelles importantes des accords de monopoles syndicaux¹⁶¹ – notamment le licenciement sans préavis de monsieur Sorensen – elle réaffirme « l'ample » marge d'appréciation des États dans le domaine, ajoutant tout de même que celle-ci devient réduite si le droit interne autorise les accords de monopoles syndicaux allant à la rencontre de la liberté de choix¹⁶². Ainsi, les accords syndicaux en litige ont touché, selon la Cour, à la substance même de la liberté d'association des requérants¹⁶³ et cela même si monsieur Sorensen n'a postulé qu'à un emploi d'été et avait pu trouver un emploi similaire dont l'obtention échappait à une obligation d'appartenance syndicale, position qui fait l'objet d'une dissidence. La Cour met l'accent sur le point de vue de l'individu au détriment des associations syndicales, la liberté de choix de l'individu participant à l'essence même de la liberté d'association¹⁶⁴, les États se trouvant *de facto* garants de cette liberté de choix. En l'espèce, l'État danois a manqué à son obligation de protéger le droit syndical « négatif » des requérants en violation de l'article 11 de la *Convention*. Il est à noter que l'une des conséquences curieuses de l'arrêt *Sorensen-Rasmussen* a été pour l'État

¹⁵⁷ *Ibid.* au para. 54.

¹⁵⁸ *Ibid.* au para. 56.

¹⁵⁹ Sur cette question voir Frédéric Krenc, « Liberté négative d'association, accords de monopole syndical et appartenance obligatoire au Barreau » [2006] 68 R.T.D.H. 787 à la p. 805 [Krenc].

¹⁶⁰ *Sorensen et Rasmussen*, *supra* note 150 au para. 59.

¹⁶¹ *Ibid.* aux para. 60-62.

¹⁶² *Ibid.* au para. 58.

¹⁶³ *Ibid.* au para. 64.

¹⁶⁴ *Ibid.* au para. 54.

danois d'envisager de ne plus rendre obligatoire l'inscription au Barreau, souhaitant « appliquer » à cet ordre professionnel la jurisprudence *Sorensen-Rasmussen*. Toutefois, cette lecture de l'arrêt est pour le moins singulière puisque les juges de Strasbourg ont toujours considéré que l'article 11 de la *Convention* ne s'appliquait pas aux ordres professionnels¹⁶⁵.

* * *

Dans l'arrêt *Demir et Baykara c. Turquie*, les requérants, membres d'un syndicat de fonctionnaires, ont allégué que les institutions turques ont méconnu leur droit à créer un syndicat ainsi que leur capacité à conclure une convention collective. Après plusieurs décisions locales, la Cour de cassation turque a précisé qu'à l'époque où le syndicat avait été fondé, les dispositions de la législation en vigueur n'autorisaient pas les fonctionnaires à fonder des syndicats. De plus, le syndicat *Tüm Bel Sen* ne pouvait s'appuyer sur les conventions internationales de travail régissant cette matière, celles-ci n'étant pas d'application directe en droit interne et le législateur n'en ayant pas encore promulgué les lois d'application. La Cour de cassation conclut que le syndicat était dépourvu de personnalité juridique et qu'il n'était pas habilité à conclure une convention collective¹⁶⁶. La CEDH a constaté la violation de l'article 11 statuant que, par le refus de reconnaître la personnalité juridique du syndicat des requérants, l'État défendeur a manqué, à l'époque des faits, à son obligation de garantir la jouissance des droits consacrés par cette disposition de la *Convention*. Le gouvernement turc n'a notamment pas été en mesure de démontrer que les activités du syndicat *Tüm Bel Sen* représentaient une menace pour la société ou pour l'État¹⁶⁷.

Cette décision marque une avancée certaine en matière de capacité de négocier et de conclure une convention collective. La Cour « estime que, dans la présente affaire, plusieurs arguments militaient, à l'époque des faits, en faveur d'une interprétation selon laquelle le maintien de la convention collective en cause constituait une partie inséparable de la liberté d'association des requérants »¹⁶⁸. Tout d'abord, le syndicat est parvenu à convaincre l'employeur, la municipalité de Gaziantep, de négocier. Le syndicat a obtenu la conclusion d'une convention collective, et celle-ci a été appliquée durant deux ans.

Par conséquent, la Cour ne peut que constater que la convention collective déjà conclue en l'espèce par les requérants avec l'employeur, constituait pour le syndicat *Tüm Bel Sen* le moyen principal, si non unique, pour promouvoir et assurer les intérêts de ses membres. Il s'ensuit que l'annulation de la convention collective conclue et appliquée depuis deux ans entre l'administration et le syndicat requérant

¹⁶⁵ Krenc, *supra* note 159 à la p. 812.

¹⁶⁶ *Demir et Baykaran*, *supra* note 150 au para. 16.

¹⁶⁷ *Ibid.* au para. 29.

¹⁶⁸ *Ibid.* au para. 36.

constituait une ingérence dans la liberté d'association des requérants au sens de l'article 11 de la *Convention*¹⁶⁹.

Cette affaire, particulièrement sensible au regard du contexte turc, a été renvoyée devant la Grande chambre, qui n'a pas encore rendu sa décision.

VIII. Discrimination

Article 14 de la Convention et article 1 du Protocole n° 1

Dans l'arrêt *Stec c. Royaume-Uni*¹⁷⁰, s'est posée la question largement connue en droit canadien – modèle mondial en matière de lutte contre la discrimination¹⁷¹ – du caractère discriminatoire de l'âge de la retraite. Ici était en jeu la différence de traitement existant entre les hommes et les femmes au Royaume-Uni quant à l'âge de la retraite (soixante-cinq et soixante ans) et aux conditions afférentes de rémunération et d'allocation retraite. Selon Strasbourg, prolongeant la réflexion de la CJCE¹⁷², une telle différence de régime ne constitue pas une discrimination fondée sur le sexe contraire à l'article 14. La juridiction strasbourgeoise constate tout d'abord que les États membres disposent d'une « ample latitude » afin de prendre des mesures d'ordre général en matière économique ou sociale. De plus, la Cour se fonde en l'occurrence sur l'absence d'uniformisation européenne en la matière et la large marge d'appréciation conférée aux États membres afin de déterminer si, conformément à sa jurisprudence antérieure¹⁷³, des différences de traitement sont justifiées entre des situations à d'autres égards analogues. Elle juge en conséquence que les différences de traitement en cause étaient « raisonnablement et objectivement justifiées »¹⁷⁴ et conclut à la non-violation de l'article 14 combiné avec l'article 1 du *Protocole n° 1*.

* * *

L'arrêt *D. H. c. République tchèque*¹⁷⁵, rendu le 7 février 2006, vise quant à lui à préciser la notion d'égalité collective. Dans cette affaire, les différents requérants

¹⁶⁹ *Ibid.* au para. 41.

¹⁷⁰ *Stec c. Royaume-Uni* [GC], n° 65731/01 et 65900/01 (12 avril 2006) [Stec].

¹⁷¹ Andrée Lajoie *et al.*, « La majorité marginalisée : le trajet des valeurs des femmes vers le forum judiciaire et leur intégration dans le discours de la Cour suprême » [2000] 34 R.J.T. 563.

¹⁷² Elle utilise, de plus en plus souvent, la position de la CJCE qui a tranché dans la même affaire, par voie préjudicielle que les modalités d'attribution desdites allocations n'étaient pas incompatibles avec le droit européen dès lors qu'ils étaient liés à la perception de prestations de vieillesse et qu'ils échappaient au champ d'application de la *Directive 79/7/CEE sur la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale*, [1979] J.O. 6/24. Voir C.J.E., *Hepple c. Adjudication Officer*, C-196/98, [2000] E.C.R. I-3701.

¹⁷³ *Karlheinz Schmidt c. Allemagne* (1994), 291 C.E.D.H. (Sér. A) 1 au para. 24.

¹⁷⁴ *Stec*, *supra* note 170 au para. 59.

¹⁷⁵ *D. H. c. République tchèque*, n° 57325/00 (7 février 2006).

d'origine rom contestent leur placement dans des écoles spécialisées à la fin des années 1990. Ces écoles étaient conçues pour accueillir des enfants connaissant des « déficiences intellectuelles ». Toutefois, les enfants roms constituaient l'essentiel de la population accueillie dans ces établissements (parfois de 80 à 90%), ce qui faisait de ces écoles des éléments actifs de la ségrégation éducative des enfants. Les requérants dénoncent essentiellement le caractère inégalitaire des décisions plaçant les enfants roms dans ces établissements, sur le fondement de l'article 14 de la *Convention* combiné à l'article 2 du *Protocole n° 1*. Bien que les voies de recours internes ne soient pas épuisées, la Cour a décidé de rejeter l'exception préliminaire car « la présente requête revêt une importance considérable et aborde des enjeux sérieux »¹⁷⁶. Cette affaire concerne en effet la potentielle violation du droit à l'égalité au détriment d'un groupe structurellement vulnérable et généralement défavorisé, voire ostracisé au sein de plusieurs États membres¹⁷⁷. L'enjeu central de cet arrêt était d'interdire, en vertu de la *Convention*, des mesures de discriminations indirectes, c'est-à-dire des mesures apparemment neutres mais défavorisant *in fine* les membres d'un groupe.

La Cour considère que si une politique ou une mesure générale ont des effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe de personnes, l'on ne saurait exclure qu'elles soient considérées comme discriminatoires, nonobstant le fait qu'elles ne visent pas ce groupe en particulier¹⁷⁸.

Le test repose sur le critère de prise en compte de la discrimination : soit l'effet concret de celle-ci, soit l'intention discriminatoire. L'utilité de la notion d'égalité collective est de découvrir l'existence de discriminations structurelles, même si celles-ci sont involontaires ou inconscientes ou découlant de faits sociaux, et de sanctionner de tels comportements. La difficulté réside dans la comparaison nécessaire entre deux groupes de personnes et dans l'existence d'un effet préjudiciable disproportionné sur un groupe de personnes alors même que la mesure semble neutre vis-à-vis de ce dernier. En l'espèce, le critère de placement dans les établissements reposait tout simplement sur la capacité intellectuelle des élèves mais aboutissait à des « chiffres inquiétants »¹⁷⁹. Ces résultats laissent alors apparaître l'idée d'une discrimination systémique. Toutefois, les juges strasbourgeois estiment que le gouvernement a « réussi à prouver que le système des écoles spéciales en République tchèque ne vise pas à accueillir uniquement des enfants roms »¹⁸⁰. La juridiction strasbourgeoise semble alors – dans sa formation de section – ouvrir timidement la voie à l'idée d'une protection « collective » de l'interdiction des discriminations au bénéfice d'un groupe. On assisterait ainsi à un rapprochement de la jurisprudence conventionnelle vers les conceptions anglo-saxonnes – et notamment conception canadienne – et communautaire de la discrimination malgré le constat de la non violation des droits en l'espèce. En effet, la Cour conclut à la non-violation de la *Convention* et à l'absence de discrimination, malgré l'opinion dissidente du juge

¹⁷⁶ *Ibid.* au para. 31.

¹⁷⁷ Voir par exemple, *Natchova c. Bulgarie* [GC], n° 43577/98 et 43579/98 (6 juillet 2005) [*Natchova*].

¹⁷⁸ *D. H.*, *supra* note 175 au para. 46.

¹⁷⁹ *Ibid.* au para. 52.

¹⁸⁰ *Ibid.* au para. 48.

Cabral. Toutefois, cette perspective ouverte en section fut reprise par la Grande chambre, devant qui cette décision a été portée en 2007¹⁸¹. Adoptant une perspective très large dans ses fondements, la Grande chambre évoque tant la jurisprudence de la Cour suprême américaine que celle de la Chambre des Lords britannique¹⁸², appuyant sa réflexion sur le droit communautaire¹⁸³, l'ordonnancement juridique pertinent des Nations unies¹⁸⁴ et soulignant le rapport final de monsieur Alvaro Gil-Robles sur la situation en matière des droits de l'homme des Roms, Sintis et Gens du voyage en Europe en date du 15 février 2006¹⁸⁵. Rappelant que « la discrimination consiste à traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables »¹⁸⁶, la Grande chambre rappelle que la « discrimination fondée, notamment, sur l'origine ethnique d'une personne constitue une forme de discrimination raciale » particulièrement condamnable et obligeant à une « vigilance spéciale et une réaction vigoureuse de la part des autorités »¹⁸⁷. De plus, elle affirme, en reprenant sa jurisprudence¹⁸⁸, que « la procédure prévue par la *Convention* ne se prêtait pas toujours à une application rigoureuse du principe *affirmanti incumbit probatio* »¹⁸⁹ en cette matière en faisant en principe peser la charge de la preuve sur celui qui affirme une discrimination. La charge de la preuve pèse, selon la Cour, sur les autorités si les circonstances le justifient¹⁹⁰. Au regard des fait d'espèce, la Grande chambre relève qu'en raison d'un « perpétuel déracinement, les Roms constituent une minorité défavorisée et vulnérable, qui a un caractère particulier »¹⁹¹. Reprenant, *mutatis mutandis* les paragraphes clés – 147 et 157 – de l'arrêt *Natchova c. Bulgarie*, la Grande chambre souligne que

Si une présomption réfragable de discrimination relativement à l'effet d'une mesure ou d'une pratique est ainsi établie par le requérant alléguant une discrimination indirecte, il incombe ensuite à l'État défendeur de réfuter cette présomption en démontrant que la différence en question n'est pas discriminatoire.¹⁹²

Afin « d'évaluer l'incidence de mesures ou de pratiques sur un individu ou sur un groupe », la Cour estime que les statistiques – après examen critique – suffisent pour « constituer le commencement de preuve à apporter par le requérant »¹⁹³. S'appuyant sur celles-ci et sur plusieurs rapports d'organisations internationales, la Grande chambre estime qu'il existe une forte présomption de discrimination indirecte,

¹⁸¹ *D. H. c. République tchèque* [GC], n° 57325/00 (13 novembre 2007) [D. H.].

¹⁸² *Ibid.* aux para. 105 à 107.

¹⁸³ *Ibid.* aux para. 81 à 91.

¹⁸⁴ *Ibid.* aux para. 92 à 102.

¹⁸⁵ *Ibid.* aux para. 77 à 80.

¹⁸⁶ *Ibid.* au para. 175.

¹⁸⁷ *Ibid.* au para. 176.

¹⁸⁸ *Natchova*, *supra* note 181 aux para. 147 et 157.

¹⁸⁹ *D. H.*, *supra* note 181 au para. 179.

¹⁹⁰ *Salman c. Turquie* [GC], n° 21986/93 (27 juin 2000) au para. 100.

¹⁹¹ *D.H.*, *supra* note 181 au para. 182.

¹⁹² *Ibid.* au para. 189.

¹⁹³ *Ibid.* au para. 188.

justifiant le renversement de la preuve¹⁹⁴. Analysant l'existence « de justification objective et raisonnable » la Cour constate la volonté étatique « de trouver une solution pour les enfants ayant des besoins éducatifs spécifiques » mais s'inquiète de « la ségrégation engendrée par ce système »¹⁹⁵. Contestant les tests à l'origine de la différence de traitement litigieuse, la Cour estime que les parents des enfants roms, membres d'une communauté « défavorisée et souvent sans instruction, fussent capables d'évaluer tous les aspects de la situation et les conséquences de leur consentement »¹⁹⁶, point pourtant crucial de l'argumentation gouvernementale.

Il paraît en outre incontestable que les parents roms se trouvaient à cette occasion confrontés à un dilemme : ils devaient choisir entre des structures d'enseignement général qui ne disposaient pas de moyens pour prendre en compte les différences sociales et culturelles de leurs enfants et où ces derniers risquaient de se trouver isolés et frappés d'ostracisme, et des structures d'enseignement spécial dans lesquelles la majorité des élèves étaient roms¹⁹⁷.

Relevant les difficultés de la mise en place d'une politique volontariste à destination des populations roms, la Cour souligne l'effort de l'État tchèque dans la difficile mise en balance des divers intérêts en jeu mais

n'est pas convaincue que la différence de traitement ayant existé entre les enfants roms et les enfants non roms reposât sur une justification objective et raisonnable et qu'il existât un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but à atteindre.¹⁹⁸

Constatant que « l'application de la législation pertinente avait à l'époque des faits des effets préjudiciables disproportionnés sur la communauté rom », la Cour relève dans un paragraphe d'importance pour le peuple rom que « les requérants en tant que membres de cette communauté ont nécessairement subi le même traitement discriminatoire »¹⁹⁹. Sans avoir à se pencher sur les cas individuels, elle conclue donc à la violation de l'article 14 de la *Convention*. Malgré cette affirmation en Grande chambre, on peut se demander s'il n'existe pas une certaine indécision des juges strasbourgeois dans la reconnaissance pleine et entière de la discrimination collective, significative dans l'évolution de l'arrêt *D.H.* Celle-ci pourrait s'expliquer par les implications qu'une telle reconnaissance pourrait avoir, sur d'autres questions, sur les systèmes sociaux et économiques européens.

* * *

¹⁹⁴ *Ibid.* au para. 195.

¹⁹⁵ *Ibid.* au para. 198.

¹⁹⁶ *Ibid.* au para. 203.

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ *Ibid.* au para. 208.

¹⁹⁹ *Ibid.* au para. 209.

Prolongeant d'une certaine manière cette réflexion autour de la discrimination collective, l'arrêt *Zarb Adami c. Malte*²⁰⁰ du 20 juin 2006 traite quant à lui de l'inégalité entre hommes et femmes lors de la participation obligatoire à des jurys en matière pénale. Zarb Adami est pharmacien et habite Malte. Depuis 1971, il est inscrit sur la liste des jurés potentiels pour siéger dans un tribunal. Entre 1971 et 1997, il a siégé à trois reprises dans trois procédures pénales différentes. En 1997, il fut appelé comme juré mais ne se rendit pas au tribunal. Il fut condamné à une amende de deux cent quarante euros. Comme il refusait de la payer, il fut traduit devant un tribunal pénal. Il fut condamné et en première instance et en appel. En 2003, il fut de nouveau appelé comme juré et chercha en vain à ne pas avoir à siéger. Il reproche alors au gouvernement maltais une discrimination fondée sur le sexe, car le pourcentage des femmes appelées à assumer la fonction de juré à Malte est négligeable. Il se plaint aussi d'avoir eu à subir une procédure pénale en raison d'une obligation civique qui lui avait été imposée de manière discriminatoire. Se fondant sur une combinaison de l'article 14 et du paragraphe 4 (3) relatif au travail forcé, position discutée en doctrine, la Cour constate l'existence d'une discrimination indirecte sur le seul fait qu'une proportion nettement plus importante d'hommes que de femmes était astreinte à l'obligation de participer à des jurys²⁰¹. La porte entrouverte semble ainsi s'ouvrir largement à la discrimination collective et indirecte, faisant de l'argument statistique un argument de poids dans la constatation de la discrimination.

IX. Liberté d'expression

Article 10 de la *Convention*

La détermination des limites à poser dans la confrontation entre liberté d'expression et religion est un sujet qui parcourt la jurisprudence des pays démocratiques et qui n'est pas étranger à certaines tensions, tant au Canada que dans le reste des pays industrialisés. Du fait de son histoire et de son modèle de société, l'Europe cherche à trouver une voie médiane permettant une harmonieuse cohabitation de ces deux principes fondamentaux de la démocratie²⁰². Deux arrêts de la CEDH de 2006 laissent penser que la réflexion n'est pas encore mûre, même si la juridiction marque une timide avancée en la matière. Il est regrettable qu'en 2006 la Cour poursuive le précédent jurisprudentiel de l'arrêt *Otto-Preminger*²⁰³ où elle réduisait la question de la violation de l'article 10 dans ces domaines à la « mise en balance de deux droits fondamentaux : d'une part le droit pour le requérant de

²⁰⁰ *Zarb Adami c. Malte*, n° 17209/02 (20 juin 2006).

²⁰¹ « Pour la Cour, ces chiffres montrent que l'obligation civique du service de jury pèse de manière prédominante sur les hommes. Dès lors, il existe une différence de traitement entre deux groupes – les hommes et les femmes – qui, en ce qui concerne cette obligation, se trouvaient dans une situation similaires », *ibid.* au para. 78.

²⁰² Mercedes Candela Soriano et Alexandre Defosse, « La liberté d'expression face à la morale et à la religion : analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » [2006] 68 R.T.D.H. 817.

²⁰³ *Otto-Preminger-Institut c. Autriche* (1994), 295 C.E.D.H. (Sér. A) 1.

communiquer au public ses idées sur la théorie religieuse, et d'autre part le droit d'autres personnes au respect de leur liberté de pensée, de conscience et de religion »²⁰⁴. S'agissant des faits religieux, la conception évolutive de la *Convention*, facteur de progrès démocratique et de modernité politique, a subi l'empreinte de la Cour dont l'arrêt fondateur rendu en matière de liberté de religion le 25 mai 1993 dans l'affaire *Minos Kokkinakis c. Grèce* précisait que

la liberté de pensée, de conscience et de religion représente l'une des assises d'une société démocratique au sens de la *Convention*. Elle figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie, mais elle est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents. Il y va du pluralisme – chèrement conquis au cours des siècles – consubstantiel à pareille société.²⁰⁵

Toutefois, il faut bien constater que la liberté de religion a pris le pas, ces dernières années, sur la liberté d'expression, le risque étant que les juridictions deviennent les garantes du dogme face à une liberté d'expression de plus en plus réduite à une portion congrue. L'affaire *Giniewski c. France*²⁰⁶ vient cependant ouvrir quelque peu la perspective en faveur de cette dernière. Cette affaire soulève la délicate question des limites à la liberté d'expression dans le cadre d'articles scientifiques lorsque cette liberté est confrontée à la protection de la religion. Monsieur Giniewski, journaliste, sociologue et historien, publia en 1994 un article dans le journal *Le Quotidien de Paris* sur l'encyclique papale « Splendeur de la vérité ». Dans cet article, il développait notamment les liens longtemps entretenus dans l'histoire européenne entre l'Église catholique et la genèse de l'antisémitisme ayant mené à l'Holocauste. Une association (l'AGRIF) porta plainte contre le requérant et le journal pour diffamation raciale envers la communauté chrétienne. Monsieur Giniewski fut condamné en appel au civil à verser un franc symbolique à l'AGRIF et à la publication, à ses frais, de la condamnation dans un journal d'audience nationale. Le requérant se pourvut vainement en cassation puis porta l'affaire devant la Cour européenne. Il considérait qu'en tant qu'historien et journaliste, il contribuait à la réflexion collective sur la genèse de l'antisémitisme, participant ainsi à une controverse d'intérêt général. Fondée sur l'article 10, la requête conduisit la Cour à vérifier si l'ingérence à la liberté d'expression de monsieur Giniewski remplissait les trois conditions expresses du paragraphe 2 de l'article 10, soit la légalité, la légitimité et la nécessité. Très proche dans sa formulation de l'arrêt *Wingrove c. Royaume-Uni*²⁰⁷, la décision s'attache à définir s'il existe un but légitime, soit la protection contre la diffamation d'un groupe de personnes en raison de leur appartenance à une religion déterminée, se référant à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, cet objectif cadrant « aussi

²⁰⁴ *Ibid.* au para. 27.

²⁰⁵ *Kokkinakis c. Grèce* (1993), 260 C.E.D.H. 1 au para. 31; Hélène Surrel, « La liberté religieuse devant la Cour européenne des droits de l'homme » [1995] *Rev. fr. dr. admin.* 573.

²⁰⁶ *Giniewski c. France*, N° 64016/00 (31 janvier 2006) [*Giniewski*].

²⁰⁷ *Wingrove c. Royaume-Uni*, N° 64016/00, [1996] V C.E.D.H. 1937.

parfaitement avec l'objectif de protection de la liberté religieuse offerte par l'article 9 »²⁰⁸. Reprenant sa jurisprudence, la Cour souligne que le

manque d'une conception uniforme, parmi les pays européens, des exigences afférentes à la protection des droits d'autrui s'agissant des attaques contre des convictions religieuses, élargit la marge d'appréciation des États contractants, lorsqu'ils règlementent la liberté d'expression dans des domaines susceptibles d'offenser des convictions personnelles intimes relevant de la morale ou de la religion.²⁰⁹

La Cour refuse toutefois de considérer que les chrétiens se trouvaient victimes, en l'occurrence, de diffamation. Elle relève surtout qu'en l'espèce,

le requérant a voulu élaborer une thèse sur la portée d'un dogme et sur ses liens possibles avec les origines de l'Holocauste. Le requérant a ainsi apporté une contribution, par définition discutable, à un très vaste débat d'idées déjà engagé [...], sans ouvrir une polémique gratuite ou éloignée de la réalité des réflexions contemporaines.²¹⁰

La Cour précise que, dans le domaine des débats d'intérêt commun, les restrictions à la liberté d'expression appellent une interprétation étroite, réduisant la marge d'appréciation des États membres. Afin de laisser subsister le débat – ce qui est primordial dans une société démocratique – elle remarque en référant à ses décisions antérieures que « la recherche de la vérité historique fait partie intégrante de la liberté d'expression, et qu'il ne lui revient pas d'arbitrer une question historique de fond »²¹¹. Elle estime alors que la condamnation du requérant « du chef de diffamation publique envers la communauté des chrétiens ne répondait pas à un "besoin social impérieux" »²¹², celle-ci s'avérant au surplus disproportionnée compte tenu de l'importance du débat. Elle conclut alors à l'unanimité à la violation de l'article 10 (2). Si cette décision marque une certaine protection de la liberté d'expression lorsqu'elle est le fait d'un journaliste ou d'un universitaire, ses limites s'avèrent regrettables, à savoir le fait que le débat se doit être d'intérêt commun, ou général et d'une importance suffisante afin de justifier la préservation de la liberté d'expression face à la préservation de la réputation d'un groupe religieux.

Cette perspective fut prolongée dans l'arrêt *Aydın Tatlav c. Turquie*²¹³ du 2 mai 2006. Journaliste et écrivain, Aydın Tatlav publia en 1992 *Le Coran et la religion* qui fut réédité plusieurs fois jusqu'à une dénonciation devant les juridictions turques et une condamnation à une amende. L'auteur avançait globalement que la religion légitime les injustices sociales en les faisant passer pour la volonté de

²⁰⁸ *Giniwesi*, *supra* note 206 au para. 41, qui renvoie alors à l'arrêt *Wingrove*, *ibid.* au para. 48.

²⁰⁹ *Ibid.* au para. 44.

²¹⁰ *Ibid.* au para. 50.

²¹¹ *Ibid.* au para. 51.

²¹² *Ibid.* au para. 53.

²¹³ *Tatlav c. Turquie*, n° 50692/99 (2 mai 2006).

Dieu²¹⁴. Reprenant son désir de mettre en balance liberté d'expression et droit au respect de la liberté de pensée, de conscience et de religion, la Cour souligne en l'espèce qu'elle

n'observe pas, dans les propos litigieux, un ton insultant visant directement la personne des croyants, ni une attaque injurieuse pour des symboles sacrés, notamment des Musulmans, même si, à la lecture du livre, ceux-là pourront certes se sentir offusqués par ce commentaire quelque peu caustique de leur religion.²¹⁵

La sanction pénale, du fait de son caractère dissuasif et menant à l'autocensure, est disproportionnée vis-à-vis du but légitime poursuivi et constitue donc une violation de l'article 10 de la *Convention*.

Dans ces deux arrêts, la Cour se montre donc plus rigoureuse dans son analyse de la marge de manœuvre laissée aux États dans le cadre de la limitation de la liberté d'expression face à la liberté de religion. On peut souhaiter que la Cour poursuive cette voie en limitant les ingérences étatiques jusque-là trop nombreuses, sur le fondement de la protection de la morale et de la religion, échappant, enfin, à « la pente glissante de la diffamation collective et du blasphème »²¹⁶.

X. Droit des étrangers

Article 8 de la *Convention* et article 1 du *Protocole n° 7*

L'arrêt *Lupsa c. Roumanie*²¹⁷ est la première décision au fond rendue par la Cour européenne à propos de l'article premier du *Protocole relatif à l'expulsion en urgence d'un étranger pour des motifs de sécurité nationale*²¹⁸. En vertu de ce protocole, lorsqu'un étranger séjourne régulièrement sur le territoire d'un État partie à celui-ci, il bénéficie d'un certain nombre de garanties prévues au paragraphe 1 (1). En l'espèce, le requérant, citoyen yougoslave, établi en Roumanie depuis 1989, entra en Roumanie le 6 août 2003, après un séjour à l'étranger, sans opposition de la police des frontières. Toutefois, le lendemain, des agents de la police des frontières se présentèrent à son domicile et le reconduisirent à la frontière. Par une action introduite le 12 août 2003 devant la Cour d'appel de Bucarest à l'encontre de l'Autorité pour les étrangers et le parquet auprès de la Cour d'appel de Bucarest, l'avocate du requérant contesta la mesure de reconduite à la frontière, affirmant qu'aucun acte déclarant le requérant indésirable sur le territoire roumain ne lui avait été notifié. Sur demande du Service roumain de renseignements, le requérant avait été

²¹⁴ *Ibid.* au para. 28.

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ Selon les mots de Pierre-François Docquir, « La Cour européenne des droits de l'homme sacrifie-t-elle la liberté d'expression pour protéger les sensibilités religieuses? » [2006] 68 R.T.D.H. 839 à la p. 840.

²¹⁷ *Lupsa c. Roumanie*, n° 10337/04 (8 juin 2006).

²¹⁸ Voir : *Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 22 novembre 1984, S.T.E. 117 (entrée en vigueur : 1^{er} novembre 1988).

déclaré « personne indésirable » et interdit de séjour en Roumanie pour une période de dix ans au motif qu'il existait « des informations suffisantes et sérieuses selon lesquelles il menait des activités de nature à mettre en danger la sécurité nationale »²¹⁹. Cette ordonnance du 28 mai 2003 devait être communiquée à monsieur Lupsa, ce qui n'a pas été fait. Se basant sur

l'intégration du requérant dans la société roumaine et le caractère effectif de sa vie familiale [...] incontestables, la Cour estime que son expulsion et l'interdiction du territoire roumain ont mis fin à cette intégration et engendré un bouleversement radical de sa vie privée et familiale, auquel les visites régulières de sa compagne et de leur enfant ne sauraient remédier. Dès lors, la Cour considère qu'il y a eu ingérence dans la vie privée et familiale du requérant.²²⁰

Cette ingérence « enfreint la *Convention* si elle ne remplit pas les exigences du paragraphe 2 de l'article 8. Il faut donc rechercher si elle était "prévues par la loi", inspirée par un ou plusieurs buts légitimes au regard dudit paragraphe et "nécessaire dans une société démocratique" »²²¹. En l'espèce, l'ordonnance d'urgence ayant constitué la base légale de l'expulsion, elle ne répondait pas aux exigences de « qualité » requises, dès lors qu'elle n'offrait pas à l'intéressé des garanties minimales contre l'arbitraire, violant ainsi l'article 8 de la *Convention*. Sur le fondement du *Protocole*, un étranger résidant régulièrement sur le territoire d'un État ne peut en être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi et doit pouvoir faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion, faire examiner son cas et se faire représenter à ces fins devant l'autorité compétente ou une ou plusieurs personnes désignées par cette autorité. Dans cette affaire, les deux premières garanties n'ont pas été respectées, le requérant n'ayant pas été informé des motifs de son expulsion et le juge national ayant exercé un contrôle purement formel sur la décision d'expulsion. Même si l'article 2 prévoit qu'un étranger peut être expulsé avant l'exercice de ces droits « lorsque cette expulsion est nécessaire dans l'intérêt de l'ordre public ou est basée sur des motifs de sécurité nationale », la Cour estime « qu'en cas d'expulsion, outre la protection qui leur est offerte notamment par les articles 3 et 8 combinés avec l'article 13 de la *Convention*, les étrangers bénéficient des garanties spécifiques prévues par l'article 1 du *Protocole n° 7* »²²² et qu'en l'espèce, bien que l'expulsion du requérant ait eu lieu en exécution d'une décision prise conformément à la loi, « il y a eu violation de l'article 1 du *Protocole n° 7* dès lors que cette loi ne répond pas aux exigences de la *Convention* »²²³. Il y a bien ici selon la Cour violation de l'article 1 du *Protocole n° 7*. Puisque l'ordonnance ne lui a pas offert des garanties minimales contre l'arbitraire des autorités, ces dernières ne lui ont pas fourni le moindre indice concernant les faits qui lui étaient reprochés et le parquet ne lui a communiqué

²¹⁹ *Ibid.* au para. 10.

²²⁰ *Ibid.* au para. 27.

²²¹ *Ibid.* au para. 28.

²²² *Ibid.* au para. 51.

²²³ *Ibid.* au para. 57.

l'ordonnance prise à son encontre que le jour de la seule audience devant la cour d'appel.

* * *

Sur le fondement de l'article 8 et du droit au respect de la vie privée, la Cour a été amenée à analyser, dans l'affaire *Üner c. Pays Bas*²²⁴, la question de savoir si l'interdiction administrative du territoire national d'un ressortissant étranger, à la suite d'une condamnation pénale, était contraire à l'article 8. Elle rend alors un arrêt de principe qui constate qu'on ne saurait interpréter l'article 8 comme un droit à la non-expulsion, même pour les immigrants de longue durée, lorsque les États se prévalent de la clause d'ordre public du paragraphe 2 de cette disposition. Selon la Cour, il n'existe pas de « double peine ». L'expulsion et l'interdiction du territoire est légitime lorsqu'elle intervient après une condamnation pénale, quelque soit le niveau d'intégration. Celles-ci doivent toutefois être examinées au vu des exigences du paragraphe 8 (2) et des critères posés par la jurisprudence de l'arrêt *Boultif* du 2 août 2001²²⁵ qu'elle étoffe dans cet arrêt²²⁶. La Cour estime qu'en l'espèce,

les mesures incriminées ont porté atteinte au droit du requérant au respect de sa vie familiale, que cette ingérence était prévue par la loi et qu'elle poursuivait les buts légitimes que constituent la protection de la sûreté publique, la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales.²²⁷

Toutefois, elle relève qu'un « juste équilibre a été ménagé [...] dans la mesure où l'expulsion du requérant et son interdiction du territoire néerlandais étaient proportionnées aux buts poursuivis et donc nécessaires dans une société démocratique »²²⁸ et conclut à l'absence de violation de l'article 8. Selon l'arrêt *Boultif*, afin de savoir si une mesure d'expulsion était nécessaire dans une société démocratique et proportionnée au but légitime poursuivi, il faut examiner la nature et la gravité de l'infraction commise par le requérant; la durée du séjour de l'intéressé dans le pays dont il doit être expulsé; le laps de temps qui s'est écoulé depuis l'infraction, et la conduite du requérant pendant cette période; la nationalité des diverses personnes concernées; la situation familiale du requérant, et notamment, le cas échéant, la durée de son mariage, et d'autres facteurs témoignant de l'effectivité d'une vie familiale au sein d'un couple; la question de savoir si le conjoint avait connaissance de l'infraction à l'époque de la création de la relation familiale; la question de savoir si des enfants sont issus du mariage et, dans ce cas, leur âge et enfin la gravité des difficultés que le conjoint risque de rencontrer dans le pays vers

²²⁴ *Üner c. Pays-Bas* [GC], n° 46410/99 (18 octobre 2006) [*Üner*].

²²⁵ *Boultif c. Suisse*, n° 54273/00, [2001] IX C.E.D.H.137 au para. 48.

²²⁶ *Üner*, *supra* note 224 au para. 58.

²²⁷ *Ibid.* au para. 61.

²²⁸ *Ibid.* au para. 67.

lequel le requérant doit être expulsé²²⁹. Les juges ajoutent deux critères dans l'arrêt *Üner*, qu'ils considèrent implicites dans l'arrêt *Boultif* : d'une part, l'intérêt et le bien-être des enfants, en particulier la gravité des difficultés que les enfants du requérant sont susceptibles de rencontrer dans le pays vers lequel l'intéressé doit être expulsé; et d'autre part, la solidité des liens sociaux, culturels et familiaux avec le pays hôte et avec le pays de destination. La Cour remarque de plus que « la totalité des liens sociaux entre les immigrés installés et la communauté dans laquelle ils vivent font partie intégrante de la notion de vie privée au sens de l'article 8 »²³⁰. Ces nouveaux critères semblent renforcer ceux de l'arrêt *Boultif*, et la Cour tranche toutefois en faveur d'une non-violation de l'article 8, en procédant à une *sur-pondération* du critère de la nature et de la gravité de l'infraction commise (un homicide involontaire en l'espèce), comme le souligne l'opinion dissidente commune de trois juges. Ces derniers traitent d'ailleurs avec force de la question de la « double peine », ou plutôt de la peine discriminatoire qui est infligée à un étranger en plus de celle qui aurait frappé, pour les mêmes faits, un national en soulignant leur désaccord avec l'affirmation de la majorité²³¹, suivant laquelle « l'expulsion doit être considérée comme ayant un caractère préventif plus que punitif »²³². En considérant qu'une expulsion et une interdiction du territoire de 10 ans soient proportionnées au but poursuivi et n'emportent pas violation de l'article 8, la Cour laisse aux États une marge d'appréciation considérable et peut-être contestable. Il semble ainsi que la question de la double peine – encore contestée au sein même de la juridiction – laisse augurer une évolution prochaine de cette question dans la jurisprudence de la Cour.

* * *

Pour conclure, la jurisprudence de la Cour a poursuivi l'adaptation de la protection des droits des personnes au sein des États de droit européens, permettant une réalisation toujours plus concrète des droits fondamentaux confrontés bien souvent aux exigences de l'efficacité juridique et administrative. En 2007, cette voie s'est prolongée, notamment dans la logique d'une plus grande soumission des administrations aux contingences de la justice. Si l'année 2006 avait marqué la réticence à la présence du représentant du gouvernement au sein des juridictions administratives, l'année 2007, entre autres, sera marquée par l'extension du droit au procès équitable et l'applicabilité de l'article 6 (1) en matière de contentieux de la fonction publique²³³ par l'arrêt *Eskelinen*²³⁴. En matière de droit des étrangers également, l'établissement d'une nouvelle catégorie d'étrangers inexpulsables par

²²⁹ *Ibid.* au para. 48.

²³⁰ *Ibid.* au para. 59.

²³¹ *Ibid.* au para. 56.

²³² *Ibid.* au point 17 du dispositif.

²³³ Fabrice Melleray, « Extension de l'applicabilité de l'article 6 de la CEDH en matière de contentieux de la fonction publique » [2007] 7 Droit administratif 31.

²³⁴ *Eskelinen c. Finlande*, n° 63235/00 (19 juin 2007).

l'arrêt *Salah Sheekh c. Pays-Bas*²³⁵ ainsi que l'affinement du cadre du droit à la régularisation du séjour à travers l'arrêt en Grande chambre *Syssoyeva c. Lettonie*²³⁶ prolongeront la logique de la jurisprudence 2006 étayant ainsi l'édifice normatif de la *Convention européenne*.

²³⁵ Dans une affaire concernant un demandeur d'asile somalien rejeté des Pays-Bas, *Salah Sheekh*, la Cour a statué que les Pays-Bas ne pouvaient pas le renvoyer vers une région du Nord de la Somalie qui était considérée comme étant « relativement sûre » par les autorités néerlandaises. Selon la Cour, l'expulser vers le Nord de la Somalie équivaudrait à une violation de l'article 3 de la *Convention européenne*, voir *Salah Sheekh c. Pays-Bas*, n° 1948/04 (11 janvier 2007).

²³⁶ *Syssoyeva c. Lettonie* [GC], n° 60654/00 (15 janvier 2007).