

PANORAMA DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME POUR L'ANNÉE 2007

Par Mirentxu Aguerre* et
David Gilles**

L'année 2007, malgré l'engorgement de plus en plus important de la juridiction¹, fut l'occasion pour la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) d'affirmer un certain nombre de courants qu'elle avait initiés dans les années antérieures, l'infléchissement de sa jurisprudence visant essentiellement à une actualisation des droits fondée sur une interprétation téléologique de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*² (*Convention européenne*)³. Le comité des ministres du Conseil de l'Europe a d'ailleurs présenté pour cette année un premier rapport annuel sur la surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Ce document a pour objectif d'assurer la consolidation et l'effectivité de la protection des droits de l'homme par l'édification progressive d'un « droit à l'exécution »⁴. Il démontre, s'il en était besoin, que la Cour est devenue désormais partie intégrante des systèmes juridictionnels, par l'extension depuis 1990 des possibilités de sa mise en œuvre, les États ayant accepté d'ajouter le droit de recours individuel et la reconnaissance de sa juridiction obligatoire au système initial de saisine inter-étatique⁵.

La CEDH rend ainsi en 2007 plusieurs décisions de principe concernant sa juridiction, la protection de l'image, la liberté d'expression, les questions d'avortement thérapeutique ou de défense contre les discriminations. Ce sont désormais les États d'Europe orientale qui sont devenus les plus grands pourvoyeurs

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

** David Gilles est professeur de droit privé à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. L'auteur peut être rejoint à l'adresse suivante : <david.gilles@usherbrooke.ca>.

¹ Le nombre d'arrêts rendus a ainsi augmenté de 40% en 2006 et poursuit inexorablement sa croissance. Voir Cour européenne des droits de l'homme, Communiqué, (2007) 6 La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales 5 act. 143. (Compléter la référence).

² *Convention de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U 221, S.T.E. 5 (entrée en vigueur : 3 septembre 1953) [*Convention européenne*].

³ Edouard Dubout, « Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme » (2008) 74 Revue trimestrielle des droits de l'homme 383.

⁴ Sur ce rapport, voir Laurent Sermet, « La surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, entre ombre et lumière. Du premier rapport annuel du Comité des ministres sur l'exécution des arrêts » (avril 2008) 17 La Semaine Juridique Edition Générale 281.

⁵ Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2008; Patricia Granet, « Exécution des arrêts de la CEDH » (2008) 5 Procédures 15.

de contentieux⁶. Si les juridictions françaises se rapprochent insensiblement de leurs consœurs européennes⁷, l'arrêt *Hachette Filipacchi* confirme que la France est l'un des États membres du Conseil de l'Europe le plus souvent condamné sur le terrain de la liberté d'expression, même si l'arrêt *Stoll c. Suisse* montre que la liberté d'expression est un sujet sensible pour l'ensemble des pays européens, l'inflexion de la jurisprudence de la Cour indiquant la nécessité d'étendre les contrôles et l'analyse en ce domaine. Concernant les questions bioéthiques⁸, le Royaume-Uni et la Pologne se trouvent à « l'honneur » à travers les affaires *Evans*, *Dickson* et *Tysiack*. Plusieurs contentieux, soumis cette année à la juridiction strasbourgeoise, mettent également en jeu des interrogations nées des conflits consécutifs à l'éclatement de l'ex-Yougoslavie, telles que les affaires *Jorgic c. Cermany* ou *Behrami et Behrami c. France*.

À l'heure où les questions du droit et de la religion et de son enseignement s'avèrent sensibles dans le contexte québécois et canadien ainsi qu'en France, il importe de souligner l'avancée de la réflexion de la Cour en ces domaines cette année à travers les arrêts de Grande chambre *Folgerø et al. c. Norvège* et *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani c. Italie*. Enfin, trois arrêts d'importance, intéressant des pays d'Europe de l'Est, les arrêts *Anguelova*, *Gldani* et *Cobzaru*, viennent affirmer l'obligation des États – ici respectivement la Bulgarie, la Géorgie et la Roumanie – à protéger leurs minorités contre toute discrimination, notamment raciale, religieuse ou sexuelle.

Pour les fins de la présente chronique, nous avons choisi de présenter nos commentaires en fonction de la division suivante : juridiction (I), détention (II), procès équitable (III), légalité des délits et des peines, crime de génocide (IV), bioéthique (V), liberté d'expression (VI), discrimination (VII) et droit d'asile (VIII).

I. Juridiction

Avant d'aborder les domaines de sa jurisprudence proprement dite, il convient d'évoquer deux arrêts qui délimitent et affirment le champ d'intervention de la Cour ainsi que ses pouvoirs dans le contrôle de l'exécution de ses propres arrêts.

⁶ Voir Patricia Granet, « Les chiffres clés du contentieux devant la CEDH » (2007) 3 Procédures 3.

⁷ C'est le cas notamment du Conseil d'État. Denys Simon, « La jurisprudence récente du Conseil d'État : le grand ralliement à l'Europe des juges? » (2007) 3 Europe 3.

⁸ Soulignons également, concernant ces questions, l'entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2007 du protocole portant sur la convention de biomédecine relatif à la recherche biomédicale après celle, le 1^{er} mai 2006, du protocole relatif à la transplantation d'organes de la Convention européenne sur la biomédecine; *Protocole additionnel à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, relatif à la recherche biomédicale*, STCE, n° 195. Le protocole portant sur les tests génétiques à des fins médicales poursuit quant à lui son parcours. Il a été transmis au Comité des ministres du Conseil de l'Europe (juin 2007) qui a sollicité pour avis l'Assemblée parlementaire, voir. Comité directeur pour la bioéthique, 27 septembre 2007, CDBI/INF (2007) 5; voir aussi Christian Byk, « Bioéthique, législation, jurisprudence et avis des instances d'éthique » (2007) 13 La Semaine Juridique Edition Générale, 28, I 137.

Deux décisions d'irrecevabilité ont été rendues en Grande chambre le 31 mai 2007, relativement à la présence de la Force internationale de sécurité (KFOR) et de la mission d'administration intérimaire des Nations unies (MINUK) au Kosovo. Dans une première affaire, l'affaire *Behrami et Behrami c. France*, les troupes françaises de la KFOR furent mises en cause par les requérants pour ne pas avoir correctement déminé le site de Mitrovica, après l'explosion d'une bombe à dispersion ayant tué un enfant et gravement blessé un autre⁹. Le père des deux enfants a déposé une plainte auprès du Bureau des plaintes du Kosovo, alléguant que la France était coupable de manquement à la résolution 1244, en ce qu'elle aurait négligé de désamorcer les bombes, les troupes françaises étant mandatées par la résolution 1244 du Conseil de sécurité, adoptée le 10 juin 1999 en vertu du Chapitre VII de la *Charte des Nations unies*¹⁰.

Dans la seconde affaire, le requérant se plaignait d'avoir été arrêté par la police de la MINUK et détenu par la KFOR en violation des articles 5, 6 (1) et 13 de la *Convention*¹¹. L'ONU n'étant pas partie à la *Convention européenne*, la Cour s'interroge sur sa compétence *ratione personae* pour examiner les actes des États défendeurs commis au nom de l'ONU et au titre du chapitre VII de la *Charte*. Selon le juge européen, les opérations du Conseil de sécurité sous le champ du Chapitre VII s'avèrent fondamentales pour préserver la paix et la sécurité internationale et, pour être effectives, doivent s'appuyer sur la contribution des États membres :

[l]a Convention ne saurait s'interpréter de manière à faire relever du contrôle de la Cour les actions et omissions des Parties contractantes couvertes par des résolutions du Conseil de sécurité et commises avant ou pendant de telles missions. Cela s'analyserait en une ingérence dans l'accomplissement d'une mission essentielle de l'ONU dans ce domaine, voire dans la conduite efficace de pareilles opérations. Cela équivaudrait également à imposer des conditions à la mise en œuvre d'une résolution du Conseil de sécurité qui n'étaient pas prévues par le texte de la résolution lui-même. Ce raisonnement s'applique aussi aux actes volontaires des États défendeurs, tels que le vote d'un membre permanent du Conseil de sécurité en faveur de la résolution pertinente au titre du chapitre VII et l'envoi de contingents dans le cadre de la mission de sécurité : pareils actes peuvent ne pas être à proprement parler des obligations découlant de l'appartenance à l'ONU, mais ils sont primordiaux pour l'accomplissement effectif par le Conseil de sécurité du mandat qui lui est conféré par le chapitre VII, et donc pour la réalisation par l'ONU du but impératif de maintien de la paix et de la sécurité qui lui est assigné.¹²

⁹ *Behrami et Behrami c. France* [GC], n° 71412/01 (31 mai 2007).

¹⁰ Voir Evelyne Lagrange, « L'application de la *Convention de Rome* à des actes accomplis par les États parties en dehors du territoire national » (2008) 112:3 R.G.D.I.P. 521.

¹¹ *Saramati c. Allemagne, France et Norvège* [GC], n° 78166/01 (31 mai 2007).

¹² *Ibid.* au para 149.

Puisque les actions (la mise en détention) et omissions (supervision du déminage) des États étaient, en l'occurrence, directement imputables à l'ONU, la Cour européenne conclut à son incompétence *ratione personae*. Ce faisant, elle accorde une immunité de juridiction totale aux actes accomplis au nom de l'ONU en application du Chapitre VII de la *Charte* et rejette, en l'espèce, l'application de la notion de « protection équivalente » pourtant utilisée à propos de l'Union européenne dans l'arrêt *Bosphorus*¹³. L'arrêt *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VGT)*¹⁴ porte, quant à lui, sur l'article 46 de la *Convention européenne* et sur le pouvoir de surveillance par la Cour de l'exécution de ses propres arrêts. La Cour strasbourgeoise, par un arrêt du 28 juin 2001, avait jugé que le refus opposé, en 1994, à la société requérante de diffuser un spot télévisé publicitaire méconnaissait l'article 10 et le droit à la liberté d'expression. Ayant saisi les juridictions fédérales suisses d'une demande de révision de l'arrêt interne définitif interdisant la diffusion du spot, VGT vit sa demande rejetée alors que le Comité des ministres du Conseil de l'Europe mettait fin à l'examen de l'affaire, sans attendre l'issue de la procédure de révision ouverte en vertu du droit suisse dans le cadre de sa compétence de surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour (art. 46 (2)). Constatant une nouvelle violation de l'article 10, la société requérante saisit à nouveau la Cour.

La juridiction européenne estime dans cet arrêt que, si à l'issue d'un arrêt constatant la violation de la *Convention européenne*, le requérant ne bénéficie pas d'une remise des choses en l'état, il est dès lors fondé à alléguer une nouvelle violation de la *Convention européenne* devant elle. Elle affirme ainsi le principe de sa propre compétence pour contrôler l'exécution de ses arrêts. Confortant l'analyse doctrinale¹⁵, la Cour se déclare compétente *ratione materiae* pour connaître de cette nouvelle requête, estimant que l'existence d'une procédure de révision en droit interne « n'est pas en soi suffisante », il faut de plus « que la juridiction nationale visée [...] applique directement la Convention et la jurisprudence de la Cour »¹⁶. Le juge européen fait ainsi produire un véritable effet direct à ses propres arrêts, exerçant un contrôle au fond sur la procédure de révision en droit interne. La juridiction européenne rend ainsi sans objet le principe du libre choix des moyens dont dispose l'État pour s'acquitter de son obligation de « se conformer » aux arrêts de la Cour pourtant posé par l'article 46 (1).

In concreto, la Cour condamne alors la Suisse pour ne pas avoir exécuté correctement le premier arrêt rendu, constatant que le refus du Tribunal fédéral de revenir sur l'interdiction de la diffusion du spot télévisé constituait une nouvelle violation de la liberté d'expression. Cet arrêt fera toutefois prochainement l'objet d'une décision en Grande chambre permettant à la Cour de déterminer plus fermement sa position sur la question.

¹³ *Bosphorus hava yollari turizm ve ticaret anonim şirketi c. Irlande* [GC], n° 45036/98 (30 juin 2005).

¹⁴ *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VGT) c. Suisse*, n° 32772/02 (4 octobre 2007) [VGT].

¹⁵ Voir Frédéric Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 8^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2006.

¹⁶ *VGT*, *supra* note 14 au para. 55.

II. Détention

S'appuyant sur sa jurisprudence antérieure concernant les conditions de détention et les violations des articles 2 et 3, la Cour prolonge dans l'arrêt *Saoud c. France*¹⁷, les arrêts *Scavuzzo-Hager et al. c. Suisse*¹⁸ et *Jalloh c. Allemagne*¹⁹, ce dernier ayant été abordé dans notre chronique précédente²⁰. Dans l'affaire *Saoud*²¹, Mohamed Saoud, schizophrène, âgé de 26 ans et présentant de graves troubles du comportement, se montrait violent envers sa mère et ses deux sœurs. Les forces de police, informées de la séquestration et de l'état mental du forcené, sont intervenues pour le maîtriser sans appeler de médecin²². Malheureusement, dans le cadre de l'intervention, elles l'ont trop longtemps immobilisé au sol dans une position qualifiée d'hautelement dangereuse pour la vie. Il décéda sur les lieux en dépit du secours des sapeurs pompiers puis du Service d'Aide Médicale Urgente, arrivé entre-temps. La Cour constate ici qu'à l'égard des personnes détenues, placées en garde à vue ou arrêtées, se trouvant ainsi en situation de dépendance par rapport aux agents de l'État, il existe une obligation forte pesant sur l'État à l'égard de l'article 2. Reprenant *mutatis mutandis* les solutions des arrêts *Anguelova c. Bulgarie*²³, et *Scavuzzo-Hager*²⁴, la juridiction strasbourgeoise affirme que les autorités étatiques sont soumises à une obligation de protection de la santé qui « implique de dispenser avec diligence des soins médicaux lorsque l'état de santé de la personne le nécessite afin de prévenir une issue fatale »²⁵. En l'occurrence, les policiers n'étaient pas dans l'ignorance de l'état de vulnérabilité du jeune homme, dû à sa maladie mentale, puisqu'ils en avaient été informés par l'une de ses sœurs présentes lors des faits. Selon la Cour, il y a donc eu, en l'espèce, manquement à l'obligation positive incombant aux autorités de protéger la vie de Mohamed Saoud²⁶.

Concernant, cette fois-ci, l'application de l'article 3, la Cour se prononce sur la pratique des fouilles intégrales dans l'arrêt *Frérot c. France*²⁷. Reprenant l'arrêt *Valašinas c. Lituanie*²⁸, les juges estiment qu'une fouille « intégrale » n'est pas en soi illégitime, si elle s'avère nécessaire à la sécurité de l'établissement pénitentiaire ou à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales. Toutefois, elle doit

¹⁷ *Saoud c. France* [GC], n° 9375/02 (9 octobre 2007) [*Saoud*].

¹⁸ *Scavuzzo-Hager et al. c. Suisse* [GC], n° 41773/98 (7 février 2006) [*Scavuzzo*].

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

²⁰ Mirentxu Aguerre et David Gilles, « Panorama de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pour l'année 2006 » (2006) 19 : 2 R.Q.D.I. 287.

²¹ Sur cette affaire, voir Jean-Baptiste Thierry « Condamnation de la France pour atteinte au droit à la vie » (2008) 3 La Semaine Juridique Edition Générale 16 II 10012.

²² *Saoud*, *supra* note 17 au para. 11.

²³ *Anguelova c. Bulgarie* [GC], n 38361/97, (13 juin 2002) aux para. 125-31 [*Anguelova*].

²⁴ *Scavuzo*, *supra* note 18 au para. 65.

²⁵ *Saoud*, *supra* note 17 au para. 98.

²⁶ *Ibid.* au para. 104.

²⁷ *Frérot c. France* [GC], n° 70204/01 (12 juin 2007) [*Frérot*].

²⁸ *Valašinas c. Lituanie* [GC], n° 44558/98 (24 juillet 2001) [*Valašinas*].

alors être conduite de manière convenable dans le respect de la personne du détenu afin de ne pas « amoindrir sa dignité humaine ». En l'espèce, le requérant, ancien d'Action directe, contestait deux circulaires du Garde des Sceaux des 14 mars et 19 décembre 1986. Il critiquait en particulier les modalités de la fouille intégrale telles que prévues par la notice technique annexée à la circulaire du 14 mars 1986, soutenant qu'elles étaient inhumaines et dégradantes. Il alléguait avoir fait l'objet de sanctions disciplinaires systématiques en raison du refus de se soumettre à des fouilles de cette nature et selon ces modalités²⁹. En l'occurrence, la Cour estime que les modalités de la fouille intégrale prescrites par la circulaire de 1986 sont « globalement adéquates », même lorsque le détenu, dévêtu, doit adopter « des postures embarrassantes »³⁰. Selon la Cour, « les fouilles intégrales ont été imposées au requérant dans le contexte d'événements caractérisant leur nécessité quant à la sécurité ou la prévention des infractions pénales »³¹ et ne peuvent passer, d'une manière générale, pour inhumaines ou dégradantes.

Toutefois, les juges vont estimer que la maison d'arrêt de Fresnes, imposant aux détenus des inspections anales systématiques, pratiquait dans ce cadre une mesure arbitraire ne reposant sur « aucun impératif convaincant de sécurité »³². Ces sentiments d'arbitraire, d'infériorité et d'angoisse s'ajoutant à

celui d'une profonde atteinte à la dignité que provoque indubitablement l'obligation de se déshabiller devant autrui et de se soumettre à une inspection anale visuelle, en sus des autres mesures intrusives dans l'intimité que comportent les fouilles intégrales, caractérisent un degré d'humiliation dépassant celui – tolérable parce qu'inéluctable – que comporte inévitablement la fouille corporelle des détenus.³³

La Cour européenne juge alors que ces fouilles intégrales, subies par le requérant alors qu'il était détenu à la maison d'arrêt de Fresnes, s'analysent en un traitement dégradant au sens de l'article 3 et constate la violation de cette disposition. En revanche, elle estime que le « seuil de gravité requis n'est pas atteint en l'espèce pour qu'il y ait traitement “inhumain” »³⁴. Elle conclut en outre à la violation de l'article 8 en raison du contrôle de la correspondance du requérant (en l'occurrence le refus d'acheminement d'une lettre du requérant)³⁵, de même qu'à la violation de l'article 13³⁶ et de l'article 6 (1) sanctionnant le droit au procès équitable, en raison de la durée de la procédure³⁷.

²⁹ *Frérot*, *supra* note 27 au para. 25.

³⁰ *Ibid.* au para. 41.

³¹ *Ibid.* au para. 46.

³² *Ibid.* au para. 47.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.* au para. 48.

³⁵ *Ibid.* aux para. 50-62.

³⁶ *Ibid.* aux para. 60-63.

³⁷ *Ibid.* aux para. 67-70.

III. Procès équitable

L'applicabilité de l'article 6 (1) est déterminée par « l'existence de contestations sur des droits et obligations de caractère civil » ou par une « accusation en matière pénale ». La Cour européenne a entamé, depuis bien longtemps, une ouverture de plus en plus large de l'exercice de cette disposition, utilisant la plasticité de sa formulation afin d'ouvrir libéralement « le graal du procès équitable »³⁸. Sans réinventer la *Convention européenne*, la Cour tend à étendre le volet civil de la disposition à ceux qui en sont encore exclus comme les contribuables, les étrangers soumis à des procédures d'asile politique ou les fonctionnaires. Après l'affaire *Pellegrin*³⁹, le principe d'exclusion des fonctionnaires était maintenu malgré l'apparition de la notion de fonction publique et du critère fonctionnel « fondé sur la nature des fonctions et des responsabilités exercées par l'agent »⁴⁰ importé, par ailleurs, du droit communautaire⁴¹. Dans l'affaire *Martinie*⁴², évoquée dans une chronique précédente⁴³, c'était le sentiment d'inégalité que peut ressentir le justiciable, lorsque le commissaire du gouvernement assiste au délibéré, qui soulevait des difficultés en termes de procès équitable. La Cour avait été amenée à juger qu'un comptable public ne pouvait être regardé comme participant à l'exercice de la puissance publique.

L'arrêt *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*⁴⁴ permet, quant à lui, de clarifier la question au regard des litiges concernant les fonctionnaires, mettant fin *de facto* à la jurisprudence *Pellegrin*. Après *Pellegrin*, l'article 6 s'est trouvé applicable aux litiges opposant l'administration aux agents publics, sauf si l'agent, en raison de la nature des fonctions et des responsabilités exercées, est envisagé comme participant à l'exercice de la puissance publique. *Vilho Eskelinen* aboutit à l'affirmation du principe que toute personne, y compris un fonctionnaire, dispose d'un droit d'accès à un tribunal offrant les garanties de l'article 6, sauf dérogation expressément prévue par le droit interne.

En l'espèce, le litige oppose des fonctionnaires de police, du service de police de Sonkajärvi, à leur administration, à propos de la perte d'un complément de salaire⁴⁵. La durée de la procédure devant la juridiction administrative et l'absence d'audience est alors en cause. Parmi ces fonctionnaires de police, figuraient cinq policiers et une assistante administrative, le critère fonctionnel de la jurisprudence

³⁸ Gérard Gonzalez, « Nouveau revirement jurisprudentiel en matière d'applicabilité de l'article 6§1 de la Convention, dans son volet civil aux fonctionnaires » (2007) 5 Rev. fr. dr. admin. 1031 [Gonzalez, « Nouveau revirement »].

³⁹ *Pellegrin c. France* [GC], n° 28541/95 (8 décembre 1999).

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Gérard Gonzalez, « Nouveau revirement », *supra* note 38 à la p. 1032.

⁴² *Martinie c. France* [GC], n° 58675/00 (12 avril 2006).

⁴³ Mirentxu Aguerre et David Gilles, *supra* note 20.

⁴⁴ *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande* [GC], n° 63235/00 (19 avril 2007) [*Vilho Eskelinen*].

⁴⁵ *Ibid.* aux para. 10-14.

Pellegrin rendait dès lors l'article 6 applicable à la procédure relative à cette dernière personne mais pas à ses collègues policiers, ceux-ci participant seuls à l'exercice de la puissance publique.

Après avoir longuement évoqué la genèse et les fondements de l'arrêt *Pellegrin*⁴⁶, les juges européens s'interrogent alors sur l'opportunité d'une évolution de la jurisprudence⁴⁷, les faits de l'espèce faisant apparaître que « l'application du critère fonctionnel peut en soi déboucher sur des anomalies »⁴⁸. Si la Cour relève le caractère peu fiable du critère fonctionnel, puisqu'il n'est pas aisé de déterminer quels sont la nature et le statut des fonctions d'un requérant⁴⁹, elle relève que la jurisprudence *Pellegrin* a permis une extension du champ d'application de l'article 6 au contentieux de la fonction publique.

Au nom de la cohérence de sa jurisprudence, la Cour de Strasbourg assume très clairement un revirement de jurisprudence puisque, contrairement aux attentes, *Pellegrin* « n'a pas apporté en la matière plus de certitude »⁵⁰.

Dans ce contexte et pour ces raisons, la Cour estime que le critère fonctionnel adopté dans l'affaire *Pellegrin* doit être développé plus avant. Certes, il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi que la Cour ne s'écarte pas sans motif valable de ses précédents ; toutefois, si elle devait faillir à maintenir une approche dynamique et évolutive, pareille attitude risquerait de faire obstacle à toute réforme ou amélioration.⁵¹

L'arrêt *Pellegrin* constituait donc le « dernier maillon important de la chaîne que constitue l'évolution de la jurisprudence »⁵², qui conduisait la Cour à se détacher du principe d'inapplicabilité de l'article 6 à la fonction publique, phénomène qu'elle entend réaffirmer dans l'arrêt *Vilho Eskelinen*⁵³. Elle combine alors les articles 1 et 14 pour affirmer que toute personne relevant de la juridiction d'un État partie doit jouir « sans distinction aucune » des droits et libertés garantis par la Convention⁵⁴. Ensuite, elle étend l'applicabilité de l'article 6 en posant deux conditions permettant à l'État défendeur d'invoquer le statut de fonctionnaire d'un requérant afin de le soustraire à la protection offerte par cette disposition :

⁴⁶ *Ibid.* aux para. 43-49.

⁴⁷ *Ibid.* au para. 50.

⁴⁸ *Ibid.* au para. 51.

⁴⁹ *Ibid.* au para. 52.

⁵⁰ *Ibid.* au para. 55.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.* au para. 50.

⁵³ Sur les implications de cette jurisprudence sur le droit français, 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.

⁵⁴ Vilho Eskelinen, *supra* note 44 au para. 58.

[e]n premier lieu, le droit interne de l'État concerné doit avoir expressément exclu l'accès à un tribunal s'agissant du poste ou de la catégorie de salariés en question. En second lieu, cette dérogation doit reposer sur des motifs objectifs liés à l'intérêt de l'État.⁵⁵

Ainsi, le « simple fait que l'intéressé relève d'un secteur ou d'un service qui participe à l'exercice de la puissance publique n'est pas en soi déterminant », mais il faut également que l'État montre que l'objet du litige est lié à l'exercice de l'autorité étatique ou remet en cause le « lien spécial de confiance et de loyauté » entre l'intéressé et l'État employeur⁵⁶. Ayant posé comme principe général le droit d'accès à un tribunal dans l'ordre juridique interne⁵⁷, la Cour tire ainsi une présomption d'applicabilité de l'article 6 aux litiges de la fonction publique, à l'exclusion toutefois des situations remplissant les deux conditions ci-dessus, la deuxième semblant prépondérante dans l'avenir de l'évolution de la jurisprudence de la Cour. Cette solution aboutit *in fine* à faire tomber sous le coup de l'article 6 les conflits ordinaires de travail entre fonctionnaires et État employeur. Cette extension du champ de protection de l'article 6 à la fonction publique, louable en soi selon nous, conduit néanmoins à un « certain "brouillage" du droit d'accès à un tribunal », souligné par la doctrine et impliquant un flottement quant à savoir si ce droit « est seulement une garantie du procès équitable ou encore une condition de son application »⁵⁸. Il faut souligner l'opinion dissidente, notamment signée du juge Costa, rejointe par une partie de la doctrine, relevant que la jurisprudence antérieure reposait sur une conception autonome et uniforme alors que l'arrêt *Vilho Eskelinen* « pousse à une interprétation dépendante et variable, pour ne pas dire aléatoire, c'est-à-dire arbitraire »⁵⁹ discernant alors mal « quelle nécessité, théorique ou pratique, obligeait à abandonner en l'espèce la jurisprudence *Pellegrin* »⁶⁰.

IV. Légalité des délits et des peines, crime de génocide

Dans l'arrêt *Jorgic c. Allemagne*⁶¹, il est question des procédures judiciaires consécutives aux crimes commis lors des guerres en ex-Yougoslavie. Le requérant a été condamné sur le chef de crime de génocide par la Cour d'appel de Düsseldorf en 1997. D'origine serbe, il a été reconnu coupable d'exactions – notamment le massacre de vingt-deux personnes – commises en Bosnie lors d'une opération de nettoyage ethnique à l'encontre de la population musulmane⁶². La décision du juge allemand

⁵⁵ *Ibid.* au para. 62.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.* au para. 61.

⁵⁸ Frédéric Sudre, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme » (2007) 36 La Semaine Juridique Edition Générale I 182.

⁵⁹ *Vilho Eskelinen*, *supra* note 44, opinion dissidente.

⁶⁰ Fabrice Melleray, *supra* note 53 à la p. 108.

⁶¹ *Jorgic c. Allemagne* [GC], n° 74613/01, (12 juillet 2007) [*Jorgic*].

⁶² *Ibid.* au para. 15.

reposait sur une interprétation de l'article 220 (a) du Code pénal allemand, à la lumière de l'article 2 de la *Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide*⁶³. Suite à cette condamnation, le requérant s'est prévalu d'une violation de l'article 7 de la *Convention européenne*, l'interprétation large du crime de génocide retenu par le juge interne étant selon lui dépourvue de fondement. En l'espèce, le juge allemand avait estimé que l'intention de détruire un groupe signifiait sa destruction en tant qu'« unité sociale » mais ne nécessitait pas une « destruction physique et biologique » du groupe.

*[The] Court observes that the domestic courts did not construe the scope of that offence narrowly. They considered that the “intent to destroy” a group within the meaning of Article 220a of the Criminal Code, as interpreted also in the light of Article II of the Genocide Convention, did not necessitate an intent to destroy that group in a physical or biological sense. It was sufficient that the perpetrator aimed at destroying the group in question as a social unit.*⁶⁴

Par cette interprétation, la Cour allemande avait relevé que les actes commis par M. Jorgic pouvaient être qualifiés de génocide, se démarquant ainsi de l'interprétation de la notion de génocide adoptée par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans les affaires *Krstic* et *Kupreskic*⁶⁵. La Cour européenne considère toutefois que le requérant pouvait « raisonnablement prévoir » qu'il risquait d'être inculpé de génocide, une interprétation large du crime de génocide ayant été retenue par une partie de la doctrine et par la résolution 47/121 du 18 décembre 1992 de l'Assemblée générale des Nations unies sur la situation en Bosnie- Herzégovine⁶⁶.

*[There] had already been several authorities at the material time which had construed the offence of genocide in the same wider way as the German courts. In these circumstances, the Court finds that the applicant, if need be with the assistance of a lawyer, could reasonably have foreseen that he risked being charged with and convicted of genocide for the acts he had committed in 1992.*⁶⁷

La Cour considère ainsi que le principe de légalité de l'article 7 n'est pas méconnu en l'espèce.

⁶³ *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, 9 décembre 1948, 78 R.T.N.U. 277 (entrée en vigueur : 12 janvier 1951).

⁶⁴ *Jorgic*, *supra* note 61 au para. 104.

⁶⁵ *Ibid.* au para. 112.

⁶⁶ *Ibid.* au para. 107.

⁶⁷ *Ibid.* au para. 113.

V. Bioéthique

Concernant les questions de bioéthique, la Cour a posé en 2007 plusieurs jalons caractérisant une bioéthique européenne. Alors que les arrêts *Evans c. Royaume-Uni*⁶⁸ et *Dickson c. Royaume Uni*⁶⁹, abordés dans notre chronique précédente⁷⁰, portaient sur l'assistance médicale à la procréation et sur la question du consentement, la Cour a eu l'occasion, en 2007, de se prononcer relativement à l'avortement thérapeutique. Dans l'affaire *Dickson c. Royaume-Uni*, la Grande chambre a conclu *in fine* à une violation de la protection de la vie privée⁷¹. Le refus, opposé par l'État, d'autoriser une insémination artificielle au profit de l'épouse d'un détenu constitue ainsi une violation de l'article 8, cette décision infirme ainsi celle rendue en chambre⁷².

Dans l'affaire *Evans*, la juridiction strasbourgeoise réaffirme que la détermination du point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation des États. En matière de procréation médicalement assistée (PMA), la loi britannique permet aux intéressés de revenir sur leur engagement jusqu'à l'implantation des embryons, ménageant un juste équilibre entre intérêts publics et intérêts privés concurrents. Le droit britannique concerné en l'espèce ne reconnaissait pas à l'embryon la qualité de sujet de droit autonome, ne l'autorisant pas à se prévaloir, par personne interposée, du droit à la vie garanti par l'article 2 de la *Convention européenne*. Cette posture frileuse de la Cour s'abrite derrière l'absence de consensus européen sur la définition du début de la vie, échappant ainsi aux questionnements éthiques et ontologiques en jeu. Elle pose également de manière aigüe la question du droit de rétractation, expression d'une liberté fondamentale qu'il conviendrait peut être d'encadrer au regard des dérives possibles⁷³. En effet, la rétractation est devenue un mécanisme récurrent du « biodroit », caractérisant un mécanisme privilégié par le législateur dans la réglementation relative au corps humain visant à une consécration du consentement dans une visée purement contractualiste. L'analyse de la majorité est critiquée par la doctrine en raison de sa logique « purement contractualiste » alors qu'une perspective plus ancrée dans les droits fondamentaux était possible⁷⁴, préconisée d'ailleurs par la dissidence en Cour et en Grande chambre⁷⁵.

⁶⁸ *Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05 (10 avril 2007) [*Evans*].

⁶⁹ *Dickson c. Royaume-Uni* [GC], n° 44362/04 (4 décembre 2007) [*Dickson*].

⁷⁰ Aguerre et Gilles, *supra* note 20 à la page 312.

⁷¹ Gaëlle Marraud des Grottes, « De l'exigence par la CEDH d'une proportion entre le refus d'autorisation d'une PMA à un prisonnier et les intérêts publics » (2008) 45 *Revue Lamy Droit Civil* 46; Gaëlle Marraud des Grottes, « Droit d'être mère versus droit de ne pas être père » (2007) 38 *Revue Lamy Droit Civil* 50.

⁷² *Dickson c. Royaume-Uni*, n° 44362/04 (18 avril 2006).

⁷³ Voir Florence Bellivier et Christine Noiville, « Les juges de Strasbourg et l'assistance médicale à la procréation : le contrat contre les droits de l'homme » (2007) 4 *Revue des Contrats* 1321.

⁷⁴ Jean-Pierre Marguénaud, « Le triste sort des embryons in vitro du couple séparé » (2006) 2 *R. T. D. civ.* 255.

⁷⁵ Voir les opinions dissidentes des juges Traja et Mijovic pour l'arrêt de la Cour et des juges Türmen, Tsatsa-Nikolovska, Spielmann et Ziemele pour l'arrêt de la Grande chambre. *Evans*, *supra* note 68.

Après avoir reconnu la recevabilité de l'affaire en 2006, la Cour a tranché les interrogations liées à la procédure de l'avortement thérapeutique⁷⁶. La loi polonaise, interdisant l'avortement, dispose néanmoins que l'avortement est légal lorsque la grossesse met en danger la vie ou la santé de la femme et que cela est certifié par deux médecins, quel que soit le stade de la grossesse. Cette logique procédurale, qui n'est pas sans rappeler la logique gouvernant la législation canadienne antérieure à l'arrêt *Morgentaler*⁷⁷, a été mise à mal dans le cas de Mme Tysiac. Celle-ci courait de sérieux risques pour sa vision en cas de grossesse mais n'a pu toutefois obtenir la possibilité de procéder à un avortement thérapeutique, en raison du refus opposé par le chef de service de l'hôpital. Malheureusement, elle fut alors atteinte de cécité à la suite de l'accouchement, devenant donc invalide. Puisque le droit polonais autorise dans certains cas l'avortement, la question était de savoir si l'État avait pris les mesures nécessaires pour que les femmes se trouvant dans les situations prévues par la loi puissent bénéficier effectivement d'un avortement.

À l'instar de la jurisprudence canadienne, la jurisprudence de la Cour européenne considère que la grossesse et son interruption mettent en jeu la vie privée de la femme « étant donné que lorsqu'une femme est enceinte, sa vie privée devient étroitement associée au fœtus qui se développe »⁷⁸.

Rejetant l'argumentation sur la base de l'article 3, la Cour examine la violation de l'article 8, estimant pour la requérante que

son droit au respect de sa vie privée et de 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, auxquelles celui-ci a failli en ne prévoyant pas un cadre légal complet protégeant ses droits.⁷⁹

La Cour réaffirme alors sa conception large de la vie privée concernant de telles problématiques, cette notion englobant « notamment des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu comme le droit à l'autonomie personnelle, le droit au développement personnel et le droit d'établir et d'entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur »⁸⁰. Mettant en balance protection de la vie privée et intérêt public, la Cour estime que la vie privée, recouvrant l'intégrité physique et morale de la personne soumet l'État à l'obligation positive de reconnaître à ses ressortissants le droit au respect effectif de cette intégrité. Refusant de s'interroger sur l'existence d'un éventuel droit à avorter, le juge européen examine ainsi l'affaire sous l'angle des seules obligations positives de l'État. Relevant le caractère perméable de la frontière entre les obligations positives et négatives de l'État concernant l'article 8, la

⁷⁶ *Tysiac c. Pologne*, n° 5410/03 (20 mars 2007) [*Tysiac*].

⁷⁷ *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30.

⁷⁸ *Tysiac*, *supra* note 76 au para. 106.

⁷⁹ *Ibid.* au para. 67.

⁸⁰ *Ibid.* au para. 107.

Cour estime qu'il « faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble »⁸¹, laissant ainsi une certaine marge d'appréciation à l'État. Toutefois, « pour l'appréciation des obligations positives de l'État, il faut garder à l'esprit que la prééminence du droit, l'un des principes fondamentaux d'une société démocratique, est inhérente à l'ensemble des articles de la Convention »⁸².

Dans l'examen des obligations positives pesant sur l'État polonais, le rapprochement entre la logique de *Morgentaler*, traitant des délais et des risques de la procédure induite par l'article 251 du Code pénal canadien et celle de l'arrêt *Tysiack* est significative. Ainsi, la Cour observe « que la nature même des questions en jeu dans les décisions d'interruption de grossesse est telle que le facteur temps revêt une importance cruciale »⁸³. Elle estime que la procédure mise en place doit garantir à une femme enceinte la possibilité d'être entendue en personne et de voir son avis pris en compte et que les motifs de la décision doivent être mis par écrit. De plus, « une fois que le législateur a décidé d'autoriser l'avortement, il ne doit pas concevoir le cadre légal correspondant d'une manière qui limite dans la réalité la possibilité d'obtenir une telle intervention »⁸⁴, la Cour jugeant en l'espèce que l'économie générale du système judiciaire polonais est « tout à fait susceptible d'avoir un effet dissuasif sur les praticiens lorsqu'ils décident si les conditions pour autoriser un avortement légal »⁸⁵ sont réunies.

En l'espèce, la juridiction européenne estime que le cadre juridique posé par la Pologne n'établit « pas de distinction entre les cas où la femme enceinte et les médecins sont en plein accord – où cette procédure est à l'évidence praticable – et ceux où il existe un désaccord entre la femme enceinte et ses médecins, ou entre les médecins eux-mêmes »⁸⁶.

La Cour conclut qu'il n'a pas été démontré que la législation polonaise, telle qu'appliquée en l'espèce, renfermait des mécanismes effectifs permettant de déterminer si les conditions à remplir pour bénéficier d'un avortement légal étaient réunies dans le cas de la requérante. Dès lors, celle-ci s'est trouvée plongée dans une incertitude prolongée et a éprouvé de grandes angoisses lorsqu'elle envisageait les conséquences négatives susceptibles de découler pour sa santé de sa grossesse et de son accouchement.⁸⁷

En se contentant d'établir des recours *a posteriori* permettant la mise en jeu de la responsabilité pénale du médecin ayant refusé d'autoriser l'avortement, la

⁸¹ *Ibid.* au para. 111.

⁸² *Ibid.* au para. 112.

⁸³ *Ibid.* au para. 118.

⁸⁴ *Ibid.* au para. 116.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Ibid.* au para. 121.

⁸⁷ *Ibid.* au para. 124.

Pologne n'a pas rempli ses obligations positives, une telle procédure ne saurait suffire « à protéger comme il convient l'intégrité physique de personnes se trouvant dans une situation aussi vulnérable que la requérante »⁸⁸. Dans le même esprit qui avait conduit à la sanction de l'article 251 du Code criminel dans l'arrêt *Morgentaler* par la Cour suprême du Canada, la Cour européenne sanctionne la défaillance de l'État polonais à organiser les conditions effectives et les garanties procédurales de l'accès à l'avortement thérapeutique que sa législation autorise :

[o]n ne saurait donc dire qu'en créant des recours juridiques permettant d'établir la responsabilité des médecins, l'État polonais a satisfait à l'obligation positive qui lui incombait de protéger le droit de la requérante au respect de la vie privée dans le cadre d'un désaccord portant sur le point de savoir si elle avait le droit de bénéficier d'un avortement thérapeutique.⁸⁹

Cette approche procédurale de l'analyse des obligations positives, outre qu'elle permet à la juridiction de ne pas s'engager sur le terrain de la reconnaissance d'un droit à l'avortement européen, fait montre d'une parfaite cohérence, sur le strict plan juridique, avec sa jurisprudence antérieure⁹⁰. Toutefois, on ne peut que déplorer la tendance du juge européen à esquiver les questions de fond en s'abritant derrière ces considérations procédurales.

VI. Liberté d'expression

Les violations de la liberté d'expression s'analysent, classiquement selon la *Convention européenne*, par le constat de l'existence d'une ingérence à la liberté d'expression et ensuite par une analyse des conditions justifiant l'ingérence, à savoir la prévisibilité de la loi, l'existence de buts légitimes – faisant souvent intervenir la protection de la vie privée ou du secret de l'instruction – et enfin le caractère nécessaire dans une société démocratique de cette ingérence, toute personne, assumant par ailleurs « des devoirs et des responsabilités » eu égard à son exercice de la liberté d'expression. À travers cette analyse, la Cour semble, en cette année 2007, déplacer insensiblement les équilibres posés par sa jurisprudence. Deux arrêts, *Hachette Filipacchi* et *Dupuis*, condamnant tous deux la France, ont de plus ramené au premier plan deux affaires qui ont fait l'histoire politique française de ces dernières décennies.

Si l'arrêt *Hachette Filipacchi associés c. France*⁹¹ est peu surprenant quant à sa solution, les juges européens concluant à la non-violation de l'article 10 de la

⁸⁸ *Ibid.* au para. 127.

⁸⁹ *Ibid.* au para. 128.

⁹⁰ Voir Diane Roman, « L'avortement devant la Cour européenne » (2007) 4 *Revue de droit sanitaire et social* 643.

⁹¹ *Hachette Filipacchi associés c. France* [GC], n° 71111/01 (14 juin 2007) [*Filipacchi*].

Convention européenne, il interroge cependant la doctrine par son symbolisme et les questions qu'il pose quant à la liberté de la presse, reprises notamment par les juges dissidents. S'inscrivant dans la lignée de précédents où la protection de la vie privée avait été particulièrement mise en avant par rapport à la liberté de la presse, la Cour confirme l'équilibre particulièrement favorable à la première.

Symbolique, l'arrêt *Filipacchi* l'est par les faits qui se trouvent à son origine. Il s'agit de l'assassinat du préfet Érignac, un haut fonctionnaire français qui a perdu la vie en Corse et dont la mort avait déchaîné une tornade médiatique et une condamnation institutionnelle et nationale unanime. Dans ce contexte, *Paris Match*, hebdomadaire détenu par la société requérante, publia un article illustré par une photographie qui montre sur une double page du magazine le corps du préfet Érignac allongé sur la chaussée. La veuve et les enfants du préfet assignèrent en référé la société requérante afin d'obtenir, sur le fondement de l'article 809 du nouveau Code de procédure civile, la saisie des exemplaires des magazines. Hachette fit valoir en réponse que l'image d'une personne décédée dans un lieu public, en raison de ses fonctions, ne saurait constituer une « atteinte au respect de la vie privée »⁹².

La société requérante fut alors condamnée à publier un communiqué indiquant que la publication avait « causé un trouble grave à Madame Érignac et à ses enfants », le juge du Tribunal de grande instance (TGI) de Paris estimant que

la nécessité de l'information ne saurait justifier l'existence d'un tel trouble dès lors que, même si la photographie litigieuse, prise dans un lieu public, a été modifiée et publiée par différents organes de presse, toutes les mesures tendant à assurer le respect de la dignité du corps du préfet assassiné et la protection élémentaire des sentiments des demandeurs dont le temps n'a pas encore atténué l'horreur de l'épreuve subie, n'ont pas été observées.⁹³

La Cour d'appel de Paris confirma ce jugement, sauf en ses dispositions relatives à la teneur du communiqué, celui-ci devant indiquer que la photographie « a été faite sans l'assentiment de la famille de Claude Érignac, laquelle estime qu'une telle publication porte atteinte à l'intimité de sa vie privée »⁹⁴.

La société *Filipacchi* se porta alors vers le juge européen, estimant que la condamnation ainsi infligée constituait une violation de l'article 10 de la *Convention européenne*. La Cour européenne relève que l'obligation d'avoir à publier un communiqué doit s'analyser en une ingérence des autorités publiques dans l'exercice de la liberté d'expression de la société éditrice requérante, et analyse alors si cette ingérence remplit les conditions posées par l'alinéa 2 de l'article 10, c'est-à-dire si

⁹² *Ibid.* au para. 12.

⁹³ *Ibid.* au para. 13.

⁹⁴ *Ibid.* au para. 17.

l'ingérence était « prévue par la loi », inspirée par un ou plusieurs buts légitimes et « nécessaires dans une société démocratique »⁹⁵.

La Cour constate dans un premier mouvement que l'article 9 alinéa 2 du code civil confère aux juges un pouvoir dont d'une part le cadre est défini et, d'autre part, qui vise précisément à empêcher ou à faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée. Cela étant, la sanction litigieuse était bien « prévue par la loi », en l'espèce une jurisprudence établie, accessible et prévisible. Dans une seconde étape, la juridiction européenne constate que la sanction poursuivait l'objectif légitime de la « protection des droits d'autrui », en l'espèce le droit au respect de la vie privée et familiale. Le troisième temps de l'analyse repose sur l'examen du caractère nécessaire de la condamnation dans une société démocratique.

Au regard des principes fondamentaux établis dans la jurisprudence de la Cour et relatifs à cette matière⁹⁶, la solution adoptée n'étonne pas et marque la cohérence du juge européen en ce domaine. La Cour souligne que « quiconque exerce sa liberté d'expression assume des “devoirs et responsabilités” dont l'étendue dépend, en particulier, du procédé technique utilisé »⁹⁷. La juridiction européenne doit ainsi « mettre en balance, d'une part, l'intérêt public s'attachant à la publication d'une photographie et, d'autre part, l'impératif de la protection de la vie privée »⁹⁸. En l'occurrence, la Cour réalise cet équilibre au profit du second de ces droits par une analyse contextualisée de l'affaire. Selon elle, la large diffusion de la photographie, le court délai après le décès et l'opposition déclarée de la famille ont eu pour conséquence d'aggraver la souffrance de cette dernière.

La Cour estime que la souffrance ressentie par les proches de la victime devait conduire les journalistes à faire preuve de prudence et de précaution dès lors que le décès était survenu dans des circonstances violentes et traumatisantes pour la famille de la victime. Elle attache en outre une importance particulière au fait que cette dernière s'était expressément opposée à la publication de la photographie.⁹⁹

Le droit au respect de la vie privée a donc bien été violé par la publication, les juges estimant *in fine* que la mesure adoptée était justifiée par des motifs à la fois « pertinents et suffisants », proportionnée au but légitime qu'elle poursuivait et « partant, nécessaire dans une société démocratique »¹⁰⁰.

La dissidence de cet arrêt doit être soulignée. Les juges minoritaires, Loucaides et Vajic, relèvent que l'équilibre trouvé par la majorité aurait pu être inversé au regard des faits d'espèce. Le premier estime que la décision incriminée

⁹⁵ *Ibid.* au para. 28.

⁹⁶ Ils sont notamment posés dans un arrêt récent *Monnat c. Suisse*, n° 73604/01 (21 septembre 2006).

⁹⁷ *Filipacchi*, *supra* note 91 au para. 42.

⁹⁸ *Ibid.* au para. 43.

⁹⁹ *Ibid.* au para. 48.

¹⁰⁰ *Ibid.* au para. 63.

pouvait avoir un « effet dissuasif sur l'exercice de son droit à la liberté d'expression »¹⁰¹ en raison de sa formulation. De plus, il considère que la publication de la photographie et du commentaire qui l'accompagnait devait être considérée « comme une condamnation sans équivoque de l'assassinat », une « expression évidente de sympathie et de solidarité pour la famille », estimant qu'il n'y avait rien ici pour « aviver “le traumatisme” de la famille, traumatisme qui trouve son origine dans le meurtre lui-même »¹⁰². En outre, la juge Vajic souligne que l'assassinat du préfet Ériqnac « constituait sans conteste une question d'intérêt général. Il s'agissait d'un événement ayant une portée politique de premier ordre, voire d'un drame national, portant atteinte à la République elle-même et dont le public avait le droit d'être informé »¹⁰³. Ainsi, selon la juge dissidente, la presse avait le devoir d'informer et le public le droit d'être informé en l'espèce, l'importance de l'événement dépassant l'intérêt privé de la famille.

L'affaire *Dupuis*¹⁰⁴ concerne, quant à elle, la publication, en 1996, d'un ouvrage intitulé *Les oreilles du Président* portant sur l'affaire dite des « écoutes de l'Élysée »¹⁰⁵. Dans cette affaire, contrairement à l'arrêt précédent, la Cour estime que la condamnation des journalistes constitue une ingérence disproportionnée dans leur droit à la liberté d'expression, ingérence qui n'est dès lors pas « nécessaire » dans une société démocratique. En l'espèce, dans les années 80, « une cellule anti-terroriste » de l'Élysée se livra à des écoutes téléphoniques ainsi qu'à des enregistrements illégaux, notamment concernant certaines personnalités des médias français. Quelques jours après le décès du président Mitterrand fut publié l'ouvrage en cause qui révélait nombre de ces agissements illégaux. En février 1996, une plainte avec constitution de partie civile à l'encontre des auteurs fut déposée pour recel de documents provenant d'une violation du secret professionnel et recel de vol. Contestant avoir obtenu leurs informations de manière illégale, les journalistes, auteurs de l'ouvrage, refusèrent de révéler leurs sources¹⁰⁶. Jugeant que les extraits des procès-verbaux publiés dans l'ouvrage trouvaient leur origine dans le dossier « d'instruction auquel ne pouvaient avoir accès que des personnes tenues au secret de l'instruction ou au secret professionnel »¹⁰⁷, le TGI de Paris jugea les deux auteurs coupables du délit de recel de violation du secret de l'instruction ou du secret professionnel, condamnation confirmée en appel. Après avoir épuisé les voies de recours internes, les requérants estèrent devant la juridiction européenne.

¹⁰¹ *Ibid.* opinion dissidente du juge Loucaides.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ *Ibid.* opinion dissidente de la juge Vajic.

¹⁰⁴ *Dupuis et autres c. France*, n° 1914/02 (7 juin 2007) [*Dupuis*].

¹⁰⁵ Sur le contexte de l'affaire, voir Emmanuel Derieux, « La CEDH condamne la France pour violation de la liberté d'expression » (2007) 28 *La Semaine Juridique Edition Générale* II 10127.

¹⁰⁶ *Dupuis*, *supra* note 104, au para. 9.

¹⁰⁷ *Ibid.* au para. 10.

Faisant preuve d'un « savant mélange de lyrisme et de prudence », selon les mots de Xavier Normand-Bodard et Renaud Le Gunehec¹⁰⁸, la Cour se livre à nouveau à l'analyse de l'ingérence, dans les droits des requérants, opérée par la condamnation. Les infractions étaient bien prévues par la loi¹⁰⁹ et visaient à la protection de buts légitimes, tels que la présomption d'innocence ou la bonne administration de la justice, correspondant aux principes consacrés par la Cour de préservation de « la réputation et des droits d'autrui » et à la garantie de « l'autorité et [de] l'impartialité du pouvoir judiciaire »¹¹⁰. Rappelant le rôle que la presse joue dans un système démocratique, la Cour juge que d'une manière générale, « la “nécessité” d'une quelconque restriction à l'exercice de la liberté d'expression doit se trouver établie de manière convaincante »¹¹¹. Elle estime alors que

lorsqu'il y va de la presse, comme en l'espèce, le pouvoir d'appréciation national se heurte à l'intérêt de la société démocratique à assurer et à maintenir la liberté de la presse. De même, il convient d'accorder un grand poids à cet intérêt lorsqu'il s'agit de déterminer, comme l'exige le paragraphe 2 de l'article 10, si la restriction était proportionnée au but légitime poursuivi.¹¹²

Toutefois, en l'espèce, la Cour relève que le thème de l'ouvrage concernait un débat qui s'avérait d'un intérêt public considérable, relevant à tout le moins du débat politique ce qui, eu égard à la qualité de la personne à l'origine de la poursuite des requérants et de leur condamnation, devait être pris en compte. De l'avis de la Cour,

il est fondamental, dans une société démocratique, de défendre le libre jeu du débat politique. La Cour accorde la plus haute importance à la liberté d'expression dans le contexte du débat politique et considère qu'on ne saurait restreindre le discours politique sans raisons impérieuses. Y permettre de larges restrictions dans tel ou tel cas affecterait sans nul doute le respect de la liberté d'expression en général dans l'État concerné.¹¹³

Puisqu'à la fonction de la presse, consistant à diffuser des informations et des idées sur des questions d'intérêt public, s'ajoute le droit, pour le public, de disposer et de prendre connaissance de ces informations, la juridiction estime que chacun, exerçant sa liberté d'expression, « assume des “devoirs et responsabilités”

¹⁰⁸ Xavier Normand-Bodard et Renaud Le Gunehec, « Quelques observations sur l'arrêt *Dupuis et Pontaut c. France* de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juin 2007 » (2007) 184 *Gazette du Palais* 2.

¹⁰⁹ *Dupuis*, *supra* note 104, au para. 31.

¹¹⁰ *Ibid.* au para. 32.

¹¹¹ *Ibid.* au para. 36.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ *Ibid.* au para. 40.

dont l'étendue dépend de sa situation et du procédé technique utilisé »¹¹⁴. Ainsi, le juge européen se doit de « déterminer si l'objectif de préservation du secret de l'instruction offrait une justification pertinente et suffisante à l'ingérence »¹¹⁵. Selon la Cour, les requérants ont agi en l'espèce dans le respect des règles de leur profession, jouant le rôle de « chiens de garde de la démocratie », informant « de bonne foi, sur la base de faits exacts » et fournissant des informations « fiables et précises » dans « le respect de l'éthique journalistique »¹¹⁶. Relevant « qu'une atteinte à la liberté d'expression peut risquer d'avoir un effet dissuasif quant à l'exercice »¹¹⁷ de la liberté d'expression, que le caractère relativement modéré des amendes en l'espèce ne pouvait faire disparaître, le juge strasbourgeois estime que la condamnation des requérants constitue une ingérence disproportionnée dans le droit à la liberté d'expression des intéressés et qu'elle n'était donc pas nécessaire dans une société démocratique, violant par là même l'article 10.

Deux autres affaires jugées en 2007 permettent d'éclairer deux autres facettes de la liberté d'expression : l'affaire *Lindon, Otchakovsky-laurens et July c. France*¹¹⁸ d'une part, jugée par la Grande chambre et qui concerne la protection de l'expression artistique, et l'affaire *Baczowski*¹¹⁹ d'autre part, qui réaffirme l'importance de la liberté de manifestation dans une société démocratique.

Dans la première espèce – l'affaire *Lindon* – la protection du romancier était en jeu¹²⁰. Cette affaire, intervenant après l'arrêt *Dupuis*, met en cause Mathieu Lindon, l'auteur d'un roman intitulé *Le procès de Jean-Marie Le Pen*¹²¹. Cet ouvrage mettait en scène des personnages largement et librement inspirés de faits et de personnages réels. S'estimant diffamés par l'ouvrage, le Front national et M. Le Pen, leader d'extrême droite, attaquèrent l'auteur et son éditeur pour diffamation. Le Tribunal correctionnel de Paris condamna les auteurs pour diffamation et complicité de diffamation. Le quotidien *Libération* publia alors un article, rédigé sous forme de pétition et reprenant des extraits de l'ouvrage, signé par quatre-vingt-dix-sept écrivains contemporains et relatif à la condamnation des deux premiers requérants pour diffamation. Contestant le caractère diffamatoire des passages incriminés, ces derniers firent valoir en appel que l'œuvre n'était qu'une fiction mettant en scène des personnages eux-mêmes fictifs, les propos de l'ouvrage étant seulement des

¹¹⁴ *Ibid.* au para. 43.

¹¹⁵ *Ibid.* au para. 44.

¹¹⁶ *Ibid.* au para. 46.

¹¹⁷ *Ibid.* au para. 48.

¹¹⁸ *Lindon, Otchakovsky-laurens et July c. France* [GC], n^{os} 21279/02 et 36448/02 (22 octobre 2007) [*Lindon*].

¹¹⁹ *Baczowski et al. c. Pologne* [GC], n^o 1543/06 (3 mai 2007) [*Baczowski*].

¹²⁰ Sur cette affaire, voir François Lyn, « L'*exceptio veritatis* des imputations diffamatoires : regards croisés des droits français et européens » (2008) 65-66 *La Gazette du Palais* 2; Emmanuel Derieux « Validation, par la Cour EDH, d'une condamnation pour diffamation » (2007) 47 *La Semaine Juridique Edition Générale* II 10193.

¹²¹ Luc Misson et Lionel Kaëns, « Arrêt Lindon (dit arrêt Le Pen) : la liberté d'expression romanesque et le droit à la dignité des personnes publiques » (2008) 145 *Journal de Droit européen* 13.

jugements de valeur portés sur les plaignants¹²². La condamnation fut néanmoins confirmée alors que le directeur du journal *Libération*, Serge July, était également poursuivi et condamné pour diffamation. L'arrêt de la Cour apporte, comme le relève Frédéric Sudre, plusieurs enseignements¹²³. Analysant la condamnation au regard de l'article 14, les juges estiment que la norme – ici la loi du 29 juillet 1881 – est « énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite »¹²⁴. Elle estime le roman relevant du champ d'application de l'article 10 car il appartient à l'expression artistique, celle-ci permettant alors de « participer à l'échange public d'informations et idées culturelles, politiques et sociales de toutes sortes »¹²⁵. Selon la juridiction strasbourgeoise, une œuvre artistique bénéficie d'un « niveau élevé de protection », similaire à celui de la liberté de la presse, à la condition qu'elle s'inscrive dans un « débat d'intérêt général et relève de l'expression politique militante »¹²⁶. En l'espèce, le roman litigieux, qui s'inspire de faits réels tout en y ajoutant des éléments fictifs respecte ces critères, celui-ci mettant en scène le procès d'un militant du Front national ayant tué de sang-froid un jeune Maghrébin¹²⁷. Toutefois, la Cour rappelle que celui qui se prévaut de la liberté, quel qu'il soit, a des « devoirs et responsabilités » et ne peut porter impunément atteinte à la réputation d'autrui même si les « limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard d'un homme politique, visé en cette qualité, que d'un simple particulier »¹²⁸. En relevant notamment que qualifier de « vampire qui se nourrit de l'aigreur de ses électeurs mais aussi parfois de leur sang » était diffamatoire, le juge national n'a pas, selon le juge européen, opéré une ingérence incompatible avec l'article 10. La Cour juge compatible avec sa jurisprudence la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle les écrits litigieux « manquaient de “mesure” »¹²⁹, le juge national pouvant « raisonnablement tenir l'ingérence dans l'exercice par le requérant de son droit à la liberté d'expression pour nécessaire dans une société démocratique »¹³⁰.

Dans la seconde affaire, Monsieur Baczkowski et des membres d'associations de lutte pour les droits des homosexuels avaient exprimé la volonté d'organiser une marche pour l'égalité à Varsovie. Après avoir essuyé un premier refus, il fut décidé d'organiser des réunions sur différentes places qui furent également interdites. Le motif de ces différents refus était l'entrave à la circulation alors que d'autres manifestations étaient autorisées dans le même temps, notamment sur les thèmes de « Christians respecting God's and nature's laws are citizens of the first rank », ou « Against adoption of children by homosexual couples »¹³¹. Si les réunions eurent quand même lieu, elles se tinrent sans protection policière. Le contexte marqué

¹²² *Lindon*, *supra* note 118, au para. 15.

¹²³ Voir Frédéric Sudre, *infra* note 152, au para 10.

¹²⁴ *Ibid.* au para. 41.

¹²⁵ *Ibid.* au para. 47.

¹²⁶ *Ibid.* au para. 48.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ *Ibid.* au para. 46.

¹²⁹ *Ibid.* au para. 56.

¹³⁰ *Ibid.* au para. 69.

¹³¹ *Baczowski*, *supra* note 119, au para. 16.

entourant cette affaire, peu favorable aux droits des homosexuels, éclairait d'un jour particulier les faits de l'espèce.

La Cour conclut logiquement à la violation de la liberté de réunion consacrée par l'article 11, affirmant que la démocratie constitue un élément fondamental de l'ordre public européen, et que la *Convention européenne* a été établie pour promouvoir et défendre les idéaux et les valeurs de la société démocratique¹³². Mettant dans ce contexte en avant les droits des minorités, le juge européen affirme que

*pluralism is also built on the genuine recognition of, and respect for, diversity and the dynamics of cultural traditions, ethnic and cultural identities, religious beliefs, artistic, literary and socio-economic ideas and concepts. The harmonious interaction of persons and groups with varied identities is essential for achieving social cohesion. It is only natural that, where a civil society functions in a healthy manner, the participation of citizens in the democratic process is to a large extent achieved through belonging to associations in which they may integrate with each other and pursue common objectives collectively.*¹³³

Ainsi le point de vue de la majorité ne doit pas toujours prédominer, la juridiction mettant en avant le pluralisme et la tolérance comme éléments fondamentaux de la démocratie¹³⁴. En l'espèce, bien que les organes chargés du contrôle des autorités municipales aient estimé postérieurement que le refus des autorités publiques était illégal, la violation de l'article 11 était constituée. De plus, relativement à l'analyse de l'article 13 combiné à l'article 11 de la *Convention européenne*, la Cour estime que la notion de recours effectif implique la possibilité d'obtenir une décision avant le jour de la manifestation, ce qui n'avait pas été le cas en l'espèce. Elle met ainsi en avant, comme dans l'affaire *Gebremedhin* que nous allons aborder, la nécessité de procédures d'urgences¹³⁵. Enfin, le juge européen constate fort logiquement en l'occurrence une discrimination contraire à l'article 14, combiné avec l'article 11 de la *Convention européenne*¹³⁶.

Enfin, l'arrêt – fort long – en Grande chambre *Stoll c. Suisse*¹³⁷, rendu au terme de l'année, vient clore provisoirement cette large réflexion sur la liberté d'expression. Cette affaire prend place dans le cadre des négociations menées en 1996 et 1997 entre le Congrès juif mondial et les banques suisses à propos de l'indemnisation due aux victimes de l'Holocauste concernant les avoirs en déshérence sur des comptes bancaires suisses. À cette occasion, le journaliste requérant a fait paraître plusieurs articles – aux titres évocateurs tels que « L'ambassadeur Jagmetti

¹³² *Ibid.* au para. 61.

¹³³ *Ibid.* au para. 62.

¹³⁴ *Ibid.* au para. 63.

¹³⁵ *Gebremedhin [Gaberamadhién] c. France*, n° 25389/05 (26 avril 2007) [*Gebremedhin*].

¹³⁶ *Baczkowski*, *supra* note 119, au para. 101.

¹³⁷ *Stoll c. Suisse* [GC], n° 69698/01 (10 décembre 2007) [*Stoll*].

offense les Juifs »¹³⁸ et « L'ambassadeur en peignoir et aux gros sabots met les pieds dans le plat »¹³⁹ – faisant état de « révélations » concernant ces négociations, publiant plusieurs documents officiels secrets, extraits d'un rapport classé « confidentiel » de l'ambassadeur suisse aux États-Unis concernant l'indemnisation due aux victimes de l'Holocauste. Il fut alors condamné à une amende pour infraction à l'article 293 (1) du Code pénal suisse.

Alors que la chambre de la Cour européenne avait conclu à la violation de l'article 10¹⁴⁰, la Grande chambre renverse, à cette occasion, cette décision. L'accent doit tout d'abord être mis sur la méthode et une difficulté qui est apparue dans cet arrêt au regard des deux versions linguistiques du texte de la *Convention européenne*. Appliquant la *Convention de Vienne sur le droit des traités*¹⁴¹, la Cour se réfère à la méthode téléologique en adoptant le sens qui, « compte tenu de l'objet et du but du traité, concilie le mieux ces textes », adoptant alors une interprétation large de la notion de « divulgation d'informations confidentielles » jugeant ce but légitimant l'ingérence gouvernementale¹⁴². La juridiction, cherchant à déterminer si l'ingérence est nécessaire dans une société démocratique, estime « qu'on ne saurait douter de l'intérêt public que soulevait la question des fonds en déshérence »¹⁴³, vivement discutée en Suisse à l'époque. Elle insiste alors sur l'effectivité des « devoirs et responsabilités » attachées à la liberté d'expression qu'elle entend défendre : « [a]insi, malgré le rôle essentiel qui revient aux médias dans une société démocratique, les journalistes ne sauraient en principe être déliés, par la protection que leur offre l'article 10, de leur devoir de respecter les lois pénales de droit commun »¹⁴⁴.

En mettant l'accent sur cette idée, la Cour confirme son infléchissement opéré en 2007 sur l'analyse des devoirs et obligations de celui qui exerce et revendique son droit à la liberté d'expression, affirmant son interprétation évolutive de l'article 10. Dans cet arrêt, le quatrième pouvoir semble trouver une limite substantielle par la consécration du contrôle de la déontologie journalistique par la Cour, en tant que principe directeur de sa jurisprudence :

[a]insi, la garantie que l'article 10 offre aux journalistes, en ce qui concerne les comptes rendus sur des questions d'intérêt général, est subordonnée à la condition que les intéressés agissent de bonne foi sur la base de faits exacts et fournissent des informations « fiables et précises » dans le respect de la déontologie journalistique.¹⁴⁵

¹³⁸ *Ibid.* au para. 18.

¹³⁹ *Ibid.* au para. 19.

¹⁴⁰ *Stoll, supra* note 137.

¹⁴¹ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980).

¹⁴² *Stoll, supra* note 137, aux para. 57-62.

¹⁴³ *Ibid.* au para. 120.

¹⁴⁴ *Ibid.* au para. 102.

¹⁴⁵ *Ibid.* au para. 103.

Cette affirmation prend place à un moment où les sociétés démocratiques sont confrontées à des interrogations relatives à la portée de la liberté de la presse et à la protection des sources journalistiques – tant en Europe, avec la réforme Dati sur la protection des sources, qu’au Canada, avec le projet de loi C-426 de Serge Ménard –, la Cour montrant par là-même une forte perméabilité aux enjeux contemporains des droits fondamentaux, elle réaffirme que la *Convention européenne* doit s’interpréter à « la lumière des conditions d’aujourd’hui »¹⁴⁶.

Ces considérations jouent un rôle particulièrement important de nos jours, vu le pouvoir qu’exercent les médias dans la société moderne, car non seulement ils informent, mais ils peuvent en même temps suggérer, par la façon de présenter les informations, comment les destinataires devraient les apprécier. Dans un monde dans lequel l’individu est confronté à un immense flux d’informations, circulant sur des supports traditionnels ou électroniques et impliquant un nombre d’auteurs toujours croissant, le contrôle du respect de la déontologie journalistique revêt une importance accrue.¹⁴⁷

La juridiction européenne met alors en avant une balance de deux intérêts publics, celui consistant à recevoir des informations sur un sujet d’intérêt général d’une part, et l’intérêt des autorités nationales à préserver la confidentialité des rapports diplomatiques d’autre part. Elle affirme que ce qui importe dans la mise en balance des intérêts, ce sont le contenu et le danger potentiel que « représentent sa publication »¹⁴⁸. De plus, la confidentialité ne saurait être protégée à n’importe quel prix¹⁴⁹. Le respect des règles déontologiques dans le processus de dévoilement de ces rapports confidentiels constitue alors la clef de voûte de l’appréciation de la Cour. Relevant que « le requérant a eu comme intention première non pas tant d’informer le public sur une question d’intérêt général mais de faire du rapport de l’ambassadeur Jagmetti un sujet de scandale inutile »¹⁵⁰, elle juge en l’espèce que le journaliste s’est dégagé de la doxa déontologique, réduisant l’intérêt pour le public de ses « révélations ». Par conséquent,

la Cour estime que la forme tronquée et réductrice des articles en question, laquelle était de nature à induire en erreur les lecteurs au sujet de la personnalité et des aptitudes de l’ambassadeur, a considérablement réduit l’importance de leur contribution au débat public protégé par l’article 10 de la Convention.¹⁵¹

¹⁴⁶ *Ibid.* au para. 104..

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ *Ibid.* au para. 129.

¹⁴⁹ *Ibid.* au para. 128.

¹⁵⁰ *Ibid.* au para. 151.

¹⁵¹ *Ibid.* au para. 152.

Il convient de relever la minutie de l'argumentation factuelle et, à la suite de la doctrine¹⁵², de souligner le caractère novateur du contrôle *in concreto* exercé sur la forme des publications par l'évocation de citations, l'analyse du vocabulaire, de la pagination, des illustrations photographiques – l'une d'elles montrant l'ambassadeur en peignoir –, la nature triviale des articles du requérant ayant pour effet en définitive « de renforcer chez les lecteurs l'impression d'une personne peu apte à exercer les fonctions de diplomate »¹⁵³, ce qui ne pouvait être conforme à la déontologie journalistique. La recherche du scandale est ainsi stigmatisée par la Cour et les sanctions pécuniaires prononcées s'avérant somme toute modiques et posées *a posteriori*¹⁵⁴, elle estime la sanction proportionnée au but poursuivi, les autorités nationales n'ayant pas outrepassé la marge d'appréciation qui leur est reconnue en l'espèce¹⁵⁵.

Au terme de ces différentes décisions, les juges européens semblent donc vouloir réduire le champ de protection de la liberté de la presse par l'article 10, ou du moins adopter un contrôle plus marqué de son évocation face au droit à la vie privée ou face à des utilisations discutables qui peuvent en être faites par une certaine presse, usant alors du respect de la déontologie comme facteur prépondérant de l'équilibre entre liberté d'expression et droits d'autrui.

VII. Discrimination

En mai 2007, la juridiction strasbourgeoise a eu à trancher un autre conflit portant sur la liberté de réunion et d'association – régie par l'article 11 combiné à l'article 14 – et sur l'interdiction de discrimination. Dans cet arrêt *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani c. Italie n.2*¹⁵⁶, le conflit opposait une association d'obédience maçonnique, fondée en 1805, à l'administration italienne. La région autonome du Frioul Vénétie Julienne a adopté une loi régionale en février 2000 qui prévoyait notamment l'obligation pour les candidats à des charges publiques de déclarer à la présidence de l'exécutif régional leur éventuelle appartenance à des associations maçonniques ou à caractère secret. À défaut d'une telle déclaration, toute nomination était impossible. L'association requérante alléguait devant la Cour européenne que l'article 55 de la loi régionale était discriminatoire et incompatible avec son droit à la liberté d'association. Ayant déjà eu à ferrailer dans le passé¹⁵⁷ devant la Cour européenne à propos de questions similaires sans succès, l'association portait à nouveau l'affaire devant le juge européen. La Cour tire alors partie de cet

¹⁵² Frédéric Sudre, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme » (2008) 4 *La Semaine Juridique Édition Générale*, I 110.

¹⁵³ *Stoll supra* note 137, au para. 149.

¹⁵⁴ *Ibid.* aux para. 153-59.

¹⁵⁵ *Ibid.* au para. 162.

¹⁵⁶ *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani c. Italie n.2* n° 26740/02 (31 mai 2007) [*Grande Oriente n.2*].

¹⁵⁷ *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani c. Italie*, n° 35972/97 (12 décembre 2001) [*Grande Oriente n.1*].

arrêt antérieur en admettant que « compte tenu des répercussions négatives que l'obligation de déclarer l'appartenance à une loge maçonnique pourrait avoir pour l'image et la vie associative de la requérante »¹⁵⁸, cette dernière pouvait se prétendre « victime » d'une violation de l'article 11 de la *Convention européenne*, l'article 14 de ce texte trouvant donc bien à s'appliquer.

La discrimination découlant, selon la jurisprudence de la Cour, du fait de traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables, la Cour détermine si c'est le cas en l'espèce¹⁵⁹. La disposition en question distinguait entre les associations secrètes et maçonniques, dont l'appartenance devait être déclarée, et toutes les autres associations, les membres de ces dernières étant en effet exemptés de toute obligation de joindre à leur candidature la déclaration¹⁶⁰. La Cour constate ainsi une différence de traitement entre les membres de l'association requérante et ceux de toute autre association non secrète. Existe-t-il alors une justification objective et raisonnable pour légitimer une telle différence?

Le juge européen avait estimé dans *Grande Oriente n.1* que l'interdiction de nomination de francs-maçons à des postes publics, introduite pour « rassurer » l'opinion publique à un moment où leur rôle dans la vie du pays avait été mis en cause, poursuivait les buts légitimes de la protection de la sécurité nationale et de la défense de l'ordre¹⁶¹. La Cour souligne que la loi contestée ne faisait pas automatiquement obstacle à une nomination à un poste administratif du fait de l'appartenance à la franc-maçonnerie, le seul candidat ayant déclaré appartenir à une loge ayant été choisi par le Conseil régional pour remplir les fonctions à pourvoir.

Néanmoins, ces considérations, pertinentes sur le terrain de l'article 11 pris isolément, perdent de leur efficience lorsque l'affaire est examinée, comme c'est le cas en l'espèce, sous l'angle de l'article 14¹⁶². Il faut établir, en outre, que des personnes placées dans des situations analogues ou comparables jouissent d'un traitement préférentiel et que la distinction est discriminatoire¹⁶³. Le débat tourne alors autour des justifications de la discrimination. La Cour « considère que l'appartenance à de nombreuses autres associations non secrètes pourrait poser un problème pour la sécurité nationale et la défense de l'ordre lorsque les membres de celles-ci sont appelés à remplir des fonctions publiques »¹⁶⁴.

Ce pourrait être le cas pour des partis politiques et des groupes affirmant des idées xénophobes ou pour les sectes ou associations « poursuivant une idéologie contraire aux règles de la démocratie, élément fondamental de "l'ordre public

¹⁵⁸ *Grande Oriente n. 2*, *supra* 156 au para. 42.

¹⁵⁹ *Ibid.* au para 45.

¹⁶⁰ *Ibid.* au para 49.

¹⁶¹ *Grande Oriente n.1*, *supra* note 157 au para. 21.

¹⁶² *Grande Oriente n.2*, *supra* note 156 au para. 55.

¹⁶³ *Zarb Adami c. Malte*, n° 17209/02 (20 juin 2006).

¹⁶⁴ *Grande Oriente n.2*, *supra* note 156 au para. 55.

européen»¹⁶⁵. Cependant, la Cour constate qu'au Frioul Vénétie Julienne, seuls les membres d'une association maçonnique sont tenus de déclarer leur affiliation lorsqu'ils postulent pour la nomination à certains postes du ressort régional. Or, aucune « justification objective et raisonnable de cette différence de traitement entre associations non secrètes »¹⁶⁶ n'ayant été avancée par le gouvernement, les juges concluent logiquement à la violation de l'article 14 combiné à l'article 11 de la *Convention européenne*.

Portant sur les questions d'enseignement religieux, l'arrêt de Grande chambre du 29 juin 2007, *Folgerø et al. c. Norvège*¹⁶⁷ intéressera particulièrement le lecteur québécois en ces temps d'accommodements raisonnables et de cours d'éthique et culture religieuse. Dans cet arrêt, la Cour de Strasbourg consolide les contours du droit à l'instruction garanti par l'article 2 du *Protocole n° 1* en matière de dispenses de cours de religion¹⁶⁸. La requête dirigée contre le Royaume de Norvège par des parents d'élèves portait sur la réforme des programmes d'enseignement primaire en 1998¹⁶⁹. La Norvège possède une religion d'État et une Église d'État à laquelle 86% de la population appartiennent. Dans ce contexte, la réforme visait à ce que le « christianisme, les autres religions et la philosophie soient enseignés ensemble »¹⁷⁰. La commission parlementaire, à son origine, souligna

qu'il était important d'assurer à l'école un environnement ouvert accueillant tous les élèves, quels qu'en soient le milieu social, la foi religieuse, la nationalité, le sexe, l'appartenance ethnique ou les capacités fonctionnelles. Il convenait que l'école fût le lieu de convergence des opinions les plus diverses.¹⁷¹

Dans ce cadre, deux matières antérieurement enseignées distinctement, le christianisme et la philosophie de vie furent remplacées par un seul cours (KRL) qui couvrait les domaines de la Bible et du christianisme comme patrimoine culturel, de la foi luthérienne, des autres confessions chrétiennes et autres religions et philosophies du monde¹⁷².

Toutefois, la possibilité d'obtenir une dispense de ce cours fut modifiée. Si, avant la réforme, les parents pouvaient demander que leur enfant fût dispensé totalement des cours sur le christianisme, les dispenses ne pouvaient alors porter que sur certaines parties du cours de KRL, soit celles relatives aux activités religieuses, et

¹⁶⁵ *Grande Oriente n.2*, *supra* note 156, au para. 55.

¹⁶⁶ *Ibid.* au para 56.

¹⁶⁷ *Folgerø et al. c. Norvège* [GC], n° 15472/02 (29 juin 2007) [*Folgerø*].

¹⁶⁸ *Protocole additionnel à la 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) [*Protocole n° 1*].

¹⁶⁹ Gérard Gonzalez, « Des difficultés de combattre objectivement l'inculture religieuse » (2008) 73 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 251 [Gonzalez, « Inculture religieuse »].

¹⁷⁰ *Folgerø*, *supra* note 167, au para. 15.

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² *Ibid.* au para. 17.

les parents devaient de plus motiver, selon les circulaires ministérielles d'application, les demandes de dispense¹⁷³. Ces derniers tentèrent de faire dispenser leurs enfants de cet enseignement sans succès et après l'épuisement des recours internes, se tournèrent vers le juge européen. Selon eux, le refus de dispense emportait une violation de l'article 9 (liberté de conscience et de religion) de la *Convention européenne*, de l'article 2 du *Protocole n° 1* ainsi que de son article 14 (non discrimination).

La Cour, faisant primer la loi spéciale sur la loi générale, se plaça exclusivement sur le terrain de l'article 2 du *Protocole n° 1* qui est la *lex specialis* en matière d'éducation. Cet instrument dispose que

[n]ul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'État, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques.¹⁷⁴

Elle souligne alors que bien que les intérêts des individus soient parfois subordonnés à ceux d'un groupe, « la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité; elle commande un équilibre qui assure aux minorités un juste traitement et qui évite tout abus d'une position dominante »¹⁷⁵. La Cour européenne relève que l'objectif affiché par le cours est conforme aux principes de pluralisme et d'objectivité consacrés par l'article 2 du *Protocole n° 1*. Si le but de la loi et de la restriction des dispenses était d'éviter le sectarisme et de favoriser le dialogue et la compréhension entre les cultures en rassemblant les élèves dans le cadre d'un cours commun plutôt qu'en autorisant une dispense totale, la Cour remarque que le cadre législatif donne à penser que des « différences non seulement quantitatives mais aussi qualitatives distinguaient l'enseignement du christianisme de celui des autres religions et philosophies »¹⁷⁶. Au regard de ces disparités, la Cour se demande alors si « le but consistant à promouvoir la compréhension, le respect et l'aptitude au dialogue entre personnes ayant des croyances et des convictions différentes » peut être réellement atteint¹⁷⁷.

De plus, hors les cas où la dispense porte sur des activités clairement religieuses et où il n'y a pas besoin de justification, les parents devaient fournir des motifs raisonnables à l'appui de leur demande, ce qui les obligeait, selon la juridiction strasbourgeoise, à dévoiler auprès des établissements scolaires des aspects intimes de leurs croyances, ce qui pouvait entraîner une violation de l'article 8 de la *Convention européenne*¹⁷⁸. En outre, la Cour note en particulier que, « pour un certain nombre d'activités comme les prières, les hymnes chantés, les services à l'église et les pièces

¹⁷³ *Ibid.* aux para. 20-28.

¹⁷⁴ *Ibid.* au para. 54.

¹⁷⁵ *Ibid.* au para. 84.

¹⁷⁶ *Ibid.* au para. 95.

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ *Ibid.* au para. 98.

de théâtre scolaires »¹⁷⁹, il était proposé que les élèves se contentent d'y assister en spectateurs au lieu d'y participer en s'impliquant, cette distinction entre activité et connaissance pouvant s'avérer inapplicable en pratique. Elle relève enfin que, concrètement, le mécanisme de dispense partielle n'était pas applicable ou viable au regard de l'évolution du cours et de l'information donnée aux parents¹⁸⁰. Ainsi, « le mécanisme de dispense partielle est susceptible de soumettre les parents concernés à une lourde charge au risque que leur vie privée soit indûment exposée et que les conflits en germe les dissuadent de solliciter ces dispenses »¹⁸¹.

À une faible majorité (neuf contre huit), la Cour considère alors que, « nonobstant les nombreux buts législatifs louables affirmés lors de l'introduction du cours de KRL », le refus d'accorder aux requérants une dispense emporte dès lors une violation de la *Convention européenne*, l'État défendeur n'ayant pas suffisamment veillé à ce que « les informations et connaissances figurant au programme de ce cours soient diffusées de manière objective, critique et pluraliste pour satisfaire aux exigences de l'article 2 du Protocole n° 1 »¹⁸². On peut relever qu'il existe, à la lecture de cet arrêt, une étroite marge d'appréciation concernant les modalités d'enseignement en rapport à la religion¹⁸³ et, même si le concert européen s'avère fort diversifié sur la question¹⁸⁴, l'arrêt *Folgerø* témoigne d'une certaine universalisation du concept de laïcité à l'échelle européenne.

Enfin, le juge strasbourgeois, dans l'arrêt *97 membres congrégation témoins de Jéhovah Gldani c. Géorgie*¹⁸⁵, décide de faire produire à l'article 14 des effets étendus dont l'écho sera vraisemblablement fort. En l'espèce, lors d'une réunion religieuse en octobre 1999, une Congrégation de témoins de Jéhovah géorgiens fut attaquée par un groupe de religieux orthodoxes dirigé par M. Vassil Mkalavichvili dit « le père Basile », prêtre défroqué de l'Église orthodoxe. Les membres de la Congrégation furent violemment agressés à coups de poing, de pied, de bâton et de croix de fer, n'épargnant ni femmes ni enfants. Ces agressions d'une rare violence – femmes traînées au sol par les cheveux, flagellées – furent filmées par un fidèle du père Basile¹⁸⁶. Les forces de police alertées refusèrent d'intervenir positivement, insultèrent les témoins de Jéhovah, une « complicité » manifeste existant entre les

¹⁷⁹ *Ibid.* au para. 99.

¹⁸⁰ *Ibid.* au para. 97.

¹⁸¹ *Ibid.* au para. 100.

¹⁸² *Ibid.* au para. 102.

¹⁸³ Gonzalez, « Inculture religieuse », *supra* note 169 à la p. 260.

¹⁸⁴ *Ibid.* à la p. 267 (Gérard Gonzalez relève que dans la plupart des États européens, à l'exception de la France, il existe « des cours sur la religion, soit obligatoires soit facultatifs, de nature catéchétique, semi confessionnelle, morale ou civique ». Dans le cadre des réformes modernes, le choix d'un dédoublement des enseignements a souvent été fait. En Belgique, un cours de morale non confessionnelle et un cours de religion sont proposés, le choix entre l'un et l'autre étant obligatoire, sans possibilité de dispense. Au Luxembourg, un choix similaire est proposé, mais « l'enfant dont les parents sont en mesure de faire état d'une croyance religieuse peut être exempté des deux cours », possibilité qui n'est pas ouverte pour l'enfant « laïc », qui se voit astreint au cours de morale laïque, ce qui laisse pour le moins dubitatif).

¹⁸⁵ *97 membres congrégation témoins de Jéhovah Gldani c. Géorgie* n° 71156/01 (3 mai 2007).

¹⁸⁶ *Ibid.* aux para. 14-25.

autorités locales et les agissements du père Basile et de ses affidés. Ainsi le chef du commissariat répondit qu'« à la place des agresseurs, il aurait fait pire avec les témoins de Jéhovah! »¹⁸⁷. Suite à l'action pénale engagée par les victimes, aucune condamnation des agresseurs n'eut lieu, alors que le chef de la Congrégation, M. Miriane Arabidzé, fut poursuivi pour trouble à l'ordre public¹⁸⁸. La lecture de ces faits et l'inertie du système judiciaire géorgien à les sanctionner s'avèrent accablantes. Logiquement, la juridiction strasbourgeoise va relever une violation à la fois substantielle et procédurale de l'article 3. La Cour rappelle l'existence d'une obligation positive, pour l'État, de fournir une protection contre les traitements inhumains ou dégradants :

[e]n général, les actes interdits par l'article 3 de la Convention n'engagent la responsabilité d'un État contractant que s'ils sont commis par des personnes exerçant une fonction publique. Toutefois, combinée avec l'article 3, l'obligation que l'article 1 de la Convention impose aux Hautes Parties contractantes de garantir à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés consacrés par la Convention leur commande de prendre des mesures propres à empêcher que lesdites personnes ne soient soumises à des tortures ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants, même administrés par des particuliers.¹⁸⁹

Pour la Cour, une réponse rapide des autorités, lorsqu'il s'agit d'enquêter sur des allégations de mauvais traitement, s'avère essentielle pour préserver la confiance du public dans le principe de la légalité et pour éviter toute apparence de complicité ou de tolérance relativement à des actes illégaux. À défaut, la tolérance des autorités envers de tels actes ne peut que « miner la confiance du public dans le principe de la légalité et son adhésion à l'État de droit »¹⁹⁰. La juridiction européenne relève en l'espèce que certains requérants ont subi un traitement inhumain (pour les victimes d'agressions physiques directes), alors que d'autres furent victimes d'un traitement dégradant (en raison de la diffusion de l'agression sur les chaînes de télévision), le but des agresseurs consistant à humilier et à rabaisser publiquement les requérants, « de façon que le sentiment de terreur et d'infériorité s'installe chez eux » et qu'ils soient « brisés moralement par cette violence physique et verbale »¹⁹¹. Face à la mauvaise foi de l'État géorgien, persistant à dire qu'il n'était pas possible d'identifier les auteurs des actes, alors même que les chaînes de télévision diffusèrent des séquences entières illustrant la violence commise sur les requérants, la Cour voit dans l'absence de réaction des autorités géorgiennes et la « suite » réservée aux plaintes des requérants, une violation de l'obligation d'enquête, d'action positive de l'État géorgien, inhérentes à l'article 3 de la *Convention européenne*¹⁹².

¹⁸⁷ *Ibid.* au para. 28.

¹⁸⁸ *Ibid.* au para. 51.

¹⁸⁹ *Ibid.* au para. 96.

¹⁹⁰ *Ibid.* au para. 97.

¹⁹¹ *Ibid.* au para. 105.

¹⁹² *Ibid.* au para. 125.

Ces solutions s'avèrent somme toute classiques et c'est dans la suite de l'arrêt que se trouve la principale innovation de la Cour. Relevant que la « liberté de religion relève d'abord du for intérieur, mais [...] "implique" de surcroît, notamment, celle de "manifester sa religion" »¹⁹³ et d'appartenir à une congrégation, la Cour décide d'examiner le contexte général de l'affaire et la situation des témoins de Jéhovah en Géorgie. Elle juge que les « autorités compétentes manquèrent à leur obligation de prendre des mesures nécessaires à assurer que le groupe d'extrémistes orthodoxes animé par le père Basile tolère l'existence de la communauté religieuse des requérants et permette à ceux-ci un exercice libre de leurs droits à la liberté de religion »¹⁹⁴.

Elle conclut en ce sens à une violation de l'article 9 de la *Convention européenne*. De plus, elle constate que les actes de violence religieuse furent tolérés par les autorités, parce que commis au nom de la foi orthodoxe contre une minorité religieuse :

la Cour constate qu'en l'espèce, le refus de la police d'intervenir promptement sur les lieux pour protéger les requérants et les enfants de certains d'entre eux des actes de violence religieuse, ainsi que l'indifférence subséquente que les autorités compétentes opposèrent aux intéressés, furent en grande partie le corollaire des convictions religieuses des requérants.¹⁹⁵

Cette attitude ne saurait être compatible avec le principe de l'égalité de tous devant la loi, le gouvernement géorgien ne donnant aucune justification « objective et raisonnable » ni aucun « but légitime » à ce traitement discriminatoire¹⁹⁶. De plus, le comportement des autorités a permis, en l'espèce, au père Basile de continuer de prôner la haine au moyen des médias et de poursuivre, accompagné de ses partisans, des actes de violence religieuse en alléguant que ceux-ci bénéficiaient de l'aval officieux des autorités, instillant ainsi dans « la société civile un doute raisonnable quant à la complicité des malfaiteurs avec les représentants de l'État »¹⁹⁷.

Concluant donc à une violation de l'article 14, combiné avec les articles 3 et 9, la juridiction de Strasbourg renforce considérablement la position adoptée antérieurement dans l'affaire *Natchova et autres c. Bulgarie*¹⁹⁸, concernant les traitements discriminatoires infligés aux minorités roms de Bulgarie. Désormais conférant son plein effet à l'article 14, cette disposition a vocation à devenir une arme efficace afin d'affermir les droits des groupes persécutés en raison de leurs origines ou de leurs croyances, après les inflexions marquées des arrêts *D. H. c. République*

¹⁹³ *Ibid.* au para. 130.

¹⁹⁴ *Ibid.* au para. 134.

¹⁹⁵ *Ibid.* au para. 140.

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ *Ibid.* au para. 141.

¹⁹⁸ *Natchova et autres c. Bulgarie*, n^{os} 43577/98 et 43579/98 (6 juillet 2005).

tchèque¹⁹⁹ où la Grande chambre, s'inspirant des méthodes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes propres à garantir une égalité substantielle, a affirmé la protection des groupes contre des pratiques discriminatoires. Deux autres cas d'espèces viennent d'ailleurs confirmer cet état de fait et prolonger la logique de l'arrêt *Natchova*. L'arrêt *Anguelova et Iliev c. Bulgarie*²⁰⁰ réaffirme la nécessité de préserver la confiance des minorités dans la capacité des autorités à les protéger de la menace de violences racistes. Une obligation pèse alors sur les autorités de ne pas opérer de discrimination dans l'enquête sur des affaires relatives à des actes de violence à motivation raciste par une enquête « classique » mais au contraire à traiter ces affaires de manière spécifique, ces actes étant « particulièrement destructeurs des droits fondamentaux »²⁰¹. Un traitement équivalent, non différencié, est alors inconciliable avec l'article 14 de la *Convention européenne* et emporte violation de l'article 14 combiné avec l'article 2.

Dans l'arrêt *Cobzaru c. Roumanie*²⁰², une perspective identique est adoptée. En l'espèce, M. Belmondo Cobzaru, à la suite d'une altercation, fut victime de violences policières à caractère raciste²⁰³. N'ayant pas pu obtenir l'instruction d'une plainte contre les policiers, le requérant porta son affaire devant le juge européen pour violation de l'article 3. Rappelant que « *even in the most difficult of circumstances, such as the fight against terrorism or crime, the Convention prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment* »²⁰⁴, la Cour relève que la justice roumaine a accepté sans réserve les affirmations des policiers et qu'elle a négligé certains témoignages cruciaux²⁰⁵.

Ainsi, les manquements des autorités dans l'enquête sur de tels actes constituent une discrimination contraire à l'article 14 combiné avec les articles 3 et 13, l'État ne parvenant pas à prouver l'absence de discrimination en l'espèce, ayant adopté, par ailleurs, une attitude globalement discriminatoire à l'égard de l'ethnie du requérant, la communauté rom, comportement attesté par plusieurs rapports du Conseil de l'Europe et d'Amnesty International²⁰⁶ :

*the Court considers that the Government has not satisfactorily established that the applicant's injuries were caused otherwise than by the treatment inflicted on him while he was under police control at the police station on the evening of 4 July 1997, and concludes that these injuries were the result of inhuman and degrading treatment.*²⁰⁷

¹⁹⁹ *D. H. c. République tchèque* n° 57325/00 (7 février 2006) et *D. H. c. République tchèque* [GC], n° 57325/00 (13 novembre 2007). Sur ces arrêts et la réflexion de la Cour en la matière, voir notre chronique, *supra* note 20.

²⁰⁰ *Anguelova et Iliev c. Bulgarie*, n° 55523/00 (26 juil. 2007).

²⁰¹ *Ibid.* au para. 39.

²⁰² *Cobzaru c. Roumanie*, n° 48254/99 (26 juillet 2007).

²⁰³ *Ibid.* au para. 12.

²⁰⁴ *Ibid.* au para. 60.

²⁰⁵ *Ibid.* au para. 69.

²⁰⁶ *Ibid.* aux para. 44-52.

²⁰⁷ *Ibid.* au para. 74.

VIII. Droit d'asile

L'arrêt *Gebremedhin [Gaberamadhien] c. France*²⁰⁸ porte à la lumière la légalité de la procédure de demande d'asile à la frontière. Se pose alors le caractère effectif de cette procédure dans le cadre du droit français, auquel s'ajoute la réalité des conditions d'exercice du référé liberté dans les zones d'attentes à la frontière gérée par l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) en France²⁰⁹. Dans cet arrêt, la procédure de « l'asile à la frontière », lorsque le demandeur d'asile court un risque sérieux de traitements contraires à l'article 3 de la *Convention européenne* ou d'une atteinte à son droit à la vie (article 2) dans son pays d'origine, est jugée contraire à la *Convention européenne*²¹⁰. C'est le cas lorsque le droit interne n'apporte pas un recours suspensif contre la décision de refus d'admission sur le territoire français et de réacheminement. En l'espèce, M. Gebremedhin, ressortissant érythréen, défenseur de la presse libre en Erythrée, fut victime de détention arbitraire à raison de ses activités journalistiques, subissant de mauvais traitements. Muni d'un passeport soudanais qui n'était pas à son nom, il arrive le 29 juin 2005 en France à l'aéroport Charles de Gaulle où il est maintenu en zone internationale jusqu'au 1^{er} juillet, ce qui l'a empêché de déposer une demande d'admission au séjour²¹¹. En France, l'OFPRA est l'autorité compétente pour reconnaître la qualité de réfugié et accorder la protection subsidiaire. Selon la Cour, reprenant en substance les fondements exposés dans les arrêts *Čonka c. Belgique*²¹² et *Chamaïev et autres c. Georgie et Russie*²¹³, le grief d'une personne selon laquelle son renvoi vers un pays tiers l'exposerait à des traitements prohibés par l'article 3 de la *Convention européenne* « doit impérativement faire l'objet d'un contrôle attentif par une “instance nationale” », c'est-à-dire « un examen indépendant et rigoureux »²¹⁴.

En l'espèce, relève la Cour, le droit français met en place une procédure qui s'articule autour d'un examen contradictoire de la demande d'asile par l'OFPRA (établissement public) puis, en appel, par la Commission des recours constituant en l'occurrence l'organe juridictionnel. À ces garde-fous s'ajoute l'impossibilité de renvoyer le demandeur durant la procédure²¹⁵. Si, selon la Cour, les modalités de la procédure de l'asile à la frontière ne posent pas de difficultés lorsque le demandeur d'asile ne prétend pas qu'il court un risque relevant de l'article 2 ou de l'article 3 de la *Convention européenne* dans son pays d'origine, il est toutefois nécessaire qu'il existe un contrôle de la décision administrative relatif au caractère « manifestement

²⁰⁸ *Gebremedhin, supra* note 135.

²⁰⁹ Sur cette affaire, voir Jean-Pierre Marguénaud, « Le droit de demander asile à la frontière » (2007) 39 *Recueil Dalloz Sirey* 2780.

²¹⁰ Serge Deygas, « Le référé-liberté constitue-t-il un recours effectif au sens de la Convention européenne des droits de l'homme? » (2007) 6 *Procédures* 29.

²¹¹ *Gebremedhin, supra* note 135 au para. 10.

²¹² *Čonka c. Belgique* n° 51564/99 (5 février 2002) [*Čonka*].

²¹³ *Chamaïev et autres c. Georgie et Russie*, n° 36378/02 (12 avril 2005).

²¹⁴ *Gebremedhin, supra* note 135, au para. 58.

²¹⁵ *Ibid.* au para. 59.

infondé » de la demande pour les demandeurs dont la situation relève de l'article 2 ou 3²¹⁶. Malgré ce satisfecit partiel accordé par le juge européen, il relève concrètement que l'étranger se présentant à la frontière se trouve face à une situation ubuesque du fait du dispositif juridique s'appliquant à sa situation.

Pour déposer une demande d'asile devant l'OFPPA, un étranger doit se trouver sur le territoire français. En conséquence, s'il se présente à la frontière, il ne peut déposer une telle demande que s'il lui est préalablement donné accès au territoire. S'il est démuné des documents requis à cet effet, il lui faut déposer une demande d'accès au territoire au titre de l'asile ; il est alors maintenu en "zone d'attente" durant le temps nécessaire à l'examen, par l'administration, du caractère "manifestement infondé" ou non de la demande d'asile qu'il entend déposer.²¹⁷

Dans la première situation, l'administration rejette la demande d'accès au territoire de l'intéressé lequel devient d'office « réacheminable » sans pouvoir saisir l'OFPPA de sa demande d'asile. Or, outre que cette appréciation du caractère « manifestement infondé » se fait à l'issue d'un examen rapide et succinct de la situation du demandeur²¹⁸, les recours à la disposition de l'intéressé n'ont pas d'effet suspensif efficient, notamment le référé liberté²¹⁹. Si cette procédure présente *a priori* des garanties sérieuses pour le demandeur d'asile débouté à la frontière, la Cour constate que « la saisine du juge des référés n'a pas d'effet suspensif de plein droit, de sorte que l'intéressé peut, en toute légalité, être réacheminé avant que le juge ait statué »²²⁰.

Or, il est nécessaire, selon le juge européen, que l'intéressé ait accès à un recours de plein droit suspensif²²¹, un recours effectif s'analysant comme s'opposant à l'exécution d'une mesure d'expulsion avant l'issue de l'examen par les autorités nationales de sa compatibilité avec la *Convention européenne*. Selon la juridiction européenne, les exigences de « l'article 13, tout comme celles des autres dispositions de la Convention, sont de l'ordre de la garantie, et non du simple bon vouloir ou de l'arrangement pratique »²²². Comme cela l'avait été par le gouvernement Belge dans l'arrêt *Čonka*, l'existence d'une « pratique suspensive » alléguée par le gouvernement français ne peut suffire à réaliser les objectifs posés par la *Convention européenne*. Ainsi, le juge européen constate que le requérant n'a pas eu accès en zone d'attente à un tel recours et n'a donc pas bénéficié d'un « recours effectif » pour faire valoir son grief tiré de l'article 3 de la *Convention européenne*. Il faut souligner que suite à cette décision, les juges du Tribunal de grande instance de Bobigny, dont dépend la zone d'attente de l'aéroport de Roissy-Charles de Gaulle, ont libéré des dizaines de

²¹⁶ *Ibid.* au para. 63.

²¹⁷ *Ibid.* au para. 60.

²¹⁸ *Ibid.* au para. 61.

²¹⁹ *Ibid.* au para. 65.

²²⁰ *Ibid.* aux para. 65-66.

²²¹ *Ibid.* au para. 66.

²²² *Čonka*, *supra* note 212 au para. 83.

demandeurs d'asile et que le législateur français a adopté une nouvelle disposition législative²²³. En effet, le gouvernement a créé un nouvel article L. 213-9 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile conférant un caractère suspensif au recours en annulation introduit par l'étranger non autorisé à entrer sur le territoire au titre de l'asile dans un délai de quarante-huit heures à compter de la notification de la décision de refus d'entrée²²⁴.

* * *

In fine, l'année 2007 a donc marqué, par plusieurs arrêts symboliques, des progrès qui doivent encore être impulsés tant dans les anciens pays de l'Est que dans des pays appartenant au groupe fondateur. Malgré la perspective de l'entrée en vigueur du *Traité de Lisbonne*, la dynamique de la *Convention européenne* reste entière, même si les deux Europe tendent à se rapprocher²²⁵. Si la lutte contre la discrimination collective a progressé en 2007, l'année 2008 semble prendre un chemin identique. La Cour européenne a ainsi eu à juger en début d'année la possibilité pour un homosexuel d'obtenir l'agrément à une adoption dans l'ordonnancement juridique français. Elle a estimé, dans un arrêt *E.-B. c. France*²²⁶, qui fera l'objet d'une prochaine chronique, que dès lors que la législation nationale permet l'adoption par une personne célibataire, le refus d'un agrément en raison de l'orientation sexuelle constitue une discrimination, condamnant la France sur le fondement des articles 8 et 14 de la *Convention européenne*. Prolongeant l'arrêt *Gebremedhin*, l'affaire *Saadi c. Royaume-Uni*²²⁷ éclaire la situation des nouveaux centres de rétention au Royaume-Uni destinés aux demandeurs d'asile qui sont jugés peu susceptibles de s'enfuir et dont le cas peut être traité au moyen d'une procédure accélérée.

²²³ Loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile.

²²⁴ Sur cette réforme, voir Muriel Merino, « La réforme du contentieux des étrangers. Aspects positifs et négatifs d'une réforme contestée » (2008) 2 *Droit administratif* 3.

²²⁵ Voir Catherine Haguenu-Moizard, « Les droits de l'homme : une ou plusieurs Europe? » (2008) 170 *La Gazette du Palais* 31.

²²⁶ *E.-B. c. France*, n° 43546/02 (22 janv. 2008).

²²⁷ *Royaume-Uni*, n° 13229/03 (29 janv. 2008).