

CENTRE DE RECHERCHES ET D'ETUDES
SUR LES DE L'HOMME
ET LE DROIT HUMANITAIRE

- CREDHO -



**LA FRANCE
ET LA COUR EUROPEENNE
DES DROITS DE L'HOMME**

**La jurisprudence en 1996/1997
(présentation, commentaires et débats)**

CAHIERS DU CREDHO N° 4 - 1998

Université de Rouen - Faculté de Droit
Université de Paris-Sud - Faculté Jean Monnet

CENTRE DE RECHERCHES ET D'ETUDES
SUR LES DE L'HOMME
ET LE DROIT HUMANITAIRE

- CREDHO -



**LA FRANCE
ET LA COUR EUROPEENNE
DES DROITS DE L'HOMME**

**La jurisprudence en 1996/1997
(présentation, commentaires et débats)**

CAHIERS DU CREDHO N° 4

- 1998 -

Université de Rouen - Faculté de Droit -
76821 Mont Saint -Aignan Cedex - ☎ 02 35 14 60 00 -Fax 02 35 14 68 70
Université de Paris-Sud - Faculté Jean Monnet -
54, boulevard Desgranges - 92331 Sceaux Cedex
☎ 01 40 91 17 00 - Fax 01 46 60 92 62

ISSN 1250-63-03 - ISBN 2-11-091039-9

Sommaire

Avant-Propos

Liste des arrêts

Ouverture

Ernest GIBERT, Président de l'Université de Rouen

Paul TAVERNIER, Professeur à l'Université de Paris-Sud, Directeur du CREDHO

Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, Professeur, Responsable de l'Ecole doctorale de Rouen

Rapport introductif

La Convention européenne des droits de l'Homme et la liberté religieuse
par **Jean-Paul COSTA**, Conseiller d'Etat

Débats

Séance du matin :

sous la présidence de **Patrick COURBE**,

Professeur à l'Université de Rouen, Responsable du DEA Droit international et communautaire

• Les affaires françaises en cours devant la Cour de Strasbourg
par **Paul TAVERNIER**, Directeur du CREDHO

• L'équité de la procédure devant la Cour de Cassation en matière civile et pénale : affaires Levages Prestations Services (23 octobre 1996) et Vacher (17 décembre 1996)
par Michel **MOUCHARD**, Vice-Président du Tribunal de Grande Instance de Rouen chargé de l'Instruction

Débats

• Le médicament entre le droit de la Convention européenne et le droit communautaire : affaire **Cantoni** (15 novembre 1996)
par **Me Vincent DELAPORTE**, Avocat aux Conseils

Débats

Séance de l'après-midi :

sous la présidence de **R. GOY**, Professeur à l'Université de Rouen

• L'expulsion des étrangers : *quid novi* ?

- l'article 3 et les risques de torture ou traitements inhumains : affaire **H.L.R.** (29 avril 1997)
par **Gourmo LO**, Maître de conférences à l'Université du Havre

- l'article 8 et la protection de la vie privée et familiale : affaires **Bouchelkia** (29 janvier 1997), **Mehemi et El Boujaïdi** (26 septembre 1997)

par **Delphine LECLERCQ-DELAPIERRE**, ATER, Université de Rouen

• Le contentieux de l'expropriation : affaire **Guillemin** (21 février 1997)

par **Jean-Pierre DEMOUVEAUX**, Conseiller au Tribunal administratif de Versailles

• La Convention et le droit pénal : affaires **Muller** (17 mars 1997) et **Foucher** (18 mars 1997)

par **Dominique ALLIX**, Professeur à l'Université de Paris-Sud

Débats

• Le fisc et la Convention européenne des droits de l'Homme : affaire **Mialhe** (26 septembre 1996)
par **Emmanuel KORNPROBST**, Professeur à l'Université de Rouen

• Le contentieux de la fonction publique territoriale : affaire **Neigel** (17 mars 1997)

par **Erick TAMION**, Docteur en droit, membre du CREDHO

• Le contentieux de la révision et de l'interprétation devant la Cour européenne

par **Laurence BURGORGUE-LARSEN**, Maître de Conférences en Droit public, Université de Versailles St-Quentin en Yvelines

Avant-Propos

Ce nouveau *Cahier du CREDHO* reproduit les Actes de la 4^{ème} Journée consacrée à l'étude de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme concernant la France, qui s'est tenue à Rouen le 9 décembre 1997. Elle était présidée par Jean-Paul Costa, Conseiller d'Etat, respectant ainsi une certaine alternance entre les personnalités liées étroitement à l'activité de la Cour de Strasbourg et celles qui sont associées plus directement aux juridictions françaises. Or il se trouve que Jean-Paul Costa qui avait été proposé par le gouvernement français sur une liste de trois candidats aux fonctions de juge à la nouvelle Cour qui sera installée le jour de l'entrée en vigueur du Protocole n° 11, a été depuis lors élu et siégera à Strasbourg à compter du 1^{er} novembre 1998. Il remplacera ainsi le Bâtonnier Pettiti qui a participé à l'élaboration de la jurisprudence " française " depuis l'arrêt Bozano, premier arrêt rendu contre la France, en 1986, et qui avait présidé la première des Journées du CREDHO sur : " La France et la Cour européenne des droits de l'Homme " (en 1993).

Jean-Paul Costa aura pu se rendre compte à Rouen de l'impact de la jurisprudence de Strasbourg auprès des milieux juridiques (magistrats, avocats et universitaires) et des discussions souvent passionnées et toujours intéressantes qu'elle suscite. Cette année les débats, présidés par Patrick Courbe et Raymond Goy, ont été alimentés par des personnalités comme le Bâtonnier Chabert et le Président Bèle. Parmi les intervenants fidèles on notera le juge Mouchard, Me Delaporte, Emmanuel Kornprobst et Erick Tamion, et parmi les nouveaux, le Conseiller Demouveaux, les Professeurs Allix, Burgorgue-Larsen et Lo, ainsi qu'une jeune enseignante et doctorante Delphine Leclercq-Delapierre. Tous ont porté un regard critique sur les arrêts de la Cour européenne et plusieurs ont pu nous faire bénéficier de la connaissance intime qu'ils avaient de certains dossiers (en particulier M. Demouveaux du Tribunal de Versailles, Mme Dubrocart et M. Nedelec du ministère des Affaires étrangères). C'est ainsi que pour la première fois ce dernier était représenté à notre colloque, traduisant ainsi son intérêt pour les travaux du CREDHO, ce dont nous nous réjouissons.

Il convient en effet de soutenir les efforts du gouvernement français pour une meilleure application de la Convention dans notre pays. Si la France peut s'enorgueillir d'être l'une des " patries " des droits de l'Homme, comme la Grande-Bretagne, il restera toujours des progrès à accomplir dans ce domaine, car le combat pour les droits de l'Homme n'est jamais terminé. La nouvelle Cour de Strasbourg aura une lourde tâche à assumer à cet égard et devra se montrer digne de la Cour actuelle, qui n'a pas démerité.

Paul Tavernier
Mai 1998

**Liste récapitulative des arrêts rendus depuis 1986
par la Cour européenne des droits de l'Homme
dans les affaires mettant en cause la France**

- 1 • N° 111, 18 décembre **1986**, BOZANO

- 2 • N° 124-F, 2 décembre **1987**, BOZANO (art. 50)

- 3 • N° 141-A, 7 octobre **1988**, SALABIAKU
- 4 • N° 141-B, 11 octobre 1988, WOUKAM MOUDEFO

- 5 • N° 162, 24 octobre **1989**, H. c. France

- 6 • N° 176-A, 24 avril **1990**, KRUSLIN
- 7 • N° 176-B, 24 avril 1990, HUVIG
- 8 • N° 176-C, 26 avril 1990, CLERC
- 9 • N° 191, 19 décembre 1990, DELTA

- 10 • N° 191-B, 23 janvier **1991**, DJEROUD
- 11 • N° 198, 20 février 1991, VERNILLO
- 12 • N° 200, 19 MARS 1991, CARDOT
- 13 • N° 207, 26 juin 1991, LETELLIER
- 14 • N° 218, 27 novembre 1991, KEMMACHE

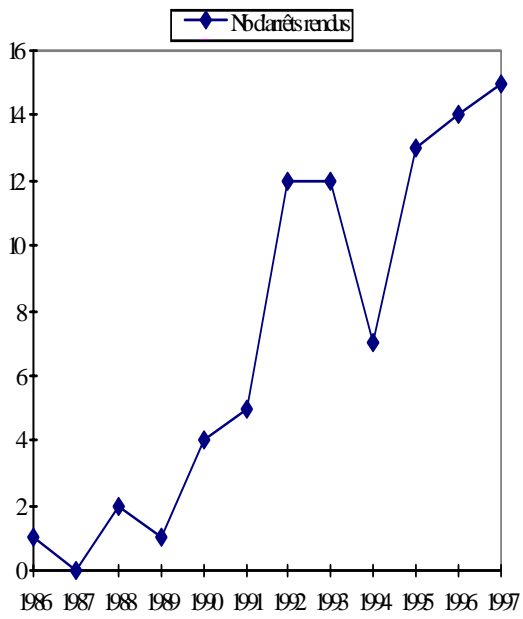
- 15 • N° 232-A, 27 février **1992**, Soc. STENUIT
- 16 • N° 232-B, 27 février 1992, BIROU
- 17 • N° 232-C, 25 mars 1992, B. c. France
- 18 • N° 234-A, 26 mars 1992, BELDJOUDI
- 19 • N° 234-B, 26 mars 1992, Editions PERISCOPE
- 20 • N° 236, 31 mars 1992, X. c. France
- 21 • N° 240, 26 juin 1992, DROZD et JANOUSEK
- 22 • N° 241-A, 27 août 1992, TOMASI
- 23 • N° 241-B, 27 août 1992, VIJAYANATHAN et PUSPARAJAH
- 24 • N° 243, 25 septembre 1992, PHAM-HOANG
- 25 • N° 253-A, 16 décembre 1992, SAINTE-MARIE
- 26 • N° 253-B, 16 décembre 1992, DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE

- 27 • N° 256-A, 25 février **1993**, FUNKE
- 28 • N° 256-B, 25 février 1993, CREMIEUX
- 29 • N° 256-C, 25 février 1993, MIAILHE
- 30 • N° 256-D, 25 février 1993, DOBBERTIN
- 31 • N° 261-A, 22 juin 1993, MELIN
- 32 • N° 261-B, 20 septembre 1993, PARDO
- 33 • N° 261-C, 20 septembre 1993, SAIDI
- 34 • N° 270-B, 2 novembre 1993, KEMMACHE (art. 50)
- 36 • N° 273-A, 27 octobre 1993, MONNET
- 36 • N° 273-B, 23 novembre 1993, NAVARRA
- 37 • N° 277-B, 23 novembre 1993, A. c. France

- 38 • N° 284, 24 février **1994**, BENDENOUN
- 40 • N° 289, 26 avril 1994, VALLEE
- 41 • N° 289-B, 26 août 1994, KARAKAYA
- 42 • N° 299-C, 28 octobre 1994, DEMAÏ
- 43 • N° 296-A, 22 septembre 1994, HENTRICH

- 44 • N° 296-B, 24 novembre 1994, BEAUMARTIN
45 • N° 296-C, 24 novembre 1994, KEMMACHE (n° 3)
- 46 • N° 308, 10 février **1995**, ALLENET DE RIBEMONT
47 • N° 311, 22 mars 1995, QUINN
48 • N° 314, 27 avril 1995, PIERMONT
49 • N° 317, 24 mai 1995, MARLHENS
50 • N° 317-B, 8 juin 1995, JAMIL
51 • N° 320-B, 13 juillet 1995, NASRI
52 • N° 320-C, 13 juillet 1995, MORGANTI
53 • N° 322, 3 juillet 1995, HENTRICH (art. 50)
54 • N° 325-A, 26 septembre 1995, DIENNET
55 • N° 325-B, 27 septembre 1995, GRAGNIC
56 • N° 325-C, 24 octobre 1995, IRIBARNE PEREZ
57 • N° 333-A, 21 novembre 1995, ACQUAVIVA
58 • N° 333-B, 4 décembre 1995, BELLET
- 59 • N° 96-1, 31 janvier **1996**, FOUQUET
60 • N° 96-17, 23 avril 1996, PHOCAS
61 • N° 96-18, 23 avril 1996, REMLI
62 • N° 96-19, 24 avril 1996, BOUGHANEMI
63 • N° 96-25, 25 juin 1996, AMUUR
64 • N° 96-26, 10 juillet 1996, PARDO (demande en révision de l'arrêt du 20 septembre 1993)
65 • N° 96-27, 7 août 1996, ALLENET DE RIBEMONT (interprétation de l'arrêt du 10 février 1995)
66 • N° 96-32, 7 août 1996, HAMER
67 • N° 96-40, 26 septembre 1996, MIAILHE (n° 2)
68 • N° 96-45, 23 octobre 1996, LEVAGES PRESTATIONS SERVICES
69 • N° 96-48, 24 octobre 1996, GUILLOT
70 • N° 96-49, 15 novembre 1996, CANTONI
71 • N° 96-65, 17 décembre 1996, VACHER
72 • N° 96-66, 17 décembre 1996, DUCLOS
- 73 • N° 97-1, 29 janvier **1997**, BOUCHELKIA
74 • N° 97-5, 21 février 1997, GUILLEMIN
75 • N° 97-11, 17 mars 1997, MULLER
76 • N° 97-12, 17 mars 1997, NEIGEL
77 • N° 97-13, 18 mars 1997, MANTOVANELLI
78 • N° 97-14, 18 mars 1997, FOUCHER
79 • N° 97-19, 2 avril 1997, P.L.
80 • N° 97-23, 29 avril 1997, PARDO
81 • N° 97-24, 29 avril 1997, H.L.R.
82 • N° 97-43, 3 juillet 1997, HENTRICH
83 • N° 97-60, 26 septembre 1997, MEHEMI
84 • N° 97-61, 26 septembre 1997, EL BOUJAIDI
85 • N° 97-66, 20 octobre 1997, SERVES
86 • N° 97-68, 21 octobre 1997, PIERRE-BLOCH
87 • N° 97-69, 21 octobre 1997, BOUJLIFA

**Evolution du nombre des arrêts rendus par la CEDH,
depuis 1986
et concernant la France**



Liste des arrêts rendus en 1996-1997*
et concernant la France

1996

1) MIAILHE c. France

Arrêt du 26 septembre 1996 - article 6 § 1 (non-violation) : accès d'un contribuable à des documents détenus par l'administration fiscale

2) AFFAIRES LEVAGES PRESTATIONS SERVICES c. France

Arrêt du 23 octobre 1996 - article 6 § 1 (applicabilité et non-violation) : irrecevabilité prononcée d'office d'un pourvoi en cassation en matière civile (art. 979 du CPC)

3) GUILLOT c. France

Arrêt du 24 octobre 1996 - article 8 (applicabilité et non-violation) : refus de l'officier d'état-civil puis des juridictions d'autoriser des parents à prénommer leur fille " Fleur de Marie "

4) CANTONI c. France

Arrêt du 15 novembre 1996 - article 7 (non-violation) : condamnation pénale d'un gérant de grande surface pour exercice illégal de la pharmacie (art. L. 511 du CSP)

5) DUCLOS c. France

Arrêt du 17 décembre 1996 - article 6 § 1 (violation) : durée de procédures civiles (en matière de sécurité sociale, accident du travail)

6) VACHER c. France

Arrêt du 17 décembre 1996 - article 6 § 1, 3 b et 3 c (violation) : entrave au soutien, par un condamné, de son pourvoi en cassation due à l'absence de fixation d'un délai pour déposer un mémoire ampliatif

1997

7) BOUCHELKIA c. France

Arrêt du 29 janvier 1997 - article 8 (non-violation) : expulsion d'un Algérien après condamnation pénale

8) GUILLEMIN c. France

Arrêt du 21 février 1997 - article 6 § 1 et article 1er Protocole n° 1 (violations) : durée de procédures en contestation d'expropriation et en indemnisation, et non-exécution par la commune des décisions judiciaires annulant les opérations d'expropriation

9) MULLER c. France

Arrêt du 17 mars 1997 - article 5 § 3 (violation) : durée d'une détention provisoire

10) NEIGEL c. France

Arrêt du 17 mars 1997 - article 6 § 1 (inapplicable) : durée de la procédure en réintégration et en versement de traitement engagée par une fonctionnaire municipale mise en disponibilité

11) MANTOVANELLI c. France

Arrêt du 18 mars 1997 - article 6 § 1 (violation) : expertise médicale ordonnée par une juridiction administrative et conduite non contradictoirement (art. R. 123 puis R. 164 du CTA et des CAA)

12) FOUCHER c. France

Arrêt du 18 mars 1997 - article 6 § 1 et 3 (violation) : impossibilité pour un prévenu d'avoir accès à son dossier pénal (citation directe devant un tribunal de police)

13) P.L. c. France

* entre septembre 1996 et novembre 1997 (dates qui tiennent compte des 3ème et 4ème Séminaires organisés par le CREDHO).

Arrêt du 2 avril 1997 - article 49 § 2 et § 4 du règlement A de la Cour (radiation du rôle) : peine de réclusion criminelle non réduite de la durée d'une détention provisoire subie dans le cadre d'une procédure d'instruction annulée (art. 5 § 1 et 14)

14) **PARDO c. France**

Arrêt du 29 avril 1997 - rejet : examen du bien-fondé de la demande en révision d'un arrêt antérieur présenté par la Commission (art. 58 du règlement A de la Cour)

15) **H.L.R. c. France**

Arrêt du 29 avril 1997 - article 3 (non-violation) : mesure d'expulsion d'un Colombien condamné pour trafic de stupéfiants (menaces émanant de personnes ne relevant pas de l'administration)

16) **HENTRICH c. France**

Arrêt du 3 juillet 1997 - rejet : demande en interprétation d'un arrêt antérieur déposée par la Commission (art. 57 du règlement A de la Cour)

17) **MEHEMI c. France**

Arrêt du 26 septembre 1977 - article 8 (violation) : exécution d'une interdiction définitive du territoire français à l'encontre d'un Algérien

18) **EL BOUJAÏDI c. France**

Arrêt du 26 septembre 1997 - article 8 (non-violation) : exécution d'une interdiction définitive du territoire français à l'encontre d'un Marocain

19) **SERVES c. France**

Arrêt du 20 octobre 1997 - article 6 (non-violation) : condamnation d'une personne en raison de son refus de prêter serment et de déposer devant le juge d'instruction qui l'avait citée à comparaître comme témoin (art. 109 CPP)

20) **BOUJLIFA c. France**

Arrêt du 21 octobre 1997 - article 8 (non-violation) : expulsion d'un Marocain

21) **PIERRE-BLOCH c. France**

Arrêt du 21 octobre 1997 - articles 6 et 13 (inapplicables) : procédure devant le Conseil constitutionnel siégeant en tant que juge de l'élection des députés

Ouverture

Ernest GIBERT

Président de l'Université de Rouen

Cette manifestation me paraît importante pour trois raisons au moins :

D'abord naturellement en raison du thème de recherche du CREDHO. Les droits de l'Homme ne laissent personne insensible et le hasard fait parfois bien les choses. Il y a quelques semaines pour ne pas dire quelques jours. Il y a eu une rencontre importante qui concernait les droits de l'enfant, il y a donc une continuité dans les centres d'intérêt au niveau de l'Université.

La deuxième raison c'est que nous aurons demain un pôle des sciences du tertiaire qui s'installera en centre ville dans laquelle la recherche tiendra une place tout à fait éminente. Or chacun sait, permettez-moi de le dire, que le CREDHO est l'un des centres de recherche pilote dans le domaine des sciences juridiques et que par conséquent ce n'est pas d'aujourd'hui que nous avons des espoirs sérieux qui sont fondés en particulier sur l'existence de ce groupe dont la labélisation, la reconnaissance au niveau national est déjà, sinon inscrit dans les faits, du moins dans les idées. Ce passage de l'un à l'autre devra se faire un jour.

En troisième lieu, je voudrais dire rapidement que cette rencontre que l'on l'intitule colloque ou session d'information, peu importe, est tout à fait caractéristique du type de relation que l'université en général, le pôle des sciences du tertiaire demain en particulier, souhaite nouer avec l'ensemble des professionnels. L'université, depuis longtemps déjà n'est plus un univers clos. Nous avons une phase au cours de laquelle nous avons expliqué que nous allions nous ouvrir ou nous étions sur le point de le faire. Nous sommes en train de le réaliser. Mais au-delà des discours, il y a les manifestations concrètes, les échanges réels, ceci en constitue un excellent exemple. Cet exemple devra être multiplié, parce que le pôle des sciences du tertiaire qui va s'installer dans le quartier Pasteur sera un témoignage de l'ouverture de l'université. Ce n'est pas un simple déplacement. Cela doit être l'occasion pour les juristes, les économistes et les gestionnaires, de développer les liens qu'ils entretiennent déjà avec les professionnels et d'imaginer ensemble de nouvelles formes de collaboration.

Voilà au moins trois bonnes raisons, en dehors d'un attachement particulier à cette composante, qui m'ont amené à venir vous rendre une visite très rapide. M. le président, j'espère que vous voudrez bien excuser mon départ que j'essayerai de rendre aussi peu précipité que possible. Je voudrais, pour conclure vous souhaiter une excellente journée d'échanges. Je ne doute pas de la qualité de vos travaux.

Paul TAVERNIER

*Professeur à l'Université de Paris-Sud
Directeur du CREDHO*

M. le président, avant de présenter la personnalité qui dirigera nos débats, Jean-Paul Costa, et de donner aussi la parole à Mme Fauvarque-Cosson, co-organisatrice de ce colloque avec le CREDHO et qui dira quelques mots sur l'école doctorale, je voudrais tout d'abord remercier les personnalités ici présentes ou représentées, notamment le Premier président de la Cour d'appel de Rouen représenté par M. Munier, Président du Tribunal de Grande instance de Rouen, qui a d'ailleurs participé à nos précédentes réunions. Je remercie également le Président du Tribunal de Grande instance de Dieppe, le Président du Tribunal de Grande instance du Havre représenté par Mme Poncet, ainsi que le bâtonnier Chabert. Je suis particulièrement heureux et honoré de sa présence car c'est la première fois que le bâtonnier de l'Ordre des avocats de Rouen se déplace jusqu'ici. Le Président du Tribunal administratif de Rouen, M. Philippe Bèle, viendra aussi cet après-midi. Il est représenté ce matin par son Vice-président, M. Gipoulon, qui a également assisté à nos précédentes réunions. Par ailleurs, M. Jean-François Dobelle, directeur-adjoint des affaires juridiques au ministère des Affaires étrangères, ayant été empêché, le ministère sera représenté par deux agents de la sous-direction des droits de l'Homme, Mme Michèle Dubrocard et M. Bruno Nedelec.

Je dois également excuser le juge Pettiti que les Rouennais connaissent bien pour avoir déjà participé à nos travaux, ainsi que le Greffier-adjoint de la Cour de Strasbourg, M. Paul Mahoney, Mme Le Morzellec,

ancien recteur de Rouen et professeur à l'Université de Paris-Sud, et le Doyen Sirinelli de la Faculté Jean Monnet de l'Université de Paris-Sud, qui aurait voulu faire le déplacement, mais est occupé par la préparation d'une loi qui intéresse les libertés publiques.

Bénédicte FAUVARQUE-COSSON

Professeur à l'Université de Rouen

Responsable de l'Ecole doctorale à Rouen

Je remercie Paul Tavernier de nous accueillir ici et de dire que l'Ecole doctorale s'est associée à ce colloque car c'est à lui que revient tout le mérite de l'organisation de cette Journée. L'école doctorale a apporté un petit soutien financier. Mais surtout nous le remercions de cette initiative, moi-même et tous les étudiants ici présents, de nous permettre d'assister à ce colloque. Comme il existe à Rouen un DEA de droit international, un grand nombre d'étudiants en droit international public ou privé sont intéressés, de près ou de loin, par les droits de l'Homme et pour eux, une Journée comme celle-ci est particulièrement stimulante. Cette réunion est saluée par les étudiants qui y trouvent une source d'information incomparable pour leurs travaux de thèses.

L'école doctorale de droit de Normandie a trois antennes : Rouen, Caen et le Havre. Elle organise des manifestations annuellement dans chacune de ces universités. Les étudiants de ces différentes unités peuvent assister aux différentes soutenances de thèses et bénéficier des Journées de l'école doctorale organisées par chacune des antennes. L'Ecole doctorale va créer un bulletin dans lequel les étudiants, mais aussi les enseignants, pourront publier de petits articles, des chroniques d'humeur, et des notes de jurisprudence. C'est une occasion pour les doctorants de trouver une gazette dans laquelle ils pourront faire connaître leurs réflexions sur un arrêt ou sur un thème qui leur est cher. C'est l'Université de Caen qui dirige actuellement l'Ecole doctorale et qui en prendra l'initiative. Rouen et le Havre travaillent ainsi en liaison avec Caen.

Paul TAVERNIER

Je pense, effectivement, qu'il est très important d'associer les trois Facultés des trois Universités normandes. C'est dans ce souci que les différents intervenants ont été sollicités.

Je voudrais maintenant remercier très chaleureusement Jean-Paul Costa d'être revenu à Rouen. En effet, il est y déjà venu à deux reprises dans le cadre de l'IFSA, à l'invitation de la section régionale. Je suis très heureux qu'il ait accepté mon invitation.

Jean-Paul Costa est Conseiller d'Etat. Nous nous connaissons depuis que nous fréquentions la classe de philosophie au lycée Henri IV à Paris. Nous venions tous les deux de l'autre rive de la Méditerranée, mais pas du même pays. Nous avons donc quelques liens personnels. Nous nous sommes retrouvés à la Faculté de Droit de Paris. Jean-Paul Costa était principalement étudiant à Sciences Politiques et il venait à la Faculté surtout pour les examens... Par la suite nous nous sommes perdus de vue, bien qu'il ait occupé des fonctions au ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche. Nous nous sommes retrouvés lors d'un colloque organisé au ministère des Affaires étrangères sur la Convention européenne des droits de l'Homme, puis à Postdam à l'occasion d'un autre colloque sur la préparation de la mise en oeuvre du Protocole n° 11. Jean-Paul Costa s'est toujours intéressé aux libertés publiques. Il cumule d'ailleurs ses fonctions de Conseiller d'Etat avec celle de Professeur associé de droit public, d'abord à Orléans puis à l'Université de Paris I. Il assure dans ce cadre un cours de libertés publiques où il aborde l'étude de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Il a toujours manifesté un grand intérêt pour la question. A la lecture du programme, vous avez pu vous rendre compte que les juridictions administratives sont de plus en plus concernées par ces problèmes et Jean-Paul Costa pourra exercer une influence plus grande non seulement du Palais-Royal, mais aussi peut-être bientôt à Strasbourg puisqu'il a été proposé par le gouvernement français sur une liste de trois candidats pour occuper le poste de juge à la nouvelle Cour dont M. Petzold nous avait parlé l'année dernière, et qui entrera en fonction l'année prochaine. Le Protocole n° 11 est maintenant ratifié par tous les Etats parties à la Convention et entrera en vigueur le 1^{er} novembre 1998. Le rôle des nouveaux juges qui siégeront à Strasbourg sera particulièrement important car il y aura sans doute beaucoup de bouleversements.

Rapport introductif

La Convention européenne des droits de l'Homme et la liberté religieuse

par

Jean-Paul COSTA
Conseiller d'Etat

Je remercie les organisateurs de ce colloque de m'avoir fait l'honneur et le plaisir de participer à cette manifestation, sur un sujet qui me tient à coeur. Merci notamment à Paul Tavernier, qui est un ami " de plus de trente ans ", et merci pour les paroles aimables qu'il a bien voulu prononcer à mon égard.

Je rappellerai aussi que le professeur Raymond Goy, ici présent, a publié il y a quelques années à la *Revue du Droit public* un important article sur " la garantie européenne de la liberté religieuse ", qui m'a aidé dans mes réflexions sur ce thème.

Il faut partir ici de la citation de l'article 9 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales : " 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites. 2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, à la protection des droits et libertés d'autrui ".

Ce texte a une parenté proche avec deux textes antérieurs :

- l'article 10 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 (" Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi ")

- l'article 18 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948, dont la formulation est à peu près la même que celle du premier alinéa de l'article 9 de la CEDH.

Il faut voir aussi l'article 18 du Pacte international de New-York relatif aux droits civils et politiques.

Quand on examine le problème de la liberté religieuse devant la Cour de Strasbourg, on est frappé par trois idées :

- la jurisprudence (directe ou indirecte) est peu importante ;
- une place importante - et croissante - est toutefois reconnue à la liberté religieuse, fût-ce au détriment d'autres libertés ;
- cette jurisprudence a influencé de nombreux Etats, comme la Suède ou la France.

1 • Une jurisprudence (directe ou indirecte) peu importante

Citons les quelques arrêts qui intéressent notre sujet.

- *Kjeldsen et autres c. Danemark* (7/12/1976) :

Pas de violation de l'article 9 : le fait que l'école publique, au Danemark, impose un enseignement obligatoire d'éducation sexuelle ne méconnaît aucune stipulation de la Convention et de ses Protocoles, et notamment pas l'article 9, dès lors qu'il ne s'agit pas d'un but d'endoctrinement qui puisse être considéré comme ne respectant pas les convictions religieuses et philosophiques des parents.

- *Kokkinakis c. Grèce* (25 mai 1993) :

Violation de l'article 9 : la condamnation pour prosélytisme à une peine d'emprisonnement de M. Kokkinakis, Témoin de Jéhovah qui a essayé de convertir une personne de religion orthodoxe, a certes été " prévue par la loi " au sens du § 2 (même si cette loi, votée en 1938 sous la dictature, est floue et imprécise, parce qu'elle a été précisée par une jurisprudence constante et connue). Mais la mesure est disproportionnée : en effet, elle ne correspond pas à un " besoin social impérieux ", dès lors que les juridictions grecques n'ont pas expliqué en quoi M. Kokkinakis se serait livré, par des moyens abusifs, à un véritable prosélytisme.

• Hoffmann c. Autriche (23 juin 1993) :

Pas de nécessité de se placer sur le terrain de l'article 9, mais violation des articles 8 et 14 combinés (droit au respect de la vie privée et familiale, et prohibition des discriminations, notamment religieuses). Mme Hoffmann et son mari, catholiques tous deux, ayant divorcé, et Mme Hoffmann étant devenue Témoin de Jéhovah, la Cour suprême autrichienne avait décidé qu'il fallait confier la garde des enfants au père, en raison certes du risque de marginalisation sociale des enfants et du risque pour leur vie entraîné par le refus par la mère, selon sa foi, de toute transfusion sanguine, mais aussi en raison de l'atteinte à la loi autrichienne sur l'éducation religieuse. La Cour de Strasbourg estime que la mesure est disproportionnée et fondée sur une discrimination religieuse.

• Otto Preminger Institut c. Autriche (20 septembre 1994) :

Pas de violation de l'article 10 dans le cas de la saisie et de la confiscation d'un film par les juridictions autrichiennes, film jugé blasphématoire et offensant pour la religion catholique, pratiquée par l'immense majorité des habitants du Tyrol, ce au nom donc de l'article 9. Ce film s'intitule " le Concile d'amour ", et il est tiré de la pièce fameuse et fort controversée de Panizza.

• Kalaç c. Turquie (1er juillet 1997) :

(s'agirait-il d'une nouvelle " affaire Calas ", si vous permettez ce jeu de mots qui permet d'évoquer les mânes de Voltaire, grand défenseur de la liberté religieuse ?)

Pas de violation de l'article 9. Il s'agissait d'un magistrat militaire mis d'office à la retraite parce que son comportement et ses agissements " révélaient qu'il avait adopté des opinions intégristes (musulmanes) illégales ". La décision avait été prise par le Conseil supérieur militaire (composé du Premier ministre, du ministre de la Défense, du chef d'état-major et des onze plus hauts généraux de l'armée turque).

Bien que la Commission ait, à l'unanimité, retenu la violation de l'article 9, la Cour conclut, à l'unanimité, à la non-violation, parce qu'un militaire est soumis à des obligations de discipline plus exigeantes, parce que M. Kalaç a pu s'acquitter des obligations habituelles de la religion musulmane, enfin parce que la mise à la retraite s'est fondée, non sur les convictions religieuses de M. Kalaç, mais sur ses comportements et agissements, contraires à la discipline comme au principe de laïcité (participation à un mouvement " sectaire ", le souleymanisme, formation et nomination de militaires y appartenant).

Quant à la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'Homme (voir l'article déjà cité du professeur Raymond Goy, " La garantie européenne de la liberté de religion ", à la Revue du Droit public de 1991, pages 5 à 60), elle est plus abondante. Elle se caractérise à la fois par un souci de protection effective de la liberté religieuse, mais aussi par un souci de réalisme : il faut notamment prouver que la religion qu'on invoque existe et que les agissements dont on revendique le libre exercice sont bien réels dans le cadre de la religion qu'on invoque.

A noter - à nouveau - l'opposition étonnante entre la Commission et la Cour dans l'affaire Kalaç c. Turquie. il arrive bien sûr que les deux instances soient d'opinion opposée, mais en l'espèce chacune a été unanime dans son opinion !

2 • Une place importante - et croissante - de la liberté religieuse dans la jurisprudence de la Cour

Il faut d'abord citer le considérant de principe de Kokkinakis c. Grèce " Telle que la protège l'article 9, la liberté de pensée, de conscience et de religion représente l'une des assises d'une " société démocratique " au sens de la Convention. Elle figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie, mais elle est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents. Il y va du pluralisme - chèrement conquis au cours des siècles - consubstantiel à pareille société ". Ce considérant de principe est d'autant plus

remarquable, et a été d'autant plus remarqué, que, à strictement parler, il n'était pas nécessaire à la solution du litige.

La liberté religieuse acquiert ainsi une place centrale. Faiblement protégée dans l'arrêt Kjeldsen, elle l'est beaucoup plus dans la jurisprudence ultérieure, depuis Kokkinakis, fût-ce au détriment d'autres libertés : la liberté d'expression (Otto Preminger), le droit au respect de la vie (Hoffmann). A cet égard, on peut noter que les juridictions françaises vont moins loin dans leur défense de la liberté religieuse que la Cour :

- pour le film " la dernière tentation du Christ ", de Martin Scorsese, la Cour d'appel de Paris (arrêt du 27 septembre 1988) a refusé l'interdiction du film, et le Conseil d'Etat (arrêt Pichène du 9 mai 1990, *Recueil Lebon*, p. 116) a rejeté un recours dirigé contre l'obtention du visa d'exploitation pour ce film (aussi contesté par certains que " le Concile d'amour ") ;

- en matière de Témoins de Jéhovah, le Conseil d'Etat a estimé légal le refus d'agrément en vue de l'adoption opposé à des parents appartenant à cette foi, en raison des risques (refus de toute transfusion sanguine) pour l'enfant susceptible d'être adopté ;

- l'arrêt Kalaç c. Turquie marque cependant un point d'arrêt de la protection de la liberté religieuse. Est-ce un vrai renversement ? Nul ne le sait. En tout cas, comme le remarquait le professeur Goy, les intégrismes et les sectes constitueront le défi des années à venir... Il sera intéressant d'observer la jurisprudence de la Cour dans le futur.

3 • La Convention a influencé les Etats contractants

Quelques exemples peuvent être fournis, sans évidemment épuiser le sujet :

a) La Suède a modifié sa législation, au début des années 50, pour tenir compte de l'article 9 (et plus précisément de la liberté de changer de religion), car jusque là il était interdit de quitter l'Eglise d'Etat si c'était pour devenir membre d'une religion non chrétienne.

b) La France : les solutions données par le Conseil d'Etat à l'affaire dite du " foulard islamique " ont été beaucoup influencées par l'article 9, tel qu'il a été appliqué par la Cour européenne des droits de l'Homme, qu'il s'agisse du célèbre avis du 27 novembre 1989 ou de la jurisprudence contentieuse ultérieure. Le Conseil d'Etat s'est largement fondé sur l'article 9, qui n'est certes pas extrêmement facile de concilier avec le principe constitutionnel de laïcité lequel a un caractère supra-conventionnel !), mais la conciliation a été opérée, dans le sens d'une conception ouverte de la laïcité, mal acceptée par les tenants d'une laïcité pure et dure.

c) La Grèce songe à abolir ou à modifier la loi de 1938 sur le prosélytisme, mais elle ne l'a pas encore fait en raison des problèmes politiques et constitutionnels que cela pose.

Mais à l'avenir on va beaucoup attendre de Strasbourg. Je ne donnerai qu'un exemple de ces attentes : il s'agit des démêlés qui opposent l'Allemagne et l'Eglise de scientologie et de la polémique entre les Etats-Unis, défenseurs de la liberté religieuse, même en faveur des sectes, et l'Allemagne, hostile à celles d'entre elles qui se livrent à des abus, voire à des délits.

En **conclusion**, on peut dire que l'importance de la liberté religieuse est en quelque sorte inversement proportionnelle au nombre de cas, relativement faible, sur lesquels la Commission a statué et la Cour a jugé. Mais tout donne à penser qu'à l'avenir la jurisprudence sera plus abondante. Il y a au moins trois raisons à cela :

- l'immigration, en Europe, a multiplié les religions qui n'y étaient pas présentes traditionnellement (l'islam, le bouddhisme, les religions africaines). Ainsi la communauté turque en Allemagne voudrait que l'islam bénéficie de l'impôt d'Etat (Kirchensteuer)...

- la multiplication des intégrismes (musulman, chrétien, juif...) pose des problèmes nouveaux de manifestation de sa religion, en privé mais aussi en public ;

- le développement des sectes va pousser la future Cour à clarifier les jurisprudences des Etats : où finit une secte ? ou commence une religion ? Le sujet traité aujourd'hui sera de plus en plus d'actualité... En tout cas, Mesdames et Messieurs, je vous remercie de votre attention.

Débats

Raymond Goy

Ayant été nommé, je me dois de réagir et de dire combien j'ai été content et heureux à la fois d'être lu mais surtout d'être actualisé d'une façon aussi vivante et aussi complète. Ce que vous disiez en terminant m'amène à l'article 9 qui m'a posé un problème parce qu'il met sur le même plan la liberté d'opinion, de conscience et de religion. Et c'est vrai qu'écrire sur la liberté de religion, c'est se demander en parcourant les décisions, s'il s'agit de liberté de religion, par exemple pour certaines sectes et même certaines entreprises commerciales, parce que la scientologie est venue devant les tribunaux suédois et devant la Commission européenne comme une marchande de matériel mesurant la foi. Il y a aussi une liberté de pensée qui se présente comme une religion négative. Dans ces conditions, on se rend bien compte qu'il faut retenir ce qui concerne la religion, mais utiliser le reste parce que c'est exactement la même problématique. Dans l'affaire Kjeldsen, il est fait peu de place aux opinions religieuses. C'est surtout des opinions morales. Sur les six requérants, il y avait trois pasteurs dont une femme ; ils invoquaient essentiellement des opinions morales. On est donc un peu gêné pour présenter la liberté religieuse dans la mesure où elle n'est pas spécifiquement distinguée des autres. En même temps, elle participe à toute une jurisprudence cohérente et permet de raisonner de façon plus large sur cette liberté de pensée à laquelle les Français sont attachés.

Jean-Paul Costa

Je voudrais commenter ce que vous venez de dire. D'abord je crois que la liberté religieuse est importante pour ceux qui croient au Ciel, mais aussi pour ceux qui n'y croient pas. C'est ce que l'arrêt Kokkinakis a essayé de dire dans un considérant de principe que j'ai lu tout à l'heure. Je pense qu'il serait tout à fait excessif et préjudiciable d'oublier - la Cour s'est gardée de le faire - les athées, les sceptiques, les agnostiques, les indifférents, et d'ailleurs au cours d'une vie, la même personne peut être croyante et non-croyante, ce qui relativise ce genre de problème.

En revanche, vous avez sans doute compris que je n'étais pas très favorable à l'arrêt Otto Preminger Institut. Dans cette affaire la Cour de Strasbourg a arbitré un conflit de liberté dans un sens qui me semble un peu critiquable, et je dirais respectueusement, rétrograde, parce qu'après tout que des gens soient choqués par un film qui représente le Christ et la Vierge dans des situations et des postures qu'ils considèrent comme blasphématoires, je le comprends très bien, mais personne n'est jamais obligé d'aller au cinéma. Il n'y a pas un devoir d'expression cinématographique, et dans tous les débats récurrents, on l'a vu avec le film de Martin Scorsese, qui hélas, je le rappelle, a provoqué mort d'homme, puisque des intégristes, à Paris, ont posé une bombe dans un cinéma sur le boulevard St Michel et il y a quelqu'un qui est mort, ou bien le film de Milos Forman ou les films de Jean-Luc Godard ; je constate que les juridictions françaises, aussi bien judiciaires qu'administratives, ont toujours été très protectrices et respectueuses de la liberté d'expression. Et puisque j'invoquais les mânes de Voltaire, celui-ci se battait pour la liberté religieuse, mais il se battait aussi pour la liberté d'expression. Je crois que les deux sont tout à fait respectables et dignes d'être protégées. Evidemment, l'arbitrage au cas par cas est toujours un exercice difficile et il faut accepter qu'une juridiction vote à la majorité, et que la majorité a juridiquement raison car elle est juridiquement majoritaire... Mais personnellement je n'aurais pas voté, si j'avais été juge, dans le même sens que la majorité dans l'arrêt Otto Preminger Institut. C'est une opinion dissidente rétrospective !

Laurence Burgorgue-Larsen

Je voulais faire une observation à propos de la jurisprudence européenne en matière de liberté de religion et profiter de votre présence pour vous poser une question.

Il y a effectivement un contentieux grec qui s'est développé à la Cour de Strasbourg. A ce propos il convient de mentionner l'affaire Manoussakis du 26 septembre 1996 à l'occasion de laquelle le juge européen a eu à formuler le principe bien connu en France, pays laïc, de la neutralité de l'Etat. Toutefois, dans cette affaire, était en cause un Etat qui pour sa part n'est pas un Etat laïc et où la religion orthodoxe tient une place importante, sinon exclusive. Il semble donc que la neutralité soit érigée par la Cour en principe cardinal qui doit guider l'attitude des Etats en matière religieuse.

Ma question concerne un point qui a fait couler beaucoup d'encre parmi la doctrine et qui concerne les arrêts récents rendus par le Conseil d'Etat en matière de liberté de religion et plus particulièrement ceux concernant les affaires dites du "foulard". Dans les arrêts de novembre 1996 - cela a-t-il une importance particulière ? - fait défaut dans les visas des arrêts du Conseil, la reproduction d'un extrait important de

l'avis de 1989 qui existait dans les arrêts précédents. Comment expliquer la disparition de cette référence classique à l'avis de novembre 1989 ?

Jean-Paul Costa

Je pense qu'il y a des points de suspensions implicites ou explicites. Le Conseil d'Etat n'a pas bougé d'un iota, à tort ou à raison d'ailleurs, depuis l'avis de novembre 1989 et donc ces visas ou ces citations de l'avis sont les mêmes. C'est peut être pour des raisons de commodité qu'on a raccourci mais ceci n'a pas changé. Je peux d'ailleurs vous rappeler que dans l'avis du 27 novembre 1989 est cité parmi les visas, en bonne place, l'article 9 de la Convention européenne.

Paul Tavernier

Je pense qu'effectivement c'est un problème qui sera régulièrement inscrit au rôle de la Cour de Strasbourg. Plusieurs affaires pendantes concernent toujours la Grèce. Outre l'arrêt Kalaç, relatif à la Turquie, il y aura certainement d'autres affaires. Pour le moment la jurisprudence grecque concerne essentiellement les témoins de Jéhovah, mais toutes sortes de problèmes surgissent, notamment les problèmes administratifs d'ouverture d'un lieu de culte, la question des ministres de culte, etc. Cette question est importante en Grèce par rapport aux témoins de Jéhovah parce qu'ils sont considérés comme adeptes d'une religion qui n'est pas officielle mais qui a le statut d'une simple religion reconnue. La Grèce compte quatre religions reconnues. Je voudrais aussi vous signaler que Mme Basdevant, qui a enseigné à Rouen et qui est maintenant à l'Université de Paris-Sud, a organisé il y a trois ans un colloque sur le statut constitutionnel des religions dans les Etats européens. Ce colloque a fait l'objet d'une publication, malheureusement un peu confidentielle. Je vous l'indique parce qu'il y a une série d'articles très intéressants, soit généraux soit sur les différents pays de la Communauté qui étaient moins nombreux à l'époque, et on a un tableau assez complet du statut constitutionnel des religions sur le plan européen¹.

Jean-Paul Costa

Si tu permets je voudrais juste dire un mot là dessus. Pour nous, le problème "sectes et religions" est un problème en principe insoluble puisque la République étant laïque, on ne peut pas distinguer ce qui est religieusement correct de ce qui ne l'est pas. Mais le problème va se poser en Alsace et en Moselle où il y a quatre religions reconnues qui sont le catholicisme, le judaïsme et deux confessions protestantes. Il ne s'est pas encore posé à ma connaissance à propos des sectes. Certains d'ailleurs, en Alsace et en Moselle, se demandent si l'islam ne pourrait pas bénéficier d'un régime proche de celui des quatre religions reconnues. Par exemple, les imams pourraient être payés par l'Etat. En écho à ce colloque organisé par Mme Basdevant, je crois qu'il y a toute une réflexion à entreprendre, en Europe, à l'heure actuelle, sur les rapports entre l'Etat, les églises, les sectes, les religions, et les courants de pensée, qui sont aussi partie prenante de cette réflexion.

Paul Tavernier

Si je peux encore ajouter un mot, je rappellerai qu'il y a eu un arrêt à Lyon concernant l'église de la Scientologie. On a dit, à mon avis, quelques bêtises à ce sujet parce que cette décision judiciaire n'a pas reconnu la scientologie comme une religion. Elle a simplement considéré que même si on reconnaissait l'église de scientologie comme une religion, cela ne changerait pas le problème. C'est une opinion personnelle, mais je pense qu'il faut être très prudent. Le problème de la limite entre la secte et la religion est très difficile à résoudre, que ce soit en France ou sur le plan européen. Il faut regarder les choses de très près, quelles que soient les prises de position d'éminents juristes sur ce point...

Wilfried Paris (étudiant en droit international)

J'ai fait l'année dernière un mémoire relatif au problème des droits de l'Homme en Europe et des sectes et j'aimerais avoir votre avis sur la question suivante : pensez vous qu'il existe réellement un intérêt à distinguer une religion d'une secte, compte tenu du dispositif législatif qui existe déjà ?

Jean-Paul Costa

J'ai essayé de répondre à votre question il y a quelque mois dans un article publié dans les mélanges en l'honneur de Georges Dupuis dont le titre est "Sectes, et religions, où sont les différences ?". Cela a évidemment un intérêt, est ce qu'une confession non traditionnelle, et j'emploie volontairement ce terme

¹ *Le statut constitutionnel des cultes dans les pays de l'Union européenne*, Paris-Milan : Litec-Giuffrè, 1995, 233 p.

vague, peut bénéficier des libertés reconnues dans le cadre de la loi de 1905 aux associations culturelles ? Et d'une manière générale est-ce que des mouvements religieux nouveaux peuvent exercer leur liberté de culte qui est protégé par la loi de 1905 ?

Les juridictions judiciaires et administratives ont tout de même répondu empiriquement à cette question et plutôt dans le sens affirmatif. Par exemple, il y a un arrêt du Conseil d'Etat, Association Internationale pour la conscience de Krishna, qui admet que cette association se livre à l'exercice d'un culte et donc a droit à la liberté. Le préfet de police de Paris ne peut donc pas interdire l'exercice de cette liberté de culte. Il peut bien entendu interdire les atteintes à l'ordre public par exemple sous l'angle du bruit et de la sécurité. Ce n'est peut-être pas important sous l'angle juridique parce que c'est une question juridiquement insoluble, mais c'est important sur le plan pratique, et quand quelqu'un fait partie d'une secte, savoir si cette secte a un objet religieux ou culturel, ou associatif, ou sportif, c'est très important parce que les conséquences financières ou fiscales ne sont pas les mêmes.

Séance du matin sous la présidence de Patrick COURBE

Professeur à l'Université de Rouen, Responsable du DEA Droit international et européen

La présidence étant confiée à M. Costa, je ne serais que le modérateur de ce débat dont le rôle finalement est relativement réduit car, comme disait un disciple inconnu de Lao Tseu, le modérateur doit savoir se taire. Je vais brièvement vous présenter les intervenants de ce matin qui vont vous parler de la jurisprudence de la Cour : Paul Tavernier qui vous parlera des affaires françaises en cours devant la juridiction de Strasbourg. M. Michel Mouchard qui est Vice-président du Tribunal de grande instance de Rouen et un fidèle de nos travaux puisque tous les ans il participe à nos débats, nous fait l'amitié d'évoquer, et peut être prendra-t-il parti, la façon dont la Cour de cassation respecte elle même les dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme. Et enfin Me Delaporte, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, ancien chargé de cours à l'Université de Rouen (les plus anciens parmi nous se souviennent des enseignements qu'il nous a dispensés et du goût du droit qu'il nous a transmis), nous parlera d'une question extrêmement difficile, des rapports entre la Convention européenne et le droit communautaire à propos d'une histoire de médicaments sur laquelle il fera toute la lumière j'en suis sûr.

Les affaires françaises en cours devant la Cour de Strasbourg

par

Paul TAVERNIER

Professeur à l'Université de Paris-Sud, Directeur du CREDHO

Je vais vous présenter les affaires pendantes devant la Cour de Strasbourg. Celle-ci a rendu cette année 15 arrêts concernant la France, ce qui constitue un nombre considérable, mais elle sera aussi amenée à se prononcer bientôt dans 24 affaires qui sont inscrites au rôle de la Cour (voir *infra*, tableau n° 1). La France se trouve ainsi en tête des affaires pendantes. Il y en a au total une bonne centaine, ce qui est beaucoup et risque de poser un certain nombre de problèmes lorsque l'actuelle Cour sera remplacée par la nouvelle. En effet, suivant les dispositions du Protocole 11, les affaires pendantes seront transmises à la Grande Chambre de la nouvelle Cour (article 5, paragraphe 5).

La France, avec 24 affaires, se place donc au premier rang, suivie de la Turquie (18 affaires), du Royaume-Uni (12 affaires), de l'Italie (11 affaires), de la Grèce (8 affaires), de l'Espagne et des Pays-Bas (5 affaires chacun) et la Belgique, qui fut un bon client de la Cour, n'a actuellement que deux affaires inscrites au rôle, ainsi que la Finlande et l'Autriche. Il s'agit bien sûr de simples indications et il ne faut pas en tirer des conclusions trop hâtives, car on a souvent l'impression que le nombre des affaires signifie que les libertés publiques et les droits de l'Homme ne sont pas respectés dans ce pays. En fait, il conviendrait de pousser l'analyse plus loin et cela nous prendrait trop de temps.

J'ai essayé, à partir de l'ensemble de ces 24 affaires, d'extraire des statistiques quelques enseignements sur différents points qui peuvent éclairer la nature du contentieux français à Strasbourg. On pourrait de la même manière faire des études précises sur les arrêts rendus par la Cour et les requêtes devant la Commission. A propos de la nationalité des requérants, j'ai pu constater que sur les 23 affaires pendantes, mise à part une affaire portant sur l'application de l'article 50, il y a 20 requérants français et trois requérants étrangers dont deux algériens et un malien. Il n'y a pas dans cet échantillon d'affaires mettant en cause des personnes morales. Tous les requérants sont des requérants individuels, des personnes physiques. Il n'y a pas apparemment de requête collective, mais il y a tout de même une affaire qui regroupe plus de 100 requérants appartenant à SOS Médecins, ce qui peut être assimilé à une requête collective. Il y a aussi une affaire un peu spécifique, presque folklorique, qui concerne Papeete, avec 23 requérants, à propos d'un problème complexe de succession. Enfin il y a une requête qui a été déposée par deux requérants et qui concerne l'Alsace-Lorraine. Au départ, cette affaire était soutenue par un syndicat (CFDT), mais la Commission a considéré que la requête était irrecevable en ce qui concerne le syndicat, dans la mesure où il n'était pas victime en lui-même d'une violation de la Convention.

On peut aussi envisager l'âge des requérants. Sur le plan statistique, on s'aperçoit que l'âge moyen des requérants est finalement assez élevé, ce qui n'est pas étonnant puisque les procédures de Strasbourg s'ajoutent aux procédures nationales. En moyenne sur 149 requérants individuels, il y en a 56 qui sont dans la tranche d'âge 30-40 ans (soit 37,5 %), 68 dans la tranche 40-50 ans (soit 45,6 %). On trouve même un requérant qui a plus de 90 ans ! et un requérant dans la tranche d'âge de 20-30 ans, impliqué dans une affaire intéressante puisqu'il s'agit du permis de conduire à points. On note donc une diversité en ce qui concerne l'âge des requérants, mais tout de même une concentration forte au sommet de la pyramide (voir tableau n° 2, *infra*).

J'ai aussi essayé de voir si on pouvait dresser une sorte de géographie des requêtes. Il est parfois difficile de localiser une requête parce que souvent l'affaire remonte aux juridictions supérieures, donc jusqu'au Conseil d'Etat, à la Cour de cassation et même au Conseil constitutionnel. Il y a donc forcément une concentration sur la région parisienne. Les affaires qui concernent cette région sont assez nombreuses étant donné la structure de notre pays sur le plan sociologique ou juridique. Il y a plusieurs affaires qui concernent le Tribunal administratif de Versailles, notamment le problème du permis de conduire à points, d'autres affaires mettent en cause la Cour d'appel de Papeete, le Tribunal administratif de Rennes, la Cour administrative d'appel de Nantes, et le Tribunal administratif d'Amiens. La diversité géographique est par

conséquent assez bien respectée en ce qui concerne l'origine des requêtes. Il faudrait des études plus poussées pour aboutir à des conclusions vraiment significatives. Pour les juristes, l'intérêt réside essentiellement dans le contenu des affaires (voir tableau n° 3, *infra*).

Je me suis donc fondé sur les rapports de la Commission puisque la procédure se termine devant la Commission par un rapport. Celle-ci donne un avis sur la violation de la Convention et ensuite la Cour est éventuellement saisie. Mon étude porte sur 23 rapports, 20 concluent à la violation de la Convention et trois seulement à l'absence de violation (voir tableau n° 1, *infra*). Une affaire concerne les étrangers (affaire Dalia) : il s'agit d'un contentieux qui se poursuit et dont on aura une illustration cet après midi. Il concerne traditionnellement les articles 3 et 8 de la Convention (problèmes d'expulsion et d'interdiction du territoire). L'article 5, très important puisqu'il consacre la liberté individuelle, ne fait l'objet que d'un recours, c'est l'affaire Soumaré. Il y a une nouvelle affaire sur les écoutes téléphoniques (article 8 et 13) : celle-ci porte sur des écoutes téléphoniques judiciaires, en application de la loi de 1991. Ce qui me paraît intéressant dans cette affaire, c'est qu'il s'agit d'écoutes non pas de la ligne du requérant, mais d'un tiers, et se pose alors un problème particulier au regard de la Convention plus qu'au regard du droit français (affaire Lambert). Outre cela, une affaire importante est relative à l'article 10 (liberté d'expression), c'est l'affaire Lehideux et Isorni dont le premier requérant est un ancien ministre du maréchal Pétain et l'autre était l'avocat de celui-ci. Elle donnera lieu à un arrêt sur des questions où l'avis de la Commission a été partagé. Certains membres de la Commission ont fait remarquer qu'il s'agissait de problèmes intéressant essentiellement la nation, donc le regard du peuple français sur sa propre histoire. Dans ces conditions, est-ce que les instances européennes doivent intervenir dans ce débat ? La question est délicate. Toutefois, la grande majorité des affaires actuellement pendantes devant la Cour de Strasbourg concerne l'article 6 (équité de la procédure). Il est vrai que cet article 6 est une petite Convention dans la Convention en ce qu'il comporte beaucoup d'aspects très différents. Deux affaires reprennent des problèmes déjà présentés en 1994 par Me Delaporte à propos de l'affaire Poitrimol : les affaires Omar et Guérin soulèvent la question d'une jurisprudence qui n'a pas été acceptée par la Cour de cassation (*Cahiers du CREDHO*, n° 2, pp. 43-62).

Cela permet d'évoquer le problème très délicat, à la fois juridique et politique, de l'exécution des arrêts de la Cour de Strasbourg : ceux-ci ont bien sûr un effet relatif, mais il est difficile de ne pas en tenir compte d'une manière plus large. Les affaires concernant l'article 6, notamment l'affaire Higgins dont je parlais et qui met en cause la Cour d'appel de Papeete et la Cour de cassation, peuvent être intéressantes à cet égard. L'affaire Zielinski et Pradal est relative au régime d'une prime de difficulté particulière tenant à l'application du droit local en Alsace-Lorraine dont les modalités ont été remises en cause par les organismes de Sécurité sociale. Les juridictions françaises avaient donné raison au syndicat et au requérant, mais une intervention législative a renversé la situation, ce qui pose le problème de l'autonomie des autorités judiciaires et juridictionnelles, et de leur indépendance à l'égard du législateur.

Une autre affaire concerne l'accès aux tribunaux et met en cause la procédure d'instruction. Une affaire porte sur la présomption d'innocence et des propos d'experts (affaire Bernard). L'affaire Gautrin et autres (affaire SOS Médecins) soulève le problème maintenant classique de l'équité de la procédure devant les ordres professionnels, ici devant l'Ordre des médecins. Le reste des affaires portent sur des problèmes concernant la durée de la procédure : durée de la procédure pénale et durée de la procédure administrative. Parmi celles-ci, plusieurs touchent à des questions déjà abordées cette année dans la jurisprudence Neigel dont on nous parlera, mais qui n'a pas réglé définitivement le problème. Toutes sortes de fonctionnaires ou agents publics se plaignent de la durée de la procédure devant les Tribunaux administratifs. Une requête conteste la notation d'un officier de marine pour l'année 1983. Nous sommes en 1997, et la durée peut paraître a priori excessive (affaire Maillard). Les décisions de la Commission sont quelquefois un peu contradictoires. Dans l'affaire Maillard, la Commission a considéré que l'article 6 n'était pas applicable pour des raisons qui ne paraissent pas emporter la conviction. Il est donc possible que la Cour soit amenée à adopter des positions plus fermes bien qu'elle ne soit pas toujours très claire dans ses arrêts. Elle applique maintenant assez largement l'article 6 et les exigences de la Convention à des procédures administratives, mais les critères qui ont été avancés par la Cour ne sont pas toujours très précis.

L'affaire du permis de conduire à points soulève aussi un problème d'application de la Convention au regard de l'article 6, dans la mesure où le retrait des points est automatique. Il s'agit de savoir d'abord si la Convention est applicable et si cela met en cause le droit d'accès à un tribunal (affaire Malige).

Faute de temps, je ne suis pas entré dans les détails. Je signale tout de même que les avis de la Commission sont souvent très intéressants. Par exemple, l'affaire Zielenski et Pradal, c'est-à-dire l'affaire de la prime concernant les organismes de Sécurité sociale, met en réalité en cause le Conseil constitutionnel lui-même. Il s'agit en effet d'une intervention législative dans une procédure judiciaire pendante. La loi précisait qu'elle ne portait pas atteinte aux décisions devenues définitives. Mais d'après le rapport de la Commission, la Cour de Cassation a distingué entre les affaires définitivement réglées et les affaires irrévocables qui peuvent encore être remises en cause. Je dois avouer que je ne connaissais pas cette distinction, mais comme je l'ai dit, cela remet en cause indirectement le Conseil constitutionnel parce que la loi en question avait été déclarée constitutionnelle et la Commission n'a pas hésité à affirmer que même si le Conseil constitutionnel prend en compte des principes comme le respect des droits de la défense, cela n'équivaut pas à un certificat de conformité avec la Convention européenne des droits de l'Homme. Je pense que la Cour sera appelée à se prononcer sur cette délicate question et je terminerai cette présentation trop rapide des affaires en cours sur ces perspectives en forme de point d'interrogation.

Tableau n° 1
Affaires pendantes devant la Cour
concernant la France (novembre 1997)
(par ordre de saisine de la Cour)

Nom du requérant	N° de la requête	Date du rapport de la Commission	Objet de la requête (articles visés) violation/non-violation
GUILLEMIN (art.50)			
HIGGINS et autres	20124/92	04/09/1996	art. 6 § 1 équité : violation
DALIA	26102/95	24/10/1996	art. 8 et 13, interdiction du territoire : non-violation
BERNARD	22885/93	22/10/1996	art. 6 §§ 1 et 2 : violation (7 voix c.7)
HUBER	26637/95	15/10/1996	art. 6 § 1 (durée procédure administrative) : violation
DOUSTALY	26256/95	27/11/1996	art. 6 § 1 : id.
REINHARDT (FUR)	22921/93	26/11/1996	art. 6 § 1 et 3b : équité et durée procédure pénale : violation
SLIMANE-KAID	23043/93	26/11/1996	id.
MAILLARD	26586/95	17/01/1997	art. 6 § 1 : durée procédure administrative : non-violation
GAUTRIN et autres	21257/93 et 21260/93	26/11/1996	art. 6 § 1 : SOS Médecins : violation
CAZENAVE DE LA ROCHE	25549/94	27/11/1996	art. 6 § 1 : durée procédure administrative : violation
OMAR	24767/94	06/03/1997	art. 6 § 1 : violation
SOUMARÉ	23824/94	14/01/1997	art. 5 § 4 : violation
GUÉRIN	25201/94	11/04/1997	art. 6 : violation
LEHIDEUX et ISORNI	24662/94	08/04/1997	art. 10 : violation
MALIGE	27812/95	29/05/1997	art. 6 § 1 (permis de conduire à points) : non-violation
LE CALVEZ	25554/94	26/02/1997	art. 6 § 1 : durée procédure administrative : violation
LAMBERT	23618/94	01/07/1997	art. 8 et 13 : écoutes téléphoniques : violation
PAILOT	32217/96	09/07/1997	art. 6 § 1 : durée procédure (Sida) : violation
COUEZ	24271/94	21/05/1997	art. 6 § 1 : durée procédure administrative : violation
A. B.	26106/95	28/05/1997	art. 6 § 1, id.
AIT-MOUHOUB	22924/93	09/09/1997	art. 6 § 1 : accès à un tribunal : violation
ZIELINSKI et PRADAL	24846/94	09/09/1997	art. 6 § 1 : intervention du législateur : violation
RICHARD	33441/96	16/09/1997	art. 6 § 1 : durée procédure (Sida) : violation

Tableau n° 2
Age des requérants

Age	Nb	%
20-30 ans	2	1,4
30-40 ans	56	37,5
40-50 ans	68	45,6
50-60 ans	12	8
60-70 ans	8	5,4
70-80 ans	2	1,4
80-90 ans	0	0
90-100 ans	1	0,7
Total	149	100 %

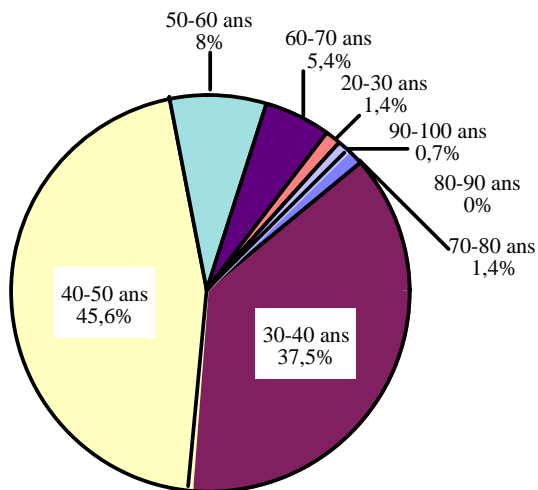
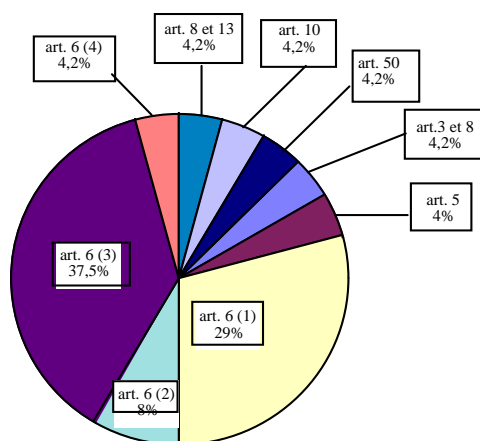


Tableau n° 3
Objet des affaires*
 (articles de la Convention en cause)

Article concerné	Nb d'affaires	%
art. 3 et 8	1	4,2
art. 5	1	4,2
art. 6	19	79
- équité procédure (1)	7	29
- durée procédure pénale (2)	2	8,3
- durée procédure administrative(3)	9	37,5
- droit à un tribunal (4)	1	4,2
art. 8 et 13	1	4,2
art. 10	1	4,2
art. 50	1	4,2
Total	24	100 %

* Les affaires françaises pendantes ne concernent que 7 articles de la Convention et sont concentrées principalement sur l'article 6 (79 %).



Patrick Courbe

On ne peut pas être vraiment très étonné de la masse des affaires concernant l'équité ou la durée de la procédure parce que la psychologie sommaire du justiciable qui perd son procès c'est toujours de trouver un responsable. Le premier responsable, c'est son avocat, et ensuite, c'est le juge. Soit la procédure a été trop longue, soit elle a été inéquitable : le juge n'a pas pris en considération ses arguments. Finalement, c'est peut être moins grave sur le plan des atteintes aux droits de l'Homme, que sur les questions de fond.

**L'équité de la procédure devant la Cour de cassation
en matière civile et pénale :
affaires Levages Prestations Services (23 octobre 1996)
et Vacher (17 décembre 1996)**

par

Michel MOUCHARD

Vice-Président du Tribunal de Grande instance de Rouen chargé de l'Instruction

Il serait certainement exagéré de prétendre que les intérêts en jeu dans les procédures suivies devant les juridictions françaises et dans lesquelles étaient impliqués pour l'une la société Levages Prestations Services (LPS) pour l'autre M. Vacher étaient considérables.

Ces deux procès, l'un civil, l'autre pénal, qui en dépit de la modicité de leur intérêt pécuniaire pour les parties ont été jusqu'à épuisement des voies de recours internes ont toutefois eu l'avantage de donner à la Cour européenne l'occasion de préciser sa position sur la procédure suivie devant la Cour de cassation française.

Plus d'ailleurs que des précisions, la Cour apporte par ces deux décisions la confirmation de principes déjà connus :

Le premier de ceux-ci est qu'elle n'a pas selon les termes mêmes de l'arrêt Vacher "à apprécier le système français d'instruction des pourvois" et qu'elle doit "se borner à examiner le problème soulevé par le cas concret dont on l'a saisie".

Les deux suivants sont exprimés dans une formulation très voisine de celle déjà employée dans des arrêts connus auxquels les décisions font explicitement référence qu'il s'agisse de l'arrêt Delcourt c. Belgique du 17 janvier 1970 ou Dombo Beheer c. Pays Bas du 27 octobre 1993 :

"La manière dont l'article 6 s'applique dépend à l'évidence des particularités de la procédure en cause et, pour apprécier si ses exigences ont été respectées, il faut prendre en compte le rôle joué par la Cour de cassation".

"Les impératifs inhérents à la notion de procès équitable ne sont pas nécessairement les mêmes dans les litiges relatifs à des droits et obligations de caractère civil que dans les affaires concernant des accusations en matière pénale: les Etats contractant jouissent notamment d'une latitude plus grande dans le domaine du contentieux civil que pour les poursuites pénales".

C'est donc après un examen minutieux du droit et des pratiques internes qu'à l'inverse de la Société LPS, M. Vacher va obtenir de la Cour un constat de violation.

Le 9 février 1990, le Tribunal correctionnel de Nanterre condamnait Gérard Vacher, gérant de société à une peine d'amende de 8000F assortie du sursis et à la mise en conformité à l'issue d'une poursuite pour infraction au droit de l'urbanisme. La Cour d'Appel de Versailles confirmait cette condamnation le 25 mai 1991 par une décision frappée le 28 du même mois d'un pourvoi en cassation par G. Vacher. Le 14 août 1991, G. Vacher qui n'était pas, comme la loi le permet en matière pénale assisté d'un avocat aux conseils faisait parvenir à l'appui de son pourvoi un mémoire ampliatif. Il recevait le 3 septembre 1991 une lettre du greffier en chef de la Cour de cassation qui l'informait que son mémoire était tardif, la chambre criminelle ayant rendu le 6/8/91 un arrêt de rejet. La notification lui apprenait qu'il était motivé par le fait qu'aucun moyen n'avait été produit à l'appui du pourvoi.

G. Vacher saisissait la Commission le 18 novembre 1991 estimant, sur la base des § 1 et 3 b et c de l'article 6 de la Convention n'avoir pas bénéficié d'un procès équitable et n'avoir pu exercer ses droits de la

défense, la Cour de cassation ayant rejeté son pourvoi pour défaut de moyen deux mois et demi après son introduction sans l'avoir avisé d'un délai pour présenter son mémoire.

Le requérant posait donc, une nouvelle fois serait-on tenté de dire, le problème de la compatibilité avec les dispositions de la Convention, notamment son article 6, de la procédure suivie devant la Cour de cassation en matière pénale.

Pour en résumer l'économie, il convient de rappeler qu'à l'époque où la décision concernant M. Vacher est intervenue le pourvoi doit être formé dans les cinq jours auprès du greffier de la juridiction qui a rendu la décision attaquée, que le demandeur en cassation peut, soit en faisant sa déclaration, soit dans les dix jours, déposer au greffe un mémoire contenant ses moyens de cassation, que passé ce délai, le demandeur condamné pénalement et lui seul, les autres parties n'étant pas dispensées du ministère d'un avocat aux Conseils, a la possibilité d'adresser son mémoire au greffe de la Cour de cassation. Le greffier de la juridiction ayant rendu la décision critiquée doit faire parvenir au greffe de la Cour de cassation dans les vingt jours le dossier auquel est joint la déclaration de pourvoi et éventuellement le mémoire.

La procédure proprement dite d'instruction du pourvoi débute alors dont il faut essentiellement retenir deux éléments :

- si un ou plusieurs avocats aux conseils sont constitués, le conseiller-rapporteur fixe un délai pour le dépôt des mémoires, auxquels aucun mémoire additionnel ne pourra être joint après dépôt par le conseiller rapporteur de son rapport ;

- en toute matière, criminelle, correctionnelle ou de police, la Cour de cassation peut statuer aussitôt après l'expiration d'un délai de dix jours à compter de la réception du dossier à son greffe.

G. Vacher se plaignait de n'avoir pas eu de procès équitable pour quatre raisons principales :

- son pourvoi avait été rejeté pour défaut de moyen sans qu'on l'ait averti ou qu'on lui ait imposé un délai pour présenter un mémoire ;

- la décision avait été rendue sans tenir compte des arguments développés dans un mémoire qu'il avait pourtant fait parvenir à la Cour de cassation dans le délai raisonnable de deux mois et demi après la déclaration de pourvoi ;

- la procédure appliquée devant la Cour de cassation créait une inégalité entre le demandeur assisté d'un avocat aux conseils et celui qui ne l'était pas ;

- enfin, il voyait dans la procédure française une inégalité entre la défense et l'accusation en raison du rôle et des possibilités offertes au Parquet Général de la Cour de cassation.

Il convient de souligner que la Cour européenne, tout en donnant satisfaction au requérant, s'est dispensée de statuer sur ce dernier grief dans le cadre de la présente affaire. Le gouvernement français faisait, quant à lui, observer pour la défense du système en vigueur que :

- les règles imposées au demandeur en cassation étaient lisibles, ce d'autant plus, en ce qui concerne le requérant, que s'il avait décidé comme il en avait la possibilité de se passer des services d'un avocat aux conseils, il bénéficiait tout de même des conseils d'un avocat ;

- que sa mésaventure était en fait due à un défaut de diligence qui lui était imputable ;

- qu'il était naturel que la procédure suivie devant la Cour de cassation soit particulière, puisque les particularités observées s'expliquaient par le rôle spécial de cette juridiction qui ne statue que sur le droit ;

- que la procédure, de forme écrite utilisée, à l'inverse de ce que prétendait le requérant permettait de réaliser une égalité suffisante entre le demandeur pourvu d'un avocat aux conseils et celui qui ne l'était pas.

Il soutenait surtout que la Cour européenne avait déjà à l'occasion de l'arrêt *Melin c. France* (22 juin 1993) validé la procédure suivie devant la Cour de cassation et que les mêmes manques de diligence que ceux qui avaient amené M. Melin à succomber pouvant être reprochés à G. Vacher, la demande de celui-ci devait connaître le même sort.

En dépit de cette défense la Cour de Strasbourg allait donner satisfaction à G. Vacher en considérant qu'il avait été privé devant la Cour de cassation d'une défense concrète et effective. Pour ce faire, elle réaffirmait le principe qui avait déjà prévalu dans l'affaire *Colozza c. Italie* (arrêt du 12 février 1985): le fait de mettre à la charge d'une personne condamnée pénalement l'obligation de se renseigner sur le point de

départ d'un délai ou son échéance n'est pas compatible avec l'obligation de diligence qui pèse sur les Etats contractants pour assurer la "jouissance effective des droits garantis par l'article 6 de la Convention."

En ce qui concerne le cas particulier de la procédure suivie à l'encontre de G. Vacher, elle observait que la décision de la Cour de cassation était intervenue deux mois et neuf jours après l'introduction du pourvoi, que le mémoire avait été déposé deux mois et quinze jours après cette introduction alors que le délai moyen de traitement d'une procédure de même nature était de trois mois, que le requérant pouvait donc avoir été victime d'une surprise.

C'est donc le cumul de l'absence de fixation du délai et le traitement de la procédure dans un délai inhabituel qui a empêché G. Vacher de bénéficier d'une défense concrète et effective.

La Cour observait d'ailleurs dans son arrêt qu'il risquait de n'avoir que des conséquences limitées sur la procédure suivie devant la Cour de cassation française dans la mesure où la loi du 24 août 1993 par l'article 585-1 du Code de procédure pénale qu'elle créait, instituait un délai d'un mois offert au demandeur pénalement condamné pour déposer son mémoire ; il n'est pas inutile de constater que le risque de condamnation de la France par la Cour de Strasbourg sur ce point était un des arguments présentés lors des débats par le rapporteur de la Commission des lois au cours des débats parlementaires.

L'arrêt *Levages Prestation Services* présente, notamment par la comparaison qu'on peut faire avec la solution dégagée dans l'arrêt *Vacher*, l'intérêt de confirmer la différence de traitement des contentieux portant sur l'article six entre les affaires civiles et les affaires pénales.

LPS, société de location et de prestation de services avait recours en 1983 à une entreprise de travail temporaire qui mettait des salariés à sa disposition et refusait par la suite de régler un certain nombre de factures présentées ; elle était condamnée le 18 septembre 1984 par le Tribunal de Commerce de Paris à régler une somme de l'ordre de 30000 F à cette entreprise.

LPS interjetait appel de ce jugement, se constituait partie civile devant le juge d'instruction, se plaignant de ce que les contrats présentés au cours de l'instance civile étaient des faux et demandait donc à la Cour d'appel, saisie au civil de surseoir à statuer en l'attente de la solution de l'instance pénale, ce que celle-ci faisait par un arrêt du 1er octobre 1986.

L'instruction pénale se terminait par une décision de non-lieu , l'instance civile reprenait et le 28 septembre 1989, la Cour d'appel confirmait la décision du 18 septembre 1984 du Tribunal de commerce ; son arrêt renvoyait pour "l'exposé des faits de la cause et des moyens et prétentions des parties à la rédaction qui résultait de l'arrêt du 1er octobre 1986 et de la décision du Tribunal de commerce du 18 septembre 1984".

LPS se pourvoyait en cassation le 1er décembre 1989, était représentée comme la loi l'y obligeait par un avocat aux conseils, déposait le 27 avril 1990 son mémoire ampliatif dans lequel elle ne faisait pas mention de l'arrêt du 1er octobre 1986 et joignait la copie du jugement du Tribunal de commerce du 18 septembre 1984, ses conclusions d'appel du 10 mars 1986 et la copie de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 28 septembre 1989.

La Cour de cassation, Chambre commerciale déclarait le 1er décembre 1992 le pourvoi irrecevable au motif que LPS s'était pourvu "contre un arrêt rendu le 28 septembre 1989..... lequel renvoie expressément pour l'exposé des faits de la cause et des prétentions des parties à un précédent arrêt du 1er octobre 1986 ; que cet arrêt du 1er octobre 1986 qui fait ainsi partie intégrante de l'arrêt attaqué n'a été produit ni en copie ni en expédition"

LPS saisissait la Commission le 1er avril 1993 invoquant l'article 6 §1 de la Convention, et soutenant que le prononcé d'office de l'irrecevabilité de son pourvoi avait porté atteinte à son droit à un procès équitable. Le gouvernement français estimait pour sa part à titre principal que les règles de l'article 6 étaient inapplicables en l'espèce, la décision d'irrecevabilité ne concernant qu'un problème d'application de l'article 979 du Code de procédure civile et donc pas une contestation sur des droits et obligations de caractère civil.

La Cour européenne déclarait pourtant l'article 6 applicable à ce contentieux après avoir remarqué que la procédure suivie devant les juridictions du fond concernait bien une contestation sur des droits et obligations de caractère civils, que l'issue du pourvoi de LPS était de nature à avoir une incidence sur sa dette, et après avoir rappelé comme elle l'avait déjà fait dans l'arrêt *Delcourt c. Belgique* qu'“ un arrêt de la Cour de cassation peut rejaillir à des degrés divers sur la situation juridique de l'intéressé ”.

L'article 979 du Code de procédure civile impose au demandeur à la cassation en matière civile, procédure dans laquelle la représentation par un avocat aux conseils est sauf exceptions qui ne concernent pas le cas de LPS obligatoire, de remettre au greffe de la Cour de cassation, dans le délai de dépôt du mémoire (cinq mois à compter du pourvoi) une copie de la décision attaquée et de la décision confirmée ou infirmée par la décision attaquée. Une jurisprudence ancienne et répétée précise la règle de l'article 979 en ce que le demandeur est tenu de fournir les décisions qui sont l'accessoire nécessaire de la décision dont pourvoi a été interjeté mais aussi tous les documents dont l'examen est nécessaire à la compréhension et la justification du moyen de cassation présenté.

LPS demandait à la Cour de constater que son droit à un procès équitable avait été violé, la Cour de cassation ayant fait pour déclarer son pourvoi irrecevable une application imprévisible de la règle posée par l'article 979 en y ajoutant et en exigeant la production d'un arrêt avant dire droit contre lequel elle ne s'était pas pourvue alors que le texte qui emploie le singulier ne vise que la décision attaquée.

Le gouvernement français au contraire, soutenait que la solution adoptée par la Cour de cassation était parfaitement prévisible, le texte législatif étant complété par une jurisprudence ancienne constante et d'autant plus accessible que le demandeur en cassation en matière civile est nécessairement assisté par un avocat aux conseils.

La Cour européenne ne va pas adopter la position de LPS en soulignant que les règles adoptées étaient prévisibles et que le formalisme prévu était acceptable compte tenu de la spécificité de la procédure en cause, que l'irrecevabilité n'était pas une sanction disproportionnée. Elle estime, reprenant certains des motifs exposés notamment dans l'arrêt *Geouffre de la Pradelle c. France* (16/12/92) que le fait que les dispositions de l'article 979 doivent être complétées par la jurisprudence qui s'y attache ne rendaient pas la règle inaccessible, d'autant que cette jurisprudence était facilement disponible, surtout pour un demandeur nécessairement assisté d'un avocat aux conseils. L'irrecevabilité ne lui apparaît pas être une sanction disproportionnée dans la mesure où, il faut, pour vérifier si un requérant a disposé du droit à un procès équitable prendre en compte “l'ensemble du procès dans l'ordre juridique interne et le rôle qu'y a joué la Cour de cassation” ; après une décision de première instance et d'appel, les conditions de recevabilité d'un pourvoi peuvent être plus rigoureuses qu'il ne serait admissible si l'on se plaçait plus en amont dans le cours du procès. La sanction de l'irrecevabilité paraît d'autant moins disproportionnée que *Levages Prestations-Services* se plaignait d'une décision défavorable intervenue dans le cadre d'un procès de nature civile.

Les arrêts *Vacher* et *Levages Prestations-Services*, rendus dans une période de temps très brève, s'ils n'apportent pas d'innovation particulière à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, ont en tous cas le mérite de rappeler et d'illustrer d'une manière rendue particulièrement lisible par leur quasi-simultanéité aux justiciables que les Etats contractants leur doivent une attention et une diligence différente selon qu'ils plaident une affaire relative à des droits ou obligations de caractère civils ou qu'ils sont poursuivis pénalement.

Débats

Patrick Courbe

Je ferais deux observations très brèves : la première c'est le caractère extrêmement banal finalement de ces deux affaires qui vont jusqu'à la Cour européenne des droits de l'Homme alors que dans l'opinion publique et de beaucoup d'étudiants, on a le sentiment, par exemple lorsque la Russie avait demandé son adhésion au Conseil de l'Europe, que la Cour et la Convention sont là toutes les deux pour veiller à ce qu'il n'y ait pas d'atteinte à la dignité de la personne et que les grandes libertés fondamentales soient préservées. Là on a deux affaires dans lesquelles les condamnations tout à fait réduites vont donner lieu à une procédure et à des arrêts extrêmement intéressants.

Ma deuxième observation concerne ce que vous avez souligné : une espèce de diversité sinon de contradiction entre les deux affaires concernant l'article 6. Et je me demande si ceci ne s'explique pas par le fait qu'il y avait d'un côté un avocat au Conseil et de l'autre il n'y en avait pas. Est-ce que ceci n'était pas pour la Cour finalement le moyen de renvoyer la responsabilité en quelque sorte sur l'avocat au Conseil ?

Me Vincent Delaporte

Effectivement ce sont deux arrêts qui ont été remarqués par notre profession. La Cour européenne fait dépendre la recevabilité du pourvoi et l'étendue des obligations procédurales de la circonstance que dans une affaire il y a un ministère d'avocat obligatoire et dans l'autre il n'y a pas de ministère d'avocat obligatoire. Les exigences sont beaucoup plus fortes quand il y a un ministère d'avocat obligatoire que lorsqu'on est dans une affaire dite dispensée. Cette distinction repose sur une présomption de compétence qui est flatteuse pour notre profession parce qu'on nous prête une connaissance de la jurisprudence, et un respect scrupuleux du formalisme de la procédure, qui évidemment nous honore. Mais dans le cas d'espèce la Cour européenne nous prête un pouvoir de divination qui appartiendrait à notre profession quant à l'interprétation ou la création de règles de procédures totalement étrangères aux textes.

Pour l'affaire Vacher, les choses sont assez simples, il y a des questions qui ne sont pas totalement résolues par la loi ou l'intervention législative. En matière pénale, le pourvoi doit être fait au greffe local. Ce n'est donc pas l'avocat aux Conseils qui en a la responsabilité, sauf simplement à répondre au téléphone immédiatement pour préciser par qui et dans quel délai doit être déposé le pourvoi. En matière pénale, nous sommes saisis dans la plupart des cas après la déclaration de pourvoi. Ensuite la partie civile doit déposer son mémoire dans un délai de dix jours, la partie condamnée pénalement peut ensuite faire parvenir son mémoire au greffe de la Cour de cassation et ce sans délai. Ces règlements ne jouent que lorsque le demandeur au pourvoi ne constitue pas d'avocat à la Cour de cassation et soutient son pourvoi lui-même. S'il constitue un avocat, le rapporteur impartit à celui-ci un délai dans lequel le mémoire doit être déposé.

La pratique de la Chambre criminelle, lorsqu'un dossier arrivait avec un pourvoi local sans constitution d'avocat aux conseils, était de mettre très rapidement l'affaire à un rôle dit "de forme", ce qui lui permettait de statuer dans un délai de dix jours suivant l'arrivée du dossier au greffe. Et si l'avocat aux conseils intervient ensuite, il ne peut que constater que le pourvoi est déjà jugé. Depuis 1993, il y a un délai d'un mois après le pourvoi soit pour constituer avocat (dans ce cas là on fixe un délai de mémoire à l'avocat), soit pour déposer le mémoire. Sur ce point, l'intervention législative n'est pas parfaite, la loi ayant oublié d'organiser l'information des parties et de leurs conseils devant la Cour d'appel, qui n'ont pas la pratique du pourvoi pénal.

Par conséquent, nous sommes chargés de nous constituer sur un pourvoi pénal souvent après le délai d'un mois, donc tardivement. Et le mémoire personnel que ferait parvenir le demandeur serait également tardif. Si la correction législative permet d'atténuer les inconvénients dénoncés par la Cour européenne dans cet arrêt Vacher, elle ne les répare pas complètement puisque si le délai est bien fixé, les parties sont mal informées.

Quant à l'affaire Levages Prestations-Services, c'est une chose toute différente. Les avocats aux conseils, aussi intelligents soient-ils, ne sont pas doués de divination. L'obligation de produire la décision attaquée remonte au décret de 1979 qui a organisé la procédure civile devant la Cour de cassation. Avant on produisait la décision attaquée, mais ce n'était pas à peine d'irrecevabilité. Il pouvait y avoir régularisation

après coup et d'autre part il n'était pas obligatoire de présenter une copie authentifiée par le greffier ou l'acte de signification de la décision attaquée.

Désormais, nos cabinets doivent expertiser des photocopies pour distinguer, la redoutable sanction de l'irrecevabilité du pourvoi, un original qui est valablement produit, même s'il est de mauvaise qualité, et une copie qui ne peut être produite, même si sa qualité est parfaite et sa teneur non contestée, et alors même que le magistrat a dans la main, dans le dossier officiel du greffe, la décision que le demandeur n'a pas produite. Ensuite, alors que l'article 979 ne prévoit que la production de la décision attaquée, l'irrecevabilité a été prononcée dans l'affaire Levages Prestations-Services pour défaut de production non pas de la décision attaquée, mais d'une décision avant dire droit.

Ainsi, l'irrecevabilité étendue à une obligation qui n'est prévue par aucun texte me paraît une sanction disproportionnée à l'objectif recherché.

Michel Mouchard

Dans l'arrêt Levages Prestations-Services il y a une difficulté supplémentaire qui tient à la jurisprudence citée par la Cour, jurisprudence qui remonte à 1852 et 1871 et fait référence à l'obligation de produire les décisions contraires et accessoires de la décision attaquée. La configuration est un peu différente des jurisprudences citées dans la mesure où l'on se trouve devant un arrêt de la Cour d'appel de Paris, le dernier qui statue sur le fond, qui ne reprend les faits et les moyens des parties que par renvoi à l'arrêt de 1986. J'ai donc l'impression qu'on a considéré que cet arrêt, de même que la décision du Tribunal de commerce, faisaient partie de la décision attaquée et qu'ils auraient dû être produits. Je crois que sur ce point là c'est moins critiquable et un peu plus lisible.

Me Vincent Delaporte

La critique du pourvoi ne portait pas sur la relation des faits qui étaient renvoyés.

Michel Mouchard

Il y avait ce renvoi pour la relation des faits et des moyens et prétentions des parties. Et ce renvoi avait quand même une importance dans la décision qui avait été rendue, dans la mesure où il empêchait la connaissance de ce qu'une plainte pénale déposée pour faux et usage par Levages Prestations s'était terminée par un non-lieu. Or c'était quand même l'argument de LPS pour obtenir satisfaction devant la Cour d'appel, ce qu'elle n'a pas obtenue.

Me Vincent Delaporte

Est-ce qu'on critiquait le sursis à statuer ?

Michel Mouchard

Je vais juste réagir à ce que vous avez dit tout à l'heure en parlant de la banalité de ces affaires sur le fond : c'est vrai qu'elles sont banales, mais comme devant tout juge la banalité d'une affaire peut ne pas avoir de rapport avec l'importance de l'arrêt qui est rendu. C'est tellement vrai que dans un cas, une loi modifie la disposition de procédure applicable auparavant et dans l'autre cas, Me Delaporte vient de nous le dire, la règle actuelle n'est pas parfaitement claire et la Cour a estimé qu'il n'y avait pas violation de l'article 6 de la Convention. Donc, le gouvernement et le parlement ne se sentent pas obligés de changer les textes. Mais il peut y avoir des affaires modestes concernant des questions de principe suscitant des modifications législatives.

Michèle Dubrocard

Je suis magistrat en détachement au quai d'Orsay et travaille dans la sous-direction des droits de l'Homme, et ^ ce titre, avec mes collègues, nous préparons la défense du gouvernement français dans les affaires qui sont devant la Commission et la Cour européenne des droits de l'Homme. Je voudrais donner une précision à ce qui vient d'être dit. D'abord, contrairement ^ ce que le programme pourrait laissé penser, l'essentiel du contentieux que nous devons traiter est un contentieux de nature judiciaire. Nous sommes donc trois magistrats de l'ordre judiciaire dans cette sous-direction contre un conseiller de Tribunal administratif.

Beaucoup d'affaires concernent actuellement la procédure devant la Cour de cassation et la manière de présenter les pourvois devant ladite Cour. Vous avez l'exemple de Levages Prestations-Services et de

Vacher. Comme l'indiquait M. Mouchard, il y a une affaire qui vient d'être traitée avec une audience qui vient d'avoir lieu devant la Cour le 25 novembre 1997 et qui concerne le pourvoi en cassation devant la chambre criminelle et la place de l'avocat général au sein de la Cour de cassation. Il s'agit d'une affaire très importante. A cette occasion, le gouvernement français a demandé la saisine de la grande chambre et prochainement on va avoir les affaires Omar et Guérin, qui concernent les affaires Poitrimol-bis. Ce sont en réalité des affaires qui peuvent paraître banales mais qui font l'objet d'une attention soutenue de la Cour de cassation.

Il s'agit en ce qui concerne la France de savoir comment appliquer les exigences de l'article 6 dans le cadre du pourvoi en cassation français. On note une évolution de la Cour à ce sujet. Si au départ, la Cour insistait largement sur la particularité de la procédure, elle le dit encore, au moins en matière civile, mais on voit bien qu'elle a une tendance à exiger l'application de l'ensemble des droits découlant de l'article 6 aux pourvois en cassation.

Paul Tavernier

Ces problèmes qui concernent la Cour de cassation se trouvent posés dans d'autres pays, et notamment en Belgique, au Pays-Bas ou au Portugal.

Patrick Chabert

J'ai cru comprendre, M. le Vice-Président Mouchard, que vous parliez de la nécessité d'avertir des délais de recours en matière pénale l'ensemble des justiciables. D'expérience professionnelle, je peux vous dire qu'effectivement ces informations ne sont pas couramment données, même simplement sur les délais d'appel en matière pénale. Celui-ci part de la décision et la personne non représentée n'est pas couramment avertie de ces délais lorsqu'il entend la décision rendue. Cette jurisprudence s'appliquerait-elle au délai d'appel ?

Michel Mouchard

Je crois que l'exigence de la Cour européenne est qu'il y ait une grande lisibilité, comme pour les délais d'appel. On sait que pour faire appel de telle décision on va disposer de dix jours, et d'autre part, nul n'est censé ignorer la loi, y compris la loi de procédure. Le problème se pose en ce qui concerne l'avertissement des parties lorsque, justement, aucun délai n'est prévu par la loi, comme c'est le cas dans l'affaire Vacher. On peut être tenté de faire passer les affaires qui auraient nécessité davantage de temps dans un minimum de temps de façon à les déclarer irrecevables. En ce qui concerne l'avertissement des justiciables sur les délais d'appel, l'article 6 connaît dans son application excessive, quelquefois d'une manière maligne, ses limites. Par exemple, il m'arrive de voir régulièrement des décisions de notre Tribunal pour enfants à la fin desquelles il est indiqué le délai d'appel, plus une petite phrase qui doit indiquer : je vous informe que votre situation ne sera pas revue avant plusieurs mois par la Cour d'appel et que si vous n'obtenez pas satisfaction, vous risquez d'être condamné à une amende civile pour ... Un avertissement absolument complet du justiciable n'est pas toujours destiné à lui permettre d'avoir envie de faire valoir tous ses droits. Il peut y avoir un aspect dissuasif...

Patrick Chabert

Ma remarque se réduit à ceci : la Cour européenne des droits de l'Homme en matière procédure a quand même l'avantage d'obliger les Etats, Etats de droit fiers de l'être, comme le nôtre, à réfléchir justement sur ces questions de transparence de la justice et d'accessibilité de droit aux recours effectifs, de délais d'appel ou de délais de pourvoi en cassation, etc. On nous disait il y a un instant que ceci s'appliquait à la Cour de cassation, et Paul Tavernier nous faisait remarquer également qu'il y avait eu aussi des arrêts concernant la Belgique, le Portugal et d'autres pays. Je crois que dans tous les pays où il y a dualisme juridictionnel, comme en France ou ailleurs en Europe, ou s'il y a monisme, il est important que même les Cours souveraines (la Cour de cassation, le Conseil d'Etat, peut-être le Conseil constitutionnel, mais l'affaire Pierre-Bloch, à cet égard, a montré que tout n'est pas nécessairement applicable devant le Conseil constitutionnel, même en matière électorale) soient soumis à ses règles. Or ces Cours sentent qu'elles ne sont plus si souveraines que cela dès lors que le Conseil de l'Europe en 1950 a fait adopter la Convention européenne des droits de l'Homme dans le but que peu à peu s'intègre un ordre juridique européen à la fois procédural et substantiel et qu'il aboutisse à élever le standard des différends pays.

Le paradoxe provient donc des difficultés que connaissent les pays de tradition démocratique (les Pays-Bas, l'Angleterre et d'autres), qui ont pourtant mis au point des mécanismes assez complexes et assez

sophistiqués de défense des droits des justiciables et des droits des citoyens dans leurs rapports avec l'Etat, ces pays sont souvent condamnés par la Cour européenne des droits de l'Homme, alors que maintenant des pays qui n'ont pas cette tradition démocratique, où celle-ci est faible, ou récente, et où les droits de l'Homme ne sont pas toujours nécessairement respectés sur le plan substantiel, se retrouvent sur le même pied devant la Cour. Je crois que c'est l'un des défis auxquels aura à faire face la nouvelle Cour. En Turquie, qui est membre depuis longtemps du Conseil de l'Europe et Etat partie depuis longtemps également à la Convention européenne des droits de l'Homme, il est clair que les droits de l'Homme ne sont pas parfaitement respectés et ceci me paraît plus important que de savoir si le justiciable a une connaissance parfaite de ses voies de recours, ou si on le dissuade d'en faire, même si c'est très important...

Emmanuel Lagrange (étudiant IEJ)

Au sujet de l'affaire qui traite de l'article 979, la Cour de cassation fait référence à une jurisprudence antérieure à cet article qui permettait de régulariser. Comment passe-t-on d'une possible régularisation à une irrecevabilité directe ?

Michel Mouchard

L'article 979 du Code de procédure civile avait pour innovation de permettre aux chambres de soulever l'irrecevabilité d'office. Il me semble que c'était son contenu.

Me Vincent Delaporte

Actuellement devant le Conseil d'Etat, quand une production est incomplète, il y a une faculté de produire hors délai, ce qui est donc une faculté de régularisation. C'est une pratique répandue devant les juridictions administratives, c'est-à-dire que l'acte irrégulier est régularisé par la suite. Souvent même le juge doit inviter les parties à régulariser la procédure. La nouveauté de l'article 979, c'est que la production est enfermée dans le délai du mémoire ampliatif, qui est de cinq mois, et tout dépôt après l'expiration du délai rend le pourvoi irrecevable. C'est une irrecevabilité prononcée d'office sans qu'il y ait à prouver un grief et même sans qu'il y ait d'initiative à prendre de la part défendeur. Il suffit pour la Cour de cassation de constater que la pièce a été produite en dehors du délai du mémoire ampliatif. Il n'y a donc aucune régularisation possible.

**Le médicament entre le droit de la Convention européenne et le droit communautaire :
affaire Cantoni (15 novembre 1996)**

par

Maître Vincent DELAPORTE
Avocat aux Conseils

Les problèmes de qualification sont au coeur de toute discussion juridique. La règle de droit est nécessairement rédigée en termes généraux, susceptible de couvrir des réalités diverses, et le droit européen bien entendu ne fait pas exception. Pour les besoins de l'application de tel ou tel texte, il a fallu que la Cour de Justice des Communautés européennes définisse dans certains arrêts les notions de saucisson, de croupion de dinde, etc. Devant la Cour de cassation, je me souviens d'avoir discuté, dans un pourvoi, de la notion de chocolat pour les besoins d'application d'un tarif douanier ; devant le Conseil d'Etat, j'avais soutenu une discussion qui se voulait savante sur la notion de magret de canard où les autorités doctrinales appelées en renfort s'appelaient Raymond Oliver, Lenôtre, etc. ...Il y avait un certain flou dans l'usage que chacun faisait du terme et le Conseil d'Etat devait trancher cette importante question sur laquelle les autorités reconnues avaient des doctrines opposées.

Récemment il a fallu définir la notion de médicament. La question s'est présentée de la façon suivante devant la Cour européenne des droits de l'Homme. Comme le médicament n'est pas défini de façon très précise, il s'agissait de savoir si des poursuites fondées sur l'exercice illégal de la pharmacie ne contrevenaient pas au principe de légalité des délits et des peines, le prévenu soutenant qu'il n'avait pas le moyen de prévoir à l'avance si le produit vendu était ou non un médicament. Les textes applicables en droit français sont les suivants :

- l'article L.512 du Code de la santé publique qui réserve aux pharmaciens la vente des médicaments ;
- l'article L.511 qui définit le médicament ainsi : " toute substance ou composition présentée comme possédant des propriétés curatives ou préventives contre les maladies humaines ou animales " ou " tout produit administré en vue d'établir un diagnostic médical ou de restaurer ou corriger une fonction organique " ;
- l'article L.517 édicte les sanctions pénales qui punissent les infractions au monopole des pharmaciens.

Tels étaient les textes que M. Cantoni était censé connaître en tant que directeur d'un grand magasin lorsqu'il a mis en vente les produits suivants : éosine aqueuse à 1%, alcool à 70 degrés, eau oxygénée, vitamine C et oligo-éléments vendus sous la marque *bio-oligo*. Il a donc été poursuivi pour avoir mis ces produits en vente dans des grandes surfaces dont il était directeur. Il a été condamné par le tribunal correctionnel de Sens pour exercice illégal de la pharmacie et la Cour de Paris saisie en appel, par un arrêt du 18 mai 1989, a confirmé la condamnation en ce qui concerne l'alcool à 70 degrés, l'eau oxygénée, la vitamine C et les oligo-éléments. Dans la relation que donne de l'affaire la Cour européenne, l'éosine aqueuse a disparu. M. Cantoni a formé un pourvoi qui a été rejeté par la Chambre criminelle dans un arrêt du 29 mai 1990.

Avant de préciser les motifs de l'arrêt de la Cour de Paris qui a confirmé la condamnation, je dois rappeler que l'article L.511 du Code de la santé publique est interprété comme attribuant la qualification de médicament de trois façons.

- D'abord la fonction du produit : " est médicament celui qui a pour fonction de prévenir, soigner les maladies ".
- Ensuite sa présentation : il suffit que le médicament soit présenté comme destiné à vous soigner ou prévenir pour qu'il soit un médicament ; c'est le médicament par présentation.
- Enfin il y a le critère de la composition qui permet de corriger les excès des deux premières fonctions et évite de donner la qualification de médicament aux épinards du simple fait qu'ils donnent de la force ou au poisson parce qu'il contient du phosphore et rend intelligent, ce qui serait de nature à conforter les vertus organiques du corps humain.

L'arrêt du 18 mai 1989 de la Cour de Paris reflète assez bien cette approche pragmatique et intuitive de la notion de médicament. Pour ramener la notion de médicament à l'essentiel, selon la Cour de Paris, les produits vendus étaient des médicaments parce qu'ils ressemblaient à des médicaments. En effet, pour l'alcool à 70 degrés, la Cour de Paris se réfère au flacon, à l'étiquette, au fond bleu et vert de l'étiquette, aux quatre croix portées sur l'étiquette qui évoquent une pharmacie, et aussi à l'odeur parce que cet alcool avait l'odeur du camphre, qu'il était présenté comme produit par un laboratoire. La Cour a dit un peu la même chose pour l'eau oxygénée. Il était écrit sur l'étiquette " ne pas avaler ", ce qui est une circonstance caractéristique de cette eau, et donc de la notion de médicament. Quant à la vitamine C, la Cour se réfère à la composition : acide ascorbique, ascorbate de sodium, excipient. Tous ces mots évoquent le médicament. Il y avait également une mention quant à la posologie ainsi que la présentation cartonnée et la notice d'emploi. On retrouve la même en ce qui concerne les oligo-éléments présentés sous la marque *bio-oligo* qui sont présentés selon les caractéristiques de chaque élément. Cette motivation a paru suffisante pour la Chambre criminelle qui a rejeté le pourvoi en considérant que les motifs de l'arrêt justifiaient la condamnation dès lors que les produits étaient présentés comme ayant des propriétés préventives ou curatives à l'encontre des maladies.

Le rejet du pourvoi en droit interne ne présente pas d'intérêt particulier car la Cour de cassation a ainsi confirmé une jurisprudence constante sur l'interprétation extensive de la notion de médicament. La Cour européenne des droits de l'Homme relève, ce qui est un moyen contestable pour écarter le grief qui lui était soumis, que la condamnation était prévisible par une analyse statistique : la Chambre criminelle retiendrait une notion très large de médicament, la quasi totalité des décisions constatant l'inexistence d'un médicament dans les circonstances de l'espèce.

Devant la Cour européenne M. Cantoni invoquait la violation de l'article 7 paragraphe 1 de la Convention. Selon ce texte, nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui au moment ou elle a été commise ne constitue pas une infraction d'après le droit national ou international. C'est là le principe de légalité des délits et des peines que nous connaissons bien entendu en droit français, mais qui reçoit ici une consécration internationale et par conséquent est contrôlé par la Cour européenne. Car, il ne suffit pas que la Chambre criminelle constate que les poursuites sont fondées au regard du principe français de légalité des délits et des peines, la Cour européenne va encore exercer son contrôle sur le respect de ce principe.

La Convention laisse le soin aux législateurs nationaux d'établir les incriminations, c'est-à-dire de définir les infractions, mais la Cour européenne se réserve ainsi le contrôle de conformité des législations nationales à la Convention. Et cela permet à la Cour européenne de formuler deux exigences :

- d'abord le principe : il ne doit pas y avoir de sanctions non prévues par la loi et vous savez du reste que si en droit français c'est un principe essentiel du droit pénal, la Cour européenne a étendu le domaine d'application de l'article 7 paragraphe 1 à des sanctions qui ne sont pas à proprement parler des sanctions pénales, notamment des sanctions fiscales ou administratives qui ne rentrent pas dans le champ d'application de l'article 7 paragraphe 1 ;

- ensuite, il y a un corollaire à ce principe, la Cour européenne ne se contente pas de poser des principes abstraits, elle en assure l'effectivité par l'exigence d'une interprétation stricte des lois édictant des sanctions. Il ne servirait à rien de poser le principe de légalité si les autorités chargées de les appliquer pouvaient exercer une totale liberté d'interprétation bien au delà des cas où celles-ci sont raisonnablement prévisibles. La prévisibilité implique un minimum de clarté et de précision dans la loi d'incrimination. Une loi qui établit des incriminations imprécises ouvre la porte à l'arbitraire et à l'insécurité. Ce qui n'est plus conforme aux exigences de l'article 7 paragraphe 1 de la Convention.

M. Cantoni qui était poursuivi dans cette affaire nourrissait sans doute peu d'espoir dans le droit interne. Il avait donc appuyé son pourvoi par une référence à l'article 7 §1 rejeté par la Cour de cassation au motif que l'article L.511 du Code de la santé publique n'est pas contraire au principe de légalité et par conséquent n'est pas incompatible avec l'article 7 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme. M. Cantoni a donc saisi les autorités strasbourgeoises et sa plainte a reçu un accueil favorable de la part de la Commission. Celle ci a estimé dans un avis du 12 avril 1995, que même en sa qualité de professionnel et en s'entourant de conseils éclairés, le requérant n'était pas en mesure de savoir avec un degré raisonnable de prévisibilité si le fait de mettre en vente les produits litigieux serait ou non sanctionné pénalement.

La Commission a donc décidé de saisir la Cour, et le débat à ce niveau a pris une autre dimension car devant la Cour il ne s'agissait pas seulement de confronter le droit français et le droit conventionnel. Le gouvernement français avait en effet relevé dans sa défense devant la Cour que l'article L.511 du Code de la santé publique n'était rien d'autre que la directive 65/65 du 26 janvier 1965 définissant la notion de médicament dans les mêmes termes. Par conséquent, cette directive faisait écran entre le pouvoir de sanction de la Cour et la législation française. Car vous savez que la Communauté européenne n'a pas adhéré à la Convention européenne des droits de l'Homme, et la Cour de justice des communautés européennes déclare seulement que dans les principes généraux que doivent respecter les autorités communautaires, il y a les droits fondamentaux figurant dans les Constitutions des Etats membres ainsi que les droits fondamentaux consacrés par la Convention européenne des droits de l'Homme.

Cette Convention s'impose donc aux autorités communautaires à titre de principes généraux, comme chez nous les principes généraux du droit. Il n'y a pas d'adhésion formelle de la Communauté à la Convention et la Cour européenne ne peut pas sanctionner un acte communautaire en tant que tel. Or, poursuivait le gouvernement français qui était certainement très bien conseillé, déclarer l'article L.511 incompatible avec la Convention, c'était sanctionner la directive 65/65 que la France avait l'obligation de transposer dans son droit interne. Par conséquent, le gouvernement français pouvait dire : si vous condamnez l'article L.511 du Code de la santé publique, vous m'obligez à changer ce texte et à me mettre en infraction avec le droit communautaire dont j'ai transposé la directive.

Ici, on effleure de redoutables problèmes. Maintenant, nos deux juridictions suprêmes ont établi des hiérarchies entre des textes législatifs et les convention internationales auxquelles la France est partie, mais il n'y a pas de solution claire pour les conflits entre conventions internationales.

Quoi qu'il en soit, la Cour européenne n'a pas eu à se prononcer sur le conflit de conventions puisqu'elle a estimé que l'article L.511 du Code de la santé publique et son interprétation jurisprudentielle n'étaient pas contraires à la Convention. Mais, et c'est là que l'arrêt est important, la Cour n'a pas suivi le gouvernement français en ce qu'il opposait la directive communautaire à titre d'écran pour immuniser l'article L.511 du Code de la santé publique.

La Cour avait dans sa jurisprudence antérieure des précédents. Il y avait déjà un avis de la Commission de 1990, qui avait affirmé incidemment que l'Etat qui applique une obligation du droit communautaire n'en est pas moins soumis à la Convention européenne des droits de l'Homme. Ensuite et surtout, la Cour s'était réservée dans une affaire le droit de contrôler si les règlements pris par un Etat membre de la communauté européenne pour l'exécution des décisions communautaires en matière de quotas laitiers étaient conformes à la Convention. Dans cette affaire, la Cour avait nettement affirmé qu'un Etat membre ne pouvait pas s'abriter derrière un règlement communautaire pour empêcher la Cour de vérifier la conformité à la Convention d'une décision nationale. Ce point étant acquis, il est intéressant de voir comment la Cour a exercé son contrôle qui porte bien sur le droit communautaire puisque le droit communautaire faisait partie du droit français.

Recherchant du côté de l'article L.511 et de la jurisprudence française, la Cour a considéré qu'il y avait une imprécision qui n'était pas excessive compte tenu des objectifs poursuivis. Je vous ai déjà cité l'article L.511 qui considère en gros comme un médicament les compositions ou substances qui sont présentées comme ayant pour objet de prévenir ou de soigner les maladies humaines ou animales. La condition de clarté et de prévisibilité s'apprécie selon la Cour en fonction de la jurisprudence. La Cour examine par conséquent la jurisprudence française ; et là M. Cantoni, sans doute aidé par l'informatique juridique et les banques de données, avait pu dresser un impressionnant catalogue de contradictions, car pour chacun des produits en cause, il y avait quatre ou cinq arrêts de juridictions de fond en sens opposé. Et chacun des produits en cause se voyait tantôt accorder, tantôt refuser la qualification de médicament.

Mais la Cour rejette à juste titre cet argument tiré de la diversité des décisions des juridictions de fond. En effet, dans un système à jurisprudence unifiée, il faut considérer par priorité la jurisprudence de la Cour régulatrice, c'est à dire la Cour de cassation puisqu'on est en matière pénale. Et là, la Cour européenne met en avance une étonnante cohérence puisqu'elle relève qu'il y a cassation chaque fois que les juges du fond écartent la notion de médicament et qu'il y a rejet chaque fois que les juges du fond retiennent la qualification du médicament. Donc pour la Cour de cassation, il y a toujours médicament. Ces statistiques laissent insatisfait, mais la Cour complète son analyse par la jurisprudence européenne. Et là, elle relève les

différents arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes ; elle donne un catalogue sans synthèse ni appréciation critique puisqu'elle se borne à citer sans effort d'appréciation ces arrêts. Elle ne réussit donc pas à dissimuler son embarras pour définir la notion de médicament.

Dans un arrêt de 1983, Van Bennekom, la Cour de Justice dit ceci : “ il est impossible dans l'état actuel de la science d'indiquer si le critère de la concentration peut à lui seul suffire à considérer qu'une préparation vitaminée constitue un médicament ni *a fortiori* de considérer à partir de quel degré de concentration une telle préparation vitaminée tomberait sous la définition communautaire de médicament. Il y a lieu dès lors de répondre au juge national que la qualification d'une vitamine comme médicament au sens de la deuxième définition de la directive 65/65 doit être effectuée cas par cas ”. Cet arrêt ne pouvait que soutenir M. Cantoni qui affirme qu'il ne pouvait prévoir, puisque la Cour de justice soutient elle même que c'est au cas par cas.

D'autres arrêts sont un peu dans le même style. Un produit est présenté comme possédant des propriétés curatives ou préventives au sens de la directive non seulement lorsqu'il est décrit ou recommandé comme tel, mais également chaque fois qu'il apparaît de manière même implicite, mais certaine, aux yeux d'un consommateur moyennement avisé, que le dit produit devrait, eu égard à sa présentation, avoir les propriétés dont s'agit. La jurisprudence de la Cour de Justice ne dégagait donc pas un critère précis, mais elle révélait une interprétation assez large, que M. Cantoni pouvait intégrer dans ses prévisions.

Ainsi la Cour européenne a estimé que le principe de légalité des délits n'était pas méconnu dès lors que le justiciable pouvait savoir à l'aide des textes et de la jurisprudence quels actes ou omissions étaient punissables. La Cour européenne rappelle la nécessaire généralité de la loi qui ne peut pas être d'une précision absolue et nous savons qu'un droit réduit à quelques maximes écrites claires sans jurisprudence, sans commentaires, constitue une dangereuse utopie. Sur la notion de prévisibilité, la Cour européenne donne un motif intéressant, la prévisibilité d'une règle de droit doit s'apprécier en fonction de son contenu, mais aussi en fonction du nombre et de la qualité de ses destinataires.

Le degré de clarté et de précision exigé d'une incrimination peut donc dépendre de la qualité des justiciables qui auront à interpréter cette disposition. C'est là le motif intéressant mais dangereux lorsque les destinataires ne forment pas un corps social homogène parce que telle disposition légale peut être claire pour certains et non pour d'autres. M. Cantoni, gérant de supermarché, devait savoir qu'il courrait un danger de poursuites pénales pour exercice illégal de la pharmacie. C'est pour cela que la Cour européenne a conclu son arrêt en estimant, contrairement à la Commission, qu'il n'y avait pas eu dans cette affaire violation de l'article 7 § 1 de la Convention.

Débats

Patrick Courbe

Merci d'avoir commencé par un propos sur la qualification qui m'a rappelé des discussions anciennes où soufflait l'esprit d'Etienne Martin. Est-ce que finalement l'objectif de la chambre criminelle de préserver la santé publique ne serait pas l'un des objectifs qui auraient été poursuivis par la Cour ? En d'autres termes, est-ce que la Cour européenne n'aurait pas considéré qu'il revenait à la Cour de cassation d'apprécier cet objectif par opposition au principe de libre circulation auquel bien évidemment la Cour européenne ne peut pas être sensible ?

Me Vincent Delaporte

Je ne suppose pas cette intention à la Cour européenne parce que c'est en dehors de sa compétence. La Cour s'est placée du seul point de vue du respect des exigences procédurales en dehors des principes que vous évoquez. La notion de médicament n'est pas à mon avis d'une parfaite précision, comme également bien d'autres notions.

Patrick Courbe

C'est vrai que le principe de légalité tel qu'on l'enseigne aux étudiants est lié au principe d'interprétation stricte (*paenalia sunt restringenda*). En l'espèce, les textes du Code de la santé publique font l'objet d'une interprétation extensive et donc il est assez contradictoire pour la Cour de dire que le principe de légalité est observé alors même que la chambre criminelle de la Cour de cassation adopte une interprétation extensive. Je cherchais ainsi la raison qui justifiait finalement ce paradoxe.

Me Vincent Delaporte

C'est un paradoxe qu'on est bien obligé de soutenir quotidiennement. Le principe d'interprétation restrictive de la loi pénale existe, il est enseigné, et la Cour de cassation lui rend de temps en temps un hommage. Si la Chambre criminelle écartait toute poursuite fondée sur un texte d'incrimination légèrement imprécis, il manquerait beaucoup de choses en droit pénal. La prohibition de l'interprétation stricte n'est pas la prohibition de toute interprétation ; et par définition une interprétation ne joue que lorsque les textes manquent de clarté et de précision. Les textes qui sont clairs n'ont pas besoin d'être interprétés. Ils n'ont qu'à être appliqués, en principe.

Jean-Paul Costa

Grâce à l'exposé de Me Delaporte, on a vu un deuxième exemple d'interprétation par la cour européenne du principe de légalité des délits et des peines et d'un de ses corollaires qui est d'ailleurs le principe de non-rétroactivité de la loi pénale par l'incrimination plus sévère. Deuxième exemple, puisque j'avais fait allusion à l'affaire Kokkinakis dans laquelle le problème s'est posé, à savoir si la loi de 1938 était suffisamment précise en tant qu'elle définissait le prosélytisme. Prosélytisme et médicament, ce n'est pas exactement la même problématique, mais c'est tout de même important. Il me semble, pour avoir analysé la jurisprudence de la Cour, que d'une manière générale, la Cour européenne des droits de l'Homme laisse une assez grande marge aux Etats nationaux pour cette question de légalité des délits et des peines et de non-rétroactivité. Je vais prendre un troisième exemple, qui est l'exemple de deux arrêts jumeaux d'octobre 1995, C.W. contre Royaume-Uni et S.R. contre Royaume-Uni, où il s'agissait de viol conjugal, ce qui est une pratique condamnable, pour ne pas dire infâme. Les deux personnes, C.W. et S.R., qui avaient été condamnées, avaient plaidé devant la Cour qu'il y avait violation de l'article 7 parce qu'en vertu d'un principe qui remontait au moins à 1722 dans la *Common law* il ne pouvait y avoir viol en raison du consentement des époux aux rapports sexuels, consentement irréfragable et irrévocable, au moment où ils ont été condamnés par les juridictions britanniques, ils prétendaient ne pas savoir que cela constituait un délit ou un crime.

Et la Cour européenne a constaté que tout ceci était assez exact. Qu'en réalité les juridictions qui les avaient condamnées avaient opéré un revirement de jurisprudence, mais la Cour a quand même débouté les requérants en estimant qu'il n'y avait pas violation de l'article 7, principalement en se fondant sur un principe supérieur qui est celui de la dignité de la personne humaine, " objectif essentiel poursuivi par la Convention européenne des droits de l'Homme ", dit la Cour, et qui fait qu'à l'époque des faits, CW et SR ne pouvaient pas ignorer que malgré l'ancienneté de cette règle de la *common law*, il était devenu tout à fait contraire aux droits de l'Homme ou de la femme de considérer que le viol de l'Homme ou de la femme

devait rester impuni. Le raisonnement de la Cour a été, et il faut l'approuver d'un point de vue général, de l'équilibre de la Convention, bien que critiquable du point de vue de l'article 7 (c'est vrai que dire qu'une jurisprudence est lisible alors que précisément il n'y a pas de jurisprudence et que la condamnation résulte d'un revirement de jurisprudence, c'est un peu acrobatique...), mais le sens final de la décision de la Cour paraît soutenable.

Dominique Allix

Je connais bien le dossier ainsi que les tenants et les aboutissants de l'affaire Cantoni, mais je voudrais simplement dire que les dispositions du Code de la santé publique ne sont pas lisibles. Leur interprétation est imprévisible. Il suffit de consulter les avocats pour voir quel est leur désarroi en présence de ces textes indéchiffrables. Je ne pense pas qu'ils puissent servir de base à des incriminations pénales sérieuses dans un Etat de droit.

Paul Tavernier

Ce principe de la légalité des délits et des peines est un principe qui est entendu strictement en France. Or, les pénalistes, d'après ce que je sais, ont du mal à comprendre la jurisprudence de Strasbourg qui vient d'être rappelée par Jean Paul Costa parce que le respect de la loi au sens formel remonte à la Révolution. C'est donc une véritable révolution conceptuelle qu'on demande aux juristes français d'accepter, même si Me Delaporte nous a bien fait comprendre que l'interprétation stricte était quand même relative.

Jean-Paul Costa

Pour réagir à ce que vient de dire Paul Tavernier, je me demande, et c'est juste une piste de recherche (l'article 7 est un article très important), si la Cour européenne n'aurait pas intérêt à méditer le principe qui existe notamment en droit allemand et communautaire, et qui est celui de la confiance légitime, fondement de la sécurité juridique. Ce principe a déjà été admis par un jugement du Tribunal administratif de Strasbourg, et pour l'instant, il n'est pas véritablement intégré en tant que tel par la Cour de cassation ou par le Conseil d'Etat. Ce principe de confiance légitime pour faire écho à ce que vient de dire le professeur Allix, lorsqu'il y a une disposition imprécise d'un Code et qu'elle donne lieu à des réactions jurisprudentielles imprévisibles en droit national, signifierait que le justiciable serait en droit d'attendre une certaine confiance légitime de l'Etat et des juridictions répressives et ne pourrait pas être condamné sur des bases aussi fragiles. Je crois qu'il y a une grande révolution à faire, mais qui n'est pas évidente parce que le droit pénal a beaucoup proliféré : il y a toutes sortes de législations pénales spéciales ou parallèles, très techniques. Vous avez fait allusion, Maître Delaporte, aux sanctions administratives : il y a la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière audiovisuelle, etc. Il y a toute une réflexion à faire en droit pénal, domaine particulièrement sensible, au niveau du droit national et européen, notamment sur le principe de non-rétroactivité et de sécurité juridique.

Paul Tavernier

Je ne suis pas pénaliste, mais je me suis intéressé au principe de la non-rétroactivité pour d'autres raisons. Il me semble que les juristes français devraient faire très attention à ces questions de droit pénal parce qu'il y a également un autre débat qui concerne la juridiction pénale internationale. Le débat consiste à savoir quel type de procédure sera suivi : sera-ce la procédure anglo-saxonne, ou celle de type continental que nous connaissons ? Dans le cadre de la Convention européenne, ce débat apparaît à propos de la non-rétroactivité et devra se poursuivre, car la France ne peut pas imposer aux pays du continent son système. Les juristes français et européens doivent donc réfléchir à la nécessité d'intégrer dans un système cohérent des apports de différents systèmes. La jurisprudence du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie suit essentiellement une procédure anglo-saxonne et le concept de procès équitable à la base de l'article 6 de la convention est entendu différemment par les anglo-saxons. Il y a donc là une réflexion à poursuivre, et il faudrait éviter que les juristes français ne soient mis à l'écart. Le ministère des Affaires étrangères s'en préoccupe bien sûr, mais il faut que tout le monde en prenne conscience. La construction d'un système européen ou international implique forcément non pas des reculs, mais il faut qu'on tienne compte des différents points de vue qui sont en présence. C'est la difficulté, mais aussi l'intérêt de cette réalisation et cela permet aussi d'améliorer les systèmes nationaux.

Je voudrais poser une question aux représentants du ministère des Affaires étrangères ici présents, puisque nous avons la chance qu'ils traitent directement le contentieux français à Strasbourg. Je constate qu'il y a deux ministères intéressés par ce contentieux, le ministère des Affaires étrangères et le ministère de

la Justice. Alors, comment s'opère la répartition du contentieux, et comment la France pourrait être mieux défendue face à cette situation complexe ?

Michèle Dubrocard

La réponse est très simple : il n'y a pas deux ministères qui sont concernés. Ce sont tous les ministères qui peuvent l'être, mais il n'y a qu'un ministère qui plaide à Strasbourg, c'est le ministère des Affaires étrangères.

Paul Tavernier

Qui plaide à Strasbourg ? Que font les agents du ministère de la Justice que l'on a coutume d'y rencontrer ?

Michèle Dubrocard

C'est un problème de procédure : l'agent du gouvernement est toujours un représentant du ministère des Affaires étrangères, assisté de conseillers. Parfois ces conseillers appartiennent au ministère concerné directement par l'affaire. Il s'agit, effectivement souvent du ministère de la Justice, et ceci rejoint ce que je vous ai dit, à savoir que l'essentiel du contentieux concerne le ministère de la Justice, mais on a parfois des représentants du ministère de l'Intérieur, du Budget, etc. Le point de procédure à souligner, c'est que devant les instances internationales, c'est toujours le ministère des Affaires étrangères qui représente le gouvernement français. Cela est vrai devant la Cour de Justice des Communautés européennes à Luxembourg, ou devant la Cour internationale de Justice à La Haye. En ce qui concerne l'organisation de la défense du gouvernement français devant les instances de Strasbourg, et selon l'affaire en question, nous sollicitons la transmission des pièces et les observations sur la question du ministère intéressé. En fonction de ceci, nous produisons les observations au nom du gouvernement français. Il n'y a donc pas de concurrence puisque par définition il n'y a qu'un représentant pour le gouvernement français.

Paul Tavernier

Il est vrai aussi qu'il y a au ministère de l'Intérieur un service important qui s'occupe de ce contentieux. Ne serait-il pas envisageable de regrouper tout cela pour éviter l'impression d'une certaine dispersion du contentieux français concernant la Convention, ce qui écarterait le risque qu'un jour ou l'autre le système français de défense ne soit perturbé.

Michèle Dubrocard

C'est précisément pour éviter cette dispersion que tout a été regroupé actuellement au sein d'une sous-direction dite des droits de l'Homme au ministère des Affaires étrangères. Il y aurait dispersion si chacun des ministères concernés par les affaires produisait ses propres observations, mais en l'occurrence comme c'est un seul et même bureau pour l'ensemble du gouvernement français qui gère le contentieux, on ne peut pas parler d'une dispersion. Ce qu'on a pu remettre en cause, c'est cette attribution faite au ministère des Affaires étrangères pour envisager que d'autres ministères gèrent ce contentieux, notamment le ministère de la Justice puisque c'est lui le principal concerné par les affaires. Mais en l'état actuel, il y a une concentration du contentieux au ministère des Affaires étrangères.

Séance de l'après-midi sous la présidence de Raymond GOY

Professeur à l'Université de Rouen

Parodie... Dans la ville de Tournai en Belgique, où l'on était autrefois un peu militariste, paraît-il, et un peu hâbleur, on prétendait qu'un général ne donnait le signal du combat qu'après avoir constaté : " On peut c'mincher, les Tournisiens sont là ". Que les retardataires se sentent donc les bienvenus.

La pièce de théâtre que constitue notre Session respecte les règles classiques de l'unité : unité de sujet, les droits de l'Homme ; unité de temps : une journée couvrant d'ailleurs une année universitaire ou judiciaire ; unité de lieu : nous parlons de Strasbourg, mais également de personnes dans la mesure où les défenseurs et l'Etat sont la puissance publique... Mais c'est là que commence la diversité. L'Etat lui-même, nous le disions tout à l'heure lorsque Mme Dubrocard nous parlait, peut être représenté par les Affaires étrangères, mais au-delà par la Justice ou l'Intérieur, car ce n'est pas toujours la même puissance publique qui est en cause : tantôt c'est le Fisc, tantôt c'est la Police, dans d'autres cas c'est un autre service, et c'est pourquoi nous allons voir diversifiées, toutes les affaires qui mettent en cause aujourd'hui toute une panoplie, dont la seule caractéristique commune est cette variété.

Nous avons également un éventail d'orateurs pour lesquels j'ai une seule exigence, car ils ont tous évidemment beaucoup de choses à nous dire, très intéressantes, c'est d'intervenir en 20 minutes maximum pour pouvoir ensuite ouvrir la discussion.

L'expulsion des étrangers : *quid novi* ?

L'article 3 et les risques de torture ou traitements inhumains : affaire H.L.R. (29 avril 1997)

par

Gourmo LO

Maître de conférences à l'Université du Havre

C'est une affaire qui pourrait paraître banale pour les amateurs de "thriller" américains de série B que celle soumise à notre examen, si n'y était en cause l'une des questions les plus délicates et les plus débattues actuellement dans le domaine de la protection des réfugiés et demandeurs d'asile en Europe: celle dite de "l'agent de persécution".

HLR, narco-trafiquant de nationalité colombienne a été arrêté le 14 mai 1989 à l'aéroport de Roissy en possession du produit illicite, alors qu'il était en transit pour l'Italie. Pendant sa garde à vue, il va se montrer "coopératif" avec les services de police et grâce à ses révélations, deux de ses recruteurs seront identifiés par Interpol, l'un, HB, étant même arrêté le 21 mai 1989 en possession de drogue en Allemagne, avant d'être jugé et condamné à une peine de prison, et d'être illico expulsé vers son pays d'origine, la Colombie. Mais loin de tirer bénéfice de cette collaboration, le délateur est lui aussi jugé et définitivement condamné, le 24 juillet 1992 à une peine d'emprisonnement (5 ans) assortie d'une mesure d'interdiction définitive du territoire français. A l'issue de sa peine, il est menacé d'expulsion, suite à un arrêté pris dans ce sens par le ministre de l'Intérieur le 26 avril 1994, après le rejet de sa demande de grâce par le Président de la République, au motif que sa présence sur le sol français constituait "une menace grave pour l'ordre public", malgré un avis contraire émis par la commission d'expulsion des étrangers. Assigné à résidence, HLR va introduire les recours administratifs internes classiques tout en saisissant la Commission européenne des droits de l'Homme qui demande, à titre conservatoire au gouvernement français de sursoire à son expulsion en raison de ses implications sur la suite de la procédure avant la saisine de la Cour.

L'intérêt principal de l'arrêt vient du fait que pour la première fois devant la Cour est invoqué, pratiquement à l'état pur, cette hypothèse où le demandeur d'asile dit craindre la persécution, non pas de la part des autorités publiques, mais d'entités privées ou d'individus, en cas d'expulsion dans son pays d'origine.

En l'espèce, le requérant dit craindre des actions de représailles de la part des malfrats colombiens que sa dénonciation a permis d'identifier et de mettre provisoirement hors d'état de nuire et dont un au moins a regagné la Colombie. HLR s'appuie bien sûr sur la démarche désormais classique de la Cour suivant laquelle "l'expulsion d'un étranger par un Etat contractant peut soulever un problème au regard de l'article 3, lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé, si on l'expulse vers le pays de destination, y courra un risque réel d'être soumis à la torture ou à des peines ou traitements contraires à l'article 3." ² Ainsi donc pour la première fois est offerte à la Cour l'occasion rêvée de se prononcer sur une question dont l'importance et la portée effective en matière de droit d'asile a largement débordé le cercle des spécialistes pour être l'une des grandes préoccupations politiques et diplomatiques européennes⁽³⁾, voire mondiales⁽⁴⁾.

Sans doute consciente de la trop grande sensibilité de la question, la décision de la Cour va, sur la question de principe à savoir : faut-il nécessairement un "agent de persécution" ?, apporter une réponse novatrice pour ne pas dire révolutionnaire, en rejetant clairement la doctrine française (I) sans que cependant le malheureux requérant ne puisse en l'espèce en bénéficier, compte tenu des conditions draconiennes exigées quant à la nature du risque encouru et qui, elles donnent entière satisfaction à la France (II).

² Voir Arrêts Ahmed c. Autriche, 17121996, Vilvarajah et autres, 30 octobre 1991.

³ Voir *infra*.

⁴ Voir *infra*.

I • L'auteur du risque : la conception novatrice de la Cour

Pour le gouvernement français, la demande d'asile de HLR est inacceptable du fait que ceux dont il dit craindre les persécutions sont des personnes privées. Elle serait donc " incompatible *ratione materiae* avec les dispositions de l'article 3 de la Convention dès lors que le risque de traitements inhumains ou dégradants invoqué par le requérant ne trouvent (*sic*) pas leur (*sic*) origine dans l'attitude des autorités colombienne " (§ 32). Il s'agit là de l'argument fondamental dudit gouvernement, sa principale ligne de défense que la Cour va très clairement remettre en cause (A) compte tenu de la finalité même qu'elle assigne à cet article (B).

A • Le dogme de " l'agent de persécution " et sa mise en cause par la Cour

En insistant sur la nécessité que les risques de traitements inhumains ou dégradants ou de mise en danger de la vie du demandeur d'asile " trouvent leur origine dans l'attitude des autorités colombiennes " , le Gouvernement français reste dans la ligne de ce qu'on peut qualifier de véritable doctrine française voire européenne de l'agent de persécution. Cette conception repose sur la prévalence de l'élément **intentionnel étatique** dans la qualification de la situation où le risque de persécution est allégué. Il s'agit là d'une vision globale , d'une " doctrine " , en ce sens que d'après la France, c'est l'ensemble du dispositif normatif international relatif à la protection de la personne qui se fonderait sur cet élément intentionnel. Elle invoque ainsi, à l'appui de sa démonstration, l'article 1 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels inhumains ou dégradants⁵, qui " représenterait les dernières avancées du droit international en la matière " , et bien entendu les dispositions de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut de réfugié.

En fait, c'est surtout sur l'interprétation dominante du champ d'application de cette convention que la France pouvait raisonnablement prendre appui pour fonder sa démarche par analogie. C'est en effet presque exclusivement à propos de la détermination de ce domaine d'application de la Convention de Genève, et particulièrement depuis son Protocole de 1967 que se pose avec de plus en plus d'acuité⁶ non seulement la question du " pourquoi des craintes de persécution ? " mais aussi, et peut être même surtout, celle du " qui persécute ou risque de persécuter ? ". Les réponses dans la pratique internationale varient considérablement, les juridictions nationales ayant des interprétations si divergentes qu'elles mettent en cause le sens, la cohérence et l'efficacité même de cette Convention.

Pour tenter d'harmoniser la position des Etats membres sur cette question devenue essentielle pour les Etats européens qui redoutent, à tort ou à raison, un déferlement de demandeurs du refuge ou de l'asile excipant de persécutions non étatiques (à l'instar du terrorisme aveugle et massif des GIA algériens), le Conseil de l'Union européenne a défini à minima la position commune suivante : " On considérera que les persécutions commises par des tiers sont comprises dans le champ d'application de la Convention de Genève lorsqu'elles ont un caractère personnalisé et qu'elles sont **encouragées** ou **autorisées** par les pouvoirs publics... " ⁷ (souligné par nous).

Cette interprétation européenne de la Convention de 1951 au regard de l'auteur du risque allégué est celle qui, depuis toujours, trouve grâce dans la jurisprudence française. Le Conseil d'Etat le rappelle sans aucun complexe ni ambiguïté à chaque fois que s'en présente l'occasion. Dans l'arrêt Dankha⁸, la persécution de l'Etat est exigée ne serait ce qu'indirectement. La Commission des Recours des Réfugiés (CRR) dans l'arrêt Godian motive son rejet d'une demande de statut de réfugié par le fait que " le requérant n'apporte aucun élément précis permettant d'établir qu'il a été l'objet de persécutions du fait des autorités légales de son pays... " ⁹. La seule " générosité " dont font montre les différents juges français dans

⁵ Convention de New York du 10 décembre 1984.

⁶ Voir Denis ALLAND, " Le dispositif international du droit de l'asile ", Rapport général au colloque de Caen, *Droit d'asile et des Réfugiés*, SFDI, Editions Pedone, p. 47.

⁷ in *JOCE* L6 3/2 ,13 mars 1996.

⁸ CE, 27 mai 1983, *Rec. Lebon*, p. 247.

⁹ CRR, 1er mars 1984, n°23030. Voir aussi CRR, 10 novembre 1993, Morales Cassio à propos d'un péruvien se disant menacé par un mouvement révolutionnaire et qui sera débouté de sa demande pour le même motif.

l'interprétation de la qualité des persécuteurs vient de la non exigence d'une présence directe, officielle de ces autorités lors de la violation des droits humains considérés, ce qui peut les amener à se montrer moins exigeants dans la définition de la "tolérance volontaire" coupable à l'égard de groupes ou d'individus directement persécuteurs. Mais, au delà, elle reste massivement arc-boutée sur son dogme de l'agent de persécution comme le rappelle par exemple une décision de la CRR en date du 26 novembre 1993 qui motive le rejet d'une demande du statut faite par un somalien, par l'existence d'une situation d'anarchie découlant de ce que "après la disparition de tout pouvoir légal, des clans, sous clans et factions d'une même ethnie luttent pour créer ou étendre des zones d'influence à du territoire national sans être toutefois en mesure d'exercer dans ces zones un pouvoir organisé qui permettrait, le cas échéant de les regarder comme des autorités de fait". Il en est résulté pour la Commission que les persécutions dont se prévaut le requérant ne sont pas de la nature de celles visées par la Convention de Genève. Elles sont réelles peut-être, mais non pertinentes.

On comprend donc que dans cette affaire HLR, le Gouvernement français ait tenu à se prévaloir de l'interprétation dominante de la Convention de Genève puisque celle-ci est allée globalement dans un sens particulièrement restrictif concernant tout au moins son champ d'application et qu'en conséquence, il ait affirmé que l'"on ne saurait interpréter l'art 3 comme s'appliquant aussi aux cas où le risque de tels traitements émane exclusivement de particuliers ou de groupes de particuliers qu'au prix d'un élargissement considérable (sic) du champ d'application de la Convention."

C'est pourtant ce que la Cour va faire ici, manifestement avec une prudence de sioux, de manière presque anodine si l'on tient compte des enjeux considérables en cause et des implications juridiques et politiques pour les Etats d'accueil : "La Cour, dira t-elle, n'exclut pas que l'article 3 trouve aussi à s'appliquer lorsque le danger émane de personnes ou de groupes de personnes qui **ne relèvent pas de la fonction publique**" (§ 30)(souligné par nous). Dans le contexte de l'affaire, et eu égard à la nature de la requête, c'est bien d'une rupture par rapport à l'interprétation traditionnelle en Europe qu'il s'agit, la non implication d'agents de "la fonction publique" s'entendant de manière extensive, qu'il s'agisse de leur participation directe ou indirecte. HLR est menacé par des trafiquants de drogue et ne mentionne en aucun cas la participation de représentants de l'Etat colombien à ce qui pourrait être des actes de vengeance. Tout au plus lui faut-il prouver que "les autorités de destination ne sont pas en mesure d'(...)obvier (au risque prétendu) par une protection appropriée" (§40). Nous verrons plus loin à quelle hauteur la Cour va élever le niveau de cette dernière exigence. Il faut seulement dire que cette conclusion fondamentale de la Cour, qui donne à l'arrêt l'allure très française d'un arrêt de principe, rejoint celle de la Commission européenne des Droits de l'Homme qui avait souscrit à la thèse du demandeur. L'élément intentionnel ne devait pas entrer en ligne de compte mais seulement "l'existence d'un danger objectif, notamment la nature du régime politique de l'Etat dans lequel l'intéressé est susceptible d'être renvoyé ou une conjoncture particulière existant dans cet Etat. Cette constatation n'implique pas nécessairement **une quelconque responsabilité de l'Etat de destination**" (souligné par nous). Le caractère anodin, faussement anodin, de l'affirmation de la Cour camoufle donc mal une véritable révolution juridique par rapport à ce qui, jusqu'alors était en vigueur en Europe en ce qui concerne le domaine de définition de l'article 3 de la Convention. Il n'est pas sans intérêt de noter que sur ce point aucune opinion dissidente n'a été exprimée, ce qui en dit long sur la "maturité" d'un arrêt venu manifestement à point nommé. En tout cas, si audace il y a, elle se trouve être largement fondée, même si ses conséquences futures seront certainement de grande ampleur sur le droit des étrangers persécutés.

B • L'objectivité du risque de persécution et l'indifférence de la qualité de son auteur

L'importance essentielle de l'article 3 de la Convention européenne vient de ce qu'il instaure un véritable droit à l'asile pour les personnes courant un risque grave de persécution, indépendamment de toute autre considération que celle de les protéger dans leur "humanité". C'est de ce point de vue que sa philosophie se distingue fondamentalement de celle de l'article 33 de la Convention de Genève qui se fonde sur un système d'élection et d'exclusion de catégories de personnes en attente de protection.¹⁰ Aussi le raisonnement analogique du gouvernement français dans cette présente affaire est-il sans portée.

¹⁰ Voir rapport précité de Denis ALLAND, "Le dispositif international du droit de l'asile" au colloque de Caen de la SFDI.

Pour la Cour et dans le cadre de la Convention européenne, l'objectif n'est pas de protéger telle catégorie de personnes, éventuellement contre telle catégorie de risques à laquelle elles vont devoir faire face en rentrant chez elles, il s'agit plus fondamentalement encore de protéger un droit absolu reconnu par la Convention européenne à tout individu, quel qu'il soit, à ne point faire l'objet de traitements inhumains ou dégradants. Ce qui est précisément en jeu c'est le caractère absolu du droit en question et rien d'autre, que ce soit les faits ou méfaits éventuels du requérant dans le pays qu'il veut fuir, ou a fortiori, la qualité ou la nature de l'auteur de la persécution. Dès lors que l'expulsion a pour effet d'exposer le demandeur à une telle violation de ce droit inhérent à la personne humaine elle devient elle-même illégale pour la même raison. C'est donc d'une prévention de complicité de la part de l'Etat d'accueil qu'il s'agit d'établir dans la démarche fondatrice de la Cour d'un véritable droit subjectif à l'asile en faveur de tous ceux qui courent des risques sérieux de persécution chez eux. Il n'importe dès lors que très peu, et même pas du tout, de savoir de qui proviendrait ces risques.

Cette logique est celle qui anime l'ensemble des décisions des organes de Strasbourg, Commission ou Cour. Celle-ci rappelle sa propre "doctrine" interprétative de l'article 3, à savoir que cet article "consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques" et donc "prohibe en termes absolus la torture ou les peines ou traitements inhumains ou dégradants" (§ 35). La jurisprudence antérieure en avait fait application, de manière non problématique lorsque, bien sûr, le risque de persécution émanait des autorités de l'Etat, directement ou non, comme énoncé dans les arrêts *Soering c. Royaume Uni*¹¹, *Cruz Varas et autres c. Suède*¹², etc. D'ailleurs certains arrêts ont un accent si particulier et sont rendus dans des circonstances d'espèce si singulières qu'ils rendaient presque inévitable la solution HLR. Il s'agit déjà de l'arrêt *Chahal c. Royaume Uni*¹³ où la Cour retient l'hypothèse où les mauvais traitements risquaient de provenir de la fonction publique (en l'occurrence certains secteurs de l'armée indienne) alors même que les autorités gouvernementales sont reconnues innocentes et de bonne foi (le demandeur, un séparatiste d'ethnie Sikh craignant à bon droit d'après la Cour de faire l'objet de persécution de la part de militants hindouistes extrémistes ayant infiltré l'armée nationale indienne). Il s'agit surtout de l'arrêt *c. Autriche* du 17 décembre 1996¹⁴ où la Cour se montre beaucoup plus "diserte" en précisant très clairement que "La protection assurée par l'article 3 est(...) plus large que celle prévue par l'article 33 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés". Le demandeur étant réfugié statutaire somalien, menacé de perdre le bénéfice du statut étant donné son implication dans des actes contraires à l'ordre public autrichien (vol à l'arraché), la Cour va constater que la situation dans ce pays n'avait pas changé, que "le pays était toujours en proie à la guerre civile et aux combats que se livraient plusieurs clans pour le contrôle du pays (et que) rien n'indiquait que les dangers encourus par le requérant en 1992 (date d'obtention du statut de réfugié politique) eussent cessé d'exister ou qu'une autorité publique eût pu le protéger". La Cour en définitive va se fonder sur la seule objectivité du risque pour conclure que "l'expulsion de l'intéressé vers la Somalie violerait l'article 3 de la Convention, tant qu'il y court un risque sérieux de subir la torture ou des traitements inhumains et dégradants" (§47). Mais il est vrai que dans cette affaire le requérant était lui-même directement impliqué dans la lutte des factions tribales et était l'objet de menaces de vendetta...

On voit là toute l'opposition de démarche entre le juge européen et son homologue français puisque pratiquement pour le même cas de figure ce dernier déclarait le demandeur infondé à réclamer le bénéfice de la protection pour raison de non persécution étatique, et pour cause !, l'Etat n'existant plus comme relevé par les deux juges...

Toutes ces décisions de la Cour, toujours en plein accord avec la Commission sur la question de principe, suivent une même orientation générale, une même ligne : il s'agit d'affirmer le caractère absolu du droit à la protection et d'en faire résulter une suite absolument logique de conséquences exprimées au gré des affaires qui lui sont soumises. De ce point de vue, on ne peut pas vraiment parler de surprise même si, manifestement, le Gouvernement français n'a pas vu venir la nouvelle conception.

Quelles conséquences vont résulter de cette jurisprudence ?

Tout d'abord il est évident que les juridictions nationales, françaises en particulier, vont devoir tenir compte de la nouvelle donne. On ne voit pas comment, raisonnablement, elles pourraient persister dans leur

¹¹ Rec. Série A n° 161, 7 juillet 1989.

¹² Rec. Série A n° 201, 20 mars 1991.

¹³ 15 novembre 1996, Rec. 1996.

¹⁴ Rec. N° 1996-VI.

position actuelle. Que cette position concerne l'interprétation de la Convention de Genève ne change rien à l'affaire puisque pour la Cour européenne l'article 3 constitue une norme suprême par rapport à toutes autres y compris les règles de Genève en rappelant que cet article consacre " l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques ". Pour les Etats européens parties à cette Convention de Genève, celle-ci (c'est-à-dire en somme son interprétation par la Cour) prime sur toute autre norme dans cette matière. C'est une exigence à la fois juridique et éthique et on ne voit pas comment il pourrait en être autrement. Cet alignement des jurisprudences des Etats Parties à cette conception novatrice serait enfin une manière pour elles de relever le défi que constituait jusqu'alors pour les Etats européens, la " lacune " de leur interprétation dominante de l'exigence de l'" agent de persécution " comme le disait récemment avec quelque dépit, le Haut-Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés¹⁵.

C'est donc un pas important que la Cour vient de faire faire au droit européen. Mais un pas de l'oie, car le juge n'hésitera pas à se " rattraper " en accordant à l'Etat français le bénéfice de conditions particulièrement restrictives pesant sur le demandeur d'asile.

II • La gravité du risque : l'approche (trop ?) restrictive de la Cour

L'intérêt principal de l'article 3 de la Convention européenne est qu'il instaure un véritable droit à l'asile en faveur de l'étranger susceptible de faire l'objet de persécution. Certes il s'agit d'un droit subséquent, dans la mesure où la Convention elle-même, est muette au sujet de cet asile. Mais la Cour a comblé cette lacune par une jurisprudence de plus en plus affinée en ce domaine avec comme résultat ultime le cas d'ouverture générale du bénéfice de l'asile à toutes les victimes possibles de persécution hors de toute distinction catégorielle. Mais encore faudra-t-il convenir sur la nature concrète du risque encouru, ce qui suppose une analyse d'abord fondée sur l'appréciation des faits. C'est dire l'importance que vont avoir tant leur établissement que, surtout, leur interprétation. Remarquons ici que comme elle en a d'ailleurs le droit, la Cour en l'espèce va d'emblée préférer se défaire des constatations faites par la Commission des droits de l'Homme à laquelle le système de la Convention confie en premier lieu le soin de l'établissement des faits, la Cour n'usant de ses propres pouvoirs qu'exceptionnellement, comme elle le rappelle elle-même (§36). Cela augurait de divergences d'appréciation des faits qui nous allons le voir, vont totalement les opposer.

L'accord est aisé pour dire qu'en tout état de cause l'impossibilité d'expulser ne peut peser sur l'Etat d'accueil que si les faits allégués présentent un degré de gravité suffisant. Le débat commence lorsqu'il s'agit de définir les conditions d'une telle gravité.

Dans cette affaire HLR, la difficulté pour la Cour de sortir d'une certaine logique étatiste est évidente, puisqu'elle va exiger des conditions si draconiennes qu'elles apparaissent quelque peu suspectes, et en tout cas par trop favorable en définitive à la thèse du gouvernement français sans que rien ne le justifie si ce n'est peut être, le désir de "faire passer" la pilule amère de l'extension du champ de l'article 3.

En tout cas, une fois acquis le principe de cette extension, la Cour va examiner les prétentions de HLR avec une exemplaire sévérité sous le double angle de la nécessaire personnalisation du risque(A) et de l'exigence d'une absence de protection de la part des autorités nationales colombiennes(B)

A • La nécessaire personnalisation du risque

En droit européen, il n'est pas reconnu de situation objective générale de laquelle résulterait pour ceux qui la vivent, le bénéfice du statut de réfugié ou de l'asile. En soi, l'exposition à une guerre civile ou à d'autres troubles internes ne constitue pas un motif pertinent pour la demande contrairement à ce que consacre exceptionnellement, le droit africain.¹⁶ Aussi, dans le cas d'espèce, la Cour va-t-elle insister sur ce point, en rappelant que si, comme la Commission, " elle ne peut que constater la situation générale de violence existant dans le pays de destination ", il n'en reste pas moins vrai qu'"un tel contexte n'est pas à lui

¹⁵ Voir " Message " adressé au colloque précité de la SFDI, p. 8.

¹⁶ La Convention africaine relative au droit des réfugiés en date du 10 septembre 1969 qui attribue le statut de réfugié aux personnes qui fuient leur pays notamment à cause "d'événements troublant gravement l'ordre public...". Voir Rec. des traités et autres textes de droit international concernant les réfugiés, publ. HCR, Genève 1990, p. 227.

seul de nature à entraîner, en cas d'expulsion, une violation de l'article 3". Il n'est pas inintéressant de noter la grande discrétion (mais pas ignorance, bien entendu) de la Cour sur cet aspect des choses dans l'affaire Ahmed précité où elle avait semblé accorder plus d'importance à la persistance de " la guerre civile et aux combats que se livraient plusieurs clans pour le contrôle du pays " ¹⁷. La situation de guerre civile était donc déterminante dans l'appréciation du sort de Ahmed même s'il est vrai qu'il en était l'un des protagonistes et qu'à ce titre il craignait des représailles de la part du clan opposé en cas de retour, comme cela lui avait été d'ailleurs reconnu par le gouvernement autrichien dans le cadre du droit de Genève.

Pour HLR, il n'en va pas totalement ainsi puisque l'état de violence endémique sert tout au plus de toile de fond à ses déboires. Il fallait donc autre chose que le conflit pour légitimer sa demande de non expulsion (§ 41). C'est sur cette clause générale que la Cour va se fonder pour apprécier le degré de personnalisation du risque qu'il dit courir en cas de retour dans son pays et qu'elle considère en définitive comme insuffisant. Mais là où le bât blesse c'est la manière dont s'y prennent les juges pour apprécier cette personnalisation.

Le requérant a produit des lettres de sa tante relatant des menaces de la part du fameux HB, dont on se souvient qu'il l'avait dénoncé et envoyé donc en prison en Allemagne avant qu'il ne soit expulsé en Colombie ? Ces lettres, dira la Cour, "ne sauraient, à elles seules, suffire à concrétiser la menace" ! La tradition de vengeance des organisations "mafieuses" ? La Cour ne le nie point. Mais " Si parfois(sic), en cas de délation, les narco-trafiquants cherchent à se venger, aucun élément pertinent ne prouve, s'agissant de HLR, la réalité du risque allégué ". Mieux, (ou plutôt pire !), " aucun document n'étaye l'allégation selon laquelle la situation personnelle de l'intéressé serait pire en cas de renvoi, que celle des autres colombiens " ! (§42).

Il est clair que ces affirmations de la Cour pourraient facilement être qualifiée de " subjectiviste " étant donné les circonstances générales de l'affaire et le comportement effectif du requérant vis à vis de ces anciens complices. Le caractère personnel du risque dont la Cour fait à bon droit, une exigence, n'est-il pas surdimensionné en l'espèce, au risque de perdre toute signification ? Le fait tangible n'est-il pas que HLR est devenu un " informateur de la police " et que comme tel " il risque gros ", étant donné que partout, y compris en Colombie comme tendent à le montrer notamment des sources onusiennes, " les organisations criminelles ont tendance à se venger cruellement de ces personnes afin d'intimider les " informateurs " potentiels et de les dissuader de révéler des renseignements " comme le rappelle le juge Pekkanen dans son opinion dissidente, dans la présente affaire ?

Il est évident que dans un pays connu comme étant l'un des bastions du trafic international des stupéfiants, où les cartels de la drogue entretiennent de véritables armées privées, et dont la puissance est telle qu'elle en devient " politique " par captation du pouvoir d'Etat ou de larges secteurs de ce dernier, le risque que court un délateur de ces derniers est réel et grave. L'argumentation de la Commission semble pour sa part mieux répondre à l'" objectivité " que requiert une appréciation portant sur des données dont l'enjeu porte sur la vie même de l'individu: " Compte tenu de la situation spécifique régnant en Colombie quant au trafic de stupéfiants, des activités délictueuses du requérant en rapport avec le milieu narco-trafiquant et de ses déclarations à la police française, l'intéressé encourt, en cas de renvoi, un risque réel et sérieux de traitements prohibés par l'article 3 " (§31). D'autant plus que, le moins que l'on puisse dire est que les autorités colombiennes ne présentent pas nécessairement une garantie suffisante pour la protection de l'intéressé.

B • L'exigence du défaut de protection de la part des autorités nationales

L'absence de protection du demandeur d'asile est au coeur même de l'institution. Elle l'explique et le justifie à la fois. En effet, il est réclamé de l'Etat étranger qu'il se substitue à l'Etat national du demandeur dans sa fonction protectrice et sécuritaire. C'est un devoir que lui impose le droit reconnu à tout individu de vivre en sécurité, de ne pas faire l'objet, spécifiquement, d'une atteinte grave à sa personne, quel qu'en soit le lieu, la raison ou les circonstances. C'est la défaillance objective de l'Etat par rapport à ce devoir qui ouvre droit à la protection à la victime potentielle ou effective de la persécution. D'où l'intimité de la notion d'" objectivité " du risque (évoquée plus haut) avec celle de la défaillance gouvernementale. Toute la jurisprudence de la Cour, en plein accord avec la Commission sur ce point s'appuie sur cette vision et les

¹⁷ Voir Rec. 1996-VI, N° 26 (§ 44).

arrêts ayant inspiré ces quelques réflexions le montrent aisément. Mais comme l'attestent les divergences survenues entre la Cour et la Commission sur ce second volet de l'exigence de gravité du risque encouru par le demandeur, il y a loin entre l'affirmation de principe et l'appréciation concrète des conditions dans lesquelles on peut conclure sur l'efficacité ou non de la protection de l'Etat d'origine du requérant.

HLR avait tenté de convaincre la Cour de ce que le retour dans son pays était particulièrement risqué du fait que les autorités étaient incapables de lui assurer la sécurité nécessaire. Pour ce faire, il énonce un certain nombre d'accusations graves concernant l'infiltration des rouages de l'Etat colombien par des trafiquants de drogue à un point tel que la Colombie serait souvent citée comme une "narco-démocratie". Il y ajoute "Les violations massives des droits de l'Homme...", "L'inefficacité des institutions judiciaires de droit commun", l'état de "La législation colombienne..." qui ne prévoirait aucune protection spéciale pour des collaborateurs d'une justice étrangère etc. La Commission souscrit entièrement à ces affirmations. La Cour elle, reconnaît, ou plutôt "n'ignore pas non plus les difficultés (*sic*) rencontrées par les autorités colombiennes pour endiguer la violence.". Elle ajoute aussitôt que "De son côté, le requérant n'a pas démontré que les dites autorités sont incapables de lui offrir une protection appropriée". Ici aussi, la Cour n'est pas exempte du reproche de subjectivisme car, quel devrait être le niveau d'assurance nécessaire et surtout quels faits pourraient étayer le défaut de protection de l'Etat dans une situation manifestement incertaine et insécuritaire pour la généralité des colombiens, à plus forte raison pour un individu dont il n'est pas nié qu'il a apporté à des autorités étrangères un appui décisif pour démanteler un réseau de trafic dont l'âme est précisément située dans le pays d'expulsion où l'implication de certaines au moins des autorités de police et de renseignement sont de notoriété publique dans cette activité criminelle ? Des rapports chiffrés existent provenant des sources les plus fiables (y compris onusiennes) dont s'est inspirée d'ailleurs la Commission pour étayer le sérieux des craintes de HLR et qui tendent tous à démontrer cette implication de ces secteurs stratégiques de l'Etat colombien et qui montrent que les "difficultés" qu'éprouvent ces autorités s'expliquent précisément et en grande partie par cette implication. Il est dommage que la Cour ait évacué leur examen au détour d'une phrase sibylline et manifestement peu appuyée par les faits. Il n'est d'ailleurs inintéressant de faire une comparaison de la démarche qu'elle suit ici avec celle qui fut la sienne dans l'affaire Chahal précitée, par certains côtés comparable à celle-ci. La Cour avait à se prononcer sur la réalité du risque que courait le demandeur au cas de son expulsion dans son pays (l'Inde) en tant que séparatiste Sikh, alors que certains secteurs de l'armée indienne étaient infiltrés par des éléments extrémistes hindous notamment au Pendjab. Sans remettre en cause la bonne foi des autorités gouvernementales indiennes et donc sans reconnaître quelque responsabilité que ce soit dans la menace, les juges ont cependant estimé que la potentialité du risque était telle que l'expulsion équivalait à une violation de l'article 3 de la Convention.¹⁸ Et pourtant l'Etat indien est loin d'avoir atteint à l'époque des faits le degré de "difficultés" que rencontre de ce point de vue celui de Colombie. N'eut-il pas mieux valu, au vu des circonstances de l'espèce, et en raison de ce qui est en jeu, assouplir ou alléger cette charge en insistant auprès des autorités françaises sur la crédibilité et le sérieux de la protection dont HLR allait bénéficier en rentrant chez lui ? Sans parler de reconnaissance à l'égard d'un trafiquant, ne pouvait-on pas néanmoins, d'une certaine manière prendre acte de sa collaboration avec la police française qui s'apparente à un repentir d'autant plus que la menace d'ordre public en cas de son maintien sur le territoire avait été écartée même par la commission d'expulsion des étrangers ?

L'attitude particulièrement sévère ou rigide dans les exigences liées aux conditions concrètes de la persécution, nous le répétons, ne peut pas ne pas être mise en rapport avec la solution de principe que retient l'arrêt en ce qui concerne le champ d'application de l'article 3.

Ayant fait faire au droit européen un véritable bond en avant quant à l'auteur de la persécution, les juges se sont montrés semble-t-il, intraitables "en retour", sur les conditions liées à la gravité même du risque encouru, ce qui, classiquement, aboutit à ce véritable jugement de Salomon qu'est de ce point de vue, cet arrêt HLR.

Manifestement, le progrès du droit s'est encore fait par le sacrifice de l'intérêt pratique du demandeur. Lourds sacrifices car au vu des circonstances ce qui se jouait n'était rien moins que le droit à la vie d'un homme dont il n'est pas évident (s'il est encore vivant !) qu'il veuille accepter que... Paris vaille toujours une messe ! Quant au gouvernement français, qu'il ne se réjouisse pas trop de pouvoir expulser HLR car ce qui est en cause c'est désormais la perte d'une part substantielle de sa prérogative d'asile territoriale...

¹⁸ Voir Chahal c. Royaume Uni, précité.

Raymond Goy

Il est des brièvetés qui sont denses. Je vous remercie d'avoir été aussi rapide. Vous avez abordé un sujet qui a su nous toucher, nous intéresser, nous enthousiasmer et je pense qu'il suscitera tout à l'heure des questions. Nous sommes toujours dans le thème des expulsions d'étrangers, *quid novi*, mais cette fois il s'agit de l'article 8 sur la protection de la vie privée et familiale.

**L'article 8 et la protection de la vie privée et familiale :
affaires Bouchelkia (29 janvier 1997), Mehemi et El Boujaïdi (26 septembre 1997) et Boujlifa (21
octobre 1997)**

par

Delphine LECLERCQ-DELAPIERRE

Ater à l'Université de Rouen

Cette année, en matière d'expulsion des étrangers, et plus particulièrement d'immigrés de la "deuxième génération", la Cour a rendu quatre arrêts contre la France, sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Il s'agit des affaires Bouchelkia du 29 janvier 1997, Mehemi et El Boujaïdi du 26 septembre 1997 et enfin Boujlifa du 21 octobre dernier. Les requérants ont tous fait l'objet d'une mesure d'expulsion après avoir été condamnés pour diverses infractions.

Outre la présentation de ces quatre arrêts, il serait intéressant de faire le point sur la question de l'autonomie des droits inscrits à l'article 8 de la Convention.

Présentation des arrêts

Les faits

M. Bouchelkia, algérien, est arrivé en France à l'âge de 2 ans. Il est condamné à 5 ans de réclusion criminelle pour viol avec violence et vol simple puis il est expulsé. Il revient en France, fonde une famille et continue à commettre des infractions.

M. El Boujaïdi, marocain, est arrivé en France à 7 ans. Il a été condamné à 6 ans d'emprisonnement pour usage et trafic de drogue. Malgré son interdiction définitive du territoire, il revient en France et est condamné pour vol. Lui aussi fonde une famille.

M. Boujlifa, également marocain, est en France depuis l'âge de 5 ans. Il a été condamné à 6 ans de réclusion criminelle pour vol avec port d'arme puis à 18 mois d'emprisonnement pour vol avec violence. Il est ensuite extradé vers la Suisse. Revenu en France, il se met en concubinage après avoir appris qu'il allait faire l'objet d'une mesure d'expulsion.

M. Mehemi, Quant à lui est algérien, mais il est né à Lyon. Marié et père de trois enfants, il est condamné à 6 ans d'emprisonnement pour détention et importation en contrebande de stupéfiants.

N'ayant pas obtenu satisfaction de leur demande de relèvement n'ayant pas abouti favorablement, ils décident de saisir les juridictions européennes. Devant la Cour, ils allèguent une violation de leur droit au respect de leur vie privée et familiale.

L'arrêt

Dans ces quatre arrêts, la Cour adopte un raisonnement classique en ce sens qu'elle recherche, dans un premier temps, s'il existe une réelle ingérence dans les droits invoqués, puis, dans un second temps, elle vérifie si l'ingérence peut être justifiée au regard du paragraphe 2 de l'article 8, c'est-à-dire si elle est prévue par la loi et est nécessaire, dans une société démocratique, à la poursuite de buts légitimes.

Avant de reconnaître que les requérants ont été victimes d'une ingérence dans leur droit, la Cour recherche s'ils peuvent prétendre à une vie privée et familiale. Pour cela, elle retient différents critères dont l'âge d'arrivée en France, la continuité du séjour en France et la présence de parents en France avec lesquels ils entretiennent des relations régulières. Dans son appréciation concernant notamment l'existence d'une vie familiale, il est important de noter que la Cour demeure très restrictive. Elle ne considère que la situation existante au jour de l'arrêt d'expulsion et plus particulièrement au jour de la connaissance d'une mesure d'expulsion à leur encontre (Boujlifa). Par conséquent, la Cour ignore la situation actuelle des requérants.

La légalité des mesures d'expulsion et la légitimité du but poursuivi ne font, quant à elles, aucun doute. Les textes de référence sont les articles 23 à 26 de l'ordonnance de 45 modifiée ou l'article L 630-1 du Code de la Santé Publique. Les buts sont identiques dans les quatre affaires : la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales.

La Cour s'est davantage étendue sur la nécessité de ces mesures dans une société démocratique. Elle rappelle tout d'abord "qu'il incombe aux Etats d'assurer l'ordre public, en particulier dans l'exercice de leur droit de contrôler, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux des traités, l'entrée et le séjour des non nationaux" (par exemple, El Boujaïdi, § 39, p. 12). Les Etats peuvent les expulser à condition de respecter les exigences de l'article 8 et notamment celle de la nécessité des mesures dans une société démocratique. A cet effet, elle recherche l'existence d'un "besoin social impérieux", ceci se traduit par la mise en balance des intérêts en présence. Sur le plateau du requérant, en plus des critères déjà évoqués, la Cour ajoute des critères d'intégration comme la scolarité et le travail, et la constitution préalable d'une famille (mariage ou union libre et enfant). Sur l'autre plateau figurent le maintien de liens avec le pays d'origine autres que la nationalité (connaissance de la langue, famille restée au pays, séjours effectués), l'absence de manifestation de volonté de devenir français, la gravité de l'infraction commise et l'importance de la sanction infligée et enfin, le comportement passé et futur (casier judiciaire et infraction commise après le retour en France).

Par trois fois, la Cour "estime que les impératifs de l'ordre public l'emportent [...], sur les considérations de caractère personnel ayant motivé la requête" (§ 44, p. 15). Par conséquent, elle en conclut que ces mesures d'expulsion ne sont pas disproportionnées aux buts légitimes poursuivis.

En revanche, dans l'affaire Mehemi, la Cour se prononce en faveur d'une violation de l'article 8, notamment parce que l'arrêté d'expulsion visait un homme déjà marié et père de trois enfants de nationalité française. En effet, "eu égard à l'absence d'attaches du requérant en Algérie, à l'intensité de ses liens avec la France et surtout au fait que la mesure d'interdiction définitive du territoire prise à son encontre a pour effet de le séparer de ses enfants mineurs et de son épouse, la Cour estime que ladite mesure n'était pas proportionnée aux buts poursuivis" (§ 37, p. 12). Cet arrêt a été rendu à l'unanimité.

Les autres arrêts ont simplement été adoptés à la majorité. Dans leurs opinions dissidentes, les juges s'opposent tous à l'expulsion des immigrés de la "deuxième génération" qui, selon eux, doivent être traités comme des nationaux. Monsieur le Juge Foighel (affaire El Boujaïdi, p. 15) considère que cette "sanction" doit être réservée aux "cas vraiment extraordinaires". Pour Messieurs les Juges Baka et Van Dijk (affaire Boujlifa, p. 17), il faut que "les autorités [invoquent] des raisons très puissantes pour que l'expulsion revête un caractère proportionné au but légitime poursuivi". De même, Madame le Juge Palm (affaire Bouchelkia, p. 19) affirme que "seules des circonstances exceptionnelles peuvent autoriser une expulsion de ces non nationaux".

On constate, à travers ces arrêts, que le contentieux des expulsions intéresse désormais non seulement le droit au respect de la vie familiale mais aussi celui de la vie privée¹⁹. Ce couplage permet d'offrir aux requérants une protection plus large. Cette évolution a été encouragée par quelques juges dont Monsieur le Juge Martens dans son opinion concordante dans l'affaire Beldjoudi du 26 mars 1992 et Monsieur le juge Morenilla dans son opinion partiellement dissidente dans l'affaire Nasri contre France du 13 juillet 1995. Toutefois, en analysant ces arrêts, on remarque que l'évolution est très lente. Il existe encore un déséquilibre entre ces deux droits. Même si la Cour mentionne le droit au respect de la vie privée, son étude porte essentiellement sur la vie familiale puisque le critère déterminant demeure l'existence d'une "famille" au sens de l'article 8 de la Convention. Pour l'instant, la Cour se contente de mentionner timidement l'existence

¹⁹ En matière d'expulsion des étrangers, la Commission a rendu quelques décisions sur le fondement du droit au respect de la vie privée. Toutefois, ces affaires concernent uniquement ce droit. A titre d'exemple, dans l'affaire Ibrahim Tanko c. Finlande, le requérant qui souffre d'un glaucome nécessitant des soins ne pouvant être dispensés dans son pays, prétend que "son expulsion vers le Ghana constituerait un manque de respect pour son intégrité physique et, en conséquence, pour sa vie privée" (requête n° 23634/94, décision du 19 mai 1994, DR 77-B, p. 136.

inévitables de relations extra-familiales, "d'attaches privées" selon ses termes dans l'affaire Bouchelkia (§ 41, p. 15).

Cette extension de l'examen au droit au respect de la vie privée ne doit pas être interprétée comme une confusion des droits garantis à l'article 8.

L'autonomie des droits garantis à l'article 8

Selon l'article 8 de la Convention, "toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance".

Contrairement à ce qu'affirme Monsieur le Juge Morenilla dans l'affaire Nasri relative également à l'expulsion d'un étranger, la vie privée n'est pas un "concept plus générique dont la vie familiale est un aspect". Il s'agit de deux domaines distincts qui, comme le domicile et la correspondance, font l'objet de définitions distinctes.

L'analyse de la jurisprudence montre que les organes de contrôle de la Convention se sont efforcés de définir progressivement chacun de ces droits. La Commission et la Cour n'hésitent pas à préciser, *in concreto*, quels sont les domaines concernés. Ainsi, le nom patronymique appartient à la vie privée en tant que moyen d'identification personnel et à la vie familiale parce que c'est aussi un moyen de rattachement à une famille²⁰. En revanche, les rapports homosexuels entrent uniquement dans le domaine de la vie privée ; ils sont exclus de celui de la vie familiale²¹.

Il est vrai que l'attitude de la Commission et de la Cour dans les années 80 mais surtout au début des années 90, pouvait laisser penser à une remise en cause du principe d'autonomie. En fait, cela semble correspondre, selon les cas, à une certaine négligence de la part des organes de Strasbourg qui, le plus souvent se contentent de reprendre les griefs invoqués par les requérants, ou à une modification de leur raisonnement. En effet, ils n'attachent plus (surtout la Cour) autant d'importance à l'étude de l'ingérence. Généralement, ils l'admettent par principe notamment lorsque les parties ne la contestent pas ou lorsque l'ingérence est "amplement" justifiée²². Ainsi, dans certains cas, l'examen des requêtes porte essentiellement sur le paragraphe 2 de l'article 8, car, dans la plupart des affaires, les points litigieux concernent l'existence d'obligations positives ou négatives, ou bien, la nécessité d'une mesure dans une société démocratique.

Par conséquent, ce n'est pas la vie privée qui domine les autres droits de l'article 8, mais le paragraphe 2 de cette disposition qui occulte le paragraphe 1. En se concentrant sur les obligations de l'Etat ou sur la proportionnalité de l'atteinte par rapport au but poursuivi, la Cour (plus rarement la Commission) introduit une nouvelle étape dans la jurisprudence européenne. Les termes du paragraphe 1 étant mieux définis, elle analyse ceux du paragraphe suivant.

Ainsi, à l'heure actuelle, eu égard à l'ensemble de la jurisprudence européenne, rien ne permet de conclure à la remise en cause du principe d'autonomie des droits de l'article 8. Les arrêts précédemment analysés le confirment. En effet, à la lecture de ces arrêts, rien ne permet d'affirmer que la Cour revient sur sa position et considère désormais la vie familiale comme une composante de la vie privée. Si elle examine ces requêtes sous les deux angles simultanément (droit au respect de la vie privée et familiale), c'est avant tout parce qu'une étude séparée s'avère inutile; elle engendrerait de nombreuses répétitions.

Raymond Goy

²⁰ Arrêt *Stjerna c. Finlande* du 25 novembre 1994, série A, n° 299-B, § 37, p. 8 ; voir également Arrêt *Burghartz c. Suisse* du 22 février 1993, série A, n° 280-B, § 24, p. 8.

²¹ Commission, S. c. Royaume-Uni, requête n° 11716/85, décision du 14 mai 1986, DR 47, § 2, p. 283 ; et, Commission, X. Y. c. Royaume-Uni, requête n° 9369/81, décision du 3 mai 1983, DR 32, p. 223.

²² CF. Arrêt *Powell et Rayner c. Royaume-Uni* du 21 février 1990, série A, n° 172, § 38, p. 12.

Merci pour cet exposé clair et dense. Je suis heureux de signaler à cette occasion, non seulement dans votre cas, mais pour d'autres personnes, la part qu'une petite équipe formée par Paul Tavernier prend dans la chronique de la jurisprudence de la Cour européenne qui paraît au *Clunet*, au début de chaque année (le numéro 1). Sous l'autorité de Paul Tavernier, avec maintenant Emmanuel Decaux (ce fut longtemps Patrice Rolland qui était notre collègue ici à Rouen, et qui avait fondé cette chronique), désormais un certain nombre de jeunes espoirs, dont vous êtes, y coopèrent, ce qui fait qu'outre sans doute les Actes de la Journée d'aujourd'hui, vous paraîtrez d'une autre façon je pense pour commenter les quatre arrêts que vous nous avez présentés.

Nous changeons maintenant de thème et voyons une autre face de l'Etat puissance publique. Nous abordons le contentieux des expropriations avec l'affaire Guillemin.

**Le contentieux de l'expropriation :
affaire Guillemain (21 février 1997)**

par

Jean-Pierre DEMOUVEAUX

Commissaire du Gouvernement auprès du Tribunal administratif de Versailles

Mme Guillemain possède sur le territoire de la commune de Saint-Michel sur Orge, située en région parisienne, une petite propriété composée d'un cabanon et d'un verger. Habitant elle-même la Provence, elle en laisse l'usage à un membre de sa famille qui l'utilise comme résidence secondaire. Le 7 octobre 1982, un arrêté préfectoral du préfet de l'Essonne déclare d'utilité publique l'acquisition de ce terrain, ainsi que plusieurs autres, en vue d'aménager dans le secteur une zone pavillonnaire. Le 19 novembre 1982, un recours pour excès de pouvoir est introduit par Mme Guillemain contre cette décision.

La procédure d'expropriation se déroule assez rapidement : le 6 décembre 1982, soit trois semaines après l'introduction du recours, le juge de l'expropriation prononce le transfert du terrain et fixe l'indemnité d'expropriation. Mme Guillemain forme appel contre cette ordonnance le 28 mars 1983, mais le 28 juillet 1983 elle est avisée par l'expropriant qu'elle doit quitter les lieux, et celui-ci procède immédiatement à la démolition des arbres, bâtiments et clôtures présents sur le terrain. Le 14 octobre 1983, la Cour d'Appel de Paris confirme le montant de l'indemnité d'expropriation fixé par l'ordonnance du juge de l'Essonne, laquelle s'élève à la modeste somme de 221 858 F.

On voit donc qu'il a suffi d'une année pour que Mme Guillemain se trouve expropriée et indemnisée, et ce, malgré l'existence d'une contestation sur le montant de l'indemnisation. La requérante ne se décourage pourtant pas, et elle saisit la Cour de Cassation de deux pourvois, l'un dirigé contre l'ordonnance d'expropriation, l'autre contre l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris.

Parallèlement, et sur un rythme plus calme, le procès administratif suit son cours. Le 24 octobre 1985, le Tribunal administratif de Versailles annule la déclaration d'utilité publique, au motif que le terrain de Mme Guillemain aurait dû, suivant l'avis du Commissaire-enquêteur, être exclu du périmètre de l'opération (le respect de cette recommandation conditionnant l'exercice de la compétence préfectorale). Le jugement du Tribunal administratif est confirmé en appel par le Conseil d'Etat le 13 mars 1989. Tirant les conséquences de cette confirmation, la Cour de Cassation, le 4 janvier 1990, annule l'ordonnance d'expropriation ainsi que l'arrêt de la Cour d'Appel. Sept ans après avoir été contrainte de quitter les lieux, Mme Guillemain se voit donc de nouveau reconnaître la propriété de son terrain. Mais celui-ci a subi bien des changements. S'y trouve maintenant implantée une maison d'habitation et y résident de nouveaux propriétaires.

C'est alors que Mme Guillemain engage une nouvelle série d'actions contentieuses. Par la première d'entre elles, introduite le 28 novembre 1991 devant la Commission, elle se plaint de la longueur et de l'inefficacité des procédures déjà engagées, procédures au terme desquelles elle n'est toujours pas rentrée en possession de son bien. Par la seconde, dirigée non plus contre l'Etat mais contre la commune et l'Etablissement public d'Aménagement d'Evry, elle demande à obtenir ou bien la restitution de son terrain en l'état où il se trouvait en 1983, ou bien le versement d'une indemnité substantielle. Le montant de celle-ci, après, dans un premier temps s'être élevé à plus de 4 millions de francs, a été en fin de compte réduit à 1 971 795 F.

Se heurtant au refus des administrations sollicitées, et hésitant sur la juridiction à laquelle elle devait s'adresser, Mme Guillemain saisit concurremment les deux juridictions civile et administrative. Le 23 décembre 1991, un recours de plein contentieux est déposé auprès du Tribunal administratif de Versailles. Il tend principalement à la restitution du bien et la remise en état des lieux, mais si cette demande s'avère impossible à satisfaire, Mme Guillemain consent à ce que lui soit versée une indemnité compensatrice. Le 13 janvier 1992, elle saisit de la même demande le Tribunal de Grande instance d'Evry. Par un jugement difficile à justifier, tant sur le plan de l'opportunité que sur celui du droit, ce dernier décide, le 1er février 1993, de surseoir à statuer sur cette demande sur laquelle il était pourtant parfaitement compétent, dans

l'attente de la décision du Tribunal administratif de Versailles. Celui-ci se prononce le 24 mai 1994 pour se déclarer incompétent. Le Tribunal de Grande instance d'Evry reprend alors le dossier, rend, le 23 octobre 1995, un jugement dans lequel il constate le renoncement implicite de la requérante à obtenir la démolition des constructions implantées sur le terrain, lui reconnaît un droit à indemnisation, et ordonne une expertise afin d'évaluer la valeur de la parcelle expropriée. L'expert remet son rapport le 29 juillet 1996. La valeur d'ensemble du bien appartenant à Mme Guillemain y est estimée à 1 602 805 francs.

A la date à laquelle s'est prononcée la Cour européenne des Droits de l'Homme, soit le 21 février 1997, le litige était encore pendant, et Mme Guillemain n'a pas encore perçu un centime.

Devant la Commission puis la Cour, Mme Guillemain a invoqué les articles 6 § 1 de la Convention et 1 du Protocole n° 1 du Protocole additionnel. La Cour lui a donné satisfaction sur ces deux points. Elle a estimé d'une part que l'ensemble des retards constatés au cours des diverses instances contentieuses entreprises par la requérante " dépassent à eux seuls ce qui peut être considéré comme raisonnable au sens de l'article de l'article 6 § 1 de la Convention ". Elle constate d'autre part, malgré la très longue durée de la procédure d'indemnisation en cours, l'absence de tout dédommagement au profit de la requérante, ce qui est constitutif selon elle d'une violation de l'article 1 du Protocole n° 1. Enfin en réparation du tort moral dont souffre la requérante du fait de l'incertitude et de l'anxiété dans laquelle l'a plongée la procédure litigieuse, la Cour lui accorde une indemnité de 250 000 francs.

La théorie de la " globalisation "

La solution adoptée par la Cour se laisse déduire en tout son dispositif d'une conviction centrale, celle qui tient à la durée déraisonnable de la procédure. C'est en raison de ce dépassement de la durée raisonnable que l'article 6 § 1 est méconnu. C'est la prise en considération de la durée excessive de la période de dépossession qui conduit à ce que soit également méconnu l'article 1er du Protocole 1. Enfin le préjudice dont il est accordé réparation tient de même à la longue période d'incertitude et d'anxiété dans laquelle a vécu la requérante, en raison de ses contentieux successifs.

Il convient donc de s'attarder sur la manière dont la Cour a calculé la période à prendre en considération.

Celle-ci a pris naissance, selon la Cour, à la date à laquelle Mme Guillemain a déposé un recours en annulation de la déclaration d'utilité publique, soit le 19 novembre 1982. Compte tenu de ce que la procédure d'indemnisation engagée devant le Tribunal de Grande instance d'Evry était encore pendante, la période a été considérée comme prenant fin à la date du prononcé de l'arrêt de la Cour, soit le 22 janvier 1997. La Cour aboutit ainsi à une durée totale de la procédure de 14 ans et deux mois.

Ce mode de calcul appelle plusieurs remarques.

Tout d'abord, la Cour " fait bloc " de l'ensemble des diverses actions contentieuses engagées par Mme Guillemain, quelque soit l'ordre de juridiction concerné, administratif ou judiciaire. La Cour réalise ainsi une unification forcée du système français de juridiction, caractérisé comme chacun sait par son dualisme.

En deuxième lieu, la Cour n'attache pas plus de prix à la différence de nature des contentieux - annulation ou plein-contentieux - qu'elle n'en attache à la séparation des ordres juridictionnels. Le litige dont la durée excessive est incriminée est appréhendé comme ayant dès l'entrée un caractère indemnitaire, le recours pour excès de pouvoir dirigé contre l'acte déclaratif d'utilité publique étant ainsi comme absorbé et invinciblement attiré dans le recours indemnitaire qui l'a suivi.

Que faut-il penser de ce raisonnement audacieux, qui fait tout le prix du présent arrêt ?

La non prise en compte du dualisme juridictionnel ne nous paraît pas anormale. Le contentieux indemnitaire offre de nombreux exemples où un même requérant doit, pour de mêmes faits, demander réparation tantôt à la juridiction administrative, tantôt à la juridiction judiciaire. Tel est le cas des sinistres à l'origine desquels on trouve aussi bien une faute de service qu'une faute personnelle de l'agent public, et, pour citer un exemple plus proche de celui qui nous occupe, le préjudice causé par la construction d'une maison peut mettre en cause tant l'atteinte portée aux droits des tiers, réparable devant le juge judiciaire, que

la méconnaissance des règles d'urbanisme, indemnisable devant le juge administratif. L'on comprend que les juges européens, soucieux de faire prévaloir "une vision globale du préjudice"²³, fassent fi de ces subtilités dans lesquelles non seulement les requérants mais aussi leurs avocats se perdent fréquemment, et considère l'ensemble de la procédure comme ayant un caractère uniment "civil".

La subordination à laquelle les juges de la CEDH soumettent le recours pour excès de pouvoir, par rapport à un contentieux indemnitaire puissamment attractif, nous paraît plus critiquable. Cette subordination va en l'espèce jusqu'à l'annexion pure et simple, le recours pour excès de pouvoir étant perçu comme la simple antichambre de l'action indemnitaire. Sans doute est-ce là la manifestation de cette "fascination du contentieux de pleine juridiction"²⁴ qui, selon M. le Conseiller Vigouroux, caractérise le droit européen, fascination qui conduit à ce que "l'enjeu personnel et patrimonial de la réclamation reçoit une importance de plus en plus décisive dans l'attribution du caractère civil"²⁵ de la contestation.

La jurisprudence antérieure de la Cour ne conduit pourtant pas inéluctablement à cette absorption du recours pour excès de pouvoir dans le recours indemnitaire.

D'une part, en matière civile, le point de départ du délai est normalement la date de saisine de la juridiction compétente pour se prononcer sur la demande d'indemnité²⁶, sauf, il est vrai, si la saisine d'une autorité administrative est un préalable nécessaire à celle du tribunal²⁷. Mais peut-on assimiler le dépôt d'un pourvoi en excès de pouvoir devant le tribunal administratif à la saisine d'une autorité administrative aux fins d'y présenter une réclamation préalable d'indemnisation ? En procédant ainsi, la Cour européenne des Droits de l'Homme fait bon marché, nous semble-t-il, du caractère distinct que prend dans l'esprit du requérant lui-même les différentes démarches contentieuses qu'il entreprend, et qui ne sont pas toutes sous-tendues par une volonté de réparation pécuniaire.

D'autre part, cette approche de type patrimonial, qui sanctionne fermement l'atteinte aux droits subjectifs d'un propriétaire passif, menacé d'ingérence administrative, ne bénéficie pas de la même façon aux constructeurs. Ceux-ci ne sont pas menacés de dépossession ni d'expropriation, mais ils sont empêchés, par l'édiction des règles d'urbanisme ou par la réalisation d'un projet d'équipement, de mener à bien leurs propres projets de construction. Dans ce cas, la Cour ne "globalise" pas l'ensemble des démarches, pré-contentieuses ou contentieuses, menées par le propriétaire pour faire valoir ses droits. Dans une affaire récente qui a vu un particulier mener en vain un combat de quinze ans contre l'administration pour obtenir le droit d'aménager des appartements dans son immeuble, la Cour a considéré, en réponse à l'invocation qui était faite de l'article 6 § 1 de la Convention, que le requérant "a conduit diverses procédures, distinctes les unes des autres, qu'il convient d'apprécier séparément"²⁸.

L'affaire n'était pourtant pas très différente de celle de Mme Guillemin, puisqu'on y trouvait la même hésitation, dans les intentions du requérant, entre la volonté obstinée de récupérer la pleine jouissance du bien, et le fait d'y renoncer complètement mais en obtenant en compensation une indemnité susceptible de réparer intégralement cette perte de jouissance. Le recours pour excès de pouvoir vise à satisfaire la première de ces deux intentions, celle qui poursuit, de manière pas toujours rationnelle sur un plan utilitaire, l'annihilation juridique de l'acte dommageable et de ses effets, par un jugement porté sur sa légalité. Le recours en indemnité se situe dans une logique différente : il témoigne de ce que le requérant prend acte de l'exécution irréversible de l'acte qu'il conteste, en conséquence de quoi il vise à l'obtention d'une "juste indemnité". Les grands principes sont en cause dans l'un, le maintien des acquis patrimoniaux dans l'autre.

²³ R. HOSTIOU, Note sous "CEDH 21 février 1997, Mme Guillemin" (AJDA 1997, p. 399).

²⁴ C. Vigouroux : Contrôle juridictionnel et partage des compétences (Gaz. Pal. 1996, Doctrine, p. 258).

²⁵ in L.E. PETTITI, E. DECAUX, P.H. IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'Homme* (Economica, 1995, p. 251).

²⁶ Arrêt H. c. France, 24 octobre 1989, série A n° 162, § 48.

²⁷ Arrêt König, 28 juin 1978, série A n° 27, § 38 - Arrêt X. c. France, 31 mars 1992, série A n° 236, § 31.

²⁸ Arrêt Phocas c. France, 23 avril 1996; *Feuille d'information sur les droits de l'Homme*, n° 398, p. 73 - *Droit et Patrimoine*, 1996, p. 89, note C. et L. PETTITI.

La phase judiciaire de la procédure d'expropriation a normalement pour objectif de donner satisfaction au second des intérêts ainsi décrits, indépendamment de toute mise en cause de la légalité de la procédure de déclaration d'utilité publique. Si, en l'espèce Guillemain, le litige a perduré au delà de cette phase, c'est que la motivation de la requérante n'était pas seulement ni principalement pécuniaire. Celle-ci réclamait, rappelons-le, devant le Tribunal administratif comme devant le Tribunal de Grande instance, un acte quasiment magique de résurrection de son petit domaine en l'état où il se trouvait en 1983. Les arbres du verger auraient été replantés, et rétablie la clôture " en façade grillage sur muret " qui l'entourait. De même aurait-on aspiré des limbes l'appentis et le portail en bois et réinstallé la pompe aspirante, ainsi que le réservoir pour arrosage du jardin ! Si l'on veut trouver un fil unificateur aux différents contentieux introduits par Mme Guillemain, il faut le chercher dans ce rêve impossible de restauration du passé enfoui, et non pas dans l'invocation d'un droit patrimonial pour la reconnaissance duquel le recours pour excès de pouvoir ne constitue effectivement pas le chemin le plus court²⁹.

La question du dualisme juridictionnel

L'arrêt Guillemain implique-t-il une mise en cause du dualisme juridictionnel ? La Cour a voulu voir, dans l'hésitation du TGI à trancher sur le litige indemnitaire qui lui a été soumis, non pas la conséquence prévisible d'une erreur commise initialement par la requérante, mais un signe révélateur de la complexité excessive de notre système de juridiction. Il s'est trouvé que par la présente affaire les juges européens ont mis le doigt sur un secteur de notre droit des biens depuis longtemps exposé aux feux de la critique, du fait de sa complexité et surtout de son caractère insatisfaisant. La dualité des contrôles administratif et judiciaire conduirait en effet en matière d'expropriation soit à des imbroglios juridiques, soit plus gravement à des dénis de justice³⁰. Pressentant l'arrêt " Guillemain ", M. le Conseiller Deville déclarait en 1996, à propos d'affaires où l'expropriation subsisterait mais pas l'utilité publique : " Je vois difficilement les juges de Strasbourg adhérer aux subtilités de notre double procédure "³¹.

Observons toutefois que la requérante ne s'est pas trouvée dans le cas le plus défavorable. L'ordonnance d'expropriation dont son terrain a fait l'objet a en effet été annulée, car Mme Guillemain s'est battue sur tous les terrains, et notamment sur celui de l'indemnité d'expropriation. Même dans le cas contraire (déclaration d'utilité publique illégale mais transfert de propriété devenu définitif), elle aurait bénéficié, par l'effet de la lenteur même de la procédure, des effets du nouvel article L.12-5 du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique. Rappelons que par ces dispositions, le législateur a entendu mettre fin aux contradictions générées par la dualité des procédures contentieuses, l'une dirigée contre la DUP, l'autre contre l'ordonnance d'expropriation. Si l'on s'en tient sur le plan des principes, les exigences de la logique juridique sont donc désormais respectées en droit interne : l'on ne risque plus notamment d'assister à la guerre des procédures.

Ajoutons que les problèmes de répartition des compétences qui subsistent, et dont Mme Guillemain a été la victime lors de son recours devant le TGI, ne nous paraissent pas d'une difficulté juridique telle que des avocats et des magistrats devraient en réclamer la réforme à grands cris. A supposer au demeurant la constitution en matière d'expropriation d'un bloc de contentieux, il resterait en tout état de cause plusieurs juges à saisir : le juge chargé de fixer l'indemnité d'expropriation, notamment, ne serait en tout état de cause pas le même que le juge chargé de réparer les fautes commises par l'administration, et le requérant se

²⁹ L'on peut d'ailleurs douter de la sincérité de la demande. Les juges du Tribunal de Grande instance de Millau, à propos d'une affaire semblable avaient estimé : " Nul ne peut plus sérieusement solliciter la remise au statu quo ante qui impliquerait la destruction des ouvrages existants." (TGI Millau, 7 juillet 1994, RIVIERE; *Petites Affiches*, 26 mai 1995, note DURAND).

³⁰ Cf. à ce propos, dans une abondante bibliographie, outre les articles cités par ailleurs : J. LEMASURIER : La sanction des expropriations illégales (*RDP* 1971, p. 793) ; A. HOMONT, L'illégalité des déclarations d'utilité publique et les garanties du droit de propriété (*JCP* 1971, n° 2393) ; D. MAILLOT, Sur un imbroglio juridique (*D.* 1971, Chronique p. 103) ; J.M. AUBY et P. BON, Droit public des biens (*Dalloz* 1993, p. 396-401).

³¹ G. Deville : Une réforme commandée par le droit européen (*Gaz. Pal.* 1996, Doctrine p. 255).

trouverait confronté à deux juges et devrait engager deux instances, successives ou simultanées, à l'intérieur d'une même juridiction. Le progrès en matière de simplicité d'accès à la justice serait-il si important ?

L'impossible restitution

Les difficultés rencontrées par les requérants à tirer parti de leurs victoires contentieuses en récupérant réellement leur bien présentent à mon avis un caractère plus dommageable que la prétendue complexité de la procédure due à son caractère dualiste. Nous sommes proches actuellement de la situation que décrivait Achille Mestre en 1912 au sujet de l'expropriation indirecte : " La constatation de l'emprise irrégulière par le juge judiciaire transforme le droit réel du propriétaire en une créance."³². Et l'intérêt, pour un propriétaire tel que Mme Guillemin, de la récente réforme du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique reste essentiellement financier.

Le système est tel en effet que le propriétaire dépossédé se heurte dans tous les cas de figure à l'impossibilité de rentrer en possession de son bien : et ce, même dans le cas où nous n'avons pas affaire à des ouvrages publics qu'il serait impossible de démolir car défendus par le principe d'intangibilité. S'agissant comme en l'espèce de simples pavillons, l'annulation de l'ordonnance d'expropriation n'a pas pour effet d'annuler automatiquement l'acte d'acquisition du terrain passé par son occupant actuel postérieurement à la réalisation de la ZAC. Par ailleurs, le propriétaire dépossédé ne peut pas adresser de demande de rétrocession à une personne autre que celle au profit de qui le bien a été exproprié, soit en l'espèce l'aménageur de la ZAC et non pas l'acquéreur de lot, celui-ci restant ainsi protégé de toute action contentieuse³³. La démolition d'une maison d'habitation légalement acquise, construite et occupée n'est donc pas plus facile à ordonner que ne peut l'être celle d'une salle polyvalente utilisée trois fois par an. Nous pensons même qu'elle est plus difficile.

M. Le Conseiller Renard-Payen, dans le commentaire qu'il fait de l'arrêt d'assemblée de la Cour de Cassation du 6 janvier 1994 " consorts Baudon de Mony c/ EDF ", et examinant l'hypothèse selon laquelle les propriétaires, dont le droit se voit à nouveau reconnu, refuseraient ensuite tout transfert de leur bien entre les mains de l'administration, admet qu'" une procédure d'expropriation a posteriori devra être déclenchée, puisque bien entendu il faudra régulariser la situation "³⁴. C'est là l'évocation d'un cycle sans fin qui ne pourra se terminer qu'avec le décès du propriétaire récalcitrant. Et quel sera, dans la période transitoire, le régime juridique des ouvrages déjà édifiés ?

Les raisons de la relative inertie des juges devant le fait accompli que constituent une construction déjà édifiée ou une dépossession irréversible ne sont pas, comme on le voit, entièrement imputables au caractère dualiste de notre procédure contentieuse. Si la lenteur des procès administratifs et le caractère non suspensif des recours pour excès de pouvoir sont fréquemment invoqués par la doctrine pour expliquer ces anomalies, ce sont là des faits ou particularités étrangers au principe même du dualisme. La rapidité de la procédure d'expropriation, qui est telle que les procès n'arrivent jamais à la gagner de vitesse, est une cause également déterminante, mais cette efficacité procède de la volonté du législateur qui, en 1958, en rendant simultanées les phases administratives et judiciaires, a entendu assurer avant tout l'efficacité de l'action administrative, quitte à rendre irréversibles les situations d'illégalité.

Le juste prix

L'arrêt Guillemin met enfin en évidence le problème, lancinant et qui revient périodiquement depuis que la procédure d'expropriation existe, du caractère excessivement parcimonieux des indemnités d'expropriation, et ce, depuis que celles-ci ont cessé d'être fixées par un jury de propriétaires.

Le propriétaire évincé conserve certes toujours la faculté d'obtenir une indemnisation. Mais celle-ci n'a de chance d'être conséquente que si elle est fixée par le juge civil de droit commun, et non pas par le juge de l'expropriation. Ce dernier en effet n'est pas plus généreux que ne le seraient le préfet ou le juge

³² Cass. 2 février 1909, S.1912. 577.

³³ Cass. civ. 3e, 12 juin 1979, Bull. civ. III n° 129 - Cass. civ. 3e, 12 février 1986, Bull. civ. III, n° 8.

³⁴ O. RENARD-PAYEN, L'expropriation indirecte (*Gaz. Pal.* 1996, Doctrine p. 261).

administratif. Selon Mme le Professeur Rouault, l'intervention des juges judiciaires en matière de transfert des propriétés et d'évaluation des indemnités suscite aujourd'hui bien des complications, " alors même qu'on peut se demander s'ils protègent mieux les droits des administrés que les juges administratifs " ³⁵.

Du fait en tout cas de cette parcimonie, une requérante a tout intérêt, comme l'a fait Mme Guillemin, à percevoir une indemnité de dépossession au terme d'une procédure qui soit la plus longue possible. L'indemnité sera certes tardivement versée, mais elle sera, en partie pour cette raison même, beaucoup plus importante que cela n'aurait été le cas dans la procédure normale. Nous passons ainsi, dans le cas de Mme Guillemin, à une indemnité d'expropriation de 221 858 F, confirmée en appel, à une indemnité de dépossession évaluée par un expert à 1 602 825 F. Rappelons que dans une affaire analogue " Mme Plouin " ³⁶, nous étions passés d'une indemnité d'expropriation de 145 125 F à une indemnité de dépossession de 1 538 282 F. Mme Guillemin est parvenue au résultat qui a été le sien grâce à la prise en compte des intérêts courant à compter de la date de l'ordonnance d'expropriation (746 338 francs, soit près du double de l'indemnité totale), de la prise en compte de la valeur vénale et d'agrément des constructions présentes sur le terrain à cette même date (462 139 francs : compte tenu de la présence des équipements et constructions, l'évaluation n'est pas sensiblement différente de celle obtenue au cours de la procédure d'expropriation), et enfin grâce à la réparation de la perte de jouissance, calculée sur un taux de rentabilité de 6,50 % sur la valeur de la propriété (soit 394 328 francs). Une indemnisation atteignant un niveau tel n'est possible qu'en cas de faute de l'administration, et cela grâce à liberté dont dispose le juge civil pour admettre et évaluer toutes les sortes de préjudice, dès lors qu'il est placé sur le terrain de la faute. Seule manque la réparation de ce que l'on nommait dans l'ancien droit le " préjudice d'affection ", mais ce n'est pas à un expert que l'on confiera l'évaluation d'un tel chef de préjudice....

Il est constant que l'indemnité ainsi obtenue ne l'a pas été préalablement à l'expropriation. Mais l'exigence du caractère préalable repose davantage sur l'article 17 de la Déclaration de 1789 que sur la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme. Est-elle en revanche " raisonnablement en rapport avec la valeur du bien " ³⁷ ? On peut la juger exorbitante... Mais ce niveau très élevé est justement en rapport direct avec la durée de la procédure dont Mme Guillemin s'est plainte auprès de la Cour, les intérêts n'ayant jamais cessé de courir au cours de ses longues instances. En réalité Mme Guillemin a contracté, sans le savoir, un excellent placement. Mais jamais ne sera réparée l'affection brisée nouée envers les arbres abattus et le réservoir démonté...

Vers le " bilan " ?

Une remarque enfin sur un aspect de l'affaire resté relativement dissimulé, à savoir l'absence de l'utilité publique de l'opération. Aucune discussion ne s'est engagée devant la Cour sur cet aspect définitivement clos du litige.

En l'espèce, l'opération en question était liée à la mise en oeuvre d'une zone d'aménagement concerté, et plus précisément à la création d'un quartier pavillonnaire dans une ville nouvelle. C'est une pratique fréquente que celle qui consiste à allier zone d'aménagement concerté à vocation de logements ou d'activités et déclaration d'utilité publique. Le juge national n'en a jamais sanctionné le principe sur le plan de la légalité interne, et ce, quelle que soit la vocation de la ZAC. Est-il pour autant normal que l'Etat prête aussi volontiers le concours de ses prérogatives de puissance publique à des constructeurs de maisons individuelles ? La Cour européenne des Droits de l'Homme reconnaît la conventionnalité d'une expropriation réalisée au profit de personnes particulières et qui ne profite pas à la collectivité prise dans son ensemble ³⁸. Un litige qui associerait une déclaration d'utilité publique prononcée en vue d'une zone d'aménagement concerté à la situation d'un propriétaire légalement exproprié, mais à qui aurait été versée une indemnité symbolique, et qui exercerait une activité en rapport avec la vocation de la zone d'aménagement concerté, conduirait peut-être la Cour à s'interroger plus fortement que ne le fait le juge national, sur l'existence, en une telle opération, du " lien raisonnable de proportionnalité entre la mesure dérogeant au droit protégé et le but recherché ".

³⁵ Chronique M.-C. ROUAULT sous " TC, 26 juin 1989, Mme Plouin, req. 2546 " (*Quot. jur.* 2 août 1990, p. 13).

³⁶ Chronique M.-C. ROUAULT, *op. cit.*

³⁷ Arrêt 8 juillet 1986, Lithgow c. Royaume Uni, A n° 102, § 120

³⁸ Arrêt 21 février 1986, James c. Royaume Uni, A n° 98, § 36.

Raymond Goy

Je vous remercie. Vous avez peut-être débordé le temps imparti, mais nous n'avons pas pris de retard et grâce à votre agilité, votre exposé a semblé très rapide. On constate une fois encore à quel point la Cour de Strasbourg se soucie de causes banales, même si on dit que « le préteur ne se soucie pas des petites causes ». C'était de la procédure ce matin, maintenant ce sont des questions de fond, que dis-je, de fonds immobiliers... avec un aspect un peu bucolique, la Cour se penche sur certains aspects bucolico-écologico de la vieille France, de la France profonde et à travers cela elle rencontre l'immense problème en effet qui nous est propre, qui nous est cher en tout cas, de la dualité juridictionnelle. La façon dont vous en avez parlé, avec beaucoup de sincérité, puisque vous la vivez, avec le sourire et avec philosophie me semble-t-il, nous a édifiés. Après l'administratif, nous allons entendre le pénaliste, et passer à une autre face de la puissance publique : tout à l'heure nous parlions police, expulsions, etc. Voilà maintenant le moment du droit pénal, de la répression...

**La Convention et le droit pénal :
affaire Muller (17 mars 1997) et Foucher (18 mars 1997)**

par

Dominique ALLIX
Professeur à l'Université de Paris-Sud

J'adresse d'abord deux remerciements et une critique à Paul Tavernier. Remerciement parce qu'il m'accueille au CREDHO et qu'il montre ainsi que les pénalistes sont eux aussi intéressés par ces questions. Les pénalistes sont, contrairement aux apparences, très épris de libertés ... et remerciement aussi, parce qu'il a compris, et c'est rare parmi les publicistes, et même parmi les privatistes, que le droit pénal et la procédure pénale étaient intimement liés et que lorsqu'on parlait de procédure pénale on parlait de droit pénal. Mais je lui adresserai une critique : donner 15 minutes pour commenter deux arrêts, c'est vraiment très court ! ...

La première affaire - arrêt Muller c. France, 17 mars 1997 - concerne un mal endémique : la détention provisoire dont le législateur s'efforce de prévenir les abus par de multiples réformes dont aucune ne s'attaque à la racine du mal, c'est-à-dire la longueur des procédures, tandis que l'article 5 § 3 reconnaît à toute personne le droit d'être jugée dans un délai raisonnable ou libérée.

La seconde - arrêt Foucher c. France, 18 mars 1997 - illustre, s'il en était encore besoin, les réticences de notre justice répressive à rendre concret et effectif le libre exercice des droits de la défense tandis que l'article 6 § 3 affirme le droit pour tout accusé de disposer des facilités nécessaires à sa défense, ce qui implique qu'il puisse avoir accès au dossier et obtenir la communication des pièces le composant.

Affaire Muller c. France, arrêt du 17 mars 1997

La Cour a depuis longtemps posé en principe que la détention provisoire exigeait une diligence particulière dans la conduite de la procédure et que, même si la longueur de l'instruction ne prêtait pas à la critique, celle de la détention ne devait pas excéder un laps de temps raisonnable (arrêt Stögmüller c. Autriche, 10 novembre 1969).

Il est vrai qu'en égard à l'exceptionnelle complexité de l'affaire et au comportement du requérant, la Cour a pu considérer qu'une période particulièrement longue de quatre ans et trois jours n'excédait pas la durée raisonnable d'une détention provisoire (arrêt W. c. Suisse, 26 janvier 1993), mais comme l'avait souligné le juge Pettiti dans son opinion dissidente, les circonstances particulières de cette affaire relativisaient la portée de cette décision.

Rendu à l'unanimité, l'arrêt Muller confirme cette analyse et devrait apaiser les craintes de ceux qui redoutaient que les circonstances particulières d'une affaire ne portent atteinte à la substance du droit protégé.

Le 13 décembre 1988, dans le cadre d'informations ouvertes contre X... depuis déjà plusieurs mois à la suite d'attaques à main armée dirigées contre diverses agences bancaires toutes situées dans l'est de la France, M. Muller est arrêté puis gardé à vue par les policiers du SRPJ de Mulhouse.

Inculqué quarante-huit heures plus tard, le 15 décembre 1988, il est placé sous mandat de dépôt et maintenu en détention provisoire pendant toute la durée de l'information et même au delà, soit jusqu'au 9 décembre 1992, date à laquelle il sera jugé et condamné par la Cour d'assises du Haut-Rhin à 10 ans de réclusion criminelle.

M. Muller a donc été maintenu en détention provisoire pendant près de quatre ans. Quatre ans pendant lesquels la procédure fut marquée par le dessaisissement de deux juges d'instruction et le remplacement par trois fois du magistrat instructeur. Mais quatre ans aussi durant lesquels M. Muller, qui avait avoué et reconnu les faits, a été maintenu en détention provisoire sous le contrôle des autorités compétentes. Autorités compétentes qui, pour prolonger cette détention, avaient invoqué la gravité des faits, le risque de

fuite et le danger de renouvellement des infractions et qui, pour refuser de libérer M. Muller, nonobstant son droit à être jugé dans un délai raisonnable ou libéré, s'étaient appuyées sur la complexité de l'affaire et les nécessités de l'instruction, le risque de concertation avec les coïnculpés, et le risque de fuite et de renouvellement des infractions.

Rejetant les pourvois dont elle avait été saisie, la chambre criminelle de la Cour de cassation avait estimé qu'il s'agissait d'appréciations de pur fait échappant à son contrôle.

Se plaignant de la durée excessive de sa détention provisoire et de la procédure pénale suivie à son encontre, ainsi que de la violation de son droit à un procès équitable, M. Muller a saisi la Commission le 8 mars 1993. Retenant cette requête quant au seul grief relatif à la durée de la détention provisoire et la déclarant irrecevable pour le surplus, la Commission a conclu à l'unanimité, dans son rapport du 6 septembre 1995, à la violation de l'article 5 § 3 de la Convention.

Saisie par le gouvernement français, la Cour, à l'unanimité, a conclu, à son tour, que la durée de la détention litigieuse excédait le délai raisonnable de l'article 5 § 3. Conformément à sa jurisprudence habituelle, la Cour précise la période à prendre en considération (celle-ci a débuté le 13 décembre 1988, date à laquelle le requérant fut placé en garde à vue, pour s'achever le 9 décembre 1992 avec l'arrêt de la Cour d'assises) avant d'examiner le caractère raisonnable de la durée de cette détention (qui aura duré près de quatre ans) en se référant successivement aux motifs sur lesquels les autorités nationales se sont fondées pour justifier ce maintien en détention (I) puis à la conduite de la procédure (II).

I • Sur la justification de la détention

La Cour convient que l'affaire était complexe dans la mesure où il avait fallu regrouper les procédures suivies simultanément dans le ressort de trois juridictions différentes. Mais considérant les motifs invoqués par les autorités compétentes pour prolonger la détention et rejeter les demandes de mise en liberté dont elles avaient été saisies, la Cour relève :

- que dès son arrestation, M. Muller avait avoué être l'auteur des infractions qui lui étaient reprochées ;
- que tout risque de collusion devait avoir disparu entre les personnes impliquées lorsqu'après clôture de l'information par le magistrat instructeur le 7 novembre 1991, la chambre d'accusation de la Cour d'appel de Colmar avait renvoyé Muller et ses complices devant la Cour d'assises du Haut-Rhin le 12 décembre suivant ;
- que les décisions rejetant la demande de mise en liberté du requérant n'établissaient pas la réalité du risque de fuite et qu'un tel risque de fuite ne pouvait s'apprécier sur la seule base de la gravité de la peine encourue ;
- qu'en ce qui concerne la crainte de la récidive (*sic*), la référence aux antécédents ne pouvait suffire à justifier le refus de mise en liberté.

Ainsi, comme le précise la Cour, à tout le moins à partir du 7 novembre 1991, date de l'ordonnance de clôture de l'instruction en vue du renvoi devant la Cour d'assises (*sic*), la détention litigieuse avait cessé de se fonder sur des motifs pertinents et suffisants.

Il en résulte que la complexité de l'affaire ne saurait suffire à justifier un maintien en détention lorsque le prévenu a avoué les faits et que tout risque de collusion a cessé. Cette décision ne peut qu'être approuvée. Mais, en écho à la complexité de l'affaire et au risque de collusion, la Cour aurait pu préciser qu'une détention qui n'aurait d'autre objet que de contraindre le mis en examen à passer aux aveux, voire à dénoncer ses complices, ne serait pas justifiée. Précision d'autant plus utile que la complexité des investigations nécessaires à la manifestation de la vérité figure désormais (L. 30 décembre 1996) parmi les critères au regard desquels doit s'apprécier la durée raisonnable de la détention provisoire.

De l'arrêt Muller, on retiendra aussi que la gravité des faits ne saurait, elle non plus, justifier un maintien en détention provisoire tant que ne sont pas autrement caractérisés les dangers de fuite ou de renouvellement des infractions (cf. jurisprudence constante).

L'on regrettera seulement que la Cour ne se soit pas prononcée sur le trouble à l'ordre public (arrêts *Kemmache* et *Lettelier*) qu'aurait pu causer la remise en liberté de M. Muller avant qu'il ne soit enfin jugé.

Explicable dans la mesure où la Cour ne pouvait se prononcer que sur la base des motifs figurant dans les décisions rendues par les autorités compétentes, cette lacune est néanmoins regrettable : le trouble à l'ordre public figure désormais (L. 30 décembre 1996) à titre autonome parmi les critères auxquels le droit interne se réfère pour justifier la détention provisoire. Mais il est vrai que la jurisprudence de la Cour limite les cas dans lesquels ce critère peut être utilement invoqué (on ne saurait l'estimer pertinent et suffisant que s'il repose sur des faits de nature à montrer que l'élargissement de l'intéressé troublerait réellement l'ordre public. En outre, la détention ne demeure légitime que si l'ordre public reste effectivement menacé : sa continuation ne saurait servir à anticiper une peine privative de liberté et ce critère ne saurait à lui seul justifier la longueur de la procédure).

II • Sur la conduite de la procédure

La Cour reconnaît que la jonction des différentes procédures était nécessaire à la bonne marche de la justice, mais elle relève que les changements successifs de juges intervenus, le premier un an après le début de l'information et les deux autres au terme de deux ans d'instruction, avaient contribué à ralentir le cours de l'enquête.

Elle en déduit alors que les autorités judiciaires n'avaient pas agi avec toute la promptitude nécessaire alors que le requérant avait définitivement reconnu les faits dès l'ouverture de l'information et qu'il n'avait déposé aucun recours qui pût freiner le développement de l'instruction.

On reconnaît là les critères auxquels la Cour se réfère habituellement pour apprécier la conduite de la procédure au regard des exigences de l'article 5 § 3 : la complexité de l'affaire, le comportement du requérant et celui des autorités compétentes. Mais en l'occurrence le critère déterminant reste le comportement des autorités judiciaires. La Cour leur reproche de ne pas avoir agi avec toute la promptitude nécessaire, tandis que le cours de l'enquête était ralenti par des incidents de procédure dont la nature est sans doute connue mais dont la cause, quoique non précisée, ne pouvait, de toute évidence, être imputée à la seule complexité de l'affaire ni au comportement du requérant.

Décision rassurante puisqu'elle confirme que les circonstances de la cause ne sauraient porter atteinte à la substance du droit à être jugé dans un délai raisonnable ou libéré et que ce droit existe quelle que soit la complexité de l'affaire. Plus que jamais l'article 5 § 3 apparaît comme une disposition qui produit des effets propres quels qu'aient pu être les faits qui ont motivé l'arrestation ou les circonstances qui ont causé la longueur de l'instruction : la détention provisoire exige une diligence particulière dans la conduite de la procédure.

Décision lourde de conséquences puisqu'elle met à la charge des autorités judiciaires souvent dépourvues des moyens nécessaires à l'accomplissement de leur mission une véritable obligation de résultat.

Affaire Foucher c. France, arrêt du 18 mars 1997

“ Le but de la Convention consiste à protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs : la remarque vaut spécialement pour ceux de la défense... ”.

Le 24 juillet 1991, M. Foucher est cité à comparaître devant le Tribunal de police d'Argentan. Il lui est reproché d'avoir à Fontenai sur Orne, le 13 février 1991, outragé par paroles, gestes ou menaces des personnes chargées d'un ministère de service public en l'occurrence deux gardes nationaux de la chasse et de la faune sauvage, contravention de la Vème classe prévue par l'article R 40 4° du Code pénal et punissable à l'époque d'un emprisonnement de 10 jours à un mois et d'une amende de 2 500 à 5 000 F ou de l'une de ces deux peines seulement.

Il décide de se défendre seul et, souhaitant organiser au mieux sa défense, il se rend au greffe pour prendre connaissance du dossier et se faire remettre la copie des pièces le composant. Mais, en vain, le Procureur de la République lui précisant qu'aucune copie de procès-verbal ne pouvait être délivrée à un particulier.

Devant le Tribunal de police, à l'audience du 2 octobre 1991, il conclut à l'annulation de la procédure suivie à son encontre pour violation de l'article 6 de la Convention, l'accès au dossier pénal et la délivrance des pièces de la procédure lui ayant été refusés.

Par jugement rendu le même jour, le Tribunal fait droit à cette argumentation et annule la procédure pour violation des droits de la défense. Les constitutions de partie civile de l'Office national de la chasse et des deux gardes nationaux sont déclarées irrecevables.

Le ministère public et les parties civiles interjettent appel de cette décision et, par arrêt du 16 mars 1992, la Cour d'appel de Caen réforme le jugement entrepris, rejette l'exception de nullité de la procédure pour violation des droits de la défense et, s'appuyant sur le procès-verbal dressé le 13 février 1991 par les gardes-chasse ainsi que sur les déclarations d'une autre chasseur, condamne Foucher à 3 000 F d'amende pour avoir insulté lesdits gardes.

Foucher se pourvoit en cassation mais, par arrêt du 15 mars 1993, la Cour de cassation rejette ce pourvoi au motif : " qu'en jugeant que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ne prescrivait pas que le dossier de l'affaire soit mis à la disposition de l'intéressé lui-même et que ce dernier ayant eu connaissance, par la citation régulière en la forme qui lui avait été délivrée, des faits qui lui étaient reprochés et des textes de lois qui les réprimaient, la Cour d'appel n'avait pas méconnu les dispositions de la Convention précitée ".

Foucher saisit alors la Commission qui, à l'unanimité, conclut à la violation de l'article 6 § 1 combiné avec l'article 6 § 3. Saisie par le gouvernement français, la Cour, à l'unanimité, conclut à son tour qu'il y a bien eu violation de l'article 6 § 1 combiné avec l'article 6 § 3.

La Cour rejette à juste titre comme inopérante l'argumentation du gouvernement français d'après lequel le requérant ne saurait se plaindre d'un défaut d'accès à son dossier pénal et de communication de pièces dans la mesure où il n'avait jamais formulé cette demande auprès du procureur général de la Cour d'appel de Caen.

Il est vrai qu'ayant délibérément renoncé aux services d'un avocat, le requérant devait témoigner lui-même de diligence (arrêt Melin c. France, 22 juin 1993) et que la Commission ne pouvait être saisie qu'après épuisement des voies de recours internes. Encore fallait-il qu'un tel recours ait quelques chances de prospérer au regard du grief articulé. Or s'il était loisible au requérant de réclamer en cause d'appel l'accès au dossier, force est de constater qu'en l'état du droit et de la pratique interne pertinents, cette demande n'avait aucune chance sérieuse d'aboutir. Comme le souligne la Cour, l'élément déterminant réside dans le fait que la Cour d'appel de Caen qui a réformé le jugement du Tribunal de police et rejeté l'exception de nullité de la procédure soulevée par le requérant, a condamné ce dernier sur la seule base du procès-verbal établi par les gardes.

Réaffirmant que - selon le principe de l'égalité des armes l'un des éléments de la notion plus large du procès équitable - chaque partie doit se voir offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de désavantage par rapport à son adversaire, la Cour retient :

- que Foucher avait choisi de se défendre seul, droit qui lui était reconnu tant par la Convention que par le droit interne ;
- que la question du secret de l'instruction ne se posait pas puisqu'il s'agissait d'une citation directe ;
- que la condamnation du prévenu par la Cour d'appel de Caen reposait exclusivement sur le procès-verbal établi par les gardes, procès-verbal faisant foi jusqu'à preuve du contraire.

Elle en déduit qu'il était important pour le requérant d'avoir accès au dossier et d'obtenir la communication des pièces le composant afin d'être en mesure de contester le procès-verbal établi à son encontre et que faut d'avoir eu cette possibilité, l'intéressé n'était pas en mesure de préparer sa défense d'une manière adéquate et n'a pas bénéficié de l'égalité des armes contrairement aux exigences de l'article 6 § 1 combiné avec l'article 6 § 3.

Cette décision représente une avancée notable des droits de la défense. Certes la Cour ne remet pas en cause sa jurisprudence d'après laquelle il n'est pas incompatible avec les droits de la défense de réserver à l'avocat d'un accusé l'accès au dossier de la juridiction saisie à condition qu'il puisse en avoir copie et se concerter avec son client (arrêt Kamasinski c. Autriche, 19 décembre 1989), mais il est désormais acquis que le droit de se défendre seul implique que le prévenu dispose des facilités nécessaires à la préparation de sa défense et, par conséquent, qu'il ait accès au dossier. Comme le soulignait le Tribunal d'Argentan : l'intérêt de cet accès au dossier est suffisamment démontré par l'usage qu'en font les mandataires de justice.

Au demeurant, par arrêt du 12 juin 1996, la Cour de cassation a jugé que " toute personne ayant la qualité de prévenu ou d'accusé était en droit d'obtenir, en vertu de l'article 6 § 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, non pas la communication directe des pièces de la procédure, mais la délivrance à ses frais, le cas échéant par l'intermédiaire de son avocat, de la copie des pièces du dossier soumis à la juridiction devant laquelle il est appelé à comparaître ».

Mais deux questions restent sans réponse. La Cour évoque le secret de l'instruction et observe, à juste titre, s'agissant d'une citation directe, que la question ne se posait pas. Mais la question reste posée : celle de la conformité aux exigences de la Convention des dispositions qui limitent et restreignent l'accès au dossier en cours d'information (cf. CPP, art. 114, mod. L. 30 décembre 1996).

La Cour observe que la condamnation du requérant reposait exclusivement sur un procès-verbal valant jusqu'à preuve du contraire. Certes, la Cour admet depuis longtemps que des présomptions de droit ou de fait peuvent faciliter la besogne de l'accusation à la double condition que la preuve contraire soit permise et que les droits de la défense soient respectés.

Mais l'égalité des armes peut-elle s'accommoder d'un procès-verbal valant jusqu'à preuve du contraire, c'est-à-dire d'un renversement de la charge de la preuve, alors même que les énonciations de ce procès-verbal concernent des faits dont les enquêteurs déclarent eux-mêmes avoir été les victimes ?

Raymond Goy

Ce n'était en effet pas déraisonnable puisque nous parlions en terme de durée avec l'article de la Convention que vous venez d'aborder, de dépasser de 15 minutes le délai imparti, et qu'en l'espèce vous avez jusqu'au bout fait oublier les minutes qui passaient. Si nous devons nous hâter, c'est pour nous permettre de passer à quelques débats. Vous venez de les ouvrir à l'instant. Je donne la parole à M. Costa.

Débats

Jean-Paul Costa

Je voudrais juste réagir sur le rapport de M. Lo à propos de l'article 3, et bien que d'accord avec l'intervenant, j'ai un problème de divergence tout de même. D'abord il est très important, et je suis d'accord avec lui, pour le dire que la Cour européenne, même de façon incidente, ait admis que les traitements inhumains ou dégradants, pouvaient être le fait de l'autorité judiciaire, mais aussi d'autres personnes. Le sujet va d'ailleurs être d'actualité législative et peut-être d'actualité jurisprudentielle. Dans le projet de loi, il y a des dispositions qui concernent la possibilité d'accorder un droit d'asile fondé sur le préambule, puis depuis la loi constitutionnelle du 25 novembre 1993 sur la Constitution, à des personnes qui n'entreraient pas dans le champ de la Convention de Genève et qui pourraient ainsi bénéficier du droit d'asile. Sur le plan jurisprudentiel, dans quelques mois ou même quelques semaines, le Conseil d'Etat sera amené à juger une décision de la Commission des recours des réfugiés intéressant la Somalie. Le problème est le suivant : dans un pays où il n'y a plus d'autorité publique et de gouvernement légal, peut-on bénéficier de l'article 1er A.2 de la Convention de Genève ? Mon point de divergence ou de désaccord avec M. Lo est le suivant : c'est que l'article 3 de la Convention n'est pas directement opératoire en matière de statut des réfugiés en France, pour deux raisons : raison de procédure et raison de fond.

La raison de procédure, c'est que jusqu'à présent au moins, les instances de Strasbourg ont toujours affirmé au stade de la Commission, et ceci n'est jamais venu au stade de la Cour, que le mécanisme de la Convention européenne des droits de l'Homme n'avait pas à se préoccuper du problème de l'application de la Convention de Genève. Car ces deux traités internationaux avaient un champ d'application spécifique et n'interféraient pas l'un avec l'autre.

La deuxième raison est de fond et tient au cas d'espèce, que vous nous avez brillamment commenté, c'est que de toutes façons, à supposer que Strasbourg change de jurisprudence, le cas de M. HLR ne serait pas un bon cas, car il s'agissait d'un narco-trafiquant qui se disait persécuté ou risquait de l'être par d'autres narco-trafiquants. Or, comme vous le savez, l'article 1er A-2 de la Convention de Genève implique que les persécutions ou les craintes de persécutions soient fondées sur des raisons politiques, religieuses ou raciales, ce qui n'est sans doute pas le cas de narco-trafiquants à l'encontre d'autres narco-trafiquants qui les ont dénoncés. Mais cela n'enlève rien au brio de votre démonstration !

Gourmo Lo

J'avoue ne pas très bien comprendre le problème que souligne M. Jean-Paul Costa. J'ai en effet pris nettement soin de distinguer le champ d'application de la Convention de Genève (qui concerne les réfugiés dits politiques, avec d'ailleurs un système d'élection et d'exclusions de demandeurs potentiels), et celui de la Convention européenne. L'article 3, d'après l'interprétation constante des organes de Strasbourg, joue comme une disposition d'application beaucoup plus large, à la fois du point de vue des motifs de la persécution alléguée que des personnes qui demandent d'en bénéficier. Seule la violation des droits humains considérés, en l'occurrence les tortures traitements inhumains ou dégradants importe. C'est là son principal intérêt.

Bien sûr que l'article 3 de la Convention européenne n'est pas directement opératoire en matière de statut de réfugiés en France. Plus exactement, ce n'est pas là le cadre de son application. Ceci étant dit, l'intérêt de l'arrêt HLR est qu'il remet en quelque sorte sur le tapis cette idée reçue, cette doctrine qui a fini par s'imposer sans aucune raison logique en France et dans la plupart des pays européens et selon laquelle, le persécuté doit être directement ou indirectement membre des institutions publiques pour que soit acceptable la demande de la protection. Pourquoi, même pour le réfugié politique (et donc dans le cadre de la Convention de Genève) ne doit-il plus être protégé dès lors qu'il ne serait pas victime des autorités nationales ? Quel rapport une telle démarche peut-elle avoir avec l'esprit même du statut des réfugiés qui est de protéger l'individu face à une violation grave de ses droits pour des raisons liées à son opinion politique ou philosophique, sa race, son sexe, etc. ? Voilà ce que risque de remettre donc en question l'arrêt HLR.

Par ailleurs, un demandeur débouté dans son pays au titre de la Convention de Genève peut parfaitement (et c'est souvent le cas) saisir les organes de Strasbourg au titre de l'article 3 lorsqu'il estime courir un risque grave de rentrer chez lui, nonobstant la nature et l'origine de ce risque. Ici, ce qui importe, c'est encore une fois la protection de l'individu.

Patrick Chabert

J'ai admiré l'humour de M. le Conseiller du Tribunal administratif de Versailles, mais j'avoue qu'en tant qu'avocat un certain nombre de ses propos m'ont hérisé, car faire de la longueur insupportable de la procédure en France un gain pour les justiciables est pour le moins paradoxal. Vous avez peut-être omis de souligner que tout cela a un coût, l'accès au droit a un coût, et dans votre calcul économique sur la rentabilité de l'opération, il est fait abstraction des honoraires et des difficultés de vie qu'ils ont dû avoir pour rencontrer leur conseil, aller devant les tribunaux, etc. J'ai pris cela au niveau de l'humour, car je ne pense pas que vous puissiez être parfaitement d'accord avec une procédure qui dure aussi longtemps, même si dans cette affaire toute particulière, le gain a été octroyé à la partie qui s'est plainte.

Par ailleurs, je ne crois pas qu'on puisse se gausser du fait que les compétences ne sont pas si compliquées entre le droit administratif et le droit civil, puisqu'il y a un tribunal des conflits créé par le législateur français pour justement trancher ces difficultés, et qu'il les tranche avec un certain délai, ce qui augmente la durée des procédures, mais si vous mettez un quart d'heure pour régler cette difficulté, il y en a d'autres en matière de procédure et de champ respectif de compétences entre le plan administratif et le plan civil qui sont à mon sens extrêmement compliquées et qui méritent une réflexion globale sur la nécessité en France de faire perdurer ces deux types de systèmes. C'est un débat de fond, et pour l'avenir.

En ce qui concerne la dualité de juridictions et l'arrêt de la Cour de Strasbourg, celle-ci a eu le mérite de nous poser la question. Pour ma part, j'estime qu'on devrait effectivement aller le plus vite possible vers une réforme de l'ensemble de ces procédures car je ne conçois pas que dans un Etat de droit comme le nôtre, on admette un seul instant qu'une procédure de près de 14 ans soit normale. Le monde des affaires va à toute vitesse. On est en train de parler d'un délai raisonnable pour traiter un dossier devant le Tribunal de six mois en première instance et 6 mois en deuxième instance. Imaginez qu'en un an le dossier peut être terminé, ce qui pour nous juristes dans le monde des affaires, et dans des conditions normales (nous ne parlons pas de dossiers criminels, mais de droit commercial ou de droit civil), nous semble raisonnable au sens intellectuel du terme : ce n'est pas le cas pour la Cour européenne des droits de l'Homme. Nous sommes en pleine déraison, et je trouve que l'indemnisation qui a été accordée est parfaitement justifiée, et qu'elle devrait être plus rapidement admise et que c'est bien faible par rapport à ce que Mme Guillemin a dû souffrir pendant ces années difficiles.

Jean-Pierre Demouveau

Si elle avait été plus rapidement accordée, elle aurait été trois fois moins importante.

Patrick Chabert

Pour vivre le contentieux tous les jours, je vous assure M. le Conseiller, que ce n'est pas ce que recherche le justiciable. Je ne connais personne qui dirait que les délais sont souhaitables afin de gagner beaucoup d'argent. Il y a d'abord l'aléa judiciaire. Mais pour une affaire comme celle-là qui arrive à son terme avec une indemnisation importante, combien abandonnent en cours de procédure, car il faut avoir de la ténacité, pendant 14 ans, pour suivre son dossier jusqu'au bout avec encore une fois la nécessité de régler les intervenants, et notamment les avocats, 14 ans de procédure, cela a un coût, et au terme de cela une partie importante du million neuf cent mille ira entre les mains d'autres personnes. Cela n'est pas à négliger.

Jean-Pierre Demouveau

Concernant le dualisme juridictionnel, il convient de préciser que nous ne passons pas notre temps à trancher des problèmes de compétence. Tout le système juridictionnel français est segmenté et fragmenté, mais pas seulement entre l'administratif et le judiciaire. Je prends l'exemple d'un préjudice qui serait posé par la construction d'une maison qui créerait un problème d'ensoleillement pour le voisin et qui aurait été autorisée en échange de contreparties financières. Dans un système aussi complexe que le nôtre, le voisin requérant devra saisir la CADA pour avoir la communication du permis de construire. Il devra également déposer un recours en annulation devant le Tribunal administratif, un recours en indemnité de la perte d'ensoleillement devant le Tribunal civil, et présenter une accusation de corruption devant le Tribunal pénal. Tout cela est indépendant de la séparation des juridictions administratives et judiciaires parce que même si ces juridictions étaient unifiées, il y aurait de toutes façons quatre juges qui interviendraient, tant que le droit français reste ce qu'il est.

Ceci ne me paraît donc pas une des causes déterminantes de la longueur de la procédure. Il serait souhaitable éventuellement d'envisager pour les juridictions l'équivalent de ce qui existe pour les administrations avec le décret du 25 novembre 1983, à savoir l'obligation, lorsque l'on est incompétamment saisi, de transmettre immédiatement le dossier à l'autorité compétente, et dans notre cas à la juridiction compétente. Ceci dit, certaines incompétences peuvent apparaître immédiatement dès que l'on procède à la saisie informatique et que les services du greffe se voient obligés d'inscrire en défense le nom d'un organisme de droit privé.

Je voudrais revenir à un autre point qui mérite un exposé spécifique, à savoir les modes de calcul de l'indemnisation. Le fait que les indemnisations soient modiques devant le juge de l'expropriation et importantes lorsqu'on atteint le juge de la faute, tient à une "pingrerie" anormale du juge de l'expropriation. Le juge de la faute, quant à lui, fait courir les intérêts sur la somme. Pourquoi dès lors tarde-t-il tant à statuer sur ces dossiers ? Parce qu'il estime que de ce fait la longueur de la procédure ne porte pas préjudice au requérant. Dans le cas qui nous occupe, Mme Guillemain aurait dû se voir indemnisée dès l'origine de la procédure du préjudice moral que lui a valu le fait de se faire exproprier. Elle n'aurait pas eu alors à s'engager dans ces interminables détours de procédure administratifs, qui ont fait qu'elle a obtenu au bout de 14 ans une somme qu'elle aurait dû percevoir au bout de six mois ou un an. Le juge a tendance à opter pour des effets mécaniques dans le calcul des indemnisations qui font qu'elles sont extrêmement basses au niveau de l'expropriation et extrêmement hautes au niveau de la réparation de la faute.

Patrick Chabert

Je vais laisser la parole tout de suite après au Président du Tribunal administratif de Rouen, mais j'ai précisément une proposition à faire. Puisqu'on a récemment reconnu au Président du Tribunal administratif un certain nombre de pouvoirs en matière d'accélération des ordonnances pour les expertises, pourquoi ne pas lui donner le pouvoir aussi d'apprécier un certain nombre de questions préjudicielles ? Je n'approuve pas que cela incombe au greffe du Tribunal administratif, et je ne suis pas favorable aux pouvoirs juridictionnels de néo-greffiers, mais par contre le président pourrait être rendu destinataire, comme un président de chambre du Tribunal peut l'être en matière civile, pour examiner si ce dossier ne nécessite pas un traitement rapide et pour rendre une ordonnance afin de renvoyer le dossier à la juridiction compétente.

Philippe Bèle

Je voudrais simplement préciser que sur l'affaire de l'expropriation je ne partage pas tout à fait le point de vue de mon collègue du Tribunal administratif de Versailles que je connais bien puisque nous avons travaillé ensemble à Lille, d'abord pour lui dire que je ne pense pas que la juridiction administrative soit une petite tour d'ivoire où l'on se sent dans un petit cocon soucieux de protéger ses petits intérêts, ou sa petite protection personnelle quant à son domaine de contentieux. Au contraire, je pense que l'on ne peut être satisfait, surtout en tant que chef de juridiction, de voir qu'il y a 3 500 dossiers en stock dans les armoires et que l'on ne peut les traiter en moins de dix-huit mois, temps moyen pour le jugement d'une affaire. Je rejoins M. le Bâtonnier en disant que nous portons une extrême attention à sérier les dossiers pour que passent en urgence toutes les affaires pour lesquelles il y a des problèmes humains, de survie ou de besoins matériels. En contrepartie, sont à la traîne, les dossiers comme les marchés publics ou le contentieux fiscal, puisque là il n'y a pas véritablement péril pour les administrations, il n'y a pas de banqueroute ni règlement judiciaire. Par contre, pour les dossiers sensibles, et notamment le contentieux des étrangers, les dossiers sont tranchés dans un délai maximum de trois à six mois.

Sur la question de compétence, je ne partage pas non plus le point de vue de mon collègue, car j'estime, au contraire, que les problèmes de compétence territoriale sont les plus faciles à régler parce qu'ils se traitent de manière interne à la juridiction. Il suffit d'un renvoi au Conseil d'Etat, et le président de la section du contentieux détermine tout de suite quel est le tribunal compétent territorialement. Cela n'a rien à voir avec ce qui se passe au Tribunal des conflits. Par contre, les problèmes de compétence de matière sont à mon avis les plus ardues. Il y a une avancée, comme le soulignait M. le Bâtonnier, très récente, portant sur la possibilité pour les présidents de juridiction de traiter par ordonnance du président les problèmes de compétence. C'est une mesure qui prévoit que chaque fois qu'une requête est enregistrée devant le Tribunal, si on constate qu'à l'évidence il y a un problème de compétence, et que l'affaire relève de la juridiction judiciaire, dans les huit à quinze jours, le dossier est traité par voie d'ordonnance. Mais ce sont les plus faciles à résoudre.

Sur l'article 8 de la Cour européenne des droits de l'Homme, il est assez rassurant de voir qu'il n'y a eu que quatre affaires pour lesquelles la France était en cause. Ceci ne me paraît pas beaucoup par rapport au nombre d'affaires traitées par l'ensemble des juridictions administratives en matière de droit des étrangers, car s'il est un domaine où cet article est soulevé de manière quasi systématique, c'est bien dans le contentieux relatif aux étrangers : mesures d'expulsion ou reconduite à la frontière. Il n'y a pas de divergences sur l'application de cet article 8, c'est un moyen soulevé qui est assez subjectif car il porte sur l'appréciation de l'atteinte à la vie privée et familiale (chaque fois il y a bien sûr ingérence dans la vie privée et la vie familiale). Le juge exerce ce contrôle de proportionnalité entre l'atteinte à la vie privée et familiale et le droit et le devoir de tout Etat d'assurer ses obligations en ce qui concerne l'ordre et la sécurité publiques. Il s'agit de trouver un équilibre, mais je crois que la jurisprudence administrative est tout à fait rodée en la matière avec la théorie du bilan, issue de l'arrêt " Ville nouvelle de Lille-est ", arrêt précurseur, et que l'on retrouve dans beaucoup de domaines.

Sur le problème de l'application de l'article 3, je serais tenté de dire, et je peux d'autant le faire que le Président Costa n'est plus là, que je trouve que l'on est assez frileux à admettre les tortures et les risques encourus par les étrangers en cas de retour dans leur pays. Mais là c'est un problème de preuves et la difficulté est d'apporter ces éléments de preuve, ces indices et c'est quasiment impossible. En cas de reconduite à la frontière, nous sommes souvent en face d'individus qui sont complètement anéantis, bouleversés et qui n'ont pas la possibilité d'apporter des éléments, des indices, pour montrer qu'en cas de retour chez eux, ils feraient l'objet de tortures, surtout lorsque celles-ci, tortures ou pressions, ne seraient pas commises par les autorités en place. C'est là toute la difficulté. Je pense aux exemples que vous avez cités, mais également à l'Algérie. Un effort au niveau des juridictions administratives pourrait être envisagé pour admettre plus facilement la preuve d'une torture éventuelle ou de sévices subis par les intéressés.

**Le fisc et la Convention européenne des droits de l'Homme :
affaire Mialhe (26 septembre 1996)**

par

Emmanuel KORNPORST
Professeur à l'Université de Rouen

Introduction

Jusqu'à ce jour, en matière fiscale, la Cour européenne de Strasbourg n'avait rendu d'arrêts importants qu'en matière de sanctions fiscales, notamment dans l'affaire Bendenoun, jugée le 24 février 1994 et qui a conduit la jurisprudence, tant judiciaire qu'administrative, à repenser à la lumière des principes ainsi dégagés, une grande partie de notre système d'imposition.

Avec l'arrêt Mialhe, la Cour s'est trouvée saisie d'une question de procédure pénale, dans le cadre du délit pénal de fraude fiscale de l'article 1741 du C.G.I., et la solution qu'elle a apportée est de nature à bouleverser à nouveau notre droit interne.

Exposé des faits

I - M. Mialhe, ayant la double nationalité française et philippine, avait fait l'objet, en 1983, de poursuites douanières pour infraction à la législation et à la réglementation des relations financières avec l'étranger, et qui avaient notamment comporté une perquisition domiciliaire avec saisie de très nombreux documents.

Le procès ne s'est ouvert qu'en 1992, et le Tribunal correctionnel de Bordeaux n'a pu que constater que l'action douanière était éteinte par suite de l'abrogation de la loi pénale incriminante.

Mais, entre-temps et parallèlement, le prévenu avait demandé l'annulation des opérations de perquisition domiciliaire et de saisie, pour violation des dispositions de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'Homme pour violation de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance, au motif que l'article 64 du Code des douanes, applicable à l'époque des faits, ne comportait aucune garantie de procédure de nature à assurer le respect de ces principes.

Les tribunaux français avaient rejeté cette demande au motif que le service des douanes s'était contenté d'appliquer scrupuleusement la réglementation interne. Mais, par un arrêt du 25 février 1993, la Cour européenne les a désavoués estimant que la violation de l'article 8 était constituée faute d'intervention de l'autorité judiciaire dans le déroulement de cette procédure.

Sur ce point, l'affaire était donc close, et au demeurant, la France a tenu compte de cette jurisprudence en instituant, par deux lois successives de 1987 et 1990, une procédure de perquisition initiée et contrôlée par le président du Tribunal de Grande instance.

II - Mais parallèlement à ces poursuites, et dans le cadre du droit de communication reconnu aux administrations publiques, l'Administration fiscale a été saisie de l'affaire en 1988 par le service des douanes, et a engagé, d'une part des poursuites fiscales devant le tribunal administratif, qui ne nous intéressent pas ici, et d'autre part des poursuites pénales devant le tribunal correctionnel pour fraude fiscale sur le fondement de l'article 1741 du C.G.I. et qui sont à l'origine de l'arrêt de la Cour du 26 septembre 1996.

Conformément à la procédure pénale en vigueur (Livre des procédures fiscales art. L. 228), le service a, alors, saisi la Commission des infractions fiscales en vue de se faire autoriser à déposer une plainte avec constitution de partie civile. Suite à l'avis favorable de cette Commission, une instruction a, alors, été ouverte et Monsieur Mialhe s'est retrouvé devant le Tribunal correctionnel de Paris.

Devant ce tribunal, il a notamment soulevé une double exception de nullité pour violation de l'article 6 de la convention, estimant qu'il y avait eu, d'une part violation du principe d'égalité de armes dès lors que la prévention se serait appuyée sur des documents irrégulièrement saisis en 1983 (cf. arrêt précité de la Cour du 25 février 1993) et dont ils n'auraient pas reçu copie, et d'autre part violation des droits de la défense dans la mesure où l'Administration fiscale aurait obtenu des autorités philippines certains documents favorables à sa thèse qu'elle n'aurait pas versé aux débats.

Ces exceptions ont été rejetées tant par le Tribunal correctionnel, le 11 janvier 1989, que par la cour d'appel de Bordeaux, le 7 juin 1989 et la chambre criminelle de la Cour de cassation le 18 mars 1991, au motif qu'en toute hypothèse, les pièces produites à l'audience et qui suffisaient à prouver la prévention, avaient fait l'objet d'un débat contradictoire.

C'est alors que monsieur Mialhe s'est à nouveau retourné devant la Cour européenne des droits de l'Homme en invoquant, à son détriment, une violation des dispositions de l'article 6-1 de la Convention, estimant ne pas avoir bénéficié d'un procès équitable dès lors :

- qu'il n'y avait pas eu respect du principe d'égalité des armes puisque certaines pièces avaient été écartées du procès ;
- qu'il n'avait pas bénéficié d'un procès équitable dès lors que son affaire avait fait l'objet d'une sorte de préjugé par la commission des infractions fiscales qui avait reconnu le bien-fondé des poursuites pénales à son encontre.

Solution de l'affaire

Le premier moyen était de peu de poids, dès lors que la Cour a constaté qu'alors même que certaines pièces n'auraient pas été communiquées, ce qui n'était pas formellement établi, il restait que la condamnation avait pu se fonder sur des pièces contradictoirement discutées à l'audience.

En revanche, le second était plus délicat, car il est exact que l'intervention de la commission des infractions fiscales dans le déclenchement des poursuites est de nature à défavoriser le contribuable.

Il convient, en effet, de rappeler que cette commission :

- est composée de 12 hauts magistrats en activité ou en retraite (conseillers d'Etat ou conseillers-maîtres à la Cour des comptes) nommés par le ministre du Budget ;
- a pour rapporteurs des magistrats de l'ordre administratif nommés par la même autorité ;
- a un secrétariat dirigé par un fonctionnaire des impôts.

Elle est saisie par le ministre du Budget qui lui adresse le dossier qu'il a constitué, et devant elle la procédure est écrite mais non contradictoire, le contribuable ne pouvant que lui communiquer les observations qu'il estimerait utiles. Son avis n'est pas motivé mais n'a pour objet que d'autoriser l'Administration à engager des poursuites pénales pour fraude fiscale.

Ainsi, d'un côté, il ne s'agit que d'une commission administrative et non d'une juridiction, mais d'un autre côté, il est clair que le poids de son avis n'est pas nul dans l'appréciation qu'ultérieurement le juge pourra retenir, une fois saisi.

Or, en l'espèce, si la Cour européenne a rendu une décision de rejet à l'encontre de Monsieur Mialhe, sa motivation laisse planer un certain doute sur la compatibilité de cette procédure pénale avec l'article 6 § 1 de la Convention, dès lors qu'elle a jugé que le requérant ne pouvait invoquer l'absence d'un procès équitable dès lors que son affaire, avant d'être jugée par le Tribunal correctionnel, qui avait pu procéder à une appréciation souveraine des faits et qui aurait prononcé la relaxe, avait préalablement fait l'objet d'une instruction à charge et à décharge par un juge d'instruction.

Autrement dit, selon la Cour, dans le cas d'espèce, les instances litigieuses ont bien revêtu un caractère équitable dès lors que, si l'absence de débat contradictoire préalablement à l'avis de la Commission des infractions fiscales, peut, dans certains cas, susciter la crainte de voir le contribuable placé dans une position plus difficile, il reste qu'il ne s'agit que de l'intervention préalable d'un organe consultatif, et que dans le cas d'espèce, il y a eu une instruction et non une citation directe et la procédure pénale déclenchée sur plainte de l'administration a comporté un double degré de juridiction.

Portée de cet arrêt

Si l'arrêt de la Cour a formellement validé la procédure pénale à suivre en matière de fraude fiscale, plusieurs questions restent cependant en suspens :

- la première est de savoir si la solution aurait été la même dans l'hypothèse où le prévenu aurait directement été renvoyé sur citation directe devant le tribunal correctionnel : dans ce cas, il se serait retrouvé seul, avec son conseil, face au ministère public, plus l'Administration constituée partie civile, qui auraient pu développer leurs arguments en se fondant sur l'autorité morale de l'avis de la Commission des infractions fiscales. La réponse reste incertaine même si, depuis, la Commission européenne des droits de l'Homme, sur une requête n° 26210/95 présentée par M. Molliex, a rendu une décision, le 2 juillet 1997, qui conclut à la parfaite compatibilité de notre procédure avec les dispositions de l'article 6 de la convention, sans soulever de distinction entre la saisine directe du tribunal et le recours à l'instruction. Dans ces conditions, l'argument tiré de l'existence en l'espèce d'une saisine du juge d'instruction devrait être considéré comme surabondant ;

- la seconde ne concerne pas directement le problème de la spécificité des poursuites pour fraude fiscale, mais pose le problème de savoir si le principe d'égalité des armes est suffisamment respecté lorsque le juge d'instruction demande à l'Administration fiscale communication de pièces qu'elle ne lui adresserait pas, dès lors qu'instruisant à charge et à décharge, il est essentiel qu'il puisse avoir une complète connaissance du dossier. Toutefois, les conséquences qu'il y a lieu de tirer de ce défaut de communication relèvent de la seule appréciation du juge qui, en l'espèce, s'est estimé suffisamment informé pour renvoyer le prévenu devant le tribunal.

Raymond Goy

Merci beaucoup d'avoir conservé le délai raisonnable auquel nous tenions et de nous avoir apporté une matière claire et dense sur un sujet délicat. Nous passons de l'Etat à la fonction publique territoriale avec le rapport de M. Tamion.

**Le contentieux de la fonction publique territoriale :
affaire Neigel (17 mars 1997)**

par

Erick TAMION

Docteur en droit, membre du CREDHO

C'est le 17 mars 1997 que la Cour européenne des droits de l'Homme a rendu son arrêt dans l'affaire Neigel c. France, laquelle concerne l'application de l'article 6 § 1 (droit au procès équitable) de la Convention. Auparavant la Commission avait retenu la requête sur le seul élément de la durée excessive de la procédure.

La Cour n'aura pas à se prononcer sur ce problème, par ailleurs bien balisé par son abondante jurisprudence sur la question. En effet, en constatant que l'affaire n'avait pas un caractère civil, la Cour en déduira automatiquement que l'article 6 § 1 n'avait pas à s'appliquer, qu'ainsi la requérante ne méritait pas un procès équitable.

Dans ces conditions, c'est la notion de droits et obligations de caractère civil selon la Cour de Strasbourg qu'il faudra présenter, avant les critiques sur l'approche retenue en l'espèce.

Quant aux données de fait du contentieux, elles peuvent être synthétisées de la manière suivante.

En 1978 Melle Neigel entre au service de la ville de Biarritz en tant que sténodactylographe. Elle sera titularisée en 1979, obtiendra en 1983 une mise en disponibilité, et en 1984 se verra refuser sa réintégration au motif qu'il n'y a pas de vacance d'emploi titulaire. En 1985 la même demande sera refusée par le maire, qui la réintègrera pour ordre (aucune effectivité en terme de travail et de traitement). Une réitération de la décision négative et du refus de dédommager interviendra un an plus tard. Enfin, en 1987, le Tribunal administratif de Pau annulera la bizarrerie juridique qu'était la réintégration pour ordre, mais n'accédera pas à la demande de réintégration de Melle Neigel. Le Conseil d'Etat confirmera dans un arrêt du 21 janvier 1991 le jugement de Pau.

Ainsi, le délai de jugement et son caractère équitable se trouvaient contestés à Strasbourg, avec l'obligation pour la Cour de se pencher préalablement sur le caractère civil ou non des contestations.

I. La notion de contestation sur des droits et des obligations de caractère civil

D'emblée il convient de préciser que la Cour de Strasbourg et le droit de la Convention ne sont pas liés par les définitions juridiques que connaissent les Etats parties, à moins que la Convention ne le prévoit, bien que cela reste sous le contrôle de la Cour. Le problème ne se pose pas ici dans la mesure où l'article 6 ne comporte pas l'équivalent du paragraphe 2 d'un certain nombre d'articles, lesquels précisent les conditions d'atteintes légales, liées à des définitions nationales, aux droits garantis.

La Cour apparaît totalement libre pour interpréter, et donc moduler la portée, de l'article 6.

Ainsi, selon la Cour, la notion de procès civil n'exclut pas celle de procès administratif, ce qui pourrait être facilement reconnu en France du fait de la séparation des deux ordres de juridictions. La Cour admet comme synonyme de "caractère civil", la notion de "caractère privée", laquelle, apprend-on à la lecture de la jurisprudence, ne renvoie pas exclusivement au droit privé.

La Cour interprète, de manière jusqu'à lors extensive, la notion de différend de caractère privé : *"Il n'est pas nécessaire que les parties au litige soient des personnes privées... peu importe la nature de la loi suivant laquelle la contestation doit être tranchée (loi civile, commerciale, administrative, ...) ; et celle de l'autorité compétente en la matière (juridiction de droit commun, organe administratif)"* (affaire Ringeisen c. Autriche du 16 juillet 1971) ; *"Si la contestation oppose un particulier à une autorité publique, il n'est pas*

décisif que celle-ci ait agi comme personne privée ou en tant que détentrice de la puissance publique" (affaire König c. R.F.A. du 28 juin 1978).

Par rapport à ces considérants il apparaît légitime de s'interroger sur le point de savoir s'il existe une limite au caractère civil d'une contestation lorsqu'on se place dans la sphère publique. La limite existe, elle concerne le coeur irréductible de l'imperium des administrations, là où leur pouvoir discrétionnaire ne saurait être remis en cause. Cependant cette dimension irréductible ne se retrouverait qu'à la condition qu'il n'y ait pas un intérêt patrimonial en jeu pour le requérant (voir en ce sens, l'affaire Edition Périscope c. France du 26 mars 1992 ou encore les affaires Massa et Lombardo c. Italie respectivement du 24 août 1993 et du 26 novembre 1992).

Pourtant, dans l'arrêt Neigel, la Cour a considéré que les contestations soulevées par la requérante, qui avaient trait à son recrutement, sa carrière et sa cessation d'activité, relevaient des prérogatives discrétionnaires de l'administration.

En conséquence le différend n'avait pas un caractère civil et Melle Neigel ne saurait demander a priori un procès équitable.

II. Quelques critiques

L'arrêt en lui même peut faire l'objet d'une première critique, celle de n'être que très légèrement motivé.

C'est sur le fond surtout qu'on doit relever la grande sévérité, injustifiée, de la Cour : une chose est de considérer que le pouvoir discrétionnaire existe, y compris en l'espèce, autre chose aurait été de reconnaître qu'il y avait des contestations d'ordre patrimonial dans les demandes de Melle Neigel.

Le recrutement, la carrière et la cessation d'activité de l'agent public n'auraient pas de caractère patrimonial pour le juge de Strasbourg ; l'inégalité de traitement est flagrante par rapport aux salariés du secteur privé.

L'opposition paraît d'autant plus contestable par la reconnaissance d'un imperium dans la gestion du personnel de la fonction publique, que les administrations elles-mêmes, développent, depuis quelques temps, par plusieurs biais, le rapprochement de cette gestion du privé.

Fort heureusement le juge national ne semble pas enclin à réduire le champ des règles du procès équitable dans ce type d'affaire (il ne se limite qu'aux actes de gouvernement).

Plus généralement, la jurisprudence Neigel n'est pas bonne en ce qu'elle obscurcit le rattachement d'un différend à l'article 6 du fait de son caractère patrimonial.

Toute proportion gardée, l'absence de signal clair donné par cette Cour suprême européenne nuit à la construction européenne.

Raymond Goy

Non seulement M. Tamion s'est intéressé à la formation des fonctionnaires territoriaux, mais il est maintenant au Palais et d'autre part, il participe lui aussi à la célèbre chronique du *Clunet* dont nous parlions tout à l'heure sous la direction de Paul Tavernier et Emmanuel Decaux. Vous en avez donc eu la primeur orale aujourd'hui.

Le contentieux de la révision et de l'interprétation devant la Cour européenne

par

Laurence BURGORGUE-LARSEN
Maître de Conférences en Droit public
Université de Versailles St-Quentin en Yvelines

Introduction

Avec les arrêts Pardo c. France du 29 avril 1997 et Hentrich c. France du 3 juillet 1997, ce sont deux “figures procédurales particulièrement rares”³⁹ qui sont explorées par la Cour.

L'affaire Hentrich, relative à une demande en interprétation d'un arrêt antérieur de la Cour rendu le 3 juillet 1995, est simplement la troisième affaire ayant donné lieu à un arrêt en interprétation. On recense en effet le vieil arrêt Ringeisen c. Autriche du 23 juin 1973 — interprétant l'arrêt du 22 juin 1972 — et l'arrêt plus récent *Allenet de Ribemont c. France* du 7 août 1996 — interprétant l'arrêt du 10 février 1995⁴⁰.

S'agissant de l'affaire Pardo, elle est tout simplement à l'origine de la première application d'une procédure inédite de révision dans le système européen de contrôle des droits de l'Homme⁴¹. Non pas que les demandes de révision n'aient pas eu cours à Strasbourg, bien au contraire. Mais jusqu'à présent, en dépit des demandes formulées à plusieurs reprises en ce sens, la Commission s'était toujours refusée à envisager une saisine de la juridiction européenne. Dans le cadre de cette affaire elle a, après il est vrai un premier refus opposé au requérant en mars 1994, accepté de porter la demande de révision devant la Cour.

Il convient, avant d'aborder l'analyse proprement dite de ces deux affaires, de formuler deux remarques liminaires.

La première a pour dessein de rappeler que le caractère définitif des arrêts de la juridiction européenne mentionné à l'article 52 de la Convention⁴² “a pour seul but de soustraire les arrêts de la Cour à tout recours à une autre autorité” (*Ringeisen c. Autriche*, 22 juin 1972, § 17 et 23 juin 1973, § 13). Autrement dit, l'article 52 ne s'oppose bien évidemment pas à l'introduction de demandes en interprétation ou en révision d'un arrêt. D'ailleurs, de telles procédures ne sont pas inconnues du droit international public. Dès 1907, la Convention de la Haye sur le règlement pacifique des conflits internationaux prévoyait la possibilité d'exercer des recours en interprétation (article 82) et en révision (article 83) à l'encontre de

³⁹ *Journal du droit international*, 1997-1, “Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme”, obs. E. DECAUX, p. 227.

⁴⁰ CEDH, *Allenet de Ribemont c. France*, 10 février 1995 (série A n°308). *Actualité juridique de droit administratif*, 1995, “Actualité de la CEDH”, commentaire J.-F. FLAUSS, p. 721 et *Cahiers du CREDHO* n°3, 1997, Universités de Rouen et de Paris-Sud, commentaire M. MOUCHARD, pp. 101-109.

⁴¹ Le 13 octobre 1997, la Cour déclarait recevable une deuxième demande de révision, mais dans un contexte différent toutefois (*Gustafsson c. Suède*, Comité de filtrage, Décision sur la recevabilité). En effet, était applicable le règlement B de la Cour, entré en vigueur le 2 octobre 1994, qui s'applique à toutes les affaires concernant les Etats liés par le Protocole n° 9. Il est intéressant de relever que le problème essentiel soulevé à cette occasion était de savoir s'il fallait interpréter l'article 60 du règlement B comme imposant l'unanimité pour décider du rejet d'une demande de révision. Comme le Comité ne fut pas unanime à conclure que la demande devait être écartée et qu'il estima qu'il n'était pas de son ressort “de déterminer s'il devait statuer à l'unanimité ou à la majorité”, il déclara la demande recevable.

⁴² Il est ainsi libellé : “L'arrêt de la Cour est définitif.”

sentences arbitrales. On peut citer la sentence interprétative du 14 mars 1978 rendue dans l'affaire du Plateau continental de la mer d'Iroise et plus récemment l'affaire de la Laguna del Desierto à propos du refus de révision pour erreur de fait d'une sentence arbitrale rendue à propos du contentieux frontalier entre l'Argentine et le Chili⁴³.

Ces procédures ont été également introduites devant la Cour internationale de Justice par les articles 60 et 61 de son Statut. Bien que leur application soit demeurée exceptionnelle, on recense un arrêt joignant les deux techniques procédurales, celui du 10 décembre 1985, relatif à une demande en révision et en interprétation de l'arrêt du 24 février 1982 dans l'affaire du Plateau continental Tunisie-Libye⁴⁴.

La seconde remarque pointe la seule différence existant entre les procédures susmentionnées et celles du système européen de contrôle : elle concerne la nature de la base légale les prévoyant. En effet, contrairement aux procédures internationales, aucune disposition conventionnelle européenne ne prévoit les recours en révision et en interprétation. La Cour a utilisé la liberté concédée par l'article 55 de la Convention⁴⁵ pour prévoir de tels mécanismes via son règlement intérieur. On sait qu'il constitue le moyen par excellence pour la Cour de s'octroyer une indépendance non négligeable dans les domaines où la Convention est demeurée très discrète. Elle a profité de cette liberté en organisant aux articles 58 et 57 de son règlement A, les règles procédurales des recours en révision et en interprétation⁴⁶.

L'article 58 du règlement A régit en des termes restrictifs les possibilités de recours en révision. La Cour n'a bien évidemment pas abusé de la liberté qui lui était offerte au risque de mettre à mal l'autorité de chose jugée de ses arrêts. Ainsi, la procédure de révision est prévue en cas de "découverte d'un fait de nature à exercer une influence décisive et qui, à l'époque du prononcé de l'arrêt, était inconnu tant de la Cour que du demandeur en révision." Avant que la Cour ne se prononce sur le bien-fondé de la demande, elle doit au préalable se prononcer sur sa recevabilité. Autrement dit, toute procédure de révision qui arrive à son terme, comme dans l'affaire Pardo, se compose de trois arrêts : l'arrêt initial (23 septembre 1993), l'arrêt sur la recevabilité (10 juillet 1996) et l'arrêt sur le bien-fondé (29 avril 1997).

S'agissant de l'article 57 du règlement A et de la demande en interprétation, celle-ci peut être faite dans un délai de trois ans suivant le prononcé de l'arrêt initial et doit tendre à faire "clarifier" par la Cour "le sens et la portée" d'une de ses décisions antérieures sans rien ajouter à la chose jugée. Les trois arrêts interprétatifs rendus par la Cour dans les affaires Ringeisen, Allenet de Ribemont et Hentrich avaient pour origine des demandes d'éclaircissements des requérants sur la nature et l'étendue de l'article 50 de la Convention concernant la satisfaction équitable.

L'idée générale qui se dégage des arrêts Pardo c. France et Hentrich c. France⁴⁷, quand ils sont remis dans le contexte global des contentieux de la révision et de l'interprétation, est qu'ils sont révélateurs d'une grande option jurisprudentielle, voire juridictionnelle. La Cour, en examinant les recours en révision et en demande d'interprétation, use d'une compétence implicite. Partant, elle a décidé de ne faire qu'un usage résiduel de l'interprétation (I) et de n'accepter que de façon exceptionnelle l'invocation de la révision (II).

I • Un usage résiduel de l'interprétation

Sur les trois affaires rendues dans le cadre des demandes d'interprétation, la Cour n'a accepté qu'une seule fois d'accéder à une telle demande : dans l'affaire Ringeisen. En effet, le juge européen dans les arrêts Allenet de Ribemont et Hentrich rejette les demandes en considérant qu'"il n'y a pas matière à interprétation au sens de l'article 57 du règlement A". Si ces arrêts de rejet (A) reflètent la politique jurisprudentielle résiduelle évoquée plus haut, il n'en demeure pas moins qu'ils sont ambigus (B) et restrictifs (C).

⁴³ H.BARATI, "Le refus de révision pour erreur de fait d'une sentence arbitrale : un précédent décevant (affaire de la Laguna del Desierto)", *AFDI*, 1996, pp. 443-476.

⁴⁴ E. DECAUX, *AFDI*, 1985.

⁴⁵ Il est ainsi libellé : "La Cour établit son règlement et fixe sa procédure".

⁴⁶ Ce sont les articles 59 et 60 du règlement B qui fixent les règles concernant les demandes d'interprétation et de révision présentées par des particuliers directement à la Cour sur la base du Protocole n° 9, *supra*, note 3.

⁴⁷ Adoptés respectivement à l'unanimité et par huit voix contre une.

A • Des arrêts de rejet

Dans l'arrêt *Allenet de Ribemont c. France*, la Cour voit la première question de la Commission "comme une invitation à interpréter l'article 50 de manière générale et abstraite, ce qui sort non seulement du cadre fixé par l'article 57, mais aussi de la compétence contentieuse de la Cour" (§ 19).

Dans l'arrêt *Hentrich c. France*, la Cour reprend un passage déjà présent dans l'arrêt *Allenet* (§ 23) et précise "vu la clarté du dispositif de l'arrêt du 3 juillet 1995, accueillir la demande en interprétation aboutirait non pas à clarifier le "sens et la portée" de cet arrêt, mais plutôt à la faire modifier sur une question que la Cour a tranchée avec "force obligatoire" " (§ 16).

Au vu de ces deux extraits, on dégage les deux grandes bornes de l'interprétation. Tout d'abord, l'exclusion des demandes générales et abstraites. De telles demandes aboutiraient en effet à mettre en œuvre par des voies détournées une fonction consultative que le Protocole n°2 n'a jamais pu concrétiser. Autrement dit, l'interprétation ne doit pas être le prétexte pour obtenir de façon déguisée un avis consultatif : interpréter oui ; délivrer une consultation, non.

Ensuite, l'exclusion de demandes remettant en cause la force obligatoire des arrêts de la Cour. Ici, la Cour s'en tient à une interprétation très stricte de l'article 57 : la demande en interprétation ne doit servir qu'à "clarifier le sens et la portée" de ses décisions antérieures et non à les réviser. Et la Cour de mettre en avant l'argument de la clarté qui fait penser à la fameuse théorie de l'acte clair, arme privilégiée du Conseil d'Etat pour refuser, en son temps, de saisir la Cour de Justice des Communautés européennes d'un recours préjudiciel en interprétation (article 177 CE)⁴⁸. On pourrait donc penser à une théorie de l'arrêt clair mis en avant par la Cour pour éviter que les demandes en interprétation ne soient utilisées pour réviser de façon déguisée ses arrêts.

B. Des arrêts ambigus

Remettant ces deux principes généraux dans le contexte contentieux dans lequel ils ont été adoptés, plusieurs remarques peuvent être faites.

La première concerne l'interprétation par la Cour de la notion de caractère général et abstrait d'une question. Si on compare les deux affaires qui peuvent l'être, c'est à dire les affaires *Ringeisen* et *Allenet de Ribemont*⁴⁹, on est amené à considérer que le caractère général et abstrait d'une question est une notion éminemment évolutive dans le temps.

En effet, en 1973, la Cour avait accepté de statuer alors même que le libellé de la deuxième question posée par le requérant avait toutes les apparences, à bien des égards, d'une interrogation générale et abstraite. Elle était rédigée en ces termes : "Faut-il comprendre par indemnité, le paiement d'une somme soustraite à toute prétention légale élevée sur elle en vertu du droit autrichien ou sujette à de telles prétentions ?"

En 1996, la Cour s'est bien gardée de comprendre la question en la replaçant dans son contexte. En effet, la première question du requérant consistait à savoir si la satisfaction équitable de l'article 50 impliquait que toute somme octroyée à ce titre devait être versée personnellement et à titre insaisissable. En refusant de répondre, la Cour a pratiqué la "politique de l'Autruche"⁵⁰. Le juge De Meyer dénonçait d'ailleurs dans son opinion dissidente sous l'arrêt *Allenet* l'hypocrisie de la Cour à cet égard.

La deuxième remarque concerne la portée du rejet des demandes en interprétation. La doctrine la plus autorisée⁵¹ avait déjà eu l'occasion de remarquer la bizarrerie procédurale qui consistait, dans l'affaire

⁴⁸ CE, 19 juin 1964, *Sté Shelle Berre* (*AJ*, 1964, p.438).

⁴⁹ Dans l'affaire *Hentrich*, le libellé précis et concret de la question ne posait pas de problème.

⁵⁰ L'expression est de G. COHEN-JONATHAN et J-F. FLAUSS in "Chroniques d'actualité. Commission et Cour européenne", *Justices*, n° 5, 1997-1, p. 177.

⁵¹ *Ibid.*, pp. 177-178 et E. DECAUX, Commentaire sous *Allenet de Ribemont c.*

Allenet de Ribemont, à rejeter une demande en interprétation, tout en s'efforçant d'explicitier les termes de l'arrêt antérieur rendu par elle. Autrement dit, dans le même temps, la Cour affirmait qu'elle n'était pas compétente pour répondre à une demande en interprétation, mais y répondait quand même. Présenté encore différemment, le dispositif de ses décisions antérieures était censé être clair et était donc censé fonder sa dénégalation de compétence ; or, en réalité, ladite clarté résultait essentiellement de ses explications.

Le même phénomène se produit de façon caractéristique dans l'affaire Hentrich. Au § 16 de l'arrêt, la Cour affirme très clairement qu'il n'y a pas matière à interprétation, or elle s'est évertuée dans les passages qui précèdent le dispositif à expliciter son arrêt du 3 juillet 1995, notamment au § 14⁵². Une phrase de l'opinion dissidente du juge De Meyer met magistralement en exergue cet état de fait : “Dans le présent arrêt, nous interprétons notre arrêt du 3 juillet 1995 comme si...”. C'est la démonstration que l'arrêt Hentrich du 3 juillet 1997 comme précédemment l'arrêt Allenet de Ribemont du 7 août 1996, ne sont pas des arrêts de rejet des demandes d'interprétation. Nous avons en réalité à faire à de faux arrêts de rejet et à de véritables arrêts interprétatifs d'acceptation des demandes.

Cette bizarrerie serait sans doute peu critiquable si les éclaircissements de la Cour donnaient satisfaction au requérant ou si, tout du moins, ses explications n'avaient pas une portée restrictive. Or, tel n'est pas le cas.

C • Des arrêts restrictifs

Dans l'affaire Allenet de Ribemont, la Cour dans son arrêt du 10 février 1995 avait accordée “globalement” une réparation de 2 Millions de Francs au requérant au titre de l'article 50. Cette somme avait fait l'objet, par la suite, d'une saisie “à la demande de la famille De Broglie en vertu d'un jugement rendu le 4 mars 1979 par le Tribunal de Grande instance et passé en force de chose jugée.” La question essentielle posée à la Cour portait sur le point de savoir si l'article 50 impliquait que toute somme octroyée à ce titre devait “être versée personnellement et à titre insaisissable.” La Cour estima dans son arrêt du 7 août 1996 que la question avait été laissée dans son arrêt du 10 février 1995 à l'appréciation des autorités nationales qui agissait conformément au droit interne pertinent (§ 19). C'était prendre de façon radicale le contre pied de l'affaire Ringeisen. En 1973, la majorité de la Cour avait au contraire considéré qu'une somme allouée au titre de l'article 50 devait être payée directement au requérant, à l'abri de toute saisie de la part de ses créanciers et ce notamment dans le cadre de la réparation du préjudice moral.

Comme l'ont souligné fort à propos G. Cohen-Jonathan et J.-F. Flauss, si la Cour “sacrifie à l'évidence aux vertus de la subsidiarité du contrôle européen”, en laissant aux droits nationaux le soin de définir le statut juridique des sommes allouées au titre de la satisfaction équitable, elle contribue en revanche à créer “une inégalité de traitement entre les victimes”, dans la mesure où “les solutions nationales en matière de saisissabilité des indemnités décidées par voie juridictionnelle en général et de la réparation du dommage moral en particulier, sont loin d'être uniformes”⁵³.

Dans l'affaire Hentrich la Cour dans l'arrêt au principal du 22 septembre 1994, avait relevé des infractions à l'article 1 du Protocole n°1 — la requérante n'ayant pu contester utilement la préemption de son bien par l'administration fiscale — et à l'article 6 § 1 CEDH — faute de procès équitable et en raison de la durée de la procédure⁵⁴. A cette occasion, la Cour décida que son arrêt constituait par lui-même une satisfaction équitable suffisante quant au préjudice moral allégué et que l'Etat défendeur devait verser à la requérante dans les trois mois 56.000 F pour les frais et dépens.

France, *Journal du droit international*, 1997-1, p. 228. L'auteur écrivait à cet égard que “La Cour répond bien — en pointant les références pour les lecteurs ignorants — tout en affirmant qu'elle n'est pas compétente pour répondre.”

⁵² § 14 : “Le point 3 du dispositif de l'arrêt du 3 juillet 1995 se limitait à décider le versement d'intérêts sur les frais et dépens que l'Etat défendeur était tenu de rembourser en vertu de l'arrêt du 22 septembre 1994.”

⁵³ G. COHEN-JONATHAN, J.-F. FLAUSS, “Chronique d'actualité. Commission et Cour européenne...”, *Justices, op.cit.*, p. 183.

⁵⁴ E. KORNPROBST, “La douane et le fisc devant la Cour de Strasbourg”, *Cahiers du CREDHO n°3*, 1997, Université de Rouen et de Paris-Sud, pp. 135-148.

C'est l'arrêt du 3 juillet 1995 qui a réglé la question du dommage matériel. Il invitait l'Etat défendeur à verser à la partie lésée trois types de versements et ce dans les trois mois : 1) 800 000 F pour dommage matériel ; 2) 20 000 F pour frais et dépens relatifs à la procédure au titre de l'article 50 ; enfin, 3) les intérêts légaux à partir du 22 décembre 1994 — soit trois mois après l'arrêt au principal — sur la somme des 56 000 F allouée par l'arrêt au principal pour les frais et dépens.

Or, le Gouvernement tarda à verser à la requérante ces sommes. Ce faisant, Mme Hentrich saisit le Comité des ministres du Conseil de l'Europe pour se plaindre du retard dans le paiement de la satisfaction équitable et pour réclamer — une fois le paiement effectué le 1er décembre 1995⁵⁵ — les intérêts de retard sur les sommes octroyées.

Elle demanda ultérieurement à la Commission de saisir la Cour pour savoir si les points 1 et 2 de l'arrêt du 3 juillet 1995 devaient s'interpréter comme impliquant nécessairement pour le Gouvernement français l'obligation de verser des intérêts légaux en cas de non paiement dans le délai de trois mois fixé par la Cour⁵⁶.

A ce stade de la présentation, il convient de rappeler que la Cour considère que le dispositif de l'arrêt du 3 juillet 1995 est clair et qu'il n'y a donc pas matière à interprétation. Elle va toutefois procéder à une interprétation de son arrêt, une interprétation restrictive. La Cour se retranche derrière l'article 53 de la Convention et l'obligation pour les Etats de verser dans un délai de trois mois les sommes allouées ; derrière l'article 54 qui confie au Comité des ministres le soin de surveiller l'exécution des arrêts ; enfin, derrière une pratique récente qui consiste à prévoir le versement d'intérêts moratoires au cas de retard de paiement. Mais cette pratique n'a été introduite qu'en janvier 1996. La Cour estime donc qu'elle ne s'applique pas rétroactivement au dispositif de l'arrêt le 3 juillet 1995⁵⁷.

La Cour a donc un objectif principal : ne pas accepter les demandes en interprétation qui conduiraient à des modifications rampantes de ses arrêts. Elle développe ce faisant une stratégie de rejet, dont on a vu cependant, qu'elle était ambiguë et particulièrement restrictive. Il en va de même avec le traitement des demandes de révision qui, pour la Cour, doivent également demeurer exceptionnelles.

II • Une invocation exceptionnelle de la révision

Le contentieux de la révision est ainsi lui aussi révélateur d'une grande option jurisprudentielle : faire en sorte qu'il ne se développe pas démesurément ; pérenniser son caractère exceptionnel ; partant, la Cour l'envisage de façon stricte (A). L'affaire Pardo est également intéressante car elle a permis à la Cour de fournir une série de précisions sur le régime de la révision, dont on va voir qu'il répond à des règles de fonctionnement particulières (B).

A • Une conception stricte de la révision

Une présentation sommaire des faits de la cause est nécessaire ici pour appréhender la politique juridictionnelle de la Haute juridiction européenne. Dans l'arrêt initial du 20 septembre 1993, la Cour — qui avait eu à se prononcer sur le caractère équitable d'une procédure commerciale datant de 1984 — avait écarté le grief du requérant qui avait été condamné sans avoir pu plaider sur le fond, alors que l'annonce du renvoi à une audience ultérieure avait été faite publiquement par le Président. La Cour avait considéré par six voix contre trois que la violation ne pouvait être retenue, faute de preuves suffisantes, alors que la Commission était arrivée à la solution inverse et ce, à l'unanimité. Par la suite, un nouvel avocat plus diligent

⁵⁵ Au lieu du 3 octobre 1995.

⁵⁶ Intérêts légaux de la somme des 800.000Frcs versés au titre du dommage matériel et 20.000Frcs pour frais et dépens.

⁵⁷ Il est vrai qu'elle s'aligne ici sur une démarche traditionnelle. On sait qu'après avoir imposé un délai d'exécution de trois mois pour que les Etats règlent les sommes dues aux requérants au titre de l'article 50 (arrêt Moreira de Azevedo du 28 août 1991), la Cour n'avait jamais accepté, même quand la Commission l'y invitait, à accorder des intérêts moratoires en cas de dépassement de cette limite (arrêts Lestini c. Italie, 26 février 1992 et Pandolfi c. Italie, 27 février 1992).

avait pu retrouver trace du dossier au greffe de la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence et en obtenir communication en 1995, venant ainsi étayer la plainte du requérant qui décida de saisir la Commission d'une demande de révision⁵⁸.

On va constater que la conception stricte de la révision s'est manifesté à deux niveaux, celui de l'examen de la recevabilité (1), comme celui du bien-fondé (2).

1 • L'examen de la recevabilité de la demande

Les circonstances dans lesquelles l'arrêt sur la recevabilité du 10 juillet 1996 a été rendu témoignent de la volonté de la Cour : conférer un caractère exceptionnel à la procédure de révision. Elle n'a en effet déclaré recevable la demande de révision que par cinq voix contre quatre. La Cour mettait d'ailleurs en exergue au § 21 de son arrêt la manière dont elle se devait d'envisager la révision :

“{Elle} ne saurait perdre de vue que, d'après l'article 52 de la Convention, ses arrêts sont définitifs. Mettant en cause ce caractère définitif, la procédure en révision non prévue par la Convention, mais instaurée par le Règlement de procédure de la Cour, revêt donc un caractère exceptionnel : d'où l'exigence d'un examen strict de la recevabilité de toute demande en révision d'un arrêt de la Cour dans le cadre d'une telle procédure. ”

C'est sur la base de cette conception stricte de la révision que les quatre juges minoritaires écartaient toute réouverture du procès. En l'espèce, malgré ce *dictum* du § 21, elle a opté pour une solution apparemment plus libérale. Il n'en demeure pas moins que la Cour est divisée sur cette question et on ne peut pas affirmer de façon catégorique et définitive qu'elle a opté pour l'avenir en faveur d'une interprétation souple des conditions d'admission d'une demande en révision.

Or, il est clair qu'une telle interprétation est la plus convaincante et ce pour plusieurs raisons. Tout d'abord, parce que la Cour de Strasbourg n'est pas exposée de plein fouet aux recours inconsidérés de plaignants : la Commission joue déjà en amont un rôle essentiel de filtre⁵⁹. Ensuite, parce qu'il ne faudrait pas que l'appréciation de recevabilité ne se transforme en un préjugement au fond de la demande de révision⁶⁰.

2 • L'examen du bien-fondé de la demande

C'est à l'unanimité — il faut le souligner dans la mesure où cela devient de plus en plus rare — que la Cour a rejeté la demande de révision. Il convient ici de se pencher plus particulièrement sur le rejet de la demande du requérant relative à la prise en considération par la Cour, dans son examen du bien-fondé, de l'intégralité des pièces du dossier. Autrement dit, à côté des deux nouveaux documents dont la découverte fut à l'origine de la réouverture du dossier, M. Pardo considérait que les vingt et un autres éléments de preuve joint à sa requête en révision devaient également être pris en considération. Pour le requérant, c'était l'ensemble du dossier qui établissait le caractère inéquitable de la procédure. La Cour a écarté cette prétention en considérant que sa tâche se limitait à décider si les seules deux nouvelles pièces mettaient effectivement en cause les conclusions auxquelles la chambre initiale était arrivée (§ 14).

On ne voit pas pourquoi la technique de l'appréciation *in globo* — si chère par ailleurs à la Cour — est écartée s'agissant de la procédure de révision. Comment en effet apprécier “l'influence décisive” de nouvelles pièces, si elle ne sont pas replacées dans leur contexte ?

B • Un régime particulier de la révision

Les craintes formulées par la doctrine s'agissant de la composition de la formation de jugement examinant la recevabilité de la demande de révision (1) ne se sont pas confirmées s'agissant de la formation de jugement statuant sur le bien-fondé (2).

1 • Les risques de partialité au stade de la recevabilité

⁵⁸ *Journal du droit international*, 1997-1, *op.cit.*, obs. E. DECAUX, p. 226

⁵⁹ *Ibid.*, p.227.

⁶⁰ G. COHEN-JONATHAN, J-F. FLAUSS, *op.cit.*, p. 181.

La chambre qui a statué sur l'examen de la recevabilité de la demande de M. Pardo comprenait — conformément aux dispositions combinées des articles 43 de la Convention et 58 § 4 du Règlement intérieur — le Président de la Cour, le juge national et sept juges tirés au sort. Le seul problème — tout du moins aux yeux du requérant — était que parmi les neuf juges de la chambre, quatre avaient siégé dans la chambre qui avait rendu l'arrêt initial⁶¹. Au vu du problème apparent d'impartialité objective que cela impliquait, le requérant argua de la nullité du tirage au sort et de façon subséquente, la récusation de tous les juges issus du tirage. La Cour rejeta cette demande au motif que l'article 24 § 2 du Règlement A de la Cour, définissant les motifs de récusation, ne visait pas la participation d'un juge à l'examen d'une affaire dans laquelle il était intervenu à un stade antérieur de la procédure devant la Cour.

La position de la Cour, qui se fonde sur une lecture stricte des textes régissant son fonctionnement, est défendable et compréhensible. Il n'en demeure pas moins qu'on ne peut pas s'empêcher de penser qu'elle s'inscrit en faux contre la philosophie de la théorie des apparences si chère à la Cour. "En d'autres termes, l'exigence d'impartialité objective n'est pas applicable à la Cour elle-même. Bel exemple de dédoublement des normes"⁶² !

Ce point de vue n'est pas partagé par les professionnels du droit. Un avocat à la Cour d'Appel de Paris faisait en effet remarquer qu'il "est évident que la chambre qui a rendu l'arrêt initial semble mieux disposée à se prononcer sur la recevabilité compte tenu du fait qu'elle a d'ores et déjà connu de l'affaire"⁶³. On pourrait arguer cependant qu'il s'agit du seul moyen d'éviter que le jugement sur la recevabilité ne se transforme en un préjugement au fond...

On voit ici à quel point les exigences d'efficacité peuvent affecter le principe d'équité. Ce face à face résume à lui seul la difficulté de rendre la justice.

2 • Le jugement au fond rendu par une grande chambre

S'agissant de l'examen du bien-fondé de la demande de recevabilité et de la composition de la formation de jugement, l'article 58 § 4 du règlement (A), nous informe qu'il est effectué par la chambre qui a rendu l'arrêt initial. Le problème qui se pose à nouveau eu égard aux règles d'impartialité, est qu'il n'est pas du tout inconcevable que fassent partie de la formation de jugement des juges qui auront très explicitement exprimés au travers d'une opinion dissidente, leur opposition à la recevabilité de la requête en révision⁶⁴. Ce cas de figure n'est pas un cas d'école puisque ce fut le cas de figure de l'affaire Pardo. Concernant l'arrêt du 10 juillet 1996 sur la recevabilité, trois des quatre juges minoritaires se sont retrouvés dans la chambre examinant au fond la requête. Surtout, ces trois juges avaient dans le cadre de l'arrêt initial opiné contre la violation de la Convention. Confronté à de telles circonstances, il est évident que le requérant peut avoir l'impression que la doctrine des apparences ne joue pas en sa faveur.

Il faut cependant immédiatement signaler qu'en réalité les modalités suivant lesquelles l'arrêt du 29 avril 1997 a été rendu atténuent considérablement la critique. En effet, si les trois juges qui n'ont pas reconnu la violation de la Convention (arrêt initial) et qui ont émis ultérieurement une opinion dissidente (arrêt sur la recevabilité), se sont effectivement retrouvés pour statuer au fond (arrêt sur le bien-fondé), ils l'ont fait non pas dans une chambre de neuf juges, mais au sein d'une chambre de dix-neuf juges. Une grande chambre donc qui, à l'unanimité, a rejeté la demande de révision.

Pourquoi la chambre de neuf juges a-t-elle utilisé la possibilité — offerte depuis 1993 par l'article 51 le règlement A — de se dessaisir au profit d'une grande chambre de dix-neuf juges ? On peut s'aventurer à penser qu'officieusement, il était question d'étouffer les critiques — notamment doctrinales — qui avaient vu le jour au regard de l'impartialité objective. Mais ne serait-ce pas faire beaucoup trop de cas à la portée de la recherche et de l'analyse doctrinales ? Quelles que soient le bien-fondé de ces conjectures, le fondement

⁶¹ Il s'agissait de Mme PALM et de MM. RYSSDAL, GÖLCUKLU et PETTITI.

⁶² G. COHEN-JONATHAN, J-F. FLAUSS, *op.cit.*, pp. 179-180.

⁶³ M. PUECHAVY, obs. sous l'arrêt Pardo c. France du 10 juillet 1996, *Revue Trimestrielle des droits de l'Homme*, 1^o janvier 1997, pp. 44-46.

⁶⁴ Et ce alors qu'ils étaient présents au sein de la formation de jugement ayant eu à examiner la recevabilité de la demande.

juridique d'un tel dessaisissement est quant à lui tout trouvé : en effet, une chambre de neuf juges a l'obligation de se dessaisir au cas où la solution qu'elle est amenée à rendre, peut aboutir à une contradiction avec un arrêt rendu antérieurement, ce qui était bien évidemment potentiellement le cas dans l'affaire Pardo.

Finalement, le maître mot qui caractérise la ligne jurisprudentielle européenne en matière de révision et d'interprétation est bien celui d'exception. Exceptions à la règle de l'autorité de chose jugée et au caractère définitif des arrêts de la Cour, de telles procédures doivent demeurer exceptionnelles. Compréhensible, cette option n'interdisait pas cependant à la Cour d'être cohérente en matière d'interprétation et fidèle à sa propre jurisprudence en matière de révision !

Raymond Goy

Après l'approbation des applaudissements et des mains, je demande la coopération des mots. Plusieurs personnes voudront intervenir et poser des questions et demander à faire interpréter les propos qui viennent d'être tenus ou même en faire une révision, une critique peut-être, des exposés précédents !

Débats

Paul Tavernier

Je voudrais enchaîner sur l'exposé très intéressant de Mme Burgorgue-Larsen parce qu'elle nous a montré l'apport de la Cour au droit procédural dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'Homme et du système judiciaire européen. Je voudrais signaler que la France a contribué efficacement au développement de ce droit purement procédural. Il y a eu notamment un problème de saisine tardive, pour un jour seulement. Par ailleurs, d'autres affaires, non mentionnées ce matin parmi les affaires pendantes concernent la portée du règlement amiable. Ce sont des affaires très douloureuses puisqu'il s'agit de la suite du contentieux sur le Sida examiné l'année dernière. Des règlements amiables étaient intervenus dans deux affaires, mais l'indemnité n'a pas encore été versée. De nouvelles requêtes ont été introduites pour retard dans la procédure, mais le problème a été soulevé de l'interprétation de la portée du règlement amiable : est-ce qu'il s'agit d'un désistement d'action ou d'un désistement d'instance ? La Commission a pris position sur ce point, mais la Cour devra statuer. C'est une affaire à suivre.

Je ferai également une remarque au sujet de l'exposé de M. Erick Tamion. Là aussi une question se pose : c'est le problème de l'application ou de l'applicabilité de la Convention dans le domaine du contentieux qui touche les fonctionnaires. Actuellement cinq affaires pendantes concernent des problèmes d'application ou d'applicabilité de l'article 6 de la Convention en matière de fonction publique ou d'agents publics : cas d'un professeur de collège, d'un fonctionnaire territorial de la Nouvelle-Calédonie, d'un CRS qui avait eu un infarctus au cours d'un cross organisé chaque année par sa compagnie, d'un fonctionnaire de la Poste. Dans tous ces cas, la violation de la Convention a été reconnue. Par contre, dans un cas, aucune violation n'a été constatée : le cas de l'officier de marine, auquel j'ai déjà fait allusion, qui se plaignait de sa notation pour les années 1983 et 1984. Dans cette affaire, la Commission a considéré qu'il n'y avait pas eu de violation, parce que la Convention n'était pas applicable à cet officier de marine, qui conteste tout de même sa note depuis 1983 ! On aurait peut-être pu le dissuader plus tôt d'agir dans ce domaine.

Je pense que le gouvernement français doit être heureux de cette décision de la Commission. Il reste à attendre l'arrêt de la Cour : ira-t-il dans le même sens ? Par contre, la motivation de la Commission ne me paraît pas tout à fait satisfaisante. On retrouve l'habituel critère patrimonial, la Commission exigeant qu'il soit déterminant, et le critère de participation à la puissance publique, critère également classique. Il ne me paraît pas justifié de considérer qu'un officier de marine, même s'il s'agit d'un cadre relativement élevé, puisse mettre en cause l'exercice de la puissance publique. Mais surtout une référence dans l'avis de la Commission me paraît aussi devoir soulever des problèmes. La Commission renvoie à la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés sur la participation des fonctionnaires à la puissance publique. Laurence Burgorgue-Larsen connaît bien cette jurisprudence, qui n'est pas forcément très claire, et je doute qu'un tel renvoi fasse avancer le problème dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'Homme. Là aussi ce sera une question à suivre et les décisions prochaines de la Cour nous apporteront certainement des éclaircissements. Ces décisions nous permettront, peut-être, de comprendre exactement le sens précis des choix de la Cour.

J'avais également une question à poser à M. Nedelec, question purement factuelle, à savoir quelle a été la suite donnée à l'affaire HLR ? M. HLR a-t-il été effectivement expulsé ?

Bruno Nedelec

Je suis assez mal placé pour vous répondre, n'ayant pas du tout traité ce genre de dossier. Je pense que M. HLR a effectivement été expulsé, mais je ne peux pas vous en donner la garantie. Je suis absolument désolé.

Paul Tavernier

Mme Laurence Burgorgue-Larsen a déjà commenté l'affaire Pierre-Bloch dans la revue *Actualité juridique. Droit administratif* (à paraître au mois de janvier 1998). Concernant cette affaire, je voudrais faire une remarque, apparemment anecdotique, à propos des débats publics auxquels j'ai assisté à Strasbourg, en compagnie de ma collègue Catherine Teitgen-Colly. D'un côté la France était représentée par M. Perrin de Brichambaut, directeur des affaires juridiques au ministère des Affaires étrangères, M. Schrameck, alors secrétaire général du Conseil constitutionnel, et plusieurs magistrats. Au milieu, on avait un représentant de la Commission, M. Conforti, et de l'autre côté, l'avocate de M. Pierre-Bloch, Me Roué-Villeneuve, qui se

trouvait toute seule face à une équipe beaucoup plus nombreuse. On avait l'impression qu'elle était en position d'infériorité. Certes, une telle impression est purement subjective, mais je dois dire qu'au-delà de cette constatation, l'arrêt en lui-même me laisse sur ma faim. Il est accompagné d'une opinion dissidente qui me paraît tout à fait raisonnable. Une bonne partie de l'argumentation de la Cour repose en effet sur la distinction entre les droits civils et les droits politiques qui permettrait de mieux cerner le sens donné à l'article 6. Une telle lecture est beaucoup trop restrictive à mon avis. Le juge dissident De Meyer fait remarquer avec beaucoup de pertinence, et à partir de l'étymologie, que le mot civil vient du latin *civis/civitas*, alors que le mot politique vient du grec *polis*, que les deux mots signifient la même chose et que, dans ces conditions, la distinction opérée par la Cour est purement arbitraire. Mais sans doute est-ce une réflexion d'universitaire...

Raymond Goy

Si l'on prend le Code civil, je crois qu'il y a quand même un sens particulier.

Paul Tavernier

En anglais, *civil rights*, n'a pas la même signification qu'en français.

Raymond Goy

La preuve, c'est que maintenant, on distingue le civil et le citoyen, mot à la mode. J'ai une question qui concerne moins la jurisprudence que les textes. Pourquoi est-ce que les deux pouvoirs de révision et d'interprétation n'ont pas figuré dans la Convention ? Vous me répondez, et vous avez bien raison, par les compétences implicites, mais aussi peut-être par les principes généraux du droit et de droit juridictionnel. Ces pouvoirs figurent dans beaucoup de statuts de juridictions internationales et dans celui de la Cour. Figureront-ils dans la nouvelle mouture de la Cour ?

Laurence Burgogue-Larsen

Le Protocole n° 11 intègre-t-il les deux pouvoirs de révision et d'interprétation ? Je ne me suis pas penchée sur la question à vrai dire. Si ce n'est pas le cas, la future Cour unique utilisera les compétences qui sont les siennes dans le cadre de l'élaboration du règlement intérieur. Il faudra qu'elle se pose effectivement des questions pour essayer de clarifier la composition notamment des formations de jugements, afin que les anomalies procédurales qui sont apparues ne se voient plus dans le cadre du Protocole n° 11. Mais pourquoi l'inexistence de telles compétences dans la Convention de 1950 ? Il faudrait interpréter la Convention, voire les travaux préparatoires et essayer de trouver une explication. Ceci doit certainement résulter d'un compromis qu'ont dû trouver les Hautes parties contractantes au moment de l'élaboration de cette Convention. Pour une raison que j'ignore, elles ont préféré ne pas intégrer cette compétence. Mais la Cour a utilisé le règlement intérieur pour combler la lacune.

Paul Tavernier

Il y a d'autres lacunes, par exemple, pour les mesures provisoires. Je pense que la Cour a du pain sur la planche...

Patrick Courbe

Je voudrais poursuivre ce qu'a dit Paul Tavernier à propos de l'affaire Pierre-Bloch, mais sans doute Mme Burgogue-Larsen l'aborde-t-elle dans son commentaire, sur la question du caractère civil. C'est le fait que finalement la décision avait des enjeux patrimoniaux directs pour Jean-Pierre Pierre-Bloch et on pouvait donc considérer que cela entrait dans la catégorie des droits civils.

Laurence Burgogue-Larsen

Elle a complètement écarté et réfuté l'enjeu patrimonial évident, elle est restée sourde à sa jurisprudence traditionnelle pour adopter une position restrictive surprenante. D'ailleurs, le juge De Meyer, dans son opinion dissidente, faisait remarquer que depuis quelques arrêts, la Cour est en train d'opérer de toute évidence un virage restrictif dans sa jurisprudence qui est en tout point une position inexplicable et incohérente.

Patrick Chabert

Deux remarques sur l'arrêt Mialhe. Franchement, je ne vois pas où est le problème. Est-ce qu'on avait la preuve de l'existence des pièces vantées et entre les mains de qui elles se trouvaient ? Si elles étaient dans les mains de l'administration française, connaissait-on le sens qu'on pouvait leur donner ? A l'heure

actuelle, le juge d'instruction qui serait saisi de la difficulté et qui refuserait d'exercer un droit de regard sur ces pièces pourrait se voir critiqué par l'avocat de la partie qui lui demanderait de faire un acte d'instruction, et s'il refusait de le faire, ce refus d'acte serait soumis à la chambre d'accusation. Cette disposition n'existait certainement pas à l'époque compte tenu de la date des faits et probablement du temps qu'il a fallu pour trancher cette affaire. Au jour d'aujourd'hui, il y aurait un moyen procédural qui n'existait certainement pas à l'époque. Je suis un peu étonné que la juridiction de jugement n'ait à aucun moment estimé devoir demander, comme elle en a la possibilité, soit un complément d'information, soit la communication de ces pièces. Celles-ci avaient-elles véritablement un intérêt particulier et dirimant dans cette affaire ?

Emmanuel Kornprobst

Ce sont des arguments que M. Miaillhe a soulevé a posteriori. Dans le contentieux fiscal, il semble qu'il n'ait pas demandé la communication des pièces dont disposait l'administration. L'existence des pièces non communiquées apparaît certaine dans la mesure où M. Miaillhe de son côté avait demandé des pièces aux autorités philippines. Il en avait obtenu certaines, qu'il n'a pas retrouvées dans celles qui ont été communiquées au Tribunal... Il a en donc produit lui-même qu'il s'était procurées. Lorsque le juge d'instruction a demandé des pièces et que l'administration en a fourni un certain nombre, il n'a pas non plus protesté.

Patrick Chabert

Sur le plan du principe, est-ce qu'une des parties poursuivantes au procès pénal a l'obligation de communiquer l'intégralité des pièces qui ne sont demandées par personne ? C'est pour cela que je suis étonné. Dans une instruction, lorsqu'on sait qu'il y a des pièces utiles, on a l'obligation de faire le nécessaire pour les trouver, mais quand on ne dit rien au juge d'instruction, et lorsqu'on en parle seulement au moment du procès... Pour ma part, je ne trouve pas que la décision, de la Cour européenne soit particulièrement choquante sur ce point.

Emmanuel Kornprobst

Je suis d'accord avec vous. C'est toute la question et c'est pour cela que j'ai terminé en parlant du problème du juge d'instruction. Est-ce qu'on peut admettre que l'administration, lorsque le juge lui demande la communication de toutes les pièces, ne lui en communique que quelques-unes ? Il y avait tout de même une pièce qui n'avait pas été produite, c'est une lettre des autorités philippines qui reconnaissait que M. Miaillhe était résident philippin. Le juge d'instruction n'a donc pu instruire, à charge et à décharge, dans cette hypothèse là.

Patrick Chabert

Sur le recours en révision, je partage parfaitement l'avis de mon confrère de Paris. Je crois qu'en ce qui concerne le recours en révision, dans la mesure où l'on fournit à la juridiction de nouvelles pièces pour lui poser la question de savoir si ces pièces changeront votre idée sur l'affaire, les mieux placés pour répondre à la question, c'est ceux qui ont rendu la première décision. Moi qui suis très sensible à l'indépendance du magistrat, je ne suis pas choqué qu'en la matière, que ce soit de l'interprétation ou de la révision, les mieux placés pour interpréter leur décision ou la réviser, ce soit ceux qui l'ont rendue.

Raymond Goy

En droit international, il n'y a pas en principe de recours contre la décision d'une juridiction internationale, puisqu'il n'y a pas de hiérarchie. Mais un recours est possible. Un recours en rétractation permet de demander au même juge de revenir à propos de la même affaire.

Philippe Bèle

Le caractère réservé de la Commission sur la question du recours en interprétation et en révision et sur la position prise à l'égard de la fonction publique française, tient en partie au souci de ne pas se laisser envahir par un nombre considérable de requêtes, ce qui évite d'être débordé comme les juridictions nationales. C'est peut-être la raison pour laquelle on refuse le caractère civil pour les problèmes de fonction publique, position que je ne partage pas totalement.

Bruno Nedelec

C'est moi qui ai défendu l'affaire Miaillhe devant la Commission et devant la Cour et je voudrais dire quelques mots sur cet arrêt.

Je n'ai pas la même appréciation que vous sur la nature des pièces. En réalité, M. Miailhe a invoqué deux types d'arguments en ce qui concerne celles-ci. Le premier argument était de dire que l'administration fiscale ne peut pas utiliser les pièces qui ont été obtenues de manière irrégulière dans le cadre d'une transmission qui a été faite par l'administration douanière, et ce de manière d'autant plus évidente que la Cour européenne est intervenue dans l'intervalle pour dire dans le premier arrêt Miailhe de 1993 que l'administration douanière avait perquisitionné dans des conditions " irrégulières ou illégales ". Est-ce qu'il y avait donc en quelque sorte une forme de contamination des vices de procédure dans la mesure où des pièces qui auraient été obtenues dans des conditions déloyales ne pouvaient servir de base pour des poursuites ? Rappelons en effet que l'administration fiscale avait constitué un dossier qu'elle a présenté à la Commission des infractions fiscales, et ce sont ces pièces qui ont servi ultérieurement à transmettre le dossier au ministère de l'Economie, qui a ensuite déposé plainte auprès du procureur et saisi la justice pénale pour fraude fiscale.

Le deuxième temps se situe pendant l'instruction. L'administration fiscale française avait fait état de l'existence des correspondances qu'elle avait eues avec l'administration philippine. Celle-ci lui avait transmis un certain nombre de pièces que le juge d'instruction a souhaité obtenir en totalité. Ceci a soulevé un certain nombre de difficultés auprès de l'administration fiscale pour des raisons très simples, à savoir l'existence, entre la France et les Philippines, d'une convention d'entraide en matière fiscale. Il en a d'ailleurs été fait cas dans l'arrêt de la Cour européenne et l'article 26 litigieux prévoyait que les pièces qui étaient communiquées par le biais de cette Convention ne devaient pas être transmises à des tiers, et que leur utilisation devait être strictement limitée aux motifs qui figuraient dans l'article 1 de la Convention régissant son champ d'application.

La difficulté donc existait, elle avait un fondement juridique certain qui était de savoir quelle était la portée d'une convention internationale qui interdit l'usage de documents par des tiers. Finalement, l'administration fiscale a tranché. Elle a décidé d'envoyer au juge d'instruction une partie des documents. Sur un total de 78 pièces transmises par bordereaux d'envoi répertoriés à l'administration fiscale française, celle-ci en a transmis près de 22 ou 24 au juge d'instruction, en disant qu'il s'agit là des seules pièces pertinentes, les autres ne présentant aucun intérêt au regard des faits pour lesquels M. Miailhe est poursuivi et inculpé, à savoir une fraude fiscale. Je rappelle que M. Miailhe, outre qu'il était diplomate, était aussi un homme d'affaires international et avait éludé une somme représentant 1,7 milliard à l'administration fiscale en jouant sur le fait qu'il était propriétaire d'un château classé, château de Ciran, ce qui le dispensait de payer les impôts afférents à son activité commerciale à Bordeaux. Sous quel prétexte cette dispense ?...

Le juge d'instruction s'est donc senti obligé de n'utiliser que les pièces que l'administration fiscale avait versée au dossier d'instruction, dès lors que l'administration fiscale se reposait sur une convention internationale disant qu'elle ne pouvait pas transmettre d'autres pièces. Mais sur ces entrefaites M. Miailhe avait alors affirmé qu'il existerait une pièce qui démontrerait qu'il n'était pas coupable de la fraude fiscale qu'on lui reprochait. Seulement, la difficulté pour lui tenait au fait que l'administration française l'a dissimulé. Alors, à moi qui ai défendu ce dossier devant la Cour il m'apparaît surprenant qu'un individu puisse prétendre qu'il est sûr que les autorités philippines ont envoyé aux autorités françaises un document prouvant qu'il n'est pas coupable des faits incriminés, mais que, dans le même temps, il ne puisse pas dire de quelle pièce il s'agit parce qu'elle n'a jamais été communiquée ni au juge d'instruction, qui avait quand même des pouvoirs pour les obtenir en vertu du Code de procédure pénale, et surtout au requérant, présumé fraudeur. A mon avis, de deux choses l'une : ou ces pièces existaient et M. Miailhe était en mesure de le prouver, ou alors ces pièces n'existaient pas, hormis dans l'imaginaire de M. Miailhe.

Enfin, il s'est trouvé qu'à la suite d'une demande que M. Miailhe a formulée directement auprès des autorités philippines, il lui a été adressé une copie des documents. M. Miailhe a fourni, lors de l'audience de jugement, aux magistrats du Tribunal correctionnel de Bordeaux, la totalité des pièces du dossier philippin, y compris celles qui faisaient défaut dans le dossier d'instruction.

Il a donc dit aux magistrats qu'il avait bien la preuve que des pièces avaient été dissimulées au juge d'instruction puisqu'il apportait la preuve de leur existence et qui plus est, en fournissait le contenu. Dans ces documents, dont il est indiqué dans le jugement du Tribunal correctionnel de Bordeaux qu'ils n'ont aucun rapport direct avec les faits pour lesquels M. Miailhe était poursuivi correctionnellement, apparaît, ou plutôt n'apparaît pas, la fameuse pièce qui aurait prouvé l'innocence de M. Miailhe. Et c'est l'argument fort que va utiliser la Cour européenne en disant qu'il est vrai qu'au niveau de la phase préalable devant la

Commission des infractions fiscales, à laquelle vous avez fait brièvement allusion, il conviendrait qu'il y ait une procédure contradictoire. C'était en réalité l'essentiel du fond du dossier pour le gouvernement français, puisque nous avons à résoudre le problème de savoir si, oui ou non, il y avait lieu de prévoir une procédure contradictoire, de nature vraiment juridictionnelle, devant la Commission des infractions fiscales (qui était jusqu'à présent un organisme purement administratif et qui rendait un avis consultatif certes suivi de manière générale par le Ministre qui engageait systématiquement des poursuites). La Cour ajoute que, certes, il aurait été plus élégant que l'administration fiscale produise la totalité des pièces au juge d'instruction, mais dans la mesure où vous, M. Miaillhe, vous avez en quelque sorte rétabli l'équilibre, vous avez annulé la violation dont vous vous plaignez, puisque vous avez apporté au juge la totalité des pièces du dossier, vous avez donc en quelque sorte effacé la violation qui avait été préalablement commise. Donc ne venez pas nous dire que vous n'avez pas eu droit à un procès équitable. D'autant plus, et ceci est un des éléments qui va fournir une réponse à la question que vous vous posez, à savoir comment on pourrait apprécier les requêtes dans la mesure où il n'y aurait pas la procédure d'instruction mais une citation directe, la Cour nous dit qu'il convient d'apporter une appréciation globale sur la totalité de la procédure pour savoir si oui ou non il n'y a pas eu au stade terminal, le stade de l'audience, la possibilité de réparer le grief qui avait entièrement été commis devant le juge d'instruction. Et la Cour européenne dit : bien évidemment, il y a pu y avoir violation dans la phase préalable à la phase du jugement ; néanmoins le juge national ne peut se fonder que sur les pièces du dossier ; le juge correctionnel a bien examiné les autres pièces, puisqu'il y fait allusion dans son jugement. Il n'y a donc pas violation de la Convention puisque M. Miaillhe vous-même vous vous êtes fait en quelque sorte justice en fournissant tous les éléments du dossier qui n'étaient pas jusqu'alors produits.

Pour terminer, sur la question que vous avez posée, je voudrais vous dire qu'il y a eu une requête devant la Commission qui a été déclarée irrecevable, l'affaire Molliex, qui posait à peu près le même genre de problème, à savoir déterminer s'il y avait lieu ou non de prévoir une procédure quasi juridictionnelle devant la Commission des infractions fiscales. Cette requête concernait cette fois une citation directe devant le Tribunal correctionnel faite par le parquet, sans être passée par le stade préalable de l'instruction. Cette requête a été rejetée par la Commission qui a tenu le même raisonnement que dans l'affaire Miaillhe. La Commission s'est expressément référée dans sa décision à cet arrêt de la Cour européenne. Mais j'introduis tout de même un léger bémol dans la mesure où une partie de l'argumentaire qui a permis de faire rejeter cette requête tenait au fait que devant les juridictions internes l'avocat de l'intéressé n'avait pas soulevé le grief en première instance, mais uniquement en appel. En effet, il s'était avéré à l'examen du dossier qu'en réalité les voies de recours n'avaient pas été valablement épuisées puisqu'en première instance, la nullité de la procédure n'avait jamais été invoquée et, en appel, elle l'avait été une fois les débats entamés. C'est donc peut-être un biais qui a permis de rejeter cette requête sur un fondement un peu différent de l'affaire Miaillhe, mais cette décision a l'avantage d'exister et d'avoir pu confirmer, au stade de la Commission, la jurisprudence antérieure de quelques mois de la Cour dans l'affaire Miaillhe et pour une affaire dans laquelle il n'y avait pas eu d'instruction.

Liste des publications du CREDHO (Universités de Rouen et de Paris XI)

BULLETIN D'INFORMATION DU CREDHO

(ISSN : 1168-500 X)

n° 1 (1990), 34 p.

n° 2 (1991), 48 p.

n° 3 (1992), 47 p.

n° 4 (1993), 58 p.

n° 5 (1994), 61 p.

n° 6 (1995), 69 p.

n° 7 (1997), 68 p.

gratuits dans la mesure du stock disponible (les demandes institutionnelles sont privilégiées : bibliothèques, centres de documentation et de recherches, associations, etc.)

CAHIERS DU CREDHO

(ISSN 1250-6303)

n° 1 (1994), 134 p. (ISBN 2-11-088069-4) : La France et la Cour européenne des droits de l'Homme. La jurisprudence de 1992.

n° 2 (1994), 156 p. (ISBN 2 11-088731-1) : La France et la Cour européenne des droits de l'Homme. La jurisprudence de 1993.

n° 3 (1997), 178 p. (ISBN 2 11-090747-9) : La France et la Cour européenne des droits de l'Homme. La jurisprudence de 1994 à 1996.

gratuits dans la mesure du stock disponible (les demandes institutionnelles sont privilégiées : bibliothèques, centres de documentation et de recherches, associations, etc.)

TAVERNIER Paul (éd.) : NOUVEL ORDRE MONDIAL ET DROITS DE L'HOMME : LA GUERRE DU GOLFE - Préface de Mario BETTATI - (Paris : Editions Publisud, 1993,) (ISBN 2-86600-677-1 ; ISSN 0764-8278)

prix : 236 FF

TAVERNIER Paul (éd.) : QUELLE EUROPE POUR LES DROITS DE L'HOMME ? LA COUR DE STRASBOURG ET LA RÉALISATION D'UNE "UNION PLUS ÉTROITE" - 35 années de jurisprudence : 1959-1994 - Préface de Pierre-Henri IMBERT - (Bruxelles, Bruylant, 1996, XII-513 p. ; diffusion : Paris : LGDJ) (ISBN : 2-8027-0737-X)

prix : 380 FF