

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

**- CREDHO -**



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

**La jurisprudence de 1998  
(présentation, commentaires et débats)**

*Sous la direction de Paul TAVERNIER*

**CAHIERS DU CREDHO N° 5 - 1999**



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 de 1998  
(présentation, commentaires et débats)**

*Sous la direction de Paul TAVERNIER*

**CAHIERS DU CREDHO N° 5 - 1999**

**- 1999 -**

Université de Paris-Sud - Faculté Jean Monnet -  
54, boulevard Desgranges - 92331 Sceaux Cedex  
☎ 01 40 91 17 00 - Fax 01 46 60 92 62

**avec le soutien de l'IEDP  
et de l'Ecole doctorale de droit  
de la Faculté Jean Monnet à Sceaux**

ISSN 1250-63-03 - ISBN 2-11-091552-8

## *Sommaire*

### *Avant-Propos*

### *Liste des arrêts*

#### **Ouverture**

M. le Vice-Doyen **FROMAGEAU**  
de la Faculté Jean Monnet à Sceaux  
M. le Professeur **TAVERNIER**  
directeur du CREDHO Paris-Sud

### *La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme dans le prolongement de la Déclaration universelle des droits de l'Homme*

par Paul **TAVERNIER**

### *Introduction. D'une Cour l'autre*

par Paul **MAHONEY**, Greffier-adjoint de la Cour européenne des droits de l'Homme

#### **Débat**

### *La procédure devant la Cour de cassation*

• Le rôle de l'avocat général devant la Cour de cassation : affaire Reinhardt et Slimane-Kaïd (31 mars 1998)  
par François-Guilhem **BERTRAND**, Professeur à l'Université de Paris-Sud

#### **Débat**

• La motivation des arrêts de la Cour de cassation : affaire Higgins (19 février 1998)  
par Me Vincent **DELAPORTE**, Avocat aux Conseils

La jurisprudence Poitrimol confirmée : affaires Omar et Guérin (29 juillet 1998)  
par Michèle **DUBROCARD**, Magistrat (Ministère des Affaires étrangères)

### *Plainte avec constitution de partie civile et accès à un tribunal ?*

affaire Aït-Mouhoub (28 octobre 1998)  
par Me Hélène **CLEMENT**, Avocat au Barreau de Paris

### *L'applicabilité de l'article 6 § 1 aux fonctionnaires et agents publics*

affaires Huber (19 février 1998), Maillard, Cazenave de la Roche (9 juin 1998),  
Le Calvez (29 juillet 1998), Benkessiouer et Couez (24 août 1998)  
par Odile **SIMON**, Présidente de chambre au TA de Versailles

#### **Débat**

### *L'écoute téléphonique d'un tiers et le respect de la vie privée (article 8)*

affaire Lambert (24 août 1998)  
par Michel **MOUCHARD**, Vice-Président du TGI de Rouen chargé de l'instruction

### *Liberté d'expression et apologie de la collaboration*

affaire Lehideux et Isorni (23 septembre 1998)  
par Patrice **ROLLAND**, Professeur à l'Université de Paris XII

#### **Débat**

### ***L'expertise médicale et la présomption d'innocence***

affaire Bernard (23 avril 1998)  
par Dominique **ALLIX**, Professeur à l'Université de Paris-Sud

### ***Le contrôle juridictionnel de la durée de la détention provisoire (art. 5 § 3) et de la contrainte par corps en matière douanière (art. 5 § 4)***

affaires I.A.(23 septembre 1998) et Soumaré (24 août 1998)  
par Dominique **ALLIX**

#### **Débat**

### ***L'éloignement des étrangers entre défense de l'ordre public et impératifs humanitaires***

affaires Dalia (19 février 1998) et B.B. (7 septembre 1998)  
par Me Françoise **MENDEL-RICHE**, Avocate au Barreau de Paris

### ***Le permis de conduire à points au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme (art. 6 § 1)***

affaire Malige (23 septembre 1998)  
par Antoine **BUCHET**, Magistrat (Ministère de la Justice, S.A.E.I.)

### ***SOS Médecins et l'équité de la procédure devant le Conseil de l'Ordre***

affaire Gautrin et autres (20 mai 1998)  
par Hélène **MUSCAT**, Allocataire-Moniteur, Université de Paris-Sud

#### **Débat**

### ***Publications du CREDHO***

### *Avant-Propos*

La cinquième Session d'information sur *La France et la Cour européenne des droits de l'Homme* s'est tenue pour la première fois à la Faculté Jean Monnet à Sceaux le 15 décembre 1998. On retrouvera cependant les interventions de fidèles participants rouennais comme Me Vincent Delaporte ou le Juge Mouchard, ainsi que celles de plusieurs parisiens et scéens qui avaient fait le déplacement à Rouen, comme le professeur Allix ou Mme Dubrocard, Magistrat, détachée au ministère des Affaires étrangères. Patrice Rolland, qui fut longtemps rouennais, avait la lourde tâche de présenter l'arrêt très controversé rendu dans l'affaire Lehideux et Isorni qui a donné lieu à un débat passionné dont on retrouvera ci-après les échos. Il a dû faire face, vaillamment, à un feu nourri de critiques et d'observations émanant de tous les horizons et notamment de personnalités qui avaient plaidé à Strasbourg. Un tel débat me paraît tout à fait salutaire. Les lecteurs des *Cahiers du CREDHO* retrouveront ce qui fait la spécificité de ce colloque devenu annuel, c'est-à-dire des interventions d'universitaires chevronnés comme François-Guilhem Bertrand ou plus jeunes comme Hélène Muscat, mais aussi de magistrats comme Antoine Buchet (du ministère de la Justice) et Odile Simon, Présidente de chambre au Tribunal administratif de Versailles, ou d'avocats comme Maîtres Hélène Clément et Françoise Mendel-Riche qui nous apportent tous le fruit précieux de leur expérience professionnelle.

Grâce à la présidence active et efficace de Paul Mahoney, Greffier adjoint de la Cour européenne des droits de l'Homme, qui occupait déjà ces fonctions dans l'ancienne Cour et qui les a conservées dans la nouvelle, mise en place en novembre 1998, c'est un peu le débat judiciaire à Strasbourg qui a été reconstitué, avec cependant, en plus, la tonalité universitaire marquée par une présence estudiantine très nombreuse et dont on trouvera la trace dans les discussions.

Cette nouvelle Session d'information a confirmé que la jurisprudence de la Cour, même si elle peut donner lieu à des appréciations contrastées, voire à des critiques, et si elle peut aussi susciter dans certains cas des difficultés d'application ou d'adaptation du système juridique français, constitue en définitive pour les anciens Etats parties à la Convention comme la France ou la Grande-Bretagne et pour tous les Etats européens, et notamment pour les nouveaux Etats parties, un formidable instrument de progrès du droit. La nouvelle Cour devra s'atteler à reprendre et faire prospérer l'héritage de l'ancienne. Elle a déjà commencé à le faire.

Paul Tavernier  
Mai 1999

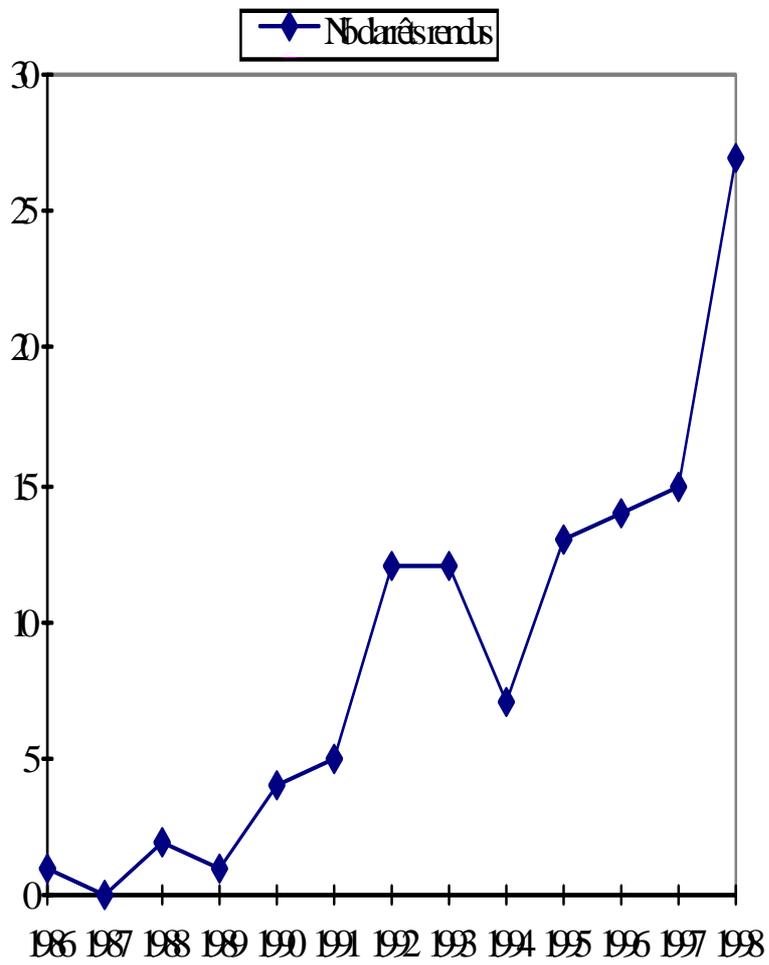
**Liste récapitulative des arrêts rendus depuis 1986  
par la Cour européenne des droits de l'Homme  
dans les affaires mettant en cause la France**

- 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, DEMAI
- 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, MIALHE (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
  
- 88 • N° 98-2, 19 février **1998**, HIGGINS et autres
- 89 • N° 98-3, 19 février 1998, DALIA
- 90 • N° 98-4, 19 février 1998, HUBER
- 91 • N° 98-22, 31 mars 1998, REINHARDT et SLIMANE-KAÏD
- 92 • N° 98-29, 22 avril 1998, PAILLOT
- 93 • N° 98-30, 22 avril 1998, RICHARD
- 94 • N° 98-33, 23 avril 1998, DOUSTALY
- 95 • N° 98-34, 23 avril 1998, BERNARD
- 96 • N° 98-37, 29 avril 1998, HENRA
- 97 • N° 98-38, 29 avril 1998, LETERME
- 98 • N° 98-39, 20 mai 1998, GAUTRIN et autres
- 99 • N° 98-46, 9 juin 1998, MAILLARD
- 100 • N° 98-47, 9 juin 1998, CAZENAVE DE LA ROCHE
- 101 • N° 98-61, 29 juillet 1998, OMAR
- 102 • N° 98-62, 29 juillet 1998, GUERIN
- 103 • N° 98-63, 29 juillet 1998, LE CALVEZ

- 104 • N° 98-73, 24 août 1998, SOUMARE
- 105 • N° 98-74, 24 août 1998, LAMBERT
- 106 • N° 98-75, 24 août 1998, COUEZ
- 107 • N° 98-76, 24 août 1998, BENKESSIOUER
- 108 • N° 98-83, 2 septembre 1998, GUILLEMIN
- 109 • N° 98-84, 7 septembre 1998, B.B.
- 110 • N° 98-93, 23 septembre 1998, LEHIDEUX ET ISORNI
- 111 • N° 98-94, 23 septembre 1998, MALIGE
- 112 • N° 98-95, 23 septembre 1998, I.A.
- 113 • N° 98-101, 28 octobre 1998, AIT-MOUHOUB
- 114 • N° 98-104, 30 octobre 1998, F.E.

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



## Liste des arrêts rendus en 1998 et concernant la France

### 1) HIGGINS c/FRANCE

Req. n°20124/92

Arrêt du 19 février 1998 : violation de l'article 6§1 (8 voix c.1), étendue de l'obligation de motiver les décisions de la Cour de Cassation

Rapport du 4 septembre 1996 : violation de l'article 6§1 (unanimité)

### 2) DALIA c/FRANCE

Req. n°26102/95

Arrêt du 19 février 1998 : non violation des articles 8 (6 voix c. 3) et 3 (unanimité) expulsion d'une algérienne condamnée dans une affaire de drogue)

Rapport du 24 octobre 1996 : non-violation de l'article 3 (unanimité) ni de l'article 8 (21 voix c. 9)

### 3) HUBER c/FRANCE

Req. n°26637/95

Arrêt du 19 février 1998 : inapplicabilité de l'article 6 § 1 (5 voix c. 4) (durée de la procédure concernant un fonctionnaire de l'éducation nationale)

Rapport du 15 octobre 1996 : violation de l'article 6 § 1 (25 voix c. 4)

### 4) REINHARDT et SLIMANE-KAÏD c/FRANCE

Req. n°22921/93 et 23043/93

Arrêt du 31 mars 1998 (Grande chambre) : violation de l'article 6 (durée de la procédure : unanimité ; équité de la procédure devant la chambre criminelle : 19 voix c. 2) ;

Rapports du 26 novembre 1996 : violation de l'article 6 (unanimité)

### 5) PAILOT c/FRANCE

Req. n°32217/96

Arrêt du 22 avril 1998 : violation de l'article 6 § 1 (unanimité ; SIDA, durée de la procédure après règlement amiable)

Rapport du 9 juillet 1997 : violation de l'article 6 § 1 (unanimité)

### 6) RICHARD c/FRANCE

Req. n°33441/96

Arrêt du 22 avril 1998 : violation de l'article 6 § 1 (unanimité ; SIDA, durée de la procédure après règlement amiable)

Rapport du 16 septembre 1997 : violation de l'article 6 § 1 (unanimité)

### 7) DOUSTALY c/FRANCE

Req. n°26256/95

Arrêt du 23 avril 1998 : violation de l'article 6 § 1 (unanimité, durée d'une procédure administrative, architecte, construction d'un lycée)

Rapport du 27 novembre 1996 : violation de l'article 6 § 1 (unanimité)

### 8) BERNARD c/FRANCE

Req. n°22885/93

Arrêt du 23 avril 1998 : non-violation de l'article 6 (8 voix c. 1 ; expertise médicale et présomption d'innocence)

Rapport du 22 octobre 1996 : violation de l'article 6 § 1 (7 voix c. 7)

### 9) HENRA c/FRANCE

Req. n°36313/97

Arrêt du 29 avril 1998 : violation de l'article 6 § 1 (unanimité ; SIDA, durée de la procédure après règlement amiable)

Rapport du 28 octobre 1997 : violation de l'article 6 § 1 (unanimité)

### 10) LETERME c/FRANCE

Req. n°36317/97

Arrêt du 29 avril 1998 : violation de l'article 6 § 1 (unanimité ; SIDA, durée de la procédure après règlement amiable)

Rapport du 28 octobre 1997 : violation de l'article 6 § 1 (unanimité)

### 11) GAUTRIN et autres c/FRANCE

Req. n°21257/93 à 21260/93

Arrêt du 20 mai 1998 : violation de l'article 6 § 1 (unanimité ; publicité et impartialité de la procédure devant l'ordre des médecins)

Rapport du 26 novembre 1996 : violation de l'article 6 § 1 (unanimité)

### 12) MAILLARD c/FRANCE

Req. n°26586/95

Arrêt du 9 juin 1998 : inapplicabilité de l'article 6 § 1 (unanimité ; notation d'un militaire de carrière)  
Rapport du 14 janvier 1997 : non-violation de l'article 6 § 1 (17 voix c. 12)

**13) CAZENAIVE DE LA ROCHE c/FRANCE**

Req. n°25549/94

Arrêt du 9 juin 1998 : violation de l'article 6 § 1 (unanimité, durée de la procédure, agent contractuel, coopération au Maroc)  
Rapport du 27 novembre 1996 : violation de l'article 6 § 1 (unanimité)

**14) OMAR c/FRANCE**

Req. n°24767/94

Arrêt du 29 juillet 1998 (Grande chambre) : violation de l'article 6 § 1 (18 voix c. 3 ; accès à un tribunal, Cour de Cassation ; cf. aff. Poitrimol) ;  
Rapport du 6 mars 1997 : violation de l'article 6 § 1 (23 v. c. 8)

**15) GUERIN c/FRANCE**

Req. n°25201/94

Arrêt du 29 juillet 1998 (Grande chambre) : violation de l'article 6 § 1 (20 voix c. 1 ; accès à un tribunal, Cour de Cassation ; cf. aff. Poitrimol) ;  
Rapport du 11 avril 1997 : violation de l'article 6 § 1 (29 voix c. 1)

**16) LE CALVEZ c/FRANCE**

Req. n°25554/94

Arrêt du 29 juillet 1998 : applicabilité et violation de l'article 6 § 1 (8 voix c. 1 ; durée de la procédure, fonctionnaire territorial en Nouvelle-Calédonie)  
Rapport du 26 février 1997 : violation de l'article 6 § 1 (unanimité)

**17) SOUMARE c/FRANCE**

Req. n°23824/94

Arrêt du 24 août 1998 : violation de l'article 5 § 4 (8 voix c. 1 ; contrôle judiciaire de la détention, contrainte par corps en vertu du Code des douanes)  
Rapport du 14 janvier 1997 : violation de l'article 5 § 4 (25 voix c. 4)

**18) LAMBERT c/FRANCE**

Req. n°23618/94

Arrêt du 24 août 1998 : violation de l'article 8 (unanimité ; écoutes téléphoniques d'un tiers)  
Rapport du 1er juillet 1997 : violation de l'article 8 (20 voix c. 12)

**19) COUEZ c/FRANCE**

Req. n°24271/94

Arrêt du 24 août 1998 : applicabilité et violation de l'article 6 § 1 (7 voix c. 2 ; durée de la procédure, fonctionnaire de police)  
Rapport du 21 mai 1997 : violation de l'article 6 § 1 (unanimité)

**20) BENKESSIOUER c/FRANCE**

Req. n°26106/95

Arrêt du 24 août 1998 : applicabilité et violation de l'article 6 § 1 (7 voix c. 2 ; durée de la procédure, fonctionnaire de La Poste)  
Rapport du 28 mai 1997 : violation de l'article 6 § 1 (unanimité)

**21) GUILLEMIN c/FRANCE (article 50)**

Req. n°19632/92

Arrêt du 2 septembre 1998 : 60 000 FF pour dommage matériel et 30 000 FF pour honoraires d'avocat (unanimité)  
Rapport du 18 octobre 1995 : violation de l'article 6 § 1 et de l'article 1 du Protocole I (unanimité)

**22) B.B. c/FRANCE**

Req. n°30930/96

Arrêt du 9 septembre 1998 : radiation du rôle (article 49 § 2 du règlement A de la Cour ; unanimité) ; engagement du gouvernement de ne pas procéder à l'éloignement d'un malade du SIDA vers l'ex-Zaïre  
Rapport du 9 mars 1998 : violation de l'article 3 et aucune question distincte sous l'angle de l'article 8 (29 voix c. 2)

**23) LEHIDEUX et ISORNI c/FRANCE**

Req. n°24662/94

Arrêt du 23 septembre 1998 (Grande chambre) : violation de l'article 10 (15 voix c. 6 ; condamnation pénale pour apologie de crimes ou délits de collaboration) ; article 50 (100 000 FF pour frais et dépens ; unanimité) ;  
Rapport du 8 avril 1997 : violation de l'article 10 (23 voix c. 8)

**24) MALIGE c/FRANCE**

Req. n°27812/95

Arrêt du 23 septembre 1998 : applicabilité et non-violation de l'article 6 § 1 (unanimité ; permis de conduire à points)  
Rapport du 29 mai 1997 : non-violation de l'article de l'article 6 § 1 (18 voix c. 10 ; droit d'accès à un tribunal)

25) **I.A. c/FRANCE**

Req. n°28213/95

Arrêt du 23 septembre 1998 : violation de l'article 5 § 3 (unanimité ; durée de la détention provisoire, plus de 5 ans) et non-violation de l'article 6 § 1 (unanimité ; durée de la procédure)

Rapport du 10 septembre 1997 : violation de l'article 5 § 3 et non-violation de l'article 6 § 1 (unanimité)

26) **AIT-MOUHOUB c/FRANCE**

Req. n°22924/93

Arrêt du 28 octobre 1998 : article 6 § 1 applicable (plainte avec constitution de partie civile) et violé (unanimité ; accès à un tribunal : montant de la consignation excessive)

Rapport du 9 septembre 1997 : violation de l'article 6 § 1 (22 voix c. 8)

27) **F.E. c/FRANCE**

Req. n°38212/97

Arrêt du 30 octobre 1998 : violation de l'article 6 § 1 (droit d'accès à un tribunal : 7 voix c. 2 ; durée de la procédure : 8 voix c. 1) ; article 50 (1 000 000 FF, unanimité) - contentieux du sang contaminé (SIDA), cf. aff. Bellet du 4.12.95

Rapport du 22 avril 1998 : violation de l'article 6 § 1 (unanimité pour les deux griefs)

## *Ouverture*

par M. Jérôme FROMAGEAU, représentant M. le Doyen de la Faculté Jean Monnet à Sceaux)

Au nom de J.P. Faugère, je voudrais vous souhaiter la bienvenue et dire combien notre institution est tout à fait honorée d'accueillir les personnalités invitées par le Professeur Tavernier pour vous entretenir d'un sujet extrêmement important.

Je dois souligner le fait, qu'à ma connaissance, cette rencontre, annuelle, est unique en France et la seule organisée sur la Cour européenne et la jurisprudence française. Le CREDHO fait aussi une synthèse des arrêts rendus par la Cour durant l'année.

Au-delà des questions techniques et scientifiques qui malheureusement m'échappent personnellement, et mes spécialités de recherche faisant que je n'ai pas l'occasion de me pencher vraiment sur ces problèmes, bien qu'en tant qu'historien du droit je ne néglige pas du tout la question des droits de l'Homme, je voudrais dire quelques mots sur ce qui caractérise un volet de la recherche scientifique à la Faculté Jean Monnet.

Depuis quelques années, elle s'est considérablement étoffée, en particulier grâce aux séminaires et journées d'études que nous organisons, ce qui explique qu'en fin d'année, il y a parfois un télescopage spectaculaire. Pour vous donner une idée, nous avons en ce moment des journées d'études sur la genèse du droit de l'environnement, un colloque que le CREDHO a également organisé la semaine dernière sur les libertés académiques, un colloque qui a lieu aujourd'hui aussi à Paris sur les problèmes juridiques liées à l'utilisation et au développement de procédés hautement technologiques et donc cette Session sur le thème de la Cour européenne des droits de l'Homme. Ces exemples montrent bien la diversité de la recherche et l'intérêt qu'y portent notre Doyen et notre nouveau Président d'Université (élu tout récemment et qui a rappelé à quel point il tenait beaucoup à ce que la recherche scientifique se développe encore plus au sein de l'Université). C'est un bon signe pour le droit puisqu'il faut savoir que les scientifiques, par tradition, ont tendance à penser que, nous, les juristes, nous sommes incapables de faire de la recherche et, précisément, la Journée d'aujourd'hui démontre tout à fait le contraire.

Je souhaite aussi la bienvenue aux étudiants en dehors de ceux qui sont de Sceaux et que l'on reconnaît, en nombre important, ceux qui viennent de l'extérieur, à savoir les étudiants de Rouen, de Versailles-St Quentin, etc. Nous sommes heureux de les recevoir dans les nouveaux locaux de la Faculté qui nous permettent de faire en sorte que nos rencontres aient un caractère plus prestigieux !

Excellents travaux à tous et encore merci d'être venus autour du Professeur Paul Tavernier et de ses collègues spécialistes des droits de l'Homme.

par M. Paul TAVERNIER, directeur du CREDHO

J'aurais une précision à ajouter. Vous êtes trop modeste. Vous dites que vous ne connaissez pas grand chose aux droits de l'Homme, mais je vois un point de rencontre avec vos centres d'intérêts, c'est que vous êtes un spécialiste incontesté du droit de l'environnement et que l'un des grands problèmes actuels devant la Cour européenne est de savoir s'il y a un droit à l'environnement.

Si vous le permettez, j'ajouterai aussi que cette réunion est organisée par le CREDHO-Paris Sud, en liaison avec le CREDHO-Rouen dont Mme Laurence Burgogue-Larsen est le nouveau directeur.

Je voudrais enfin ne pas oublier de souligner que j'adresse des remerciements à tous ceux qui nous ont facilité la tâche, notamment à l'Ecole doctorale et à son directeur, Jean-Guilhem Bertrand qui a contribué à cette organisation, à la fois d'un point de vue scientifique et d'un point de vue financier. Je remercie également Mme Teitgen-Colly, directrice de l'Institut d'études de droit public (IEDP) qui regroupe le CREDHO, le CRIDHOM (Centre de recherche international sur les droits de l'Homme) et le Centre de recherche de droit constitutionnel (CRDC) et qui m'a aidé sur le plan financier.

Le principe de ces réunions périodiques est d'étudier la jurisprudence française à Strasbourg. Cette année, il y a eu un cru important quantitativement : 27 arrêts rendus contre la France. On pourra peut-être discuter de la signification d'un tel afflux de requêtes, mais il y a toujours chaque année un lot relativement important d'affaires.

Ces rencontres sont organisées autour d'une personnalité, soit strasbourgeoise, soit nationale, qui assure la présidence de la Session. L'année dernière, c'était Jean-Paul Costa, Conseiller d'Etat, qui est devenu depuis juge à la Cour européenne. Je voudrais rappeler que la première Session s'était tenue à Rouen sous la présidence du bâtonnier Pettiti qui a toujours soutenu les efforts du CREDHO, et m'avait encouragé à le créer. Il vient de nous quitter, avant même que les Mélanges préparés en son honneur aient pu lui être remis. Je voudrais qu'en guise de reconnaissance nous lui dédions ce colloque, en raison du rôle éminent qu'il a joué à Strasbourg.

M. Paul Mahoney est le greffier-adjoint de la nouvelle Cour européenne des droits de l'Homme mise en place le 1er novembre dernier. Il l'était déjà sous l'ancienne Cour, c'est dire qu'il a toutes les qualités et compétences pour nous parler des problèmes qu'il va évoquer, notamment les problèmes de transition de l'ancienne à la nouvelle Cour et il pourra nous apporter beaucoup d'information au cours de nos débats. Il a par ailleurs exercé d'importantes fonctions au Conseil de l'Europe et a également mené une carrière universitaire. Je suis donc très heureux qu'il ait accepté cette présidence. Nous avons déjà eu à Rouen une réunion présidée par M. Petzold, greffier de l'ancienne Cour, qui est également venu à Sceaux pour une conférence. Je constate avec plaisir que la francophonie est très largement défendue au Conseil de l'Europe par nos amis étrangers : allemands, britanniques ou italiens. Tout le monde sait ce que la langue de Voltaire et de René Cassin doit à l'action de Michele de Salvia, greffier de la nouvelle Cour.



## *La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme dans le prolongement de la Déclaration universelle des droits de l'Homme*

par

**Paul TAVERNIER**  
Directeur du CREDHO

Je me suis attribué dans le programme, avec présomption peut-être, la tâche d'ouvrir la discussion avant de donner la parole à M. Mahoney et j'espère qu'il n'en sera pas choqué, parce que je voulais souligner le lien entre nos réunions consacrées à la Convention européenne des droits de l'Homme et à la jurisprudence française à Strasbourg, et la Déclaration universelle des droits de l'Homme.

Nous venons de commémorer le 50ème anniversaire de cette Déclaration, adoptée le 10 décembre 1948. Parler de la relation qui s'est établie avec la Convention européenne des droits de l'Homme, mais aussi avec la jurisprudence de la Cour pourrait à première vue paraître artificiel. Mais si l'on regarde les choses d'un peu plus près, il y a une réelle question et ce n'est pas pure circonstance et sacrifier à une sorte de rite quasi religieux que d'essayer d'y répondre. En effet on peut constater que la jurisprudence de Strasbourg doit être située, et se situe effectivement, dans le prolongement de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, aussi bien si l'on jette un regard rétrospectif sur l'oeuvre déjà considérable accomplie par l'ancienne Cour (il y a eu au moins 800 arrêts rendus de 1960 à 1998), et si on se tourne vers les perspectives qui attendent la nouvelle Cour, et surtout si l'on considère les tâches auxquelles celle-ci sera confrontée alors même qu'elle vient tout juste d'entrer en fonction.

Je voudrais présenter quelques brèves remarques sur ce thème et je suivrai un raisonnement en trois temps (je m'écarte ainsi des canons de la Faculté de droit, mais c'est parfois utile de le faire...). Je développerai quelques idées en montrant que finalement la jurisprudence de la Cour de Strasbourg se situe largement dans le prolongement de l'esprit de la Déclaration universelle (premier temps du raisonnement), mais la jurisprudence est assez pauvre en références expresses à ce texte (deuxième temps) et enfin, j'essaierai de voir si la nouvelle Cour ne devrait pas utiliser davantage les possibilités que lui offre la Déclaration universelle des droits de l'Homme (troisième temps).

1 • La jurisprudence de la Cour de Strasbourg se situe dans le prolongement de l'esprit même de la Déclaration universelle.

La Convention de Rome mentionne la Déclaration universelle dès le premier alinéa de son Préambule. Elle s'y réfère encore dans le deuxième, mais surtout dans le dernier alinéa, qui prévoit que les signataires sont résolus " en tant que gouvernements d'Etats européens animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit, à prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective des droits énoncés dans la Déclaration universelle ". La Cour étant chargée de l'interprétation et de l'application de la Convention selon l'article 45 de l'ancienne Convention et de l'article 32 de la nouvelle, il y a un lien textuel et matériel, entre la Cour et la Déclaration universelle. Mais il s'est établi aussi des liens personnels en quelque sorte entre la haute juridiction et la Déclaration universelle.

On peut en effet rappeler que deux éminents juristes français ont joué un rôle de premier plan dans l'élaboration des textes de 1948 et 1950 et ont siégé à Strasbourg : Pierre-Henri Teitgen qui fut très actif dans les discussions ayant conduit à l'élaboration de la Convention européenne et René Cassin, qui est bien connu pour être l'un des pères de la Déclaration universelle et qui a été aussi le premier Président de la Cour de Strasbourg, bien qu'au départ il n'ait pas été très favorable à une Convention européenne des droits de l'Homme. Il a accepté néanmoins de siéger comme juge et comme Président, mais il a menacé de démissionner si la France ne ratifiait pas la Convention, puisqu'à l'époque le gouvernement de Paris n'avait pas encore effectué cette formalité. C'est dire qu'on retrouve une inspiration commune, une même philosophie dans la Déclaration universelle et dans la jurisprudence de Strasbourg et à cet égard le bâtonnier Pettiti l'a fortement soulignée dans une contribution au commentaire collectif sur la Convention européenne des droits de l'Homme qu'il a dirigé avec Pierre-Henri Imbert et Emmanuel Decaux. Il indique très justement que la Cour est appelée " à se rattacher une certaine source d'inspiration pour interpréter la Convention. On peut penser que celle-ci à l'origine reposait sur une philosophie humaniste quasi "personnaliste", semblable à celle de Jacques Maritain qui avait inspiré pour partie la Déclaration universelle. Cette philosophie était également proche de celle de P.H. Teitgen, dont le rôle a été prépondérant au cours des travaux de la Convention ". L.E. Pettiti ajoutait des précisions intéressantes concernant la notion de dignité. En effet, cette notion ne figure pas directement dans la Convention européenne des droits de l'Homme, alors qu'elle est présente dès les premières dispositions de la Déclaration universelle, à l'instigation

d'ailleurs de René Cassin. Mais L.E. Pettiti précisait que cette notion est devenue pourtant un des principaux motifs de détermination des violations des articles 3, 5 et 8 et par conséquent il notait une similitude d'inspiration de la Déclaration universelle et de la Convention. On peut noter d'ailleurs que dans les travaux préparatoires, les projets initiaux de la Convention européenne reprenaient pour chaque article une référence à la Déclaration universelle et c'est par la suite que cette référence expresse a été supprimée. On considérerait que c'était un texte qui se situait justement dans le prolongement de la Déclaration universelle et qu'il était inutile de le rappeler chaque fois.

Un autre exemple de la convergence d'inspiration des deux instruments peut être trouvé à propos d'une notion qui a fait fortune dans la jurisprudence de la Cour et qui constitue un progrès, me semble-t-il, important, c'est la notion d'effet horizontal de la Convention, ou effet potentiel à l'égard des individus, et cette notion, plusieurs auteurs l'ont fait remarquer, notamment Marc-André Eissen, repose finalement sur une interprétation de l'article 29 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme. Cet article 29 insiste en effet sur les devoirs des individus envers la communauté ce qui implique des obligations entre individus et pas seulement à l'égard de l'Etat. Je ne peux malheureusement développer davantage ce point. La jurisprudence de Strasbourg a eu des prolongements considérables dans le domaine du droit syndical (par exemple en matière de monopole syndical ou 'closed shop'), et dans le domaine du droit des étrangers, et elle est arrivée à des solutions assez audacieuses prenant en compte, lorsqu'il s'agit de l'éloignement ou de l'expulsion des étrangers, et des conditions de leur existence dans le pays étranger, et même des tortures qui peuvent leur être infligées non par les autorités de l'Etat, mais par des individus (je fais allusion à l'affaire H.L.R.). Ces développements intéressants reposent sur cette communauté d'esprit entre la Déclaration universelle et la Convention européenne. Mais si l'inspiration de la Déclaration universelle constitue ainsi un élément d'enrichissement, malheureusement, à certains égards, la jurisprudence de la Cour européenne est assez pauvre en références expresses.

## 2 • La jurisprudence est assez pauvre en références expresses à la Déclaration universelle

Il serait intéressant de faire un relevé exhaustif des références à la Déclaration dans la jurisprudence de Strasbourg. Je n'ai pas pu faire ce travail, mais il pourrait être facilité maintenant que la jurisprudence de Strasbourg se trouve entièrement sur internet. On doit pouvoir avec les moyens techniques modernes relever de manière plus systématique et plus complète les références qu'avec les méthodes artisanales ou semi artisanales que j'utilise. J'ai eu du mal à avoir une idée très précise, mais il me semble, sous toutes les réserves indiquées, que l'on peut admettre que la fréquence des références à la Déclaration universelle est quantitativement limitée, de l'ordre d'une dizaine seulement sur l'ensemble des arrêts. J'ai déjà fait allusion à quelques affaires, notamment l'affaire Young, James et Webster du 13 août 1981, à propos de l'aspect négatif de la liberté d'association mentionné expressément à l'article 20, paragraphe 2 de la DUDH, et omis dans l'article 11 de la Convention européenne. Mais la Cour a interprété finalement la Convention européenne à la lumière de la Déclaration universelle. On pourrait citer aussi l'affaire Johnson du 18 décembre 1986, où la Cour a interprété l'article 12 de la Convention européenne à la lumière de l'article 16 de la DUDH.

Par contre, dans l'affaire Glasenapp du 28 août 1986, la Cour, à propos d'une question concernant l'accès à la fonction publique, a noté que cet accès n'était pas protégé par la Convention et que l'article 10 ne s'appliquait pas en l'espèce. La Cour s'est appuyée sur le fait que la Déclaration universelle mentionnait expressément ce problème de l'accès à la fonction publique à l'article 21, paragraphe 2. Cette question est encore d'actualité d'ailleurs sous l'aspect de l'égalité des sexes et on en parle beaucoup en France. La Cour a considéré que si on avait omis cette disposition dans la Convention européenne, c'était donc pour des raisons précises, mais qu'il n'y avait pas aux termes de la Convention un droit d'accès à la fonction publique. Par contre, un des juges, a regretté cette position (voir l'opinion partiellement dissidente du Juge Spielmann).

Dans l'affaire Irlande c/R.U. du 18 janvier 1978, certains juges, comme les Juges Zekia et Evrigenis, se sont référés à l'article 5 de la DUDH pour critiquer l'interprétation restrictive donnée par la Cour sur la notion de torture.

Toutefois, on constate que dans certaines affaires, la DUDH est utilisée de façon ambiguë. En effet, non seulement les références sont peu fréquentes, mais lorsqu'il y a une référence expresse, l'utilisation n'est pas toujours entièrement satisfaisante. Je mentionnerai, sans la développer, car elle est bien connue, l'affaire Jersild qui a donné lieu à un arrêt controversé du 23 septembre 1994. La Cour cite dans la partie " en fait " la DUDH parmi les instruments disponibles, notamment les articles 1, 2 et 7. Mais, en revanche, dans la partie " en droit ", cette référence est utilisée plutôt de manière restrictive, me semble-t-il, pour aboutir à une interprétation stricte, voire abusivement limitée, de la Convention des Nations Unies de 1965 en établissant un équilibre entre les interdictions de la Convention de 1965 et la liberté d'expression reconnue dans la CEDH. Il y a donc des points qui pourraient donner lieu à discussion.

Mais si on envisage l'avenir en laissant de côté le passé, même s'il s'agit d'un passé proche, et si l'on fait un peu de prospective, on pourrait souhaiter que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme utilise davantage les possibilités que lui offre la Déclaration universelle des droits de l'Homme et ce pourrait être une nouvelle tâche pour la nouvelle Cour.

3 • On pourrait souhaiter que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme utilise davantage les possibilités que lui offre la DUDH

En effet, plusieurs éléments peuvent être pris en compte. Je vais les présenter un peu en désordre car je n'ai pas le temps de les organiser et de les développer. La nouvelle Cour pourrait éventuellement utiliser la DUDH de manière plus étendue par rapport à l'ancienne Cour, pour les raisons suivantes.

La Déclaration universelle est un instrument d'autant plus nécessaire que le nombre des Etats parties à la Convention européenne a augmenté. Il y a actuellement 40 Etats au Conseil de l'Europe, bientôt 41 avec Monaco. On peut envisager dans un avenir proche au moins une cinquantaine d'Etats. Les nouveaux Etats démocratiques de l'Europe, qu'on appelle aussi les PECO, ont besoin de références solides. Ils peuvent les trouver dans la DUDH qui est un texte plus général, plus compréhensif que la Convention européenne qui reste limitée. En effet elle ne protège que certains droits, bien qu'elle ait été complétée par des protocoles.

La Déclaration universelle contient des principes auxquels on peut remonter pour irriguer toute l'interprétation et l'application de la Convention européenne. Celle-ci comporte des dispositions plus techniques et parfois un peu sèches. Les principes de l'Etat de droit, de la démocratie et du respect des droits de l'Homme se retrouvent largement dans la Déclaration universelle et je pense que ce pourrait être un élément utile pour le développement de la prochaine jurisprudence de la nouvelle Cour.

En effet, la Déclaration universelle est plus compréhensive. Elle comporte non seulement l'énoncé des droits civils et politiques, mais aussi l'énoncé de droits économiques, sociaux et culturels. Nous avons vu qu'elle insistait aussi sur les devoirs de l'individu. Il y a donc dans la Déclaration universelle beaucoup de potentialités qui n'ont pas encore été exploitées entièrement. Cela apparaît d'autant plus nécessaire au moment où le Conseil de l'Europe s'élargit et alors qu'il y a un risque de repliement de la part de certains Etats, notamment des Etats de l'Union européenne. L'Union a mis en place un système de protection très élaboré et qui, à certains égards, complète de manière très heureuse celui de Strasbourg, mais on assiste malheureusement à une concurrence qui commence à se manifester entre Luxembourg et Strasbourg, ce qui me paraît tout à fait regrettable.

Dans cette perspective, la référence à la DUDH pourrait être un élément de réaffirmation de l'universalité des droits de l'Homme, à commencer par l'Europe, alors que l'universalité du texte de 1948 est remise en cause de par le monde. Les attaques provenant de toutes parts, et de différentes philosophies (théories confessionnalistes, relativisme culturel) sapent les fondements mêmes de l'universalité. Je ne suis pas hostile à la reconnaissance d'un certain relativisme, modéré, mais ce que je condamne c'est l'extrémisme, prétexte à toutes les violations. Dans cette perspective, la DUDH me paraît donc un repère tout à fait capital et devrait être plus largement citée dans la jurisprudence de la Cour.

Je rejoins les remarques du Secrétaire général des Nations Unies qui a noté à plusieurs reprises qu'une torture infligée à un homme qu'il soit noir, blanc ou jaune est toujours une torture. Les textes régionaux, européens, doivent être interprétés à la lumière des textes les plus larges et notamment de la Déclaration universelle.

On dit souvent que la DUDH est un texte situé historiquement. C'est parfaitement vrai, mais les juristes sont habitués à utiliser une interprétation évolutive, et la Cour également. Il faut donc se placer à l'heure actuelle et on peut penser que la Déclaration offre encore des ressources intéressantes, par exemple dans le domaine de la bioéthique, domaine très préoccupant et sur lequel les juristes ont beaucoup travaillé, y compris le Conseil de l'Europe. On pourrait puiser dans la Déclaration universelle des éléments utiles, par exemple la notion de dignité humaine.



***Introduction.***  
***D'une Cour à l'autre***

par

Paul MAHONEY

Greffier-adjoint de la Cour européenne des droits de l'Homme

Le Protocole n° 11 à la Convention européenne des Droits de l'Homme, qui prévoit le remplacement de la Commission européenne des Droits de l'Homme et de l'ancienne Cour européenne des Droits de l'Homme – deux institutions qui siégeaient à temps partiel – par une Cour unique et permanente à compter du 1<sup>er</sup> novembre de cette année, ne modifie en rien la portée de la Convention sur les systèmes juridiques internes. A cet égard, la nouvelle Cour unique, comme les deux organes qui l'ont précédée, n'a pas le pouvoir d'abroger les lois nationales, d'annuler des décisions administratives ou de casser des arrêts internes jugés contraires à la Convention.

Le Protocole n° 11 a pour effet de rationaliser et rendre entièrement judiciaire le système de protection des droits de l'Homme en vigueur à Strasbourg. En particulier, la reconnaissance du droit de recours individuel ne sera plus facultative pour les Etats contractants. La phase de recevabilité deviendra publique et judiciaire. Le travail important et la jurisprudence accomplis par la Commission au sujet de la recevabilité sont toujours restés quelque peu dans l'ombre en raison du caractère confidentiel de la procédure devant cette institution. Cet aspect important de notre système se trouvera donc désormais sur le même plan que le stade final de la procédure pour ce qui est de la publicité et de l'autorité de la décision prise.

Quarante juges siègent dans la nouvelle Cour : dix anciens membres de la Commission européenne des Droits de l'Homme, dix juges de l'ancienne Cour et vingt nouveaux juges, y compris le juge russe qui doit être élu en janvier prochain. Avec quarante juges siégeant à plein temps et une charge annuelle de travail prévisible de quelque 14 000 plaintes, 8 000 requêtes enregistrées, aboutissant au prononcé de 500 arrêts, la nouvelle Cour européenne des Droits de l'Homme sera la plus grande Cour internationale en activité dans le monde. Elle acquiert ainsi une plus grande notoriété et, pour cette simple raison, devrait avoir un plus grand impact sur les systèmes juridiques nationaux qu'aucune des deux institutions qui l'ont précédée.

La nouvelle Cour a adopté son règlement, qui n'instaure pas une procédure entièrement nouvelle mais combine pour l'essentiel la pratique suivie jusqu'alors par la Commission et l'ancienne Cour. Quelques points de procédure restent toutefois en suspens.

Par exemple, la fréquence des audiences n'est pas encore clairement définie. En principe, le règlement permet aux requérants individuels de bénéficier d'une audience au stade de l'examen du bien-fondé, pour les requêtes déclarées recevables s'entend. La Cour conserve cependant le pouvoir de revenir sur cette possibilité et, "à titre exceptionnel", de ne pas tenir d'audience lorsqu'elle considère que cela n'est pas indispensable. Dans la pratique, la Cour pourra-t-elle se limiter à n'exercer ce pouvoir que dans quelques cas "exceptionnels" ? Il suffit de penser aux centaines d'affaires italiennes de durée de procédure déclarées chaque année recevables pour se demander si, sans être exceptionnelles, elles justifient réellement qu'on leur consacre une audience publique, avec l'investissement en temps et en argent que cela représente.

Le règlement n'indique pas non plus explicitement le rôle que doit jouer la Cour dans les négociations en vue de parvenir à un règlement amiable. Comme vous le savez, dans l'ancien système, la Commission avait coutume d'informer les parties de son avis provisoire afin de faciliter la conclusion d'un tel règlement. La Cour sera-t-elle prête à continuer à procéder ainsi, sachant qu'il est inhabituel qu'un organe judiciaire révèle la teneur de ses délibérations avant de rendre sa décision ?

Comme par le passé, les langues officielles de la Cour sont le français et l'anglais. Les requérants se verront donc communiquer les décisions et arrêts de la Cour dans l'une ou l'autre de ces deux langues, et parfois dans les deux pour les décisions et arrêts devant paraître dans le recueil officiel. Comme auparavant, ils ne recevront pas les décisions ou arrêts dans la langue du pays défendeur si cette langue n'est ni le français ni l'anglais. Pour votre pays et le mien, cela n'a pas d'importance ; nous sommes privilégiés. Mais dans la plupart des cas, le requérant (et peut-être même son avocat) ne sera pas en mesure de comprendre la décision ou l'arrêt rendu dans son affaire. Il s'agit bien entendu avant tout d'un problème financier plutôt que d'une question de procédure judiciaire. Essayez d'imaginer, avec 40 pays contractants s'étendant de l'Atlantique à l'Oural, pour reprendre les termes du général de Gaulle, les sommes qu'il faudrait dépenser

en traductions. La décision à prendre est de nature politique ; elle relève des gouvernements, dans la mesure où ce sont eux qui alimentent le budget de la Cour.

En ce qui concerne l'organisation du travail, le principal problème provient des dispositions transitoires du Protocole n° 11, qui exige que chacune des affaires héritées de l'ancienne Cour – une cinquantaine – soit traitée non par une chambre ordinaire de sept juges, mais par la Grande Chambre, composée de dix-sept juges et de trois juges suppléants. En vertu du règlement, les dix juges issus de la Commission ne peuvent siéger à la Grande Chambre dans les affaires dont ils avaient eu à connaître à la Commission, que ce soit au stade de la recevabilité ou du bien-fondé. En conséquence, pendant cette période délicate de démarrage, l'emploi du temps des autres juges est lourdement grevé par ces cinquante affaires passant devant la Grande Chambre – ce qui est une procédure longue –, au détriment des autres tâches de la Cour. Il faudra donc un certain temps avant qu'ils puissent s'attaquer sérieusement aux quelque 7 000 requêtes héritées de la Commission.

Indépendamment des considérations précédentes, liées à l'entrée en vigueur du Protocole n° 11, d'autres facteurs, de nature historique car tenant à l'époque dans laquelle nous vivons, sont potentiellement source de problèmes et infléchiront l'influence que la nouvelle Cour aura sur les environnements nationaux qui l'entourent.

Pendant la période où il s'est formé, les pays participant au système de la Convention de "mise en œuvre collective" étaient des pays d'Europe de l'Ouest dotés d'institutions démocratiques anciennes et fonctionnant dans l'ensemble correctement : parlements et conseils municipaux issus d'élections libres, institutions gouvernementales respectant l'Etat de droit, tribunaux indépendants, presse libre, etc. La Commission et la Cour de Strasbourg jouaient un rôle important mais principalement résiduel de contrôle du respect des droits de l'Homme dans des démocraties saines et vivantes. Jusqu'à une période récente, étaient déferées à la Cour des affaires très semblables à celles portées devant les juridictions des systèmes juridiques nationaux, où les droits civils et politiques fondamentaux jouissent d'une protection judiciaire en vertu d'une constitution écrite. Une étude de la jurisprudence de la Convention montre, comme l'a dit Rolv Ryssdal, l'ancien président de la Cour récemment disparu, que "les gens font appel aux institutions de Strasbourg pour faire redresser leurs griefs dans des situations très ordinaires fort éloignées des préoccupations qui ont motivé les rédacteurs de la Convention, à savoir empêcher le retour de la dictature totalitaire et du génocide" et que la Convention est appliquée à "des questions relativement mineures et parfois très techniques".<sup>1</sup>

Cette évolution n'a rien de surprenant. On peut dire de la Convention qu'elle offre deux niveaux de protection : en premier lieu contre les abus de pouvoir commis par l'Etat et, en deuxième lieu, contre les restrictions appliquées en toute bonne foi à la liberté mais allant au-delà de ce qui est "nécessaire dans une société démocratique", pour reprendre la terminologie des articles 8 et 11 de la Convention. C'est ce deuxième objectif – empêcher que des individus ou des groupes ne pâtissent des excès de la règle de la majorité dans des démocraties saines – que le système de la Convention a surtout servi dans les pays d'Europe de l'Ouest au cours de ses quelque quarante premières années d'existence.

A partir de 1989, avec la chute du mur de Berlin, cette coloration à dominante occidentale a commencé à s'estomper. De nouveaux pays ont adhéré au Conseil de l'Europe, parmi lesquels, en dernier lieu, la Croatie, la Russie, l'Ukraine, la Roumanie, l'Albanie et le Moldova. En devenant membres, les Etats s'engagent à ratifier la Convention et donc à se soumettre au contrôle des institutions de Strasbourg dans un délai de transition d'un ou deux ans. Les premiers pays de l'ancien bloc soviétique à être devenus membres du Conseil de l'Europe participent déjà pleinement au système de la Convention. La Pologne est maintenant au troisième rang pour ce qui est du nombre de requêtes enregistrées, juste derrière l'Italie et la Turquie et devant la France, le Royaume-Uni et l'Allemagne.

A l'évidence, pour les pays de l'ex-URSS, la Convention et le mécanisme de contrôle mis en place à Strasbourg constituent un outil précieux pour consolider, voire accélérer, le processus de démocratisation. En revanche, l'arrivée de ces pays, dont certains ont des traditions démocratiques toutes récentes, n'est pas sans poser de sérieux défis au système de défense des droits de l'Homme de Strasbourg. Les normes de la Convention vont-elles se diluer, non pas seulement pour s'adapter aux problèmes des démocraties émergentes mais aussi, de manière générale, dans l'ensemble des pays ayant ratifié la Convention ? Les principes durement élaborés au cours des années, qu'exprime la jurisprudence de la Commission et de l'ancienne Cour, seront-ils abandonnés en route ? Y aura-t-il un nivellement par le bas de certaines des garanties énoncées dans la Convention afin de tenir compte de la réalité sociale et des valeurs des nouveaux pays membres ? L'équilibre délicat établi entre l'interventionnisme et le respect de la subsidiarité sera-t-il maintenu ou bien modifié ? Les arrêts constatant une violation de la Convention seront-ils exécutés de manière correcte et effective par l'Etat défendeur ? Telles sont les questions qui se poseront avec le plus d'acuité à l'avenir, tant à la Cour unique qu'au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, qui reste chargé de veiller à la bonne exécution des arrêts.

---

<sup>1</sup> Traduction libre d'un passage de l'ouvrage de Rolv Ryssdal, "The Coming Age of the European Convention of Human Rights", *European Human Rights Law Review*, 1996, pp. 18-29.

La plupart des rapports de la Commission et arrêts de l'ancienne Cour parus au cours des quelque quarante dernières années ont répondu à la question de savoir où se situe le "juste équilibre" entre la liberté individuelle et l'intérêt de la communauté, ou entre les intérêts conflictuels de différents groupes de la société – criminels et victimes, accusés et témoins, syndicats et patrons, propriétaires et locataires, industriels et défenseurs de l'environnement, journaux et particuliers défendant leur vie privée, etc. Ainsi, lorsque la Commission ou la Cour ont conclu à la non-violation, ce constat n'était pas forcément favorable à l'Etat et contraire à la liberté de tous les membres de la société ; dans bien des cas, cela voulait simplement dire que le fait de restreindre la liberté qu'a un individu de se comporter d'une manière portant préjudice à autrui, n'emportait pas violation de la Convention. Jusqu'à présent, la jurisprudence a eu essentiellement trait à ce que j'ai appelé il y a quelques instants le deuxième niveau de la protection des droits de l'Homme, à savoir le contrôle juridictionnel international de l'exercice que les autorités nationales font du pouvoir discrétionnaire dont elles jouissent dans une démocratie.

L'entrée en fonction de la Cour unique coïncide avec l'ouverture d'une troisième phase dans l'histoire de la Convention. De nombreuses requêtes se rapporteront à des pays où la démocratie est moins solidement ancrée que dans les pays ayant adhéré dès l'origine. On ne peut exclure que la Cour unique soit appelée plus fréquemment à assurer le premier niveau de protection pour des requérants alléguant de graves violations des droits de l'Homme. Ces affaires risquent d'avoir des répercussions beaucoup plus politiques – par exemple dans le cas de minorités s'opposant au gouvernement central, dans un climat de terrorisme, de violence et de conflit civil. La jurisprudence existante ne couvrira peut-être pas tous les domaines que la Cour sera amenée à traiter. Celle-ci devra certainement consacrer plus de ressources à l'établissement des faits, comme le montre bien l'expérience récente de la Commission dans des affaires turques qui ont nécessité beaucoup d'efforts sur place, qu'il s'agisse d'interrogatoires de témoins ou de vérifications. Le volume de travail, y compris les plaintes contre les premiers pays membres, continuera de s'accroître. Le rôle de la Commission pour les huit premiers mois de cette année montre une augmentation de 26 % par rapport à la même époque de l'année dernière. L'avenir de la Cour européenne des Droits de l'Homme ne s'annonce pas facile, mais la Convention européenne des Droits de l'Homme a trouvé une nouvelle mission, qui se révélera peut-être cruciale pour ancrer solidement la démocratie dans la nouvelle Europe. Pour conclure, je dirais qu'après avoir revêtu avec succès l'habit d'une Cour quasi constitutionnelle pour l'Europe occidentale, la Cour européenne des Droits de l'Homme doit maintenant devenir un Cour efficace pour l'Europe toute entière.

## **Débat**

### **Paul Tavernier**

Il faudrait profiter de la présence de M. Mahoney pour soulever les questions intéressantes de la nouvelle Cour, et la transition de l'ancienne à la nouvelle. Il se pose, comme vous venez de nous le dire, des problèmes pratiques, mais il y a aussi des problèmes de principe qui surgiront et vous y avez fait allusion en terminant votre exposé.

### **Véronique Legrand** (maîtrise droit public Versailles-St Quentin)

Vous avez évoqué les difficultés de mise en oeuvre des décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme dans les pays de l'Est. Quels sont les moyens d'action de la Cour pour contraindre un Etat à exécuter ses décisions, dans un contexte économique difficile (je pense notamment aux conditions de détention des prisonniers en Russie) ?

### **Paul Mahoney**

Les arrêts de la Cour sont déclaratoires - c'est-à-dire que la Cour dit simplement si les faits sont ou non conformes aux dispositions de la Convention. Elle ne dit jamais à l'Etat ce qu'il faut faire pour éliminer la violation. Par ailleurs, il n'est pas du ressort de la Cour de veiller à la bonne exécution des arrêts. Ces derniers sont communiqués au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe - qui, en théorie, est composé des ministres des Affaires étrangères des pays membres, mais, en pratique, le travail quotidien est accompli par les ambassadeurs. Chaque pays membre du Conseil de l'Europe a un ambassadeur auprès du Conseil de l'Europe, un peu comme aux Nations Unies à New York. Ce sont ces ambassadeurs qui sont chargés de superviser l'exécution des arrêts rendus. La responsabilité première incombe à l'Etat défendeur qui a souvent le choix quant aux mesures à prendre pour éviter la répétition de telles violations. Quelle est la sanction si le Comité considère que l'Etat n'a pas vraiment exécuté l'arrêt ? L'ultime - et en fait la seule - sanction, c'est l'exclusion du Conseil de l'Europe. Encore faut-il expliquer que le système ne fonctionne que grâce à la volonté des Etats de respecter leurs obligations. En 40 ans d'existence de la Cour, on n'a recensé aucun exemple d'Etat ayant refusé d'exécuter l'arrêt. On a par contre connu des exemples d'exécution tardive ou minimale. C'est sans doute l'un des problèmes auxquels nous aurons à faire face à l'avenir. Je suis d'accord avec vous. Si la Cour de Strasbourg devait prononcer un arrêt contre l'Ukraine ou la Russie par exemple concernant les conditions de détention dans les prisons, se poserait la question de savoir si l'Etat défendeur est économiquement en mesure de le mettre à exécution. Beaucoup de gens pensent que la ratification de la Convention par certains pays était un peu prématurée. C'était une décision politique prise par les anciens pays d'exiger des nouveaux adhérents la ratification de la Convention dans un délai d'un ou de deux ans. Le Christ a connu un dilemme similaire. Valait-il mieux accueillir les pécheurs dans le temple ou les en exclure ? Au Conseil de l'Europe, la décision a été prise d'accueillir ces Etats, peut-être prématurément, avec certains inconvénients et même certaines faiblesses, notamment en ce qui concerne l'exécution des arrêts de la Cour. Il faut attendre et voir. C'est un problème très délicat d'équilibre qui va se poser. Il n'y a pas de réponse actuellement.

### **Véronique Legrand**

La non-application des décisions ne risque-t-elle pas de discréditer la Cour ?

### **Paul Mahoney**

Très certainement le système en général, mais pas la Cour. Jusqu'à présent, tous les arrêts, même ceux qui politiquement n'étaient pas bien reçus par certains pays, ont toujours été exécutés. Prenons par exemple l'affaire britannique concernant les trois membres de l'IRA qui ont été tués à Gibraltar. Le gouvernement était franchement furieux, mais il a tout de même respecté l'arrêt et a remboursé les honoraires des avocats des requérants sans contestation. Mais il est vrai que si un jour les arrêts n'étaient pas exécutés, par la Russie ou l'Ukraine, cela pourrait encourager certains autres pays à suivre cet exemple. Mais jusqu'à présent, les gouvernements ont été très stricts quant à l'exécution des arrêts. C'est un des défis que le nouveau système devra relever.

### **Alexis Guedj** (ATER à l'Université de Lille II)

Le discrédit dont vous nous parlez est un peu atténué par le système mis en place depuis l'arrêt Papamichalopoulos c/Grèce qui a indexé l'amende à un taux d'intérêt qui est celui du taux de l'intérêt légal pratiqué dans le pays. La Cour le fait de plus en plus souvent. Dans l'arrêt Lehideux dont on va parler, elle indexe l'amende au taux de 3,5 %....

### **Paul Tavernier**

Le montant des sommes allouées par la Cour est, me semble-t-il, un problème préoccupant. Il peut dans certains cas entraîner une certaine méfiance des Etats. Dans l'affaire Loizidou, par exemple, une importante somme a été allouée à la personne concernée et il pourrait y avoir une cascade de recours similaires aboutissant à Strasbourg. C'est un risque.

Le rôle de la Cour est tout de même de mettre le doigt sur les violations des droits de l'Homme et non de devenir un instrument pour distribuer des indemnités.

**Anca Sandru** (DEA droit public international et européen, Sceaux)

Ma question est technique et concerne les dispositions transitoires. J'aimerais clarifier un problème. Quand une affaire a déjà été traitée par l'ancienne Commission et que celle-ci a saisi la Cour, ce problème va être soumis à la Grande chambre de la Cour. Si la Commission a adopté son rapport sur la requête avant l'entrée en vigueur du Protocole n° 11, elle se situe maintenant dans le délai de trois mois et elle peut donc choisir de saisir le Comité des ministres ou la Cour. Est-ce que le Protocole n° 11 est applicable ?

**Paul Mahoney**

L'article 5 du Protocole n° 11 prévoit la possibilité de saisine de la nouvelle Cour par la Commission, par le requérant si le pays concerné a ratifié le Protocole n° 9, ou par l'Etat défendeur pendant la période transitoire, et plusieurs affaires ont déjà été déferées à la Cour, soit par la Commission, soit par le requérant, soit par le Gouvernement. Dans des affaires où la Commission a adopté son rapport soit avant soit après l'entrée en fonction de la nouvelle Cour, les dispositions de l'ancien système continuent à s'appliquer en ce qui concerne la saisine de la Cour.

Pour les saisines de la Cour après le 1<sup>er</sup> novembre, ce n'est pas forcément la Grande Chambre qui aura compétence pour statuer sur l'affaire. C'est un comité de 5 juges de la Grande Chambre qui décidera de l'examen de l'affaire par une chambre ordinaire de 7 juges ou par la Grande Chambre. Personnellement, je pense que compte tenu de l'engorgement du rôle de la Grande Chambre, il est peu probable que ce comité décide de saisir la Grande Chambre dans un grand nombre de ces affaires.

**Béatrice Boissard** (maître de conférences, Versailles St Quentin)

Avec l'ancienne procédure, lorsque la Commission a déclaré la requête recevable, elle visait certaines dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme. Est-ce que dans la nouvelle procédure il est possible pour le requérant d'invoquer des dispositions qu'il n'avait pas présentées devant la Commission ? Imaginons qu'une requête soit déclarée recevable devant la Commission et que la Commission choisisse de présenter l'affaire devant la Cour. Est-ce que le requérant peut viser d'autres dispositions devant la Cour ?

**Paul Mahoney**

Cela dépend. A mon avis, c'est l'ancienne jurisprudence qui s'applique, ce qui signifie que la compétence de la Cour dépend de la décision de recevabilité de la Commission. Si dans sa décision de recevabilité, la Commission a déclaré un grief irrecevable et s'il s'agit d'un grief distinct lié à des faits distincts, la nouvelle Cour n'a pas de compétence. C'est exactement le même principe qui s'appliquait dans l'ancien système. Bien sûr la nouvelle Cour, comme l'ancienne d'ailleurs, peut juridiquement qualifier les faits comme elle le veut ; ce qui compte, ce sont les faits qui ont été déclarés recevables par la Commission. La Cour reste libre de requalifier ces faits d'une autre manière, mais elle ne peut en aucun cas examiner un grief distinct qui a été déclaré irrecevable par la Commission. C'est seulement le mécanisme de contrôle qui a changé, pas les règles de fond, ni les conditions de recevabilité.

**Laurence Burgorgue-Larsen** (professeur à l'Université de Rouen)

Vous avez mis parfaitement en évidence les nouveaux défis qui attendent la nouvelle Cour européenne du fait de l'entrée des pays de l'Est. Est-ce qu'on ne pourrait pas considérer qu'il y a un autre défi qui consisterait à gérer la concurrence avec la Cour de Justice des Communautés européennes (depuis la signature du traité d'Amsterdam bientôt en vigueur) ? Grâce à ce traité, la Cour de Justice a effectivement, comme vous le savez, de nouvelles compétences, notamment en matière de droits fondamentaux. Il y a donc une nouvelle donne en matière communautaire et certains professeurs ont développé une thèse qui consisterait à dire que les nouveaux défis qui attendent la Cour européenne de Strasbourg (plus le problème de la cohérence et de la lisibilité de ses arrêts), ne pourraient supporter la montée en puissance de la Cour de Justice des Communautés européennes, forte de ses nouvelles compétences en matière de droit fondamentaux. Est-ce que la Cour unique de Strasbourg est consciente de cette éventuelle concurrence de la Cour de Justice des Communautés européennes et, si oui, comment aborde-t-elle la question ?

**Paul Mahoney**

Personnellement, je contesterais votre vocabulaire, puisque pour moi la notion de concurrence n'est pas en jeu. Je suis favorable à l'application par les tribunaux de la Convention européenne des Droits de l'Homme ou de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme. La Cour de Strasbourg n'a pas de monopole. L'idée de concurrence est fautive. On doit encourager la Cour de Luxembourg à intégrer ce souci du respect des dispositions de la Convention européenne des Droits de l'Homme dans le droit communautaire. Il n'y a pas de craintes ni d'inquiétudes à avoir ; c'est plutôt quelque chose à encourager auprès des autres cours européennes comme auprès des tribunaux nationaux.

Ce qui est vrai, c'est qu'il existe une jurisprudence de la Commission selon laquelle les organes de Strasbourg n'ont pas compétence pour examiner la conformité des mesures communautaires à la Convention. Dans ce cas, si on refuse d'examiner ce genre de griefs à Strasbourg, ils seront forcément examinés quelque part et logiquement c'est la Cour de Luxembourg qui s'en chargera. Nous rencontrons régulièrement la Cour de Luxembourg et nous parlons de problèmes d'intérêt commun. Nous essayons d'harmoniser les jurisprudences respectives des deux organes et d'éviter qu'ils aient des approches différentes.

Ce qui importe, c'est de prévenir l'instauration en Europe de systèmes de protection internationaux parallèles ouverts à l'individu. C'est déjà compliqué avec l'obligation d'épuiser les voies de recours internes. Il faut surtout éviter de créer au sein de l'Union européenne une sorte de système parallèle pour la protection des droits de l'Homme ouvert aux citoyens car ce genre de concurrence porterait atteinte à l'efficacité du système de Strasbourg. Mais le fait simplement d'appliquer la Convention, d'avoir ce souci du respect des droits de l'Homme, ne pose pas de problème de concurrence. Personnellement, je serais contre un catalogue communautaire des droits de l'Homme avec un vrai système juridictionnel de protection, mais pas contre l'application de la Convention par la Cour de Luxembourg est tout à fait souhaitable.

### **Paul Tavernier**

Je pense que ce sera un problème très important pour l'avenir de la Cour. Pour l'instant, il n'y a pas de concurrence, mais il est certain qu'on peut avoir des craintes pour le futur. Notre collègue Sudre a écrit un remarquable article, avec lequel je ne suis pas entièrement d'accord. Il envisage une possibilité de concurrence, mais à mon avis, la Cour de Strasbourg a des atouts très forts à faire jouer. Les deux Cours ne devraient pas entrer en concurrence. Si le cas se produit, cela viendra d'une interprétation trop restrictive de la part des Etats de l'Union européenne. C'est ce que j'ai déjà indiqué et c'est en ce sens que j'appelle à une référence plus fréquente à la Déclaration universelle des droits de l'Homme, car cela peut constituer un élément utile et unificateur. Je prendrai un seul exemple pratique. Dans la Convention européenne des droits de l'Homme il n'y a qu'un article se référant non seulement aux droits mais aussi aux devoirs : c'est l'article 10 relatif à la liberté d'expression dont le paragraphe 2 concerne les limitations et se réfère à certaines obligations et donc à certains devoirs. Si on se penche sur le libellé de l'article 10 paragraphe 2 de la Convention et de l'article 29 paragraphe 2 de la DUDH, on s'aperçoit qu'il y a des similitudes frappantes. On pourrait donc développer davantage les références à la DUDH. Finalement ce qui est important, c'est que les droits de l'Homme soient bien respectés. Comme on l'a dit, la Cour de Strasbourg a un rôle essentiellement déclaratoire. On pourrait ajouter aussi que la Cour n'intervient que si les systèmes nationaux sont défectueux. Le principe de subsidiarité qui était appliqué depuis longtemps à Strasbourg, est désormais proclamé formellement dans le système communautaire.

Dans un autre ordre d'idées, certains étudiants ici présents ont entendu récemment une conférence sur la nouvelle Cour pénale internationale, prévue dans le nouveau traité de Rome, pas encore en vigueur, qui prévoit la complémentarité du système international et des systèmes nationaux. Je pense que c'est dans cette voie qu'il faut s'engager. Strasbourg et Luxembourg doivent être complémentaires. Il faut éviter un repli des Etats de l'Union européenne sur leurs systèmes de protection des droits de l'Homme, éviter d'en faire un système isolé de celui de Strasbourg. Il faut au contraire favoriser les ponts et les points de passage, mais M. Mahoney l'a dit, il y a déjà des réunions entre les deux juridictions. Celles-ci sont indispensables. Dans certains cas, on s'aperçoit que la Cour de Luxembourg peut aller plus loin que la Cour de Strasbourg, car les textes ne sont pas les mêmes, en matière de transsexualité, par exemple. Dans le domaine du droit du travail, la Cour de Luxembourg a adopté une position que la Cour de Strasbourg n'aurait peut-être pas pu adopter. Il y a donc des éléments qui favorisent le développement des droits de l'Homme dans le cadre de l'Union européenne, mais qui ne doivent pas entrer en opposition avec le système de Strasbourg, à mon avis. Il faut le rappeler très fermement parce que la nouvelle Cour ne doit absolument pas devenir un système marginalisé.

Malheureusement le Conseil de l'Europe a souvent un complexe d'infériorité par rapport aux Communautés ou à l'Union européenne parce que beaucoup des projets élaborés dans le cadre du Conseil de l'Europe ont été ensuite repris dans le cadre de l'Union européenne qui dispose de moyens différents et souvent plus importants. Il ne faudrait pas que cela se reproduise dans le domaine des droits de l'Homme.

### **Sonia Parayre** (chargée de T.D. à la Faculté Jean Monnet à Sceaux)

Je voudrais rebondir sur ce qu'a dit M. Mahoney relativement à la relation entre la Cour et la Commission, parce que je crois savoir que dans une jurisprudence récente, qui confirme la jurisprudence Cardot, la Cour n'hésite pas à apprécier la décision de la Commission concernant les conditions de la recevabilité, notamment l'épuisement des voies de recours internes. J'aurais aimé avoir votre sentiment sur cette jurisprudence qui remet en cause l'harmonie dont vous parliez précédemment.

### **Paul Mahoney**

En ce qui concerne la compétence de la Cour, dans l'ancien système existait la possibilité de revoir les questions de recevabilité. Cette jurisprudence ancienne date de l'affaire des vagabonds (c/Belgique) (1970). Personnellement je la regrette, mais elle existe. Le principe de base était le suivant : la Cour devait examiner si elle avait compétence - c'était donc une question de juridiction ; et l'épuisement des voies de recours internes constituait pour l'ancienne Cour, comme pour la Commission d'ailleurs, une des conditions de sa compétence. C'est aussi sur cette base-là que la Cour a affirmé sa compétence pour revoir ces questions. Je suis d'accord pour dire que le résultat de l'application de cette compétence de révision des conditions de recevabilité peut en pratique être regrettable. Et cela explique sans doute la réticence de l'ancienne Cour s'agissant de " casser " des décisions de recevabilité prises par la Commission. En effet, si un requérant a exercé un recours au niveau national et a eu gain de cause devant la Commission, et que celle-ci a ensuite examiné le fond de l'affaire puis adopté son rapport, c'est un peu dommage que quatre ou cinq ans plus tard, la Cour dise : ces quatre ou cinq années de procédure étaient inutiles et nous refusons d'examiner le fond de l'affaire.

Mais cet aspect du système va disparaître maintenant. La Cour sera unique. Le stade de la recevabilité devient aussi judiciaire, et la décision est rendue par une Cour siégeant en public. La Convention dit bien sûr que la Cour peut à n'importe quel stade de la procédure déclarer une requête irrecevable. La conséquence en est que la porte reste toujours ouverte pour le gouvernement défendeur. Mais l'économie de la procédure milite en faveur d'une politique très restrictive. Il serait très rare que la Cour accepte de revenir sur une décision de recevabilité. Ce ne serait pas logique. Tout système juridique doit respecter le principe de la certitude. On ne peut pas changer de direction à sa guise. Vous pouvez être confiante : cette petite faiblesse de l'ancien système sera très atténuée dans le nouveau système.

### **Christina Gil** (maîtrise de droit public Versailles-St Quentin)

Je voudrais revenir sur ce que disait M. Mahoney sur la concurrence entre les deux Cours concernant la protection des droits de l'Homme.

Vous êtes contre le catalogue communautaire, pas contre l'application de la Convention européenne des droits de l'Homme par la Cour de Justice des Communautés européennes, mais si elle en fait application dans sa jurisprudence, il y a forcément un catalogue communautaire qui se créera de façon implicite.

### **Paul Mahoney**

Ce que je voulais dire, c'est que je suis contre l'adoption d'un texte. En ce qui concerne le Royaume-Uni, on n'avait pas de constitution écrite, et les tribunaux britanniques n'étaient pas en mesure de contrôler la conformité des mesures administratives avec les normes en matière de droits de l'Homme. Il y avait donc un débat : faut-il adopter une charte nationale des droits de l'Homme, un instrument spécial ayant peut-être le rang constitutionnel, adapté à la réalité britannique, aux réalités actuelles, ou faut-il simplement incorporer la vieille Convention européenne des Droits de l'Homme de 1950 ? Je suis très heureux qu'on ait finalement adopté cette dernière solution. Comme les juges français, les juges britanniques seront appelés à appliquer les mêmes normes écrites et on pourra aller ainsi vers un véritable ordre juridique commun en Europe en matière de droits de l'Homme. Si l'on a les mêmes textes de base et si l'on applique et interprète les mêmes textes, il y aura plus de cohésion ; et c'est pourquoi je préfère que la Cour de Luxembourg continue à trouver les principes généraux dans le domaine des droits de l'Homme dans le texte de la Convention européenne des Droits de l'Homme et dans la jurisprudence de Strasbourg au lieu de se baser sur un texte spécifique rédigé pour les besoins du droit communautaire. Quand je parlais d'un catalogue, je parlais vraiment d'un texte formel dans lequel on redéfinirait les droits de l'Homme pour les besoins spécifiques de l'Union européenne. Cela, je voudrais l'éviter. Il importe qu'on ait dans toutes les juridictions d'Europe, nationales ou supranationales, la même " constitution ".

### **François-Guilhem Bertrand**

Je sens qu'on me donne la parole à regret et on a raison car sur la plupart des questions qui ont été abordées jusqu'à présent, je suis d'une opinion différente, notamment sur le fait que dès lors qu'il s'agit d'un texte unique, une interprétation par plusieurs juridictions serait plus satisfaisante que par une seule.

C'est François Mauriac qui disait : j'aime tellement l'Allemagne je préfère qu'il y en ait deux. Nous, en France, nous aimons tellement le juge, que nous préférons qu'il y ait une dualité juridictionnelle. Mais il faut bien voir que dans certains cas, cette dualité aboutit à des conséquences qui en l'état actuel de notre organisation juridictionnelle sont un peu regrettables, je pense surtout à la Convention sur les droits de l'enfant où nous avons actuellement une jurisprudence divergente de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat. Sur l'effet direct de la Convention, le Conseil d'Etat estime que cela dépend de la disposition en cause et à l'intérieur même de la disposition cela dépend de la rédaction de la disposition. En gros, lorsque l'enfant a le droit de..., c'est l'effet direct et lorsque la Convention énonce que les Etats parties s'engagent ou admettent... cela n'a pas d'effet direct. La Cour de cassation dit beaucoup plus brutalement, mais non, cette Convention n'a pas d'effet direct. En l'état actuel de notre organisation juridictionnelle, le tribunal des

conflits n'est pas compétent pour connaître de ce type d'opposition entre les deux ordres de juridictions et nous sommes là en face de quelque chose qui ne me semble pas très satisfaisant.

Ce que je crains, pour le problème dont nous débattons, c'est que nous ayons un jour ou l'autre entre la Cour de Justice des Communautés européennes et la Cour de Strasbourg le même type d'opposition, le même type de difficultés. Je sais bien qu'on essaiera de les éviter au maximum et que comme le disait le cardinal Lustiger à propos des manifestations sur l'école libre lorsqu'on lui demandait : ne trouvez-vous pas fâcheux que des cortèges de parents des écoles privées et des écoles publiques, se heurtent ? Il répondait : mais non, bien au contraire, tout ceci témoigne de l'intérêt que portent les parents à l'avenir de leurs enfants....

Votre réponse m'y faisait penser M. Mahoney. Il n'y aura jamais assez de juridictions en faveur des droits de l'Homme : c'est une vision optimiste, on peut ne pas la partager.

La transition est facile pour moi avec l'arrêt Reinhardt et Slimane-Kaïd car cet arrêt pose également la question de savoir si nous penchons en faveur de l'harmonie ou de l'uniformité. L'harmonie est la fille de Vénus et de Mars, l'uniformité n'a pas sa place dans le panthéon. Vous aurez compris que je suis en faveur de l'harmonie et que je voudrais que nous éliminions toute uniformité qui, à mon avis, ne fait pas progresser la conception que nous pouvons avoir des droits de l'Homme, qui est forcément différente. Elle est universelle dans ce que l'Homme a d'universel, mais elle est forcément différente et parfois divergente dans son application. Il fait froid en Ukraine, il ne fait pas froid en Grèce, et donc les conditions de détention en Ukraine où personne n'est chauffé ne sont pas les mêmes qu'en Grèce, etc. On pourrait bien sûr multiplier les exemples.

## ***La procédure devant la Cour de cassation***

### **Le rôle de l'avocat général devant la Cour de cassation : affaire Reinhardt et Slimane-Kaïd (31 mars 1998)**

par

François-Guilhem **BERTRAND**  
Professeur à l'Université de Paris-Sud

S'il est vrai que la procédure est la sœur jumelle de la liberté, force est de constater que l'apport de la Cour européenne des droits de l'Homme à l'édification d'une base commune de droit processuel mérite autant de retenir l'attention que ses décisions concernant les droits substantiels.

Les condamnations fondées sur le dépassement du délai raisonnable ne méritent plus guère de commentaires, sinon pour souhaiter que les Etats concernés et la France, on le sait, en fait hélas partie, prennent enfin en compte une donnée essentielle du droit processuel. L'arrêt Reinhardt et Slimane-Kaïd en fournit une nouvelle illustration avec une durée de procédure de huit années pour une affaire de faux en écritures de commerce bien ordinaire.

De même, il est devenu banal de constater que les instances de Strasbourg ont mis cinq années pour constater que la phase nationale de la procédure avait excédé le délai raisonnable. Dans la mesure où la Cour de Luxembourg n'a pas hésité à sanctionner son propre Tribunal de première instance sur le fondement de l'article 6-1 (affaire C-185/95 P Baustahlgewebe GmbH c/Commission, arrêt du 17 décembre 1998 inédit), il est permis d'espérer que la Cour de Strasbourg, tout en continuant à traquer la lenteur fautive des juridictions nationales, batte enfin sa coulpe.

Cela étant, l'intérêt majeur de l'arrêt n'est pas là mais bien plutôt dans l'appréciation que porte la Cour de Strasbourg sur l'institution de l'avocat général devant la Cour de cassation française. C'est cet aspect de l'arrêt qui retiendra notre attention exclusive. Après avoir constaté que la décision se présente comme l'aboutissement d'une ligne jurisprudentielle déjà marquée par plusieurs jalons antérieurs (I) nous serons mieux à même de souligner que l'approche de la Cour de Strasbourg ainsi que la conclusion à laquelle elle parvient demeurent contestables (II).

#### **I • L'aboutissement d'une ligne jurisprudentielle déjà fortement jalonnée**

L'institution d'un parquet constitué de magistrats, sinon de juges, appelé à donner publiquement, en toute indépendance, son avis sur les solutions possibles du litige, est originale mais non exclusivement propre à l'organisation judiciaire française. Il ne sera ici question que de ce parquet indépendant et non du ministère public partie à l'instance dont le représentant peut néanmoins développer oralement une argumentation distincte de celle qui résulte de ses écritures conformément à l'adage : "la parole est libre si la plume est servie". Adage qui, on le sait, a reçu une consécration statutaire dans l'article 5 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

Ne sera pas davantage évoquée l'institution du commissaire du gouvernement devant les juridictions administratives dont le rôle est proche mais non identique de celui de l'avocat général près la Cour de cassation (cf. sur ce point l'arrêt CE 29 juillet 1998 Mme Esclatine, *AJDA* 1998, p. 69 Note F. Rolin).

Pour ne s'en tenir qu'aux juridictions suprêmes dont les règles de fonctionnement sont les plus proches de la Cour de cassation française, la Belgique et les Pays-Bas avaient déjà donné à la Cour de Strasbourg l'occasion de fixer sa doctrine (A) avant qu'elle ne l'applique au Quai de l'horloge (B).

#### **A • Les précédentes condamnations de l'institution**

La première décision de la Cour en la matière, tout en admettant la pleine indépendance des membres du parquet de la Cour de cassation belge, condamne leur présence au délibéré et le fait qu'ils aient la parole en dernier sans que leurs conclusions soient communiquées aux parties avant l'audience. Les exigences des droits de la défense et de l'égalité des armes se trouveraient ainsi violées (arrêt *Borgers c/Belgique* du 30 octobre 1991, Série A n° 11 pp. 15 à 18). Bien que cette présence n'entraîne pas de "crainte objectivement justifiée", le "rôle des apparences dans l'appréciation de leur respect"(sic !) conduit la Cour à censurer leur présence, dès lors ajoute-t-elle qu' "en

recommandant l'admission ou le rejet du pourvoi, l'avocat général en devient l'allié ou l'adversaire objectif". Si l'on a bien compris cette décision, seul le juge qui refuserait de statuer conserverait jusqu'au bout sa totale objectivité...

Tout en maintenant fermement sa condamnation de l'institution elle-même la Cour devait au fil des arrêts postérieurs quelque peu atténuer la brutalité première de ses formules. Ainsi, tout en reconnaissant son objectivité, des arrêts de 1996 et 1997 soulignent que l'avis en droit de l'avocat général est destiné à conseiller et partant à influencer la Cour. Or l'absence de possibilité de réponse à ces conclusions fausse le débat et viole le principe d'égalité des armes (arrêt Vermeulen c/Belgique du 20 février 1996 et Lobo Machado c/Portugal, même date, *Recueil* 1996-I p. 233 ; arrêt Van Orshoven c/Belgique du 25 juin 1997, *Recueil* 1997-II p. 1051).

C'est cette impossibilité de réponse des parties aux conclusions de l'avocat général qui va également fonder les deux décisions du 27 mars 1998 [arrêts JJ c/Pays-Bas (affaire 9/1997/793/994) et KDB c/Pays-Bas (affaire 80/1997/864/1075)]. Tout en soulignant que le droit à une audience publique et le droit d'en être informé n'est pas absolu dès lors qu'une telle audience publique a eu lieu avant l'instance de cassation, la Cour estime dans un considérant repris à l'identique dans les deux décisions que le droit à une procédure contradictoire implique en principe le droit pour les parties de se voir communiquer toute pièce ou observation soumise au juge fût-ce par un magistrat indépendant en vue d'influencer sa décision.

On constate ainsi au fil des décisions que c'est le caractère contradictoire ainsi que l'autorité particulière du ministère public qui constitue aux yeux de la Cour la violation de l'article 6-1. En outre, la formulation des deux décisions du 27 mars 1998 introduit dans le débat un élément supplémentaire qui en élargit les données. On observe en effet que ne sont plus seulement visées les conclusions de l'avocat général, mais, plus largement la communication de toute pièce ou observation soumise au juge.

Ainsi l'élargissement que va concrétiser l'arrêt Reinhardt et Slimane-Kaid apparaît déjà en germe dans ces deux arrêts.

## **B • La confirmation du rejet d'un système procédural**

C'est essentiellement sur le non respect du caractère contradictoire de la procédure que la Cour va fonder sa condamnation de la procédure suivie devant la Cour de cassation française.

Donnant toute son ampleur à la thèse qui n'apparaissait que par bribes dans ses précédentes décisions la Cour critique le comportement du conseiller rapporteur au même titre que celui de l'avocat général. Au conseiller rapporteur il est fait grief de ne pas avoir communiqué aux parties ou à leurs conseils le second volet du rapport.

L'arrêt distingue en effet dans le rapport un premier volet constitué par le rappel des faits et de la procédure dont il est donné lecture à l'audience et un second volet constitué par une analyse juridique de l'affaire et un avis sur le mérite du pourvoi. On observera ici que la Cour ne va pas jusqu'à exiger que le ou les projets d'arrêts qui constituent la conclusion et la concrétisation du travail d'analyse du rapporteur soient soumis aux avocats des parties. La Cour admet que le projet d'arrêt est légitimement couvert par le secret du délibéré omettant au passage de relever, ce qui est loin d'être indifférent, que dans les affaires délicates le rapporteur présente souvent à ses collègues plusieurs projets d'arrêts avec éventuellement des variantes et que la discussion qui s'ouvre en cours de délibéré n'est pas un simulacre sous influence du rapporteur et de l'avocat général.

Mais poursuit la Cour, et c'est là le second grief qu'elle formule à l'égard de la procédure suivie, c'est bien l'intégralité du rapport ainsi que le projet d'arrêt qui furent communiqués à l'avocat général. La Cour souligne alors que, étant donné l'importance du rapport du conseiller rapporteur et principalement du second volet de celui-ci, ainsi que du rôle de l'avocat général, il s'est créé un déséquilibre faute d'une communication identique du rapport aux conseils des requérants.

On le voit, dans le dernier état de sa jurisprudence, la Cour a gommé l'argument tiré de l'égalité des armes mais avance une exigence supplémentaire de communication du rapport aux conseils des parties.

La suite du raisonnement est plus classique : la Cour rappelle le rôle de l'avocat général et déplore qu'il ait seul communiqué le rapport et qu'il ne soit pas tenu de donner connaissance de l'intégralité de ses conclusions aux requérants. Atténuant cependant la rigueur de sa condamnation la Cour relève que la pratique qui consiste pour l'avocat général à informer avant l'audience les conseils des parties du sens des conclusions et à permettre à ceux-ci de répliquer ou de fournir une note en délibéré est de nature à effacer en ce qui concerne l'avocat général la violation portée aux exigences du procès équitable. La Cour ajoute qu'il n'est pas avéré qu'une telle pratique existât à l'époque des faits de la cause.

En conclusion on peut donc souligner que la critique de la Cour s'est étendue en amont au rôle du rapporteur et au caractère partiel de la communication de son rapport, mais qu'en revanche si l'intervention de l'avocat général reste entachée de ce vice initial, son rôle propre est, compte tenu de l'évolution de la pratique, moins sévèrement apprécié que dans les arrêts antérieurs.

## **II • Une appréciation contestable**

Sans méconnaître l'approfondissement de l'analyse de la Cour qui témoigne d'une approche plus exacte de la procédure suivie (A) il apparaît que le contresens persiste sur le caractère inéquitable de celle-ci au regard de l'article 6 (B).

### **A • Une exacte approche de la procédure suivie**

On ne peut manquer de constater avec quelle minutie la Cour examine au delà des textes applicables la pratique réellement suivie par la Cour de cassation. Il faut bien reconnaître que les apparences ne sont pas en faveur du rôle tant vanté de l'avocat général diseur de droit en toute indépendance. Certes son statut, comme celui de tout membre du parquet, garantit sa liberté de parole ainsi que nous le rappelions au début de notre exposé, mais pour le reste les textes sont à l'opposé de cette indépendance.

Les avocats généraux sont placés sous la direction du procureur général à qui les fonctions de ministère public sont personnellement confiées (article R 132-1 C.O.J.) ; ces avocats généraux portent la parole au nom du procureur général (article L 132-3 C.O.J.). Le procureur général peut se faire communiquer les conclusions : s'il ne les approuve pas et que "l'avocat général persiste, le procureur général délègue un autre avocat général ou porte lui-même la parole à l'audience" (article R 132-3). Où est l'indépendance quand il suffit que le procureur le juge "convenable" pour qu'il porte la parole lui-même sans attendre le refus persistant de ses délégués (article L 132-1) ?

Il est cependant remarquable que la Cour ne s'en soit pas tenue à l'énoncé de ces textes qui forment un ensemble redoutable, bien peu conforme à l'idée que l'on se fait de l'indépendance du parquet.

C'est qu'en réalité la pratique est contraire au texte. Dans son discours cité par l'arrêt, le procureur général Burgelin (*Gazette du Palais*, 23-24 mai 1997) a bien souligné après d'autres observateurs que l'application des textes que nous venons de rappeler fait défaut, ce qui ne veut pas dire que leur existence soit totalement innocente, ni même qu'il n'ait pas eu d'application connue...

Avec bienveillance la Cour fait prévaloir la pratique qui lui est rapportée sur des textes qu'il faudra bien rapporter !

Manifestant à nouveau une attention soutenue à la pratique suivie, la Cour ne manque pas de relever que le sens des conclusions de l'avocat général est désormais porté à la connaissance des avocats qui sont ainsi à même de présenter des observations orales et même de lui porter la réplique s'ils le souhaitent (Crim. 18 déc. 1996, *Bulletin* 475) . Ce que la Cour ne précise pas c'est que cette pratique était traditionnelle. Elle avait été ensuite abandonnée. En constatant qu'elle a été reprise, on ne peut que se féliciter avec la Cour de ce retour à la tradition.

### **B • Un désaccord persistant**

Bien que la motivation de l'arrêt rapporté manifeste comme on l'a vu une meilleure compréhension de la réalité procédurale, le désaccord persiste sur la portée exacte de la phase ultime de la procédure suivie devant la Cour de cassation française.

Certes la Cour est loin de considérer que le ministère public est un "résidu que l'histoire n'arrive pas à évacuer" (R. Martin, *Faut-il supprimer le ministère public ? R.T.D. Civ.* 1998, p. 874). Pour autant, il n'apparaît pas que la Cour ait bien compris que dans un recours en cassation, qui est une voie de nullité contre une décision de justice rendue après débats contradictoires, l'admission ou le rejet du pourvoi présentent un caractère objectif. Faire de l'avocat général l'allié d'une des parties au motif qu'il va conclure dans un sens ou un autre paraît témoigner d'une méconnaissance profonde de l'institution même du recours en cassation. Lors de l'audience, le débat peut avoir lieu. Lors du délibéré, la discussion est ouverte et l'avocat général n'y participe pas contrairement au commissaire du gouvernement devant les juridictions administratives.

Par ailleurs la Cour méconnaît totalement le caractère "ouvert" des débats au sein de la Cour de cassation dans la phase ultime de la procédure. Le ou les projets d'arrêt du rapporteur, les conclusions, sont des éléments qui vont

intervenir dans le prononcé de la décision, ils en constituent des étapes mais loin d'apparaître comme un processus inéquitable ils sont le reflet d'un processus décisionnel qui a sa cohérence.

On a la nette impression que la Cour censure une institution qu'en vérité elle ne comprend pas. Des juristes continentaux sont parfois choqués par la possibilité pour un juge d'émettre une opinion dissidente considérée comme une atteinte à l'autorité de la décision rendue et au principe du dessaisissement du juge. Ce système est celui de la Cour et il fonctionne comme tel sans que l'impartialité des dissidents ni même celle du juge *ad hoc* ne soient mises en cause.

En d'autres termes, et bien qu'elle l'ait soigneusement évité, la Cour aurait pu faire un parallèle entre l'avocat général de la Cour de cassation française et l'institution voisine de la Cour de Luxembourg ou de celle du Tribunal de première instance qui s'en distingue par l'appartenance de l'avocat général au même corps que celui des juges. Ces rapprochements auraient permis de constater qu'il existe plusieurs voies pour parvenir à une procédure équitable et que l'institution de l'avocat général ne signe pas ipso facto une procédure inéquitable.

Par ailleurs on perçoit mal quel progrès dans l'équité permettrait d'obtenir la communication aux parties des projets de décision qui n'auront de cohérence qu'après leur adoption par la juridiction. L'avocat général donne son opinion avant une discussion à laquelle il ne participe pas et dont les éléments peuvent être modifiés en dehors de ses prévisions ou de celles du rapporteur. Cette liberté dans le délibéré est essentielle et l'avocat général n'y porte pas atteinte.

En conclusion il faut pourtant reconnaître à l'arrêt rapporté un mérite : c'est d'avoir mis en lumière l'étonnante distorsion entre les textes du Code de l'Organisation Judiciaire qui décrivent un parquet dépendant et subordonné et la réalité attestée par le procureur général de la Cour de cassation lui-même. L'apport de la Cour est bien de pointer, même dans les systèmes les plus élaborés, les failles ou les contradictions que l'on avait négligées jusque là.

## **Débat**

### **Paul Mahoney**

J'ai certains commentaires à formuler. Comme tout bon représentant commercial, je me sens dans l'obligation de défendre les mérites de mes produits... L'idée rapportée par le professeur Bertrand selon laquelle la possibilité pour un juge d'émettre une opinion séparée constitue une violation de l'article 6 me semble originale. En fait cette position n'est pas vraiment celle du droit anglo-saxon car chaque juge rend son arrêt. Il n'y a pas d'arrêt commun de la Cour. Dans l'affaire Pinochet, par exemple, il y avait cinq juges à la *House of Lords* et c'était un peu comme un *penalty shoot-out*, chaque juge lisant son arrêt. Les deux premiers étaient en faveur de la reconnaissance de l'immunité du président Pinochet, le troisième était contre, le quatrième était contre et on attendait l'avis du cinquième juge pour connaître le résultat. La possibilité pour un juge d'annexer à l'arrêt une opinion séparée, est une disposition du droit international. La Cour de Strasbourg a simplement copié la pratique de la Cour internationale de La Haye et cette pratique est maintenant entérinée avec le Protocole n° 11 qui a été adopté par tous les Etats, y compris la France. Cette possibilité ne peut en aucun cas être considérée comme une ingérence dans le déroulement du procès. Elle intervient après le prononcé de l'arrêt. Cela constitue peut-être une ingérence dans le secret du délibéré, mais là non plus ce n'est pas un principe qui soit reconnu partout en Europe. Le Tribunal fédéral suisse délibère en public. Le public peut assister et entendre les délibérations des juges. Le secret des délibérés n'est donc pas un principe fondamental de la justice en Europe. Ce n'est pas une question d'uniformité. En permettant au juge d'exprimer un avis séparé, on satisfait à un souci de transparence : on explique la décision aux intéressés et ce qui s'est passé. Dans l'arrêt Slimane-Kaïd, c'est le contraire, c'était plutôt l'absence de transparence qui était en cause.

La Cour de Strasbourg obéit à un principe de base très simple : si des observations sont présentées au tribunal par une entité qui lui est extérieure, que ce soit par l'une des parties ou par un organe complètement indépendant, toutes les parties ont le droit d'en avoir connaissance et d'y répondre. Dans certaines affaires britanniques concernant le tribunal des enfants, des experts indépendants avaient présenté au tribunal des rapports médicaux et sociaux mais les parents concernés n'en n'avaient pas eu connaissance. Partant, la Cour a constaté une violation. Il s'agit de l'équité de la procédure, et je suis d'accord avec le professeur Bertrand : cela n'a rien à voir avec l'égalité des armes. La motivation récente est préférable à la motivation que l'on trouve dans l'arrêt Borgers. L'arrêt Slimane-Kaïd est dans le droit fil de ce principe de l'équité de la procédure. Si l'avocat général, qui a pour tâche de conseiller la Cour de cassation, et qui n'est pas membre de la Cour, dispose d'informations qui ne sont pas à la disposition des parties, cela le met dans une situation privilégiée. La Cour de Strasbourg, dans ces conditions, a dit que la procédure n'était pas équitable. Cet arrêt, pour moi, n'est pas vraiment exceptionnel. Il est dans le droit fil de ce principe de base : ce n'est pas qu'on applique l'uniformité à tout le monde, c'est simplement que l'on doit respecter le principe selon lequel si des observations sont présentées à un tribunal dans l'objectif d'influer sur sa décision, il faut que les parties puissent en connaître la teneur et y répondre d'une manière adéquate. Le rôle de l'avocat général est sans doute objectif, mais ses "conseils" peuvent être décisifs pour la question de la culpabilité de l'accusé - d'où la conclusion qu'un déséquilibre entre l'accusé et l'avocat général ne se concilie pas avec les exigences du procès équitable.

### **Eddin Helali** (maître de conférences à l'Université de Nancy II)

La Cour, lorsqu'elle a à examiner une affaire de cette nature, opte pour la réunion de la Grande chambre. Elle estime par là que le problème est manifestement complexe et comme le problème est tellement complexe, la complexité de l'affaire l'amène souvent à rendre un arrêt d'une grande simplicité quant à la solution adoptée en utilisant les faits de l'affaire pour les confronter à la règle de "raisonnabilité". La confrontation en la circonstance d'un fait, le Code d'organisation judiciaire français et d'un principe relatif au droit de la défense incite la Cour à constater que le procès est déséquilibré parce que toutes les parties au procès n'ont pas connaissance de tout le dossier alors que l'Avocat général, partie au procès, connaît tout le dossier, notamment les conclusions du rapporteur spécial. La solution la plus simple, la plus raisonnable et respectueuse des droits de la défense consisterait à reconnaître à toutes les parties au procès le droit d'accéder à la totalité du rapport en question ou de ne pas y accéder. L'Avocat général serait sur un pied d'égalité avec les parties et le déséquilibre disparaîtrait.

### **François-Guilhem Bertrand**

Si vous êtes en train de découvrir qu'il y a un déséquilibre entre les parties et les juridictions, je suis d'accord avec vous.



**La motivation des arrêts de la Cour de cassation :  
affaire Higgins (19 février 1998)**

par

Me Vincent **DELAPORTE**  
Avocat aux Conseils

1.- L'affaire Higgins constitue un exemple typique de ces procédures complexes qui s'alourdissent et s'épaississent avec le temps et que personne ne parvient plus à maîtriser. A l'origine de cette affaire, se trouvait une contestation en matière successorale opposant une vingtaine d'héritiers qui demandaient l'annulation de dispositions prises par le défunt pour faire échapper ses biens aux règles légales de dévolution.

Comme il arrive parfois en ce cas, différentes procédures furent engagées, et par là-même, différentes instances, différentes contestations qui se recoupaient partiellement, et qui ont fini par constituer un véritable labyrinthe, une machine infernale incontrôlable, pas même par les parties et les avocats qui l'avaient mise en place.

Avec le recul que nous donne le temps, et la synthèse probablement épurée que nous donne de l'affaire l'arrêt rendu par la Cour de Strasbourg, on trouve dans cette affaire Higgins des étrangetés. Et à la vérité, on ne comprend pas bien ni la position des requérants, ni les arrêts rendus par la Cour de cassation dans cette affaire, ni enfin l'arrêt rendu par la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

Pour en rester à l'essentiel, il faut rappeler que le Tribunal de grande instance de Papeete avait été saisi par les héritiers, les consorts Higgins, de trois procédures, sur lesquelles il avait été statué par trois jugements en 1988.

Deux de ces jugements avaient été défavorables aux héritiers, l'un leur avait été favorable.

2.- Les trois jugements avaient été frappés d'appel et c'est en cet état que les 25 mai et 1<sup>er</sup> juin 1989, les consorts Higgins ont saisi la Cour de cassation de deux requêtes en suspicion légitime visant à dessaisir la Cour d'appel de Papeete.

A l'appui de ces requêtes, les consorts Higgins faisaient valoir que la Cour ne comportait que six magistrats, que leur adversaire, le notaire, avait occupé une place éminente à Papeete et entretenu avec de nombreux magistrats de la Cour d'appel des relations amicales et privilégiées. Ils faisaient valoir qu'ils avaient obtenu sur les biens du notaire une mesure de séquestre à laquelle leur adversaire avait réagi très violemment en qualifiant publiquement la mesure d'acte de terrorisme judiciaire. Et les requêtes concluaient :

*"certains magistrats de Papeete, eux-mêmes divisés, mis en cause publiquement, ayant pris parti sur des faits touchant étroitement aux procédures encore en cours, éprouvent le sentiment qui au-delà de leur bonne volonté, leur impartialité pourrait être objectivement mise en cause et que légitimement le soupçon peut peser sur les décisions qu'ils seront conduits à rendre".*

Il faut insister sur une particularité qui semble être à l'origine de la destination de l'affaire vers la CEDH : alors qu'il y avait eu trois jugements et trois appels, les consorts Higgins n'ont présenté que deux requêtes en suspicion légitime, dont l'une visait deux instances d'appel. Au-delà de cette particularité formelle, il était bien demandé, sur le fond, à la Cour de cassation, de dessaisir la Cour d'appel de Papeete des trois instances d'appel dont elle était saisie. Cependant, par un arrêt du 22 mars 1990, la Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation s'est prononcée sur les deux requêtes qu'elle a estimé fondées. La Cour de cassation, dans cet arrêt du 22 mars 1990, déclare que :

*"s'il n'est rapporté la preuve d'aucune prise de position par les magistrats de la Cour d'appel de Papeete sur l'issue des procès qui sont soumis à leur examen, il résulte des faits allégués et des productions que les consorts Higgins peuvent éprouver un doute sur l'impartialité de la juridiction chargée de juger leur procès ; qu'il convient donc d'ordonner le renvoi devant une autre juridiction dont la décision s'imposera au respect de tous avec l'autorité qui doit s'attacher aux arrêts de justice.*

*"Par ces motifs :*

*"Ordonne le renvoi devant la Cour d'appel de Paris des affaires suivantes..."*

Et c'est là que l'affaire prend tout son relief : la Cour de cassation, statuant sur deux requêtes visant trois instances d'appel, déclare ces requêtes fondées mais n'ordonne le renvoi que pour deux des trois instances et ne dit pas mot du sort de la troisième.

La Cour de cassation ne fait pas allusion à la troisième instance sur laquelle elle n'ordonne pas le renvoi ni ne rejette la requête.

Devant ce silence de l'arrêt du 22 mars 1990, les consorts Higgins présentent le 2 juillet suivant une requête *"en rectification d'erreur matérielle"*.

Cette requête est rejetée par un arrêt du 23 octobre 1991, avec les motifs suivants :

*"Attendu... qu'à l'appui de leur requête ils soutiennent que cette décision est entachée d'une erreur matérielle, la Cour de cassation ayant ordonné la jonction de deux requêtes... dont elle était saisie et n'ayant ordonné le renvoi que des deux affaires visées par la première de ces deux requêtes ;*

*"Mais attendu que sous le prétexte d'une rectification, la requête tend à apporter une modification aux dispositions précises de l'arrêt ;*

*"Par ces motifs :*

*"Rejette la requête ;*

*"Dit n'y avoir pas lieu à rectifier l'arrêt du 22 mars 1990"*.

3.- Entre-temps, la procédure sur le fond avait suivi son cours devant la Cour d'appel de Papeete qui avait refusé de surseoir à statuer dans l'attente des décisions de la Cour de cassation sur les requêtes en renvoi, et qui avait donc statué au fond par deux arrêts du 29 juin 1990 et un arrêt du 7 décembre 1989.

En ce qui concerne les deux instances renvoyées devant la Cour d'appel de Paris par l'arrêt de la Cour de cassation du 22 mars 1990, la Cour de Papeete s'était prononcée par deux arrêts du 29 juin 1989. Ces deux arrêts ont été attaqués par deux pourvois en cassation, sur lesquels la Cour de cassation a prononcé un non-lieu à statuer le 16 juillet 1991. En effet, le renvoi devant la Cour de Paris, ordonné par l'arrêt du 22 mars 1990, conduisait à considérer comme nuls et nonavenus les deux arrêts rendus par la Cour d'appel de Papeete le 29 juin 1989, de sorte qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur les pourvois dirigés contre eux ;

- quant à la troisième instance d'appel oubliée, comme on l'a vu, par la Cour de cassation dans son arrêt du 22 mars 1990, la Cour de Papeete s'était prononcée par un arrêt du 7 décembre 1989, qui avait été lui aussi frappé de pourvoi. Ce pourvoi a été rejeté par un arrêt de la Première Chambre civile du 17 décembre 1991, lequel statuait uniquement sur les moyens de fond dont la Cour de cassation était saisie, et qui n'invoquaient pas un défaut d'impartialité de la Cour d'appel de Papeete.

Dans le cadre du pourvoi contre cet arrêt du 7 décembre 1989, c'est seulement dans un mémoire complémentaire et une lettre à l'avocat général, après l'expiration du délai de mémoire ampliatif, que les consorts Higgins avaient fait valoir que la requête en renvoi pour cause de suspicion légitime et l'absence d'impartialité objective de la Cour d'appel de Papeete.

L'arrêt de rejet du 17 décembre 1991 n'évoque donc pas cette question qui n'était pas abordée dans le mémoire ampliatif.

4.- Les données de la difficulté soumise à la Cour peuvent donc se résumer ainsi :

- la Cour d'appel de Papeete était saisie de trois instances connexes dans lesquelles son impartialité objective pouvait être suspectée ;

- les consorts Higgins avaient présenté deux requêtes dans lesquelles ils demandaient le renvoi pour cause de suspicion légitime des trois instances dont était saisie la Cour de Papeete ;

- cette requête a été jugée fondée par la Cour de cassation dans son arrêt du 22 mars 1990 ;

- c'est à l'évidence par une inadvertance de rédaction que cet arrêt du 22 mars 1990 n'a ordonné le renvoi que de deux instances sur trois ;

- ni l'arrêt du 22 mars 1990, ni celui du 23 novembre 1991 rejetant la requête en rectification d'erreur matérielle, ni enfin l'arrêt de rejet au fond du 17 décembre 1991 ne permettent d'affirmer que la Cour de cassation a estimé non fondée la demande de renvoi en tant qu'elle concernait la troisième procédure, et dans l'affirmative pour quelles raisons.

C'est dans cet état que les consorts Higgins ont saisi la Commission puis la Cour Européenne des Droits de l'Homme, se plaignant d'une violation de l'article 6, paragraphe 1<sup>er</sup> de la Convention qui serait caractérisée par le fait que *"leur cause a été jugée par une juridiction dont le dessaisissement a été admis pour cause de suspicion légitime, mais non ordonné, la Cour de cassation, bien qu'ayant reconnu la légitimité de la suspicion des requérants, ayant à plusieurs reprises refusé d'en tenir compte"*.

5.- Cette requête a été déclarée fondée par l'arrêt commenté du 19 février 1998 de la Cour européenne. Mais ce qui saute aux yeux, c'est que la Cour a reconnu la violation de l'article 6, paragraphe 1<sup>er</sup> par un grief distinct de celui qui était invoqué par les requérants. Alors que ces derniers se plaignaient d'un défaut d'impartialité pour avoir été jugés, dans la troisième instance, par une juridiction, la Cour d'appel de Papeete, dont le défaut d'impartialité objective avait été reconnu par la Cour de cassation elle-même dans les deux autres instances, la Cour s'est placée, quant à elle, sur le terrain distinct du défaut de motivation. Le glissement est illustré dans le paragraphe 42 de l'arrêt, ainsi libellé :

*"La Cour doit examiner le grief des requérants relatif à la manière dont la Cour de cassation a statué sur leurs doléances tenant au manque d'impartialité de la Cour d'appel de Papeete dans le cadre de la procédure contre la BBC, et plus particulièrement son omission de motiver sa décision sur ce point.*

*"Elle rappelle que l'article 6 § 1 oblige les tribunaux à motiver leurs décisions, mais qu'il ne peut se comprendre comme exigeant une réponse détaillée à chaque argument (arrêt Van de Hurk c/Pays-Bas du 19 avril 1994, série A, n° 288, p. 20, § 61). L'étendue de ce devoir peut varier selon la nature de la décision et doit s'analyser à la lumière des circonstances de chaque espèce (arrêts Ruiz Torija et Hiro Balani c/Espagne du 9 décembre 1994, série A, n° 303-A et B, p. 12, § 79, et pp. 29-30, § 27).*

Ayant ainsi posé le problème, la Cour européenne se réfère aux deux requêtes dont l'une concernait deux procédures et l'autre une seule procédure.

La Cour rappelle encore l'arrêt du 22 mars 1998 dans lequel la Deuxième Chambre civile avait reconnu que l'impartialité de la Cour d'appel de Papeete pouvait être objectivement suspectée et dans lequel elle avait ordonné, dans le dispositif de sa décision, le renvoi de deux procédures seulement, sans évoquer la troisième pourtant visée explicitement au début de l'arrêt.

La Cour européenne relève que *"cette dernière procédure était étroitement liée aux deux autres, puisqu'elle faisait partie d'un contentieux successoral complexe concernant pratiquement un même groupe de personnes et un même ensemble de biens... Par ailleurs, la composition de la juridiction d'appel était très semblable puisqu'à l'exception d'un seul conseiller... c'était la même formation de jugement qui avait connu des trois affaires"*.

La Cour européenne en arrive à la conclusion suivante :

*"L'arrêt de la Cour de cassation du 22 mars 1990 ne fournit aucune indication de nature à éclairer la Cour sur le sort différent accordé à la procédure contre la BBC.*

*"Ni la procédure en rectification d'erreur matérielle, ni celle en cassation contre l'arrêt de la Cour d'appel du 7 décembre 1989 n'ont fourni aux requérants une réponse explicite et spécifique sur les conséquences à tirer de l'arrêt du 22 mars 1990. Faute de cette dernière (réponse), il est impossible de savoir si la Cour de cassation a simplement négligé d'évoquer la troisième affaire ou bien n'a pas voulu en ordonner le renvoi et, dans cette dernière hypothèse, pour quelles raisons.*

*"Il y a donc eu violation de l'article 6, paragraphe 1"*.

Il est donc clair que c'est le défaut de motivation que la Cour européenne a voulu sanctionner. La Cour a donc confirmé sa jurisprudence déjà bien établie en la matière.

6.- Pourtant, à la différence de l'impartialité qui est expressément exigée, la motivation ne va pas de soi au regard des dispositions de l'article 6 paragraphe 1. La Cour a cependant admis depuis longtemps que cette exigence se

trouvait implicitement contenue dans la notion de procès équitable. "Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement...". Il en résulte selon la Cour l'obligation pour les juges de motiver leurs décisions.

En effet, la motivation, c'est-à-dire l'explication des éléments de fait et de droit qui ont déterminé la décision du juge, garantit les parties contre les appréciations arbitraires et discrétionnaires ; elle garantit aussi l'autorité du législateur en permettant le contrôle de l'adéquation de la décision aux règles de droit ; elle garantit aussi le juge contre ses propres risques d'erreur, en l'obligeant à énoncer et donc à structurer le raisonnement qui l'a conduit à sa décision.

La Cour a donc rappelé sa jurisprudence sur l'obligation de motivation, et notamment son arrêt Van de Hurk c/ Pays-Bas du 19 avril 1994 :

*"L'article 6 paragraphe 1 implique notamment, à la charge du tribunal, l'obligation de se livrer à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve des parties, sauf à en apprécier la pertinence pour la décision à rendre".*

Dans cette affaire, la Cour a ensuite constaté que cette exigence n'avait pas été méconnue au préjudice de M. Van de Hurk. Mais par deux arrêts du 23 novembre 1994, qui mettaient en cause l'Espagne, la Cour européenne a sanctionné le défaut de motivation de décisions juridictionnelles espagnoles, et elle a précisé avec prudence l'étendue de l'obligation. Dans ces deux arrêts (Hiro Balani et Ruiz Torija) la Cour européenne pose pour principe :

*"La Cour rappelle que l'article 6 paragraphe 1 oblige les tribunaux à motiver leurs décisions mais qu'il ne peut se comprendre comme exigeant une réponse détaillée à chaque argument... L'étendue de ce devoir peut varier selon la nature de la décision. Il faut en outre tenir compte notamment de la diversité de moyens qu'un plaideur peut soulever en justice et des différences dans les Etats contractants en matière de dispositions légales, coutumes, conceptions doctrinales, présentation et rédaction des jugements et arrêts. C'est pourquoi la question de savoir si un tribunal a manqué à son obligation de motiver découlant de l'article 6 de la Convention ne peut s'analyser qu'à la lumière des circonstances de l'espèce dans les deux affaires, la Cour européenne constate qu'à défaut de réponse spécifique et explicite des décisions espagnoles aux moyens des parties, il était impossible de savoir si la juridiction espagnole avait simplement négligé les moyens ou bien avait voulu les rejeter et dans cette dernière hypothèse pour quelles raisons" (§ 27 de l'arrêt Hiro Balani et § 29 de l'arrêt Ruiz Torija).*

La Cour paraît avoir du reste renforcé ses exigences en cette matière ; dans un arrêt Hell c/ Finlande du 19 novembre 1997, elle restreint la possibilité pour une juridiction supérieure de motiver sa décision par référence aux motifs de la juridiction inférieure. Elle énonce en effet ce qui suit :

*"La Cour souligne que la notion de procès équitable requiert qu'une juridiction interne qui n'a que brièvement motivé sa décision, que ce soit en incorporant les motifs fournis par une juridiction inférieure ou autrement, ait réellement examiné les questions qui lui ont été soumises et qu'elle ne se soit pas contentée d'entériner purement et simplement les conclusions d'une juridiction inférieure. Cette exigence est plus importante lorsqu'une partie n'a pu présenter sa cause oralement dans la procédure interne..."*

7.- Ces motifs retentissent comme un avertissement à l'égard des deux juridictions suprêmes que constituent en France le Conseil d'Etat et la Cour de cassation.

En ce qui concerne le Conseil d'Etat, on sait que celui-ci filtre les pourvois par le biais de la procédure dite d'admission des pourvois en cassation. Avant de procéder à l'instruction de l'affaire au fond, la sous-section chargée de l'instruction se prononce sur l'admission ou la non-admission des pourvois. L'admission est une décision non juridictionnelle qui n'est pas motivée. Mais le refus d'admission, qui met fin à la procédure devant le Conseil d'Etat, est une décision juridictionnelle qui à ce titre doit être motivée. Mais cette motivation est toute symbolique, et le respect d'une apparence de motivation ne peut tromper l'esprit le plus crédule : en guide de motivation, les arrêts de refus d'admission se bornent à viser la requête, à faire un résumé succinct, parfois caricatural des moyens soutenus. A la suite de quoi se trouve dans tous les arrêts la même formule lapidaire : "*aucun de ces moyens n'est de nature à justifier l'admission du pourvoi*".

Et c'est ainsi que le pourvoi en cassation est écarté sans plus ample explication.

Quant à la Cour de cassation, elle évacue également un certain nombre de pourvois par une motivation stéréotypée dite "*arrêt tampon*" qui ne donne pas davantage d'explication sur les raisons qui justifient la décision de rejet.

On peut douter sérieusement de la conformité de cette pratique aux exigences de la Cour européenne.

8.- L'affaire Higgins a donc pour principal mérite de mettre en évidence l'exigence d'une motivation sérieuse, précise et circonstanciée qui s'impose non seulement aux juridictions du fond, mais également aux juridictions suprêmes.

La Cour de cassation n'a peut-être pas été insensible à cette leçon puisque dans un arrêt rendu la semaine dernière, le 10 décembre 1998, destiné à la publication et à une diffusion accélérée, elle a posé un principe qui sans être totalement révolutionnaire, ne paraît pas avoir été antérieurement formulé avec autant de netteté. Dans cet arrêt, qui vise l'article 455 du nouveau Code de procédure civile, la Cour de cassation pose en principe que "*les juges ne peuvent accueillir ou rejeter les demandes dont ils sont saisis sans examiner tous les éléments de preuve qui leur sont fournis par les parties au soutien de leurs prétentions*" (Cass. 2ème Civ., 10 décembre 1998, pourvoi n° W/96-22.023).

Dans cette affaire, l'adjudicataire d'un immeuble vendu sur saisie-immobilière contestait l'acte de surenchère en raison de l'insolvabilité du surenchérisseur. Et de fait, les circonstances de la surenchère étaient assez troubles pour permettre de suspecter le surenchérisseur de servir de prête-nom à une opération de blanchiment de capitaux. L'adjudication avait eu lieu pour environ 1 000 000 de francs ; et la surenchère avait été faite par un modeste ouvrier déclarant un revenu mensuel de 7 500 francs, qui avait reconnu expressément qu'il ne détenait personnellement aucun capital. De façon encore plus curieuse, ce surenchérisseur avait obtenu plusieurs mois après la surenchère un engagement de caution d'une banque correspondant au montant de la surenchère. Et c'est pourquoi le Tribunal avait écarté la nullité de la surenchère pour insolvabilité notoire : selon le Tribunal, ce cautionnement bancaire, fût-il donné après l'acte de surenchère, excluait l'insolvabilité du surenchérisseur. Après quoi le Tribunal avait refusé d'examiner les circonstances qui démontraient que le surenchérisseur n'avait pas les moyens de payer personnellement le prix d'adjudication. Suivant la jurisprudence classique, le pourvoi aurait dû être rejeté, puisque la solvabilité du surenchérisseur est appréciée souverainement par les juges du fond.

La nouveauté de cet arrêt du 10 décembre 1998 tient au chapeau posant en principe que les juges du fond ne peuvent se borner à une appréciation lapidaire, quand bien même celle-ci porterait sur une question de fait. Selon la Cour de cassation : les juges doivent "*examiner tous les éléments de preuve qui leur sont fournis par les parties au soutien de leurs prétentions*". Même si l'arrêt du 10 décembre 1998 ne vise pas l'article 6 paragraphe 1, on peut présumer que la Cour de cassation n'a pas été insensible aux principes dégagés par la Cour européenne.

9.- Cela dit, l'arrêt Higgins laisse subsister plusieurs sujets d'interrogation.

Tout d'abord, on ne comprend pas bien comment la Cour a pu opérer une substitution de griefs : selon les énonciations de l'arrêt Higgins lui-même, la requête était fondée sur le fait que la troisième procédure n'avait pas été jugée par une juridiction objectivement impartiale ; autrement dit les consorts Higgins se plaignaient d'avoir été jugés par la Cour d'appel de Papeete qui ne présentait pas la garantie d'impartialité objective. Mais sous couvert d'accueillir ce grief, la Cour en retient un autre, qui est conceptuellement bien distinct et qui consiste dans le défaut de motifs des arrêts de la Cour de cassation des 22 mars 1990, 23 octobre 1991 et 17 décembre 1991. Comme le dit l'arrêt, "*il est impossible de savoir si la Cour de cassation a simplement négligé d'évoquer la troisième affaire ou bien n'a pas voulu en ordonner le renvoi et, dans cette hypothèse, pour quelles raisons*". C'est donc un défaut de motifs, et non un défaut d'impartialité que la Cour a sanctionné dans son arrêt du 19 février 1998. On peut s'étonner légitimement d'une telle substitution.

Un second sujet d'étonnement devant cette affaire tient au fait que tant les consorts Higgins que la Cour de cassation se sont abstenus de faire référence à la procédure qui, semble-t-il, s'imposait et qui consistait dans une requête en omission de statuer. Dans cette affaire, les consorts Higgins ont présenté à la Cour de cassation une requête en rectification d'erreur matérielle. Il est bien certain que la Cour de cassation ne s'est pas prononcée sur la demande de renvoi pour suspicion légitime de la troisième procédure. Mais l'omission du juge de se prononcer sur un chef de demande ne constitue pas une erreur matérielle au sens de l'article 462 du nouveau Code de procédure civile. Il s'agit tout simplement d'une omission de statuer qui peut être réparée suivant la procédure visée à l'article 463 : "*la juridiction qui a omis de statuer sur un chef de demande peut également compléter son jugement sans porter atteinte à la chose jugée quant aux autres chefs, sauf à rétablir, s'il y a lieu, le véritable exposé des prétentions respectives des parties et de leurs moyens*".

On ne comprend pas que dans cette affaire Higgins, les parties se soient arrêtées à la qualification d'erreur matérielle, alors qu'il s'agissait à l'évidence d'une omission de statuer. On ne comprend pas non plus que la Cour de cassation n'ait pas rectifié d'elle-même cette erreur, comme elle le fait souvent. Lorsque la Cour de cassation estime qu'un jugement a fait l'objet à tort d'un recours, elle déclare ce recours irrecevable mais dans le même temps, elle indique le recours qui aurait dû être formé.

Dans cette affaire, ce n'était pas un gros effort pour la Cour de cassation que de dire qu'il n'y avait pas d'erreur matérielle mais omission de statuer et de compléter, sous cette qualification, l'arrêt du 22 mars 1990. Cela eût évité à la France une nouvelle condamnation à Strasbourg.

**La jurisprudence Poitrimol confirmée :  
affaires Omar et Guérin (29 juillet 1998)**

par

Michèle **DUBROCARD**  
Magistrat (Ministère des Affaires étrangères)

Les arrêts Poitrimol, Omar et Guérin, rendus par la Cour européenne des droits de l'Homme le 29 novembre 1993 en ce qui concerne le premier de ces trois arrêts, et le 29 juillet 1998 en ce qui concerne les deux autres, soulèvent une question de droit identique : dans chacune de ces affaires en effet, les requérants se sont vus opposer l'application d'une jurisprudence séculaire de la chambre criminelle de la Cour de cassation, en vertu de laquelle est déclaré irrecevable le pourvoi formé par un demandeur qui fait l'objet d'un mandat d'arrêt et qui n'a pas déféré à celui-ci en toute connaissance de cause. Or la Cour européenne des droits de l'Homme a conclu dans ces trois affaires à la violation de l'article 6 par.1 de la Convention en considérant que le droit d'accès des requérants à un tribunal avait été méconnu.

Une lecture rapide de ces trois arrêts pourrait laisser penser que la position de la Cour de Strasbourg est désormais confirmée, à l'égard de cette jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation, qui serait donc contraire aux exigences résultant de l'article 6 de la Convention.

Une telle conclusion peut cependant apparaître trop hâtive, compte tenu d'une part de la particularité de l'affaire Poitrimol par rapport aux deux autres, et d'autre part de la motivation retenue par la Cour européenne des droits de l'Homme dans les affaires Omar et Guérin, qui n'est pas sans susciter quelques incertitudes sur la position de la Cour.

#### **I- les particularités de l'affaire Poitrimol**

M. Poitrimol avait été condamné en première instance par le tribunal correctionnel de Marseille à la peine d'un an d'emprisonnement assortie d'un mandat d'arrêt, pour non-représentation d'enfant. Il ne s'était pas rendu à l'audience, mais il s'y était fait représenter par deux avocats.

Il avait ensuite interjeté appel du jugement mais, une fois encore, n'avait pas comparu devant la Cour d'appel d'Aix-en-Provence. Celle-ci devait cependant juger sa présence nécessaire, et l'avait réassigné. Mais le requérant ne s'était pas montré à la nouvelle audience fixée par la Cour d'appel, qui avait alors refusé à son avocat la possibilité de représenter son client.

A la suite de l'arrêt rendu par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, M.Poitrimol avait formé un pourvoi en cassation par l'intermédiaire d'un avocat. Cependant, la Cour de cassation devait déclarer ce pourvoi irrecevable, au motif que le condamné qui n'obéit pas à un mandat d'arrêt n'est pas en droit de se faire représenter pour se pourvoir en cassation.

A la différence des affaires Omar et Guérin, l'affaire Poitrimol posait non pas un mais deux problèmes juridiques différents :

- la question de la condamnation de M. Poitrimol en son absence par la Cour d'appel, sans que son avocat ait pu présenter à l'audience ses moyens de défense ;
- la question de l'irrecevabilité de son pourvoi en cassation au motif qu'il n'avait pas obéi au mandat d'arrêt décerné contre lui.

A une très courte majorité -cinq voix contre quatre-, la Cour européenne des Droits de l'Homme a considéré qu'il y avait eu en l'espèce un manquement aux exigences de l'article 6, tant au stade de la Cour d'appel que devant la Cour de cassation.

S'agissant de l'irrecevabilité du pourvoi pour des raisons liées à la fuite de M.Poitrimol, la Cour européenne a estimé que cette règle établie par la Cour de cassation "*s'analysait (...) en une sanction disproportionnée, eu égard à la place primordiale que les droits de la défense et le principe de la prééminence du droit occupent dans une société démocratique*".

Cette motivation permettait de penser que le constat de violation du droit d'accès de M. Poitrimol à la Cour de cassation se fondait sur les circonstances très particulières de la cause, relatives aux conditions dans lesquelles il avait

été jugé par les juridictions du fond : la Cour d'appel d'Aix-en-Provence avait en effet rendu à l'encontre du requérant un arrêt réputé contradictoire, en refusant en outre à son avocat la possibilité de le représenter.

Selon la Cour européenne des droits de l'Homme, la décision de la Cour d'appel avait eu pour effet de priver "M. Poitrimol, non recevable à former opposition contre l'arrêt de la Cour d'appel, de sa seule chance de faire plaider en seconde instance sur le bien-fondé de l'accusation en fait comme en droit".

Or, comme le notait encore la Cour, en droit interne la possibilité pour le prévenu non comparant de se faire représenter en appel "*dépend dans une large mesure du point de savoir s'il a fourni des excuses valables pour justifier son absence*".

Dans cette perspective, selon la Cour européenne, "*un contrôle juridique des motifs par lesquels une Cour d'appel a rejeté de telles excuses se révèle(ait) indispensable*".

Selon cette motivation, l'irrecevabilité du pourvoi en cassation formé par M. Poitrimol avait donc été appréciée en prenant dûment en considération les conditions dans lesquelles celui-ci avait été jugé en deuxième instance. En d'autres termes, la lecture de l'arrêt Poitrimol permettait de penser que la Cour avait analysé l'irrecevabilité du pourvoi comme une "*sanction disproportionnée*", précisément parce que le requérant avait été privé de facto de la faculté de faire contrôler la légalité de la décision de la Cour d'appel, qui avait méconnu son droit à l'assistance d'un défenseur.

Cette interprétation de l'arrêt Poitrimol laissait donc entière la question de la compatibilité de la jurisprudence de la Cour de cassation avec la Convention dans l'hypothèse de personnes ayant participé aux audiences devant les juridictions du fond, et s'étant ensuite pourvues en cassation sans avoir déféré au mandat d'arrêt décerné contre elles.

Les arrêts Omar et Guérin apportent une réponse à cette question, encore que la réponse ne soit pas parfaitement claire.

## **II- La motivation des arrêts Omar et Guérin**

Dans l'affaire Omar, comme dans l'affaire Guérin, les requérants ont été jugés contradictoirement, après avoir eux-mêmes participé à l'audience devant la Cour d'appel en étant assistés de leurs conseils. C'est seulement le jour du prononcé de l'arrêt les condamnant qu'ils n'ont pas comparu, et qu'ils ont alors fait l'objet d'un mandat d'arrêt, auquel ils n'ont pas déféré.

Plus particulièrement dans l'affaire Omar, aucun des trois requérants, à savoir MM. Cheniti, Kamal et Hassane Omar, ne déféra aux mandats d'arrêt, mais Cheniti Omar fut arrêté par la police sur son lieu de travail trois mois après le prononcé de l'arrêt le condamnant. Quant à Kamal et Hassane Omar, ils furent interpellés respectivement en avril et septembre 1994, soit postérieurement à l'arrêt de la Cour de cassation déclarant irrecevable leur pourvoi. Les mandats décernés contre eux furent alors exécutés.

Dans l'affaire Guérin, le requérant se fit hospitaliser dans une clinique psychiatrique le 24 novembre 1992, c'est-à-dire le lendemain de l'arrêt de la Cour d'appel le condamnant, où il resta jusqu'au 16 décembre 1992. C'est à cette date en effet que les autorités de police exécutèrent le mandat d'arrêt décerné contre lui, en se rendant à l'établissement où il séjournait.

Dans ces deux affaires, la motivation de la Cour européenne est la même :

*"La Cour ne peut que constater que l'irrecevabilité d'un pourvoi en cassation, fondée uniquement, comme en l'espèce, sur le fait que le demandeur ne s'est pas constitué prisonnier en exécution de la décision de justice faisant l'objet d'un pourvoi, contraint l'intéressé à s'infliger d'ores et déjà à lui-même la privation de liberté résultant de la décision attaquée, alors que cette décision ne peut être considérée comme définitive aussi longtemps qu'il n'a pas été statué sur le pourvoi ou que le délai de recours ne s'est pas écoulé"*.

La Cour poursuit son raisonnement en ajoutant :

*"On porte ainsi atteinte à la substance même du droit de recours, en imposant au demandeur une charge disproportionnée, rompant le juste équilibre qui doit exister entre, d'une part, le souci légitime d'assurer l'exécution des décisions de justice et, d'autre part, le droit d'accès au juge de cassation et l'exercice des droits de la défense"*.

Cette motivation laisse le champ libre à deux interprétations différentes :

- il est sans doute possible de considérer qu'il s'agit là d'une motivation de principe, qui a d'ailleurs été utilisée de façon rigoureusement identique dans les deux affaires. Il résulterait alors du raisonnement suivi par la Cour européenne que l'irrecevabilité d'un pourvoi présentée par une personne n'ayant pas préalablement déféré au mandat d'arrêt décerné contre elle constituerait dans tous les cas une sanction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal.

Il en serait ainsi que la personne ait bénéficié ou non d'un procès équitable avant de se pourvoir en cassation, et qu'elle ait ou non pris la fuite après la décision de condamnation.

Cette interprétation prolongerait ainsi l'appréciation portée par la Commission européenne des droits de l'Homme dans ces deux affaires. En effet, dans son rapport adopté le 6 mars 1997 sur la requête présentée par MM. Cheniti, Kamal et Hassane Omar et qui concernait le même grief, la Commission européenne a clairement interprété extensivement l'arrêt de la Cour en considérant que sa décision dans l'affaire Poitrimol *"vaut non seulement pour les cas où un accusé a vainement tenté en appel de justifier son refus de comparaître et de se faire représenter mais qu'elle vise la disproportion de la sanction en tant que telle"*.

Dans l'affaire Guérin, la Commission a suivi le même raisonnement que celui qu'elle avait adopté dans son rapport sur la requête présentée par MM. Omar, et a conclu à la violation de l'article 6 par.1 de la Convention, au motif que M. Guérin *"a subi une entrave disproportionnée à son droit d'accès à un tribunal et, partant, à son droit à un procès équitable"*.

- La motivation de la Cour dans les arrêts Omar et Guérin permet cependant d'avoir une approche plus nuancée de sa position. La Cour insiste en effet sur le fait que, dans ces deux affaires, l'irrecevabilité du pourvoi était fondée *"uniquement"*, *"en l'espèce"*, sur l'absence de défèrement au mandat d'arrêt. L'utilisation de ces termes n'est pas indifférente, et laisse penser que si la Cour de cassation avait elle-même motivé de façon plus détaillée ses décisions d'irrecevabilité des pourvois formés par MM. Omar et Guérin, elle n'aurait pas encouru les critiques de la Cour européenne.

En d'autres termes, les arrêts Omar et Guérin ne remettraient pas définitivement en cause la jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation en matière d'irrecevabilité des pourvois formés par des personnes n'ayant pas obéi au mandat d'arrêt dont elles faisaient l'objet. Mais ils imposeraient une motivation plus développée de ses arrêts, afin de vérifier, au cas par cas, les conditions dans lesquelles les demandeurs n'ont pas déféré au mandat d'arrêt.

Il convient de rappeler à ce titre que selon la motivation de principe de la Cour de cassation, le pourvoi présenté par le demandeur n'ayant pas obéi à un mandat d'arrêt est déclaré irrecevable, à moins qu'il ne puisse justifier *"de circonstances l'ayant mis dans l'impossibilité absolue de se soumettre en temps utile à l'action de la justice"*.

Il suffirait alors, pour que la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière soit conforme aux exigences de la Convention, que la Haute juridiction admette plus largement les circonstances susceptibles de placer un demandeur dans l'impossibilité absolue de se soumettre au mandat d'arrêt dont il fait l'objet.

Cette analyse de la motivation de la Cour européenne est confortée par les développements ultérieurs de son raisonnement, qui figurent dans les paragraphes suivants, et où elle s'attache à l'examen des faits de l'espèce.

Ainsi, dans l'affaire Guérin, la Cour prend soin de préciser au paragraphe 46 les conditions dans lesquelles le requérant a été jugé en première puis en deuxième instance, avant d'être hospitalisé dans un établissement psychiatrique. La Cour note en particulier qu'*"à tout moment il était loisible à la police de se saisir de sa personne, ce qu'elle fit d'ailleurs dès le 16 décembre 1992 dans la maison de santé où il se trouvait"* ; La Cour conclut en indiquant qu'*"eu égard à l'ensemble des circonstances de la cause"*, le requérant a subi une entrave excessive à son droit d'accès à un tribunal.

De la même manière, dans l'arrêt Omar, la Cour mentionne au paragraphe 43 les conditions dans lesquelles les requérants ont été condamnés, et elle relève ici également qu'*"à tout moment il était loisible à la police de se saisir de leurs personnes, ce qu'elle fit d'ailleurs en ce qui concerne M. Cheniti Omar, arrêté sur son lieu de travail le 27 mai 1995"*. La Cour conclut enfin en utilisant la même expression, à savoir qu'*"eu égard à l'ensemble des circonstances de la cause"*, la Cour estime que les requérants ont subi une entrave excessive à leur droit d'accès à un tribunal.

Il apparaît donc clairement que la Cour européenne des droits de l'Homme ne s'est pas contentée, dans ces deux affaires Omar et Guérin, d'énoncer une position de principe, mais elle a également pris en considération le fait qu'aucun des requérants n'était, selon elle, en fuite au moment de la déclaration de son pourvoi.

La Cour compare d'ailleurs les présentes espèces à l'affaire Poitrimol, en relevant que si M. Poitrimol "*avait quitté le territoire français et se trouvait en fuite à l'étranger avec ses deux enfants*", en revanche ni MM. Omar, ni M. Guérin ne tentèrent "*de se soustraire à l'exécution des mandats d'arrêt*", ce qui du reste, concernant M. Guérin tout au moins, a été mis en doute par le Gouvernement français.

Or, on l'a vu, l'affaire Poitrimol est différente des affaires Omar et Guérin, en ce que M. Poitrimol n'avait comparu à aucune des audiences devant les juridictions du fond, et que cette circonstance avait influé sur l'examen de l'irrecevabilité du pourvoi.

Il apparaît donc possible d'analyser les arrêts Omar et Guérin comme des arrêts d'espèce où, à la différence de M. Poitrimol, les requérants ont été jugés contradictoirement mais n'ont pas, en revanche, pris la fuite à l'issue de leur condamnation.

Dans cette perspective, il faudrait alors considérer que la Cour européenne des droits de l'Homme n'a pas encore statué sur l'hypothèse dans laquelle le demandeur au pourvoi aurait participé en personne aux audiences à l'issue desquelles il aurait été condamné, mais aurait ensuite délibérément cherché à se soustraire au mandat d'arrêt décerné contre lui. Encore faudrait-il que dans une telle hypothèse la Cour de cassation constate expressément la volonté de fuite du demandeur.

Cette deuxième analyse de la motivation des arrêts Omar et Guérin semble bien avoir été celle du juge Pettiti, qui dans son opinion dissidente sur l'affaire Guérin, estimait que :

*"En tout cas, l'interprétation la plus prudente de l'arrêt à partir du paragraphe 43 serait de considérer que la Cour a été surtout attentive au cas de force majeure et de bonne foi établis dans le dossier Guérin, et qu'elle n'a pas expressément statué sur l'opposabilité des mandats d'arrêt aux modalités d'exercice du pourvoi en cassation et de l'examen de celui-ci".*

Quelle que soit l'interprétation que l'on retienne des arrêts Omar et Guérin, la chambre criminelle de la Cour de cassation sera sans aucun doute conduite à réexaminer sa jurisprudence relative à l'irrecevabilité des pourvois formés par des demandeurs faisant l'objet d'un mandat d'arrêt.

Dans l'hypothèse la plus exigeante, la chambre criminelle devra renoncer purement et simplement à cette jurisprudence traditionnelle, fondée sur des motifs essentiellement moraux.

Dans l'hypothèse la plus conciliante à l'égard de cette jurisprudence, la chambre criminelle devra motiver différemment ses arrêts, et s'attacher davantage aux circonstances de fait qui la conduisent à déclarer irrecevable le pourvoi.

Cette modification de la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière ne devrait cependant pas poser de problèmes insurmontables, compte-tenu de l'évolution déjà constatée depuis plusieurs années, qui a été relevée par le juge Pettiti dans son opinion dissidente.

En effet, la Cour de cassation considère que la règle n'a plus lieu de s'appliquer dès lors que peut être présumée la bonne foi du requérant. C'est ainsi qu'est d'ores et déjà admis le pourvoi de celui qui prend le risque d'être arrêté, en indiquant son adresse exacte dans sa déclaration de recours, ou encore de celui qui tente personnellement le pourvoi, en se présentant au greffe avant toute exécution de mandat.

Si la Cour de cassation souhaite maintenir sa jurisprudence en la matière, il lui appartiendra néanmoins de l'infléchir encore un peu, à la lumière de ces deux arrêts récents de la Cour européenne des droits de l'Homme. Tel avait été d'ailleurs le point de vue défendu par le conseiller-rapporteur, Mme Verdun, dans le rapport qu'elle avait rédigé sur le pourvoi présenté par M. Guérin.



## ***Plainte avec constitution de partie civile et accès à un tribunal ?***

**Affaire Aït-Mouhoub (28 octobre 1998)**

par

Me Hélène CLEMENT  
Avocat au Barreau de Paris

Dans cette affaire, le requérant - démuné de ressources financières et n'ayant pas obtenu l'aide juridictionnelle -, se plaignait d'avoir été privé de son droit de recours devant un juge d'instruction, ses deux plaintes avec constitution de partie civile ayant été déclarées irrecevables en raison de son incapacité à verser le montant des consignations fixé à 80 000 F pour chacune d'elles.

Dans son examen du grief sous l'angle de l'article 6 § 1 de la Convention, la Cour a suivi un raisonnement en deux phases : elle s'est d'abord prononcée sur l'applicabilité de cette disposition à la procédure litigieuse avant d'examiner si le montant élevé des consignations pouvait mettre en jeu le droit d'accès aux tribunaux.

### **Applicabilité de l'article 6 § 1**

Selon les principes dégagés par la jurisprudence européenne, pour que l'article 6 § 1 soit applicable, il doit y avoir une " contestation " sur " un droit de caractère civil " que l'on peut prétendre, au moins de manière défendable, reconnu en droit interne. Par ailleurs, l'issue de la procédure doit être déterminante pour un tel droit (Voy. notamment l'arrêt *Acquaviva c/France*, 21 novembre 1995, série A, n° 333-A, p. 14, § 46).

Déjà, dans les affaires *Acquaviva* et *Hamer c/France*, le Gouvernement français avait défendu la thèse selon laquelle l'article 6 s'appliquerait aux seules constitutions de partie civile exercées à des fins matérielles, et non pas à celles ayant pour objectif la condamnation de l'auteur de l'infraction (Voy. arrêt *Acquaviva* précité ; arrêt *Hamer c/France*, 7 août 1996, *Recueil* 1996-III).

La question se posait derechef dans le cas de l'espèce où, pour le Gouvernement français, les plaintes du requérant n'auraient visé qu'à contester la légitimité de sa propre condamnation pénale. Il n'aurait jamais sollicité le paiement de dommages-intérêts et aurait pu agir directement devant les juridictions civiles. Poursuivant un but purement vindicatif, sans aucune finalité indemnitaire, les constitutions de partie civile de l'intéressé échapperaient donc, d'après le Gouvernement, au domaine d'application de l'article 6.

Au contraire, de l'avis de la Commission, la nature du fait générateur du préjudice (les vols) et de la plainte dirigée contre des gendarmes, laquelle imposait le recours à l'instruction préparatoire, l'issue de la procédure, qui portait sur un droit de " caractère civil ", était déterminante aux fins de l'article 6 § 1 pour l'établissement du droit à réparation de l'intéressé (Voy. Rapport adopté le 9 septembre 1997)

M. Aït-Mouhoub était condamné le 11 décembre 1992 à douze ans de réclusion criminelle pour complicité de vol avec port d'arme et recel qualifié par la Cour d'assises des mineurs du Gard devant laquelle il avait été renvoyé avec son fils et sa fille, mineurs au moment des faits. Contre cet arrêt, il formait un pourvoi en cassation. Puis, coup sur coup, il déposait deux plaintes avec constitution de partie civile.

La première, dirigée contre deux gendarmes ayant participé à l'enquête judiciaire diligentée contre lui, dénonçait des faits de subornation de témoins, de faux et usage de faux, de forfaiture, de prévarication, de concussion et de complicité de vol.

Dans la seconde plainte, le requérant reprochait à un témoin à charge lors de son procès et à une autre personne, beau-frère d'un gendarme, d'avoir commis les infractions d'incitation à la débauche de mineur, de vente d'armes de guerre et de munitions, de non-dénonciation de malfaiteurs, de faux témoignages, de vol, de chantage et de menaces. Il précisait qu'il avait été ruiné en raison des vols de son mobilier professionnel et personnel commis après son arrestation par l'un d'eux grâce à la complicité de l'un des gendarmes désignés dans sa première plainte.

La solution retenue par la Cour ne consacre certes pas l'opinion exprimée par certains de ses juges, selon laquelle l'action civile, jointe à l'action pénale, reste une action en réparation relevant de la protection garantie par l'article 6,

quand bien même la réparation aurait un caractère purement moral, voire consisterait à obtenir la condamnation de l'accusé (Voy. l'opinion dissidente de M. le juge Martens, arrêt Hamer c/France, 7 août 1996, et l'opinion concordante de M. juge De Meyer, en annexe du présent arrêt). Elle aboutit néanmoins, par la démarche adoptée, à une application souple du critère tiré de la finalité indemnitaire de l'action civile.

La Cour a procédé d'abord à l'examen de la seconde plainte. Dans cette plainte, a-t-elle noté, l'intéressé a expressément fait état du préjudice de caractère financier causé par les faits de vols reprochés. La plainte portait donc sur un droit de caractère civil. Et le fait que l'intéressé n'ait pas chiffré son préjudice lors du dépôt de sa plainte est indifférent puisqu'en droit français, il avait la possibilité de présenter une demande en dommages-intérêts jusques et y compris devant les juridictions de jugement (Voy. arrêt Acquaviva précité, pp. 14-15, § 47).

Par ailleurs, poursuit la Cour, cette plainte, fondée sur l'article 85 du Code de procédure pénale, avait pour but de déclencher des poursuites judiciaires afin d'obtenir une déclaration de culpabilité, pouvant entraîner l'exercice des droits civils du requérant en rapport avec les infractions alléguées, et notamment l'indemnisation du préjudice financier. L'issue de la procédure était donc déterminante aux fins de l'article 6 § 1 pour l'établissement du droit à réparation de M. Aït-Mouhoub (arrêts Tomasi c/France, 27 août 1992, série A, n° 241-A, p. 43, § 121, et Acquaviva précité, pp. 14-15, § 47). Partant, cette disposition conventionnelle s'applique à la procédure litigieuse.

La Cour a également conclu à l'applicabilité de l'article 6 § 1 pour la première plainte. En dépit de certaines différences, a-t-elle relevé, celle-ci est liée à la seconde, laquelle faisait notamment état de vols commis grâce à la complicité d'un des gendarmes visés dans la première plainte.

Or, rappelons-le, la première plainte était dirigée contre deux gendarmes qui avaient participé à l'enquête judiciaire à l'origine de la condamnation pénale du requérant et visait principalement des infractions en relation avec la procédure pénale menée contre lui.

D'ailleurs, dans son opinion dissidente, la minorité de la Commission avait estimé que les constitutions de partie civile du requérant tendaient à remettre en cause sa condamnation, que les infractions reprochées étaient au moins partiellement des infractions contre des intérêts non pas individuels mais publics, et qu'on imaginait mal une condamnation des défendeurs à payer des dommages-intérêts au requérant avant qu'une procédure en révision ait abouti à son acquittement.

Quant à M. le Juge Pettiti, celui-ci a souligné dans son opinion partiellement dissidente, les différences substantielles entre les deux plaintes, la première plainte ayant pour objet de remettre en cause l'autorité de la chose jugée par la Cour de cassation qui avait rejeté le pourvoi formé par le requérant contre l'arrêt de la Cour d'assises des mineurs du Gard du 11 décembre 1992.

### **Le droit d'accès à un Juge d'instruction**

La Cour ayant admis l'applicabilité de l'article 6 § 1 en l'espèce, restait à savoir si le requérant, comme il le prétendait, avait été privé en fait du droit d'accès à un tribunal étant donné le montant manifestement excessif des consignations mises à sa charge compte tenu de son manque de revenus.

Les circonstances pertinentes du cas pour l'examen de ce point sont les suivantes :

Dans le cadre de chacune de ses plaintes, le requérant avait demandé à bénéficier de l'aide juridictionnelle.

Le bureau d'aide juridictionnelle près le Tribunal de grande instance de Nîmes rejetait la demande concernant la première plainte au motif que, bien que le requérant ait des ressources évaluées à zéro francs, la demande était irrecevable en raison du pourvoi en cassation formé par l'intéressé à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'assises des mineurs du 11 décembre 1992, dont l'examen était encore pendant. Le requérant faisait appel de cette décision auprès du bureau d'aide juridictionnelle. Et il en avertissait le doyen des juges d'instruction.

Alors même que le bureau d'aide juridictionnelle n'avait pas statué sur le recours formé par l'intéressé contre la décision de rejet concernant la première plainte et ne s'était pas prononcé sur la demande concernant la seconde plainte, le doyen des juges d'instruction, constatant que le requérant n'avait pas obtenu l'aide juridictionnelle, fixait le montant de chacune des consignations à 80 000 francs. Pour lui, les pièces du dossier et l'existence d'une autre plainte justifiaient l'application des articles 88-1 et 91 du Code de procédure pénale, légitimant de la sorte la fixation d'une telle somme au titre de la consignation pour la seconde plainte. L'article 88-1 vise à garantir le paiement de l'amende civile d'un montant de 100 000 francs au plus, susceptible d'être prononcée en application de l'article 91 § 1 par le Tribunal correctionnel dans le cas où la constitution de partie civile est jugée abusive ou dilatoire.

Sans aucune nouvelle du bureau d'aide juridictionnelle au sujet tant de son recours contre le rejet de sa demande pour la première plainte que pour celle concernant la seconde plainte, le requérant réitérait ses demandes d'aide juridictionnelle. Il ajoutait, à propos de sa première plainte, que la cause d'irrecevabilité retenue dans la décision de rejet avait disparu puisque la Cour de cassation s'était entre-temps prononcée.

A l'issue des délais impartis, le doyen des juges d'instruction déclarait cependant irrecevables les plaintes du requérant, l'aide juridictionnelle n'ayant pas été obtenue et les sommes devant être consignées n'ayant pas été versées. Or, le requérant n'avait toujours pas reçu de réponse à ses demandes de pouvoir bénéficier de l'aide juridictionnelle.

La Cour a d'abord rappelé les critères de sa jurisprudence en la matière : le " droit à un tribunal ", dont le droit d'accès constitue un aspect (Voy. arrêt *Golder c/Royaume-Uni*, 21 février 1975, série A, n° 18, p. 18, § 36), n'est pas absolu ; il se prête à des limitations implicitement admises. Toutefois, ces limitations ne sauraient restreindre l'accès ouvert à un justiciable d'une manière ou à un point tel que son droit d'accès à un tribunal s'en trouve atteint dans sa substance même, et elles ne se concilient avec l'article 6 § 1 que si elles tendent à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (Voy., parmi beaucoup d'autres, les arrêts *Bellet c/France*, 4 déc. 1995, série A, n° 333-B, p. 41, § 33, et *Levages Prestations Services c/France*, 23 oct. 1996, *Recueil* 1996-V, p. 1543, § 40). Par ailleurs, la Convention a pour but de protéger des droits concrets et effectifs. Il en est d'autant plus ainsi pour le droit d'accès aux tribunaux compte tenu de la place éminente que le droit à un procès équitable occupe dans une société démocratique (Voy. arrêt *Airey c/Royaume-Uni*, 9 oct. 1979, série A, n° 32, pp. 12-13, § 24).

Ensuite, comme elle l'avait précédemment fait, elle a examiné successivement la seconde et la première plainte.

Au sujet de la seconde plainte, elle a noté qu'elle n'avait pas à en apprécier le bien-fondé. Puis, suivant un raisonnement identique pour chacune des deux plaintes, elle a estimé que la fixation d'une somme aussi élevée, eu égard à l'absence totale de ressources du requérant, que le doyen des juges d'instruction ne pouvait ignorer, avait en pratique privé l'intéressé de son recours devant ce magistrat.

La Cour a aussi été sensible à la circonstance que le requérant n'avait jamais reçu de réponse du bureau d'aide juridictionnelle concernant sa demande pour la seconde plainte, ce dont il avait informé le magistrat, et que la décision définitive de rejet concernant la demande d'aide juridictionnelle pour la première plainte était intervenue postérieurement à l'ordonnance déclarant irrecevable la constitution de partie civile pour défaut de consignation dans le délai imparti.

Le présent arrêt, il convient de le noter, fait référence *mutatis mutandis* à la décision rendue le 30 juillet 1998 par la Cour en l'affaire *Aerts c/Belgique* (Voy. *Recueil* 1998), laquelle a constaté une atteinte au droit d'accès du requérant à un tribunal. En l'espèce, l'intéressé s'était vu refuser l'assistance judiciaire pour exercer un pourvoi en cassation au motif que la prétention ne paraissait pas actuellement juste. La Cour a relevé qu'il appartenait à la Cour de cassation, et non pas au bureau d'aide judiciaire, d'apprécier les chances de succès du pourvoi envisagé.

Dans son avis sur le bien-fondé de la violation alléguée, la Commission avait elle-même considéré que la garantie du paiement d'une éventuelle amende civile ne peut justifier la fixation d'une somme disproportionnée et susceptible d'apparaître comme un " préjugement ", lequel ne semble pas devoir correspondre avec les dispositions des articles 88 et 91§ 1 du Code de procédure pénale. En effet, l'article 88 du Code de procédure pénale prévoit que pour la partie civile qui n'a pas obtenu l'aide juridictionnelle, laquelle ne couvre pas l'amende civile mais dispense de consignation, le juge d'instruction fixe, en fonctions de ses ressources, la somme à consigner.

**Pour conclure**, l'on remarquera que la Cour n'avait jamais eu à trancher un cas semblable.

Et la Commission n'avait eu à se prononcer que sur la recevabilité de requêtes où les requérants se plaignaient, sous l'angle du droit d'accès à un tribunal, d'avoir été condamnés par la juridiction suprême au paiement d'une amende pour recours abusif d'un montant élevé.

Dans ces affaires, cet organe avait considéré que l'imposition d'une amende, qui a pour but de décourager les plaideurs téméraires, d'éviter ainsi l'engorgement des rôles et d'assurer de ce fait une bonne administration de la justice, n'est pas contraire en tant que telle au droit d'accès à un tribunal tel qu'il est garanti par l'article 6 § 1 de la Convention. Toutefois, le montant élevé d'une amende pour recours abusif peut mettre en jeu le droit d'accès aux tribunaux. Tel n'avait pas été le cas en l'occurrence car rien ne permettait de penser que l'éventualité d'une condamnation au paiement de l'amende litigieuse avait empêché les requérants d'introduire leur pourvoi. (Voy. req. n° 12275/86, les *Travaux du Midi c/France*, déc. du 2 juillet 1991, DR 70, p. 47 ; req. n° 15384/89 G.L. c/Italie, déc. du 9 mai 1994, DR 77, p. 5).





## ***L'applicabilité de l'article 6 § 1 aux fonctionnaires et agents publics***

**Affaires Huber (19 février 1998), Maillard, Cazenave de la Roche (9 juin 1998), Le Calvez (29 juillet 1998),  
Benkessiouer et Couez  
(24 août 1998)**

par

**Odile SIMON**

Présidente de chambre au Tribunal administratif de Versailles

L'applicabilité de l'article 6-1 de la Cour européenne des droits de l'Homme en matière de fonction publique a été fixée par la Cour européenne dans la formule suivante : " Les contestations concernant le recrutement, la carrière et la cessation d'activité des fonctionnaires sortent en règle générale du champ d'application de l'article 6-1. "

Jusqu'en 1997, les litiges de fonction publique portés devant la Cour européenne avaient été circonscrits à des contentieux de pensions ou assimilés et relevant donc dudit article 6-1 de la CEDH. L'Etat en s'acquittant du paiement des pensions, n'exerce pas de prérogatives discrétionnaires et peut donc être comparé à un employeur partie à un contrat de travail régi par le droit privé. Ce dernier critère justifie historiquement l'interprétation étroite de ce texte : les gouvernants ne souhaiteraient pas l'intervention des tribunaux dans les relations entre les autorités et les agents publics.

Avec l'affaire Neigel c/France, la Cour allait être confrontée pour la première fois à un litige de fonction au sens strict dès lors que celui-ci était relatif à un refus de réintégration opposé à un agent contractuel de droit public maintenu en position de disponibilité sans traitement (arrêt du 17 mars 1997). La Cour estime que le litige concernait le refus de réintégration et par suite, le recrutement, la carrière et la cessation d'activité. La demande indemnitaire (arriérés de traitements dus en cas de réintégration) étant alors considérée comme directement subordonnée au constat préalable du refus de réintégration.

La solution retenue dans l'affaire Neigel a-t-elle fait jurisprudence en 1998 ? L'interprétation de l'article 6-1 par la Cour au regard des litiges opposant les fonctionnaires à l'Administration est-elle cohérente ?

La Cour a été amenée à statuer sur six affaires :

affaire Huber (19 février 1998) : applicabilité de l'article 6-1 au regard de la durée des procédures engagées par un fonctionnaire de l'Education nationale en vue d'obtenir l'annulation d'arrêtés le mettant d'office en congé puis le réintégrant à son poste et le non-paiement de son traitement. Les arrêtés du ministère avaient été pris sur le fondement d'un décret du 29 juillet 1921 d'après lequel l'inspecteur académique qui estime, sur le vu d'une attestation médicale ou sur un rapport des supérieurs hiérarchiques d'un fonctionnaire, que celui-ci par son état physique ou mental fait courir aux enfants un danger immédiat, peut le mettre pour un mois en congé d'office avec traitement intégral.

La Cour a décidé l'inapplicabilité.

affaire Maillard (9 juin 1998) : applicabilité de l'article 6 de la CEDH au regard de la durée des procédures engagées par un militaire de carrière en vue d'obtenir la révision d'une notation et la reconstitution de sa carrière.

La Cour a décidé l'inapplicabilité.

affaire Cazenave de la Roche (29 juin 1998) : applicabilité de l'article 6 de la CEDH au regard de la durée de la procédure en indemnisation suite à une radiation des effectifs par le ministre des Affaires étrangères.

La Cour a décidé l'applicabilité.

affaire Le Calvez (29 juillet 1998) : applicabilité de l'article 6-1 de la CEDH au regard de la durée d'une procédure en versement d'indemnités de maladie et d'une compensation de salaire engagée contre l'Etat par un fonctionnaire du cadre territorial de l'agriculture de la Nouvelle Calédonie placé en position de disponibilité.

La Cour a décidé l'applicabilité.

affaire Couez (24 août 1998) : applicabilité de l'article 6-1 de la CEDH au regard de la durée d'une procédure contestant le refus de l'Administration d'imputer des arrêts de maladie d'un policier à un accident de service et par suite de lui appliquer les dispositions relatives au statut des fonctionnaires blessés en service commandé.

La Cour a décidé l'applicabilité.

affaire Benkessiouer (24 août 1998) : applicabilité de l'article 6-1 de la CEDH au regard de la durée des procédures contestant des décisions refusant à un agent de la Poste l'octroi d'un congé de longue maladie et le suspendant de son traitement.

La Cour a décidé l'applicabilité.

Ainsi donc dans deux décisions sur six, la Cour a jugé que l'article 6-1 de la CEDH n'était pas applicable, aux motifs toutes les deux que ces litiges concernaient avant tout la carrière de l'agent. Les quatre décisions ayant admis l'applicabilité sont fondées sur le fait que la revendication des agents porte sur un droit patrimonial qui ne met pas en cause les prérogatives de l'Administration.

A première lecture, on constate un manque de cohérence dans la position de la Cour dès lors qu'elle ne retient pas un critère unique, soit celui tiré du caractère ou non patrimonial du litige, soit celui tiré de la mise en cause des prérogatives de l'Administration. Mais l'analyse des faits de chacune des six décisions permet, au-delà de la motivation de chacune d'elles, de dégager un seul critère.

L'applicabilité de l'article 6-1 de la CEDH s'apprécie au regard de la nature des pouvoirs reconnus à l'Administration de prendre les mesures contestées à l'encontre des agents publics. Si les mesures se rattachent à un pouvoir discrétionnaire de l'Administration, l'article 6-1 de la CEDH est inapplicable :

- dans l'affaire Huber : les arrêtés relatifs à la mise en congé d'office d'un enseignant et à sa réintégration sont fondés sur un décret du 29 juillet 1921 qui a pour objet la protection des agents face au danger que peut leur faire courir un enseignant par son état physique ou mental. La protection de la sécurité publique, celle des enfants, se rattache à une mission de l'Etat à un double titre, sécurité et éducation, dans la mise en oeuvre de laquelle l'Administration dispose nécessairement d'un pouvoir d'appréciation ;

- dans l'affaire Maillard : la contestation portant sur la réorganisation de la procédure de notation, et par voie de conséquence sur le déroulement de la carrière d'un agent -qui était au surplus officier de la Marine nationale- et donc sur son avancement, met en cause le pouvoir d'appréciation de l'Administration.

Si les mesures ne se rattachent pas à un pouvoir discrétionnaire de l'Administration, mais constituent pour celle-ci des obligations découlant de l'appréciation d'un statut, l'article 6-1 de la CEDH est applicable alors même que les droits des agents sont exorbitants du droit commun, au regard des dispositions applicables aux salariés du droit privé, quelle que soit la nature des fonctions exercées par l'agent et alors même que le litige ne serait pas exclusivement patrimonial :

- dans l'affaire Cazenave de la Roche : la procédure était relative à la réparation du préjudice causé par une radiation déclarée illégale par le Conseil d'Etat. L'Administration qui a commis une faute a l'obligation de réparer le préjudice causé ;

- dans les affaires Le Calvez, Couez, Benkessiouer : les procédures sont liées à des demandes d'indemnités, de traitement ou du régime de retraite, institués par le statut de la fonction publique en faveur des agents publics placés en période d'arrêt de travail pour maladie.

Si les questions à trancher dans ces trois affaires par le juge interne ne sont pas comparables aux litiges du secteur privé et par suite ne sont pas détachables de l'appréciation qui doit être portée sur l'application du statut national de la fonction publique, le différend entre l'Administration et l'agent ne met pas en cause un pouvoir discrétionnaire de l'Administration, mais a trait à la mise en oeuvre par celle-ci de droits reconnus aux agents par le droit national.

Peu importe les fonctions de l'agent, M. Couez étant CRS participe à une des missions régaliennes de l'Etat. Tous les agents placés dans la même situation sont dès lors également protégés par la Convention nonobstant la nature de leurs tâches.

Enfin la contestation doit être de nature patrimoniale, mais peu importe qu'elle ne soit pas exclusivement de caractère patrimonial : dans l'affaire Couez : la contestation portait certes sur une demande d'indemnité, mais également sur une décision de mise à la retraite pour invalidité et donc sur la carrière de l'agent.

Les critères dégagés sont un facteur de cohérence. Un nouveau développement est toutefois souhaitable dans la ligne de l'opinion du Juge Foighel dans l'affaire Huber.

Cette jurisprudence de la Cour permet de donner les mêmes garanties à tous les agents exerçant des fonctions publiques : ceux qui exercent des tâches subalternes comme ceux qui sont habilités à exercer des tâches relevant des missions régaliennes de l'Etat, ceux qui relèvent de contrats de droit public ou de droit privé selon les Etats.

Mais cette jurisprudence repose sur une confusion. La Cour n'est jamais appelée à statuer sur la question de savoir si les autorités dans leur pouvoir d'appréciation ont ou non commis une erreur de fait, ou dirait-on en droit interne français une erreur manifeste d'appréciation, en prenant vis-à-vis d'un agent une décision critiquée, mais doit décider s'il y a eu atteinte au droit du requérant d'être entendu dans un délai raisonnable.

La Cour n'a pas à connaître de l'issue d'une contestation opposant le requérant à ses autorités. Cette appréciation des garanties procédurales doit être faite dès lors que les Etats en droit interne autorisent une ingérence des juridictions nationales dans les décisions qu'ils prennent à l'égard de leurs agents.

## **Débat**

### **Paul Mahoney**

Mme Dubrocard, juriste au ministère des Affaires étrangères, est une vieille amie de la Cour de Strasbourg puisqu'elle est agent du gouvernement français dans les affaires devant la Cour. Dans notre système de garantie collective des droits de l'Homme, le gouvernement n'est pas l'ennemi soupçonné de toujours bafouer les droits de l'Homme, mais il est plutôt considéré comme un partenaire qui représente l'intérêt général. On ne peut pas qualifier la procédure de Strasbourg de contentieux objectif, mais je dirais que souvent on s'approche de cette notion.

### **Michèle Dubrocard**

J'ai peut-être une précision à apporter concernant l'affaire Ait-Mouhoub que je connais bien. Je pense qu'il est tout à fait important que les arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme soient des arrêts qui mettent en évidence les dysfonctionnements importants des systèmes internes et qu'ils permettent ainsi aux Etats concernés de redresser des griefs qui existent vraiment. Or, le problème, me semble-t-il, dans cette affaire, c'est qu'il soulève un faux problème. La question fondamentale dans cet arrêt, c'était le droit d'accès du requérant à un tribunal. Il s'était constitué partie civile et le juge d'instruction avait exigé de lui une consignation beaucoup trop importante (en tout cas qu'il jugeait trop importante). Le requérant avait la possibilité de faire appel. Le gouvernement français n'a pas, au moment des observations initiales, présenté cette exception tirée du non-épuisement des voies de recours internes, mais l'a soulevé au stade de la Commission, immédiatement après la décision de recevabilité et a demandé à la Commission, sur la base de l'article 29 de l'ancienne Convention, de revenir sur sa décision (on peut aussi constater que la Commission elle-même n'a pas soulevé cette exception de non-épuisement des voies de recours internes, ce qu'elle aurait tout à fait pu faire et ce qu'elle fait parfois). Lorsque la Commission considère qu'une affaire n'est pas très importante, et surtout que le requérant n'a de fait pas épuisé les voies de recours internes, sans attendre les observations du gouvernement concerné, elle peut d'emblée déclarer la requête irrecevable. La Commission n'a donc pas elle-même soulevé cette exception d'irrecevabilité, et d'autre part, le gouvernement l'a présentée, certes tardivement, mais il l'a présentée. Enfin, lorsque l'affaire a été traitée par la Cour européenne, le gouvernement n'a plus soulevé cette question d'absence de recours sous l'angle de l'exception d'irrecevabilité tirée du non-épuisement des voies de recours internes, le gouvernement s'est placé sur le fond du grief : le caractère bien fondé ou mal fondé du grief, à savoir le droit d'accès à un tribunal mais a considéré que le droit d'accès du requérant à un tribunal n'avait pas été méconnu puisqu'il aurait pu faire appel, ce qu'il n'a pas fait et la Cour n'a pas suivi le gouvernement dans cette optique.

Indépendamment de ces éléments, ce qui est regrettable dans l'arrêt Ait-Mouhoub, c'est qu'en réalité cela n'a pas de conséquences sur le plan interne car la question ne se pose pas. La personne disposait de cette capacité de faire appel de l'ordonnance du juge. C'est un peu regrettable que la Cour européenne des droits de l'Homme prenne des décisions sur des affaires qui en fait non seulement sont des affaires d'espèce, mais n'illustrent pas un dysfonctionnement réel du système interne.

### **Dominique Allix**

Je suis moins certain que Me Delaporte que la motivation soit l'une des composantes du procès équitable. En témoigne l'arrêt Bernard dont je vous parlerai cet après-midi et dans lequel la Cour ne prête aucune attention à l'absence de motivation des arrêts rendus par les Cours d'assises.

### **Me Vincent Delaporte**

Sur l'étendue de la motivation, la Cour a fait preuve d'une grande souplesse, mais elle pose en principe que toute décision doit être motivée dans une procédure équitable, tout en étant souple sur l'étendue de la motivation en fonction de chaque cas d'espèce.

### **Dominique Allix**

Dans l'affaire Bernard que j'évoquais à l'instant, elle s'en moque complètement et passe à côté de la question.

### **Paul Mahoney**

En ce qui concerne l'applicabilité de l'article 6 à la fonction publique : personnellement, je préfère la motivation des Juges Palm, Foighel et Pekkanen : il serait préférable d'arriver à une définition d'une notion autonome de la " fonction publique " pour tous les pays européens, comme l'a fait la Cour de Luxembourg.

Selon cette définition, le statut de fonctionnaire aux fins de notre Convention serait réservé aux postes qui touchent à une mission d'intérêt général ou qui comportent une participation à l'exercice de la puissance publique. Quant à M<sup>me</sup> Neigel, qui était dactylo à la mairie de Biarritz, je ne vois pas pourquoi l'Etat devrait accorder une quelconque immunité à un poste de ce genre. Pour quelqu'un qui travaille au ministère de la Défense ou de la Justice : oui ; les raisons d'accorder l'immunité à un fonctionnaire peuvent se comprendre. Mais fonder la ligne de démarcation

sur le caractère patrimonial ou non du litige est, à mon avis, un peu artificiel puisqu'à la base de pratiquement tout litige il y a un intérêt patrimonial. Le résultat de la jurisprudence actuelle est que si un fonctionnaire conteste une décision lui refusant une promotion, il n'a pas droit à un tribunal (puisque'il s'agit de sa " carrière "), mais s'il conteste une décision lui refusant un échelon, il a droit à un tribunal, avec toutes les garanties que confère l'article 6. Or il s'agit du même statut, du même règlement. Est-ce qu'un Etat peut véritablement instaurer un système de recours pour les litiges concernant les échelons et un autre système quant aux décisions concernant les promotions ? A mon avis, c'est complètement irréaliste. Il vaut mieux dire que pour les ministères centraux, pour la " vraie " fonction publique, il y a une sorte d'immunité, mais pour le reste, pour les gens qui travaillent dans les mairies, par exemple, il n'y en a pas. Aucune justification objective ne permet de distinguer cette dernière catégorie d'emplois publics du secteur privé : l'article 6 s'applique, c'est tout.

Personnellement, j'aimerais constater un revirement de la jurisprudence avec la nouvelle Cour et un réexamen de ce problème.

#### **Odile Simon**

Sur ce point, je n'ai pas abordé la notion d'autonomie de la fonction publique car, pour moi, la question ne se pose pas, dès lors que je pose en principe que la Cour n'a jamais à apprécier la manière dont un gouvernement s'est livré à une appréciation des textes, mais doit apprécier si l'agent a ou non bénéficié de garanties procédurales.

#### **Paul Mahoney**

La notion de fonction publique varie d'un pays à l'autre. En France, pratiquement tout le monde est fonctionnaire. Si l'on parle de l'inapplicabilité de principe de l'article 6 à la fonction publique dans des Etats comme la France, on prive énormément de personnes de la protection de l'article 6, et pour éviter les conséquences néfastes d'une telle approche, on est obligé de recourir à des analyses parfois artificielles, à mon avis, pour conclure à l'applicabilité. Il serait plus simple d'avoir une définition étroite de la fonction publique qui s'applique à tous les pays. C'est ce que je veux dire lorsque je parle de notion autonome. Ce n'est pas la législation nationale qui décide s'il y a ou non fonction publique, c'est la notion autonome aux fins de la Convention.

#### **Odile Simon**

Pourquoi voulez-vous faire échapper à l'article 6 certains litiges de fonction publique ?

#### **Paul Mahoney**

C'est l'objet de cette immunité. On peut comprendre l'intérêt légitime de l'Etat à l'origine de l'idée que l'article 6, qui confère le droit à un tribunal, ne s'applique pas à certains fonctionnaires.

#### **Odile Simon**

Mais quelle est la raison ? Je ne vois pas de justifications à partir du moment où en droit interne l'Etat accepte que les différends entre leurs fonctionnaires et lui-même, quelle que soit la nature des fonctions de ses agents, puissent être déférés à une juridiction nationale. Il n'y a aucune raison de ne pas rechercher si dans le cadre de la mise en oeuvre de ces recours reconnus par le droit français l'intéressé a pu bénéficier des garanties de l'article 6. Il n'y a pas à faire échapper, même de manière restrictive, la fonction publique aux bénéfices de l'article 6.

#### **Paul Mahoney**

Selon son propre libellé, l'article 6 ne s'applique pas à toutes les procédures devant un tribunal, mais uniquement à celles où l'enjeu est un " droit de caractère civil ". Il faut donc établir si cette notion de " droit de caractère civil " s'applique à la fonction publique ou non. La jurisprudence de Strasbourg part de l'idée que lorsqu'il s'agit de carrière ou de promotion, il ne s'agit pas de " droit de caractère civil ", et donc vous contestez ce principe.

#### **Odile Simon**

C'est le fondement même que je conteste. Je considère qu'à partir du moment où l'Etat admet en droit interne que les fonctionnaires peuvent déférer les décisions qui les concernent devant les juridictions nationales, c'est un droit de nature civile et donc l'article 6 est applicable quelle que soit la nature des fonctions exercées par l'agent, même s'il participe aux fonctions régaliennes de l'Etat et quel que soit l'objet de la décision.

#### **Paul Mahoney**

C'est une position très libérale qui reflète celle du Juge Foighel dans ses opinions séparées.

#### **Paul Tavernier**

C'est un problème qui montre que l'article 6 n'est peut-être pas très bien rédigé et nous aurons quelques explications aussi par écrit très bientôt de la part de M. Mahoney sur ces questions<sup>2</sup>. Je voudrais donner un exemple de l'éventuel retour aux sources et à la Déclaration universelle des droits de l'Homme. Toutes les discussions portent sur l'expression "droits et obligations de caractère civil". Or, dans l'article 10 qui inspire l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, ou l'article 14 du Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques, on trouve l'expression "droits et obligations" d'un côté, et de l'autre l'expression "bien-fondé de toute accusation en matière pénale". Il faudrait donc peut-être revenir à des principes plus simples et ne pas s'enfermer dans des discussions sans fin...

Un des intérêts, me semble-t-il, de la jurisprudence de Strasbourg, c'est d'aider les Etats à plus de simplicité, de clarification. C'est vrai que nous discutons des spécificités du système français, mais pour un Britannique, un Allemand ou un Italien, ils trouveraient nos discussions byzantines... Ceci dit, ils ont aussi leurs propres discussions, mais l'intérêt de la Convention est de simplifier et d'aboutir à un droit commun auquel vous faisiez allusion, à une véritable *common law*.

---

<sup>2</sup> Voir P. Mahoney, "How civil is the civil service ?", pp. 549-567, in : *Mélanges en hommage à Louis-Edmond Pettiti*, Bruxelles : Bruylant, 1998, XXIV + 791 p.

## *L'écoute téléphonique d'un tiers et le respect de la vie privée (article 8)*

**Affaire Lambert (24 août 1998)**

par

**Michel MOUCHARD**

Vice-Président du TGI de Rouen chargé de l'instruction

M. Lambert a été poursuivi pour recel de vol aggravé dans le cadre d'une information au cours de laquelle le juge d'instruction avait prescrit aux enquêteurs l'interception des communications téléphoniques émises ou reçues sur une ligne attribuée à RB. Cette écoute, ordonnée par commission rogatoire du 11 décembre 1991 avait vu sa durée prolongée par soit -transmis jusqu'au 31 mai 1992. Le résultat de ces investigations devait être ennuyeux pour M. Lambert puisque par requête du 5 avril 1993, son conseil saisissait la Chambre d'accusation de la nullité des deux renouvellements successifs auxquels il reprochait d'avoir été pris au mépris des articles 100 à 100-7 du Code de procédure pénale issus de la loi du 10 juillet 1991, elle-même rendue nécessaire par la condamnation de la France par la Cour européenne dans les célèbres arrêts *Krusling* et *Huvig*.

Par arrêt du 25 mai 1993 la Chambre d'accusation rejetait la requête pour des motifs qui n'ont pas d'intérêt pour la compréhension de la décision rendue par la CEDH. M. Lambert formait un pourvoi en cassation contre cet arrêt et présentait des moyens tirés des articles 100 et suivant du Code de procédure pénale et de l'article 8 de la Convention.

Le 27 septembre 1993, la Chambre criminelle le disait "sans qualité pour critiquer les conditions dans lesquelles avait été ordonnée la prolongation d'écoutes téléphoniques de la ligne attribuée à un tiers" et déclarait irrecevables "les moyens qui discutent les motifs par lesquels la Chambre d'accusation avait cru devoir à tort examiner, pour les rejeter, les exceptions de nullité". La Chambre criminelle n'avait pas manqué d'observer que la ligne écoutée était attribuée à RB et non à M. Lambert.

M. Lambert saisissait la Commission le 8 février 1994 et soutenait  
-que l'interception de certaines communications téléphoniques utilisées contre lui portaient atteinte au respect de sa vie privée et de sa correspondance car contraires à l'article 8 de la Convention ;  
-qu'il n'avait pas trouvé devant la Cour de cassation le recours effectif prévu à l'article 13.

Dans son rapport du 1er juillet 1997, la Commission concluait par 20 voix contre 12 à la violation de l'article 8 et par 27 voix contre 5 à l'absence de violation de l'article 13.

Il n'a pas été contesté que le fait d'avoir écouté, enregistré, transcrit des communications téléphoniques auxquelles participait M. Lambert constituait l'ingérence d'une autorité publique dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et de la correspondance dont M. Lambert était titulaire au sens de l'article 8 § 1 de la Convention. Pour que cette ingérence soit justifiée, il fallait qu'elle soit prévue par la loi, qu'elle poursuive un ou des buts légitimes prévus à l'article 8 § 2, qu'elle soit nécessaire dans une société démocratique pour atteindre ces buts.

La Cour a admis que l'existence d'une base légale en droit interne et sa qualité ne posaient pas de problèmes. En effet, le juge d'instruction avait ordonné ces écoutes sur la base des articles 100 et suivants du Code de procédure pénale ; ces règles sont accessibles et prévisibles et posées d'ailleurs pour répondre à une précédente condamnation intervenue huit ans plus tôt. Les écoutes des conversations de M. Lambert correspondaient d'autre part à une finalité les rendant admissibles pour la Convention : il s'agissait dans le cadre d'une procédure pénale de découvrir les auteurs d'une infraction ; elle avait donc pour but la défense de l'ordre.

Restait la nécessité de cette ingérence. La Cour rappelle sa jurisprudence constante : les Etats ont une certaine marge d'appréciation "pour juger de l'existence et de l'étendue de pareille nécessité" mais elle "va de pair avec un contrôle européen portant à la fois sur la loi et les décisions qui l'appliquent", même s'il s'agit de décisions émanant de juridictions. De ce point de vue, la Cour reprend sa motivation de l'arrêt *Klass c/RFA* du 6 septembre 1978 dont elle inclut de larges extraits dans sa décision. L'appréciation de l'existence de "garanties adéquates et suffisantes contre les abus est relative" et dépend entre autre du type de recours fourni par le droit interne. "Il y a lieu de rechercher si les procédures destinées au contrôle de l'adoption et de l'application des mesures restrictives sont aptes à limiter à ce qui est nécessaire dans une démocratie l'ingérence résultant de la législation incriminée". "Il faut de surcroît, pour ne pas

dépasser les limites de la nécessité au sens de l'article 8 § 2 respecter le plus fidèlement possible dans les procédures de contrôle les valeurs d'une société démocratique".

Parmi les principes fondamentaux de pareille société figurent la prééminence du droit à laquelle se réfère expressément le préambule de la Convention ce qui "implique entre autre qu'une ingérence de l'exécutif dans les droits d'un individu soit soumise à un contrôle efficace".

L'Etat français est condamné à payer à M. Lambert la somme de 10 000 F pour son préjudice moral, de 15 000 F pour ses frais de procédure.

Pour dire que M. Lambert n'a pas bénéficié d'un contrôle efficace pour contester la mesure d'écoute dont il a été l'objet, la Cour européenne a simplement eu besoin de constater que la Cour de cassation française refuse à la personne écoutée, mais non titulaire de la ligne téléphonique sur laquelle porte l'interception, toute qualité pour critiquer la régularité de l'interception.

Un tel raisonnement, souligne la Cour européenne "pourrait conduire à des décisions privant de la protection de la loi un nombre très important de personnes, à savoir toutes celles qui conversent sur une ligne téléphonique autre que la leur "et aboutir en pratique " à vider le mécanisme protecteur d'une partie de sa substance". C'est donc parce que M. Lambert n'a pas bénéficié d'un contrôle efficace tel que voulu par la prééminence du droit, apte à limiter l'ingérence à ce qui est nécessaire dans une société démocratique, qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention.

Cet arrêt pris à l'unanimité apparaît donc comme une décision à la portée limitée qui ne remet nullement en cause la législation formelle en vigueur en France. Il se présente essentiellement comme une critique de la décision d'irrecevabilité prise par la Chambre criminelle dans le cas du pourvoi formé par M. Lambert et il n'y a pas à en attendre un bouleversement des pratiques françaises en matière d'interception des communications ; s'il précise les droits d'une personne poursuivie dont les communications ont été surprises sur une ligne attribuée à un tiers, il ne dit rien, notamment, des droits des personnes écoutées mais non poursuivies.

La Cour européenne avait eu l'occasion dans ses arrêts *Kruslin* et *Huvig* de rappeler sa jurisprudence fixée depuis l'arrêt *Malone c/ Royaume Uni* du 2 août 1984 selon laquelle la loi applicable doit s'entendre dans son sens matériel de "règle générale". Assez paradoxalement, il est permis de se demander si le problème soulevé par M. Lambert n'était pas susceptible d'être réglé sans intervention de la Cour Européenne sur la base d'une évolution jurisprudentielle commencée en France dès avant les arrêts *Kruslin* et *Huvig* et la loi du 10 juillet 1991. La Chambre criminelle avait pris à l'origine une position très restrictive à l'ouverture du contrôle par la personne poursuivie des interceptions réalisées sur la ligne d'un tiers en décidant par exemple (23 avril 1981) "que les demandeurs au pourvoi n'étaient pas recevables à invoquer une nullité qui ne les concernait pas personnellement " dans une espèce où la ligne téléphonique objet de l'interception était attribuée à l'épouse de l'un d'entre eux.

Elle avait cependant adopté un point de vue beaucoup plus souple (15 mars 1988, 10 mars 1993) en décidant que ne pouvaient se prévaloir d'une atteinte à leurs droits et critiquer une écoute téléphonique "pratiquée à l'égard de tiers" ou "ordonnée au domicile de tiers" ceux qui "n'allèguent aucune atteinte personnelle subie dans les droits reconnus par l'article 8 § 2 de la Convention Européenne" ou "qui n'ont personnellement souffert d'aucune atteinte dans les droits reconnus par l'article 8 de la Convention européenne".

On pouvait assez logiquement déduire de ces décisions que n'était pas recevable à critiquer une écoute celui qui, même si cette écoute constituait une charge à son encontre n'avait pas été personnellement écouté, mais que l'était celui dont les paroles avaient été surprises, quelque soit l'attributaire de la ligne écoutée. Cette solution qui paraissait de bon sens, l'art 8 de la CEDH ne faisant pas dépendre le droit au respect de la vie privée de conditions particulières et le droit pénal français incriminant l'interception "sauvage" des communications téléphoniques quelle que soit la ligne écoutée pour défendre justement le respect de la vie privée, présentait par ailleurs quelque avantage logique.

Ainsi, la jurisprudence, et la loi du 10 juillet 1991, qui n'apporte aucune précision quant aux lignes pouvant être l'objet d'interception n'y a rien changé, admet l'écoute d'un poste n'ayant pas d'attributaire déterminé tel qu'une cabine téléphonique publique ; personne, si l'on admet la position de la Chambre criminelle dans l'affaire Lambert, n'aurait alors les moyens juridiques de contester la validité d'une telle écoute et l'autorité l'ordonnant ou la pratiquant le ferait sans aucun contrôle, hors celui du procureur de la République, l'article 171 du Code de procédure pénale réservant l'action en nullité à la partie que cette nullité concerne et la personne sur la ligne de laquelle l'interception a eu lieu n'étant pas une partie.

L'arrêt Lambert présente donc l'intérêt, il est vrai modeste, de régler pour l'avenir une question sur laquelle la jurisprudence nationale, en évolution non linéaire manquait de prévisibilité.

Critiquant le sens d'une décision judiciaire et non la loi qui en est le support, il présente toutefois l'inconvénient, par la forme d'infirmité qu'il prend nécessairement, de renforcer la croyance en l'existence d'une juridiction de recours de la plus haute juridiction nationale.



# *Liberté d'expression et apologie de la collaboration*

**Affaire Lehideux et Isorni (23 septembre 1998)**

par

Patrice **ROLLAND**

Professeur à l'Université de Paris XII

La condamnation de la France, obtenue en Grande Chambre et à une assez large majorité, indique que la Cour a entendu examiner le cas avec le maximum de solennité. L'arrêt, dans sa forme plutôt prudente, ne se présente pas comme un arrêt de principe mais ce n'est cependant pas un arrêt sans principes. On ne saurait être surpris de cette décision favorable à la liberté d'expression au regard de la jurisprudence ancienne de la Cour. La récente décision du 21 janvier 1999 par laquelle la France vient de nouveau d'être condamnée pour violation de la liberté d'expression montre l'attachement de la Cour à cette liberté tout particulièrement dans le domaine politique. Le gouvernement français avait voulu s'appuyer sur une jurisprudence plus restrictive de la liberté d'expression ; mais il ressort clairement de la décision de septembre 1998 que ces limites ne valent qu'en matière morale et religieuse mais non dans le domaine politique.

Le sujet de l'affaire était peut-être plus difficile car plus sensible que les autres ingérences dans la liberté d'expression dont a pu connaître la Cour. L'affaire soulevait indirectement le problème de l'appréciation du comportement du gouvernement de Vichy sous l'Occupation et des faits de collaboration à la lumière de l'Holocauste, à propos d'un texte défendant la mémoire de l'un des principaux protagonistes de cette histoire, le maréchal Pétain.

## **Une décision prudente mais classique**

On ne se retrouve pas devant un arrêt de principe comme purement l'être les arrêts *Handyside* ou *Sunday Times*. Pourtant le sujet aurait pu s'y prêter puisqu'il s'agit de savoir quelle liberté d'opinion et d'expression accorder à des idées ou à la défense d'un régime ou d'un homme, contraires aux idéaux de la démocratie tels qu'ils sont défendus par la Convention. C'est donc à un arrêt classique que s'en tient la Cour parce qu'elle poursuit sa jurisprudence traditionnelle tant sur l'article 10 que sur l'article 17.

Le refus d'examiner séparément l'article 17 est une position très ancienne de la Cour. Elle a une signification libérale. Invoquée très systématiquement au début de la mise en application de la Convention, la disposition ne fut plus utilisée car elle était systématiquement rejetée. Par sa généralité elle aurait permis de limiter trop gravement les libertés elles-mêmes sous le prétexte de les protéger. L'arrêt De Becker a clairement indiqué que l'article 17 n'avait qu'une portée limitée et ne pouvait s'appliquer à ceux qui menaçaient le régime démocratique que dans une mesure strictement proportionnée à la gravité et à la durée de la menace. Cette disposition constitue donc plutôt un principe d'interprétation qu'une règle à part entière. Ceci justifie qu'elle ne soit jamais examinée séparément des autres droits conventionnels.

La Cour a encore maintenu sa position traditionnelle en ce qui concerne les restrictions à la liberté d'expression. Malgré la demande d'une marge d'appréciation plus grande, elle maintient un contrôle strict de la restriction. Elle écarte, en effet, les deux principaux arguments invoqués par la défense.

Le premier veut prendre appui sur la nature du texte qui ne lui permettrait pas de profiter de la protection de l'article 10 : un encart publicitaire ne peut pas se réclamer de la liberté qui s'attache à un débat historique sérieux. Par différents arguments la France aurait voulu voir consacrer l'idée que la liberté d'expression ne vaudrait que pour un débat sérieux et objectif. Le juge européen, à juste titre, a refusé d'entrer dans cette voie qui réserverait la liberté d'expression à certains organes, personnes, moyens ou méthodes jugés sérieux. La liberté d'expression doit pouvoir emprunter tous les moyens ou toutes les formes de communication qui lui agréent sans avoir à recevoir une estampille de sérieux par l'État ou le juge. Le contenu doit suffire à écarter le caractère commercial que la France aurait voulu voir reconnaître au fait d'utiliser un encart publicitaire consistant d'ailleurs exclusivement en un texte écrit. Quant à l'objectivité d'un débat historique et politique, il est encore heureux que le juge européen ne soit pas entré dans une conception scientifique de l'histoire. Ni le juge ni l'État n'ont à fixer les critères de participation à un débat historique et politique ; en démocratie ils ne sauraient être réservés à quelques uns ; ce qui ne veut pas dire que la communauté académique des historiens n'aient pas le droit de définir les critères du sérieux et de la science historique mais que ce rôle n'appartient pas aux organes de l'État. Le critère de l'objectivité appartient à l'évidence à la seule communauté scientifique, mais jamais à l'État, sous peine de retrouver les pratiques de l'ancienne Union soviétique ou des habitudes dignes de l'Ancien Régime.

Le second argument de la France s'appuyait sur une jurisprudence de la Cour effectivement limitative de la liberté d'expression. En raison du caractère subjectif de l'idée de patrie -était-il soutenu-, il ne saurait en exister de conception uniforme ou commune en Europe et il en résulterait donc une grande marge d'appréciation pour l'État. Par ailleurs, le sujet du débat étant sensible et faisant référence à une histoire propre à la France, le gouvernement peut seul apprécier utilement la portée et les mesures de protection de la sensibilité de l'opinion qui s'imposent. La France invoquait ici la jurisprudence *Otto-Preminger Institut* et *Wingrove*, elles-mêmes inspirées de l'arrêt *Handyside*. Mais la Cour n'a pas fait droit à cet argument. La jurisprudence citée est réservée au domaine de la religion et de la morale. Dans les autres domaines de la liberté d'expression elle maintient un strict contrôle de la marge d'appréciation des États. La prudence dont la Cour fait preuve lorsqu'il n'y a pas de morale commune européenne s'explique par rapport à des mœurs en évolution. Le juge n'a pas à anticiper une évolution de la société qui se prête encore à de fortes oppositions. Il ne peut en être de même à l'évidence en matière politique et historique. Ce sont là des sujets où il est normal qu'il y ait affrontements et oppositions. On ne saurait donc invoquer une opinion commune, ou son absence, pour mesurer la marge d'appréciation ou la portée du contrôle juridictionnel.

### **Une protection particulière de la liberté d'expression en matière politique ou de débats généraux**

La décision de la Cour ne peut se comprendre si on ne tient pas compte à la fois de la distinction qu'elle établit entre le domaine politique ou des débats généraux et celui qui touche à la morale et à la religion qu'elle estime plus sensible. En matière politique ou générale la protection de la liberté d'expression est renforcée parce que, depuis l'arrêt *Handyside*, la Cour considère que c'est un des éléments fondamentaux de la conception pluraliste de la démocratie que protège la Convention. Le pluralisme autorise l'expression d'idées qui choquent ou heurtent.

Dans des formulations souvent implicites la Cour a mis en oeuvre des conceptions qui renforcent la liberté d'expression. En se référant à l'ancienneté des faits (§55), on peut penser qu'elle entend assurer la liberté du débat sur des faits historiques.

Par ailleurs, dans la suite de l'arrêt *Jersild*, la Cour a fait prévaloir une approche subjective de l'intention par rapport à l'approche purement objective de la notion de diffusion de propos racistes ou de propos favorables à un régime politique ayant pratiqué et défendu une politique de collaboration. Le fait qu'elle relève que les requérants se sont explicitement démarqués des actes du régime nazi, montre que contrairement à ce que semble exiger la convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations, elle n'entend pas réprimer purement et simplement le seul fait objectif de la diffusion. Cette distinction aurait été un peu plus claire et mieux fondée si la Cour avait approfondi la remarque selon laquelle on ne pouvait déduire "des termes du texte incriminé que le fait pour les requérants d'exprimer leurs idées constituait une "activité" au sens de l'article 17" (§ 37). La Cour indique en passant ce qui constitue un critère très important dans la tradition libérale pour savoir quelles sont les opinions qui doivent être interdites. L'article 17 ne vise, en effet, que le fait de "se livrer à une activité ou d'accomplir un acte". Il faut séparer les actions et les opinions et ne pas considérer les opinions comme des actions tant qu'elles n'en sont pas la préparation directe. C'est l'une des options fondamentales de la loi française de 1881 lorsqu'elle poursuit la provocation à commettre des actions qualifiées crimes ou délits. Toute la question est donc de savoir si exprimer des idées constitue une action. Si on ne devait pas faire la distinction, il ne subsisterait rapidement plus aucune opposition ou discours contestataire. C'est bien le sens qu'il faut donner à la grande réserve de la Cour à l'égard d'une invocation trop fréquente de l'article 17. C'est tout l'enjeu des notions de provocation ou d'apologie mises en oeuvre par la Cour de cassation. Il est évident qu'il est une façon d'entendre l'apologie qui réduit à fort peu de chose la liberté d'opinion et d'expression. Historiquement cette question fut illustrée par la répression des opinions anarchistes à la fin du 19<sup>e</sup> siècle : dès que l'apologie de l'anarchie ne fut plus liée, à supposer qu'elle l'ait toujours été, aux attentats anarchistes, la répression de l'apologie devint la poursuite d'un délit d'opinion.

L'attention de la Cour européenne des droits de l'Homme devait donc se fixer sur la façon dont la Cour de cassation entend l'apologie du crime de collaboration et c'est sur ce point que la condamnation va porter. Celle-ci a apprécié la notion dans l'absolu, c'est-à-dire sans tenir compte du contexte dans lequel l'apologie a eu lieu. Car il y a bien eu apologie puisque c'était l'objet même de l'association que d'obtenir la réhabilitation du maréchal Pétain. Mais à partir du moment où les requérants se sont clairement exprimés à l'égard du nazisme, la Cour entend que l'apologie soit appréciée à la lumière des circonstances d'ensemble de l'affaire : ancienneté des faits, intention subjective des auteurs qui se sont explicitement désolidarisés du nazisme. Pour que la répression d'une opinion soit justifiée, il faut qu'il y ait un lien suffisant entre l'apologie et le risque de commettre de nouveau les mêmes actes. Les circonstances montrent que la démocratie française n'était pas immédiatement menacée par un discours dont les éléments sont connus et diffusés depuis très longtemps, arguments que le travail historique dément d'ailleurs un peu plus chaque jour. La Cour a pu noter que le comportement des autorités françaises montrait qu'elles n'avaient certes pas immédiatement perçu les dangers que l'article publicitaire paru dans un quotidien faisait courir à la démocratie française. L'association au nom de laquelle les deux requérants s'exprimaient, existait depuis longtemps, était régulièrement constituée et n'avait jamais fait l'objet de poursuites et encore moins de menaces de dissolution. Tout ceci tend à montrer que l'ordre public qui justifie une

protection et une limitation de la liberté d'expression doit être entendu de façon strict, c'est-à-dire largement matériel. Les menaces qui justifient l'ingérence doivent comporter des risques matériels suffisants. Ceux-ci sont constitués d'appel ou d'apologies directs à commettre des actions criminelles ou délictuelles. Quant aux idées mauvaises ou contraires à la démocratie, la Cour indique qu'il existe "d'autres moyens d'intervention et de réfutation" qu'une lourde condamnation pénale (§57).

Même si elle ne leur a pas donné une forme solennelle ou principielle, la Cour a repris ses principes classiques et fait application de la doctrine libérale en matière de liberté d'opinion et d'expression. Il est vrai qu'elle semble réserver cette doctrine libérale essentiellement aux débats politiques ou de nature générale ; elle devrait réexaminer dans le même sens libéral sa jurisprudence sur la liberté d'expression dans le domaine des mœurs et de la religion, celle-là même qui fut invoquée par la France pour justifier la répression dans cette affaire<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Pour un commentaire plus développé de cette affaire, voir P. Rolland, "Liberté d'expression et délit d'opinion : la démocratie peut-elle se protéger en défendant une histoire officielle ? ", note sous CEDH, 23 septembre 1998, *Lehideux et autre c. France*, *Dalloz*, n° 16, 22 avril 1999, jurisprudence, pp. 223-228.

## **Débat**

### **Paul Mahoney**

Non seulement les juristes, mais aussi les non-juristes, et même les clients des cafés du commerce ont un point de vue sur les écoutes téléphoniques et sur les faits qui sont à l'origine de l'affaire Lehideux-Isorni... Je m'attends donc à un vif débat sur les rapports qui viennent d'être présentés.

### **Un intervenant dans la salle**

En ce qui concerne l'argumentation de la Cour. Elle se défausse derrière le ministère public qui n'a pas poursuivi dans l'affaire Lehideux-Isorni. Vous avez dit une chose qui est vraie, mais en même temps, c'est la Cour en réalité qui se défausse. Dans l'affaire Jersild c/Danemark, elle reproche à un journaliste tout simplement d'avoir exercé son métier correctement et elle condamne l'Etat danois... Dans l'affaire Lehideux, elle dit que le gouvernement français aurait dû peut-être poursuivre et faire poursuivre de manière beaucoup plus explicite. Elle adopte deux positions différentes : elle souffle le chaud et le froid. Dans la première affaire, elle condamne le Danemark qui est impliqué normalement, mais dans l'affaire Lehideux, elle dit à la France qu'elle aurait dû faire quelque chose. C'est ce qui m'attriste dans le cheminement intellectuel de la Cour.

### **Patrice Rolland**

Dans la position de la Cour à l'égard du ministère public français, il faut comprendre, me semble-t-il, dans quel contexte on se trouve. L'argument de la Cour est utilisé sous deux angles différents. La France invoque l'article 17 (on a le droit de se protéger contre des actions qui menacent les valeurs défendues par la Convention, c'est-à-dire les valeurs de liberté). La Cour doit dire : vous n'avez pas dissous les associations, vous ne les avez pas empêchées de s'exprimer et lorsqu'elles se sont exprimées vous ne les avez pas poursuivies. Il faut que le gouvernement soit logique : vous ne pouvez pas demander à la Cour effectivement de poursuivre et de condamner ce qu'il n'avait pas envie de condamner pour toutes sortes de raisons, puisque c'est à lui d'abord, selon le principe de subsidiarité, d'appliquer la Convention à la lumière des circonstances locales, etc. Je crois que c'est un peu la réponse du berger à la bergère. Le gouvernement invoque la menace de l'ordre public, républicain et démocratique, par les propos d'Isorni. Mais la Cour lui réplique : tout d'un coup si vous découvrez qu'il menace l'ordre public et les valeurs démocratiques, il y avait tout de même toutes les autres procédures à suivre avant. Autrement dit, c'est ce que j'ai appelé la présomption de respect de l'ordre public. Cette association existe depuis au moins 1960 en vue de faire réhabiliter le Maréchal Pétain ; elle n'émeut pas les foules outre mesure, et elle ne draine pas beaucoup de monde (mais les circonstances peuvent changer bien sûr et ce qui était anodin dix ans auparavant, peut devenir dangereux...) et c'est justement le rôle de l'Etat d'apprécier ce risque au premier chef. J'ai envie d'aller un peu plus loin ; c'est un rappel du principe de subsidiarité et j'admire le juge qui dit : commencez à faire le premier votre travail et à appliquer la Convention, à bien l'appliquer, avant de me demander de vous suppléer dans vos insuffisances ou vos hésitations. Je crois que l'argument est un peu circonstanciel car la France y est allé fort en invoquant l'article 17 qui n'est pratiquement plus jamais invoqué séparément. Je comprends un peu la réponse de la Cour.

Par rapport à l'arrêt Jersild, c'est un peu différent. Le Danemark avait manifestement une législation qui appliquait purement et simplement la Convention sur la discrimination. Or la France a fait une réserve explicite sur ce point là. Il n'était pas question d'appliquer la Convention sur la discrimination et de toucher aux principes traditionnels de la France en matière de liberté d'expression. C'est ce que M. Toubon avait oublié quand il a préparé son projet de loi relatif à la lutte contre le racisme. Il avait oublié cette réserve. Alors est-ce que le ministère de la Justice peut suspendre la réserve française (je ne suis pas un bon internationaliste) ? La réserve est quand même extrêmement typique : obligation d'édicter des dispositions répressives qui ne soient pas incompatibles avec les libertés d'expression, d'opinion, de réunion et qui sont garanties par ces textes (sous entendu la Déclaration universelle des droits de l'Homme, etc.) ; il y a là un sujet difficile, mais la France avait une position assez précise au départ.

### **Michèle Dubrocard**

Je ne vais pas reprendre l'ensemble des arguments du gouvernement français dans l'affaire Lehideux-Isorni. Pour ceux qui sont intéressés, je les invite vivement à prendre connaissance du mémoire que le gouvernement français a adressé à la Cour. Il est relativement dense et la Cour ne reprend pas, loin s'en faut, tous les arguments développés par le gouvernement dans son mémoire.

Je vais répondre à deux questions.

Concernant le rôle du ministère public : ce n'est pas le ministère public qui juge, ce sont des juges qui ont pris une décision au niveau de la Cour d'appel, laquelle décision a été confirmée par d'autres juges au niveau de la Cour de cassation. Que le ministère public ait choisi de ne pas prendre des réquisitions en faveur de la condamnation est une

chose, mais il ne faut pas oublier qu'en France ce n'est pas le ministère public qui juge, même si on lui reproche parfois son manque d'indépendance, ce n'est pas lui qui prend la décision en dernier lieu.

Pour ce qui est de l'Association légalement constituée, l'argument est très simple. Ce n'est pas parce qu'une Association est légalement constituée qu'elle peut se livrer à des activités contraires à l'ordre public et à la loi, et qu'elle ne puisse pas être condamnée. Mais je ne veux pas rentrer à nouveau dans le détail des arguments.

Ce qui est important, d'une manière beaucoup plus générale par rapport à la jurisprudence de la Cour, c'est que sa jurisprudence sur l'article 10 est certainement l'une des jurisprudences les plus contestées et parfois contestable. On a fait référence à l'affaire Jersild, on pourrait aussi faire référence à l'affaire Otto Preminger Institut, et surtout à l'affaire Wingrove. Ce que le gouvernement français avait soulevé dans le cadre de sa plaidoirie devant la Cour, c'était que la Cour européenne dans l'affaire Wingrove avait considéré qu'il y avait lieu de laisser une large marge d'appréciation aux autorités nationales quand il s'agissait des convictions religieuses d'une personne qui pouvait être offensée par la production d'un film vidéo sur les extases de Sainte Thérèse d'Avila. En établissant un parallèle, on ne voit pas pourquoi les autorités nationales ne disposeraient pas d'une marge d'appréciation à tout le moins similaire quand ce sont non pas des convictions religieuses qui sont en jeu, mais la mémoire d'hommes et de femmes qui ont été directement victimes de l'holocauste, et qu'ils ne puissent pas faire valoir des arguments par rapport à une période de l'histoire à laquelle, on le sait bien et cela n'est contesté par personne aujourd'hui, Philippe Pétain et son gouvernement ont pris directement part, ou ont eu en tout cas des complicités importantes. Cela est la vraie question.

Du point de vue de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, si on accepte qu'il y ait une marge d'appréciation en matière religieuse parce que les convictions religieuses de certaines personnes seraient offensées, on ne voit pas pourquoi d'autres personnes, dans un autre contexte, ne pourraient pas être offensées compte tenu de ce qu'elles ont vécu à une période donnée de leur histoire, elles ou leurs auteurs. Contrairement à ce que vous dites M. Rolland, je pense que l'arrêt Lehideux-Isorni est un arrêt où la Cour n'a fait preuve d'aucune prudence. La prudence la plus élémentaire dans cette affaire, c'était effectivement de laisser aux autorités nationales le soin d'apprécier par elles-mêmes s'il convenait de protéger ou pas la mémoire de certaines personnes. Je ne rentrerai pas une fois encore dans l'ensemble de l'argumentation qui a été utilisée, ce n'est pas une question passionnelle, c'est une question de cohérence de la Cour européenne vis-à-vis de l'article 10 et vis-à-vis de ce qu'elle entend sur la notion de marge d'appréciation.

### **Patrice Rolland**

Je ne vais pas répondre longuement car c'est un immense débat. Sur le fait que la France ait utilisé les arguments de l'arrêt Otto Preminger et Wingrove, elle avait raison de les utiliser. Dans toute jurisprudence, il y a des choses qui ne sont pas dites et qu'on sent... Il est clair que la Cour fait des distinctions matérielles entre les sujets d'expression. Je ne les justifie pas nécessairement. Dans l'arrêt Otto Preminger, il y avait bien d'autres solutions que de justifier ce qu'avait fait l'Etat autrichien. Les affaires Otto Preminger et Wingrove ont quelque chose en commun. On ne peut pas parler des extases de Sainte Thérèse d'Avila comme cela. Ce sont des extases mises en scène, de type érotiques, extrêmement crues. Dans l'affaire Otto Preminger, c'est aussi le même sujet, entre Dieu, la Sainte Vierge et autres.... Dans ces deux arrêts la Cour refuse de traiter de la même façon l'expression des idées (politiques, portant sur des questions générales ou même religieuses) et la production d'images qui choisissent délibérément de choquer une frange de la sensibilité (ici catholique ou chrétienne). La Cour est beaucoup plus libérale pour l'expression intellectuelle que pour l'expression visuelle.

L'autre argument que je voudrais rappeler est le suivant : le gouvernement français n'a pas lancé les poursuites, ce sont les Associations des victimes qui l'ont fait. Mais est-ce que les victimes doivent pouvoir bloquer toute forme d'expression dès lors qu'il y a un débat historique ? Pour peu qu'on rattache l'histoire de toute la Seconde guerre mondiale, de 1939 à 1945, au phénomène de l'Holocauste, qui pourra encore parler de la guerre, s'il y a un association qui se plaint qu'on ne présente pas les choses sous un jour favorable ? Il y a un problème de liberté du débat historique à laquelle la Cour a été sensible fugitivement. Je crois que c'est là le noyau le plus important de sa position qui a peut-être emporté la position de la majorité, en considérant que tout le monde après tout pouvait parler ou se défendre. Je pense que c'est un enjeu important et les milieux historiques en parlent. C'est un débat qui se pose aussi devant d'autres tribunaux. Il faut tenir compte de cet aspect.

### **Michèle Dubrocard**

Sans monopoliser le micro, je voudrais tout de même dire que lorsqu'on parle de débat historique dans l'affaire Lehideux-Isorni, on parle comme les requérants. Cela a été toute leur argumentation du début à la fin. Leur texte, qui a été considéré par des juges comme apologétique, s'inscrivait dans un débat historique. C'est rentrer dans leur jeu que de dire que ce texte se situait dans un cadre historique. Précisément, le gouvernement français l'a indiqué dans son mémoire, ce texte ne s'inscrivait pas dans un débat historique puisqu'il était de nature apologétique. Il est quand même extraordinaire de voir que la Cour dans son arrêt parle encore de cette thèse du bouclier, du rôle suprêmement habile

que Pétain aurait joué pendant la Seconde guerre mondiale. Cette thèse ne tient plus pour tous les historiens actuels qui examinent cette question, et pas seulement les historiens français, les historiens américains, allemands, canadiens. Si on veut entrer dans un débat historique, ce qui à mon avis n'est pas le rôle de la Cour européenne des droits de l'Homme, alors il faut accepter le fait que ce texte ne s'inscrit pas du tout dans un débat historique.

### **Patrice Rolland**

Je me pose la question, et je vous la pose : est-ce que c'est à l'Etat de définir ce qu'est un débat historique ? La plupart des historiens soutiennent que le seul moyen est le débat, et que ceux qui ne sont pas d'accord doivent pouvoir prendre la parole, etc. Si l'Etat, ou le juge européen aussi sage soit-il, se met à définir quel est le débat historique sérieux, le débat qui n'est pas sérieux, le débat publicitaire ou le débat du café du commerce, nous ne sommes plus dans un régime de liberté. C'est une question en débat et le juge français est souvent sollicité de définir le débat historique.

### **Raymond Goy**

Premier élément : c'est cette internationalisation du débat judiciaire. je crois que dans un domaine qui évidemment agite terriblement, on le comprend, les opinions nationales, l'internationalisation de ce Tribunal apporte une certaine objectivité ou objectivisation.

Deuxième élément : c'est le temps qui passe. Et voici qu'aujourd'hui, paradoxalement, alors que la Convention nous habitue à dire que quand les procès sont très longs c'est contraire à la Convention, on s'aperçoit qu'un procès très long au contraire aboutit peut-être lui aussi à un certain apaisement et à une certaine objectivation. Votre appel m'a beaucoup frappé et me semble juste : vous avez tout à l'heure exprimé l'idée que le temps passé en matière d'histoire est de nature à rassurer mais qu'il n'en laisse pas moins le débat ouvert aux historiens et que ceux-ci ont la responsabilité principale de le poursuivre.

### **Arnaud Bories** (DEA droit public, Sceaux)

Il fallait rappeler une chose essentielle à propos de la proportionnalité. Les requérants avaient été condamnés en France effectivement pénalement, mais seulement à 1 F de dommages et intérêts. La Cour européenne intervient ensuite en disant que la condamnation était disproportionnée, ce qui est un peu curieux !

Sur l'intentionnalité, qui était le fil conducteur de votre exposé, vous avez comparé l'affaire Jersild et cette affaire. Dans l'affaire Jersild, le journaliste n'avait effectivement rien dit et son émission n'avait été que le support de propos racistes. Dans l'affaire Lehideux-Isorni, ils étaient parfaitement conscients de leurs propos qui étaient intentionnels. C'est vrai, qu'ensuite, ils se sont aperçus qu'ils étaient allés trop loin et ont dit qu'à aucun moment ils n'avaient voulu minimiser le problème du génocide juif. De toute manière, ils ont fait une apologie impressionnante de Pétain qui faisait l'impasse complète sur cette question. Leurs propos sont donc intentionnels et ce fil conducteur de votre exposé mérite d'être relevé.

### **Patrice Rolland**

L'intentionnalité ne porte pas sur leurs propos. Pour la Cour, il ne s'agit pas d'une affaire quelconque. On ne parle pas du Maréchal Pétain comme on parlerait du général Mangin en 1917 ou de Nivelles, même si c'est difficile. Le poids de l'Holocauste est derrière tout cela. La Cour interdit les propos négationnistes. Lehideux et Isorni ne se sont jamais associés aux propos négationnistes, ni à une apologie ou à une minimisation de l'Holocauste, même si politiquement nous avons le droit de dire : vous êtes quand même complices par le biais d'une interprétation politique et morale, mais qui n'a pas de valeur juridique puisque ni Lehideux ni Isorni n'ont fait le travail de Touvier. Il faut tout de même faire une distinction car sinon par contamination progressive, c'est la France entière qui est réduite au silence sur le sujet. L'intention porte bien sur la seule réserve absolue que pose la Cour : êtes-vous négationnistes ou pas ? Ce propos là est interdit. Ils ne le sont pas. Ils ont dit qu'ils ne l'étaient pas. Il faut s'en tenir à ce qu'ils disent. Selon Montesquieu (il raconte qu'un personnage grec a rêvé la nuit qu'il égorgeait le tyran et le tyran l'a fait exécuter), il s'agit d'une grande tyrannie parce que le droit ne connaît que ce qui est extérieur<sup>4</sup>. Je ne connais pas les intentions de Lehideux et Isorni, mais ils ont publiquement dit qu'ils refusaient toute idée négationniste. Je crois qu'il faut s'arrêter là car ensuite nous entrons dans une inquisition qui relève d'un autre ordre et en principe qui ne relève pas d'un Etat laïc et libéral.

### **Alexis Guedj** (ATER à l'Université de Lille II)

Quant à la marge d'appréciation, je suis un peu étonné qu'on puisse comparer la marge d'appréciation des arrêts Wingrove et Otto Preminger et celle laissée à l'Etat français dans l'affaire Lehideux-Isorni, parce qu'il me semble que la ligne de conduite Handyside, Wingrove et Otto Preminger concerne les questions relatives à la morale et à la religion, et

---

<sup>4</sup> La citation figure au livre XII, 11 de *l'Esprit des Lois* : “ Un Marsyas songea qu'il coupait la gorge à Denys. Celui-ci le fit mourir, disant qu'il n'y aurait pas songé la nuit s'il n'y eut pas pensé le jour. C'était une grande tyrannie : car quand même il y aurait pensé, il n'avait pas attenté. Les lois ne se chargent de punir que les actions extérieures ”. P.T.

plus particulièrement à la sexualité. Dans l'affaire Lehideux, le problème n'est pas celui-ci. Ses auteurs ont passé sous silence la politique de collaboration active menée par le gouvernement de Vichy. Je rappellerai seulement que si l'armistice a été signé le 22 octobre, la loi sur le statut des Juifs date du 3 octobre. Ce qui veut dire que cette politique a mené les gens à Drancy et les a conduit aux camps d'extermination. Quand on dit que l'intention des auteurs, et je déborde sur l'intention maintenant, n'est pas une intention malveillante, je suis un peu insurgé et quand on compare l'arrêt Jersild à cet arrêt, je me permettrai de faire une autre remarque. Dans l'arrêt Jersild, ce sont aussi les libertés journalistiques qui sont en jeu parce que le requérant est un journaliste. Il interviewe les skinheads danois pendant plus de six heures. Il fait un montage d'à peine dix minutes. Il prend simplement les propos les plus outrageants et ceux qui portent le plus atteinte aux droits moraux d'autrui et c'est de ceux-là qu'on parle. On dit aussi que l'intention de Jersild n'est pas celle d'un raciste, peut-être, mais il a abreuvé les skinheads danois avec de la bière pour leur faire dire ce qu'il voulait entendre. C'est important quand on parle de l'intention des auteurs. De la même façon, quand on parle de l'affaire Lehideux et Isorni, on sait de qui il s'agit. On connaît leur passé politique et leur intention. C'est un peu comme si aujourd'hui on voulait nous faire dire, et certains cherchent à nous le faire dire, que parmi Le Pen et Mégret, l'un est plus raciste que l'autre, alors que l'on est au sein d'un mouvement fasciste, raciste et xénophobe.

### **Patrice Rolland**

Vous avez en partie raison : c'est effectivement sur la question des moeurs et de la morale que la jurisprudence s'est faite, mais l'affaire Handyside était aussi politique puisque l'éditeur était gauchiste et qu'il avait un fort appui politique. L'arrêt *Sunday Times* dit à peu près la même chose. La liberté d'expression est une catégorie que la Cour porte, notamment pour la presse, assez haut. Je ne crois pas que ce soit ni au juge ni à l'Etat à faire le travail des historiens, des philosophes et des moralistes. L'Etat maintient l'ordre public. Pour le reste, il y a à se battre et à débattre. Vous avez raison de dire que les arguments de Lehideux et Isorni sont dérisoires. Tout le monde le sait ; les historiens ont travaillé sur l'argument du bouclier. Je ne sais pas très bien pour qui il fait encore illusion, ce qui fait que le danger me paraît un peu minime. Le problème est plus vaste, c'est la question de savoir qui peut parler légitimement ? Si seules certaines personnes peuvent le faire, je pense que nous retournons à l'Ancien Régime.

### **Catherine Teitgen-Colly**

Il a été dit tout à l'heure qu'exprimer une opinion était différent de mener une action au sens de l'article 17, c'est ce qui ressortirait de l'un des paragraphes de la décision de la Cour. Pourtant l'article 17 vise quiconque se livre à une activité ; n'est-ce pas dès lors un peu rapide de dire qu'exprimer une opinion n'est pas une action ? Est-ce cela que la Cour dit, et est-ce la première fois ? ou bien est-ce une interprétation personnelle de ce que la Cour a dit ?

### **Patrice Rolland**

Je rappelle un argument qui est repris dans la décision de recevabilité et qui n'apparaît pas dans le rapport de la Commission. La Cour le reprend en résumant la décision de recevabilité : " en outre il ne pouvait se déduire des termes du texte qu'exprimer des idées constituait une activité... ". Pourquoi le rappelle-t-elle, alors qu'effectivement elle n'a peut-être pas rappelé tous les arguments et soulevé tous les arguments ? Je ne le sais pas. J'ai été prudent. Je l'ai signalé et fait le rapprochement avec d'autres éléments du texte : le fait qu'elle ne veut pas examiner séparément l'article 17, par exemple, et qu'au fond elle le neutralise derrière l'article 10, me semble-t-il.

### **Antoine Buchet**

Je ne suis pas de l'avis de M. Rolland lorsqu'il dit que c'est un arrêt prudent. Il me semble au contraire qu'il s'agit d'un arrêt où les juges ont fait preuve d'une certaine légèreté. On peut même parler d'une certaine complaisance à certains endroits, et, en tout cas, d'un manque de rigueur juridique.

Le gouvernement avait effectivement insisté sur le fait qu'il s'agissait d'une publicité commerciale, domaine dans lequel la " marge d'appréciation " des Etats est plus étendue. C'était un argument recevable, pas un " fond de tiroir " ; c'était d'ailleurs un argument que l'on retrouvait dans les opinions dissidentes de certains membres de la Commission, et dans plusieurs arrêts de la Cour. Il y avait, dans cette affaire, un rapport marchand entre les requérants et le journal *Le Monde*. La Cour a sans doute été impressionnée par la publication dans *Le Monde*, et c'est toute l'habileté de MM. Lehideux et Isorni que d'avoir choisi ce quotidien pour insérer leur encart publicitaire, qu'ils ont payé. Ce n'était pas un article de fond, ce n'était pas une libre opinion des requérants parue en page " débats " du journal. Je crois qu'à cet argument la Cour n'a pas répondu avec suffisamment de rigueur.

Le deuxième élément qui révèle à mon sens la légèreté de la Cour européenne dans cette affaire, c'est le paragraphe 55, relatif à l'ancienneté des faits. C'est effectivement l'un des éléments déterminants dans la motivation de l'arrêt, ainsi que M. Rolland l'a très justement fait remarquer. Ce qui me semble contestable, et pour le moins léger, quel que soit l'avis que l'on puisse avoir sur cette notion d'écoulement du temps, c'est ce passage, je cite : " le recul du temps entraîne qu'il ne conviendrait pas, 40 ans après les faits, de leur appliquer la même sévérité que 10 ou 20 ans

auparavant”. Tout d’un coup la Cour européenne établit une sorte de fourchette, de 10 à 20 ans, qui constitue le délai de décence, le délai de viduité, au-delà duquel on pourrait se permettre certains écarts. Je ne vois là aucune trace de la prudence dont a fait état précédemment ; je vois au contraire une légèreté étonnante, notamment dans un arrêt qui essayait de “ tenir ”, et qui, brusquement, à bout de souffle, lâche cet argument définitif.

En ce qui concerne enfin la protection de la liberté du débat historique, il me semble nécessaire de rappeler que la Commission, dans une décision Marais c/France, avait déclaré irrecevable la requête introduite par un historien révisionniste. Le hasard fait que cette décision fut rendue le même jour que la décision de recevabilité dans l’affaire Lehideux et Isorni.

M. Rolland a cité Montesquieu. On fait souvent appel à la philosophie des Lumières pour dénoncer les atteintes aux droits de l’Homme. Malheureusement, la citation est un exercice difficile, et réversible. Rappelons-nous simplement ce que disait Montesquieu sur l’esclavage, dans *l’Esprit des Lois*, pour en défendre les fondements et l’intérêt. Il écrivait notamment, je cite approximativement, que “ Dieu n’a pas pu vouloir mettre une âme dans un corps tout noir ”...<sup>5</sup>

### **Patrice Rolland**

Je répondrai seulement sur l’argument publicitaire. Qu’est-ce que vous faites de toutes les pétitions qui passent sous forme de communiqués ? Les Arméniens plaident sous forme de communiqués payants. On ne peut pas séparer le contenu de la forme.... C’est tout de même hypocrite. On ne peut pas traiter une publicité commerciale payante de la même façon qu’un encart même payant pour se défendre ou défendre des idées. C’est sûrement désolant de payer pour défendre ses idées, bonnes ou mauvaises. Les Arméniens ne le font que sous cette forme et cela fait partie de la liberté d’expression. On ne peut pas scinder artificiellement la forme et le fond.

Les autres problèmes soulevés sont immenses et je ne peux pas monopoliser la parole.

### **Paul Mahoney**

J’ai bien sûr des remarques à faire sur les commentaires qui ont été émis sur la qualité de l’arrêt Lehideux et Isorni. Mais je dirai seulement qu’il y a une certaine cohérence dans la jurisprudence de la Cour.

On peut déceler dans cette jurisprudence une distinction opérée entre, d’une part, les domaines du débat politique et du débat sur des questions d’intérêt général et, d’autre part, les domaines des mœurs et de la religion, domaines qui ne sont pas considérés comme aussi importants dans la vie démocratique de nos pays. Pour la dernière catégorie, la marge d’appréciation des autorités nationales est beaucoup plus large. Il y a une cohérence. Qu’elle vous plaise ou non, c’est une autre question. Dire que la jurisprudence est incohérente est, à mon avis, une critique injustifiée. Je ne dis pas que je partage toujours le point de vue ou même les conclusions exprimés dans les arrêts. Mais il y a quand même une certaine vision du rôle de la liberté d’expression dans notre société et de la liberté que les gouvernements doivent accorder même aux groupes qui ne sont pas populaires à un moment donné de l’histoire.

Dans cette affaire, dans laquelle je n’ai pas été directement impliqué, j’ai compris le raisonnement de la façon suivante : le but des associations était légitime et licite aux yeux de la loi française et la “ publication litigieuse se situ[ait] dans le droit fil de l’objet social des associations à l’origine de celle-ci ” (paragraphe 56 de l’arrêt). Il était donc difficile de justifier une condamnation alors que la publication ne reflétait que les objets des associations. Il ne s’agissait pas dans la publication litigieuse d’une apologie du racisme ni du révisionnisme. Bien sûr, les requérants recherchaient la révision du procès Pétain, mais ce n’était pas du révisionnisme. Il ne s’agissait pas non plus d’une tentative de réécrire l’histoire ou de déformer ou de nier ce que l’arrêt appelait des “ faits historiques clairement établis ”. C’était plutôt une invitation à entrer dans un débat sur la conduite du Maréchal Pétain. Les autorités nationales peuvent, dans l’exercice de leur marge d’appréciation, sanctionner des paroles racistes ou révisionnistes émises lors d’un tel débat, mais elles ne peuvent pas purement et simplement interdire le débat. C’est le raisonnement qui est à la base de cet arrêt.

---

<sup>5</sup> La citation exacte de Montesquieu se lit ainsi : “ Si j’avais à soutenir le droit que nous avons eu de rendre les nègres esclaves, voici ce que je dirais... On ne peut se mettre dans l’idée que Dieu, qui est un être très sage, ait mis une âme, surtout une âme bonne, dans un corps tout noir ” (*De l’Esprit des Lois*, XV, 5). Ce passage figure dans le livre XV intitulé “ Comment les lois de l’esclavage civil ont du rapport avec la nature du climat ” qui débute par une définition de l’esclavage et qui précise que celui-ci “ n’est pas bon par sa nature : il n’est utile ni au maître ni à l’esclave ” (XV, 1). Par ailleurs, Montesquieu réfute l’opinion d’Aristote selon lequel il y aurait des esclaves par nature : “ comme tous les hommes naissent égaux, il faut dire que l’esclavage est contre la nature, quoique dans certains pays il soit fondé sur une raison naturelle ” (XV, 7). L’opinion de Montesquieu sur l’esclavage est donc nuancée et fondée sur sa théorie des climats et des régimes politiques. P.T.

Dans l'affaire Jersild, il s'agissait d'un reportage sur des faits de société inacceptables, mais des faits, et la bonne foi du journaliste n'a pas été contestée par le gouvernement danois. S'il l'avait contestée, peut-être que la décision aurait été différente.

## *L'expertise médicale et la présomption d'innocence*

**Affaire Bernard (23 avril 1998)**

par

**Dominique ALLIX**

Professeur à l'Université de Paris-Sud

Accusé de plusieurs vols à main armée, M. Bernard est renvoyé devant la Cour d'assises du Haut-Rhin qui procède à l'audition des experts psychiatres commis par le magistrat instructeur. Ces experts ayant déclaré qu'il était "dangereux du fait des faits et que ne se reconnaissant ni malade, ni coupable donc, il n'était pas curable", M. Bernard leur reproche de s'être prononcé sur la culpabilité et demande à la Cour de lui en donner acte. La Cour rejette ces conclusions au motif que ces phrases ou bribes de phrases, même si elles avaient été prononcées, étaient sorties du contexte dans lequel elles avaient été dites et qu'elles n'établissaient pas que les experts aient préjugé du fond, ni qu'ils se soient prononcés sur la culpabilité de l'accusé, alors même qu'au cours de leur audition, ils avaient toujours pris soin de préciser qu'ils exposaient le résultat de leur mission en rapport à des faits qui étaient niés par l'accusé.

Déclaré coupable des faits qui lui étaient reprochés et condamné à dix ans de réclusion criminelle, M. Bernard se pourvoit en cassation et fait valoir que les phrases prononcées par les experts étaient contraires au principe de la présomption d'innocence selon lequel ils avaient le devoir de ne pas manifester leur opinion sur la culpabilité de l'accusé. La Cour de cassation rejette ce pourvoi au motif que les propos rapportés ne constituaient pas un manquement au serment des experts d'apporter leur concours à la justice en leur honneur et conscience, tel que prévu par l'article 168 C.P.P.

Se plaignant d'une violation de son droit à un procès équitable et du principe de la présomption d'innocence, M. Bernard a saisi la Commission qui, par sept voix contre sept avec la voix prépondérante de la présidente, a conclu qu'il y avait bien eu violation du droit à un procès équitable, ce qui rendait sans objet l'examen du grief concernant la présomption d'innocence. Mais, saisie par la Commission, la Cour a conclu, par huit voix contre une, qu'il n'y avait eu aucune violation des articles 6 §§ 1 et 2.

Rappelant que la présomption d'innocence figure parmi les éléments du procès équitable, la Cour précise que sa tâche consiste à rechercher si la procédure litigieuse, envisagée comme un tout, y compris le mode d'administration des preuves, a revêtu un caractère équitable.

Ce faisant la Cour relève :

- qu'ayant à répondre à la question de savoir si l'intéressé souffrait d'une quelconque anomalie mentale et psychique, et dans l'affirmative, s'il existait un lien entre ces affections et les faits qui lui étaient reprochés... les deux spécialistes nommés par le juge d'instruction devaient en toute logique partir de l'hypothèse de travail selon laquelle le requérant était l'auteur des crimes à l'origine des poursuites ;

- que les phrases contestées n'établissaient pas que leurs auteurs avaient préjugé du fond ni qu'ils s'étaient prononcés sur la culpabilité de l'accusé ;

- que les experts avaient toujours pris soin de préciser qu'ils exposaient leur mission par rapport à des faits qui étaient niés par le requérant ;

- que les témoins cités par la défense avaient été entendus et que la défense avait eu la possibilité de formuler des observations après chaque audition et présentation des preuves ;

- qu'aucun manquement au serment des experts d'apporter leur concours à la justice en leur honneur et en leur conscience, tel que prévu par l'article 168 du C.P.P. n'avait été constaté du fait des propos incriminés.

Et de conclure que le dossier montrant que la condamnation du requérant reposait sur l'ensemble des charges retenues et sur des preuves recueillies lors de l'instruction et discutées au cours des audiences devant la Cour d'assises, l'on ne saurait considérer les déclarations litigieuses, élément soumis parmi d'autres à l'appréciation du jury, comme contraires aux règles du procès équitable et à la présomption d'innocence.

Il reste que le but de la Convention consiste à protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets ou effectifs. Or, n'y a-t-il pas atteinte aux droits de la défense et à la présomption d'innocence lorsque des conclusions expertales émanant par définition d'une autorité qualifiée reflètent le sentiment ou laissent à penser que l'accusé est coupable des faits qui lui sont reprochés ?

Certes les experts ne sont pas des juges. Mais ils sont commis par un juge et la présomption d'innocence exige qu'aucun représentant de l'Etat ne déclare une personne responsable d'une infraction avant que sa culpabilité n'ait été légalement proclamée. Ne voir dans les conclusions expertales qu'un élément de preuve parmi d'autres revient à occulter l'essentiel : les experts sont requis par l'autorité judiciaire et leur statut, différent de celui de simples témoins, confère une importance particulière aux avis qu'ils émettent devant les juges non professionnels que sont les jurés.

En affirmant que l'accusé était " dangereux du fait des faits et que ne se reconnaissant pas malade ni donc coupable, il n'était pas curable ", les experts confortaient la thèse de l'accusation et fragilisaient la présomption d'innocence. Comment comprendre devant de tels propos que les experts ne préjugeaient pas du fond et ne se prononçaient pas sur la culpabilité, mais que leur contribution ne visait qu'à apprécier la personnalité de l'accusé afin de déterminer sa responsabilité au moment des faits, à les supposer établis, et d'apprécier son aptitude à la sanction pénale ?

On peut toujours présumer avec le juge Bernhardt (cf. opinion concordante) que tous les membres de la Cour d'assises connaissaient le rôle particulier dévolu aux experts en matière pénale mais eu égard à la spécificité de la procédure d'assises, l'instruction devant se faire oralement à l'audience, l'arrêt de condamnation n'était pas motivé et aucun compte rendu officiel des débats n'étant prévu par le C.P.P., rien ne permet de s'en assurer...

Mais il s'agit là d'un autre procès : celui de la Cour d'assises !

## ***Le contrôle juridictionnel de la durée de la détention provisoire (art. 5 § 3) et de la contrainte par corps en matière douanière (art. 5 § 4)***

**Affaires I.A.(23 septembre 1998) et Soumaré  
(24 août 1998)**

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

Bien qu'elles soient regroupées sous un même titre, ces deux affaires n'ont que peu de points communs, si ce n'est qu'il s'agit dans l'un et l'autre cas d'une privation de liberté.

La première affaire, I.A. c/France, arrêt du 23 septembre 1998, concerne la durée de la détention provisoire et relève de l'article 5 § 3 qui reconnaît à toute personne ... le droit d'être jugée dans un délai raisonnable ou libérée ...

La seconde affaire, Soumaré c/France, arrêt du 24 août 1998, concerne la contrainte par corps et relève de l'article 5 § 4 qui reconnaît à toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale.

### **Affaire I.A. c/France, arrêt du 23 septembre 1998**

La Cour a depuis longtemps posé en principe que même si la longueur de l'instruction ne prêtait pas à la critique, celle de la détention provisoire ne devait pas excéder un laps de temps raisonnable (cf. Stögmüller c/Autriche, 10 novembre 1969).

Le 4 décembre 1991, dans le cadre d'une information ouverte contre X du chef d'homicide volontaire après la découverte du cadavre d'une femme identifié comme étant celui de son épouse, M. I.A. a été placé en garde à vue et entendu par les services de police. Inculpé 48 heures plus tard, il est placé sous mandat de dépôt et maintenu en détention provisoire jusqu'au 20 mars 1997, date à laquelle il sera enfin jugé et condamné par la Cour d'assises du Maine-et-Loire à la réclusion criminelle à perpétuité assortie d'une période de sûreté de 18 ans. Mais cette décision a été annulée par arrêt de la chambre criminelle en date du 1er avril 1998 et M. I.A., toujours incarcéré, attend aujourd'hui encore d'être jugé.

Se plaignant de la durée excessive, et de la détention provisoire, et de la procédure suivie à son encontre, M. I.A. a saisi la Commission qui, à l'unanimité, a conclu qu'il y avait eu violation de l'article 5 § 3 mais non de l'article 6 § 1. Saisie par le gouvernement français, la Cour a conclu, à son tour, que par sa durée excessive la détention provisoire avait enfreint l'article 5 § 3 et, considérant la durée de la procédure, qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 6 § 1.

La Cour examine séparément ces deux griefs comme le veut l'autonomie de l'article 5 § 3.

#### **A • Sur la durée excessive de la détention provisoire et la violation de l'article 5 § 3**

Conformément à sa jurisprudence habituelle, la Commission précise la période à prendre en considération avant de se prononcer sur le caractère raisonnable de la durée de cette détention.

a) Sur la période à considérer : la Cour estime que cette période a débuté le jour où M. I.A. a été inculpé d'homicide volontaire et placé sous mandat de dépôt, soit le 6 décembre 1991, pour s'achever le 20 mars 1997, date à laquelle le requérant avait été condamné à la réclusion criminelle à perpétuité par la Cour d'assises du Maine-et-Loire.

Le requérant soutenait pourtant qu'il était toujours détenu dans l'attente d'être jugé puisque l'arrêt qui le condamnait avait été rétroactivement annulé par la Cour de cassation et que l'affaire n'avait pas encore été tranchée par la juridiction de renvoi. Mais la Cour observe qu'entre le 20 mars 1997 et le 1er avril 1998, date à laquelle la chambre criminelle avait annulé l'arrêt rendu par un tribunal compétent, et que la période à considérer sous l'angle de l'article 5 § 3 - période pendant laquelle le requérant était détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire - avait pris fin le 20 mars 1997. Quant à la nouvelle période de détention provisoire, celle dont le point de départ pouvait être fixé au 1er avril 1998 - date à partir de laquelle M. I.A. n'était de nouveau que provisoirement détenu dans l'attente d'être jugé - la

Cour constate qu'elle est postérieure au 10 septembre 1997, date du rapport de la Commission, et que faute d'avoir fait l'objet d'un grief examiné, elle ne pouvait être prise en considération.

La détention soumise à l'appréciation de la Cour aura donc duré un peu plus de cinq ans et trois mois.

Restait alors à se prononcer sur le caractère raisonnable de la durée de cette détention.

b) Sur le caractère raisonnable de la durée de la détention : rappelant que la persistance de raisons plausibles de soupçonner la personne arrêtée d'avoir commis une infraction est une condition *sine qua non* de la régularité du maintien en détention, mais qu'au bout d'un certain temps cette condition ne suffit plus, la Cour observe qu'il lui appartient d'établir si les autres motifs adoptés par les autorités judiciaires continuaient à légitimer une privation de liberté avant jugement.

Ce faisant, la Cour relève que durant la période considérée les juridictions françaises s'étaient prononcées sur la détention du requérant cinquante-sept fois en première instance et cinq fois en appel. Mais elle reproche à ces décisions motivées par référence à l'article 144 C.P.P. d'être peu détaillées quant aux considérations de fait sur lesquelles elles reposent et elle conclut, après examen au fond, que " pour être conforme à la Convention, la considérable longueur de la privation de liberté subie par le requérant aurait du reposer sur des justifications bien plus convaincantes et qu'en l'occurrence la pertinence initiale des motifs retenus par les juridictions d'instruction à l'appui de leurs décisions relatives au maintien de l'intéressé en détention ne résistait pas à l'épreuve du temps ".

L'article 5 § 3 dont elle constate la violation apparaît alors comme une disposition autonome qui produit des effets quelles que soient les circonstances qui ont causé la longueur de l'instruction.

**B • Sur la durée de la procédure et la violation alléguée de l'article 6 §1**

a) Quant à la période à considérer dont elle fixe le point de départ à la date de l'inculpation, la Cour constate qu'après annulation de l'arrêt rendu par la Cour d'assises, la procédure n'est toujours pas achevée et qu'elle a duré, en l'état, 6 ans et 9 mois, soit près de sept ans. Un tel délai pouvait-il être considéré comme raisonnable ?

b) Rappelant que le caractère raisonnable de la durée d'une procédure s'apprécie suivant les circonstances de la cause et, eu égard aux critères consacrés par sa jurisprudence, en particulier la complexité de l'affaire, le comportement du requérant et celui des autorités compétentes, la Cour considère que la phase de la procédure postérieure à l'arrêt de renvoi ne saurait être sérieusement critiquée.

En revanche, s'interrogeant sur la longueur de l'information - quatre ans et plus de six mois - la Cour relève que le comportement des autorités chargées de l'instruction n'était pas exempt de critiques. Mais considérant que l'affaire présentait une certaine complexité de fait de nature à expliquer certains délais et que le requérant avait lui aussi substantiellement contribué à la lenteur de l'information, elle conclut qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1.

Ainsi comme dans l'affaire Stögmüller, la Cour considère qu'il n'y a pas eu dépassement du délai raisonnable de l'article 6 § 1 après avoir conclu à la violation de l'article 5 § 3. Mais l'on retiendra surtout que la longueur de l'information quelle qu'en soit la cause ne saurait suffire à justifier le maintien d'une détention dont les motifs ne résistent pas à l'épreuve du temps. Solution d'autant plus remarquable qu'en l'occurrence la longueur de l'information était imputable au comportement du requérant qui avait, de tactique délibérée, usé de moyens dilatoires afin de prolonger l'instruction.

### **Affaire Soumaré c/France, arrêt du 24 août 1998**

Poursuivi pour avoir participé à un trafic d'héroïne, M. Soumaré a été condamné par l'arrêt de la Cour d'appel de Paris à dix ans d'emprisonnement avec sursis ainsi qu'au paiement d'une amende douanière assortie de la contrainte par corps pour en garantir le paiement. Après avoir purgé sa peine d'emprisonnement de droit commun, M. Soumaré a été maintenu en détention du 22 juin 1994 au 16 janvier 1995 au titre de la contrainte par corps en raison du non-paiement de l'amende douanière.

Ayant tenté, mais en vain, d'obtenir la mainlevée de cette contrainte par corps en transigeant avec l'Administration des douanes qui jugeait ses offres insuffisantes, M. Soumaré avait saisi le juge des référés afin

d'obtenir cette mainlevée en raison de son insolvabilité. Mais constatant que M. Soumaré ne rapportait pas la preuve de son insolvabilité, le juge des référés avait ordonné le renvoi devant la Cour d'appel de Paris qui, considérant que la contrainte par corps décidée par le juge pénal par application de l'article 388 du Code des douanes ne relevait pas de la procédure de droit commun, avait rejeté comme non fondée en droit la requête de M. Soumaré.

Saisie par M. Soumaré qui se plaignait de l'absence de recours devant un tribunal pour faire statuer sur la légalité de sa détention au titre de la contrainte par corps, la Commission a conclu par cinq voix contre quatre à la violation de l'article 5 § 4. Saisie par le gouvernement, la Cour a conclu à son tour, mais par huit voix contre une, qu'il y avait bien eu violation de l'article 5 § 4.

Le gouvernement soulevait une exception d'irrecevabilité tirée du non-épuisement des voies de recours internes. Il reprochait au requérant de ne pas avoir formé de pourvoi en cassation contre l'arrêt qui avait rejeté sa demande de mainlevée comme non fondée en droit. Mais la Cour observe que l'arrêt contre lequel le requérant aurait dû former un pourvoi en cassation se fondait expressément sur un arrêt de la Cour de cassation pour justifier de son incompétence en matière de contrainte par corps douanière, ce qui renvoyait à la question de savoir si le requérant avait effectivement disposé d'un recours devant un tribunal, c'est-à-dire au fond du grief déduit de la violation de l'article 5 § 4.

L'exception préliminaire a donc été jointe au fond.

Sur le bien-fondé du grief, la Cour relève qu'en ce qui concerne la première période de détention qui a débuté le 22 janvier 1988 et pris fin le 21 juin 1994, le contrôle prévu par l'article 5 § 4 était incorporé à la décision de condamnation prise par la Cour d'appel de Paris et que ce n'est qu'après qu'avait pris effet le droit du requérant d'introduire un recours devant un tribunal pour qu'il soit statué sur la légalité de son maintien en détention au titre de la contrainte par corps.

Contrôle d'autant plus nécessaire qu'il s'agit d'une privation de liberté dont la régularité dépend de la solvabilité du requérant, élément qui pouvait évoluer avec le temps, et que dès l'instant où l'Administration des douanes avait le pouvoir de transiger, il était essentiel que saisi d'un problème de liberté individuelle, les magistrats de l'ordre judiciaire disposent des pouvoirs les plus étendus en la matière.

Or rappelant qu'une voie de recours doit exister avec un degré suffisant de certitude, sans que lui manque l'accessibilité et l'efficacité requise par l'article 5 § 4, la Cour constate que la référence explicite par la Cour d'appel de Paris à un arrêt de la Cour de cassation pour rejeter comme non fondée en droit la requête en mainlevée, constituait un élément déterminant de la croyance du requérant qu'il était inutile de chercher à obtenir satisfaction par la voie du recours en cassation et que si pourvoi du requérant il y avait eu, il aurait été examiné, de par sa nature pénale, par la chambre criminelle, laquelle ne s'était pas encore alignée sur la position de la chambre commerciale à l'époque.

Quant à l'exercice et l'efficacité du recours devant le juge des référés, la Cour note que seule l'appréciation de la régularité apparente de la détention a été examinée par le juge et qu'elle n'avait pu être effectuée au regard de l'article 5 § 4 qu'en cas de reconnaissance par la Cour d'appel de Paris de sa compétence en la matière.

En conclusion, la Cour n'exclut pas que l'exercice successif de recours prévus par la loi pour faire valoir l'insolvabilité d'un détenu au titre de la contrainte par corps puisse conduire désormais à un résultat conforme aux exigences de l'article 5 § 4. Mais elle constate que pareil résultat n'a pas été atteint en l'espèce, la jouissance effective du droit garanti par l'article 5 § 4 n'ayant pas été assurée avec suffisamment de certitude à l'époque des faits.

Il reste que cet arrêt se trouve entaché d'une erreur qui permet de douter de son bien-fondé.

En effet, la Cour croit pouvoir affirmer qu'en l'espèce seule la régularité apparente de la détention aurait été examinée par le juge des référés. Ce qui est faux, puisqu'après avoir constaté que la régularité apparente de la détention n'était pas en cause dès lors qu'elle résultait d'une décision de justice, le juge des référés relève que M. Soumaré avait produit un avis de non-imposition et que ce document était à lui seul insuffisant pour rapporter la preuve de l'insolvabilité et justifier la mainlevée de la mesure de contrainte.

En réalité, comme le soulignait le Juge Pettiti dans son opinion dissidente, si M. Soumaré n'a pu obtenir du juge des référés la mainlevée de la contrainte par corps, c'est parce qu'il ne rapportait pas la preuve de son insolvabilité. Or le fait que M. Soumaré n'ait pu ou su rapporter la preuve de son insolvabilité devant le juge des référés ne permettait pas de conclure à l'ineffectivité du recours exercé de ce chef.

## **Débat**

### **Antoine Buchet**

Je reviens sur l'affaire Bernard, les psychiatres et les jurés. Dans votre présentation vous avez exprimé qu'effectivement vous aviez quelques doutes sur l'absence de violation telle qu'elle est relevée par la Cour dans cette affaire. Est-ce que vous pensez que, implicitement, s'il y avait eu une violation, cette violation aurait plaidé pour une césure du procès pénal devant la Cour d'assises, c'est-à-dire pour un examen d'abord de la culpabilité et ensuite de la psychologie, du comportement, etc. avec les experts psychiatres qui viendraient dans une deuxième phase du procès, ce qui permettrait évidemment d'éviter ces critiques, même si nous sommes passés à côté de la violation dans cette affaire ? Est-ce que vous estimez que la présomption d'innocence plaide en ce sens ?

### **Dominique Allix**

Votre question me fait plaisir et me laisserait penser que je suis un bon pédagogue car vous avez compris que dans ma critique, je me demande comment les jurés ont compris que les experts psychiatres ne se prononçaient pas vraiment sur la culpabilité mais sur l'aptitude à la sanction pénale - je faisais écho évidemment à la césure du procès pénal si chère à l'école de la défense sociale nouvelle qui constitue le principe directeur de notre procédure pénale. Il est certain que si on veut sortir de cette ambiguïté, on pourrait envisager cela. Pourquoi pas. Cela dit, c'est tout de même un peu dangereux de vouloir distinguer la déclaration de culpabilité et ensuite le prononcé de la sanction. Il devrait y avoir des sanctions automatiques fixées par l'expert et non plus par le juge... c'est très dangereux. Vous voudriez faire échapper à la souveraineté du jury le prononcé de la sanction !

La philosophie d'Auguste Comte n'a pas encore droit de cité dans le système judiciaire, et pas du tout dans notre système conventionnel. Il y a là effectivement une ambiguïté épouvantable. Il faut lire le rapport d'expertise : il y a des détails absolument extraordinaires (il est un dangereux dandy, il n'hésite pas à ...). C'est vraiment accablant. C'est d'autant plus surprenant que c'est après avoir estimé qu'il n'y avait aucune violation de la présomption d'innocence, alors qu'on a parfois considéré que faire état d'une récidive en disant que c'est un dangereux récidiviste, c'est porter atteinte à la présomption d'innocence. Il y a eu des affaires, qui rejoignaient d'ailleurs le problème de la liberté d'expression, où l'on présentait l'accusé comme un dangereux malfaiteur, un multirécidiviste et on considérait que c'était contraire aux principes qui doivent régir le procès équitable puisque l'accusé était jugé avant même d'avoir comparu devant le juge.

### **Paul Mahoney**

Dans le système pénal du *Common Law*, certaines exceptions mises à part, on ne doit pas faire mention du casier judiciaire de l'accusé au cours du procès et ce précisément pour ne pas compromettre sa présomption d'innocence. Si l'accusé a un passé criminel, il sera seulement rendu public après la condamnation en vue de fixer la peine.

### **Me Françoise Mendel-Riche**

Le Pr Allix semble dire que la Cour a considéré dans cette affaire que les experts devaient partir de l'hypothèse qu'il aurait été l'auteur des faits. Est-ce exact ? Cela me paraît choquant.

### **Dominique Allix**

Les expertises psychiatriques subies par M. Bernard tendaient à obtenir, entre autres, une réponse à la question de savoir si l'intéressé souffrait d'une quelconque anomalie mentale ou psychique, ou dans l'affirmative, s'il existait un lien entre ces affections et les faits qui lui étaient reprochés. Elles devaient également évaluer la dangerosité de l'individu, les deux spécialistes nommés par le juge d'instruction durent en toute logique partir de l'hypothèse de travail selon laquelle le requérant était l'auteur des crimes à l'origine des poursuites, etc. Les propos sont vraiment accablants... D'ailleurs, même dans son opinion concordante, le juge qui dit : je présume que tout le monde connaissait la procédure et savait que l'expert ne lie pas le juge (le juge qui fait bénéficier d'une sorte de présomption d'innocence le jury reconnaît quand même que les propos des experts n'étaient pas tolérables), a l'air de dire que ce sont surtout leurs propos écrits qui ne le sont pas, et là il aurait peut-être fallu faire quelque chose, mais qu'à partir du moment où l'on avait laissé passer ces rapports écrits, les déclarations à l'audience qui reprenaient les conclusions de ce rapport, n'avaient pas une grande portée puisque les avocats pouvaient tout de suite répliquer et défendre. On lit par ailleurs dans le rapport : la dangerosité extrême de M. Bernard exige certaines mesures particulières... la sanction pénale doit être directement proportionnelle à la dangerosité extrême. Il n'est pas curable par le traitement pénal, etc. C'est un gangster, les experts le disent. L'expert s'est substitué au juge. ... Il a été pris dans une autre affaire et le juge aurait répondu : maintenant on vous connaît très bien...

### **Paul Tavernier**

Une question sur la motivation. Vous avez dit que la motivation ne faisait pas partie du procès équitable. Le soutenez-vous toujours ?

**Dominique Allix**

Je me pose une question. On parle sans arrêt de l'obligation de motivation. Dans cette affaire Bernard il y avait une occasion inespérée pour la Cour de dire : comment voulez-vous que je contrôle l'équité du procès ? Il n'y a rien, je vois simplement que des experts ont tenu des propos outranciers puisque la Cour essaie toujours de minimiser les choses... Comment voulez-vous que la Cour connaisse l'impression que le rapport a pu faire sur les jurés ? Est-ce que les jurés se sont sentis liés par les experts, ou non ? Magnifique question à trancher. La Commission ne s'y était pas trompée lorsqu'elle s'est prononcée et a estimé qu'elle était délicate et que les garanties de la procédure sont insuffisantes...

Je suis prêt à dire que le verdict des Cours d'assises est généralement suffisamment motivé lorsque le jury répond à une liste de questions établie à partir de l'arrêt de renvoi. Cela revient pratiquement à une motivation de type QCM. Après tout, pourquoi pas, la procédure offre un certain nombre de garanties qui peuvent s'assimiler finalement à celles d'un procès équitable. En revanche, lorsqu'il y a des incidents lors de la procédure orale d'audience, avec des demandes de donné-acte, c'est vraiment léger...

**Paul Tavernier**

Je ne suis pas du tout un spécialiste de procédure pénale, mais il se trouve que j'ai dû transmettre récemment le texte de l'arrêt Papon aux responsables d'un nouvel Annuaire de droit international humanitaire dont je suis le correspondant pour la France, et qui est publié par l'Asser Instituut à La Haye. On m'avait demandé un commentaire, mais quand j'ai vu le texte avec plus de 200 questions, un texte complètement incompréhensible pour un juriste moyen comme moi et un arrêt sans aucune motivation..., j'ai renoncé. A votre avis, est-ce que c'est conforme à la Convention européenne des droits de l'Homme et à son article 6 ?

**Dominique Allix**

Je crois que lorsqu'il y a 200 questions. La seule motivation possible, en tout cas pour les jurés, c'est de répondre par oui ou par non. Vous me dites que c'est incompréhensible, c'est que les questions sont mal posées.

**Paul Tavernier**

Ce sont des questions purement techniques.

**Dominique Allix**

Elles doivent être posées en fait et non en droit. En fait, pour que le quidam puisse y répondre par oui ou par non. On ne peut pas parler d'absence totale de motivation. C'est une motivation à la française, QCM, qui n'a rien à voir avec la motivation anglo-saxonne, on peut le regretter, mais ce n'est pas une décision complètement arbitraire. Lorsque la chambre criminelle exerce son contrôle sur la position des questions, elle veille toujours à ce qu'il y ait une sorte de cohérence générale pour qu'il n'y ait pas de réponses contradictoires et que les questions posées puissent s'articuler les unes aux autres. Il n'y a pas absence totale de contrôle, et le jeu de la position des questions assure tout de même une certaine cohérence dans le verdict.

**Paul Tavernier**

Est-ce qu'on envisage une réforme des Cours d'assises qui pourrait changer sur ce point la pratique actuelle ?

**Dominique Allix**

J'ai pris la parole il y a deux ans à Bruxelles à un colloque organisé par une Association italienne qui portait sur l'anatomie du procès pénal à travers la Convention européenne. Je devais entretenir l'auditoire de la réforme des Cours d'assises. Deux mois avant le Garde des Sceaux avait été obligé de faire marche arrière... J'avais parié que deux ans plus tard la réforme ne serait toujours pas votée. Je n'ai pas eu tort. Il y a eu l'alternance et je pense qu'elle est arrivée au " bon " moment car c'était une réforme mal ficelée, mal partie : c'est le mariage de la carpe et du lapin, on supprime le jury ou on le maintient. On n'y échappera pas. On dit qu'on va obliger à motiver le verdict dans certains cas : nous avons déjà suffisamment de mal à apprendre la rédaction aux étudiants... les présidents de tribunaux vont se retrouver à essayer de donner quelques rudiments de rédaction aux jurés...C'est difficile d'apprendre à rédiger une décision de justice...

## *L'éloignement des étrangers entre défense de l'ordre public et impératifs humanitaires*

**Affaires Dalia (19 février 1998) et B.B.  
(7 septembre 1998)**

par  
Me Françoise MENDEL-RICHE  
Avocate au Barreau de Paris

En 1997, c'est sous le titre *Quid Novi ?* qu'ont été examinées au colloque du CREDHO les jurisprudences de Strasbourg concernant l'article 3 et les risques de torture ou traitements inhumains avec l'affaire H.L.R. ( 29 avril 1997), et l'article 8 et la protection de la vie privée et familiale avec les affaires Bouchelkia (29 janvier 1997) et Mehemi et El Boujaïdi (26 septembre 1997).

Pour ce qui est de l'article 3, la Cour appliquait une conception novatrice avec une remise en cause de l'élément intentionnel étatique dans la qualification de la situation du risque de persécutions. La Cour osait s'éloigner du "dogme de l'agent de persécution" (Gourmo LO, *Cahiers du CREDHO*, n°4, 1998, page 67).

A l'occasion de cette décision, la Cour ne va pas exclure la possibilité d'application de l'article 3 "lorsque le danger émane de personnes ou de groupes de personnes qui ne relèvent pas de la fonction publique".

Dès qu'une porte s'entrouvre, les habitués d'une juridiction se demandent s'il s'agit d'une éclaircie durable : tel était déjà le cas avec la décision Nadia E. de la Commission de Recours des Réfugiés (Nadia E/Section Réunies/237939/22 juillet 1994, M. de Bresson, Président, Madame Violet, Rapporteur). La Commission des Recours avait alors admis la réalité de persécutions n'émanant pas des autorités étatiques algériennes mais de groupes que celles-ci ne parvenaient pas à contrôler.

Toutefois, à la Commission des Recours, cette brèche ne s'est guère élargie. Ainsi faudrait-il connaître le devenir de la définition élargie de l'"agent de persécution", avant d'espérer la transformation de la brèche en ouverture réelle. Dans le cadre de l'article 8, sous l'angle de la protection de la vie privée et familiale, quatre affaires avaient donné lieu en 1997, à des arrêts contre la France : Affaires Bouchelkia (29 janvier 1997), Mehemi et El Boujaïdi (26 septembre 1997) et Boujlifa (21 octobre 1997). (Cf Intervention de Delphine Leclercq-Delapierre, *Cahier du CREDHO*, 1997, page 81 et suivantes)

Dans ces quatre affaires, seul le requérant Mehemi avait obtenu le bénéfice de la reconnaissance d'une violation de l'article 8, parce que marié et père de 3 enfants de nationalité française.

A l'unanimité, la Cour avait fait peser la balance de la proportionnalité dans le sens de "l'intensité des liens avec la France" du requérant, en retenant que la mesure d'interdiction définitive prise à son encontre avait pour effet "de le séparer de ses enfants mineurs et de son épouse".

Dans les trois autres arrêts cependant, la balance avait penché en sens contraire, la Cour ayant retenu le moyen mais ayant décidé que les atteintes à l'ordre public justifiaient de la part de l'autorité administrative, l'intervention des mesures d'éloignement.

Or, dans les affaires Dalia c/ France et B.B. c/France, la pesée de proportionnalité effectuée par la Cour révélera une montée en puissance des impératifs d'ordre public, au détriment des impératifs humanitaires : article 8 pour Aïcha Dalia, et dans la mesure où la Cour se réserve une possibilité de contrôle, article 3 pour B.B.

### **Affaire Dalia (arrêt du 19 février 1998 : une image arrêtée en 1985)**

#### I - Faits et biographie de la requérante

Née en 1959, en Algérie, alors française, Aïcha Dalia arrive en France en 1976, à l'âge de 17 ans pour rejoindre sa mère et ses 7 frères et soeurs, en séjour régulier en France. Elle arrive dans le cadre du regroupement familial, son père étant également présent en France. Lors de l'intervention de l'arrêt, trois de ses frères et soeurs possèdent la nationalité française, quatre sont résidents ainsi que sa mère.

Le 10 mai 1985, Aïcha Dalia est condamnée par le Tribunal de grande instance de Nanterre à 12 mois d'emprisonnement ferme pour infraction à la législation sur les stupéfiants (acquisition, détention et cession). La juridiction prononce contre elle une interdiction définitive du territoire français avec reconduite à la frontière, décision confirmée par la Cour d'appel de Versailles le 11 juillet 1985.

Aïcha Dalia fut incarcérée du 13 octobre 1984 au 28 octobre 1985. Elle s'est mariée avec un Français en 1986. Sur convocation des services de gendarmerie, elle est condamnée le 29 juillet 1997 à trois mois d'emprisonnement et à une interdiction du territoire d'un an pour s'être maintenue en France en dépit de l'interdiction définitive. Le 14 août 1987, elle quitte la France pour l'Algérie en application de l'arrêt du 11 juillet 1985 de la Cour d'appel de Versailles.

Avec son mari, elle est hébergée chez une tante en Algérie : la vie y était insupportable, la tante met le couple à la porte, ce qui, selon Aïcha Dalia, provoquera son divorce, prononcé en France, en 1989. Le couple n'avait pas d'enfant. Aïcha Dalia revient effectivement en territoire français le 15 juillet 1989, avec un visa de trente jours, et retourne chez sa mère à Nogent-sur-Oise. Le 6 juin 1990, elle donne naissance à un enfant, Karim, de nationalité française, car né en France d'une mère elle-même née dans un département français. Elle exerce seule sur l'enfant l'autorité parentale, le père ne l'ayant pas reconnu.

## II - Procédure de relèvement de l'interdiction du territoire, au plan national

### a) Les requêtes de Madame Dalia

Madame Dalia a présenté trois requêtes en relèvement de l'interdiction du territoire. La première, déposée en 1988 (depuis l'Algérie), a été rejetée le 3 mars 1989. Les deux autres ont été enregistrées le 4 mai 1992 et le 5 février 1994. La requête du 4 mai 1992 a été rejetée par arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 26 novembre 1992, "la condamnation étant passée en force irrévocable de chose jugée". La requête du 5 février 1994 fut déclarée irrecevable par la Cour d'appel de Versailles, laquelle par arrêt du 4 octobre 1994 considérait que : "en disposant qu'il ne peut être fait droit à une demande de relèvement d'une interdiction de territoire que si le ressortissant étranger réside hors de France, la loi a institué une règle de procédure à laquelle il ne peut être dérogé".

### b) Les textes applicables

Les textes applicables en France sont l'article 630-1 du Code de la Santé Publique, d'une part, pour la répression du trafic de stupéfiants et l'article 28 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945, d'autre part, pour les conditions de relèvement de l'interdiction du territoire français.

L'article 28bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 intégré par la loi du 24 août 1993, modifié par la loi du 30 décembre 1993, précise en effet la condition de résidence hors de France de l'étranger, pour qu'il soit fait droit à sa demande de relèvement d'une interdiction du territoire.

Enfin, l'article 55-1 du Code Pénal dispose que " toute personne frappée d'une interdiction résultant d'une condamnation pénale ou prononcée dans le jugement de condamnation peut demander à la juridiction de la relever en tout ou partie.... de cette interdiction "

## III - Devant la Commission et la Cour : les impératifs humanitaires pèsent moins que la défense de l'ordre public

C'est à la suite de ce rejet qu'Aïcha Dalia introduit sa requête le 3 novembre 1994, devant la Commission sous le n°26102/95.

### a) la requête

Sa requête comporte 3 griefs :

- son renvoi vers l'Algérie serait contraire à l'article 3
- le refus de la Cour d'appel de Versailles d'accueillir sa requête en relèvement d'interdiction du territoire ne tient pas compte de l'article 8
- la Cour d'appel de Versailles n'aurait pas respecté l'article 6.

Sur l'article 6, la Commission par décision partielle du 17 mai 1995 devait sans surprise la déclarer irrecevable.

Dans un rapport du 24 octobre 1996, la Commission conclut à l'unanimité, à l'absence de violation de l'article 3 de la Convention et, par 21 voix contre 9, à la non violation de l'article 8.

## b) Les débats

Le gouvernement soulève une exception préliminaire aux motifs que la requérante n'aurait pas épuisé les voies de recours internes, en particulier qu'elle ne serait pas pourvue en cassation contre les arrêts de la Cour d'appel de Versailles du 26 novembre 1992 et du 4 octobre 1994 ; le moyen de l'article 8 étant " accessible et efficace " devant la Cour de cassation.

Madame Dalia estime que cette voie de recours aurait été inefficace, en particulier dans la mesure où il apparaît qu'aucun pourvoi contre un rejet de relèvement d'interdiction du territoire n'a à ce jour abouti devant la Cour de cassation. D'autre part, elle relève que l'aide juridictionnelle n'était pas disponible pour ce type d'action.

La Commission, pour sa part, retient ce dernier argument de Madame Dalia et estime que le pourvoi aurait été inefficace.

La Cour constate que si des voies de recours n'existent pas en pratique, il leur manque les caractéristiques d'accessibilité et d'effectivité. Elle rejoint l'opinion de la Commission sur l'inefficacité qu'aurait eu un pourvoi en cassation.

Sur l'article 8, Madame Dalia estime qu'en appliquant strictement l'article 28bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 (conditions de résidence du requérant à l'étranger), la Cour d'appel n'aurait pas tenu compte de sa nouvelle vie familiale.

La Commission recherche les éléments permettant de déterminer si Aïcha Dalia pourrait se prévaloir d'une vie privée et familiale, afin de déterminer si la mesure litigieuse a constitué une ingérence dans celle-ci. Elle relève que sa mère et ses sept frères et sœurs vivent en France. A propos de l'enfant français, né en 1990, la Commission estime que " ce fait bien que postérieur au prononcé de l'interdiction définitive du territoire, ne pourrait être ignoré ".

De son côté, le gouvernement insiste sur la marginalité de la vie d'Aïcha Dalia en France avant 1985. Il avance qu'à son retour en France en 1989, ses liens avec sa mère et ses frères et sœurs auraient été distendus ; que son seul lien tangible avec la France, est son fils, né en 1990. Indiquant qu'Aïcha Dalia pourrait emmener son fils en Algérie, le gouvernement demande à la Commission et à la Cour de se placer à la date de l'interdiction du territoire français, soit 1985, pour effectuer la pesée de proportionnalité.

## c) La position de la Cour :

La Cour retient que l'interdiction du territoire est bien devenue définitive le 11 juillet 1985 mais place la date de la naissance du grief au rejet par la Cour d'appel de Versailles soit le 4 octobre 1994, date de la demande de relèvement d'interdiction du territoire de la requérante.

Selon la grille traditionnelle de l'alinéa 2 de l'article 8, la Cour analyse l'existence et la portée des ingérences. La Cour rappelle que les ingérences doivent se révéler " nécessaires, dans une société démocratique, c'est-à-dire justifiées par un besoin social impérieux et notamment proportionnées aux buts légitimes poursuivis " (cf. Mehem c/France 26/9/97). En l'espèce, elle considère qu'il y a ingérence, mais ingérence nécessaire, dans une société démocratique, à la poursuite de buts légitimes.

La Cour estime que la règle de procédure posée par l'article 28bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945, qui poursuit un but légitime, ne saurait emporter en elle-même, dans son application au cas de Madame Dalia, violation de l'article 8. En ce qui concerne l'enfant, il s'agit d'une attache familiale tissée alors qu'elle savait se trouver en situation irrégulière en France : elle ne pouvait donc ignorer la précarité qui en découlait.

Par ailleurs, la Cour conçoit la grande fermeté des Etats en matière de lutte contre le trafic de stupéfiants : " indépendamment de la peine encourue par la requérante, la participation de Madame Dalia audit trafic pèse toujours aussi lourd dans la balance ".

En définitive, la Cour estime que le refus de relèvement de la Cour d'appel de Versailles n'est pas disproportionné et qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8.

## d) les opinions dissidentes

M. le Juge De Meyer a exprimé une opinion dissidente, à laquelle se sont ralliés Messieurs les Juges Bernhardt et Levits. Cette opinion était ainsi rédigée :

“ Il y a eu, à mon avis, violation du droit de la requérante au respect de sa vie privée et familiale.

Même si l'on peut penser que la mesure d'interdiction du territoire prise à son égard en 1985, était, à ce moment-là justifiée, il est certain qu'elle ne l'était plus en 1994.

Comme l'observe la minorité de la Commission, sans être contredite par le gouvernement, l'intéressée avait rompu avec le milieu de la drogue et sa présence en France où elle vit dans sa famille avec son enfant, ne troublait plus en rien l'ordre public.

Dans ces conditions, l'application rigoureuse de la règle de procédure, déjà très contestable en elle-même, instituée par l'article 28bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 dans sa rédaction résultant de la loi du 24 août 1993, ne pouvait pas être considérée comme nécessaire dans une société démocratique ”.

### **Affaire B.B. c/France (arrêt du 7 septembre 1998 : un arrêt sur image)**

I - Des faits : de la situation personnelle de l'intéressé, des procédures en France

Né à Kinshasa (ex-Zaïre), actuelle République démocratique du Congo, en 1954, l'intéressé est entré en France en 1983. En 1988, il a perdu son titre de séjour, compte tenu de la situation de l'emploi. Il est retourné dans son pays en 1988, revenu en France en 1989, comme demandeur d'asile. Sa demande a été rejetée par l'OFPPA en 1993 et 1995.

Le 22 janvier 1995, M. B.B. est mis en examen du chef de transport, offre, cession et détention de produits stupéfiants. Le 8 septembre 1995, le TGI de Bobigny relaxe l'intéressé des chefs de transport, offre et cession de produits stupéfiants, mais retient la détention. B.B. est condamné à un emprisonnement de 2 ans et à une interdiction définitive du territoire français.

De juin au 30 novembre 1995, l'intéressé est écroué à l'hôpital pénitentiaire de Fresnes. Un certificat médical en date du 30 novembre 1995 décrit une séropositivité VIH, indique que le traitement anti-viral adéquat n'est disponible qu'en Europe ou Amérique du Nord, note qu'à titre humanitaire, une suspension de la mesure d'interdiction du territoire serait souhaitable.

De novembre 1995 au 26 mars 1996, B.B. est détenu à la maison d'arrêt pour hommes de Fleury-Mérogis : le docteur Lemaire indique qu'un suivi biologique et clinique très régulier est nécessaire et que ce traitement ne doit en aucun cas être interrompu.

En date du 30 janvier 1996, la Cour d'appel de Paris réduit sa peine à 18 mois d'emprisonnement, mais maintient l'interdiction définitive du territoire français.

B.B. est libéré le 27 mars 1996 : le Préfet le place en rétention afin d'exécuter l'interdiction du territoire ; un vol est prévu pour le 2 avril 1996, à 23 heures, à destination de Kinshasa.

Le 28 mars 1996, le Juge délégué ordonne la prolongation de sa rétention jusqu'au 2 avril.

Le 30 mars 1996, la Cour d'appel de Paris confirme la prolongation de la rétention, considérant que ni l'état de santé du requérant, ni son interdiction du territoire ne sont des motifs suffisants pour justifier d'une assignation à résidence.

Toutefois, le 4 avril 1996, l'intéressé est placé en assignation à résidence à Paris, par le Ministre de l'Intérieur. B.B. a demandé le sursis à exécution de la décision d'exécution de l'interdiction du territoire français. Le Tribunal administratif compétent accepte cette demande en considération de son état de santé d'une part et d'autre part, de l'erreur manifeste d'appréciation commise par le Préfet ayant fixé le Zaïre comme pays de destination.

Par jugement du 26 octobre 1996, le Tribunal administratif annule la décision du 27 mars 1996, les soins adéquats à l'état de santé de B.B. ne pouvant être assurés au Zaïre. B.B. affirme avoir adressé deux requêtes en relèvement d'interdiction du territoire français à M. le Procureur de la République, à la Cour d'appel, en date des 26 février et 12 avril 1996. Ces demandes n'ont pas reçu de réponse. Il renouvelle cette requête le 17 mars 1997 devant M. le Procureur de la République.

Le 9 avril 1998, le Ministre de l'Intérieur abroge son arrêté du 4 avril 1996 et assigne B.B. à résidence dans le Val d'Oise. Il écrit au Préfet du Val d'Oise pour l'informer de la situation et lui indiquer de donner à M. B.B. des sauf-conduits pour recevoir des soins à l'Hôpital de la Pitié-Salpêtrière.

Dans un certificat médical rédigé le 29 mai 1998, le docteur Valantin, du CHU Pitié-Salpêtrière, relève que son état clinique, biologique, immunologique et virologique nécessite qu'il soit suivi le plus régulièrement possible dans un service spécialisé pour y recevoir des soins qui ne peuvent être dispensés dans son pays d'origine.

Et, d'après le rapport de la Commission des Droits de l'Homme du Conseil Economique et Social des Nations Unies, il existe dans l'ex-Zaïre "un grave problème de SIDA, en l'absence de tout programme officiel et réaliste de lutte contre la maladie".

## II – Devant la Commission et la Cour : des débats et du sort de la demande de radiation du gouvernement

BB a introduit sa requête le 2 avril 1996 devant la Commission sous le n°30930/96. Le requérant a prié la Cour de ne pas divulguer son identité. Le 8 septembre 1997, la Commission a déclaré la requête recevable. Par rapport du 9 mars 1998, la Commission concluait par 29 voix contre 3 à la violation de l'article 3.

1 - Le 7 mai 1998, le gouvernement français a sollicité que le Greffe raye l'affaire du rôle.

En effet, estime le gouvernement français, depuis l'assignation à résidence du Ministre de l'Intérieur du 9 avril 1998, le requérant qui de facto ne risque plus d'éloignement, ne pourrait plus se prétendre victime au sens de la Convention.

Le gouvernement se fonde, au soutien de cette demande de radiation, sur deux éléments nouveaux ou qui n'auraient pas été portés à temps à la connaissance de la Commission :

- en premier lieu, l'annulation précitée par le Tribunal administratif de Versailles, le 26 septembre 1996, de la décision d'éloignement du Préfet de l'Essonne
- en deuxième lieu, l'arrêté d'assignation à résidence précité du 9 avril 1998.

Le gouvernement estime être en position, en application de l'article 49 paragraphe 2 du règlement de la Cour, d'établir qu'un "règlement amiable" serait intervenu dans l'affaire de M. B.B.

2 - Dans ses écritures en réponse, le requérant a signalé que le Tribunal administratif de Versailles avait déjà rendu son jugement lorsque la Commission a statué sur la recevabilité de sa requête le 8 septembre 1997.

Reconnaissant avoir été assigné à résidence à Paris, depuis le 4 avril 1996 et l'être maintenant dans le Val d'Oise, il estime qu'il demeure toutefois sous le coup de l'interdiction du territoire dont l'assignation à résidence n'est qu'une modalité d'application, révoquant à tout moment par le Ministre de l'Intérieur. Il affirme que cette assignation à résidence ne le prive pas de la qualité de victime dans la mesure où elle l'oblige à demander au Préfet de l'Essonne des sauf-conduits pour se rendre à l'Hôpital de la Pitié-Salpêtrière pour y recevoir des soins ainsi qu'à se présenter à la gendarmerie. Il estime enfin que la loi du 11 mai 1998, en son article 12bis-11<sup>è</sup>ment, devrait lui être applicable. Cette disposition permet à l'autorité administrative de délivrer un titre de séjour temporaire :

"11<sup>è</sup>ment : à l'étranger résidant habituellement en France dont l'état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait entraîner pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité, sous réserve qu'il ne puisse effectivement bénéficier d'un traitement approprié dans le pays dont il est originaire".

3 - La position de la Commission et de la Cour : "arrêt sur image".

Comme le gouvernement, la Commission estime que B.B., depuis l'assignation à résidence, a effectivement perdu la qualité de victime : il n'est plus menacé d'éloignement ni d'interruption des soins nécessaires à son état.

La Cour pour sa part, constatera qu'aucun "règlement amiable ou arrangement" n'est en réalité intervenu. Mais elle estimera que l'assignation à résidence, de par sa continuité et sa durée, traduit la volonté du gouvernement français de laisser B.B. accéder aux soins nécessaires à son état, sur place. Elle note que le gouvernement n'a "pas l'intention de l'éloigner". La Cour estime être en présence d'un "engagement du gouvernement de ne pas le renvoyer". C'est dans ces conditions qu'elle considère que la menace de violation a cessé.

La Cour décide donc à l'unanimité, de rayer l'affaire du rôle, quitte à l'y réinscrire si des circonstances nouvelles surgissaient, propres à justifier cette réinscription.

La Cour n'a pas retenu le moyen de B.B. par rapport à l'article 8, B.B. ayant indiqué qu'en cas d'éloignement, il serait privé du soutien de ses proches, nécessaire dans son état. L'état final de l'affaire est parfaitement résumé dans l'opinion concordante du Juge Pettiti :

"La Cour a radié administrativement l'affaire, sur la base et en l'état d'engagement pris par le Gouvernement de ne pas éloigner M. B.B.

La Cour n'a pas dit dans son arrêt que M. B.B. avait perdu définitivement la qualité de victime, la requête d'origine portant sur la mesure d'interdiction du territoire avec toutes ses conséquences tant au titre de l'article 3 que de l'article 8".



## ***Le permis de conduire à points au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme (article 6 § 1)***

**Affaire Malige (23 septembre 1998)**

par

**Antoine BUCHET**

Magistrat (Ministère de la Justice, S.A.E.I.)

Le 28 juin 1993, M. Jérôme Malige circule à 172 km/h sur une route nationale où la vitesse maximale autorisée est de 110 km/h. L'infraction relevée à son encontre par les services de gendarmerie est une contravention de 4ème classe, prévue et réprimée par les articles R. 10, al. 2-2°), R. 232 al. 1-2°) et R. 266-4°) du Code de la route. M. Malige encourt une peine d'amende et une peine de suspension du permis de conduire. Il risque également, en application des articles L. 11 à L. 11-4 et R. 256 du même Code, un retrait de quatre points sur les douze qui forment le capital de son permis de conduire.

Ayant refusé de s'acquitter de l'amende forfaitaire, M. Malige comparaît devant le Tribunal de police de Versailles le 15 octobre 1993. Devant cette juridiction, il soulève l'inapplicabilité de la loi du 10 juillet 1989 instaurant le permis à points, ainsi que l'illégalité des décrets d'application des 25 juin et 23 novembre 1992. Le Tribunal de police se déclare incompétent pour statuer sur l'illégalité des décrets. La juridiction relève par ailleurs que le retrait de points ne constitue pas une sanction pénale accessoire à une condamnation, et qu'elle échappe ainsi à l'appréciation du juge répressif.

Le requérant interjette appel de cette décision. Devant la Cour d'appel de Versailles, il soulève l'incompatibilité entre la loi de 1989 précitée et l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme. La Cour d'appel confirme le jugement attaqué en soulignant que le permis à points ne présente pas les caractères d'une sanction pénale.

Le pourvoi formé contre cet arrêt par M. Malige est articulé sur le même grief : le système du permis à points serait contraire à l'article 6 de la Convention. Par un arrêt du 11 janvier 1995, la chambre criminelle de la Cour de cassation rejette le pourvoi, en relevant que la mesure de retrait de points du permis de conduire "*ne présente pas le caractère d'une sanction pénale, accessoire à une condamnation, et qu'en conséquence, ni son incompatibilité alléguée avec la disposition conventionnelle invoquée, ni son fondement légal ne relèvent de l'appréciation du juge répressif*".

La Haute juridiction reste ainsi fidèle à sa jurisprudence traditionnelle : elle refuse depuis toujours d'appliquer l'article 6 au retrait de points du permis de conduire, qu'elle analyse comme une mesure de police administrative édictée dans un but préventif et non répressif.

M. Malige saisit la Commission européenne des droits de l'Homme. Celle-ci retient le grief tiré de l'article 6 § 1 - défaut d'accès à un Tribunal - après avoir écarté celui tiré de l'article 7 de la Convention (décisions des 15 janvier et 25 novembre 1996). Dans le rapport qu'elle adopte le 29 mai 1997, elle conclut, par 18 voix contre 10, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1, et décide de déférer l'affaire à la Cour.

Dans son arrêt du 23 septembre 1998, la Cour de Strasbourg répond successivement aux deux questions suivantes :

- la mesure de retrait de points est-elle une sanction pénale, justiciable de l'article 6 paragraphe 1 de la Convention ?
- dans l'affirmative, la procédure de retrait de points obéit-elle aux prescriptions de ce texte ?

Pour répondre à la première de ces questions, la Cour se réfère naturellement aux arrêts Engel du 8 juin 1976 et Ozturk du 21 février 1984. Elle passe ainsi le permis à points au crible des trois critères qu'elle a précédemment définis, ceux que Jean-Claude Soyer présente si justement comme les trois "*réactifs de la matière pénale*" (*La Convention européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article*, Economica, pp. 254 et s.) : la qualification juridique par le droit interne, la nature de l'infraction litigieuse et la nature et le degré de sévérité de la sanction.

Le premier critère ne suffit pas à la Cour pour faire entrer le retrait de points dans le champ magnétique de la matière pénale : le retrait de points est à l'évidence, pour les plus hautes juridictions françaises, une mesure de police administrative (§ 37 de l'arrêt).

Le deuxième critère - nature de l'infraction à l'origine de la mesure - permet à la haute instance européenne de conclure à l'applicabilité de l'article 6 § 1. Elle relève en premier lieu que le retrait de points intervient "*dans le cadre et à l'issue d'une accusation en matière pénale*" (§ 38). Elle souligne, ensuite, s'agissant du degré de la gravité de la sanction, que le retrait de points peut, à terme, "*entraîner la perte de la validité du permis de conduire*". Or, comme la Commission, la Cour relève que "*le droit de conduire un véhicule à moteur se révèle d'une grande utilité pour la vie courante et l'exercice d'une activité professionnelle*". Ainsi, le retrait de points, qui présente sans doute un caractère préventif, revêt aussi - c'est le point essentiel de l'arrêt - "*un caractère punitif et dissuasif et s'apparente donc à une peine accessoire*" (§ 39). L'article 6 § 1 est donc applicable.

Cette première partie de l'arrêt offre l'occasion à Me Rio, avocat de M. Malige, de se réjouir que le retrait de points ait enfin été reconnu pour ce qu'il est, c'est-à-dire une peine, au sens de la Convention, "*n'en déplaît à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat, dont la position est ainsi définitivement désavouée*" (*Gazette du Palais* des 2 et 3 décembre 1998).

La seconde partie de l'arrêt ne reçoit pas autant d'éloges de la part du défenseur du requérant. A l'issue de son analyse du grief au fond, en effet, la Cour n'aperçoit pas, dans la présente espèce, de violation du droit d'accès à un tribunal, au sens de l'article 6 § 1.

La Cour de Strasbourg observe, en premier lieu, que la sanction de retrait de points intervient dès lors qu'est établie la réalité de l'une des infractions énumérées par l'article L. 11-1 du Code de la route (§ 46). Le requérant est informé par l'autorité administrative qu'il est susceptible de perdre des points en raison de l'infraction qu'il a commise et de l'existence d'un traitement automatisé des pertes et reconstitutions de points. Ainsi, le conducteur "*est en mesure de contester les éléments constitutifs de l'infraction pouvant servir de fondement à un retrait de points*" (§ 47). La Cour en déduit qu'il a accès aux juridictions pénales, lesquelles remplissent les exigences de l'article 6 ; il peut ainsi "*contester la réalité de l'infraction pénale consistant dans l'excès de vitesse et soumettre aux juges répressifs tous les moyens de fait et de droit qu'il a estimés utiles à sa cause, sachant que sa condamnation entraînerait en outre le retrait d'un certain nombre de points*" (§ 49).

Elle en conclut qu'il existe un contrôle incorporé dans la décision pénale de condamnation prononcée à l'encontre de M. Malige, qui n'avait pas besoin de bénéficier de l'accès à un autre recours supplémentaire de pleine juridiction pour contrôler le retrait de points proprement dit (§ 50). La Cour ajoute à cette affirmation qu'un recours en excès de pouvoir demeure ouvert pour faire vérifier la régularité de la procédure administrative de retrait de points, mais cet argument n'apparaît pas déterminant ; il renforce le raisonnement de la Cour, sans en changer la logique, qui est d'insister, d'une part, sur le contrôle du juge pénal, d'autre part, sur la proportionnalité de la peine, prévue par la loi elle-même.

Quelles conclusions peut-on tirer de cet arrêt ?

Il démontre tout d'abord, s'il en était encore besoin, la volonté de la Cour d'étendre le domaine pénal du champ d'application de l'article 6 de la Convention, en tout cas en matière de circulation routière. Après le retrait de points, c'est aujourd'hui la suspension administrative du permis de conduire qui est dans le collimateur de la haute instance européenne, récemment saisie d'une requête en ce sens. L'autonomie des normes conventionnelles permet ainsi, une nouvelle fois, de renforcer la force d'attraction des garanties procédurales contenues dans l'article 6, qui mérite mieux que jamais son qualificatif de texte "*attrape-tout*" de la Convention.

Sur le fond, l'arrêt est un peu plus difficile à interpréter. Les arguments développés par la Cour sont en effet à double tranchant. On peut sans doute penser, de prime abord, que la juridiction européenne "*valide*" le système français du permis à points, en admettant l'existence et la "*légalité conventionnelle*" d'une sanction pénale automatique, laquelle, c'est incontestable, ne fait l'objet d'aucun contrôle, par aucun juge, dans son quantum. Cette forme de répression automatique n'emporte pas, cependant, violation automatique de l'article 6 de la Convention.

Mais, à cette tolérance, plusieurs limites sont posées par la Cour, en particulier dans le paragraphe 49 de l'arrêt. Elle exige, en effet, implicitement, mais nécessairement, que la sanction soit proportionnée à l'infraction. Une lecture *a contrario* de l'arrêt peut même laisser penser que, si le retrait de points avait entraîné l'annulation immédiate du permis de conduire, en raison de la perte de tous les points, la sanction aurait pu apparaître excessive, au regard notamment du droit de conduire, reconnu par la Cour comme essentiel dans la société actuelle (§ 48).

Il faut en outre noter que la Cour ne fait pas sienne l'argument du gouvernement français, selon lequel le contrôle de la procédure et de la matérialité des faits incriminés constitue un contrôle de pleine juridiction. La juridiction

européenne, plus restrictive, laisse donc ouverte la question de la conformité à la Convention de certains autres mécanismes de sanctions administratives automatiques.



# *SOS Médecins et l'équité de la procédure devant le Conseil de l'Ordre*

**Affaire Gautrin et autres (20 mai 1998)**

par

Hélène MUSCAT

Allocataire-Moniteur, Université de Paris-Sud

Le contentieux disciplinaire, et notamment celui de l'Ordre des médecins, a longtemps donné lieu à une confrontation des positions de la Cour européenne des droits de l'Homme et du Conseil d'Etat français au sujet de l'application de l'article 6§1<sup>6</sup>. La page a été tournée en 1996 avec notamment l'arrêt Maubleu à l'occasion duquel le Conseil d'Etat a accepté d'appliquer l'article 6 aux procédures disciplinaires dans la mesure où l'avertissement, le blâme comme la suspension portent atteinte à la liberté d'exercer une activité professionnelle et donc à un droit de caractère civil<sup>7</sup>. Depuis la pratique procédurale devant le Conseil de l'Ordre des médecins comme devant de nombreuses juridictions ordinaires connaît d'importantes évolutions puisque l'on assiste à un véritable phénomène de normalisation et de mise en compatibilité en cascade du droit français.

L'arrêt Gautrin et autres se situe au coeur même du problème de la mise en oeuvre des principes de l'article 6§1 devant les sections disciplinaires des juridictions ordinaires. On passera rapidement sur les faits qui sont révélateurs d'un dysfonctionnement évident du Conseil de l'Ordre des médecins.

M. Gautrin et d'autres membres de l'association SOS Médecins ont fait en 1989 l'objet d'une procédure disciplinaire. Il leur était reproché de faire figurer la mention " SOS Médecins " sur leurs véhicules et leurs ordonnances, ce qui allait à l'encontre des prescriptions du Code de déontologie qui prohibe la publicité.

Le Conseil régional puis le Conseil national de l'Ordre des médecins leur infligèrent des sanctions allant jusqu'à un mois de suspension de l'exercice de la médecine ; cela à l'issue d'une procédure se déroulant à huis clos et alors même que les intéressés n'avaient pas la possibilité de connaître l'identité de leurs juges dont certains se révélèrent partie prenantes au procès puisqu'ils occupaient d'importantes fonctions au sein d'associations concurrentes de SOS médecins qui, pour quelques unes, étaient à l'origine de la procédure disciplinaire puisqu'elles considéraient que les procédés de SOS Médecins leur portaient préjudice.

L'affaire Gautrin pose tout d'abord bien évidemment la question de savoir si le fait pour des médecins d'apposer sur leurs véhicules le nom d'un service d'urgence constitue une mesure publicitaire visant un objectif commercial, ce qui justifie sa prohibition au titre de l'article 23 du Code de déontologie, ou bien s'il poursuit un objectif d'information destiné à faciliter le recours à un tel service et ce faisant répond à une finalité de protection de la santé publique qui semble difficilement pouvoir être sanctionnée<sup>8</sup>. Cette question est toutefois une question de pur droit interne qu'il

---

<sup>6</sup> L'article 6§1 est applicable selon une jurisprudence bien établie ; la contestation portant sur le droit de continuer à pratiquer la médecine à titre libéral : CEDH, 28 juin 1978, *König c/ Allemagne*, série A n° 27, § 87-95 ; CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique*, série A n° 43, § 41-51 ; CEDH, 10 février 1983, *Albert et Le Compte c/ Belgique*, série A n° 58, § 25-29 ; CEDH, 26 septembre 1995, *Diennet c/ France*, série A n° 325-A, § 27 ; CEDH, 20 mai 1998, *Gautrin et autres c/ France*, § 33.

Cette position a été reprise par le Conseil d'Etat -CE, 30 décembre 1996, *M. L'Hermite*, Req. n° 1418853 qui transpose au Conseil de l'Ordre des médecins une solution concernant le Conseil de l'Ordre des avocats -CE, Ass., 14 février 1996, *Maubleu*, *Leb.* p. 34 ; cf. également en ce qui concerne l'Ordre des chirurgiens dentistes CE, 26 juillet 1996, *M. Pandit*, *Leb.* p. 303- , alors qu'il a longtemps affirmé de manière catégorique le refus d'appliquer l'article 6§1 aux procédures disciplinaires, tant en ce qui concerne l'exigence de publicité (CE, Sect., 27 octobre 1978, *Debout*, *Leb.* p. 395 ; CE, Ass., 11 juillet 1984, *Subrini*, *Leb.* p. 259) que celle d'impartialité (CE, 14 janvier 1981, *Putot*, *Leb.* p. 17 ; CE, 29 octobre 1990, *Diennet*, *Leb.* p. 299).

Sur la dichotomie des positions des organes de Strasbourg et du Conseil d'Etat, cf. L. Sermet, *Convention européenne des droits de l'Homme et contentieux administratif français*, Economica Paris, Coll. Coopération et développement, 1996, p. 79 et s.

<sup>7</sup> CE, Ass., 14 février 1996, *Maubleu*, préc. ; CE, 30 décembre 1996, *M. L'Hermite*, préc.

<sup>8</sup> Ainsi, si l'on comprend que la déontologie du médecin lui interdit de faire de la publicité pour certains médicaments ou pour son propre cabinet médical, peut-on croire qu'il pourrait en être autrement des services d'urgence médicale qui nécessitent une intervention rapide et donc pour les proches de la victime de faire preuve de réflexes de sécurité qui ne

n'appartenait pas à la Cour européenne des droits de l'Homme de trancher et qui a d'ailleurs fait l'objet de solutions contradictoires devant la juridiction judiciaire et le Conseil d'Etat<sup>9</sup>.

Au regard de la Convention plus précisément, l'affaire Gautrin soulève surtout trois problèmes bien spécifiques qui ne traduisent pas d'évolution de la position de la Cour<sup>10</sup> de Strasbourg mais pourraient affecter l'ordre administratif français : celui du défaut de publicité de l'audience, celui de l'absence d'impartialité devant le Conseil de l'Ordre et enfin celui du rôle du Conseil d'Etat, juge de cassation, dans le contrôle des juridictions ordinaires.

• En ce qui concerne le défaut de publicité de l'audience tout d'abord, défaut de publicité qui était consacré en droit français par le décret n° 48-1671 du 26 octobre 1948 modifié<sup>11</sup>, la Cour a considéré qu'il n'était pas justifié par les circonstances même de l'affaire et a partant conclu à la violation de l'article 6§1<sup>12</sup>.

Ce faisant elle a rendu une solution on ne peut plus classique qui avait été affirmée dans un autre arrêt concernant la France, l'arrêt Diennet<sup>13</sup>. Ainsi la Cour témoigne de la volonté de sanctionner les méconnaissances de l'article 6§1 alors même que la législation applicable aurait évolué puisque la crainte d'une sanction par les organes de Strasbourg avait amené le gouvernement à modifier les règles de procédure applicables au Conseil de l'Ordre des médecins par le décret du 5 février 1993<sup>14</sup> qui dispose que l'audience est publique lorsque la section se prononce en matière disciplinaire sauf dérogations justifiées par l'intérêt de l'Ordre public, le respect de la vie privée ou le secret médical<sup>15</sup>.

En même temps qu'elle condamne la France dans l'arrêt Gautrin, la Cour semble affirmer le principe de la compatibilité du droit français tel qu'il résulte du décret de 1993 avec l'article 6§1, sous réserve cependant que les motifs d'atteinte au principe de publicité soient justifiés<sup>16</sup>. Pourtant on pourrait voir poindre à travers cette réserve un nouvel élément d'incompatibilité du droit français avec les exigences européennes dans la mesure où le Conseil de l'Ordre interprète largement de telles dérogations. Tel est, en raison de leur caractère administratif, le cas des procédures de suspension temporaire résultant d'un état pathologique rendant dangereux l'exercice de la médecine<sup>17</sup> ; et cela alors

---

peuvent s'acquérir que par l'information. Bien évidemment affirmer l'existence d'une dérogation pour les services d'urgence médicale pourrait alors poser des problèmes ; certains praticiens pouvant être tentés de se déclarer service d'urgence à des fins commerciales. De même peut-il être en pratique difficile de différencier la finalité commerciale et l'objectif de préservation de la santé publique.

<sup>9</sup> Le Conseil d'Etat, statuant sur le pourvoi exercé par un membre de "SOS-Médecins" qui contestait la sanction disciplinaire dont il avait fait l'objet, a décidé que de telles mesures d'information ne pouvaient être considérées comme ayant un caractère commercial, CE, 27 octobre 1997, *Delmas*, Req. n° 164187. Le juge judiciaire a pour sa part estimé qu'elles constituaient des mesures de publicité prohibées qui ont nécessairement favorisé le développement de leur activité au détriment de leurs confrères, TGI Paris, 9 mars 1994 mentionné par *Le Monde*, 11 mars 1994, p. 12.

<sup>10</sup> Celle-ci a en effet fait application de solutions classiques, ce qui d'ailleurs explique que l'arrêt ait été rendu à l'unanimité.

<sup>11</sup> Articles 15 al. 2 et 26 al. 7 du décret n° 48-1671 du 26 octobre 1948.

<sup>12</sup> § 39 à 43 de l'arrêt. Elle avait auparavant mené un raisonnement similaire : CEDH, 26 septembre 1995, *Diennet c/ France*, série A n° 325-A, sp. § 34.

<sup>13</sup> CEDH, 26 septembre 1995, *Diennet c/ France*, série A n° 325-A, § 34. V. Delaporte, "L'équité de la procédure (article 6) : Affaires Diennet, Remli et Fouquet", *Cahiers du CREDHO*, n° 3/1997, pp. 111-119.

<sup>14</sup> Modifie l'article 13 du décret du 26 octobre 1948.

<sup>15</sup> Décret n° 93-181 du 5 février 1993, J.O. 9 février 1993, p. 2136.

<sup>16</sup> L'article 6§1 acceptant des dérogations au principe de publicité de l'audience justifiées par "l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque l'intérêt des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice".

Dans l'arrêt Diennet, elle avait affirmé que le huis clos "doit être strictement commandé par les circonstances", CEDH, 26 septembre 1995, *Diennet c/ France*, série A n° 325-A, § 34.

<sup>17</sup> La suspension avait été prononcée pour une période de six mois. Le Conseil d'Etat a pour sa part, conformément à une jurisprudence classique cf. CE, 7 décembre 1956, *Rajaonary*, *Leb.* p. 469., considéré que la décision en cause, découlant de la mise en oeuvre de la procédure prévue par l'article L 460 du Code de la santé publique, ne présentait pas un caractère juridictionnel : CE, 5 février 1997, *M. Fruhling*, Req. n° 171172 qui sera mentionnée dans les tables du recueil *Lebon*, D.A. 1997, n° 222, note R. Schwartz. S. Braconnier a critiqué cette position, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme et droit administratif français*, Bruylant 1997, p. 162. Il est certes possible de croire que dans une telle hypothèse, la protection de la vie privée du requérant pouvait faire obstacle au caractère public des débats ; cependant le requérant n'ayant pas consenti au défaut de publicité, celui-ci ne pouvait, au regard des exigences de la Convention, lui être imposé, cf. CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte*, série A n°58, § 59.

qu'il est avéré qu'elles constituent de véritables contestations<sup>18</sup> et que la suspension temporaire porte atteinte au droit d'exercer une activité professionnelle qui est un droit de caractère civil et dont le contentieux devrait être soumis aux principes de l'article 6§1<sup>19</sup>.

On le voit donc, la question du respect du principe de publicité devant le Conseil de l'Ordre des médecins n'est pas encore entièrement résolue. Elle l'est d'autant moins que le Conseil d'Etat considère que la décision du président de la section disciplinaire d'interdire au public les salles d'audiences est un acte préparatoire de la décision juridictionnelle. Cette solution, qui est tout à fait conforme à la jurisprudence sur les actes préparatoires aux jugements<sup>20</sup>, aboutit à priver de possibilité de contester le défaut de publicité devant le Conseil d'Etat si ce moyen n'a pas auparavant été avancé devant la juridiction ordinaire<sup>21</sup>, alors qu'il paraît peu probable que la formation disciplinaire remette en cause le huis clos ordonné par son président. Le droit français ne semble sans doute pas sur ce point contraire à l'article 6, mais cette solution est peu à même d'assurer la mise en oeuvre effective du principe de publicité.

- Dans l'affaire Gautrin, les requérants faisaient également valoir le défaut d'impartialité objective dans la mesure où certains membres de la formation disciplinaire au niveau régional comme au niveau national étaient directement<sup>22</sup> et intimement liés à des concurrents de SOS-Médecins<sup>23</sup> (trois sur onze devant le Conseil régional de l'Ordre, trois sur sept devant le Conseil national). Ces personnes avaient siégé<sup>24</sup> alors même que les requérants, ignorant jusqu'à l'issue de la procédure l'identité des membres de la section disciplinaire, n'avaient pu obtenir leur récusation<sup>25</sup>, pas plus que le renvoi pour suspicion légitime de l'ensemble de la formation ; une telle procédure n'étant pas applicable au Conseil de l'Ordre des médecins<sup>26</sup>. Il s'agissait donc pour la Cour de déterminer si les apparences permettaient de conclure au possible défaut d'impartialité de certains membres de la formation juridictionnelle<sup>27</sup>.

Au regard de l'objet du litige qui dépassait le strict cadre du respect du Code de déontologie et s'inscrivait dans le contexte d'une concurrence entre " SOS Médecins " et d'autres associations, on pouvait estimer que le fait que certains membres des conseils national et régional aient présenté un intérêt commun contraire à celui des requérants était de nature à faire naître chez les requérants des appréhensions justifiées relatives à l'impartialité<sup>28</sup>. Aussi la Cour a-t-elle conclu, là encore classiquement<sup>29</sup>, à une nouvelle violation de l'article 6§1 et a ainsi condamné certaines pratiques du

---

<sup>18</sup> Le Conseil d'Etat a considéré que ladite procédure ne pouvait être soumise aux principes de l'article 6§1, en s'appuyant, selon R. Schwartz, sur le fait qu'elle porte sur l'organisation de la profession et n'a pas de caractère disciplinaire. Pourtant, elle se distingue fortement d'autres questions liées à l'organisation de la profession qui ne font qu'enregistrer une situation de fait, telles que les inscriptions au tableau, et cela d'autant plus que l'appel est alors organisé devant la section disciplinaire du Conseil de l'Ordre. En conséquence il existe alors un véritable différend entre les parties, en tout cas au sens matériel du terme, CEDH, 23 octobre 1985, *Bentham c/ Pays-Bas*, série A n° 97.

La position du Conseil d'Etat pourrait toutefois évoluer puisqu'il accepte d'appliquer l'article 6 à certains contentieux jugés par des formations autres que les sections disciplinaires des juridictions ordinaires en tenant compte de leur incidence sur le droit à exercer une activité professionnelle, nonobstant leur caractère technique ; tel est le cas du contentieux des assurances sociales en cas de faute d'abus ou de fraude des médecins relevés à l'occasion des soins dispensés aux assurés sociaux qui est régi par les articles L 145-1 et s. du Code de la sécurité sociale : CE, 30 décembre 1996, *L'Hermite*, Req. n° 1418853 ; CE, 7 janvier 1998, *M. Trany*, Req. n° 163581, *AJDA* 1998, p. 445, conc. R. Schwartz ; CE, 14 janvier 1998, *Syndicat des médecins d'Aix et région*, Req. n° 184735, à publier aux tables, conc. J.-C. Bonichot, *LPA* 31 juillet 1998, p. 27.

<sup>19</sup> Selon la Cour de Strasbourg, en effet, la suspension temporaire du droit de pratiquer la médecine porte atteinte à un droit de caractère civil quand bien même elle aurait été d'une durée de quinze jours, CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique*, série A n° 43, § 41-51.

<sup>20</sup> Dans le sens où elle a trait à la seule organisation de la procédure juridictionnelle. Comp. CE, 20 mai 1994, *Mme Durif, Leb.* p. 255.

<sup>21</sup> CE, 26 juillet 1996, *M. Ezelin, Leb.* p. 305.

<sup>22</sup> Ce qui était inévitable compte tenu du fait que les conseils départementaux dont sont issus les élus des conseils régionaux et national ont parmi leurs attributions le traitement de questions relatives aux interventions médicales d'urgence et l'octroi de subventions à certaines d'entre elles.

<sup>23</sup> Une personne avait en outre, avant l'affaire, pris fermement position contre l'apposition de toute mention assimilable à une publicité sur les véhicules des médecins.

<sup>24</sup> Contrairement aux exigences de l'article 18 du décret du 26 octobre 1948.

<sup>25</sup> L'absence d'utilisation du recours en récusation n'entraîne de fait pas l'incompétence de la Cour de Strasbourg pour défaut d'épuisement des voies de droit internes ; § 48 de l'arrêt.

<sup>26</sup> CE, 3 mai 1957, *Sieur Nemegyei, Rec.* p. 279.

<sup>27</sup> CEDH, 17 janvier 1970, *Delcourt c/ Belgique*, série A n° 11, § 31.

<sup>28</sup> CEDH, 22 avril 1994, *Saraiva de Carvalho c/ Portugal*, série A n° 286-B, § 35.

<sup>29</sup> CEDH, 22 juin 1989, *Landborger c/ Suède*, série A n° 155 ; CEDH, 25 novembre 1993, *Holm c/ Suède*, série A n° 279-A.

Conseil de l'Ordre des médecins français contraires à la logique d'Etat de droit comme à l'idée de justice en confortant l'idée selon laquelle toute justice, quand bien même elle serait interne à une profession, doit répondre aux mêmes impératifs de protection des particuliers.

Cette décision confirme que si en matière civile la théorie de l'apparence donne assez rarement lieu à des condamnations au titre de l'impartialité lorsque les membres de la formation de jugement ont eu à connaître de l'affaire précédemment à un quelconque titre, au cours d'une première instance puis en appel par exemple<sup>30</sup>, il en va différemment lorsqu'ils sont à la fois juges et liés à une partie<sup>31</sup>.

Mais on peut se demander ce qu'il en aurait été si l'affaire avait été portée devant le Conseil d'Etat, juge de cassation ? Il est vrai que sa jurisprudence en matière de contrôle de l'impartialité des juridictions ordinaires a longtemps été assez souple<sup>32</sup> et plus subjective que celle qui a longtemps été développée par la Cour de Strasbourg<sup>33</sup>. Toutefois, deux récents arrêts concernant le contentieux des assurances sociales devant le Conseil de l'Ordre lui ont permis d'affirmer le nécessaire respect du principe d'impartialité prévu à l'article 6<sup>34</sup>. En outre, dès 1960, à l'occasion d'une affaire Colombel dont les faits sont similaires à ceux de l'espèce, la Haute Assemblée avait considéré que la composition de la formation de jugement était régulière dès lors que ses membres accusés d'impartialité n'occupaient pas de fonctions au sein du bureau ou du Conseil d'administration des associations à l'origine du recours, ce qui implique, comme cela était le cas dans l'affaire Gautrin, qu'*a contrario* ladite composition aurait été irrégulière<sup>35</sup>. On peut donc croire que si le Conseil d'Etat avait été saisi dans cette affaire, il aurait annulé la décision du Conseil de l'Ordre et, sur ce point, la saisine de la Cour de Strasbourg ne semble pas avoir été nécessaire.

• Le dernier élément à tirer de l'arrêt Gautrin, mais il ne sera qu'évoqué, est qu'il donne une nouvelle fois l'occasion de s'interroger sur le rôle du Conseil d'Etat dans le contrôle des juridictions ordinaires.

En effet, après avoir été mise en cause par la juridiction de Strasbourg en raison de son contrôle jugé lacunaire sur les sanctions prononcées par le Conseil de l'Ordre des médecins qui empêche de l'assimiler à un organe judiciaire de pleine juridiction<sup>36</sup>, la Haute assemblée voit dans cette affaire son rôle de juge de cassation contesté en ce qu'elle ne juge au fond les recours contre les décisions disciplinaires du Conseil de l'Ordre des médecins qu'à l'occasion du second pourvoi en cassation formé dans une même affaire, ce qui revient à renvoyer une affaire ayant donné lieu à un arrêt de la section disciplinaire du Conseil de l'Ordre devant cette même section, qui ne statue pas nécessairement dans

---

<sup>30</sup> Cf. Pour une procédure devant le Conseil de l'Ordre au sujet de laquelle la Cour a décidé qu'on ne peut voir de motif de suspicion légitime dans le fait que trois des sept membres de la section disciplinaire aient connu de l'affaire en appel, CEDH, 26 septembre 1995, *Diennet c/ France*, série A n° 325-A, § 38.

<sup>31</sup> Cf. par exemple, CEDH, 22 octobre 1984, *Sramek c/ Autriche*, série A n° 84.

<sup>32</sup> Certes, il a affirmé, au sujet du Conseil de l'Ordre des pharmaciens, que les principes généraux de la procédure s'opposent à ce qu'une même personne puisse être à la fois juge et plaignante " *Considérant que si le principe général du caractère contradictoire d'une procédure et du respect dû aux droits de la défense s'oppose à ce que dans le cours d'une procédure juridictionnelle de caractère répressif une même personne puisse être à la fois plaignante et juge* " : CE, 14 janvier 1981, *Putot, Leb.* p. 17. Toutefois parallèlement il a validé une formation composée du médecin-conseil d'une caisse primaire qui était à l'origine de la plainte déposée contre le praticien dès lors qu'il ressortait du dossier que le médecin n'avait pas eu à connaître du dossier (CE, 10 juillet 1972, *Dame Colin Guilbert, Leb.* p. 543)

<sup>33</sup> Qui toutefois devient depuis quelques années de plus en plus subjective. Sur ce point, cf. J. Van Compernelle, Evolution et assouplissement de la notion d'impartialité objective, *RTDH* 1994, p. 437.

<sup>34</sup> Puisque le Conseil d'Etat y a précisé que les " *règles générales de procédure (...) s'opposent notamment à ce qu'un membre d'une juridiction administrative puisse participer au jugement d'un recours relatif à une décision dont il est l'auteur et à ce que l'auteur d'une plainte puisse participer au jugement rendu à la suite du dépôt de celle-ci* " , CE, 7 janvier 1998, *M. Trany*, Req. n° 163581, *AJDA* 1998, p. 445, conc. R. Schwartz ; CE, 14 janvier 1998, *Syndicat des médecins d'Aix et région*, Req. n° 184735, à paraître aux tables, conc. J.-C. Bonichot, *LPA* 31 juillet 1998, p. 27.

<sup>35</sup> CE, 16 décembre 1960, *Sieur Colombel, Leb.* p. 713.

<sup>36</sup> Ainsi à l'occasion de l'affaire Diennet a-t-il considéré que le contrôle de la publicité devant le Conseil d'Etat juge de Cassation n'est pas suffisant pour assurer le caractère équitable d'une procédure qui n'a pas été public devant les juridictions ordinaires (Req. n° 18.160/91, *Diennet c/ France*, Rapport de la Commission du 5 avril 1994, § 36 ; CEDH, 26 septembre 1995, *Diennet c/ France*, série A n° 325-A, § 34) dans la mesure où le Conseil d'Etat ne contrôle pas si les faits reprochés à une personne poursuivie disciplinairement sont de nature à justifier une sanction (CE, Ass., 11 juillet 1984, *Subrini, Leb.* p. 259 : " *L'appréciation à laquelle se livre la section disciplinaire pour appliquer une sanction déterminée, compte tenu de la nature des faits reprochés à l'intéressé, n'est pas susceptible d'être discutée devant le juge de cassation* "). En revanche le Conseil d'Etat contrôle la motivation de la décision.

Sur la notion d'organe et de compétence de pleine juridiction, M. Melchior, *La notion de compétence de pleine juridiction en matière civile dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Présence du droit public et des droits de l'Homme, Mélanges offerts à J. Velu t. III, Bruylant-ULB, 1992, p. 1327.

une formation différente<sup>37</sup>. Ce procédé, qui ne joue bien évidemment pas en faveur de l'efficacité de la procédure juridictionnelle et de l'exigence d'un délai raisonnable, s'il n'est pas de nature à justifier une sanction sur le fondement du défaut d'impartialité objective<sup>38</sup>, a amené la Cour à considérer que le pourvoi en cassation ne constituait pas, pour la solution du litige, un recours adéquat<sup>39</sup>.

Cependant même si le droit conventionnel n'a peut-être pas fini d'impliquer des évolutions de la procédure applicable en matière disciplinaire, ses exigences sont mieux prises en compte et ces dernières années ont permis surtout d'assister à une importante évolution de la mentalité du juge administratif qui souhaite, c'est ce qui résulte de conclusions rendues par le commissaire du gouvernement R. Schwartz, entamer un débat avec la Cour au sujet de l'interprétation de l'article 6<sup>40</sup>. Le juge administratif témoigne ainsi de sa volonté de participer activement à l'élaboration de la jurisprudence européenne et, le cas échéant, de la faire évoluer afin, et c'est un tournant dans sa conception de l'intervention européenne au niveau interne, que l'influence entre le droit français et le droit conventionnel en matière d'équité de la procédure ne soit plus à sens unique mais à double sens.

---

<sup>37</sup> En effet le Conseil d'Etat considère qu'en ce qui concerne la procédure disciplinaire devant l'Ordre des avocats il n'est pas nécessaire qu'à la suite d'un arrêt de cassation la juridiction ordinaire statue dans une formation différente compte tenu de la nature de cette juridiction : CE, 29 octobre 1990, *Diennet, Leb.* p. 299.

<sup>38</sup> CEDH, 16 juillet 1971, *Ringeisen*, série A n° 13, § 97 ; CEDH, 26 septembre 1995, *Diennet c/ France*, série A n° 325-A, § 38.

<sup>39</sup> § 51 de l'arrêt.

<sup>40</sup> Afin " d'interpréter de façon raisonnable et fidèle les stipulations de l'article 6-1 et de leur donner une portée dans le strict respect de l'esprit conventionnel ", conc. R. Schwartz sous CE, 7 janvier 1998, *M. Trany*, Req. n° 163581, *AJDA* 1998, p. 445, sp. p. 449.

## **Débat**

### **Paul Mahoney**

Nous ne sommes heureusement pas dans la situation de Cendrillon pour qui l'obligation de respecter l'heure est impérative !

### **Paul Tavernier**

J'ai été très heureux de la dernière remarque qu'Hélène Muscat a faite concernant la collaboration entre les juridictions nationales et la juridiction européenne. Je voudrais citer un autre cas qu'on n'a pas évoqué parce qu'il n'y avait pas d'affaires portant sur cette question. Il y a eu un récent arrêt du Conseil d'Etat concernant un problème d'urbanisme et l'article 1er du Protocole n° 1. L'arrêt est tout à fait favorable à la jurisprudence de Strasbourg. Il est intéressant de noter qu'il a été rendu sur les conclusions de Ronny Abraham qui depuis a été appelé à d'autres fonctions et sur le rapport de M. Costa<sup>41</sup>.

### **Dominique Allix**

Je voudrais revenir sur le permis à points. Il y a effectivement une petite ouverture dans la mesure où vous constatez que la Cour européenne laisse entendre que s'il y avait un retrait automatique du permis de conduire, à ce moment là notre système ne pourrait pas fonctionner. De toute façon, au bout d'un retrait conséquent (12 points), la personne sera automatiquement privée de son permis de conduire. Donc la législation française ne résiste pas à l'examen... Je crois aussi que c'est une décision consternante parce que finalement la Cour s'est fait "avoir" : elle s'est laissée enfermer dans un piège. Elle a attiré à la matière pénale toutes les affaires de police de la circulation et elle ne sait plus comment en sortir. La Cour a finalement retenu une conception de la proportionnalité qui est très étroite. La proportionnalité exige qu'un juge puisse contrôler l'ampleur de la pénalité. Or ce n'est absolument pas le cas. La proportionnalité est purement fictive, légale, abstraite : circuler à 170 km/h sur une nationale c'est autre chose que circuler à la même vitesse sur une autoroute. La loi certes fait des différences sur les points à retirer, mais ce n'est pas satisfaisant. En réalité, on rejoint une observation plus générale. A l'heure actuelle, au moins dans une certaine doctrine, on confond l'automatisme de la répression et la prévention. Je ne suis pas certain que ce soit le meilleur remède.

Vous avez dû avoir peur quand vous avez vu que la question relevait de la matière pénale... Comment en sortir ? En se reniant ? C'est ce qu'a fait la Cour finalement.

### **Antoine Buchet**

C'est vrai que l'essentiel de l'argumentation du gouvernement devant la Cour sur l'affaire Malige concernait l'applicabilité de l'article 6. Nous servant des précédents arrêts de la Cour, nous pensions la convaincre qu'une mesure qui ne consiste même pas à retirer le permis, mais seulement à amputer son capital d'un certain nombre de points, était véritablement une mesure de prévention, c'est-à-dire une mesure visant à prévenir la personne que si elle continue, elle va finir par perdre tous ses points, et partant par perdre son permis de conduire. C'est une vertu préventive sur laquelle le gouvernement français a tenu à insister devant la Cour, et il n'a pas emporté l'adhésion de la Cour. C'est vrai que de ce point de vue, une fois passé le cap de l'applicabilité de l'article 6, on pouvait effectivement craindre ou espérer suivant la place d'où on parlait, qu'il y ait un constat de violation. Il est vrai que la tolérance de la cour à l'égard d'une sanction, qu'elle a qualifié de sanction automatique, a de quoi surprendre les lecteurs d'autres arrêts rendus par la Cour en matière pénale. S'agissant de l'efficacité du système, il faut rappeler les chiffres tirés du mémoire qu'avait présenté le gouvernement français. Depuis l'instauration du permis à points en 1989, on a une diminution extrêmement sensible du nombre de décès sur la route. Il est certain que le permis à points a pour objectif de développer un certain civisme. On peut, ceci dit, interpréter l'arrêt comme un arrêt qui pousse un peu à l'excès la force attractive de la matière pénale. Si le retrait de points relève de la matière pénale, on ne voit pas tellement ce qui n'en relève pas.

Par ailleurs, ce qui m'a toujours beaucoup surpris à la lecture du rapport de la Commission et dans celle de l'arrêt, c'est cette reconnaissance de l'importance du droit de conduire dans la société actuelle. Je sais que la Convention est un instrument à interpréter à la lumière de l'évolution de la société (c'est le caractère vivant de la Convention rappelé dans plusieurs arrêts), mais cela justifie-t-il que l'on reconnaisse le droit de conduire comme un droit fondamental de la personne humaine auquel il ne faut pas porter atteinte ? Et si on lui porte atteinte, cela relève-t-il vraiment de la matière pénale ? Il est peut-être un peu excessif d'aller dans ce sens. J'ai été un peu surpris de l'insistance de la Commission et de la Cour sur cet aspect des choses.

### **Catherine Teitgen-Colly**

Sur le rapport de Mme Mendel-Riche, je voudrais faire quelques remarques. Vous avez évoqué l'affaire HLR c.France. Vous avez dit que peut-être la nouvelle affaire BB réduit la portée de l'affaire HLR c.France. A mon sens, on

---

<sup>41</sup> CE, Sect., 3 juillet 1998, M. Bitouzet, *AJDA*, juillet-août 1998, pp. 639-640 avec les observations de Fabien Raynaud et Pascale Fombeur, "Chronique générale de jurisprudence administrative française" (*Ibid.*, pp. 570-575).

n'est pas du tout dans le même cas de figure, même s'il s'agit de trafiquants de drogue dans les deux cas. Dans le premier cas, l'on est un présence d'un ressortissant colombien éprouvant les plus grands risques vis-à-vis de la mafia en cas de renvoi dans son pays. La Cour européenne fait alors une application extensive de l'article 3 de la Convention en décidant que les traitements inhumains et dégradants pourront être le fait de personnes ou groupes privés, et non exclusivement d'agents étatiques. Dans le second cas, la situation est différente, l'auteur du recours, ressortissant zairois, n'éprouvant pas de risques par rapport à des personnes privées ; on ne peut donc mettre en parallèle les affaires HLR et BB du point de vue de l'agent de persécution.

### **Françoise Mendel-Riche**

Je n'avais pas imaginé de lien de causalité, j'aurais dû faire une transition plus nette entre les deux parce que j'ai parlé d'HLR en tant qu'introduction en la matière, sans lien de causalité avec ce qui s'est passé effectivement dans l'affaire BB et je regrette d'avoir été trop rapide pour ne pas avoir dit un seul mot de l'affaire Dalia.

La Cour et la Commission n'ont pas retenu la violation de l'article 8 dans le cas de l'affaire Dalia, algérienne de 38 ans qui avait un enfant né en 1990. Parce qu'elle avait été condamnée à une interdiction du territoire français en 1985, ils ont considéré qu'elle s'était maintenue sur le territoire et avait tissé ce lien de vie privée, de vie familiale (article 8). Si j'en avait parlé, je vous aurais dit que c'était le contraire de l'affaire BB, que c'était hélas, une image arrêtée. Les organes de Strasbourg trouvaient qu'il fallait continuer à examiner la situation de Mme Dalia avec les lunettes de 1985 et en considérant la proportionnalité s'agissant d'un trafic de drogues. C'est une affaire assez triste car cette personne reste en position instable sur le territoire français puisqu'elle ne peut pas être régularisée, ne peut pas retourner en Algérie avec un enfant français. C'est une affaire où l'humanitaire n'a pas compté. La balance a pesé très fort en faveur de l'ordre public, de l'ingérence et de la nécessité impérieuse et le côté vie privée, vie familiale n'a pas été retenu.

### **Catherine Teitgen-Colly**

Effectivement, il y a une différence dans l'interprétation aujourd'hui de l'article 3 et de l'article 8. L'article 3 est très porteur et conduit à une restriction des droits des Etats, même en matière de maîtrise de l'immigration, puisque des considérations humanitaires peuvent limiter les pouvoirs de l'Etat quant à la reconduite à la frontière des étrangers, alors que l'article 8 est de plus en plus lu de façon stricte.

### **Françoise Mendel-Riche**

La porte 3 s'ouvre, la 8 se referme... Mais les deux requérants dont j'ai traité le cas avaient posé des recours aux articles 3 et 8 à la fois, dans des circonstances différentes. Dans l'affaire Dalia, c'était au 8, dans BB c'était au 3, à l'exclusion de l'autre article. C'est intéressant de voir que les requérants essaient de mettre en cause plusieurs types d'argumentation.

### **Catherine Teitgen-Colly**

J'avais une seconde question à poser sur l'affaire Malige concernant la qualification de ce retrait de points.

N'aurait-on pu imaginer de faire entrer le retrait des points dans la matière pénale à partir du retrait du 12ème point, car c'est lui qui est vraiment sanctionnateur ? Le problème a-t-il été évoqué ? Est-ce qu'on y a pensé, ou pas du tout ? En effet, la perte de chaque point en soi n'est pas pénalisante, mais constitue un avertissement, une mesure en quelque sorte préventive et dissuasive, mais pas véritablement sanctionnatrice, alors qu'au 12ème point, c'est le couperet, le permis est perdu...

La décision prise par la Cour européenne qui conclut à la conventionnalité de la sanction du retrait de points est en vérité sujette à caution, en ce qu'elle donne un brevet de conventionnalité à ce type de sanction automatique en se fondant sur une proportionnalité, davantage présumée que vérifiée, de cette sanction à la gravité de l'infraction. Or précisément cette proportionnalité n'est pas certaine. Certes le Conseil constitutionnel s'assure de la proportionnalité entre sanction et infraction lorsqu'il en est saisi, mais d'une part il n'est pas toujours saisi - tel est le cas notamment des lois anciennes, fiscales en particulier qui sont nombreuses à avoir institué des sanctions automatiques ; d'autre part, le Conseil, n'entendant pas se substituer au législateur, ne censure que les disproportions manifestes et non toute disproportion entre sanction et infraction.

### **Dominique Allix**

Il n'est pas nécessaire de se référer au contrôle de constitutionnalité. Ainsi en matière fiscale, pour le non-paiement de la vignette automobile, la Cour de cassation a jugé que ces pénalités qui résultaient de la seule constatation matérielle par l'administration du non-paiement de la taxe ne permettaient pas une quelconque appréciation du comportement, et qu'en conséquence les textes étaient contraires à l'article 6. Il y a là un principe clairement posé.

### **Antoine Buchet**

Ce qui est intéressant dans l'arrêt, c'est qu'on aurait pu utiliser les arguments développés par la Cour pour se satisfaire d'une non-violation de l'article 6 par. 1 pour conclure à la non-application. Le fait qu'il n'y ait pas de disparition immédiate de tous les points, le fait que l'on permette à la personne de reconstituer son capital en adaptant son comportement ou en ne commettant plus d'infractions, en suivant une formation spécialement prévue par les textes en vigueur, tous ces arguments plaident pour une non-application de l'article 6. On a le sentiment que la Cour n'a pas voulu se priver du contrôle que lui ouvre l'article 6 sur ce contentieux de la circulation routière et du permis à points, mais que ce faisant elle s'est servie des arguments que le gouvernement avait présentés à l'appui de son mémoire en défense pour la non-application de l'article pour reconnaître une non-violation. C'est un raisonnement assez alambiqué, qui effectivement juridiquement et intellectuellement n'est pas très satisfaisant, même si le résultat satisfait les autorités qui étaient venues en nombre puisqu'il y avait sept représentants du gouvernement à l'audience (affaires étrangères, justice, intérieur, sécurité routière, etc.) contre l'avocat unique, extrêmement actif. Il y a d'ailleurs d'autres affaires en cours sur le permis. Il y a eu aussi une tentative d'attaque assez intéressante qui consistait à dire que la suspension administrative décidée par le préfet suivie d'une amende était une violation de la règle *ne bis in idem*. Mais cette requête n'a pas prospéré (non-épuisement des voies de recours internes). L'application de cette règle est actuellement soulevée dans l'affaire de cumul entre sanctions fiscales et sanctions pénales.

### **Catherine Teitgen-Colly**

Quant à l'intervention d'Hélène Muscat, on notera que le Conseil d'Etat est plus prompt à tirer les conséquences de la jurisprudence Procola en matière d'impartialité du juge pour d'autres juridictions que la sienne, alors même que cette jurisprudence de la Cour européenne concernait une juridiction homologue à la sienne, le Conseil d'Etat luxembourgeois.

### **Hélène Muscat**

Il est vrai que depuis 1996 on assiste à un véritable flux d'arrêts du Conseil d'Etat sur différents points concernant diverses juridictions ordinaires. Certains visent l'ordre des chirurgiens-dentistes ou la Cour de discipline budgétaire et financière puisque le Conseil d'Etat a affirmé que la procédure applicable devant la Cour de discipline budgétaire et financière était une procédure qui concerne la matière pénale et que de ce fait elle doit être publique. Il y a donc une multiplication des décisions du Conseil d'Etat concernant les procédures devant les juridictions ordinaires, tant au regard de l'exigence de publicité que de celle d'impartialité.

En ce qui concerne le contentieux des assurances sociales, le fait que devant la section des assurances sociales une même personne, médecin-conseil, puisse être à la fois à l'origine de la plainte et juge, entraîne la condamnation du défaut d'impartialité par le Conseil d'Etat. Le juge administratif s'inscrit alors strictement dans le cadre de l'affaire Procola. On assiste donc effectivement à une prise en compte par le Conseil d'Etat de la jurisprudence Procola dont il impose le respect aux autres juridictions sans, à ce jour, s'y être explicitement soumis.

### **Paul Mahoney**

Il m'appartient de clore les débats. Pour un pays comme la France, les arrêts de la Cour européenne concernent, par définition, des cas limites. Les affaires Bertrand, Bernard, Omar, Guérin, Malige, Gautrin, Soumaré, Lambert, abordent des questions techniques de la procédure pénale ou civile, et je pourrais dire que les critiques émises aujourd'hui étaient aussi techniques (par exemple la manière dont la Cour de Strasbourg motive ses arrêts).

L'affaire Lehideux et Isorni tombe dans une autre catégorie. On ne peut pas nier le poids des arguments militant en faveur d'un constat de non-violation. Il ne s'agit pas d'une bonne ou d'une mauvaise motivation, à mon avis, mais plutôt d'une décision de politique judiciaire tendant à promouvoir une certaine conception du rôle de la liberté d'expression dans une société démocratique européenne moderne.

Et peut-être que l'avantage d'avoir cette Cour à Strasbourg est précisément de dénationaliser et de dépolitiser de telles controverses. Mais ce qui est important en fin de compte, c'est la volonté de nos gouvernements d'accepter même les "mauvais arrêts", ceux qui contiennent une "motivation légère", pour reprendre une expression utilisée au cours des débats, dans l'intérêt de cette "garantie collective" des droits de l'Homme instaurée par la Convention. La santé de nos démocraties est attestée par cette volonté : pour la France, la détermination d'ouvrir les portes et les fenêtres de la maison France au regard des voisins.

La participation aujourd'hui d'avocats, de magistrats, de fonctionnaires du ministère de la Justice et du ministère des Affaires étrangères, d'étudiants, démontre le caractère collectif de l'engagement français en faveur de la Convention européenne des Droits de l'Homme. J'ai remarqué que les critiques étaient plus ou moins équitablement réparties entre les diverses catégories présentes aujourd'hui, ce qui démontre sans doute le positionnement équilibré de la Cour de Strasbourg. On ne plaît à personne et donc on est indépendant.

Je dois avouer aussi que j'ai dû résister à la tentation d'intervenir davantage dans les débats, mais vous étiez trop nombreux et les minutes étaient comptées. Voilà bien la preuve de la réussite du colloque organisé aujourd'hui.

Au nom de tous, je voudrais d'abord remercier les intervenants, les orateurs et bien sûr les organisateurs et leur demander de renouveler l'expérience dès l'année prochaine avec la jurisprudence de la nouvelle Cour. Il existe sur Internet une base de données à laquelle l'accès est gratuit et qui contient tous les arrêts depuis le début, avec un index et un outil de recherche.

**Paul Tavernier**

Je vous remercie également M. Mahoney. Je pense qu'il est très important que le courant passe dans les deux sens, des juridictions nationales vers Strasbourg, et inversement.

Je voudrais aussi remercier ceux qui se sont occupés du bon déroulement matériel du colloque.

**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.
- n° 8 (1998), 73 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.
- n° 4 (1998), 151 p. (ISBN 2 11-091039-9) : La France et la Cour européenne des droits de l'Homme. La jurisprudence de 1996 à 1997.

*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, 513 p.)  
(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