

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

**- CREDHO -**



Paris-Sud

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

**La jurisprudence de 2001  
(présentation, commentaires et débats)**

*Sous la direction de Paul TAVERNIER*

**CAHIERS DU CREDHO N° 8 - 2002**

**- 2002 -**

Université de Paris-Sud - Faculté Jean Monnet  
54, boulevard Desgranges - 92331 Sceaux Cedex  
Site : [www.credho.org](http://www.credho.org)  
[credho@credho.org](mailto:credho@credho.org)  
☎ 01 40 91 17 19 - Fax 01 46 60 92 62

## Table des matières

avec le soutien de l'IEDP  
et de l'IEJ  
de la Faculté Jean Monnet à Sceaux

	Pages
<b>Avant-Propos</b> .....	1
<b>Liste des arrêts</b> .....	3
<b>Ouverture</b>	
M. Jacques <b>FRANCILLON</b> , Vice-Doyen de la Faculté Jean Monnet à Sceaux .....	15
<i>Les ambivalences de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme</i> par Régis <b>DE GOUTTES</b> , Premier Avocat général à la Cour de cassation .....	19
<i>Droits de l'Homme et prison. Les développements récents de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme</i> par Françoise <b>TULKENS</b> , Juge à la Cour européenne des droits de l'Homme .....	39
<b>Débats</b> .....	70
<b>L'équité de la procédure en matière pénale</b>	
• Revirement de l'expert et droits de la défense (arrêt G.B. du 2 octobre 2001) par Dominique <b>ALLIX</b> , Professeur à l'Université de Paris XI .....	81
• Contumace. Recours en cassation et équité de la procédure (arrêt Krombach du 13 février 2001) par Olivier <b>BACHELET</b> , ATER à l'Université de Paris I .....	87
• L'affaire Papon (décisions sur la recevabilité des requêtes des 7 juin et 15 novembre 2001) par Maître Michel <b>PUECHAVY</b> , Avocat à la Cour de Paris .....	97
<b>Débats</b> .....	104
<b>L'équité de la procédure en matière pénale (suite)</b>	
• Accès à la Cour de cassation et computation du délai de recours (arrêt Tricard du 10 juillet 2001) par Vincent <b>DELAPORTE</b> , Avocat aux Conseils .....	107
• Curatelle et équité de la procédure (arrêt Vaudelle du 30 janvier 2001) par Claire <b>D'URSO</b> , Chef du Bureau des droits de l'Homme, SAEI, Ministère de la Justice .....	115

## **L'équité de la procédure en matière administrative**

Le rôle du Commissaire du gouvernement devant le Conseil d'Etat  
(arrêt Kress du 7 juin 2001)  
par François-Guilhem **BERTRAND**, professeur à l'Université de Paris XI ..... 123

**Débats** ..... 128

## **La liberté de circulation**

Confiscation du passeport  
(arrêt Baumann du 22 mai 2001)  
par Céline **RENAUT**, doctorante à l'Université de Paris XI ..... 137

**Débats** ..... 144

## **Le respect de la vie privée et familiale**

• L'éloignement des étrangers : interdiction définitive du territoire français  
(arrêts Ezzouhdi et Abdouni des 13 et 27 février 2001)  
par Brigitte **JARREAU**, Sous-direction des droits de l'Homme  
à la Direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères ..... 145

• Le cadavre et le droit au respect de la vie familiale  
(arrêt Pannullo et Forte du 30 octobre 2001)  
par Anne **DEBET**, maître de conférences à l'Université de Paris II ..... 153

## **Les libertés de l'esprit : liberté de religion et liberté d'expression**

• La France et les sectes  
(décision Fédération chrétienne des Témoins de Jéhovah  
du 6 novembre 2001)  
par Patrice **ROLLAND**, professeur à l'Université de Paris XII ..... 175

• Publications de provenance étrangère et liberté d'expression  
(arrêt Association Ekin du 17 juillet 2001)  
par Maître Thierry **MASSIS**, Avocat à la Cour de Paris ..... 181

**Débats** ..... 189

## **Clôture des travaux**

par Paul **TAVERNIER** ..... 192

**Publications du CREDHO** ..... 193

## **Avant Propos**

Les lecteurs de ce huitième *Cahier du CREDHO* trouveront ici les Actes du colloque qui s'est tenu à la Faculté Jean Monnet à Sceaux le 18 janvier 2002, sous la présidence de M. Régis de Gouttes, Premier avocat général à la Cour de Cassation, avec la participation très active, de Mme Françoise Tulkens, Juge à la Cour européenne des droits de l'Homme. La présence de ces deux éminentes personnalités illustre fort bien les interactions entre les juridictions et les jurisprudences nationales et européennes (strasbourgeoises en l'occurrence), qui ont été constamment mises en lumière à travers les colloques du CREDHO, depuis les quatre premiers d'entre eux qui se sont déroulés à l'Université de Rouen et ceux qui ont suivi à l'Université de Paris-Sud.

Toutefois, le dialogue entre la Cour européenne des droits de l'Homme et les instances nationales ne saurait se limiter à un dialogue bilatéral, ou à une série de dialogues bilatéraux. Ce serait très malsain et peu compatible avec la philosophie qui est à la base de la Convention européenne dont le préambule rappelle l'attachement des gouvernements des Etats européens à un « patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit ». Ce patrimoine ne peut fructifier que s'il est développé en concertation, notamment grâce à l'élaboration d'un droit commun européen. Le regard extérieur, à la fois très proche et cependant différent, d'un observateur aussi avisé que Mme Tulkens qui a participé directement à l'élaboration des arrêts rendus contre la France par la nouvelle Cour, puisqu'elle a siégé depuis novembre 1998 jusqu'en 2001 dans la même chambre que le juge français, Jean-Paul Costa. Cette présence « étrangère » permet de relativiser cette fameuse « exception française » que les politiques, mais aussi les juristes, ont trop tendance à invoquer, de manière souvent abusive.

Un autre élément d'ouverture dans le programme du colloque consistait dans l'étude non seulement de certains arrêts choisis pour leur importance et leur intérêt, mais aussi de quelques décisions de la Cour sur la recevabilité de certaines affaires retenues en raison de leur impact à la fois politique et juridique (l'affaire Papon notamment, mais aussi la question très controversée des sectes). Il ne faut pas oublier, en effet, que la Cour tranche dès le stade de la recevabilité des problèmes tout à fait intéressants et qui méritent de retenir l'attention, comme c'était déjà le cas pour l'ancienne Commission.

Pour le reste, le lecteur trouvera, comme d'habitude, reproduite dans ce *Cahier* la substance des rapports présentés, mais aussi des débats toujours aussi animés et instructifs. Il pourra par ailleurs consulter, s'il le désire, le site Internet du CREDHO ([www.credho.org](http://www.credho.org)) où les Actes sont disponibles. Nous souhaitons à tous, lecteurs traditionnels ou internautes, bonne lecture ! et espérons avoir ainsi contribué, même modestement, au progrès des droits de l'Homme.

*Paul TAVERNIER*  
Juin 2002

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

38 • N° 284, 24 février **1994**, BENDENOUN  
40 • N° 289, 26 avril 1994, VALLEE  
41 • N° 289-B, 26 août 1994, KARAKAYA  
42 • N° 299-C, 28 octobre 1994, DEMAÏ  
43 • N° 296-A, 22 septembre 1994, HENTRICH  
44 • N° 296-B, 24 novembre 1994, BEAUMARTIN  
45 • N° 296-C, 24 novembre 1994, KEMMACHE (n° 3)

46 • N° 308, 10 février **1995**, ALLENET DE RIBEMONT  
47 • N° 311, 22 mars 1995, QUINN  
48 • N° 314, 27 avril 1995, PIERMONT  
49 • N° 317, 24 mai 1995, MARLHENS  
50 • N° 317-B, 8 juin 1995, JAMIL  
51 • N° 320-B, 13 juillet 1995, NASRI  
52 • N° 320-C, 13 juillet 1995, MORGANTI  
53 • N° 322, 3 juillet 1995, HENTRICH (art. 50)  
54 • N° 325-A, 26 septembre 1995, DIENNET  
55 • N° 325-B, 27 septembre 1995, GRAGNIC  
56 • N° 325-C, 24 octobre 1995, IRIBARNE PEREZ  
57 • N° 333-A, 21 novembre 1995, ACQUAVIVA  
58 • N° 333-B, 4 décembre 1995, BELLET

59 • N° 96-1, 31 janvier **1996**, FOUQUET  
60 • N° 96-17, 23 avril 1996, PHOCAS  
61 • N° 96-18, 23 avril 1996, REMLI  
62 • N° 96-19, 24 avril 1996, BOUGHANEMI  
63 • N° 96-25, 25 juin 1996, AMUUR  
64 • N° 96-26, 10 juillet 1996, PARDO  
(demande en révision de l'arrêt du 20 septembre 1993)  
65 • N° 96-27, 7 août 1996, ALLENET DE RIBEMONT  
(interprétation de l'arrêt du 10 février 1995)  
66 • N° 96-32, 7 août 1996, HAMER  
67 • N° 96-40, 26 septembre 1996, 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, PAÏLOT  
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.

115 • N° 99-5, 21 janvier **1999**, FRESSOZ ET ROIRE  
116 • N° 99-14, 25 mars 1999, PELISSIER ET SASSI  
117 • N° 99-20, 1<sup>er</sup> avril 1999, LEMOINE  
118 • N° 99-23, 29 avril 1999, CHASSAGNOU ET AUTRES  
119 • N° 99-28, 19 mai 1999, JAFFREDOU  
120 • N° 99-32, 4 juin 1999, CAILLOT  
121 • N° 99-35, 22 juin 1999, M.K.  
122 • N° 99-66, 28 juillet 1999, SELMOUNI  
123 • N° 99-73, 28 septembre 1999, CIVET  
124 • N° 99-78, 29 septembre 1999, SERRE  
125 • N° 99-79, 29 septembre 1999, DJAÏD  
126 • N° 99-80, 5 octobre 1999, DONSIMONI  
127 • N° 99-104, 26 octobre 1999, MAINI  
128 • N° 99-107, 28 octobre 1999, ZIELINSKI ET PRADAL  
129 • N° 99-120, 9 novembre 1999, DEBBOUB alias HUSSEINI Aïi  
130 • N° 99-121, 9 novembre 1999, GROS  
131 • N° 99-122, 9 novembre 1999, GOZALVO  
132 • N° 99-132, 23 novembre 1999, ARVOIS  
133 • N° 99-137, 30 novembre 1999, BAGHLI  
134 • N° 99-138, 7 décembre 1999, BOUILLY  
135 • N° 99-140, 8 décembre 1999, PELLEGRIN  
136 • N° 99-148, 14 décembre 1999, KHALFAOUI  
137 • N° 99-175, 21 décembre 1999, DEMIRTEPE

138 • N° 00-5, 11 janvier **2000**, SEIDEL  
139 • N° 00-10, 20 janvier 2000, YAHIAOUI  
140 • N° 00-42, 25 janvier 2000, BLAISOT

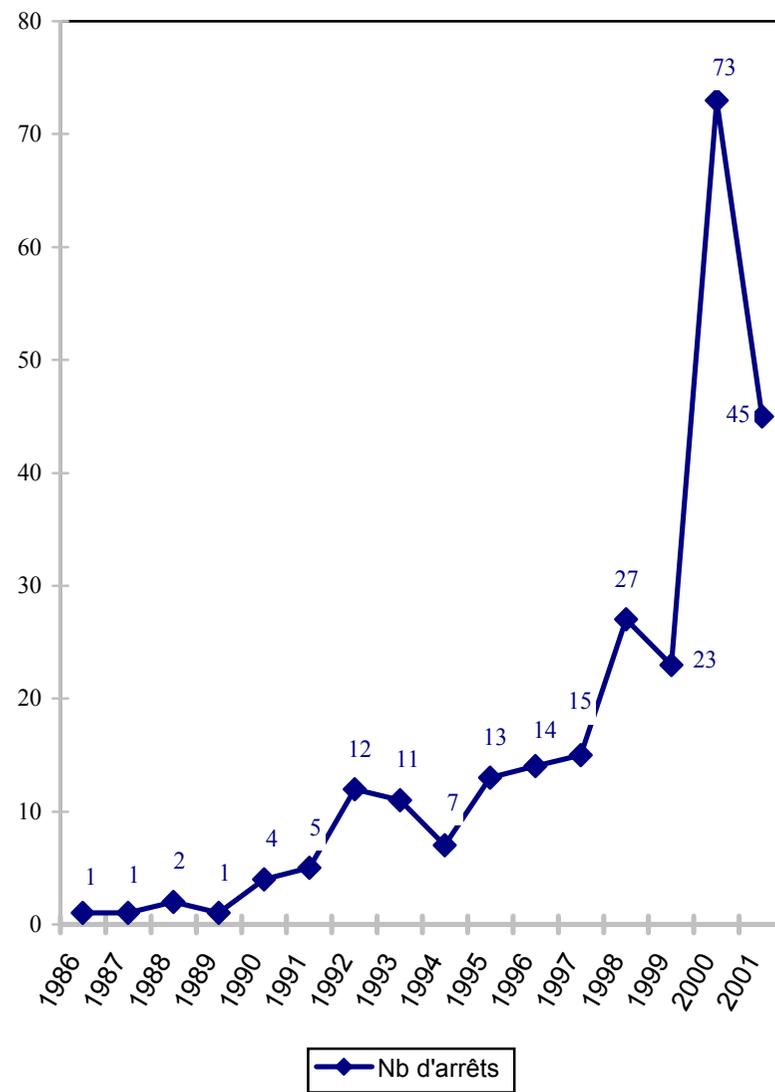
141 • N° 00-43, 25 janvier 2000, SLIMANE-KAID  
 142 • N° 00-46, 1<sup>er</sup> février 2000, MAZUREK  
 143 • N° 00-47, 1<sup>er</sup> février 2000, THERY  
 144 • N° 00-48, 1<sup>er</sup> février 2000, BACQUET  
 145 • N° 00-75, 8 février 2000, VOISINE  
 146 • N° 00-102, 14 mars 2000, CLOEZ  
 147 • N° 00-106, 21 mars 2000, BOUDIER  
 148 • N° 00-107, 21 mars 2000, GUICHON  
 149 • N° 00-108, 21 mars 2000, GERGOUIL  
 150 • N° 00-109, 21 mars 2000, CASTELL  
 151 • N° 00-110, 21 mars 2000, DULAURANS  
 152 • N° 00-119, 28 mars 2000, ALDO et Jean-Baptiste ZANATTA  
 153 • N° 00-120, 28 mars 2000, GERBER  
 154 • N° 00-121, 28 mars 2000, JACQUIE et LEDUN  
 155 • N° 00-160, 25 avril 2000, RIZZOTTO  
 156 • N° 00-189, 23 mai 2000, VAN PELT  
 157 • N° 00-193, 30 mai 2000, FAVRE-CLEMENT  
 158 • N° 00-194, 30 mai 2000, Laurent BERNARD  
 159 • N° 00-195, 30 mai 2000, Colette BRUNY  
 160 • N° 00-201, 6 juin 2000, CASTILLON  
 161 • N° 00-202, 6 juin 2000, MOREL  
 162 • N° 00-211, 13 juin 2000, SERRA  
 163 • N° 00-301, 27 juin 2000, CHA'ARE SHALOM VE TSEDEK  
 164 • N° 00-302, 27 juin 2000, FRYDLENDER  
 165 • N° 00-322, 18 juillet 2000, JAEGERT  
 166 • N° 00-323, 18 juillet 2000, S.M.  
 167 • N° 00-324, 18 juillet 2000, DROULEZ  
 168 • N° 00-326, 20 juillet 2000, N'DIAYE  
 169 • N° 00-327, 20 juillet 2000, ABBAS  
 170 • N° 00-329, 20 juillet 2000, CALOC  
 171 • N° 00-353, 1<sup>er</sup> août 2000, P.B.  
 172 • N° 00-355, 1<sup>er</sup> août 2000, C.P. et autres  
 173 • N° 00-358, 2 août 2000, DESCHAMPS  
 174 • N° 00-359, 2 août 2000, LAMBOURDIERE  
 175 • N° 00-360, 2 août 2000, BERTIN-MOUROT  
 176 • N° 00-361, 2 août 2000, CHERAKRAK  
 177 • N° 00-362, 2 août 2000, IKANGA  
 178 • N° 00-363, 2 août 2000, SATONNET  
 179 • N° 00-370, 19 septembre 2000, GNAHORE  
 180 • N° 00-376, 26 septembre 2000, DAGORN  
 181 • N° 00-377, 26 septembre 2000, Joseph-Gilbert GARCIA  
 182 • N° 00-378, 26 septembre 2000, CAMILLA  
 183 • N° 00-379, 26 septembre 2000, PERIE  
 184 • N° 00-380, 26 septembre 2000, DONATI  
 185 • N° 00-381, 26 septembre 2000, GUISSET  
 186 • N° 00-382, 26 septembre 2000, J.B.  
 187 • N° 00-397, 3 octobre 2000, KANOUN  
 188 • N° 00-398, 3 octobre 2000, DU ROY et MALAURIE  
 189 • N° 00-400, 5 octobre 2000, MAAOUIA  
 190 • N° 00-413, 10 octobre 2000, LAGRANGE  
 191 • N° 00-414, 10 octobre 2000, DACHAR  
 192 • N° 00-431, 17 octobre 2000, DE MOUCHERON et autres  
 193 • N° 00-455, 24 octobre 2000, CAMPS  
 194 • N° 00-456, 24 octobre 2000, CHAPUS  
 195 • N° 00-486, 7 novembre 2000, LACOMBE

196 • N° 00-512, 9 novembre 2000, GRASS  
 197 • N° 00-517, 14 novembre 2000, DELGADO  
 198 • N° 00-518, 14 novembre 2000, P.V.  
 199 • N° 00-519, 14 novembre 2000, PIRON  
 200 • N° 00-520, 14 novembre 2000, ANNONI DI GUSSOLA et DEBORDES et OMER  
 201 • N° 00-589, 28 novembre 2000, PULVIRENTI  
 202 • N° 00-590, 28 novembre 2000, BOURIAU  
 203 • N° 00-591, 28 novembre 2000, LECLERCQ  
 204 • N° 00-592, 28 novembre 2000, SIEGEL  
 205 • N° 00-593, 28 novembre 2000, LUCAS  
 206 • N° 00-594, 28 novembre 2000, THURIN  
 207 • N° 00-607, 5 décembre 2000, BURGORGUE  
 208 • N° 00-609, 5 décembre 2000, MOTIERE  
 209 • N° 00-612, 12 décembre 2000, GENESTE  
 210 • N° 00-613, 12 décembre 2000, BALLESTRA

211 - N° 01-16. 16 janvier **2001**. AIT-SAID  
 212 - N° 01-79. 30 janvier 2001. VAUDELLE  
 213 - N° 01-88. 13 février 2001. KROMBACH  
 214 - N° 01-89. 13 février 2001. GOMBERT et GOCHGARIAN  
 215 - N° 01-90. 13 février 2001. RICHET  
 216 - N° 01-91. 13 février 2001. EZZOUHDI  
 217 - N° 01-103. 27 février 2001. ADOUD et BOSONI  
 218 - N° 01-107. 27 février 2001. ABDOUNI  
 219 - N° 01-108. 27 février 2001. DONNADIEU  
 220 - N° 01-109. 27 février 2001. SANTELLI  
 221 - N° 01-226. 20 mars 2001. BOUCHET  
 222 - N° 01-232. 27 mars 2001. KERVOELEN  
 223 - N° 01-233. 27 mars 2001. KADRI  
 224 - N° 01-234. 27 mars 2001. JOLY  
 225 - N° 01-275. 10 avril 2001. CHAHED  
 226 - N° 01-300. 26 avril 2001. HABABOU  
 227 - N° 01-301. 26 avril 2001. MEFTAH  
 228 - N° 01-320. 26 avril 2001. LEMORT  
 230 - N° 01-346. 22 mai 2001. BAUMANN  
 231 - N° 01-349. 22 mai 2001. VERMEERSCH  
 232 - N° 01-385. 7 juin 2001. KRESS  
 233 - N° 01-391. 12 juin 2001. BROCHU  
 234 - N° 01-400. 19 juin 2001. MAHIEU  
 235 - N° 01-401. 19 juin 2001. A.A.U.  
 236 - N° 01-433. 3 juillet 2001. ROMO  
 237 - N° 01-460. 10 juillet 2001. VERSINI  
 238 - N° 01-461. 10 juillet 2001. TRICARD  
 239 - N° 01-462. 10 juillet 2001. CHARLES  
 240 - N° 01-479. 17 juillet 2001. ASSOCIATION EKIN  
 241 - N° 01-494. 31 juillet 2001. MORTIER  
 242 - N° 01-495. 31 juillet 2001. ZANNOUTI  
 243 - N° 01-496. 31 juillet 2001. MALVE  
 244 - N° 01-537. 18 septembre 2001. S.G.  
 245 - N° 01-567. 2 octobre 2001. G.B.  
 246 - N° 01-588. 9 octobre 2001. PAREGE  
 247 - N° 01-739. 30 octobre 2001. PANNULLO et FORTE  
 248 - N° 01-742. 30 octobre 2001. DUNAN  
 249 - N° 01-743. 30 octobre 2001. IVARS  
 250 - N° 01-744. 30 octobre 2001. GUELFUCCI

251 - N° 01-751. 8 novembre 2001. LAUMONT  
252 - N° 01-752. 13 novembre 2001. FRANCISCO  
253 - N° 01-753. 13 novembre 2001. DURAND  
254 - N° 01-754. 13 novembre 2001. DURAND n° 2  
255 - N° 01-867. 18 décembre 2001. SAPL  
256 - N° 01-882. 20 décembre 2001. LERAY et autres

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



**Liste des arrêts rendus en l'an 2001 devant la Cour de  
Strasbourg  
et mettant en cause la France\***

**1) AIT-SAID**

Req. n°42224/98

Arrêt du 16 janvier 2001 (section III) : durée d'une procédure administrative (art. 6 § 1) [règlement amiable]

**2) VAUDELLE**

(voir commentaire p. 115)

Req. n°35683/97

Arrêt du 30 janvier 2001 (section III): condamnation par défaut d'une personne placée sous curatelle et absence de notification de la procédure à son curateur (article 6) [violation]

**3) KROMBACH**

(voir commentaire p. 87)

Req. n°29507/95

Arrêt du 13 février 2001 (section III): impossibilité pour un avocat de représenter un accusé jugé par contumace (art. 6 §§ 1 et 3c) [violation]  
Impossibilité pour un contumax de se pourvoir en cassation (art. 2 du Protocole n° 7) [violation]

**4) GOMBERT ET GOCHGARIAN**

Req. n°39779/98 et n°39781/98

Arrêt du 13 février 2001 (section III): durée d'une détention provisoire (art. 5 § 3) [violation]

**5) RICHET**

Req. n°34947/97

Arrêt du 13 février 2001 (section III): durée d'une détention (art. 5 § 3) [violation] ; durée d'une procédure pénale (art. 6 § 1) [violation]

**6) EZZOUHDI**

(voir commentaire p. 145)

Req. n°47160/99

Arrêt du 13 février 2001 (section III): menace d'expulsion d'un étranger après une longue période de séjour (art. 8) [violation]

**7) ADOUD et BOSONI**

Req. n°35237/97 ; n°34595/97

Arrêt du 27 février 2001 (section III): non-communication aux appelants non représentés des conclusions de l'avocat général près la Cour de cassation (art. 6 § 1) [violation]

**8) ABDOUNI**

(voir commentaire p. 145)

Req. n°37838/97

Arrêt du 27 février 2001 (section III) : menace d'expulsion d'un étranger après une longue période de séjour (art. 8) [radiation]

**9) DONNADIEU**

Req. n°39066/97

Arrêt du 27 février 2001 (section III): durée d'une procédure civile (art. 6 § 1) [violation]

**10) SANTELLI**

Req. n°40717/98

Arrêt du 27 février 2001 (section III): durée d'une procédure administrative (art. 6 § 1) [règlement amiable]

**11) BOUCHET**

Req. n°33591/96

Arrêt du 20 mars 2001 (section III): durée d'une détention provisoire - réincarcération après une mise en liberté sous contrôle judiciaire (art. 5 § 3) [non-violation] ; absence de droit à réparation (art. 5 § 5) [non-violation]

**12) KERVOELEN**

Req. n°35585/97

Arrêt du 27 mars 2001 (section III): l'accès à un tribunal quant à une déclaration de préemption d'une licence de débit de boissons (art. 6 § 1 et 13) [(non-violation - art. 6 et 13 non applicables)]

**13) KADRI**

Req. n°417151/98

Arrêt du 27 mars 2001 (section III): durée d'une procédure fiscale (art. 6 § 1) [violation]

**14) JOLY**

Req. n°43713/98

Arrêt du 27 mars 2001 (section I): durée d'une procédure civile (art. 6 § 1) [violation]

**15) CHAHED**

Req. n°45976/99

Arrêt du 10 avril 2001 (section III) : durée d'une procédure administrative (art. 6 § 1) [règlement amiable]

**16) HABABOU**

Req. n°48167/99

Arrêt du 26 avril 2001 (section IV) : durée d'une procédure administrative (art. 6 § 1) [règlement amiable]

**17) MEFTAH**

Req. n°32911/96

Arrêt du 26 avril 2001 (section III) : non-communication à un appelant non représenté des conclusions de l'avocat général près la Cour de cassation (art. 6 § 1) [violation]

**18) LEMORT**

Req. n°47631/99

Arrêt du 26 avril 2001 (section III) : durée d'une procédure administrative (art. 6 § 1) [règlement amiable]

\* Cette liste a été établie à partir de celle qui figure sur le site de la Cour (echr.coe.int/, arrêts et décisions : objet des affaires rendues par la Cour en 2001).

**19) BAUMANN (voir commentaire p. 137)**

Req. n°33592/96

Arrêt du 22 mai 2001 (section III) : accès à un tribunal pour obtenir la restitution de biens saisis dans le cadre d'une procédure pénale contre des tiers (art. 6 § 1) [violation] ; saisie d'un passeport (art. 2 § 1 du Protocole n° 4) [violation]

**20) VERMEERSCH**

Req. n°39273/98

Arrêt du 22 mai 2001 (section III) : durée d'une procédure administrative (art. 6 § 1) [violation]

**21) KRESS (voir commentaire p. 123)**

Req. n°39594/98

Arrêt du 7 juin 2001 (grande chambre) : impossibilité alléguée de répondre aux conclusions du commissaire du Gouvernement dans le cadre d'une procédure devant le Conseil d'Etat (art. 6 § 1) [non-violation] ; participation du commissaire du Gouvernement au délibéré du Conseil d'Etat (art. 6 § 1) [violation] ; durée de la procédure administrative (art. 6 § 1) [violation]

**22) BROCHU**

Req. n°41333/98

Arrêt du 12 juin 2001 (section II) : durée d'une procédure civile (art. 6 § 1) [violation]

**23) MAHIEU**

Req. n°43288/98

Arrêt du 19 juin 2001 (section III) : durée d'une procédure administrative (art. 6 § 1) [violation]

**24) A.A.U.**

Req. n°44451/98

Arrêt du 19 juin 2001 (section III) : durée d'une procédure relative à une pension militaire (art. 6 § 1) [violation]

**25) ROMO**

Req. n°40402/98

Arrêt du 3 juillet 2001 (section III) : durée d'une procédure administrative (art. 6 § 1) [violation]

**26) VERSINI**

Req. n°40096/98

Arrêt du 10 juillet 2001 (section III) : durée d'une procédure civile (art. 6 § 1) [violation]

**27) TRICARD (voir commentaire p. 107)**

Req. n°40472/98

Arrêt du 10 juillet 2001 (section III) : rejet d'un pourvoi par la Cour de cassation en raison de la computation du délai de cinq jours, malgré le fait que l'auteur du pourvoi résidait en Polynésie française (art. 6 § 1) [violation]

**28) CHARLES**

Req. n°41145/98

Arrêt du 10 juillet 2001 (section III) : durée d'une procédure civile (art. 6 § 1) [violation]

**29) ASSOCIATION EKIN (voir commentaire p. 181)**

Req. n°39288/98

Arrêt du 17 juillet 2001 (section III) : interdiction d'un ouvrage sur l'indépendance basque non publié en France (art. 10) [violation] ; durée d'une procédure administrative (art. 6 § 1) [violation]

**30) MORTIER**

Req. n°42195/98

Arrêt du 31 juillet 2001 (section III) : radiation d'un pourvoi en cassation fautive d'exécution par l'appelant de la décision contestée (art. 6 § 1) [violation]

**31) ZANNOUTI**

Req. n°42211/98

Arrêt du 31 juillet 2001 (section III) : durée d'une détention provisoire (art. 5 § 3) [violation] ; durée d'une procédure pénale (art. 6 § 1) [violation]

**32) MALVE**

Req. n°46051/99

Arrêt du 31 juillet 2001 (section III) : durée d'une procédure devant le tribunal de commerce (art. 6 § 1) [violation]

**33) S.G.**

Req. n°40669/98

Arrêt du 18 septembre 2001 (section III) : non-communication aux parties du rapport du conseiller rapporteur dans le cadre d'une procédure devant la Cour de cassation (art. 6 § 1) [radiation]

**34) G.B.**

**(voir commentaire p. 81)**

Req. n°44069/98

Arrêt du 2 octobre 2001 (section III) : insuffisance du temps imparti à un expert pour étudier de nouveaux éléments produits au cours des débats et refus d'ordonner une contre-expertise (art. 6 §§ 1 et 3 b) [violation]

**35) PAREGE**

Req. n°40868/98

Arrêt du 9 octobre 2001 (section III) : durée d'une procédure devant une juridiction spécialisée (art. 6 § 1) [violation]

**36) PANNULLO ET FORTE (voir commentaire p. 153)**

Req. n°37794/97

Arrêt du 30 octobre 2001 (section III) : restitution tardive à des parents du corps de leur enfant décédé (art. 8) [violation]

**37) DUNAN**

Req. n°49342/99

Arrêt du 30 octobre 2000 (section I) : durée d'une procédure pénale (art. 6 § 1) [règlement amiable]

**38) IVARS**

Req. n°49350/99

Arrêt du 30 octobre 2001 (section I) : durée d'une procédure pénale (art. 6 § 1) [règlement amiable]

**39) GUELFUCCI**

Req. n°49352/99

Arrêt du 30 octobre 2001 (section I) : durée d'une procédure pénale (art. 6 § 1) [règlement amiable]

**40) LAUMONT**

Req. n°43626/98

Arrêt du 8 novembre 2001 (section II) : maintien en détention sans mandat formel durant l'exécution d'un supplément d'information ordonné par la chambre d'accusation (art. 5 § 1) [non-violation]

**41) FRANCISCO**

Req. n°38945/97

Arrêt du 13 novembre 2001 (section III) : durée d'une procédure administrative (art. 6 § 1) [violation]

**42) DURAND**

Req. n°41449/98

Arrêt du 13 novembre 2001 (section III) : durée d'une procédure administrative (art. 6 § 1) [violation]

**43) DURAND (n° 2)**

Req. n°41449/98

Arrêt du 13 novembre 2001 (section III) : durée d'une procédure administrative (art. 6 § 1) [violation]

**44) SAPL**

Req. n°37565/97

Arrêt du 18 décembre 2001 (section III) : durée d'une procédure administrative (art. 6 § 1) [violation]

**45) LERAY et autres**

Req. n°44617/98

Arrêt du 20 décembre 2001 (section III) : durée d'une procédure administrative (art. 6 § 1) [violation]

***Ouverture par Paul Tavernier, directeur du CREDHO***

Le quart d'heure académique étant écoulé, nous allons ouvrir le 8ème colloque du CREDHO sur la France et la Cour européenne des droits de l'Homme.

Je dirai simplement deux mots pour remercier M. Régis de Gouttes, premier avocat général à la Cour de Cassation, qui nous fait l'honneur de sa présence à Sceaux. Je lui avais proposé antérieurement de venir à la Faculté Jean Monnet, mais il n'avait pas été en mesure de le faire. Je lui en suis donc d'autant plus reconnaissant aujourd'hui.

Tout le monde connaît son action pour la défense des droits de l'Homme dans le cadre des Nations Unies. Il siège au Comité contre la discrimination raciale et a participé également à de nombreuses réunions au Conseil de l'Europe dans différentes instances. Nul n'était plus qualifié que lui pour présider cette huitième session d'information du CREDHO.

Je voudrais aussi remercier tout particulièrement Mme Tulkens, juge à Strasbourg. Nous nous sommes croisés à certaines occasions. Elle était venue d'ailleurs au colloque organisé par la Faculté de droit de Sceaux, l'École nationale de la magistrature et par le Barreau des Avocats de Paris à l'occasion du cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l'Homme. Mme Tulkens, juge belge et professeur à l'Université de Louvain, connaît très bien la jurisprudence française à Strasbourg puisqu'elle siégeait jusqu'à une date récente dans la même chambre que le juge français, Jean Paul Costa. Elle est très familiarisée avec cette jurisprudence dont nous parlons. Par ailleurs, la Belgique est vraiment très proche de nous en ce qui concerne la Convention européenne des droits de l'Homme.

Cette année, il y a néanmoins une grande différence puisqu'il y a quarante-cinq arrêts français, alors qu'il doit y en avoir moins d'une dizaine en ce qui concerne la Belgique. Nous pourrions peut-être discuter de la raison de cette différence.

Enfin je voudrais remercier mon collègue Jacques Francillon d'ouvrir officiellement ce colloque au nom du doyen Faugère, absent de Sceaux. Je voudrais aussi excuser l'absence du président Chapuisat qui m'a prié de souhaiter plein succès à ce colloque.

***Ouverture par M. Jacques Francillon, Vice-Doyen de la Faculté Jean Monnet***

Le doyen Faugère aurait bien aimé être parmi nous ce matin mais il est retenu au Liban. Il ne peut donc pas présenter comme il l'avait fait l'année dernière ses souhaits de bienvenue. Il m'a chargé de le représenter et en ma qualité de vice doyen je voudrais, comme l'a fait Paul Tavernier, présenter au

nom de la Faculté mes très vifs remerciements à M. l'avocat général Régis De Gouttes. Vous nous faites l'honneur de présider ce colloque et vous lui donnez un lustre dont nous vous sommes infiniment reconnaissants.

Je remercie très vivement Mme Tulkens d'être parmi nous. Votre présence nous honore. Vous êtes une très grande spécialiste et je vous retrouve avec le plus grand plaisir personnellement. Je pense que vos interventions aux uns et aux autres, seront extrêmement enrichissantes.

J'adresse également mes vifs remerciements aux intervenants. Certains de mes excellents collègues sont parmi nous. Les participants nous apportent également leur compétence et leur présence rendra ce colloque extrêmement riche. Je suppose en effet qu'il y aura beaucoup d'interventions comme les années précédentes.

Je manquerais à mes devoirs si je ne remerciais pas Mme Lambert qui est passée maître dans l'art d'organiser nos colloques et si je ne remerciais pas mon ami Paul Tavernier, notre maître de cérémonie.

Ce colloque me paraît remarquable à plus d'un titre. D'abord parce qu'il est récurrent. L'observation avait été faite l'année dernière par le doyen Faugère lors de la septième session et par conséquent je n'insisterai pas, sinon pour souligner que la formule est bonne, qu'elle n'est pas près de disparaître vu le rythme auquel les arrêts de la Cour européenne se succèdent. D'ailleurs cette disparition ne serait pas souhaitable parce que ce colloque laisse toujours des traces : il y a la publication toujours régulière des Actes dans les *Cahiers du CREDHO*. Dans ces conditions, il est tout à fait naturel que le soutien de la Faculté n'ait pas manqué à l'organisateur et à son Centre de recherches.

Remarquable ce colloque l'est à un second titre. Il fait suite aux deux journées qui ont été organisées il y a deux mois par l'Institut Charles Dumoulin. Deux journées qui ont porté sur le thème de l'interprétation nationale de la Convention de Rome. Ces journées s'inscrivaient dans le champ des recherches qui ont été entreprises à la Faculté Jean Monnet, dont c'est la vocation de se tourner vers l'Europe.

Le colloque d'aujourd'hui prolonge opportunément les journées d'hier : on glisse de l'Europe communautaire à l'Europe des droits de l'Homme.

Même si les thèmes retenus ne se situent pas sur le même plan, ils témoignent du caractère incontournable du droit européen et particulièrement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Car c'est désormais un fait acquis, cette jurisprudence imprègne les esprits des juges, bien sûr, mais aussi la doctrine, et cela de plus en plus. J'ai été frappé à la lecture d'un ouvrage récent de voir que l'objectif des auteurs était de "faire sortir la procédure pénale de son ghetto technique".

Ce qui d'ailleurs n'était pas très aimable à l'égard des auteurs qui avaient publié précédemment.

Moyennant quoi, toute la première partie de l'ouvrage est éclairée par les principes du droit européen des droits de l'Homme d'une manière qui est peut-être un peu excessive, mais qui permet de voir d'où le vent souffle.

Quant à nos juges, je veux parler des juridictions internes, force est de constater qu'ils deviennent vigilants quant au respect de la Convention au point de s'incliner parfois séance tenante devant la jurisprudence de la Cour, voire d'anticiper sur une éventuelle jurisprudence à venir.

Cela étant, ce colloque est encore remarquable à un autre titre. Parce qu'il met en évidence deux des notions fondamentales qui traversent la Convention européenne des droits de l'Homme, qui l'imprègnent et qui imprègnent aussi la jurisprudence de la Cour : la notion d'équité et la notion de liberté.

L'équité, c'est une notion dont le juriste se méfie. Vous vous rappelez des formules, "gardons nous de l'équité des parlements" et de celle du bon juge préférant les garanties du droit. Mais ce dont il est question ici, on l'aura compris, c'est de la garantie d'un procès équitable. Or le législateur a bien appris les leçons strasbourgeoises. Il a d'abord consacré un nouveau droit subjectif, l'article 9-1 du Code civil, chacun a droit au respect de la présomption d'innocence et pas seulement de la vie privée.

Il a ensuite rédigé la fameuse loi sur la présomption d'innocence, en introduisant en tête du Code de procédure pénale quelques-uns des grands principes qui sont consacrés par la Convention, telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'Homme. La procédure pénale, est-il écrit en tête de ce Code, doit être équitable et donc préserver l'équilibre des droits des parties.

Avec la notion de liberté, qui est plus encore au coeur de la Convention, on retrouve cette même idée d'équilibre. Une idée qui autorise certaines ingérences, des ingérences dans l'exercice des libertés. Où se situe le point d'équilibre ? Que la jurisprudence de la Cour soit là pour nous éclairer, il est bien clair que c'est très utile. Mais toute marge nationale d'appréciation, je pense, ne doit pas disparaître pour autant. Ce colloque sera l'occasion d'alimenter nos réflexions et il témoigne aussi de la vitalité de nos Centres de recherches.

Je souhaite pour ma part, et au nom de la Faculté Jean Monnet, que vos travaux soient fructueux et intéressants.

## M. Paul Tavernier

...

Mme Catherine Teitjen-Colly, qui est directrice de l'IEDP, dont fait partie le CREDHO, s'excuse de ne pas être ici ce matin car elle est retenue par des tâches universitaires. Elle espère pouvoir venir un peu plus tard. Elle s'excuse notamment auprès des intervenants de la matinée et auprès de M. de Gouttes et de Mme Tulkens.

## **Les ambivalences de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme en 2001**

par

**Régis de GOUTTES**

Premier Avocat général à la Cour de Cassation

Comme chaque année, la jurisprudence de la Cour européenne a continué à susciter de nombreux commentaires, les uns approbateurs, les autres critiques, dans la doctrine et dans les juridictions internes.

Il me semble cependant que l'année 2001 a été marquée par une accentuation des critiques formulées au sujet de certains arrêts de la Cour européenne, si j'en crois les auteurs qui suivent :

"Faut-il supprimer la Cour européenne des droits de l'Homme", s'est interrogé, sur un ton iconoclaste, le professeur Victor Haïm dans un article publié au *Dalloz* de l'année 2001 (n° 37, p. 2988 et s.), reprochant notamment au juge européen de se montrer plus soucieux de protéger "l'apparence" du procès équitable que sa réalité, ce qui avait déjà conduit M. Paul Martens, juge à la Cour d'arbitrage de Belgique, à parler de la "tyrannie de l'apparence" (*Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 1996, p. 640).

"La fonction dévolue à la Cour européenne est une fonction d'harmonisation des droits garantis par la Convention, non une fonction d'uniformisation", a relevé dans un autre article publié au *Dalloz* de 2001 (n° 15, p. 1188 et suiv.) le professeur Andriantsimbazoniva, qui s'est élevé contre la remise en cause du pluralisme et des spécificités des systèmes nationaux de protection des droits fondamentaux, et qui a ajouté : "La Convention européenne ne doit pas devenir un outil de désintégration des institutions ou des usages étatiques ayant fait leur preuve dans la protection des droits fondamentaux".

De son côté, M. Bruno Genevois, conseiller d'Etat, commentant l'arrêt *Kress* du 7 juin 2001 sur les Commissaires du Gouvernement, a noté que "la Cour européenne en vient à attribuer des défauts "apparents" à un système juridictionnel national dont elle sait pertinemment ... que ces défauts n'existent pas en réalité" (*Revue française de droit administratif*, sept./oct. 2001, p. 997).

Le professeur Frédéric Sudre, pour sa part, s'est demandé, dans sa chronique à la *Semaine juridique* du 11 juillet 2001 (p. 1365 et suiv.), si le dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'Homme n'est

pas beaucoup plus le résultat d'une démarche constructive de cette Cour et du pouvoir discrétionnaire du juge européen que l'expression d'une évolution commune des systèmes juridiques nationaux ou d'une convergence des droits intimes.

Le même ton critique s'est retrouvé dans le discours prononcé par le Procureur Général près la Cour de cassation, M. Jean-François Burgelin, lors de l'audience de rentrée de la Cour de cassation, le 11 janvier 2002. S'élevant contre une interprétation trop rigide et contestable des arrêts de la Cour européenne concernant les avocats généraux à la Cour de cassation, M. Burgelin a dénoncé les conséquences négatives d'une telle interprétation pour le bon fonctionnement de la Cour de cassation et le recul qui peut en résulter pour la qualité de la justice due aux justiciables.

Que se passe-t-il donc à la Cour européenne des droits de l'Homme ? Qu'est-ce qui peut expliquer de pareils reproches et interrogations, que l'on n'aurait pas imaginés il y a une dizaine d'années ?

Pour tous ceux, ici présents, qui croient en l'apport irremplaçable qui a été celui de la Cour européenne dans le progrès de l'Etat de droit et dans le renforcement de la protection des droits fondamentaux, ces questionnements suscitent une réelle préoccupation, parce que l'on peut y voir la menace d'un affaiblissement de l'autorité et du crédit de cette Cour, pourtant regardée jusqu'à présent comme un modèle dans le monde tout entier.

Nos préoccupations sont d'autant plus sérieuses que le système de la Convention européenne des droits de l'Homme se trouve confronté aujourd'hui à plusieurs défis nouveaux, qui sont clairement analysés dans un rapport du 27 septembre 2001 du "Groupe d'évaluation sur la Cour européenne", constitué en 2001 par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe et présidé par M. Wildhaber, Président de la Cour.

Quels sont ces défis ?

- Il y a, d'une part, l'élargissement du nombre des Etats membres du Conseil de l'Europe, regroupant aujourd'hui 43 pays, dont les habitants vont pouvoir progressivement accéder à la Cour européenne des droits de l'Homme, ce qui représente quelques 800 millions de requérants potentiels ;

- il y a d'autre part, l'augmentation massive du volume des requêtes déjà soumises à la Cour européenne, qui s'est accru de plus de 500 % entre 1993 et 2000, et qui pourrait atteindre le nombre annuel de 20.000 d'ici à 5 ans, avec toutes les conséquences qui peuvent découler de ce raz-de-marée : menace d'engorgement de la Cour européenne, retard dans l'examen des requêtes, non respect de la durée raisonnable de la procédure devant le juge européen lui-même, risque de déni de justice ...

- il y a, en outre, le rôle supplémentaire dont a été investie la Cour européenne depuis 1989-1990, chargée de contribuer à la consolidation de la démocratie et de l'Etat de droit dans les pays issus de l'ancienne Union soviétique ;

- il y a, enfin, la diversification et le pluralisme introduits dans la composition de la Cour européenne elle-même, qui comprend désormais des juges provenant de systèmes et de cultures juridiques divers, formés à des méthodes et parlant des langues différentes, ce qui a modifié l'équilibre traditionnel au sein de la Cour entre les pays de *Common law* et les pays de système dit continental ou romano-germanique.

Face à ces défis, un intense travail de réflexion est en cours au Conseil de l'Europe, pour tenter de trouver des solutions qui permettent de sauvegarder l'efficacité de la Cour européenne. Ces solutions tourment autour de deux axes :

- d'une part, un effort à mener au niveau des Etats pour que soit mieux appliquée la Convention européenne par les juridictions et les autorités nationales, conformément au principe de "subsidiarité", qui est à la base du système européen ;

- d'autre part, une réflexion à entreprendre au niveau de la Cour européenne elle-même pour organiser l'avenir du système européen des droits de l'Homme, soit par une voie "réformiste", en s'efforçant d'améliorer le système existant de façon à le rendre plus performant, notamment par une augmentation de ses moyens et un perfectionnement de ses méthodes de travail, soit, de façon plus radicale, par une voie "révisionniste", en réformant le système actuel issu du Protocole n° 11 de 1998, à l'aide de mesures d'ordre procédural, voire d'ordre structurel ("la réforme de la réforme"), afin d'atteindre plus efficacement les deux objectifs-clés qui sont la limitation de l'afflux des affaires et l'accélération de la procédure.

Mais il va de soi que cet effort de réflexion doit conduire aussi la Cour européenne à s'interroger elle-même sur le sens et la qualité de son travail, c'est à dire sur le contenu de sa jurisprudence.

A cet égard, une distinction semble devoir être opérée :

Si la jurisprudence de la Cour européenne doit être indiscutablement soutenue et encouragée pour tout ce qui concerne le contrôle des normes de fond et du droit matériel des Etats touchant aux droits de l'Homme (ce que l'on peut appeler la définition d'un "ordre public européen"), ainsi que les garanties fondamentales de procédure (ce que l'on peut appeler les principes de base du "modèle européen du procès équitable"), en revanche s'exposent à la critique certains arrêts de la Cour européenne qui entendent

exercer un contrôle excessivement pointilleux sur les procédures nationales, sans tenir suffisamment compte de la légitimité que peuvent présenter les règles et les traditions procédurales internes et, au risque d'imposer une uniformisation des procédures qui ne serait pas conforme au principe de subsidiarité.

L'examen des arrêts rendus par la Cour européenne au cours de l'année 2001 nous fournit une bonne illustration de ces deux faces de la jurisprudence européenne, avec, d'un côté, des avancées dans le domaine de la protection des droits fondamentaux, et, de l'autre côté, des risques d'impasse sur certains aspects de procédure.

### I • Les avancées : les arrêts concernant la protection des droits fondamentaux

Sous cette rubrique, j'inclurai la jurisprudence concernant les normes de fond de protection des droits de l'Homme (droit à l'intégrité physique des personnes, interdiction de la torture ou des traitements inhumains ou dégradants, non discrimination, protection de la vie privée et familiale, liberté d'expression, de religion, de communication, de la presse), mais aussi la jurisprudence relative aux principes les plus fondamentaux de procédure : droit d'accès effectif au juge, respect des droits de la défense, présomption d'innocence, droit à l'exécution des décisions de justice, etc.<sup>1</sup>.

Ici, l'on peut affirmer, pour reprendre les termes du rapport précité du groupe d'évaluation sur la Cour européenne de septembre 2001, "que la Cour européenne a produit un corps de jurisprudence considérable, donnant un contenu concret aux droits et libertés énoncés dans la Convention, précisant la nature des obligations des Etats, adaptant les normes de la Convention au fur et à mesure qu'évoluaient les sociétés européennes, et appliquant un instrument vivant au travers d'un processus d'interaction permanente et dynamique entre le mécanisme international et les systèmes juridiques nationaux".

Quelques arrêts rendus en 2001 illustrent les avancées de la Cour européenne des droits de l'Homme en ces domaines :

1) *S'agissant de la protection du droit à la vie (article 2 de la Convention européenne)*, la Cour européenne a rendu cette année, par exemple, plusieurs arrêts de condamnation contre la Turquie à la suite de "disparitions" de personnes (arrêts *Cicek* du 27 février 2001, *Akdeniz et autres* du 31 mai 2001, *Irfanbilgin* du 17 juillet 2001,...) ou à raison de décès de personnes en garde à vue (arrêt *Tanli* du 10 avril 2001).

<sup>1</sup> Cf. à ce sujet l'article de M. Guy CANIVET, Premier Président de la Cour de cassation : "Economie de la justice et procès équitable", *Semaine Juridique*, 14 novembre 2001, n° 46, p. 2085 et suiv.

2) *S'agissant de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants (article 3 de la Convention)*, la Cour européenne a eu également l'occasion, au cours de l'année 2001, de condamner plusieurs pays :

- La Turquie d'abord, a été condamnée, par exemple, pour des blessures subies par des personnes se trouvant sous le contrôle des policiers (arrêts *Berkday* du 1er mars et *Altay* du 22 mai 2001) ou pour des destructions de domicile et de biens par les forces de sécurité (arrêt *Dulas* du 30 janvier 2001). Mais surtout, dans un arrêt *Chypre c/Turquie* du 10 mai 2001, la Cour européenne a relevé 14 violations de la Convention européenne à l'encontre de la Turquie, notamment des violations des articles 2, 3, 5, 6, 8, 10 et 13, à raison de la disparition de chypriotes grecs, de la méconnaissance du droit des personnes déplacées à un domicile et à la protection de leur propriété ou des atteintes à la liberté de pensée, de conscience, de religion et d'expression de chypriotes grecs dans le nord de Chypre.

- Chypre, pour sa part, a fait l'objet d'une condamnation pour des mauvais traitements infligés au cours d'une détention (arrêt *Demizci et autres* du 23 mai 2001).

- De même, la Pologne a été condamnée pour des fouilles corporelles opérées en détention de façon humiliante, le comportement des gardiens ayant visé à rabaisser et à provoquer un sentiment d'humiliation et d'infériorité chez le détenu (arrêt *Iwanczuk c/Pologne* du 15 novembre 2001).

- La Grèce s'est vue également reprocher des mauvais traitements au cours d'une détention provisoire (arrêt *Perz* du 19 avril 2001) ou pendant une détention préalable à l'expulsion d'un étranger (arrêt *Dougoz* du 6 mars 2001).

- La Lituanie, de son côté, a fait l'objet d'une condamnation pour traitements dégradants au cours d'une détention provisoire (arrêt *Valasinas* du 24 juillet 2001).

- Quant au Royaume-Uni, il a été aussi plusieurs fois condamné au titre de l'article 3 de la Convention :

· pour menace d'expulsion d'un ressortissant tanzanien vers son pays d'origine où il était menacé de mauvais traitements (arrêt *Hilal* du 6 mars 2001) ;

· pour la défaillance des services sociaux qui n'avaient pas retiré des enfants à leurs parents qui les maltrahaient (arrêt *Z et autres* du 10 mai 2001) ;

· pour les conditions dégradantes de détention d'une personne souffrant de graves malformations résultant de la thalidomide (arrêt *Price* du 10 juillet 2001).

- En ce qui concerne, enfin, la France, si j'ai relevé encore cette année une requête communiquée pour des allégations de torture au cours d'une garde à vue (requête *Madi c/France*, n° 51294/99, à rapprocher du cas de M. *Selmouni*, arrêté dans la même affaire et qui avait donné lieu à l'arrêt de condamnation de la France du 28 juillet 1999), force est de constater que nous avons bénéficié de deux arrêts importants de non-violation de l'article 3 de la Convention rendus par la Cour de Strasbourg :

. l'arrêt *Papon c/France* du 7 juin 2001 a déclaré mal fondée la requête de M. Maurice Papon faisant valoir que la combinaison de son âge avancé et de son état de santé pathologique rendait sa détention contraire à l'article 3 de la Convention européenne, la Cour européenne ayant répondu que "l'âge avancé ne constituait pas en tant que tel, dans aucun des Etats membres du Conseil de l'Europe, un obstacle à la détention provisoire ou à la détention après condamnation". Il est à noter toutefois, à propos du cas de M. Maurice Papon, que, par une autre décision du 15 novembre 2001, la Cour européenne a déclaré, en revanche, partiellement recevable la requête de l'intéressé fondée sur l'incompatibilité avec le droit d'accès à la Cour de cassation de l'ancienne règle de la mise en état des condamnés et de la déchéance de leur pourvoi en l'absence de mise en état (*ancien article 583 du Code de procédure pénale*) ;

. l'arrêt *Nivette c/France* du 3 juillet 2001 a, en matière d'extradition, rejeté le grief de violation de l'article 3 de la Convention, au motif que l'extradition de M. Nivette vers les Etats-Unis n'était pas susceptible de l'exposer à un risque sérieux de peine ou de traitement inhumain ou dégradant, dès lors que les assurances obtenues du Procureur américain par le gouvernement français étaient de nature à écarter le danger d'une condamnation à la peine capitale ou à un emprisonnement à vie et incompressible du requérant.

3) *S'agissant de la protection de la vie privée et familiale (article 8 de la Convention)*, la Cour européenne a condamné la France, dans un arrêt *Pannullo et Forte c/France* du 30 octobre 2001, pour le retard apporté par les autorités françaises à la restitution à ses parents du corps de leur fille décédée à l'âge de 4 ans dans un hôpital. Que ce retard ait été causé par l'inertie des experts après l'autopsie ou à une mauvaise compréhension de la matière médicale par le juge, la Cour européenne a estimé qu'eu égard au caractère dramatique de la perte d'un enfant, l'attente imposée aux parents a porté une atteinte injustifiée au respect de leur vie privée et familiale. Les juges européens ont rappelé à cette occasion que "si l'article 8 tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il peut engendrer des "obligations positives" de l'Etat inhérentes à un respect effectif de la vie familiale.

4) *S'agissant de la liberté d'expression, d'opinion et de communication des idées (article 10 de la Convention)*, la France a fait l'objet, cette année, d'un arrêt de condamnation de la Cour européenne du 17 juillet 2001 (*Ekin*

*c/France*) pour avoir interdit, pendant 9 ans, le livre "Euskadi en guerre" et violé ainsi la liberté d'expression (l'Etat ayant été condamné, dans cette affaire, à verser à l'éditeur Ekin, installé à Bayonne, une indemnité de 252.000 francs pour le préjudice matériel et de 48.000 francs pour le préjudice moral). Ce faisant, la Cour européenne a considéré qu'étaient incompatibles avec l'article 10 de la Convention les dispositions de l'article 14 de la loi du 29 juillet 1881 relatives aux publications de provenance étrangère.

Cet arrêt *Ekin c/France* nous montre, une fois encore, l'intransigeance avec laquelle la Cour européenne protège la liberté de la presse et de la communication, qu'elle n'hésite pas à faire primer, le cas échéant, sur d'autres droits ou intérêts en jeu, comme elle l'avait fait, par exemple, dans les arrêts *Jersild c/Danemark* du 23 septembre 1994, *Lehideux et Isorni c/France* du 23 septembre 1998, *Fressoz et Roire c/France* du 21 janvier 1999, *Albert du Roy et Malaurie c/France* du 3 octobre 2000, et comme elle l'a confirmé encore dans l'arrêt *Vgt. Verein Gegen Tierfabriken c/Suisse* du 28 juin 2001, en déclarant contraire à l'article 10 de la Convention le refus opposé par l'autorité compétente à la diffusion d'une publicité relative à la protection des animaux.

Mais l'arrêt le plus marquant, sans doute, dans le domaine de la liberté d'expression et d'association (*articles 10 et 11 de la Convention*), est celui qui a été rendu par la Cour européenne le 31 juillet 2001 en faveur de la Turquie au sujet de la dissolution du parti islamique *Refah* (parti de la prospérité). Par cet arrêt, les juges de Strasbourg, contrairement à leurs décisions antérieures qui avaient condamné la Turquie pour la dissolution de formations politiques de gauche ou pro-kurdes, ont entériné cette fois la décision de la Cour constitutionnelle turque qui avait dissous le parti *Refah* pour activités contraires au principe de laïcité. Pour statuer ainsi, la Cour européenne s'est fondée sur l'incompatibilité avec les principes de la Convention européenne des valeurs prônées par les dirigeants du *Refah*, comme l'instauration de la "charia" (règles particulières de droit pénal, supplices à titre de sanctions, discrimination de la femme, interventions dans la vie privée ou publique). Selon la Cour européenne, "un parti politique dont les responsables incitent à recourir à la violence et/ou proposent un projet politique qui ne respecte pas une ou plusieurs règles de la démocratie, ou qui vise à la destruction de celle-ci, ne peut se prévaloir de la protection de la Convention européenne contre les sanctions infligées pour ces motifs".

Dans le contexte international actuel, on mesure l'importance de cette décision, qui fait application de la règle exceptionnelle dite de la "déchéance" de la liberté d'expression pour ceux qui la détruisent, telle qu'elle découle de l'article 17 de la Convention européenne.

5) *S'agissant de la liberté de réunion et d'association (article 11 de la Convention)*, la Cour européenne a condamné l'Italie, dans un arrêt *Grande*

*Oriente d'Italie c/Italie* du 2 août 2001, en considérant que l'obligation faite par une loi régionale italienne de 1996 aux candidats à des charges publiques de déclarer leur non-appartenance à la maçonnerie était une ingérence dans le droit à la liberté d'association des requérants.

6) *S'agissant de l'interdiction de toute discrimination dans la jouissance des droits protégés par la Convention (article 14 de la Convention)*, une requête présentée contre la Slovaquie, et qui n'a fait l'objet encore que d'une communication, mérite d'être signalée (requête *Lacko et autres c/Slovaquie*, n° 47-237/99) : elle vise des discriminations dont auraient été victimes des membres de la communauté *rom* ou tzigane en matière de logement et d'accès à la résidence, à raison de leur appartenance à une minorité nationale (il est à noter que des plaintes similaires ont été présentées par des *roms* devant le Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination raciale).

7) *S'agissant, enfin, des principes fondamentaux de procédure*, je citerai, au titre des "avancées" de la jurisprudence européenne pour l'année 2001, plusieurs arrêts intéressants (sans évoquer à nouveau les arrêts habituels concernant le délai raisonnable de la procédure ou de la détention provisoire : cf. par exemple l'arrêt *Zannouti c/France* arrêt du 31 juillet 2001, mais aussi les arrêts *Durand et Franciso c/France* du 13 novembre 2001 concernant la durée excessive de procédures administratives) :

a) il s'agit d'abord de deux arrêts concernant la France, qui ont précisé ce que l'on doit entendre par "recours effectif et efficace" au plan interne :

. Dans l'arrêt *Hamaidi c/France* du 6 mars 2001, la Cour européenne a dit que le pourvoi en cassation en matière de demande de relèvement de l'interdiction du territoire français pouvait être regardé maintenant comme une voie de recours utile, au vu de l'évolution récente de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation<sup>2</sup>. Il s'agit là d'un revirement par rapport à un précédent arrêt de la Cour européenne *Dalia c/France* du 2 février 1998. Cette décision est à rapprocher de la solution qui avait été adoptée dans l'arrêt *Civet c/France* du 28 septembre 1999, par lequel la grande chambre de la Cour européenne avait dit que le pourvoi en cassation en matière de détention provisoire constituait une voie de recours utile devant être exercée préalablement à la saisine des juges européens, conformément aux exigences de l'article 35 de la Convention européenne.

. Dans l'arrêt *Giummarra et autres c/France* du 12 juin 2001, la Cour européenne a admis que, pour se plaindre de la durée excessive d'une procédure, le recours interne aux fins de mise en jeu de la responsabilité de

<sup>2</sup> Cf. en ce sens, notamment, les arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation des 28 février 2001 (*Bul. Crim.* 2001 n° 55) et 13 mars 2001 (*Gaz. Pal.*, 30 novembre 2001 p. 21).

l'Etat, prévu par l'article L.781-1 du Code de l'organisation judiciaire, a acquis un degré de certitude juridique suffisant, en l'état du droit et de la jurisprudence nationales, pour constituer un recours "efficace" devant être épuisé préalablement à la saisine des juges européens, conformément à l'article 35 de la Convention.

Cette décision marque également un changement dans la position de la Cour européenne par rapport à un arrêt *Vernillo c/France* du 20 février 1991, qui avait dénié le caractère de voie de recours interne utile à l'action fondée sur l'article L.781-1 du Code de l'organisation judiciaire. Ce changement s'explique, ainsi que l'a relevé la Cour européenne, par la jurisprudence récente de nos juridictions, qui font une interprétation beaucoup plus large des notions de "faute lourde" et de "déni de justice" engageant la responsabilité de l'Etat<sup>3</sup>.

b) Un autre arrêt intéressant à signaler est l'arrêt *Lunari c/Italie* arrêt du 11 janvier 2001, concernant le droit à l'exécution des jugements : la Cour européenne a rappelé, à propos des difficultés rencontrées pour faire appliquer une décision d'expulsion d'un appartement, que le droit à l'exécution d'une décision de justice fait partie intégrante du droit d'accès à un tribunal et qu'une telle exécution ne peut être empêchée, invalidée ou retardée de manière excessive.

Cette décision vient confirmer la solution retenue par la Cour européenne dans un précédent arrêt *Hornsby c/Grèce* du 19 mars 1997, qui avait déjà dit que "l'exécution d'un jugement ou arrêt, de quelque juridiction que ce soit, doit être considérée comme faisant partie intégrante du procès au sens de l'article 6 de la Convention européenne".

c) Dans un domaine plus rarement abordé par la Cour européenne, celui de l'immunité des Etats et de l'application du droit international public, il faut citer également les trois arrêts de la grande chambre de la Cour européenne du 21 novembre 2001 dans les affaires *Mc Elhinney c/Irlande* et *Al-Adsani et Fogarty c/Royaume-Uni*, qui ont dit que l'immunité des Etats souverains, concept de droit international et limitation généralement admise par les communautés des nations, ne constitue pas une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal, la Convention européenne devant s'interpréter de manière à se concilier avec les autres règles de droit international dont elle fait partie intégrante, y compris celles relatives à l'octroi de l'immunité aux Etats.

d) Par ailleurs, je rappellerai, pour mémoire, deux arrêts importants concernant la France, qui remontent, il est vrai, à l'année 2000 :

<sup>3</sup>Cf notamment l'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 23 février 2001, *Bolle-Laroche c/Agent judiciaire du Trésor*, *Gaz. Pal.*, 27 juillet 2001, p. 28 et suiv.).

. l'arrêt *Gnahore c/France* du 19 septembre 2000, relatif à l'aide judiciaire, par lequel la Cour européenne a décidé que le fait que le bureau d'aide juridictionnelle de la Cour de cassation ait rejeté une demande d'aide juridictionnelle en se fondant sur l'absence de moyen sérieux de cassation ne constitue pas une violation du droit d'accès au juge, contrairement à ce qui avait été jugé dans l'arrêt *Aerts c/Belgique* du 30 juillet 1998. En décidant ainsi, la Cour européenne a considéré que, si l'article 6-1 de la Convention européenne garantit aux justiciables un droit effectif d'accès aux juridictions, les États sont libres du choix des moyens à employer à cette fin et ne sont astreints à pourvoir à l'assistance d'un avocat que lorsque celle-ci se révèle indispensable à un accès effectif au juge, soit parce que la représentation est imposée par le système législatif, soit en raison de la complexité de la procédure ou de la cause.

. l'arrêt *Morel c/France* du 16 novembre 2000, concernant l'impartialité du juge, par lequel la Cour européenne, rompant avec le critère abstrait, trop lié à "l'apparence", dont elle avait fait application antérieurement pour apprécier l'impartialité objective ou fonctionnelle du juge, a précisé que "le simple fait, pour un juge, d'avoir pris des décisions avant le procès ne peut passer pour justifier en soi des appréhensions relativement à son impartialité. Ce qui compte est l'étendue des mesures adoptées par le juge avant le procès ... Et la réponse à cette question varie suivant les circonstances de chaque cause". De même, ajoute l'arrêt *Morel*, "la connaissance approfondie du dossier par le juge n'implique pas un préjugé empêchant de le considérer comme impartial au moment du jugement sur le fond".

Même si l'arrêt *Morel* a été suivi d'autres décisions de la Cour européenne qui ont paru faire une application plus rigide de l'impartialité fonctionnelle du juge<sup>4</sup>, l'intérêt principal de cet arrêt tient, ainsi que l'a relevé le professeur Charles Goyet dans son commentaire au *Dalloz (D., n° 5, 2001, doctrine, p. 328 et suiv.)* "non pas à l'espèce (concernant le juge-commissaire) ou à sa solution, mais à la manière : débordant de toutes parts les limites de la question qui lui était posée, la Cour de Strasbourg s'est, en effet, emparée de cette occasion pour fixer sa conception de l'impartialité objective ... en en fixant ses limites".

On peut ainsi voir dans cet arrêt la prise de conscience, chez les juges européens, des dangers que pouvait entraîner une conception trop maximaliste de l'impartialité, qui risquait de conduire, à terme, à un bouleversement dans l'organisation juridictionnelle et à une paralysie dans le fonctionnement des tribunaux, notamment les petits tribunaux, déjà très

<sup>4</sup> Cf. l'arrêt *Rojas Morales c/Italie* du 16 novembre 2000, et l'arrêt *DN c/Suisse* du 29 mars 2001, dans lequel la Cour européenne a estimé qu'un expert médical qui avait présenté de façon publique un rapport concluant à la nécessité de maintenir une requérante en internement psychiatrique ne pouvait pas participer à la formation de jugement rejetant la demande de libération de la clinique psychiatrique présentée par cette requérante (violation de l'article 5-4 de la Convention européenne).

touchés par les exigences de la Cour européenne et celles de la loi du 15 juin 2000 (cf : *article 137-1 nouveau du Code de procédure pénale, interdisant au juge des libertés et de la détention de participer au jugement des affaires pénales dont il a connu*).

## **II • Les risques d'impasse : les arrêts mettant en cause certaines règles de procédure nationales pouvant être considérées comme légitimes**

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, si importante et indispensable lorsqu'il s'agit de protéger les droits fondamentaux, s'expose en revanche à la critique lorsqu'elle s'immisce dans le détail de certaines règles de procédure nationales jusqu'à les remettre en cause, au nom d'une conception abstraite du procès équitable et de critères très généraux par trop inspirés du principe des "apparences".

La Cour européenne risque de faire œuvre alors, non plus d'harmonisation, mais d'uniformisation forcée des procédures, au détriment de normes et traditions procédurales internes, qui peuvent parfois tout aussi bien garantir la bonne administration de la justice et assurer la protection des droits des justiciables.

Cette tendance de la jurisprudence européenne a suscité une réaction du Président de la Cour européenne lui-même, M. Wildhaber, qui, dans l'opinion dissidente partagée avec six autres juges à propos de l'arrêt *Kress c/France* du 7 juin 2001, a mis en garde la Cour européenne contre le dépassement "des limites du contrôle européen par rapport aux spécificités nationales, qui sont légitimes pourvu qu'elles remplissent les obligations de résultat au regard des exigences conventionnelles", ajoutant que, "de l'avis de ces sept juges, humble mais ferme, la Cour européenne est, dans ce domaine, allée déjà très loin dans le passé (en fait, depuis l'arrêt *Borgers* de 1991, qui fut un revirement de jurisprudence par rapport à l'arrêt *Delcourt* de 1970) et qu'elle va à nouveau trop loin dans l'affaire *Kress* ...

Ce courant controversé de la jurisprudence européenne peut être illustré par plusieurs arrêts concernant, soit la Cour de cassation française elle-même, soit les juridictions du fond.

## 1) Arrêts concernant la Cour de cassation française

Tout se passe ici comme si la procédure applicable devant la Cour de cassation était entrée, depuis quelques années, dans la "ligne de mire" de la Cour européenne.

.Je vous rappelle ainsi que la Cour européenne nous a interdit successivement :

- de déclarer irrecevable un pourvoi en cassation formé par le conseil d'un condamné en fuite qui n'a pas déféré au mandat de justice décerné contre lui (arrêts *Poitrimol* du 23 novembre 1993, *Omar et Guérin c/France* du 29 juillet 1998 et *Van Pelt c/France* du 23 mai 2000) ;

- de déclarer déchu de leur pourvoi les condamnés à une peine d'emprisonnement de plus d'un an qui ne se sont pas mis en état, c'est-à-dire qui ne se sont pas constitués prisonniers avant l'examen de leur pourvoi (arrêt *Khalfaoui c/France* du 14 décembre 1999), ce qui a conduit d'ailleurs le législateur à abroger l'article 583 du Code de procédure pénale ;

- de déclarer irrecevable le pourvoi en cassation contre un arrêt de contumace, comme le prévoit pourtant l'article 636 du Code de procédure pénale selon lequel "le pourvoi en cassation n'est pas ouvert au contumax" (arrêt *Krombach c/France* du 13 février 2001) ;

- de déclarer irrecevable un moyen, comme "nouveau", lorsque la "nouveau" n'est pas certaine et résulte d'une erreur d'appréciation de la Cour de cassation (arrêt *Dulaurans c/France* du 21 mars 2000). Il est à noter toutefois que, dans une décision du 29 août 2000, la Cour européenne (3ème section, affaire *Jahnke et Lenoble c/France*) a atténué sa position sur ce point en considérant que la Cour de cassation avait pu, à bon droit, déclarer irrecevable comme nouveau un grief qui n'avait été évoqué devant la Cour d'appel que comme un simple "argument" sans incidence sur la question en litige ;

- de radier du rôle un pourvoi en application de l'article 1009-1 du nouveau Code de procédure civile (défaut d'exécution de la décision civile attaquée), si la situation de précarité du demandeur et le montant des sommes dues rendait impossible l'exécution de la condamnation prononcée, une telle radiation constituant alors une mesure disproportionnée au regard des buts visés et entravant l'accès effectif de l'intéressé à la haute juridiction (arrêt *Annoni di Gussola et Desbordes-Omer c/France* du 14 novembre 2000).

.La Cour européenne exige également désormais de la Cour de cassation :

- que la procédure de cassation respecte l'exigence du délai raisonnable de l'article 6-1 de la Convention européenne, en veillant par exemple à ce que le délai entre le dépôt du Conseiller rapporteur et l'arrêt de la Cour ne soit pas excessif (arrêt *Djaid c/France* du 29 septembre 1999) ;

- que l'accès aux travaux préparatoires du Conseiller rapporteur soit le même pour les Avocats généraux et pour les parties, en application du principe de l'égalité des armes (arrêts *Reinhardt et Slimane Kaid c/France* du

31 mars 1998, confirmés par un nouvel arrêt *Slimane Kaid c/France* du 25 janvier 2000 ;

- que toutes les parties soient avisées de la date de l'audience de la Cour de cassation et puissent, non seulement avoir communication préalable des conclusions de l'Avocat général, mais aussi comparaître à l'audience, même si elles ne sont pas assistées d'avocats aux Conseils (arrêt *Voisine c/France* du 8 février 2000).

A travers ces quelques exemples, antérieurs à 2001, l'on peut mesurer déjà l'ampleur des incidences de la jurisprudence européenne sur le fonctionnement de la Cour de cassation.

Cette tendance s'est illustrée à nouveau en 2001 par quelques arrêts de la Cour européenne concernant la Cour de cassation, en particulier dans deux domaines :

a) *S'agissant de la procédure de radiation du rôle des pourvois en matière civile* en cas de défaut d'exécution de la décision attaquée (article 1009-1 du nouveau Code de procédure civile), la Cour européenne a condamné la France dans un arrêt *Mortier c/France* du 31 juillet 2001, pour avoir rejeté un pourvoi en cassation au motif que le demandeur en cassation n'avait pas appliqué la décision contre laquelle le pourvoi était dirigé, sans tenir compte de ce que, après un début d'exécution, la situation de ce demandeur s'était progressivement dégradée et qu'elle ne lui permettait pas de continuer à rembourser les sommes litigieuses.

Comme le relève M. Christian Hugon dans sa chronique au *Dalloz*<sup>5</sup> : "par cette condamnation, la Cour européenne confirme le choix d'un contrôle étendu, impliquant, si besoin est, ce qui peut apparaître comme un contrôle de la pertinence des décisions des juridictions internes, ainsi qu'elle l'avait déjà fait, par exemple, dans l'arrêt *Dulaurans c/France* du 21 mars 2000".

Le professeur Marguénaud avait souligné lui-même, à propos de l'arrêt *Dulaurans*, cette tendance de la Cour européenne à se comporter en véritable "juge d'appel" des décisions de la Cour de cassation<sup>6</sup>, ce qui - soit dit en passant - peut conduire à se demander quelle sera, à terme, le sort de la Cour de cassation, comprise entre les juridictions du fait et une Cour européenne devenant un nouveau degré de juridiction statuant en droit et en fait.

b) *S'agissant du rôle des conseillers-rapporteurs et des avocats généraux à la Cour de cassation*, trois arrêts nouveaux de la Cour européenne sont venus prolonger la jurisprudence antérieure des arrêts *Slimane Kaid*

<sup>5</sup> Christian HUGON, *Dalloz*, 2001, n° 42, p. 3369 et suiv.

<sup>6</sup> Observ. sur CEDH, 21 mars 2000, *RTD Civ.*, 2000 p. 439.

*c/France* des 31 mars 1998 et 25 janvier 2000 et *Voisine c/France* du 8 février 2000 :

. les arrêts *Aboud et Bosoni c/France* du 27 février 2001 et *Meftah c/France* du 24 avril 2001, ont condamné la France pour violation de l'article 6-1 de la Convention européenne parce que, s'agissant d'un requérant non représenté par un avocat et assurant sa propre défense, il n'avait pas eu communication, d'une part des conclusions de l'avocat général, d'autre part de la date de l'audience de la Cour de cassation, ce qui l'avait empêché de répliquer aux conclusions de l'avocat général. Compte tenu de l'importance de ces arrêts pour le fonctionnement de la Cour de cassation, le Gouvernement français a demandé le renvoi de ces affaires devant la grande chambre de la Cour européenne, qui devrait les examiner le 27 février prochain.

. l'arrêt *Kress c/France* du 7 juin 2001, concernant principalement les Commissaires du gouvernement du Conseil d'Etat, mais intéressant aussi indirectement les Avocats généraux à la Cour de cassation, a dit qu'était contraire aux exigences de l'article 6-1 de la Convention européenne la pratique de la participation des Commissaires du gouvernement au délibéré de la Cour. Il va de soi que cette condamnation peut viser aussi la pratique des avocats généraux à la Cour de cassation.

L'ensemble de cette jurisprudence européenne mettant en cause le rôle des avocats généraux à la Cour de cassation (depuis l'arrêt *Borgers c/Belgique* du 30 octobre 1991 jusqu'à l'arrêt *Slimane Kaid c/France* des 31 mars 1998 et 25 janvier 2000), qui se fonde sur la théorie dite des "apparences", sur le critère formel de l'égalité des armes entre les parties et sur l'idée que l'Avocat général à la Cour de cassation pourrait être un "adversaire objectif" des parties, fournit, à mon sens, un bon exemple de ce qu'une approche trop abstraite de certaines pratiques procédurales nationales par les juges européens peut conduire à des effets pervers, contraires aux intérêts des justiciables eux-mêmes.

En effet, à partir d'une mauvaise compréhension de l'institution de l'avocat général à la Cour de cassation, confondu avec les membres des Parquets des juridictions du fond et regardé à tort comme une "partie" à la procédure ou un "adversaire objectif" apparent des requérants (alors qu'il est un magistrat indépendant faisant partie de la juridiction, ni partie jointe, ni subordonné à des instructions hiérarchiques), la jurisprudence de la Cour européenne risque d'avoir des conséquences particulièrement préjudiciables au bon fonctionnement de la Cour de cassation et aux intérêts des justiciables : si les avocats généraux n'ont plus communication des travaux préalables des Conseillers-rapporteurs et s'ils n'assistent plus aux délibérés ni aux conférences préparatoires avec les conseillers, ils seront séparés de la vie de la juridiction, et, surtout, ils ne pourront plus conclure que dans un nombre limité d'affaires (puisque, bien évidemment, les 24 avocats généraux

seront dans l'incapacité matérielle d'examiner tous les dossiers traités par les quelques 133 conseillers à la Cour de cassation sans plus pouvoir avoir accès aux travaux préparatoires des rapporteurs).

Une telle situation sera dommageable, non seulement pour les avocats des parties, qui ne trouveront plus dans l'avocat général l'interlocuteur accessible dans toutes les affaires, mais aussi et surtout pour les justiciables, privés dans beaucoup de dossiers de la garantie que représentait un second examen de leur cas par l'avocat général (y compris dans les dossiers qui seront soumis à la nouvelle procédure simplifiée dite d'admission des pourvois en cassation, qui va entrer en application le 1er janvier 2002).

Ainsi, paradoxalement, cette jurisprudence de la Cour européenne risque d'avoir pour résultat de diminuer la qualité des arrêts de la Cour de cassation, de créer des inégalités dans le traitement des dossiers, de restreindre les garanties des justiciables et de leurs avocats, de réduire la transparence de la procédure et d'appauvrir ou de stériliser les débats, toutes choses qui iraient, de toute évidence, à l'encontre des objectifs fondamentaux de la Convention européenne.

On peut comprendre, dans ces conditions, que les conséquences de cette jurisprudence aient suscité la réprobation, non seulement des avocats généraux à la Cour de cassation et des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, mais aussi du Président Wildhaber et de six autres juges de la Cour européenne qui n'ont pas hésité à écrire, dans leur opinion dissidente sous l'arrêt *Kress* du 7 juin 2001, "qu'il est souhaitable qu'à l'avenir, la Cour européenne reconsidère dans son ensemble sa jurisprudence sur la procédure devant les Cours suprêmes européennes, qui fait la part trop belle aux apparences, au détriment de traditions nationales respectables et, en définitive, de l'intérêt réel des justiciables".

Si l'on veut essayer d'obtenir désormais de la Cour européenne qu'elle revienne à une vision plus exacte du rôle du Parquet général de la Cour de cassation (telle qu'elle l'avait exprimée dans le précédent arrêt *Delcourt c/Belgique* du 17 janvier 1970), il faudra sans doute passer par une modification des textes définissant le rôle des avocats généraux à la Cour de cassation, de manière à abroger les dispositions qui peuvent donner encore l'impression d'une subordination hiérarchique des avocats généraux et à faire mieux apparaître leur visage réel, tel que forgé par une coutume bicentenaire : celui de magistrats indépendants, faisant partie de la juridiction, concluant sur le seul terrain du droit pour conseiller les juges de cassation, et participant ainsi au processus d'élaboration des décisions de la Cour et à l'accomplissement de sa fonction juridictionnelle.

## 2) Arrêts concernant les juridictions de fond

S'agissant des juridictions de fond, vous savez aussi combien la jurisprudence de la Cour européenne a accentué son contrôle sur nos règles de procédure internes, soumises à un examen minutieux de conformité à la Convention européenne, notamment à l'article 6 concernant le procès équitable. Je vous rappelle, par exemple, que la Cour européenne interdit désormais à nos juridictions :

- de refuser la présentation par un avocat d'une partie qui n'est pas présente à l'audience (cf : arrêt *Van Pelt c/France* du 23 mai 2000, selon lequel, si le législateur doit pouvoir décourager les absences injustifiées, il ne peut les sanctionner en dérogeant au droit à l'assistance d'un défenseur, élément fondamental du procès équitable) ;

- de "requalifier" une infraction sans avoir offert à la défense la possibilité de présenter convenablement ses arguments, en disposant du temps et des facilités nécessaires à cet effet (arrêt *Pélissier et Sassi c/France* du 25 mars 1999) ;

- de motiver de façon trop générale le prononcé ou la prolongation de la détention provisoire, les juges de la détention devant, non seulement motiver de façon précise leur décision, mais justifier de ce que les motifs initialement pertinents du maintien en détention n'ont pas perdu leur valeur à l'épreuve du temps (arrêts *Letellier*, *Kemmache*, *Tomasi*, *Muller*, *I.A.*, *Debboub*, *Zannouti c/France*, etc.) ;

- de déclarer irrecevable une plainte avec constitution de partie civile en raison du non versement de la caution si le montant de cette caution est excessif et a privé en pratique le plaignant de son droit de recours devant le juge d'instruction (arrêt *Ait Mouhoub c/France* du 8 octobre 1998).

Au cours de l'année 2001, plusieurs nouveaux arrêts ont accentué l'emprise de la Cour européenne sur nos règles de procédure internes :

. Dans l'arrêt *Krombach c/France* du 13 février 2001, c'est la procédure criminelle de la contumace qui, selon l'expression du professeur Marguenaud<sup>7</sup>, a été "frappée par la foudre européenne", les juges de Strasbourg ayant considéré que cette procédure, telle que prévue par les articles 627 et suivants de notre Code de procédure pénale, était contraire :

- d'une part, à l'article 6-1 de la Convention européenne, parce que sanctionner la non-comparution du requérant à l'audience par une interdiction absolue de toute défense à l'audience (article 630 du Code de procédure pénale) apparaissait manifestement disproportionné, l'accusé ne

devant pas perdre le droit d'être effectivement défendu du seul fait de son absence aux débats ;

- d'autre part, à l'article 2 du Protocole n° 7 à la Convention européenne, du fait que l'impossibilité de se pourvoir en cassation contre l'arrêt de condamnation rendu en premier et dernier ressort par la Cour d'assises (article 636 du Code de procédure pénale) privait le requérant du droit de faire examiner sa condamnation par une juridiction supérieure.

. Dans l'arrêt *Vaudelle c/France* du 30 janvier 2001, la Cour européenne a dit qu'était également contraire à l'article 6-1 et 6-3-a de la Convention la condamnation à l'emprisonnement prononcée par un jugement réputé contradictoire à l'encontre d'un prévenu placé sous curatelle et en l'absence du requérant ou de tout représentant à l'audience, sans que le curateur ait été informé de la procédure pénale exercée contre le prévenu.

. Dans l'arrêt *G.B. c/France* du 2 octobre 2001, la Cour européenne a condamné la France pour violation des règles du procès équitable et des droits de la défense (article 6-1 et 6-3-b de la Convention) parce qu'une Cour d'assises avait refusé de faire droit à la demande de contre-expertise de l'accusé, alors que cette demande apparaissait justifiée par la volte-face opérée par l'expert-psychiatre à la barre de la Cour d'assises, revirement brutal qui avait conféré à l'opinion de l'expert un poids tout particulier dans un sens défavorable au requérant.

. Dans l'arrêt *Gombert et Gochgarian c/France* du 13 février 2001, la Cour européenne, prolongeant ses exigences en matière de motivation de la détention provisoire, a condamné à nouveau la France parce que, après avoir analysé en détail chacun des motifs retenus par les juridictions d'instruction, elle a estimé que ces motifs, pertinents à l'origine, avaient progressivement perdu une partie de leur pertinence avec le temps et n'avaient pas résisté à l'épreuve de la durée, le risque de fuite du requérant ayant lui-même décliné avec le temps.

Toutefois, s'il est vrai que les condamnations de la Cour européenne touchant à nos procédures internes ont été encore nombreuses au cours de l'année 2001, il convient de relever que certains arrêts témoignent aussi d'un souci nouveau de la Cour européenne de dépasser les critères abstraits et la théorie des "apparences" pour tenir compte des réalités nationales et de la légitimité des règles de procédure internes lorsqu'elles assurent une bonne administration de la justice ainsi que la protection des intérêts des justiciables.

Dans l'article qu'il a publié à la *Semaine Juridique* du 14 novembre 2001 (n° 46, pages 2085 et suiv.), le Premier Président de la Cour de cassation, M. Guy Canivet, cite, à cet égard, plusieurs décisions qui montrent que la Cour européenne a su aussi prendre en compte les impératifs d'une bonne organisation et d'une saine gestion de l'appareil judiciaire interne.

<sup>7</sup> Cf. Jean-Pierre MARGUENAUD, *Dalloz*, 2001, n° 41, p. 3302 et suiv.

. Ainsi, nous avons déjà fait état de l'arrêt *Morel c/France* du 16 novembre 2000, concernant l'impartialité fonctionnelle du juge, par lequel la Cour européenne, rompant avec le critère trop abstrait dont elle avait fait application auparavant, a précisé que le simple fait, pour un juge, d'avoir pris des décisions avant le procès ne peut passer pour justifier en soi des appréhensions relativement à son impartialité, la réponse à cette question variant suivant les circonstances de la cause.

. De même, dans un arrêt *Laumont c/France* du 8 novembre 2001, concernant le droit à la liberté et à la sûreté (article 5 §1 de la Convention), la Cour européenne a dit que la jurisprudence de la Cour de cassation française qui dispense les chambres d'accusation de prendre une nouvelle décision sur le maintien en détention provisoire lorsqu'elle ordonne un supplément d'information (*en interprétant les articles 181 alinéa 2, 201 et 214 du Code de procédure pénale*), n'est pas de caractère déraisonnable ou arbitraire, puisqu'elle ne prive pas de la possibilité d'obtenir, à tout moment de la procédure, une décision de mise en liberté sur le fondement de l'article 148-1 du Code de procédure pénale.

. Enfin, dans un arrêt *Sablon c/Belgique* du 10 avril 2001, concernant la durée des procédures, la Cour européenne a écarté le grief de durée excessive de la procédure, en disant que l'article 6 de la Convention européenne "prescrit la célérité des procédures judiciaires, mais qu'il consacre aussi le principe, plus général, d'une bonne administration de la justice".

Ce dernier arrêt mérite d'être relevé : il montre que les juges européens, dans l'appréciation de la conformité des procédures internes, entendent, davantage peut-être à l'avenir que jusqu'à présent, procéder à une balance des intérêts en jeu, en recherchant quel est l'intérêt le plus important qu'il convient de privilégier. Dans l'affaire *Sablon*, l'intérêt d'une bonne administration de la justice devait primer sur l'exigence de célérité de la procédure. Plus généralement, il faudra sans doute que les juges européens n'hésitent pas à consacrer à l'avenir la primauté du critère du bon fonctionnement et de la bonne administration de la justice sur l'application rigide de critères trop abstraits tirés de la théorie des "apparences". Il faudra aussi qu'ils affirment clairement que la protection "effective" des droits et des intérêts des justiciables reste l'objectif essentiel à atteindre, quand bien même ce sont des règles procédurales nationales particulières qui permettent d'y parvenir, et que cet objectif doit l'emporter sur celui de l'égalité formelle des armes, par exemple.

Il convient, en effet, de ne pas oublier que le but premier de la jurisprudence européenne est que soit assurée par les juges nationaux la protection "de droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et

effectifs", selon les termes utilisés par la Cour européenne dans les célèbres arrêts *Airey c/Irlande* du 9 octobre 1979 et *Artico c/Italie* du 13 mai 1980...

**Droits de l'Homme et prison**  
**Les développements récents de la jurisprudence de la Cour**  
**européenne des droits de l'Homme**

par

**Françoise TULKENS**  
Juge à la Cour européenne des droits de l'Homme

**Introduction**

Quels sont les apports de la Convention européenne des droits de l'Homme et de la jurisprudence de la nouvelle Cour (1998-2001) à la question de la prison ? J'inscrirai cette question dans le contexte du développement progressif du droit pénitentiaire que l'on observe aussi bien en droit interne qu'en droit international et qui est qualifié par certains de "révolution tranquille"<sup>8</sup> et par d'autres d'"illusion internationale"<sup>9</sup>.

Si, comme nous le verrons, de nombreuses dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme croisent, directement ou indirectement, la question de la peine et de la peine privative de liberté, en fait la Convention n'a pas été élaborée, de manière spécifique, pour les détenus. Ce sont dès lors les dispositions générales de la Convention qui peuvent et doivent être mobilisées pour interroger, au regard des droits de l'Homme, la question de la détention, sous la seule réserve toutefois que la Cour ne pourra examiner la situation des détenus ou de la détention que dans la mesure où celle-ci porte atteinte à un droit garanti par la Convention. D'un côté, les droits

---

<sup>7</sup> Je remercie très vivement Sylvie RUFFENACH pour l'aide précieuse qu'elle m'a apportée pour réunir la documentation nécessaire à la réalisation de ce travail. Cette contribution est une version abrégée d'un texte qui paraîtra dans l'ouvrage : *L'institution d'un droit pénitentiaire*, sous la direction de O. De Schutter et D. Kaminski, Paris, LGDJ, 2002. Elle reprend également, en partie, une intervention dans le cadre du DESS en droit de l'exécution des peines et droits de l'Homme dirigé par J.-P. Céré à l'Université de Pau et des pays de l'Adour et qui fera l'objet d'une publication "Panorama européen de la prison" aux éditions l'Harmattan.

<sup>8</sup> G. SMAERS, "Een stille revolutie in Straatsburg : de rechtsbescherming van gedetineerden door het EVRM", *Panopticon*, 2000, pp. 7 et s. Sur l'ensemble de la problématique, voy. aussi A. RENAUD, *Human rights in prison*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1986 ; G. SMAERS, *Gedetineerden en mensenrechten*, Anvers, Maklu, 1994 ; D. BIBAL-SERY, *Prison et droits de l'Homme*, Paris, ministère de la Justice, 1995 ; P. PEDRON, *Prison et droits de l'Homme*, Paris, L.G.D.G., 1995.

<sup>9</sup> M. HERZOG-EVANS, "Le droit pénitentiaire : un droit faible au service du contrôle des détenus ?", in *Approches de la prison*, sous la direction de C. Faugeron, A. Chauvenet et Ph. Combessie, Bruxelles, De Boeck université, P.U. de Montréal, P.U. d'Ottawa, 1997, pp. 274 et s.

garantis par la Convention valent pour tout le monde, donc aussi pour les personnes détenues. La privation de liberté ne constitue pas, en principe, une limitation aux droits fondamentaux. La théorie des limitations implicites inhérentes à la privation de liberté, initialement utilisée par la Commission européenne des droits de l'Homme, a été rejetée par la Cour dans l'arrêt *Goldier c/Royaume-Uni* du 21 février 1975 : toutes les limitations aux droits fondamentaux doivent être strictement légitimées selon les critères de la Convention. Comme l'a affirmé la Cour, " la justice ne saurait s'arrêter à la porte des prisons " (arrêt *Campbell et Fell c/Royaume-Uni*, 28 juin 1984, § 69). D'un autre côté, les limitations aux droits garantis qui sont inscrites dans la Convention elle-même (notamment dans les articles 8 à 11) s'appliquent aux détenus comme à tous les autres justiciables.

C'est dans ce contexte que j'examinerai, à la lumière de la jurisprudence récente de la nouvelle Cour européenne des droits de l'Homme qui est entrée en fonction le 1er novembre 1998, les ressources fournies par certains des droits garantis par la Convention. Mais il convient de rappeler que la Cour ne peut intervenir que si elle est saisie et après l'épuisement des voies de recours internes car nous croisons ici une difficulté majeure. L'accès des détenus aux juridictions internes n'est déjà pas chose aisée, en raison notamment de leur situation de vulnérabilité sociale. Les obstacles sont tout autant économiques que sociaux et culturels. Il est encore plus difficile pour les juridictions internationales. Inversement, la décision de recevabilité du 18 septembre 2001 dans l'affaire *Kalashnikov c/Russie* mérite aussi d'être signalée. Au gouvernement qui soulevait l'exception du non-épuisement des voies de recours internes, la Cour répond que s'il est sans doute exact que le requérant n'a pas utilisé les différents recours qui existaient à l'époque des faits, elle observe que les problèmes qui résultent de la surpopulation dans les établissements où les détenus sont en détention préventive sont apparemment de nature structurelle et ne concernent pas seulement sa situation individuelle. Le gouvernement n'apporte donc pas la preuve que ces recours auraient pu corriger la situation, étant donné les difficultés économiques auxquelles sont confrontées les autorités pénitentiaires (" *given the acceptable economic difficulties of prison administration* ").

## I • Le droit à la vie

Si des détenus décèdent en prison (combien chaque année ?), la question qui se pose est celle de la *responsabilité* des autorités qui doivent protéger le droit à la vie. La Cour pourrait être saisie de requêtes suite à des grèves de la faim dans des prisons en Turquie qui ont conduit à la mort des détenus.

## A. Le suicide en prison

Dans la requête *Keenan c/Royaume-Uni* (arrêt du 3 avril 2001, 3ème section), la mère d'un jeune détenu, malade mental, qui s'est suicidé pendant qu'il était placé en isolement cellulaire, pour des raisons disciplinaires, invoque l'article 2 de la Convention et le devoir qui incombe à l'État de protéger le droit à la vie. Après avoir rappelé que l'article 2 ne se limite pas à une abstention d'agir mais contient aussi une obligation positive de prendre les mesures nécessaires pour protéger ce droit, la Cour estime que l'obligation ne peut être impossible ou disproportionnée et que le risque, dès lors, que les autorités doivent prévenir doit être connu et prévisible (§§ 88-89). Dans les circonstances de l'espèce, elle estime que les responsables de la prison ont adopté une " réponse raisonnable " à la situation du fils de la requérante, notamment par une supervision médicale journalière et un contrôle toutes les quinze minutes (§ 98). Elle conclut à la non-violation de l'article 2 de la Convention.

La requête *Younger c/Royaume-Uni*, actuellement pendante devant la Cour, concerne également le suicide en prison du fils de la requérante. En l'espèce, une question se pose, au niveau de la recevabilité, quant au délai de six mois pour introduire la requête devant la Cour (article 35 § 1 de la Convention). Ce délai doit-il être calculé à partir du décès ou à partir des résultats de l'enquête sur le décès de son fils ?

## B. Des meurtres commis par des détenus et la responsabilité de l'État

J'évoquerai ici une situation voisine : il s'agit de requêtes présentées à la Cour par les parents de victimes qui soulèvent, sous le visa de l'article 2 de la Convention, la question de la responsabilité de l'État pour des meurtres commis par des détenus en permission de sortie.

La requête *Bromiley c/Royaume-Uni* a été déclarée irrecevable, sous l'angle de l'article 2 de la Convention, par une décision de la Cour (3ème section) du 23 novembre 1999. Certes, l'article 2 impose à l'État l'obligation positive de prendre les mesures nécessaires à la protection du droit à la vie des personnes relevant de sa juridiction. Toutefois, l'étendue de cette obligation dépend des circonstances de l'affaire et notamment des choix opérationnels effectués en termes de priorité et de ressources. Il est donc nécessaire d'interpréter cette obligation de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif. En l'espèce, aucun élément ne permet d'affirmer que les autorités savaient ou auraient dû savoir, que la personne détenue risquait de commettre un crime violent si elle bénéficiait d'une permission de sortie. Il n'existait aucun diagnostic médical, notamment de maladie mentale, indiquant que le détenu représentait une menace pour la vie et, auparavant, il avait réintégré à deux reprises la prison à l'issue de ses permissions, sans aucun incident. Il n'existait donc aucun élément indiquant que si l'intéressé ne revenait pas de sa permission, la fille de la

requérante courait un risque prévisible. Il n'apparaissait pas non plus que les autorités avaient manqué à l'obligation de prendre les mesures dont elles pouvaient raisonnablement disposer afin de garantir la "capture" de la personne détenue avant qu'elle ne commît un nouveau crime. Dès lors, le départ de l'intéressé en permission, peu avant la fin de sa peine, ne révèle en soi aucun manquement à l'obligation de protéger la vie de la fille de la requérante.

En revanche, la requête *Mastromatteo c/Italie* a été déclarée recevable par une décision de la Cour (2ème section) du 14 septembre 2000. En l'espèce, le meurtrier du fils du requérant se trouvait en semi-liberté et avait obtenu une permission de sortie de quarante-huit heures, au terme de laquelle il n'avait pas regagné la prison. Le juge d'application des peines chargé du suivi de la détention avait accordé la permission de sortie en considérant, sur la base des rapports établis par les autorités pénitentiaires quant à son comportement en milieu carcéral, qu'il ne présentait pas de danger pour la société. Toutefois, le détenu se vit octroyer cet aménagement de la peine sans que le rapport de personnalité prescrit par la loi, dans cette hypothèse, n'ait été établi. Par ailleurs, le juge d'application des peines n'a pas fait usage de la faculté dont il disposait de demander à la police des renseignements complémentaires afin d'évaluer si le détenu et ses complices avaient conservé des liens avec des organisations criminelles opérant à l'extérieur de la prison. De tels renseignements auraient, en effet, pu justifier un refus d'octroi de la permission de sortie. Enfin, bien que la permission ait été assortie de mesures de contrôle, la police ne semble pas avoir exercé, à cette occasion, une quelconque surveillance sur l'intéressé. Cette affaire a fait l'objet d'un dessaisissement au profit de la Grande chambre qui tiendra une audience en mars 2002.

## II • L'interdit de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants

La Cour a plusieurs fois répété que l'article 3 exprime une des valeurs les plus fondamentales de la société démocratique et requiert une vigilance extrême. Il ne peut subir ni dérogation, ni restriction car il contient une garantie absolue, intangible "même dans les circonstances les plus difficiles, telles la lutte contre le terrorisme et le crime organisé" (*Selmouni c/France*, arrêt du 28 juillet 1999, Grande Chambre, § 95 ; *Daktaras c/Lituanie*, arrêt du 10 octobre 2000, 3ème section, § 32). L'article 3 traduit aussi le caractère objectif des droits fondamentaux : les personnes les possèdent en raison de la dignité attachée à la personne humaine, quels que soient les actes qu'elles ont commis (*V. et T. c/Royaume-Uni*, arrêts du 16 décembre 1999, Grande Chambre).

En l'absence de *définition* des comportements prohibés par l'article 3, la Cour européenne des droits de l'Homme doit procéder à une interprétation de cette disposition, interprétation autonome et évolutive, qui est au cœur de

l'effectivité de la garantie prévue par la Convention. Toutefois, dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle, l'interprétation par la Cour de l'article 3 de la Convention, qui consacre un standard minimum, se distingue de la préoccupation du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) qui, dans l'exercice de sa fonction de prévention, peut pointer et identifier des situations plus larges. Même si la situation est en dehors de notre sujet limité à la détention en prison, rappelons que la torture a été retenue pour la première fois par la Cour dans l'arrêt *Selmouni c/France* du 28 juillet 1999 ainsi que dans les arrêts *Salman c/Turquie* du 27 juin 2000 et *Ilhan c/Turquie* du même jour. Par ailleurs, l'article 3 contient une distinction entre la notion de torture et de peine ou traitement inhumain ou dégradant. Si les peines ou traitements inhumains visent l'intégrité et concernent plus particulièrement des lésions ou des souffrances physiques ou morales, les peines ou traitements dégradants s'attachent plutôt à la dignité de la personne, en suscitant chez elle peur, angoisse, avilissement. Ainsi, dans l'arrêt *Valasinas c/Lituanie* du 24 juillet 2001, la Cour estime que le fait d'obliger le requérant à se dévêtir entièrement en présence d'une femme officier qui a procédé ensuite à une fouille intime "manifeste un manque évident de respect et diminue en fait la dignité humaine. Ceci a dû le laisser avec un sentiment d'angoisse et d'infériorité susceptible de l'humilier et de le déstabiliser" (§ 117). Elle conclut dès lors, en ce qui concerne cette fouille, à un traitement dégradant au sens de l'article 3 de la Convention. Dans l'affaire *H.G. c/Suisse*, le requérant se plaignait, au titre de traitement inhumain et dégradant, du fait d'être autorisé à sortir en ville mais menotté. La Cour a cependant pris une décision d'irrecevabilité le 15 novembre 2001 (4ème section) dans la mesure où, d'une part, le requérant n'avait pas épuisé les voies de recours internes et où, d'autre part, il ne pouvait plus être considéré comme victime au sens de l'article 34 de la Convention : le président de la cour cantonale a en effet ordonné une sortie sans menottes dans la mesure où pareille situation constituait une violation de la dignité humaine.

Enfin, afin d'assurer aux droits fondamentaux leur effectivité la plus large, la Cour a depuis longtemps précisé qu'un risque sérieux, réel, immédiat, d'agissements prohibés par l'article 3 peut aussi tomber sous le coup de cette disposition (*Soering c/Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 1989, §§ 82 et 91) et cette jurisprudence se trouve confirmée dans la décision d'irrecevabilité du 16 octobre 2001 de la nouvelle Cour dans la requête *Einhorn c/France* : "La Cour rappelle que le fait que, consécutivement à sa condamnation à mort, un détenu se trouve exposé au syndrome du couloir de la mort peut, dans certains cas et eu égard notamment au temps à passer dans des conditions extrêmes, à l'angoisse omniprésente et croissante de l'exécution et à la situation personnelle de l'intéressé, être considéré comme un traitement dépassant le seuil fixé par l'article 3 de la Convention" (§ 26). Dans l'affaire *Nivette c/France*, qui a fait l'objet d'une décision d'irrecevabilité du 3 juillet 2001, la Cour, après avoir eu des assurances que le requérant ne serait pas envoyé dans le couloir de la mort, s'est attachée à vérifier si le

requérant risquait effectivement une condamnation à la prison à vie incompressible dans l'État vers lequel il devait être extradé. La requête *Yang Chun Jin alias Yang Xiaolin c/Hongrie*, concernant l'extradition vers la Chine où le requérant risque la réclusion, a été rayée du rôle par un jugement du 8 mars 2001, en application de l'article 37 § 1 b) de la Convention, suite à la décision du ministre de la Justice de refuser l'extradition et au départ du requérant vers la Sierra Leone.

#### A. Le champ d'application

En ce qui concerne le champ d'application de l'article 3 de la Convention, la Cour indique que la *détention ordinaire* ne rentre pas, en tant que telle, dans le champ d'application de l'article 3 de la Convention. *A contrario*, en ce qui concerne les détenus, les souffrances doivent aller au-delà de celles que comportent inévitablement les exigences légitimes de la peine. Toute la question, bien sûr, est de savoir quelles sont, concrètement, les "exigences légitimes de la peine", ce qui pose nécessairement la question du but de la peine et de la peine privative de liberté. La frontière est étroite car, inversement, on pourrait soutenir qu'un emprisonnement qui met en péril les objectifs mêmes de la détention, à savoir la prévention et la réinsertion, est susceptible de constituer en lui-même un traitement inhumain et dégradant. Cette observation rejoint, d'une certaine manière, une question soulevée, en France, dans le rapport du premier président de la Cour de cassation, M. G. Canivet : les surveillants regrettent que dans leur travail quotidien, la mission de réinsertion de la prison ne soit pas prise en compte et que cette tâche est considérée comme résiduelle, voire utopique, par rapport aux impératifs de sécurité.

Les contours de la "détention ordinaire" ne sont pas non plus, quant à eux, aisés à déterminer. Ainsi, la question de la *détention en attente d'expulsion* commence à se poser de manière de plus en plus fréquente. Dans l'affaire *Zhu c/Royaume-Uni* (décision du 12 septembre 2000, 3ème section) qui concernait les conditions de détention d'une personne dans l'attente de son expulsion, la Cour a certes déclaré la requête irrecevable. Mais elle a cependant précisé qu'il n'est pas souhaitable que les détenus dans l'attente d'une expulsion soient enfermés dans les mêmes établissements que les condamnés. En l'espèce, toutefois, les autorités pénitentiaires ont fait des efforts pour atténuer les désagréments de cette situation (un interprète fut mis à la disposition de l'intéressé et des mesures spéciales furent prises après sa tentative de suicide pour prévenir toute récidive, ce qui permet d'établir qu'il a été tenu compte des tendances suicidaires du requérant). Enfin, et ceci pose aussi la question de la "détention ordinaire" au regard de la diversification des peines et mesures de sûreté, le grief fondé sur le fait qu'une personne, après avoir subi sa peine, reste sous surveillance pour le reste de sa vie, a été jugé jusqu'à présent par la Cour comme en dehors du champ d'application de l'article 3 de la Convention.

Enfin, une nouvelle question se pose de manière de plus en plus insistante, celle de la compatibilité d'une *peine perpétuelle incompressible* avec l'article 3 de la Convention. Dans la requête *Einhorn c/France*, "la Cour n'exclut pas que la condamnation d'une personne à une peine perpétuelle incompressible puisse poser une question sous l'angle de l'article 3 de la Convention" (décision du 16 octobre 2001), faisant référence notamment au Rapport général sur le traitement des détenus en détention de longue durée du Comité européen pour les problèmes criminels (1977) et la Résolution (76)2 "sur le traitement des détenus en détention de longue durée" adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe (§ 27). En l'espèce, toutefois, la Cour a déclaré la requête irrecevable car les autorités de Pennsylvanie pouvaient commuer une peine de réclusion perpétuelle en une autre durée, susceptible de permettre la libération conditionnelle.

#### B. Les conditions d'application

Trois éléments sont généralement requis comme conditions d'application de l'article 3 : l'intention, la gravité et l'absence de justification. Même si, par souci de clarté, nous partons de ces différentes conditions, il convient d'observer qu'elles sont relatives et ont peut-être même tendance à s'estomper.

##### 1) L'élément intentionnel

Cet élément se retrouve, par exemple, dans l'arrêt *Magee c/Royaume-Uni* du 6 juin 2000 (3ème section) : l'austérité des conditions de détention, rapportées notamment par le CPT, était conçue pour exercer une pression psychologique et briser la résolution de l'intéressé de garder le silence. La question de savoir si le traitement infligé avait pour but d'humilier ou de rabaisser la victime est un élément qui a été pris en compte dans les arrêts *V. et T. c/Royaume-Uni* du 16 décembre 1999 où la Cour a estimé que le procès pénal qui a été imposé aux deux enfants, âgés de onze ans à l'époque du procès, ne constituait pas, notamment pour cette raison, un traitement dégradant (§§ 71 et 69). Néanmoins, elle a précisé que l'absence de pareille volonté ne saurait, en tant que telle, exclure dans tous les cas un constat de violation de l'article 3.

L'élément intentionnel pose toutefois la question des traitements *objectivement* inhumains et dégradants. Jusqu'à présent, la Cour ne sanctionnait que des formes ou plutôt des actes de mauvais traitements qui sont infligés de manière violente et non justifiée, dans le but d'humilier ou de rabaisser la personne, ce qui excluait notamment les mauvais traitements liés aux conditions de vie elles-mêmes en prison : surpopulation chronique, insuffisance des règles d'hygiène, pauvreté et indigence, absence d'intimité, transfert des détenus, défaut ou absence de soins, etc. Une certaine évolution paraît cependant s'amorcer qui, d'une certaine manière, rejoint

l'exigence formulée par l'article 1er des Règles pénitentiaires européennes : " La privation de liberté doit avoir lieu dans des conditions matérielles et morales qui assurent le respect de la dignité humaine ". En inversant la constatation de J.-P. Céré, cette évolution est peut-être liée, en partie tout au moins, au fait que les requérants placent désormais davantage le débat sur le terrain général des conditions de détention que sur celui des actes isolés de mauvais traitements<sup>10</sup>.

Si certaines requêtes concernent les conditions générales de détention, d'autres interrogent ces conditions dans des lieux particuliers ou des situations particulières.

#### a) Les conditions générales de détention

J'évoquerai trois décisions successives qui s'attachent à cette question, tout en signalant que d'autres requêtes sont actuellement pendantes devant la Cour soulevant des problèmes du même ordre (*Kalashnikov c/Russie*, *Shepelev c/Russie*, *Mikadze c/Russie*, *Gorodnichev c/Russie*).

Dans l'arrêt *Kudla c/Pologne* du 26 octobre 2000, rendu en Grande Chambre, la Cour affirme, pour la première fois me semble-t-il, le droit de tout prisonnier à des conditions de détention conformes à la dignité humaine. Un tel droit implique que les modalités d'exécution de la peine de prison " ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier soient assurés de manière adéquate, notamment par l'administration de soins médicaux " (§ 94). En l'espèce toutefois, comme le requérant avait bénéficié en prison des soins médicaux (psychiatriques) que réclamait son état, il a été jugé qu'il ne pouvait se prévaloir de l'article 3.

Dans l'arrêt *Dougoz c/Grèce* (3ème section) du 6 mars 2001, la Cour a constaté une violation de l'article 3 de la Convention en ce qui concerne les conditions de détention du requérant, en attente d'expulsion, pendant 17 mois dans les locaux de la police. Bien que mon examen soit centré sur la détention en prison, j'y inclurai ce cas en raison de la durée de la détention. La Cour considère que les conditions de détention peuvent parfois constituer un traitement inhumain et dégradant et elle se réfère à la décision de la Commission européenne des droits de l'Homme dans l'affaire grecque (1969) qui a abouti à la conclusion que la surpopulation et les déficiences en matière de chauffage, de soins, de sommeil, de nourriture, de loisirs et de contacts avec le monde extérieur constituaient un traitement inhumain et dégradant. En examinant les conditions de détention, il importe de prendre en compte l'effet cumulatif de ces conditions, aussi bien que les allégations

<sup>10</sup> J.-P. CERÉ, *Le contentieux disciplinaire dans les prisons françaises*, op. cit., pp. 224 et s.

spécifiques faites par le requérant. En l'espèce, bien que la Cour n'ait pas mené une visite sur place, elle observe que les griefs du requérant sont confirmés par les conclusions du rapport du CPT du 29 novembre 1994 qui souligne que l'organisation des cellules et le régime de détention n'étaient pas acceptables pour une période qui excède quelques jours, que le taux d'occupation était largement excessif et que les dispositions sanitaires manquaient. A la lumière de ces considérations, la Cour estime que les conditions de détention du requérant, en particulier une surpopulation sévère, jointes à la longueur de la période pendant laquelle il a été détenu dans de telles conditions, constituent un traitement dégradant contraire à l'article 3 (§§ 46-48).

L'affaire *Peers c/Grèce* qui a été plaidée devant la Cour le 5 octobre 2000 est sans doute encore plus nette et sa motivation plus explicite. Elle concerne les conditions de détention d'un héroïnomanie à la prison de Koridallos, dans une unité séparée (*segregation unit*). Dans son jugement du 19 avril 2001 (2ème section), la Cour conclut à la violation de l'article 3 de la Convention. Dans la partie en fait, il est intéressant d'observer que la Cour rappelle, parmi les circonstances de l'affaire, les constatations et les recommandations contenues dans le rapport du CPT du 29 novembre 1994, suite à la visite effectuée à la prison de Koridallos en mars 1993 (§ 61). Dans la partie en droit, en réponse à l'objection du gouvernement selon laquelle le requérant aurait lui-même demandé à être détenu dans l'unité séparée, la Cour observe que le requérant n'a pas été, au départ, placé de son plein gré dans l'unité séparée mais qu'il s'agissait d'une décision de la direction en raison du fait qu'il souffrait du sevrage. Par après, lorsqu'il a demandé d'être transféré, il lui a certes été proposé de rejoindre une autre aile de la prison mais une aile où sont rassemblés les détenus toxicomanes et où, semble-t-il, de la drogue circule, ce qu'il refusa. Refus légitime, estime la Cour : dans ces conditions, on ne peut soutenir que le requérant consentit à être détenu dans l'unité séparée. Concernant alors les conditions de détention dans cette unité, la Cour se fonde sur les observations de la Commission européenne en ce qui concerne la taille, la lumière, la ventilation, la chaleur de la cellule du requérant dans laquelle il était enfermé le soir et la nuit et qu'il devait, en outre, partager avec un autre détenu (§ 72). Elle observe, en particulier, la situation de la toilette (de type asiatique), sans séparation (§ 73). Certes, la Cour admet qu'il n'y avait pas, en l'espèce, intention ou volonté d'humilier le requérant. Toutefois, si un tel facteur doit être pris en considération, l'absence de celui-ci ne peut conduire à exclure une violation de l'article 3 de la Convention (*V. c/Royaume-Uni*, 16 décembre 1999, § 71). En outre, en l'espèce, les autorités n'ont pris aucune mesure pour améliorer les conditions de détention du requérant *objectivement* inacceptables, et pareille omission dénote un manque de respect. Pendant au moins deux mois, le requérant a passé une partie importante de chaque 24 heures confiné sur son lit, dans une cellule surchauffée, sans ventilation, ni fenêtre. Il devait utiliser les toilettes en présence de l'autre détenu et lui-même devait assister aux besoins naturels de celui-ci. La Cour n'est pas convaincue par

l'argument du gouvernement selon lequel ces conditions n'auraient pas affecté le requérant d'une manière incompatible avec l'article 3 de la Convention. Au contraire, elle estime que les conditions de détention ont porté atteinte à la *dignité* humaine du requérant et ont fait naître en lui un sentiment d'angoisse et d'infériorité de nature à l'humilier et à briser sa résistance physique et morale.

En revanche, dans la requête *Valasinas c/Lituanie*, qui soulevait aussi la question des conditions générales de détention (surpeuplement, conditions sanitaires et nutritionnelles, encadrement médical, absence de travail), la Cour a mené une enquête sur place et elle a abouti en définitive à un constat de non violation de l'article 3 de la Convention (arrêt du 2001, §§ 98 à 113).

#### b) Des lieux de détention

Deux requêtes c/les Pays-Bas (Van der Ven et Lorsé) ont fait l'objet de décisions de recevabilité le 28 août 2001 et elles concernent les conditions de détention dans des quartiers spéciaux, en l'espèce des unités de haute sécurité ("EBI", *extra beveiligheid inrichting* et "TEBI", *tijdelijke extra beveiligheid inrichting*) d'un centre pénitentiaire du sud du pays. Un des requérants qui purge une peine de quinze ans d'emprisonnement pour des infractions à la législation sur les stupéfiants et les armes à feu, a été détenu à l'EBI du 27 septembre 1994 au 15 janvier 2001 tandis que l'autre était en détention au TEBI depuis octobre 1997. Lors de sa visite, le CPT a considéré que le régime de l'EBI s'analysait en un "traitement inhumain", car il se caractérise par une sévérité excessive à l'origine d'une insuffisance d'intimité et de contacts humains, ce qui entraîne la détérioration de l'état physique et psychologique des prisonniers.

De même, en ce qui concerne les lieux de détention, il est intéressant de signaler aussi qu'ont été déclarées recevables les requêtes de détenus condamnés à la peine capitale et qui se plaignent des conditions de détention dans *le quartier des condamnés à mort*, dans l'attente de leur exécution (*Nazarenko, Dankevich, Aliev et Khokhlich c/Ukraine*, décisions du 25 mai 1999, 4ème section).

#### c) Des situations particulières

La requête introduite par M. *Papon c/France* soulève, quant à elle, la question des conditions et du régime de détention des *détenus âgés* et parfois, en outre, *malades*. Elle a été déclarée irrecevable par une décision de la Cour (3ème section) du 7 juin 2001 dans la mesure où la situation du requérant, liée à son âge avancé et à son état de santé, n'atteint pas, en l'état, un niveau suffisant de gravité pour entrer dans le champ d'application de l'article 3 de la Convention. Il en va de même en ce qui concerne les requêtes de *A. Sawoniuk c/Royaume-Uni* (décision d'irrecevabilité du 29 mai 2001, 3ème section) et *E. Priebke c/Italie* (décision partielle d'irrecevabilité

du 5 avril 2001, 2ème section). Toutefois dans l'affaire Papon, comme l'observe J.-P. Céré, la Cour a affirmé clairement "que la détention prolongée d'une personne âgée entre bien dans le champ de protection de l'article 3 de la Convention"<sup>11</sup>.

D'autres requêtes, de plus en plus nombreuses, posent la question des conditions et du régime de détention des *détenus malades*, notamment au regard des structures d'accueil et de soins<sup>12</sup>. Dans l'arrêt *Hurtado c/Suisse* du 28 janvier 1994, la Cour avait estimé que le droit de bénéficier de soins médicaux appropriés résulte d'une obligation positive de l'État de protéger l'intégrité physique des personnes privées de liberté et l'arrêt *Kudla c/Pologne* du 26 octobre 2000 prolonge cette jurisprudence en l'étendant aux mesures destinées à assurer le bien être des détenus (§ 94). La requête *McGlinchey et autres c. Royaume-Uni*, qui est actuellement pendante, pose, pour la première fois, la question des soins médicaux en prison pour une détenue toxicomane. Actuellement, un nombre accru de requêtes sont adressées à la Cour qui posent, expressément, la question des libérations anticipées (et à travers celles-ci les procédures de grâce médicale) ou des suspensions de peine pour des détenus gravement malades, mettant en jeu un pronostic vital ou en phase terminale.

Enfin, dans l'arrêt *Price c/Royaume-Uni* du 10 juillet 2001, la Cour (3ème section) constate une violation de l'article 3 (traitement dégradant) dans le cas d'une jeune femme handicapée des quatre membres, victime de la thalidomide, condamnée pour *contempt of court*, et qui se plaignait des conditions de détention dans les locaux de la police et en prison, conditions manifestement inadaptées à son état.

#### 2) La gravité

Même si le texte de l'article 3 ne l'exige pas expressément, la Cour rappelle qu'un mauvais traitement doit atteindre un "seuil minimum de gravité" (*Irlande c/Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, § 163 ; *Guzzardi c/Italie*, 6 novembre 1980, § 107 ; *Soering c/Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, § 111), avec une possibilité de déplacement ou de dégradé vers d'autres dispositions de la Convention, notamment l'article 8, lorsque ce seuil n'est pas atteint. Dans l'arrêt *Ilhan c/Turquie* du 27 juin 2000, on retrouve cette même forme de logique gradualiste dans l'articulation entre l'article 2 et l'article 3 de la Convention.

La détermination du seuil de gravité est relative, en ce sens qu'elle dépend à la fois des circonstances du cas d'espèce, telles que la durée et le régime de la détention ou ses effets physiques et mentaux, et de la situation de la

<sup>11</sup> J.-P. CERE, "Article 3 de la Convention européenne et détention prolongée d'une personne âgée et malade", *Dalloz*, Jurisprudence, 2001, n° 29, pp. 23-36.

<sup>12</sup> Voy. l'article 26 des *Règles pénitentiaires européennes*.

victime, telles que le sexe, l'âge ou l'état de santé. Dès lors, le fait, par exemple, que les conditions de détention du requérant soient en deçà des Règles pénitentiaires européennes n'est pas suffisant en soi pour conclure à un traitement inhumain et dégradant. Cette appréciation du seuil de gravité, largement contextualisée, est extrêmement délicate et requiert une fine dialectique. D'un côté, il y a le risque perçu par certains d'une forme de banalisation du recours à l'article 3 de la Convention ; de l'autre, il y a le risque, évoqué par d'autres, de la " banalité " du mal.

En ce qui concerne les circonstances, dans l'affaire *Messina c/Italie* (décision du 8 juin 1999, 2ème section), la Cour a déclaré irrecevable le grief du requérant qui se plaignait d'un *régime spécial de détention*, en rappelant que " l'interdiction de contacts avec d'autres détenus pour des raisons de sécurité, de discipline et de protection, ne constitue pas en elle-même une forme de peine ou traitement inhumains ". En l'espèce, la Cour a estimé, d'une part, que l'isolement était relatif et, d'autre part, que ce régime se justifiait en raison des liens étroits du requérant avec le milieu mafieux. En outre, elle a constaté que le régime fut allégé suite à une décision de la Cour constitutionnelle, les autorités nationales ayant essayé de concilier les droits des détenus soumis à un régime spécial de détention avec les problèmes auxquels sont confrontées les autorités carcérales.

En ce qui concerne la situation de la victime, dans l'affaire *Keenan c/Royaume-Uni* où, comme nous l'avons vu, il s'agissait de la situation d'un jeune détenu souffrant de maladie mentale et placé en isolement disciplinaire, la Commission européenne des droits de l'Homme n'avait pas estimé qu'il y avait traitement inhumain et dégradant (rapport du 6 septembre 1999). La Cour ne l'a pas suivie sur ce point et, dans un arrêt du 3 avril 2001 (3ème section), elle conclut à la violation de l'article 3 de la Convention. Le manque de surveillance et d'information psychiatrique sur la situation du fils de la requérante révèle une déficience dans la prise en charge médicale d'un détenu connu comme étant un sujet à risque. L'imposition d'une peine disciplinaire, dans ces conditions, constitue bien un traitement inhumain et dégradant (§ 115). En revanche, dans l'affaire *Bollan c/Royaume-Uni*, qui concernait le maintien d'une détenue dans sa cellule pour des raisons disciplinaires, conduisant à son suicide, la décision d'irrecevabilité de la Cour du 4 mai 2000 (3ème section) se fonde sur le fait que les éléments recueillis au cours de l'enquête ont confirmé qu'il n'y avait pas de raison de penser qu'elle risquait de se suicider ; en outre, la réclusion, dans sa propre cellule, fut de courte durée.

### 3) L'absence de justification

Dans l'arrêt *Labita c/Italie* (6 avril 2000, Grande Chambre), la Cour rappelle que lorsqu'un individu se trouve privé de sa liberté, " l'utilisation à son égard de la force physique alors qu'elle n'est pas rendue strictement nécessaire par son comportement porte atteinte à la dignité humaine et constitue, en

principe, une violation du droit garanti par l'article 3 " de la Convention (§ 120).

### C. L'établissement des faits et la preuve

Il s'agit, en ce qui concerne l'article 3, de la question la plus difficile et sans doute la plus importante<sup>13</sup>. En cette matière, comme nous l'avons vu, le CPT est moins tenu par l'établissement des faits dans le chef d'un requérant individuel et peut donc pointer et identifier des situations structurelles plus larges. Cependant, la Cour " allège " en quelque sorte la charge qui lui incombe à la fois par le substitut de la violation procédurale et par l'application au contexte carcéral de la présomption utilisée dans l'arrêt *Tomasi c/France* du 27 août 1992 (§§ 108-111) et dans l'arrêt *Ribitsch c/Autriche* du 4 décembre 1995 (§ 34).

Dans l'arrêt *Labita c/Italie* du 4 avril 2000 (Grande Chambre), le requérant fut arrêté car on le soupçonnait, sur base de déclarations de repentir qui ne furent cependant pas corroborées par la suite, d'appartenir à la mafia. Il prétend avoir fait l'objet de mauvais traitements (gifles, coups, insultes et mesures d'intimidation) qui étaient systématiques dans cette prison à ce moment. Même si cette situation fut confirmée par le juge d'application des peines, les poursuites pénales furent suspendues à défaut de pouvoir identifier les auteurs. Par une courte majorité (neuf voix contre huit), la Cour a conclu à la non-violation de l'article 3 sous son angle substantiel : dans la mesure où le requérant n'a pas produit d'éléments de preuve à l'appui de ses allégations, la Cour ne dispose pas d'indices suffisants lui permettant de conclure que celui-ci a été soumis à des mauvais traitements physiques et psychologiques. En revanche, à l'unanimité, la Cour a conclu à une violation procédurale de l'article 3 : les plaintes du requérant pouvaient être considérées comme des soupçons plausibles de mauvais traitements, ce qui exigeait une enquête officielle effective. Si certaines investigations furent menées, la Cour n'est cependant pas convaincue qu'elles aient été suffisamment approfondies et effectives pour remplir l'exigence de l'article 3 de la Convention. Certes, la limite de ce type d'approche, comme le note FI. Massias, pourrait être de mettre en place un système de violation à deux vitesses : " une qui qualifie et une autre qui évite la qualification " <sup>14</sup>. Toutefois, bien utilisée, c'est-à-dire non pour abaisser le niveau d'exigence d'un droit indérogeable mais pour accroître le niveau de protection, cette approche peut trouver à s'appliquer lorsque le requérant est dans l'impossibilité matérielle ou morale d'établir la réalité des faits qu'il allègue. Dans certains cas, il peut courir des risques sérieux s'il dénonce les

<sup>13</sup>. Voy. N. SCHAUDER, *La preuve de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants devant les organes de la CEDH*, Strasbourg, Université R. Schuman, Institut d'études européennes, mémoire de DEA, sous la direction du professeur P. Wachsmann, septembre 2000.

<sup>14</sup> FI. MASSIAS, " Chronique internationale. Droits de l'Homme ", *Rev.sc. crim.*, 2000, pp. 666 et s.

traitements qu'il a subis ; dans d'autres, il ne peut établir ces faits sans la coopération de l'État mis en cause ; dans d'autres encore, il peut être incapable, en raison de son état mental, de décrire ce qu'il a subi ; enfin, certains mauvais traitements, tels les insultes, les menaces ou les humiliations, ne laissent pas de traces physiques se prêtant à un examen médical. D'une certaine manière, comme le note G. Smaers, la composante négative de l'article 3 (l'interdit) est étendue en une obligation positive de la part des autorités, ce qui traduit aussi la subsidiarité du contrôle européen : il appartient en premier lieu aux juridictions internes d'assurer le respect des droits de l'Homme et, partant, d'apprécier les faits et de peser les éléments recueillis. Ainsi que l'observe Fr. Sudre, il en résulte que l'article 3 impose une double obligation, l'une substantielle, l'autre procédurale, même si le jeu de cette dernière peut être limité par son absorption dans l'article 13 de la Convention (le droit à un recours effectif)<sup>15</sup>.

En ce qui concerne la charge de la preuve et, plus particulièrement le renversement de la charge de la preuve, l'évolution amorcée se poursuit dans l'arrêt *Satik et autres c/Turquie* du 10 octobre 2000 (1ère section) où la Cour conclut à une violation substantielle de l'article 3 de la Convention. En l'espèce, les requérants protestèrent contre la fouille à laquelle voulaient procéder des employés de la prison alors qu'ils attendaient d'être conduits à la Cour de sûreté de l'État pour y être jugés. Ils soutiennent que l'administration de la prison demanda l'aide aux gendarmes qui devaient les accompagner pendant le trajet et que ceux-ci, ainsi que les membres du personnel de la prison, les agressèrent avec des matraques et des planches. Le gouvernement soutient que les prisonniers, en résistant à la fouille, tombèrent dans l'escalier et se blessèrent contre les murs, les marches et la rampe. La Cour décide que le principe selon lequel il incombe à l'État de fournir une explication plausible des blessures que présente une personne qui était en bonne santé au moment de son arrestation, s'applique également dans le contexte carcéral. *A contrario*, il revient donc à l'État concerné d'apporter la preuve qu'il n'est pas responsable des blessures constatées, comme la Cour le rappelle, avec un haut degré d'exigence, dans l'arrêt *Caloc c/France* du 20 juillet 2000 (§ 92). En l'espèce, l'explication du gouvernement s'accorde mal avec la nature des blessures consignées dans les rapports médicaux. En outre, lorsque l'administration pénitentiaire sollicite une aide extérieure pour faire face à un incident dans une prison, il doit exister une forme de surveillance indépendante afin d'assurer que les auteurs du recours à la force rendent compte de leurs actes. A cet égard, la Cour constate qu'après une décision initiale de ne pas poursuivre, le dossier de l'affaire disparut ; toutefois, quatre ans plus tard, en l'absence du dossier, les autorités prirent la décision de ne pas poursuivre. La Cour estime que le fait que les autorités n'aient pas veillé à ne pas perdre des pièces importantes du dossier ne peut que passer pour une carence extrêmement

<sup>15</sup> Fr. SUDRE, " Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme ", *J.C.P.*, 24 janvier 2001, p. 189, n° 7 et 8.

grave de l'enquête et l'absence de dossier fait douter du bien-fondé de la décision de ne pas poursuivre qui a été prise en fin de compte. En l'absence d'explication plausible de la part des autorités en ce qui concerne les blessures des requérants, force est de conclure qu'ils ont été frappés par des agents de l'État, comme ils l'allèguent. Ce traitement s'analyse en une violation de l'article 3.

Enfin, quant au contenu de la preuve et au niveau de celle-ci, dans l'arrêt *Labita c/Italie* du 4 avril 2000, la Cour exige que la preuve soit rapportée " au-delà de tout doute raisonnable ". Dans l'arrêt *Satik c/Turquie* du 10 octobre 2000, la Cour rappelle encore " qu'elle adopte le critère de la preuve au-delà de tout doute raisonnable " mais elle ajoute " qu'une telle preuve peut résulter de la coexistence d'indices forts, clairs et concordants ainsi que de sérieuses présomptions de fait " (§ 55).

### 3 • Le droit à la liberté et à la sûreté

L'article 5 de la Convention est la seule disposition qui concerne de manière spécifique la détention. Elle est structurée en trois parties : le principe, les exceptions, les garanties procédurales.

#### A. Le principe : " Nul ne peut être privé de sa liberté "

Différentes affaires pendantes devant la Cour (*Kelly c/Royaume-Uni*, *R. Smith c/Royaume-Uni*, *M. Reilly et 7 autres requêtes c/Royaume-Uni*, 3ème section) concernent, sous le visa de l'article 5 § 1, un dispositif qui existe dans le *Crime (Sentences) Act 1997* selon lequel une peine de prison à vie sera (*shall*) imposée à un adulte reconnu coupable d'une seconde infraction grave (" two strikes you are out "), " à moins que des circonstances exceptionnelles " n'existent qui justifient de ne pas imposer une telle peine. Une prison à vie dans ce contexte signifie que l'auteur de l'infraction accomplit une période punitive (*punitive / deterrent period*) qualifiée de " tariff ", suivie par une période de détention à durée indéterminée, qui se termine seulement lorsqu'il n'est plus considéré comme étant un danger pour le public. Le détenu est alors libéré sous condition (*on licence*) ce qui signifie que pour le reste de sa vie il est susceptible de devoir réintégrer la prison sur décision du *parole board*, s'il viole une des conditions qui ont été imposées à sa mise en liberté. Cette disposition pose la question de la détermination de la peine et, partant, d'une éventuelle privation arbitraire de liberté. En fait, soutient le requérant, comme les circonstances exceptionnelles sont extrêmement rares, la peine d'emprisonnement à vie devient en quelque sorte automatique, imposée sans prendre en considération des questions telles que le délai qui a séparé les deux infractions, l'âge du délinquant au moment de la première infraction, les circonstances qui entourent la commission de l'infraction ou le caractère proportionné de la peine d'emprisonnement à vie à l'infraction, au délinquant ou à la situation. Cela pourrait conduire à une peine disproportionnée et, partant, la section 2 de la

loi de 1997 n'assurerait pas la protection garantie par l'article 5 contre une privation arbitraire de liberté.

La requête *Stafford c/Royaume-Uni* a fait l'objet d'une décision de dessaisissement en faveur de la Grande Chambre (4 septembre 2001) et elle est donc actuellement pendante devant la Cour. Le requérant avait été libéré "on licence" mais avait été "rappelé" en prison pour subir une détention à vie en raison du fait qu'il avait commis une nouvelle infraction, en l'espèce une fraude qui était sans relation avec le risque d'une délinquance violente. D'autres requêtes (*Wynne c/Royaume-Uni* ; *Waite c/Royaume-Uni* ; *Waller et Vale c/Royaume-Uni*) sont en attente d'examen de la décision de la Grande Chambre.

### B. Les exceptions

#### 1) La détention après condamnation (art. 5 § 1 a)

Il importe d'observer que la Cour donne, au sens de l'article 5 § 1 de la Convention, une signification autonome à la notion de détention après condamnation qui recouvre, en fait, toutes les formes de privation de liberté dans le cadre du processus judiciaire. Toutefois, le but de la détention doit être l'exécution d'une décision de privation de liberté prise par un juge, même si la Cour ne se prononce pas sur le but de la peine privative de liberté, son exigence portant sur le caractère régulier de la détention.

Par ailleurs la notion de détention après condamnation ne vise pas seulement un déroulement chronologique mais également une relation entre la décision du juge et l'enfermement, en ce sens qu'il doit "exister un certain lien entre, d'une part, le motif invoqué pour la privation de liberté autorisée et, de l'autre, le lieu et le régime de détention" (*Aerts c/Belgique*, 30 juillet 1998, § 46). En affirmant un lien entre la privation de liberté et les modalités d'exécution de la peine, la Cour reconnaît implicitement le droit à subir une détention dans un établissement approprié. Ainsi, par exemple, la détention d'un malade mental n'est légale que si elle est effectuée dans un hôpital ou une institution appropriée. De manière plus générale, cette jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme pose la question de l'application des peines. Dans la mesure où l'on observe, dans certains pays, des commissions chargées de gérer l'exécution des mesures et des sanctions pénales, le Conseil de l'Europe pourrait favoriser le développement de ce type d'instance.

La requête *Labita c/Italie*, déjà évoquée, posait aussi, sous l'angle de l'article 5 § 1 de la Convention, la question du *délai pour l'exécution d'une décision de mise en liberté*. En l'espèce, le requérant soutenait avoir subi une détention illégale pendant douze heures après son acquittement. En concluant à la violation de cette disposition, la Cour a estimé que le retard dans la libération du requérant n'a été provoqué que partiellement par la

nécessité d'accomplir les formalités administratives dues à l'absence de l'employé du bureau de matricule. Dans ces circonstances, le maintien en détention du requérant, après son retour à la prison, ne constituait pas un "début d'exécution" de l'ordre de libération et ne relevait d'aucun des alinéas de l'article 5 § 1 de la Convention.

Notons, enfin, que la Cour est saisie, au titre de l'article 5 § 1 de la Convention, d'un grief qui fait valoir une erreur de calcul des autorités judiciaires dans la détermination de la durée d'une détention (*Pezone c/Italie*, décision de communiquer du 11 janvier 2000, 2ème section).

#### 2) La détention provisoire (art. 5 § 1 c)

L'affaire *Vittorino et Luigi Mancini c/Italie* concerne le retard dans leur transfert d'une prison, lieu de détention provisoire, vers le domicile, lieu de l'assignation à résidence. En l'espèce, estimant qu'il n'y avait pas de risque suffisant de récidive pour justifier le maintien en détention provisoire, le juge décida d'y substituer une mesure d'assignation à résidence. Le transfert de la prison dans laquelle les requérants étaient détenus vers le lieu de leur assignation à résidence s'effectua néanmoins avec un retard de plus de six jours. Compte tenu de leurs effets et de leurs modalités, la Cour estime que la détention en prison comme l'assignation à domicile constituait pour les requérants une privation de liberté au sens de l'article 5 de la Convention. En ce qui concerne le problème du retard pris par les autorités dans le remplacement de la détention carcérale par une mesure de sûreté moins sévère, à savoir une assignation à résidence, la Cour estime que cette affaire se distingue des autres affaires qui concernent le retard dans la mise en liberté des requérants (§ 17). Par ailleurs, la Cour considère "que des différences importantes existent entre l'affaire *Ashingdane (Ashingdane c/Royaume-Uni*, arrêt du 28 mai 1985) et la présente affaire. En effet, même s'il est vrai que dans certaines circonstances le transfert d'un hôpital psychiatrique à un autre peut entraîner une amélioration significative de la situation générale de l'intéressé, il n'en demeure pas moins qu'un tel transfert n'implique aucune mutation du type de privation de liberté à laquelle un requérant est soumis. Il en va autrement en ce qui concerne le remplacement de la détention en prison par l'assignation à domicile, car dans ce cas il y a modification de la nature du lieu de détention, qui passe d'un établissement public à une habitation privée. A la différence de l'assignation à domicile, la détention dans un pénitencier implique l'insertion dans une structure globale, le partage des activités et des ressources avec d'autres détenus et un contrôle rigide, de la part des autorités, des aspects principaux de la vie quotidienne." (§ 19). Dès lors, la Cour "estime que la situation dénoncée par les requérants tombe dans le champ d'application de l'article 5 § 1 c) de la Convention" (§ 20). Quant au fond, "la Cour rappelle que la liste des exceptions au droit à la liberté figurant à l'article 5 § 1 revêt un caractère exhaustif et que seule une interprétation étroite cadre avec le but de cette disposition" (§ 23). Si un certain délai dans l'exécution d'une

décision de remise en liberté est normal et souvent inévitable, les autorités doivent cependant essayer de le réduire au maximum (§ 24). Dans ces conditions, le retard dans le transfert des requérants de la prison où ils étaient détenus à leur domicile n'est pas compatible avec l'article 5 de la Convention.

### 3) La détention d'un aliéné (art. 5 § 1 e)

La requête *J.M. c/Royaume-Uni*, actuellement pendante devant la Cour, soulève la question du maintien en détention dans un hôpital psychiatrique, pendant un peu plus de trois ans, dans les conditions suivantes. En 1995, le *Mental Health Review Tribunal* estima que la requérante ne souffrait plus d'une maladie mentale exigeant sa détention. Il assortit néanmoins son élargissement d'une condition relative au lieu de sa résidence, qui devait être approuvée par le responsable médical et un travailleur social. A défaut de remplir cette condition, sa libération conditionnelle a été déferée jusqu'en 1998.

### 4) La détention d'un alcoolique (art. 5 § 1 e)

Dans l'arrêt *Varbanov c/Bulgarie* du 5 octobre 2000 (4ème section), la Cour a constaté une violation de la Convention dans la situation suivante. Ayant reçu des plaintes concernant le comportement menaçant du requérant, le procureur ordonna, après une enquête, de le conduire de force dans un hôpital psychiatrique pour qu'il y reste interné pendant vingt et un jours en vue d'un examen psychiatrique. La Cour estime que la privation de liberté d'une personne considérée comme aliénée ne saurait être conforme à l'article 5 § 1 e) si elle a été ordonnée sans l'avis d'un médecin. La forme et la procédure adoptées à cet égard peuvent varier selon les circonstances ; dans les cas d'urgence, il se peut que cet avis ne soit obtenu que juste après l'arrestation mais, dans tous les autres cas, il doit l'être avant. Lorsqu'il n'est pas possible de faire autrement, par exemple lorsque la personne concernée refuse de se prêter à l'examen, il faut au moins qu'un médecin procède à une évaluation sur la base du dossier. De plus, cette évaluation médicale doit porter sur l'état mental actuel de la personne concernée et non pas seulement sur son passé. En l'espèce, le requérant a donc été interné sans qu'un médecin ait été consulté. S'il est vrai que le but de l'internement était de le faire examiner, une évaluation préalable de la part d'un psychiatre, au moins sur base des documents disponibles, était à la fois possible et indispensable. En effet, le requérant n'avait aucun antécédent psychiatrique et personne n'a prétendu que l'affaire revêtait un caractère d'urgence. Bien que le requérant ait été conduit dans un hôpital psychiatrique où il a été examiné par des médecins, rien n'indique que l'on ait demandé à ces derniers s'il fallait l'interner pour examen puisqu'un procureur avait déjà décidé de le faire interner sans avoir pris d'avis médical. Il s'ensuit donc qu'il n'a pas été prouvé de manière fiable que le requérant était aliéné. Il ne s'agissait donc pas d'une détention régulière.

La requête *Hutchison Reid c/Royaume-Uni* actuellement pendante devant la Cour concerne également le maintien en détention dans un hôpital psychiatrique. En l'espèce, il fut établi par les psychiatres que le requérant (qui avait été déclaré coupable de meurtre) souffrait d'une déficience mentale exigeant son internement dans un hôpital psychiatrique. Aux termes de la loi de 1984 sur la santé mentale, une personne atteinte de troubles mentaux persistants caractérisés par un comportement anormalement agressif ou gravement irresponsable doit être remise en liberté si l'internement par un hôpital n'est pas propice à son traitement ou si le traitement dispensé dans cet établissement n'est pas nécessaire à sa santé et à sa sécurité ou à la protection d'autrui. En 1985, le requérant fut libéré sous condition et transféré dans un hôpital ouvert. En 1986, il fut arrêté après avoir tenté d'enlever un enfant. Il fut condamné à trois mois d'emprisonnement, les psychiatres ayant estimé que son internement dans un hôpital psychiatrique serait inefficace eu égard au caractère incurable de ses troubles de la personnalité. Après avoir purgé sa peine, il fut renvoyé en hôpital psychiatrique par le ministre, en application de la loi de 1984, sur recommandation d'un médecin. Le requérant essaya d'obtenir une autorisation de quitter l'hôpital, s'appuyant sur de nombreux rapports psychiatriques établissant qu'il ne souffrait pas d'un trouble mental justifiant le maintien de son internement en raison de son caractère incurable. En droit interne, son recours fut rejeté, de même que sa demande consécutive du contrôle juridictionnel.

Enfin, la requête *Witold Litwa c/Pologne* qui a fait l'objet d'un jugement de la Cour le 4 avril 2000 (4ème section) précise que la détention d'un alcoolique, au sens de l'article 5 1 e) de la Convention vise, dans ce cas, les personnes dont le comportement représente une menace.

### C. Le contrôle judiciaire

Le droit à un contrôle judiciaire porte, quant à lui, sur la régularité et la légalité de la détention (art. 5 § 4). L'exigence d'un tel contrôle est aujourd'hui particulièrement critique et sensible par rapport aux mesures de sûreté, souvent de durée indéterminée, prises à l'endroit des récidivistes, des malades mentaux et des mineurs ainsi que par rapport aux longues peines. La plupart de ces mesures ont comme dénominateur commun la dangerosité de l'auteur des faits.

Les requêtes *T. et V. c/Royaume-Uni*, qui ont fait l'objet de deux arrêts de la Grande Chambre du 16 décembre 1999, concernent la détention de deux mineurs condamnés " pour la durée qu'il plaira à Sa Majesté ". En l'espèce, invoquant l'article 5 § 4 de la Convention, les requérants se plaignent de n'avoir pas eu, à ce jour, la possibilité de faire examiner la légalité de leur maintien en détention par un organe judiciaire, tel que la Commission de libération conditionnelle. La Cour constate que la période punitive (*tariff*) de

la peine a été fixée par le ministre de l'Intérieur, sans qu'aucun contrôle judiciaire ne se trouve incorporé à la peine prononcée par le juge de première instance. Une fois la période punitive purgée, les enfants qui sont détenus pour la durée qu'il plaira à Sa Majesté doivent pouvoir, en vertu de l'article 5 § 4 de la Convention, faire examiner, périodiquement, la question de leur dangerosité et donc la légalité de leur maintien en détention par un organe judiciaire. Or, en l'espèce, les requérants n'ont jamais eu cette possibilité puisque la décision du ministre de l'Intérieur a été annulée par la Chambre des Lords et qu'aucune période punitive n'a été fixée depuis lors. Comme les requérants n'ont pu faire examiner la légalité de leur détention par un organe judiciaire depuis leur condamnation en novembre 1993, la Cour conclut à la violation de l'article 5 § 4 de la Convention.

Dans l'affaire *Downing c/Royaume-Uni*, qui concernait également l'absence de contrôle d'une détention "pour la durée qu'il plaira à Sa Majesté" après l'expiration de la période punitive (*tariff*), les parties sont parvenues à un règlement amiable (arrêt du 6 juin 2000, 3ème section).

L'arrêt *Curley c/Royaume-Uni* du 28 mars 2000 (3ème section) concerne cette fois le contrôle de la détention par la Commission de libération conditionnelle. En l'espèce, le requérant fut reconnu coupable, à l'âge de dix-sept ans, de meurtre et condamné à une peine d'emprisonnement "pour la durée qu'il plaira à Sa Majesté". La période punitive (*tariff*) de sa détention fut fixée à huit ans. Après celle-ci, la Commission de libération conditionnelle procéda à plusieurs contrôles et recommanda que l'intéressé fut libéré au bout d'un an. Le ministre ne suivit toutefois pas cette recommandation mais le requérant se vit refuser l'autorisation de demander le contrôle juridictionnel de la décision du ministre. La Cour constate à l'unanimité une violation de l'article 5 § 4 de la Convention : avant sa libération, qui est intervenue par après, le requérant n'avait pas pu obtenir un contrôle d'un tribunal offrant les garanties nécessaires puisque la Commission de libération conditionnelle n'avait pas la compétence d'ordonner sa libération.

#### 4 • Le droit à un procès équitable

##### A. L'accès à un tribunal

La requête *E.G. Walter c/Autriche*, actuellement pendante devant la Cour, concerne le droit d'accès à un tribunal. En l'espèce, le requérant, qui était détenu au moment des faits, se plaint qu'il a été empêché d'introduire, dans le délai requis, un droit de réponse dans une revue qui avait publié un article le concernant, en raison des lenteurs de l'administration pénitentiaire à poster son courrier.

##### B. Une accusation en matière pénale

La Cour est actuellement saisie de plusieurs requêtes concernant, au Royaume-Uni, les *procédures disciplinaires en prison* (*Clarke c/Royaume-Uni, Gaskin c/Royaume-Uni, Whitfield c/Royaume-Uni*)<sup>16</sup>. Celles-ci constituent-elles une "accusation en matière pénale" au sens de l'article 6 de la Convention, ouvrant le droit aux exigences du procès équitable, notamment les droits de la défense ? Notons, en France, la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration qui "permet de faire rentrer l'avocat au prétoire de discipline pour défendre les intérêts de son client poursuivi disciplinairement"<sup>17</sup>.

Les affaires *Ezeh et Connors c/Royaume-Uni*, qui constituent sans doute des *leading cases*, ont été plaidées devant la Cour (3ème section) et elles ont fait l'objet d'une décision de recevabilité du 30 janvier 2001. En l'espèce, le premier requérant a été condamné, pour langage menaçant à l'endroit d'un agent de probation, à quarante jours supplémentaires de détention, tandis que le second requérant, convaincu de voies de fait contre un agent pénitentiaire, a été condamné à sept jours supplémentaires. Dans les deux cas, aucun des deux requérants n'a été assisté par un avocat lors de la procédure disciplinaire qui s'est déroulée devant le directeur de la prison. L'application de l'article 6 de la Convention est donc subordonnée aux critères traditionnellement utilisés par la Cour pour déterminer la nature autonome de l'accusation en matière pénale, et notamment la qualification en droit interne, la nature de l'infraction et la sévérité de la peine. La question est toutefois plus complexe en raison de la nature même de ces jours supplémentaires. En fait, les jours supplémentaires auxquels les deux requérants ont été condamnés constituent des jours qui s'ajouteront à la peine à partir du moment où le détenu peut être libéré. Alors qu'auparavant le détenu bénéficiait seulement du privilège de rémission et pouvait être condamné à une perte de rémission par le directeur de la prison, le *Criminal Justice Act* de 1991 lui donne un droit à la libération à partir d'un certain seuil. Si la libération peut être considérée comme un droit, les jours supplémentaires auxquels les requérants ont été condamnés peuvent être considérés comme une privation de liberté supplémentaire qui s'ajoute à la peine initiale. Dans ce cas, il y aurait présomption que l'article 6 s'applique sauf si la peine en l'espèce ne saurait "causer un préjudice important" (arrêt *Engel et autres c/Pays-Bas*, 8 juin 1976, § 82).

<sup>16</sup> En France, voy. J.-P. CERE, *Le contentieux disciplinaire dans les prisons françaises et le droit européen*, Paris, L'Harmattan, 1999 ; M. HERZOG-EVANS et J.-P. CERE, "La discipline pénitentiaire : naissance d'une jurisprudence", *Dalloz*, 1999, Chronique, pp. 509-516 ; P. COUVRAT, "L'originalité du droit disciplinaire dans les prisons", *Archives de politique criminelle*, 2000, pp. 85 et s. ; J.-P. CERE, M. HERZOG-EVANS et E. PECHILLON, "Actualité jurisprudentielle du droit de l'exécution de peines", *Dalloz*, 2001, n° 7, pp. 562 et s.

<sup>17</sup> M. HERZOG-EVANS, "La révolution pénitentiaire française" (inédit).

Concernant encore la recevabilité *ratione materiae*, une nouvelle question se pose à la Cour et elle concerne l'*exécution de la peine et ses modalités*. La jurisprudence de la Cour est actuellement fixée en ce sens que les garanties de l'article 6 s'appliquent au *sentencing stage* de la procédure pénale mais non point à la phase d'exécution de la peine. Néanmoins, des nouvelles requêtes entendent aller plus loin et, sous le visa de l'article 6 § 1, se plaignent de l'absence d'équité, de caractère contradictoire ou de publicité des procédures en matière de libération conditionnelle, de permission de sortie, de libération sous probation ou d'exécution de la peine selon un régime particulier. L'ensemble de ces requêtes pose la question de savoir si les procédures concernant l'exécution des peines, très largement judiciairisées aujourd'hui dans la plupart des pays du Conseil de l'Europe, sont susceptibles de rentrer dans le champ d'application de l'article 6 de la Convention.

### C. Une cause entendue publiquement

Dans la requête *Riepan c/Autriche*, concernant un procès tenu dans l'enceinte d'une prison, la Cour a conclu à une violation de l'article 6 § 1 de la Convention (arrêt du 14 novembre 2000, 3ème section). En l'espèce, le requérant purgeait une peine d'emprisonnement pour meurtre et vol qualifié et, pendant sa détention, une procédure pénale fut engagée contre lui pour menace grave à l'encontre du personnel pénitentiaire. Aux termes de celle-ci, il fut condamné par le tribunal régional qui avait siégé dans la prison elle-même. En appel, il fit valoir que l'audience n'avait pas été publique puisqu'elle avait eu lieu dans la "partie fermée" de la prison à laquelle les visiteurs n'ont accès que moyennant une autorisation spéciale et qu'elle s'était tenue dans une pièce trop petite pour accueillir un éventuel public. Après une audience publique qui s'est déroulée, cette fois, dans les locaux de la cour d'appel elle-même, cette dernière écarta le recours estimant que toute personne intéressée aurait été autorisée à assister au procès.

Si la Cour s'est déjà penchée sur l'exigence de publicité des audiences (notamment dans les matières du contentieux disciplinaire, des recours en cassation ainsi que dans certaines procédures propres aux Ordres des médecins), aucun de ses arrêts n'avait jusqu'à présent abordé la question spécifique de la publicité dans les procédures pénales ordinaires. Or, s'agissant du jugement de détenus considérés comme dangereux, la question revêt dans de nombreux pays une certaine actualité.

La Cour rappelle les exigences de la publicité des audiences, telles qu'elles résultent notamment de l'arrêt *Pretto et autres c/Italie* du 8 décembre 1983 : " La publicité de la procédure des organes judiciaires visés à l'article 6 § 1 protège les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public ; elle constitue aussi l'un des moyens de préserver la confiance dans les cours et tribunaux. Par la transparence qu'elle donne à l'administration de la justice, elle aide à réaliser le but de l'article 6 § 1 : le

procès équitable, dont la garantie compte parmi les principes fondamentaux de toute société démocratique au sens de la Convention " (§ 21). Certes, la publicité des audiences n'implique pas nécessairement que celles-ci se déroulent dans un lieu *ad hoc*, tel une cour ou un tribunal. Cependant, l'utilisation d'un autre lieu, et *a fortiori* d'une prison, affaiblit le caractère public puisqu'elle accroît le risque garanti par l'article 6 § 1 de la Convention. Pour respecter l'exigence de publicité, la tenue du procès pénal dans un autre lieu doit dès lors impliquer que des mesures soient prises pour compenser, le cas échéant, le déficit de fait de la publicité des débats. Ces mesures pourraient consister, par exemple, à assurer une accessibilité effective du public à la salle d'audience ou encore à faire des démarches actives pour informer le public du lieu et de la date des débats.

En l'espèce, la publicité n'était pas officiellement exclue et ni le fait que le procès se déroulat dans l'enceinte de la prison, ni le fait que les spectateurs éventuels auraient dû se soumettre à des contrôles d'identité et de sécurité n'ont privé l'audience de son caractère public. Mais il fallait toutefois, dans ce cas, que le public puisse s'informer de la date et du lieu de l'audience et qu'il eût aisément accès à celle-ci. La tenue d'une audience dans un endroit auquel le grand public ne peut accéder constitue en soi un grave obstacle à la publicité et met l'État dans l'obligation de prendre des mesures de manière à ce que le public et les médias soient dûment informés et bénéficient d'un accès effectif. En l'espèce, hormis l'annonce habituelle de l'audience, aucune mesure particulière ne fut adoptée. En outre, les conditions dans lesquelles l'audience allait se dérouler n'incitaient guère le public à y assister. Dès lors, la Cour estime que l'audience ne répondait pas à la condition de publicité.

Quant à la question de savoir si l'absence de publicité pouvait se justifier, celle-ci pose la question des limitations : les limitations aux exigences de publicité sont-elles justifiées par des raisons de sécurité ? Certes, dans l'arrêt *Campbell et Fell c/Royaume-Uni* du 28 juin 1984, la Cour a estimé que le transport des inculpés hors de la prison " imposa aux autorités de l'État un fardeau disproportionné " (§ 86). Toutefois, il s'agissait dans ce cas d'une juridiction disciplinaire qui exerce d'habitude ses attributions contentieuses à l'intérieur de la prison, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. La Cour a estimé que si les questions de sécurité suscitaient apparemment des préoccupations, ni le tribunal saisi en première instance, ni la cour d'appel, ne les considèrent comme assez vives pour commander une décision formelle excluant le public. Il en résulte dès lors que l'absence d'audience publique ne trouvait pas, en l'espèce, de justification suffisante.

Enfin, quant au point de savoir si l'audience devant la Cour d'appel a pu remédier à l'absence de publicité en première instance, eu égard notamment aux effets préjudiciables que cette absence de publicité a pu avoir sur l'équité de la procédure, seul un réexamen exhaustif de la cause en degré d'appel était susceptible d'y remédier. Or l'examen auquel se livra la Cour

d'appel n'eut pas l'ampleur requise : si cette juridiction a pu réexaminer les questions de droit et de fait et apprécier à nouveau l'opportunité de la peine, elle n'a pas entendu de témoignage et n'a pas procédé à une nouvelle instruction de l'affaire. Dans ces conditions, la Cour estime qu'il n'a pas été remédié en appel à l'absence d'audience publique.

#### D. Un tribunal indépendant et impartial

Dans les mêmes arrêts *T. et V. c/le Royaume-Uni* du 16 décembre 1999, la période punitive (*tariff*) imposée à un délinquant juvénile détenu pour la durée qu'il plaira à sa Majesté représente la période maximale à purger pour répondre aux impératifs de la répression et de la dissuasion. Après cette période, l'intéressé doit être libéré sauf s'il y a des raisons de croire qu'il est dangereux. La Cour estime, ainsi que l'a reconnu elle-même la Chambre des Lords dans le cadre de la procédure de contrôle juridictionnel engagée par le requérant, que la fixation de la période punitive équivaut au prononcé d'une peine. Comme le ministre de l'Intérieur qui a décidé de la période punitive n'est manifestement pas indépendant de l'Exécutif, la Cour constate qu'il y a violation de l'article 6 § 1 d la Convention quant à la détermination de la peine des requérants.

#### E. Les facilités nécessaires à la préparation de la défense

Dans l'affaire *Lanz c/Autriche* (décision du 30 janvier 2001, 3ème section), le requérant se plaignait que les contacts avec ses avocats avaient été soumis à surveillance, pendant deux mois, par le juge d'instruction. Rattachant ce grief à l'article 6 § 3 b) de la Convention, la Cour rappelle que le droit d'un accusé de communiquer librement avec son avocat, sans la présence d'un tiers, fait partie des exigences fondamentales du procès équitable dans une société. Si l'avocat ne peut s'entretenir avec son client ni recevoir des informations ou des instructions confidentielles, son assistance perd une grande partie de son effectivité. Les raisons invoquées en l'espèce, le risque d'influencer les témoins ou de voir disparaître les documents, n'ont pas paru suffisantes pour justifier la mesure : en raison de la gravité de l'interférence dans l'exercice des droits de la défense, des raisons d'égale gravité doivent la justifier.

### 5 • Le droit au respect de sa vie privée et familiale et de sa correspondance

#### A. La vie privée et familiale

En ce qui concerne le droit au respect de la vie privée et familiale des détenus, la jurisprudence de la Commission, notamment celle développée dans l'affaire *X. c/Royaume-Uni* (décision du 8 octobre 1982), " fait son

entrée " dans la jurisprudence de la Cour<sup>18</sup>. Ce droit implique pour les détenus le maintien de contacts avec le monde extérieur en vue de leur réintégration dans la société. Ainsi, dans l'arrêt *Messina c/Italie* (n° 2) du 28 septembre 2000 (2ème section), le requérant condamné pour association de type mafieux et trafic de stupéfiants se plaignait d'une atteinte à l'article 8 de la Convention en raison des restrictions du nombre de visites (deux fois par mois) et des modalités de celles-ci (par voie vitrée). La Cour rappelle " que toute détention régulière au regard de l'article 5 de la Convention entraîne par nature une restriction à la vie privée et familiale de l'intéressé. Il est cependant essentiel au respect de la vie familiale que l'administration pénitentiaire aide le détenu à maintenir un contact avec sa famille proche " (§ 61). Les restrictions apportées à ce droit constituent des ingérences qui doivent dès lors répondre à un besoin social impérieux et être proportionnées au but légitime poursuivi afin d'assurer un juste équilibre entre les exigences du maintien des liens familiaux et celles de l'intérêt général. Tel était le cas, en l'espèce, aux yeux de la Cour qui n'a pas constaté une violation de l'article 8 de la Convention.

Dans la requête *Kalashnikov c/Russie* qui a été plaidée devant la Cour (3ème section) le 18 septembre 2001, le requérant soulève, parmi d'autres, un grief du même ordre, dans la mesure où il soutient qu'il n'aurait pas été autorisé à voir sa femme et ses enfants depuis son placement en détention. Dans la décision partielle de recevabilité du 18 septembre 2001, la Cour rappelle l'obligation qui pèse sur les autorités pénitentiaires d'aider les détenus à maintenir des contacts effectifs avec les membres de leur famille, même si dans les circonstances de l'espèce elle estime que la restriction des contacts est proportionnée au but poursuivi. Dans cette même décision, il est important de signaler, en ce qui concerne la question des *visites conjugales*, que la Cour note avec intérêt le mouvement de réforme dans différents pays européens qui vise à améliorer les conditions de détention facilitant de telles visites. Elle considère cependant, dans l'état actuel des choses, que le refus de telles visites peut être considéré comme justifié.

#### B. La vie privée

La requête *R.R. Allan c/Royaume-Uni*, qui a fait l'objet d'une décision partielle de recevabilité du 28 août 2001, soulève une question nouvelle. En l'espèce, les autorités pénitentiaires avaient installé du matériel d'enregistrement des conversations et de surveillance vidéo dans les cellules d'un détenu et d'un codétenu aux fins d'obtenir des informations susceptibles d'apporter la preuve des infractions dont ils étaient soupçonnés. Le gouvernement a concédé, au regard des articles 8 et 13 de la Convention, que pareilles interférences dans la vie privée n'étaient pas prévues par la loi et qu'il n'existait pas de recours effectif en cette matière. Le prolongement de

<sup>18</sup> Fr. SUDRE, " Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme ", *J.C.P.*, 24 janvier 2001, n° 4, p. 193, n. 34.

cette affaire soulève une question au regard de l'article 6 de la Convention : dans quelle mesure une preuve obtenue en violation de l'article 8 de la Convention rend-elle le procès inéquitable ?

### C. La correspondance

Enfin, au regard de l'article 8 de la Convention, un nombre relativement important d'affaires, ces deux dernières années, concernent le contrôle de la correspondance des détenus, notamment avec les organes de la Convention. A cet égard, il est intéressant de noter les dispositions contenues dans l'Accord européen concernant les personnes participant aux procédures devant la Cour européenne des droits de l'Homme. L'article 3 § 2 dispose que, en ce qui concerne les personnes détenues, l'exercice du droit de correspondre librement avec la Cour implique notamment que : " leur correspondance doit être transmise et leur être remise sans délai excessif et sans altération ; ces personnes ne peuvent faire l'objet d'aucune mesure disciplinaire du fait d'une communication transmise à la Cour par les voies appropriées ; ces personnes ont le droit, au sujet d'une requête à la Cour et de toute procédure qui en résulte, de correspondre avec un conseil admis à plaider devant les tribunaux du pays où elles sont détenues et de s'entretenir avec lui sans pouvoir être entendu par quiconque d'autre"<sup>19</sup>. A cet égard, il convient d'observer que, dans certains cas, une ingérence dans la correspondance avec la Cour peut poser un problème non seulement au regard de l'article 8 mais aussi de l'article 34 de la Convention (*Klyakhin c/Russie*, décision du 3 avril 2001, 3ème section).

D'emblée, il importe évidemment de rappeler l'enseignement de l'arrêt *Golder c/Royaume-Uni* du 21 février 1975 : la détention implique comme seule privation celle de la liberté physique. Toutes les autres limitations doivent être soumises aux conditions de mise en œuvre des exceptions prévues à l'article 8 § 2 de la Convention, à savoir légalité, légitimité et proportionnalité. Toutefois, les conditions de détention ne sont pas irrelevantes en ce qui concerne les limitations apportées aux droits fondamentaux. Ainsi, en ce qui concerne le contrôle de la correspondance, la Cour a estimé qu'il fallait tenir compte des exigences " normales et raisonnables de l'emprisonnement " (arrêt *Campbell c/Royaume-Uni*, 25 mars 1992, § 45). Une position de cet ordre doit cependant, à mon sens, être elle-même limitée. Elle ne pourrait aboutir à ce que, s'agissant de personnes détenues, d'autres critères que ceux appliqués aux citoyens libres soient pris en compte. En effet, cela amènerait la Cour à réintroduire des limitations inhérentes au régime de détention.

<sup>19</sup> Accord européen concernant les personnes participant aux procédures devant la Cour européenne des droits de l'Homme, Strasbourg, 5 mars 1996.

### 1) Une ingérence

Dans la requête *Touroude c/France*, la Cour a pris une décision d'irrecevabilité (3 octobre 2000, 3ème section). En l'espèce, le requérant n'a en effet produit qu'une seule enveloppe, effectivement ouverte par les autorités pénitentiaires, pour étayer ses allégations sur l'existence de violations répétées du secret des correspondances. Certes, le secrétariat de la Commission et le greffe de la Cour faisant partie, d'après la législation interne, des autorités avec lesquelles le détenu peut correspondre, sous pli fermé, l'ouverture d'une de ses correspondances est contraire à la loi. Il en résulte dès lors que les communications entre les détenus et la Cour doivent être exemptées de toute restriction inutile. Toutefois, sur la quarantaine de correspondances échangées entre le requérant et la Cour, une seule de ses lettres a été ouverte " par erreur " et dans un établissement où le requérant venait d'être transféré. Il n'existe donc pas d'élément permettant de conclure à une volonté des autorités de s'immiscer dans les échanges entre le requérant et les organes de la Convention, ni à un dysfonctionnement du service du courrier susceptible d'être analysé, sans conteste, comme une ingérence dans le droit au respect de sa correspondance.

### 2) Prévues par la loi

Les différentes affaires signalées ici concernent des régimes particuliers de détention justifiés notamment par l'appartenance supposée des requérants à des groupes mafieux.

Dans l'affaire *Labita c/Italie*, que j'ai déjà évoquée dans le contexte de l'article 3 et de l'article 5 § 1, le requérant se plaignait également de la censure de sa correspondance. La Cour conclut à la violation de l'article 8 dans la mesure où, selon les différents moments où le grief était allégué, un tel contrôle n'était pas fondé sur des dispositions légales pertinentes - donc n'était pas prévu par la loi - et était dépourvu de toute base légale.

Dans l'affaire *Messina c/Italie (n°2)* du 28 septembre 2000 (2ème section), déjà évoquée, qui concernait également l'implication du requérant dans des activités de type mafieux, la censure systématique de la correspondance par les autorités carcérales, en ce compris les lettres adressées à la Commission européenne des droits de l'Homme parvenues avec un visa de censure, a entraîné une violation de l'article 8 de la Convention pour les mêmes motifs (§ 83).

Deux autres affaires concernent, toujours en Italie, le régime spécial de détention pour les détenus ayant été condamnés pour des infractions graves. Dans l'arrêt *Natoli c/Italie* du 9 janvier 2001 (1ère section), la Cour conclut à l'unanimité à la violation de l'article 8 de la Convention. En l'espèce, le requérant incarcéré depuis 1984 purgeait une peine de prison à perpétuité. En juillet 1992, le ministre de la Justice prit un arrêté imposant,

pour un an, l'application d'un régime spécial de détention prévu par l'article 41 bis de la loi sur l'administration pénitentiaire. Sur cette base, la correspondance du requérant fut censurée et toute correspondance avec d'autres détenus fut interdite. Ce régime spécial de détention fut prorogé de six mois en six mois jusqu'en février 1997. Si l'interdiction de correspondre avec d'autres détenus fut abandonnée, en revanche la censure de la correspondance fut maintenue et des courriers adressés à la Commission européenne des droits de l'Homme ainsi qu'aux avocats du requérant attestent de cette censure. La Cour constate que pendant la période initiale d'application du régime spécial de détention (de juillet 1992 à janvier 1994), " le contrôle de la correspondance du requérant se fondait sur l'arrêté du ministre de la Justice pris en application de l'article 41 bis de la loi sur l'administration pénitentiaire " (§ 42). Or, par des arrêts de 1993, la Cour constitutionnelle italienne estima que le ministre de la Justice avait outrepassé ses compétences en prenant des mesures concernant la correspondance. Partant, la Cour estime que le contrôle de la correspondance du requérant pendant cette période n'était pas prévu par la loi. S'agissant de la période postérieure, le contrôle de la correspondance a été ordonné par le juge d'application des peines qui se fondait sur l'article 18 de la loi sur l'administration pénitentiaire. Or, dans les arrêts *Calogero Diana c/Italie* et *Domenichini c/Italie* du 15 novembre 1996, la Cour a estimé que cet article n'indiquait pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités compétentes. En outre, le projet de loi présenté au Sénat visant une modification législative en vue de se conformer à ces arrêts ne semble pas avoir abouti. S'il est vrai que le nouveau règlement des établissements pénitentiaires entré en vigueur le 6 septembre 2000 prévoit l'interdiction de censurer le courrier adressé à la Cour, cette modification législative ne touche pas l'article 18 de la loi sur l'administration pénitentiaire, une disposition qui est jugée comme constituant une base légale insuffisante. En conclusion, l'ingérence dans le droit pour le requérant au respect de sa correspondance n'était pas " prévue par la loi " au sens de l'article 8 de la Convention, conclusion qui rend superflu de vérifier, en l'espèce, le respect des autres exigences de l'article 8 § 2 (voy. aussi dans une situation quasi identique et dans le même sens l'arrêt *Rinzivillo c/Italie* du 21 décembre 2000, 2ème section, et l'arrêt *Di Giovine c/Italie* du 26 juillet 2001, 4ème section).

Dans la requête *Demirtepe c/France* (arrêt du 21 décembre 1999, 3ème section), le requérant qui purgeait comme condamné une peine d'emprisonnement, déposa plainte contre les autorités pénitentiaires pour violation du secret de la correspondance. Il soutenait que les courriers adressés par ses avocats aux autorités judiciaires ou à l'aumônier de la prison lui parvenaient ouverts. Saisi de la plainte, le juge d'instruction conclut qu'il n'y avait pas lieu de poursuivre. Tout en considérant que l'élément matériel du délit était constitué, la Cour d'appel rejeta le recours du requérant en estimant qu'elle ne pouvait retenir une responsabilité collective du service du courrier de la maison d'arrêt, ni la responsabilité pénale de

celui qui assumait la responsabilité du service. Quant à l'exception préliminaire du gouvernement, la Cour estime que les voies de recours internes ont été épuisées. D'une part, le gouvernement ne démontre pas en quoi la voie pénale choisie par le requérant n'était pas susceptible d'assurer une réparation de la violation constatée. D'autre part, en ce qui concerne le recours ouvert au requérant devant les juridictions administratives, la preuve de son efficacité n'a pas été apportée dans la mesure où les jugements des tribunaux administratifs portant sur le respect de la correspondance des détenus datent de 1997 alors que les griefs formulés par le requérant remontent à 1993. En outre, le Conseil d'État ne s'est jamais prononcé sur ce point. Quant au fond, l'ouverture de la correspondance du requérant constitue bien, dans les circonstances de l'espèce, une ingérence dans son droit au respect de sa correspondance. Comme le reconnaît d'ailleurs le gouvernement lui-même, cette ingérence est dépourvue de fondement légal et elle est, dès lors, injustifiée. La Cour conclut à l'unanimité à la violation de l'article 8 de la Convention.

### 3) Nécessaire dans une société démocratique

Dans l'arrêt *Peers c/Grèce* du 19 avril 2001, la Cour conclut également à la violation de la Convention. Si la Cour admet que la censure de la correspondance du requérant avec les organes de la Convention était prévue par le Code pénitentiaire et poursuivait un but légitime, elle estime que les raisons invoquées - le risque d'introduire de la drogue dans la prison - ne sont pas suffisantes pour justifier l'ingérence (§§ 82-84).

Dans la requête *Slavgorodski c/Estonie*, un accord amiable est intervenu entre les parties (arrêt de radiation du rôle du 12 septembre 2000, 2ème section). Le requérant avait été condamné à une peine d'emprisonnement pour meurtre et, au cours de sa détention, les autorités pénitentiaires ouvrirent régulièrement sa correspondance, dont la remise fut retardée. L'intéressé faisait en particulier état de lettres du ministère de l'Intérieur, du parquet, du président et d'organisations internationales, dont la Commission européenne des droits de l'Homme, lettres qu'il a reçues ouvertes. Les parties sont parvenues à un règlement aux termes duquel le gouvernement exprime ses regrets pour l'ouverture de la correspondance avec la Commission et déclare, en outre, que l'arrêt de la Cour rayant l'affaire du rôle sera communiqué au président d'Estonie, au ministre de la Justice et aux autres autorités concernées.

Enfin, dans l'arrêt *Valasinas c/Lituanie* du 24 juillet 2001, la Cour constate que le gouvernement n'a fourni aucune raison qui pourrait justifier le contrôle de la correspondance du requérant avec la Cour, dont la confidentialité doit être respectée. Elle estime dès lors que pareille ingérence n'était pas nécessaire dans une société démocratique au sens de l'article 8 § 2 de la Convention (§ 129).

## 6 • Le droit à un recours effectif

Dans la requête *Keenan c/Royaume Uni* (arrêt du 3 avril 2001, 3ème section), une double question se posait quant au grief de l'absence de recours effectif garanti par l'article 13 de la Convention. D'une part, le jeune détenu, qui s'est suicidé alors qu'il avait été placé en isolement cellulaire, disposait-il lui-même d'un recours en droit interne pour contester, notamment en raison de son état mental, un tel placement ? Alors que la décision disciplinaire prononcée révèle une violation de l'article 3 de la Convention, la Cour constate l'absence de tout recours susceptible de mettre en cause, voire d'annuler cette décision et elle conclut dès lors à une violation de l'article 13 de la Convention (§ 126). D'autre part, après son suicide, sa mère qui est la requérante devant la Cour disposait-elle d'un recours ? La Cour conclut aussi à la violation de l'article 13 en observant l'absence de recours compensatoire et surtout de recours susceptible d'établir la responsabilité, élément essentiel de réparation pour un parent en deuil (§§ 131-132).

La requête *Younger c/le Royaume-Uni*, actuellement pendante devant la Cour, soulève un grief du même ordre.

Enfin, dans la requête *Shepelev c/Russie*, également pendante devant la Cour, la question qui est notamment posée est celle de l'existence d'un recours effectif devant une autorité nationale contre les conditions précaires de détention.

## 7 • Le droit à des élections libres et la liberté de circulation

Dans l'affaire *Labita c/Italie* (arrêt du 6 avril 2000, Grande Chambre), déjà souvent évoquée, un dernier grief portait sur le fait que, après l'acquittement, des mesures de sûreté qui avaient été ordonnées pendant la détention furent appliquées pendant trois ans (couvre-feu, interdiction de quitter le domicile sans en informer les autorités de tutelle, obligation de se présenter toutes les semaines à la police, interdiction de fréquenter les bars ou les réunions publiques ou de s'associer avec des personnes ayant des antécédents judiciaires). Le requérant fut en outre assigné à résidence et ses tentatives pour faire lever ces mesures sont restées vaines au motif que, si les preuves étaient insuffisantes pour le condamner, il y en avait assez pour justifier des mesures de sûreté. Ces mesures privèrent également le requérant de son droit de vote.

La Cour conclut à l'unanimité à la violation de l'article 2 du Protocole n° 4. Le requérant a subi des restrictions très lourdes à sa liberté de circulation, qui s'analysent en une ingérence dans ses droits garantis par cette disposition. Certes, ces mesures étaient prévues par la loi et elles poursuivaient des buts légitimes, à savoir le maintien de l'ordre public et la prévention des infractions pénales. Si des éléments concrets recueillis au cours du procès, bien qu'insuffisants pour parvenir à une condamnation,

peuvent néanmoins justifier les craintes raisonnables que l'individu concerné puisse à l'avenir commettre des infractions pénales, les motifs invoqués pour refuser de révoquer cette mesure après l'acquittement ne permettent pas de conclure que les restrictions étaient justifiées. Elles ne pouvaient dès lors être considérées comme nécessaires.

Quant à l'article 3 du Protocole n° 1, la Cour ne saurait douter que la suspension temporaire du droit de vote d'une personne sur qui pèsent des indices d'appartenance à la mafia poursuit un but légitime. Elle ne partage toutefois pas l'opinion du gouvernement selon laquelle les graves indices de la culpabilité du requérant n'avaient pas été démentis au cours du procès. Au moment de la radiation du requérant des listes électorales, il n'existait aucun élément concret permettant de le soupçonner d'appartenir à la mafia et la mesure ne peut donc être considérée comme proportionnée. La Cour conclut, à l'unanimité, à la violation de la Convention.

## Conclusion

Que pouvons-nous conclure, provisoirement, de ces rendez-vous des droits de l'Homme et de la prison ? Quels jalons poser ? Les situations se multiplient, se complexifient aussi. De nouveaux problèmes se posent, en relation avec l'usage accru des mesures et des sanctions dans un climat pénal marqué, depuis quelques années et de manière relativement convergente dans de nombreux pays, par le redéploiement de la sécurité et de la dangerosité, souvent dans un contexte d'urgence, ce qui à son tour invite à une réflexion renouvelée sur la place de la peine de prison et les fonctions qu'elle remplit<sup>20</sup>.

La tâche de la Cour européenne des droits de l'Homme est donc de poursuivre, dans le champ clos de la prison, le contrôle rigoureux et continu des droits qui sont garantis par la Convention, à toute personne car les droits de l'Homme ne sont jamais " acquis ". Ils sont toujours à construire au plus près, au plus juste. Leur nature est de nous inviter à une vigilance constante, individuelle et collective.

<sup>20</sup> Fr. TULKENS et M. van de KERCHOVE, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, 5ème éd., Bruxelles, Kluwer, 1999, pp. 456 et s.

## Débats

### Melle Chassin (étudiante en DEA, Sceaux)

Comment expliquez-vous la multiplication des recours des détenus devant la Cour européenne des droits de l'Homme depuis quelques mois, sachant que le problème est connu depuis plusieurs années, notamment avec la Turquie et les problèmes de détention qui sont posés dans ce pays ?

### Mme Françoise Tulkens

Tout d'abord, je ne sais pas si l'on peut véritablement soutenir, d'un point de vue quantitatif, qu'il y a eu une multiplication des recours des détenus devant la Cour européenne des droits de l'Homme. Cela serait à vérifier mais je n'ai pas les données pour vous répondre avec précision. En revanche, la question de l'accès des détenus à la Cour reste une question importante. L'accès des détenus aux juridictions internes n'est déjà pas chose aisée, en raison de leur situation de vulnérabilité sociétale. Il est encore sans doute plus difficile pour les juridictions internationales. En termes d'effectivité, cette observation pose donc la question du recours à la Cour européenne des droits de l'Homme pour le détenu comme requérant individuel (risque de réaction au sein même de la prison, aide judiciaire, etc.). A cet égard, je vois dans certains dossiers que des groupes ou des organisations non gouvernementales assurent parfois le relais entre des situations problématiques au niveau de la détention et la Cour européenne des droits de l'Homme, en ce sens que ces associations aident les requérants individuels dans leur démarche en vue d'introduire une requête devant la Cour et de la soutenir. De manière générale, c'est sans doute ici que la reconnaissance d'une certaine forme d'action d'intérêt collectif - à distinguer bien sûr de l'*actio popularis* - pourrait trouver son sens. Certes, la Cour peut être saisie d'une requête par " toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers ", mais encore faut-il que soit reconnue la qualité de " victime d'une violation (...) des droits reconnus par la Convention " (article 34). La notion de victime est entendue au sens large dans la jurisprudence de la Cour mais il importe néanmoins que la personne ou le groupe requérant puisse faire valoir qu'il a été personnellement touché par la violation alléguée. Il sera intéressant d'observer, dans les années à venir, si soit le texte de la Convention, soit la jurisprudence de la Cour évoluent dans la direction de l'action d'intérêt collectif.

### M. Salah Eddin Helali (maître de conférences à l'Université de Nancy 2)

Pour commencer, je reprendrai tout d'abord les propos de M. l'Avocat général qui dans son rapport préliminaire avait commencé par évoquer, sans y adhérer, la possible suppression de la Cour européenne des droits de

l'Homme qu'une petite partie de la doctrine appelle de ses vœux. A mon sens, on devrait la supprimer dès lors qu'il n'existe plus aucune requête devant cette Cour et cela signifierait que les juges nationaux appliquent parfaitement cette Convention, donc sa disparition, effectivement, pourrait se poser.

Cependant, quand on a des arrêts aussi nombreux, quantitativement, qualitativement, cela pose parfois des problèmes de visibilité, d'autant que la motivation des arrêts n'est pas exempte de toutes critiques considérée par Ronny Abraham surabondante et pas assez déterminante. Il convient de noter l'évolution et la métamorphose du droit en France et dans les autres pays. Toutes ces critiques sont fondées certainement, mais n'oublions pas que cette Convention institue un droit polymorphe : 43 pays, 43 systèmes. Si l'on regarde le système juridictionnel français, avec les divergences entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, les arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme ne sont pas véritablement préjudiciables et n'emportent pas cette réaction, je dirais, disproportionnée.

Pour en revenir à un aspect sur l'apparence, le juge Wildhaber, Président de la Cour, regrette qu'on aille trop loin dans l'examen des procédures contentieuses ou des mécanismes. Moi, j'ai un souvenir de jeune étudiant, j'avais saisi le Tribunal administratif contre une décision téléphonique du ministère des Affaires étrangères m'interdisant de passer un concours de secrétaire adjoint des Affaires étrangères. Je me suis présenté devant le Tribunal administratif, et j'ai été un peu choqué de ne pas pouvoir rétorquer, répliquer à M. le Commissaire du gouvernement. J'ai été choqué d'apprendre par la suite que la décision du Conseil d'Etat avait été rendue sans m'avoir personnellement entendu. Donc, si la Cour européenne des droits de l'Homme va aussi loin dans les mécanismes contentieux, peut-être parce que l'apparence nécessite une certaine forme de transparence. Ce n'est pas un principe de la Convention, et on peut s'inspirer à cet égard du droit communautaire, la transparence devient peut-être un nouveau credo de la part de la Cour, pour reprendre le titre (sans h) du site Internet de mon ami Paul Tavernier, donc l'apparence est devenue un credo de cette Cour, la transparence va devenir une sorte d'obsession à l'image de cette autre obsession de la Cour de Strasbourg : l'obligation positive.

On peut regretter ces révisions judiciaires de la Convention européenne des droits de l'Homme. En bout de course, je dirai que l'apport de la Cour européenne des droits de l'Homme milite pour son maintien et son renforcement.

### M. Régis de Gouttes

Je crois, pour ajouter encore à ce que vous venez de dire, que nous sommes parfaitement d'accord. Faut-il supprimer la Cour européenne des droits de l'Homme ? Sûrement pas et surtout pas. Comme vous le dites, et

comme je l'ai écrit, la Cour européenne a suffisamment démontré, en particulier dans le domaine de la protection des garanties fondamentales, son apport indiscutable depuis un demi-siècle. La question que l'on peut se poser, d'une manière générale, est de savoir, précisément pour assurer la consolidation et l'avenir de la Cour européenne, au moment où elle rencontre des difficultés et des risques d'asphyxie et pour éviter des poussées de résistance ou de souverainisme que l'on ressent parfois dans certaines réunions intergouvernementales au Conseil de l'Europe, s'il ne faut pas inciter la Cour européenne à faire le tri entre ce que je serais tenté d'appeler les questions importantes touchant aux droits de l'Homme et les questions subalternes ou secondaires (les détails de procédure). Parce que la seule chose qui compte au fond, c'est le résultat en termes de défense concrète des droits de l'Homme, de protection effective des droits des justiciables et de bonne justice. Qu'est-ce qui assure une bonne justice et un résultat protecteur pour les justiciables ? Si ce sont des procédures internes qui aboutissent à ce résultat, pourquoi pas ? C'est simplement ce que j'ai voulu dire, conformément au principe de subsidiarité pour réagir aux commentaires critiques que l'on voit apparaître et qui pourraient remettre en cause le crédit même de la Cour européenne des droits de l'Homme à travers certains de ses arrêts.

#### Mme Françoise Tulkens

Il y a un ensemble de points sur lesquels je souhaiterais réagir et je les prendrai dans l'ordre de l'intervention de M. l'Avocat-général Régis de Gouttes.

1. Vous avez évoqué au départ, et je trouve cela tout à fait intéressant, le texte de M. Victor Haïm, qui est si j'ai bien lu un professeur de cette Université. Je m'avance ici sur un terrain délicat, pour ne pas dire "miné"...

Je dois avouer que ce qui m'a un peu gênée dans l'article de M. Haïm ce n'est pas la provocation. Je trouve d'ailleurs que des propos libres, engagés, avec même une certaine dose d'exagération rentrent tout à fait dans le champ de la liberté d'expression, chère à la Cour. Ce qui m'a gênée, et ma réaction ici est plutôt celle de l'universitaire, est la généralisation à partir de quelques affaires. Quoiqu'il en soit, il n'est nullement dans mon intention d'entrer ici à mon tour dans la polémique, en ralliant la thèse de ceux qui, comme le laisse entendre V. Haïm, prétendent que la Cour européenne des droits de l'Homme n'a d'utilité que pour "les révisionnistes, les délinquants et les Turcs" ou, à l'inverse, en faisant mienne l'affirmation du caractère "miraculeux" de l'œuvre accomplie par la Cour. Non seulement les réquisitoires et les plaidoyers requerraient bien davantage que les quelques observations qui suivent, à tout le moins si on veut prendre le parti de les étayer de manière un peu solide, et non pas par la seule mise en exergue de deux ou trois affaires prétendument paradigmatiques - mais en plus n'auraient-ils finalement que peu d'espoir de rallier l'unanimité, dans une

matière, celle des droits de l'Homme, où les conflits et les jugements de valeur sont inévitables et où les "points de vue de Sirius", axiologiquement neutres, sont inaccessibles.

2. Vous avez, M. l'Avocat-général, évoqué une question que je trouve intéressante : les critiques qui s'adressent à la Cour aujourd'hui, on ne les aurait sans doute pas imaginées il y a une dizaine d'années. Je n'en suis pas tout à fait sûre lorsque je vois, de manière rétroactive, les mouvements de réaction, parfois très vifs, à l'endroit de certains arrêts de la jurisprudence de l'ancienne Cour, dans différents pays, et notamment en Belgique. Je pense donc que, hier comme aujourd'hui, la Convention et plus particulièrement la jurisprudence de la Cour suscitent critique et résistance et que, comme vous le dites, des tendances "souverainistes" existent. D'un côté, je pense que nous devons être attentifs, au sein de la Cour, à ces critiques et à ces résistances qui posent de très sérieuses questions. Elles doivent nous inviter à y réfléchir, sérieusement, car il n'est sans doute pas bon, je dirais même contre-productif, de laisser se développer sans réflexion des antagonismes aussi forts. D'un autre côté, il faudrait aussi me semble-t-il travailler cette notion même de résistance, de résistance aux droits de la Convention et à leur interprétation par la Cour européenne des droits de l'Homme. Résistances sur quels thèmes ? Par rapport à quels pays ? A quel moment ? Une étude de l'ensemble de ce phénomène permettrait à la fois de mieux prendre la mesure du débat que certains arrêts de la Cour suscitent, comme par exemple l'arrêt *Kress c/France* du 7 juin 2001 que vous avez cité, et en même temps de contextualiser ces critiques.

3. Si le Protocole n° 11 qui a permis l'entrée en vigueur le 1er novembre 1998 de la "nouvelle" Cour européenne des droits de l'Homme a introduit dans le système de contrôle de la Convention des aménagements substantiels, aujourd'hui il est clair aux yeux de tous que "la réforme continue". Comme toute institution, la Cour est soucieuse de maintenir et d'accroître son effectivité et d'exploiter tous les gisements de productivité qui s'offrent à elle. A cet égard, elle est engagée dans un double processus de réflexion sur ses méthodes de travail et d'évaluation de son fonctionnement. Vous avez cité à cet égard le rapport du Groupe d'évaluation au Comité des ministres sur la Cour européenne des droits de l'Homme (Strasbourg, septembre 2001) et je voudrais ajouter, quant à moi, le rapport final du Groupe de travail sur les méthodes de travail de la Cour européenne des droits de l'Homme : "Trois années de travail pour construire l'avenir" (Strasbourg, janvier 2002). Si, bien sûr, la question du nombre de requêtes à la Cour est une question sérieuse, que j'évoquerai dans un moment, je ne partage pas entièrement votre manière de présenter les choses en créant ce que les sociologues appelleraient une sorte de "panique morale" : la Cour est débordée, elle va à l'asphyxie, elle est au bord du gouffre, *donc* il faut faire quelque chose. Le processus d'évaluation et de réflexion sur le travail de la Cour est beaucoup plus profond et beaucoup plus fondamental et s'inscrit, je le répète, dans un processus normal de réflexion et de mise en

question de toute institution si elle veut rester dynamique. Vous trouverez dans ces deux documents, les nombreuses et différentes suggestions et/ou propositions qui sont actuellement formulées et qui couvrent tous les aspects du travail de la Cour, de l'amont à l'aval. Certaines concernent la politique judiciaire, d'autres le rôle des acteurs, d'autres encore de nouveaux dispositifs à mobiliser ou à créer, d'autres enfin l'organisation et le fonctionnement de la Cour. Parmi les défis que la Cour rencontre aujourd'hui, il y a effectivement son élargissement à huit cent millions de personnes. Aujourd'hui, la Cour s'adresse en effet en Europe à huit cent millions de requérants potentiels. Cela pose en définitive une question fondamentale : les portes de la Cour européenne des droits de l'Homme doivent/peuvent-elles rester largement ouvertes à toutes les victimes d'atteintes à la Convention, sans aucune distinction, notamment en fonction de la gravité de l'atteinte dénoncée ou de ce que l'on pourrait appeler " l'intérêt de la requête " ? Ou au contraire faut-il mettre en place un nouveau filtre au travers duquel ne passeraient que les affaires mettant en cause de graves violations de la Convention ou soulevant d'importantes questions d'intérêt général pour l'interprétation de celle-ci ? En dernière instance, c'est le rôle et la place du droit de recours individuel qui se trouvent soumis à examen. Mais une question aussi centrale, et aussi essentielle, ne peut être valablement examinée dans un climat de tension et de pression lié à la seule question des chiffres. Les chiffres sont à " déchiffrer " : en 2001, 11.551 requêtes nouvelles ont été enregistrées, soit dix fois plus qu'en 1988. Actuellement, près de 20.000 requêtes sont pendantes devant la Cour. Ce sont des chiffres bruts qui indiquent des ordres de grandeur mais qui demandent des analyses plus complètes et plus fines, sur base d'outils statistiques rigoureux, pour bien fonder les orientations de réforme. Pour l'année 2001, la Cour a prononcé près de 850 arrêts. Sur ce nombre, il y en a près de 550 qui concernent la durée de la procédure.

4. Vous avez évoqué, à un moment donné, la présence à la Cour à la fois des juges de l'Est et de l'Ouest. Cette difficulté ou cet obstacle, j'avoue que je l'ai déjà souvent entendu évoquer, notamment en France. L'ouverture du Conseil de l'Europe en 1990 était un choix politique des États membres du Conseil de l'Europe. Si pour certains il s'agissait à l'époque d'un pari, aujourd'hui il importe de le gagner. J'avoue que j'ai quelque peine à intégrer personnellement les remarques que vous avez formulées. Dans la section à laquelle j'appartiens au sein de la Cour, il y a bien sûr des juges de l'Est et de l'Ouest, de différentes nationalités, de différents systèmes juridiques, de différentes cultures. En définitive, où est le problème ? Il y aurait certes problème si l'on pouvait nous montrer, sur base de la jurisprudence de la Cour, que la nouvelle composition de la Cour, celle de la " maison commune " Europe, avait pour effet d'abaisser les standards. Mais là aussi, on ne peut se satisfaire d'affirmations qui risqueraient de s'identifier à une forme de préjugés. Ce sont les faits, la jurisprudence qu'il faut scruter attentivement. La Cour l'a dit à de multiples reprises : il n'est pas question pour elle d'abaisser les standards.

5. Ce débat renvoie aussi, en creux, à certaines interrogations sur les exigences conjointes de la qualité et de la quantité de la jurisprudence de la Cour. Certains estiment aujourd'hui que l'apport et la signification de la jurisprudence de la Cour sont parfois brouillés : manque de clarté ; incohérence entre certaines décisions ; et, surtout, caractère de plus en plus minutieux, presque pointilliste du contrôle des procédures nationales. Ces observations renvoient à leur tour à ce que l'on pourrait appeler une forme de " tension " quant à la politique jurisprudentielle et aux méthodes d'interprétation de la Cour. Celle-ci doit-elle être une pacificatrice de litiges particuliers qui, en se soumettant au principe du minimalisme judiciaire, se borne à trancher une affaire à la fois, de manière casuistique et sans s'encombrer de débats théoriques inutiles voire même dangereux ; ou faut-il au contraire qu'elle se fasse pédagogue, en prenant prétexte des litiges ponctuels qui lui sont soumis pour adresser aux juges de première ligne de la Convention, les autorités nationales, les directives générales et clarificatrices concernant les droits et devoirs que celle-ci reconnaît et impose. Par conviction et peut-être par formation, je suis personnellement plus favorable à des arrêts de principe mais à ce titre je comprends très bien qu'une position de cet ordre pourrait être qualifiée de " dogmatique ". Je pense cependant, quant à moi, qu'une jurisprudence trop pointilliste, au cas par cas, peut accroître l'incertitude. Les choses sont alors liées. Je pense qu'il y aurait moins de requêtes si la jurisprudence de la Cour était plus nette ou plus exactement plus prévisible. Car en définitive il y a le risque d'être enfermé dans un cercle vicieux : plus nombreuses sont les requêtes portées devant la Cour, moins bien elle pourra les traiter ; or si les requêtes se multiplient c'est peut-être aussi, en partie, parce que la jurisprudence de la Cour invite le justiciable à tenter d'en cerner les limites ou à tout le moins de " tenter sa chance ". Comme le disait P.-H. Imbert, l'exécution de l'arrêt commence aussi au moment de sa rédaction.

6. Vous avez évoqué une question difficile : peut-on distinguer, au sein de la Convention, entre les droits forts et les droits faibles, entre les droits qui constituent le noyau dur de la Convention et ceux qui pourraient se situer à la périphérie ? Peut-on faire des distinctions au sein des droits de l'Homme ? Peut-on établir une hiérarchie entre les droits ? Voilà pour moi une question difficile. A travers les dossiers que la Cour est appelée à traiter, je ne peux parfois m'empêcher de penser qu'une durée de procédure pour un justiciable est ressentie de manière parfois aussi dramatique que des actes de brutalité au sein d'un commissariat. En définitive, au-delà de certaines évidences (droits indérogeables), l'identification de ce noyau dur des droits de la Convention n'est pas chose aisée. Il me semble aussi que les tentatives doctrinales qui visent à déceler une hiérarchie entre les différents droits consacrés par la Convention ont, jusqu'à ce jour, largement échoué. Il en va de même des tentatives doctrinales visant à identifier précisément ce que la Cour européenne des droits de l'Homme considère comme étant la " substance " intangible de chacun des droits consacrés par la Convention.

7. J'aborde maintenant un aspect un peu plus polémique et plus délicat de votre intervention. Vous vous demandez si la Cour de cassation est dans " la ligne de mire " de la Cour européenne des droits de l'Homme. Je voudrais vous le dire, avec conviction et fermeté : non, tel n'est en aucune manière le cas. Mais, en revanche, si vous le vivez comme cela, si c'est le sentiment qui est le vôtre, comme tout sentiment je le respecte et en même temps je le regrette profondément. Et sans doute en sommes nous responsables si nos interventions manquent de clarté. Nous devons à la Cour y réfléchir. Mais, soyez-en assuré, il n'y a ni dans les intentions de la Cour, ni je l'espère dans la réalité de sa jurisprudence, une quelconque entreprise de " démolition " de la Cour de cassation ou des Cours de cassation en Europe. Nous avons le plus grand respect pour les Cours suprêmes qui jouent un rôle essentiel dans la sauvegarde et le développement des droits fondamentaux. Nous avons, vous et nous, une responsabilité commune dans ce domaine. Permettez-moi simplement d'évoquer deux arrêts dans lesquels la Cour a insisté sur le rôle crucial de l'instance en cassation. Il s'agit de l'arrêt *Civet c/France* du 28 septembre 1999 qui concerne le contrôle par la Cour de cassation de la durée de la détention préventive au regard de l'article 5 de la Convention. La Cour a conclu à l'irrecevabilité de la requête à défaut d'épuisement des voies de recours internes. Il en va de même dans la décision d'irrecevabilité de la Cour dans la requête *Hamaidi contre France* du 6 mars 2001 qui concerne l'effectivité du pourvoi en cassation pour contester, sur le fondement de l'article 8 de la Convention, le refus de relèvement d'une interdiction du territoire français. La Cour a constaté, en examinant des arrêts récents de la Cour de cassation, que celle-ci procède à un examen de la conformité de l'interdiction avec la garantie de l'article 8 lorsqu'un tel moyen lui est présenté. Dès lors, dans la mesure où la Cour de cassation est à même d'apprécier si la mesure d'interdiction et son maintien est conforme aux exigences de l'article 8 de la Convention, la Cour a conclu au non-épuisement des voies de recours internes.

8. Un dernier point, enfin, en évoquant M. Marguenaud. Vous dites que la France a " été frappée par la foudre ". Au fond, je me demande s'il ne faudrait pas éviter d'utiliser ces comparaisons guerrières. Toujours dans l'ordre des comparaisons, j'entends aussi souvent dire que tel ou tel pays " a été frappé sur les doigts ". Ici on est dans le registre des comparaisons scolaires. A force d'utiliser ce type d'expressions, je me demande si l'on n'induit pas une forme d'antagonisme excessif. Que fait la Cour ? Elle constate ou non la violation d'un droit collectivement garanti. La Cour n'est pas dans une position " haute " par rapport aux juridictions internes qui seraient dans une position " basse ". Notre contrôle est le contrôle du tiers, le contrôle extérieur, parce qu'il s'agit là, en matière de droits fondamentaux, d'une exigence essentielle du droit international. Parfois je me demande si en changeant de vocabulaire, on ne changerait pas d'image. Et en changeant d'image, on pourrait peut-être aussi changer de culture. Sans faire de l'angélisme, je souhaiterais que l'on puisse abandonner la culture de

l'antagonisme. Les droits garantis dans la Convention sont notre patrimoine commun.

#### M. Régis de Gouttes

J'ai noté qu'il faut certainement examiner ensemble les problèmes des Cours suprêmes et des Cours de cassation. Je crois d'ailleurs que c'est envisagé à l'avenir. J'ajouterai simplement trois ou quatre points pour compléter ce que vous avez dit et qui m'a vraiment beaucoup intéressé.

En premier lieu, vous avez raison : pas de panique devant le raz-de-marée des requêtes. Mais c'est un fait auquel nous sommes tous confrontés, vous comme nous dans nos juridictions nationales. Nous cherchons tous des méthodes pour faire face à ce fait incontournable. Les solutions à dégager ne doivent pas, en effet, priver les intéressés du droit d'accès à la justice.

En deuxième lieu, je n'ai, naturellement, aucune prévention contre les changements intervenus dans la composition de la Cour européenne qui ne sont que le reflet de l'élargissement du Conseil de l'Europe. Simplement, je constate que cela conduit à une modification dans l'équilibre de la représentation des systèmes juridiques. Et c'est un élément que je crois important.

En troisième lieu, une autre question que je me suis posée, et que l'on a beaucoup débattue au moment de la négociation du Protocole n° 11, est celle de savoir si l'on peut exiger les mêmes standards, le même degré de protection des droits de la part des Etats ayant accédé nouvellement à la démocratie par rapport aux vieilles démocraties ? C'est une grande question. Peut-on imaginer une Europe à deux vitesses, un système de doubles normes, dans la mesure où il est difficile de se montrer aussi exigeant, notamment sur certains aspects procédurales, vis-à-vis des nouvelles démocraties qui sont en train de se constituer et qui ne disposent pas de toutes les institutions ou mécanismes existant dans les vieilles démocraties ? Comment la Cour européenne peut-elle traiter sans discrimination les Etats membres en tenant compte de la réalité différente de leurs institutions et éviter en même temps une Europe à deux vitesses dans le domaine des droits de l'Homme ?

Enfin, la question reste posée de savoir ce que les Cours de cassation, et les Cours suprêmes nationales en général, vont devenir. Quel sera l'avenir des Cours suprêmes judiciaires statuant en droit, désormais placées entre les juridictions du fait et une Cour européenne qui va devenir progressivement une sorte de nouveau degré de juridiction statuant à la fois en droit et en fait ? Devons-nous nous préparer à une modification dans la conception même de la Cour de cassation ?

Mme Arlette Heymann

Après la question de la suppression de la Cour européenne, faisons un rêve de droit fiction. Imaginons que la Cour européenne des droits de l'Homme soit compétente pour des faits se déroulant aux Etats-Unis, pas de façon indirecte comme dans l'affaire Aylor Davis... Que dirait-elle des nouvelles dispositions américaines concernant la détention des terroristes, leur jugement, etc. Je crois que quand on se pose ces questions, il vaudrait mieux étendre la compétence de la Cour européenne des droits de l'Homme que la réduire.

M. Paul Tavernier

Pour revenir au problème de l'accès à la Cour que Mme Tulkens a évoqué à propos d'un futur protocole numéro treize<sup>21</sup>, on avait déjà évoqué ces questions lors de précédents colloques du CREDHO. Il ne faudrait pas qu'une réforme de la Cour aboutisse à moins de protection des droits de l'Homme. Au contraire, Mme Tulkens propose d'élargir éventuellement l'accès de la juridiction européenne à des ONG. Un jour, espérons-le, le protocole numéro douze entrera en vigueur, ce qui augmentera encore le nombre des requêtes. Je voudrais insister sur un point que vous avez soulevé, celui du maintien du droit de recours individuel, question qui est déjà évoquée dans le rapport Wildhaber. Cette éventualité est sans doute choquante pour ceux qui défendent la protection des droits de l'Homme, car elle apparaît comme un recul. Par contre, le tri des requêtes se pratique de plus en plus, non seulement à la Cour suprême américaine, mais aussi, comme on peut le constater quand on lit les arrêts de la Cour de Strasbourg, dans beaucoup de pays où les cours et juridictions de cassation font déjà un tri. Finalement, ce serait la généralisation de ce système au niveau européen. Me Delaporte avait réagi vivement à une telle proposition avancée par M. Petzold à Rouen il y a déjà plusieurs années<sup>22</sup>. Je crois malheureusement, même si cela ne correspond pas à notre tradition juridique – et on invoque souvent l'exception française, à tort, à mon avis –, qu'il faudra s'habituer à cette idée afin de permettre au champ d'application de la Convention de continuer à s'étendre si on ne veut pas effectivement multiplier indéfiniment le nombre des requêtes. Vous avez dit qu'il y avait eu 550 arrêts concernant la durée de la procédure en 2001 : cela prouve qu'on peut relever des mauvais fonctionnements de la justice dans tous les pays, et pas seulement en Italie. Mais effectivement, est-il indispensable que la Cour se penche de manière particulière sur chaque requête et lui consacre un temps précieux qu'elle pourrait utiliser à un examen plus approfondi d'autres affaires ?

<sup>21</sup> Depuis ce débat, le Protocole n° 13 a été signé à Vilnius le 3 mai 2002. Il ne concerne pas les questions évoquées ici, mais l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances.

<sup>22</sup> *Cahiers du CREDHO*, n° 3/1997, p. 17.

Mme Françoise Tulkens

Je voudrais revenir un instant sur la question de l'abaissement des standards. C'est une question essentielle. Elle implique une vigilance individuelle et collective, constante. Dans l'arrêt *Selmouni c/France* du 28 juillet 1999, par exemple, la Cour a rappelé le haut niveau d'exigence qu'elle entendait donner aux droits de la Convention et notamment à l'article 3. Nous n'avons donc en aucune manière une volonté d'abaisser les standards mais cette volonté doit transparaître à travers nos arrêts. Sur ce point, j'invite la doctrine à exercer sa vigilance critique. La question de l'abaissement des standards n'est pas seulement théorique mais elle est aussi pratique. Peut-on, par exemple, imposer les mêmes standards en ce qui concerne les conditions de détention dans les prisons en Ukraine, en Géorgie, en Belgique ou aux Pays-Bas ? C'est par rapport à ce type de situations que nous devons maintenir l'exigence des mêmes standards.

En ce qui concerne la question du recours individuel, qui est au centre de nombreux débats, il y aurait une sorte de paradoxe à ce que la Cour européenne des droits de l'Homme abandonne ou affaiblisse le recours individuel au moment où d'autres mécanismes de protection et de contrôle des droits de l'Homme, comme ceux qui existent au sein des Nations Unies ou dans le cadre de la Charte sociale européenne, ont tendance à se "judiciariser", c'est-à-dire qu'ils commencent progressivement à accepter des "communications" individuelles. On arriverait à une sorte d'inversion des rôles et des fonctions. Abandonner ou mettre en péril le recours individuel serait, je pense, une "fausse réponse à une bonne question". La vraie question c'est qu'effectivement il y a un nombre important de requêtes et que nous devons pouvoir, sur des bases solides, opérer un tri. Mais ce tri, nous l'opérons déjà, à travers notamment les requêtes que nous déclarons "manifestement mal fondées". En revanche, la Cour européenne des droits de l'Homme ne pourrait à mon sens devenir la Cour suprême des États-Unis et se limiter à une fonction d'interprétation de la Convention (dire le droit de la Convention). Le mécanisme de protection des droits de l'Homme de la Cour européenne a été conçu pour assurer une double fonction : celle de garantir le respect des droits de l'Homme et d'assurer la cohérence de l'interprétation. Je pense donc qu'il ne faut pas opposer ces fonctions mais tenter de les remplir ensemble. C'est difficile, je sais, mais ce n'est pas une raison pour y renoncer.

M. Edouard Dubout (doctorant, Université de Rouen)

J'aurais voulu savoir s'il existe au niveau de la Cour européenne un contrôle de proportionnalité entre la décision de mise en détention provisoire et l'atteinte à la vie familiale puisque la loi sur la présomption d'innocence, qui va être révisée prévoit désormais que seule la personne mise en examen et détentrice exclusive de l'autorité parentale pourra faire l'objet d'un examen

de sa situation familiale. Je voudrais savoir ce qu'il en sera au niveau des institutions européennes.

Mme Françoise Tulkens

C'est une question tout à fait intéressante qui montre que le droit interne peut aller plus loin que les exigences de la Convention. Le contrôle de la Cour, dans le cadre de l'article 5 de la Convention, doit s'exercer en deux temps. Le premier temps est celui de savoir si le principe lui-même est respecté : " Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté ". Je pense qu'il est important que la jurisprudence de la Cour continue à se développer sur les contours de ce principe lui-même. Cela pourrait d'une certaine manière conduire à " autonomiser " le principe lui-même. Là, nous suivons les dispositions de droit interne et notamment du Code de procédure pénale français, avec les modifications et les compléments qu'il introduit éventuellement. Dans l'arrêt *Bouchet c/France* du 20 mars 2001, la question se posait notamment des alternatives à la détention provisoire.

***L'équité de la procédure en matière pénale***

**Revirement de l'expert et droits de la défense  
(arrêt G.B. du 2 octobre 2001)**

par

**Dominique ALLIX**  
Professeur à l'Université de Paris XI

Présentant, lors de la cinquième session d'information du CREDHO, l'affaire *Bernard*<sup>23</sup> – cette affaire dans laquelle, les experts psychiatres ayant porté atteinte à la présomption d'innocence en se prononçant sur la culpabilité de l'accusé, la Cour avait conclu à la non-violation des dispositions combinées de l'article 6 §§ 1 et 2 en fondant son raisonnement sur le fait que les rapports d'expertise ne constituaient qu'une partie des éléments de preuve soumis à l'appréciation du jury —, j'avais indiqué, comme m'y incitait l'opinion dissidente du juge Lohmus, les raisons pour lesquelles cette décision m'apparaissait très contestable : " 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 "<sup>24</sup>

L'idée a fait son chemin et l'arrêt que la Cour vient de rendre ce 2 octobre 2001 dans l'affaire *G.B. c/France* en contournant la jurisprudence *Bernard* est à inscrire à son crédit.

G.B. aimait les petites filles et les petits garçons. Accusé de divers viols et agressions sexuelles sur mineurs de quinze ans, GB est renvoyé devant la Cour d'assises du Morbihan pour y être jugé.

Premier incident : l'avocat général ayant indiqué dès l'ouverture de l'audience qu'il entendait verser aux débats divers documents extraits de procédures anciennes ayant trait à la personnalité de l'accusé et révélant son comportement sexuel lorsqu'il était mineur<sup>25</sup>, G.B, invoquant le droit à

<sup>23</sup> *Bernard c/France*, 23 avril 1998

<sup>24</sup> Dominique ALLIX, "L'expertise médicale et la présomption d'innocence. Affaire *Bernard* (23 avril 1998)", pp. 114-122, notamment p. 121, in Paul Tavernier (sous la direction de), *La France et la Cour européenne des droits de l'Homme. La jurisprudence de 1998, Cahiers du CREDHO*, n° 5, 1999, 172 p.

<sup>25</sup> Ces documents (procès-verbaux d'audition, rapport de procédure d'un commissaire de police, examen psychiatrique du requérant) portaient notamment sur un attentat à

l'oubli, tente de s'y opposer et dépose des conclusions en ce sens. Mais, statuant par arrêt incident du même jour, la Cour rejette ces conclusions aux motifs, d'une part, que le Ministère public comme toute partie au procès pénal était fondé à produire aux débats tous documents utiles à la manifestation de la vérité dès lors qu'ils se rapportaient aux faits imputés à l'accusé et à l'éclairage de sa personnalité et, d'autre part, que la production de ces pièces, dès lors qu'elles étaient communiquées à l'ensemble des parties et pouvaient être ainsi contradictoirement débattues, ne saurait faire grief aux droits de la défense.

Copie de ces pièces est alors remise à l'accusé et son interrogatoire de personnalité est reporté à la fin de l'après-midi.

Second incident : entendu dans la soirée, l'un des experts psychiatres commis par le magistrat instructeur, qui n'avait pas encore pris connaissance de ces pièces, décrit l'accusé comme un sujet montrant des traits de psychopathie et de perversion sexuelles, mais ne présentant pas d'état dangereux et accessible à une éventuelle sanction pénale. Le président ordonne alors une suspension d'audience de quinze minutes à l'issue de laquelle, après un rapide survol des pièces portées à sa connaissance, l'expert change radicalement d'avis en indiquant qu'à ses yeux l'accusé est sans conteste un pédophile, qu'un traitement psychothérapeutique serait nécessaire mais inefficace pour l'instant en l'absence de sentiment de culpabilité et que le risque de récidive était très élevé...

Contestant formellement ces conclusions orales qui étaient en totale contradiction avec les écritures de l'expert, G.B. réclame, mais en vain, une contre-expertise, la Cour estimant à l'issue des débats que la mesure sollicitée n'était pas indispensable à la manifestation de la vérité.

Condamné à dix huit ans de réclusion criminelle pour viols sur sa nièce, mineure de quinze ans, agressions sexuelles sur mineures de quinze ans et agressions sexuelles sur ses neveux, G.B. se pourvoit en cassation et reprend les moyens développés à l'appui de ses conclusions incidentes. Ce pourvoi est rejeté par arrêt de la chambre criminelle en date du 11 février 1998.

Estimant ne pas avoir bénéficié d'un procès équitable devant la Cour d'assises, G.B. décide de saisir la Commission et sa requête est transmise à la Cour lors de l'entrée en vigueur du protocole n°11.

Rappelant que le principe de l'égalité des armes invoqué par le requérant – l'un des éléments de la notion plus large de procès équitable — requiert que

---

la pudeur sur mineure de quinze ans qui lui avait été reproché en 1979 lors d'une procédure au cours de laquelle le requérant indiquait avoir agi ainsi " au moins une dizaine de fois tant avec des fillettes qu'avec des garçonnets âgés de sept à neuf ans".

chaque partie se voie offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire<sup>26</sup> et précisant qu'il n'entre pas dans ses attributions de substituer sa propre appréciation des faits et des preuves à celles des juridictions internes à qui il revient en principe de peser les éléments recueillis par elle, la Cour recherche si la procédure litigieuse envisagée comme un tout, y compris le mode d'administration des preuves, a revêtu un caractère équitable<sup>27</sup>.

Ce faisant, la Cour examine l'ensemble des griefs articulés par le requérant sous l'angle des dispositions combinées de l'article 6 §§1 et 3b de la Convention<sup>28</sup> et se prononce sur le délai imparti à l'avocat du requérant pour assurer sa défense à la suite de la production de nouvelles pièces par le ministère public (I) puis sur le temps imparti à l'expert pour prendre connaissance des nouvelles pièces versées aux débats et sur le refus de la Cour d'assises d'ordonner une contre-expertise (II).

#### **I • Sur le délai imparti à l'avocat du requérant pour prendre connaissance des pièces litigieuses.**

Relevant que c'est en toute légalité qu'en début d'audience le ministère public versa aux débats des pièces nouvelles ayant trait à la personnalité du requérant, pièces qui furent communiquées à la défense et contradictoirement débattues par la suite<sup>29</sup>, et soulignant après avoir analysé la chronologie du procès-verbal des débats devant la Cour d'assises qu'il est inexact que l'avocat du requérant n'ait eu qu'une demi-journée pour lire les nouvelles pièces, la Cour estime que le requérant disposa du temps et des facilités nécessaires pour sa défense face à des pièces nouvelles et conclut qu'il n'y a pas eu violation de ce fait de l'article 6 § 1 combiné avec l'article 6 § 3 b de la Convention.

#### **II – En revanche, sur le temps imparti à l'expert pour prendre connaissance des nouvelles pièces versées aux débats et sur le refus de la Cour d'assises d'ordonner une contre-expertise,**

---

<sup>26</sup> Voir, parmi beaucoup d'autres, l'arrêt *Nideröst-Huber c/Suisse* du 18 février 1997.

<sup>27</sup> Comp : arrêts *Edwards c/Royaume-Uni* du 16 décembre 1992, *Mantovanelli c/France* du 18 mars 1997 et *Bernard c/France* du 23 avril 1998.

<sup>28</sup> Compte tenu du fait, précise la Cour qui se réfère à l'arrêt *Hadjianastassiou c/Grèce* du 16 décembre 1992, que les exigences du paragraphe 3b de l'article 6 de la Convention s'analysent en éléments particuliers du droit à un procès équitable, garanti par le paragraphe 1.

<sup>29</sup> Ainsi se trouve avalisée la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : " le parquet peut produire à l'audience tous les documents nouveaux qui lui paraissent utiles à la manifestation de la vérité sauf à respecter les droits des parties de les examiner et de les discuter"(Cass. crim. 9 mars 1994 : B. n° 92 ; 30 octobre 1996 : B. n° 387).

considérant qu'eu égard à la volte-face de l'expert jointe au refus de faire droit à la demande de contre-expertise, il a été porté atteinte aux règles du procès équitable et au respect des droits de la défense, la Cour conclut à la violation des dispositions combinées de l'article 6 §§1 et 3b.

Ce faisant, la Cour rappelle :

1) que le seul fait qu'un expert exprime, à la barre de la Cour d'assises, un avis différent de ses écritures, n'est pas en lui-même contraire aux règles du procès équitable ;

2) que le droit à un procès équitable n'exige pas qu'une juridiction nationale désigne à la demande de la défense un nouvel expert quand bien même l'avis de l'expert choisi par la défense va dans le sens de l'accusation ;

3) que le refus d'ordonner une contre-expertise ne saurait en lui-même être considéré comme étant inéquitable.

Autrement dit, la contre-expertise ne constitue pas un droit absolu au regard des exigences de la Convention, les juridictions nationales étant libres d'apprécier l'opportunité d'ordonner ou non une contre-expertise.

Mais la Cour souligne ensuite :

- qu'il s'est agi non seulement de l'expression à la barre par l'expert d'un avis différent de celui exposé dans un rapport écrit, mais d'un *revirement opéré par cet homme de l'art au cours d'une même audition*<sup>30</sup> ;

- que la demande de contre-expertise formée par le requérant a suivi cette "volte-face" ainsi opérée par l'expert lors de son audition après un *rapide survol de nouvelles pièces* et dans le sens d'une *prise de position très défavorable au requérant* ;

- que s'il est difficile de spéculer sur l'influence d'un avis d'expert sur l'appréciation du jury, il est hautement probable qu'un revirement aussi brutal ne manqua pas de conférer à l'opinion de l'expert un poids particulier.

Et de conclure, compte tenu de ces circonstances particulières précise la Cour, à savoir *la volte-face de l'expert jointe au refus de faire droit à la demande de contre-expertise*, qu'il a été porté atteinte aux règles du procès équitable et au respect des droits de la défense en violation des dispositions combinées de l'article 6 §§1 et 3b de la Convention.

Est-ce à dire qu'à défaut de contre-expertise, l'accusé, confronté à la parole de l'expert, se trouvait privé d'une possibilité raisonnable de présenter

<sup>30</sup> Voir a contrario l'arrêt *Bernard* du 23 avril 1998.

sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire ? L'accusé ne pouvait-il utilement contester, les conclusions orales qui lui étaient soudainement et tardivement opposées<sup>31</sup> ?

Un rapprochement s'impose avec l'affaire *Mantovanelli*<sup>32</sup> dans laquelle, après avoir posé qu'il n'existait pas de principe général et abstrait soumettant l'expertise au principe du contradictoire, la Cour a néanmoins jugé, eu égard à la complexité de l'affaire – il s'agissait d'une affaire de responsabilité médicale ressortissant à un domaine technique échappant à la connaissance technique du juge administratif — que les conclusions de l'expert pouvaient influencer le juge de manière si prépondérante que la seule possibilité de les contester devant le tribunal n'était pas suffisante. Mais là doit s'arrêter la comparaison.

Ce qui faisait alors grief, c'était la manière dont les opérations d'expertise s'étaient déroulées au mépris des dispositions du Code des tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel qui font obligation à l'expert d'avertir les parties des jours et heures auxquels il sera procédé à l'expertise par lettre recommandée au moins quatre jours à l'avance, hors la présence des époux Mantovanelli qui n'avaient eu connaissance des pièces prises en compte par l'expert qu'une fois son rapport achevé et communiqué et qui n'avaient pu faire entendre leur voix qu'avant son dépôt, ce qui, dans le cas particulier, revenait à poser la nécessité d'une expertise contradictoire<sup>33</sup>.

Dans l'affaire *GB*, ce qui fait grief, c'est la volte-face opérée par l'expert lors de son audition après un rapide survol de nouvelles pièces dans un sens d'une prise de position très défavorable au requérant jointe au refus de faire

<sup>31</sup> Le Gouvernement soulignait que le requérant avait eu la possibilité de contredire librement les propos de l'expert psychiatre puisqu'il pouvait exercer son droit de l'interroger, conformément à l'article 168 du Code de procédure pénale.

<sup>32</sup> Arrêt *Mantovanelli c/France* du 18 mars 1997, précité.

<sup>33</sup> <sup>10</sup> Voir sur cette interprétation de l'arrêt *Mantovanelli* : J.P. MARGUENAUD, "Le droit à l'expertise équitable", *D.* 2000, Chr. , p. 111 et s : " La Cour européenne des droits de l'Homme a étendu toutes les exigences du contradictoire à la phase de l'expertise technique. Si, selon un processus encore un peu mystérieux qu'il serait fastidieux de décrire ici, cet enrichissement remarquable du domaine de l'art. 6 devait contaminer le droit français, il en résulterait à l'évidence de nombreux bouleversements. Le plus spectaculaire toucherait bien sûr l'expertise pénale qui échappe encore expressément au principe du contradictoire. De nombreuses voix se sont déjà élevées pour dire combien cette situation est choquante et regrettable à une époque où les *droits de l'Homme* occupent heureusement les devants de la scène légale et sociale. Compte tenu du mouvement d'extension des garanties procédurales de l'art. 6 à la phase expertale amorcé par l'arrêt *Mantovanelli*, il y a fort à parier que notre position ne sera plus tenable très longtemps. En matière d'expertise, il est à souhaiter que le vent européen qui souffle depuis Strasbourg nous aide à chasser de notre procédure pénale les remugles de l'Inquisition ".

droit à la demande de contre-expertise, ce qui ne remet pas directement en cause la manière dont les opérations d'expertise se sont déroulées, mais renvoie à la discussion des preuves et revient à poser la nécessité, expertise contradictoire ou non, mais toujours dans le prolongement du principe de l'égalité des armes, d'une discussion exempte de tout jugement à l'emporte-pièces... ! Il est clair, en effet, qu'en refusant la contre-expertise qui lui était demandée, la Cour d'assises préjugait du bien-fondé de conclusions expertales favorables à l'accusation dont le caractère inopiné, sinon partial, plaçait l'accusé dans une situation de net désavantage par rapport à l'accusation.

En conclusion, l'arrêt *G.B. c/France* ne remet pas en cause le principe posé par l'arrêt *Bernard c/France* suivant lequel les conclusions expertales ne sont qu'un élément, parmi d'autres, soumis à l'appréciation du jury, mais veille seulement à ce que leur production ne puisse avoir pour effet de rompre l'égalité des armes et de fausser la discussion des preuves.

## ***L'équité de la procédure en matière pénale***

### **Contumace. Recours en cassation et équité de la procédure (arrêt Krombach du 13 février 2001)**

par

**Olivier BACHELET**  
ATER à l'Université de Paris I

1.— Un an après avoir donné lieu à un arrêt important de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE)<sup>34</sup>, l'affaire *Krombach* a mené la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH)<sup>35</sup> à une remise en cause de l'une des plus anciennes institutions procédurales françaises : la procédure de contumace.

2.— En l'espèce, M. Krombach, ressortissant allemand résidant en Allemagne, avait fait l'objet de poursuites en France – sur le fondement de la compétence personnelle passive – pour violences volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner. Au cours de l'instruction, il refusa de déférer aux convocations du magistrat instructeur en invoquant le non-lieu prononcé pour les mêmes faits par les autorités allemandes. Néanmoins, au terme de l'instruction, la Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris prononça un arrêt de renvoi fondé sur la qualification criminelle d'homicide volontaire et délivra une ordonnance de prise de corps. Ne s'étant pas présenté dans le délai qui lui était assigné, le requérant se trouva alors en état de contumace.

A l'audience de la Cour d'assises de Paris, l'avocat de M. Krombach demanda à être autorisé à représenter le requérant en son absence – par

---

<sup>34</sup> CJCE, 28 mars 2000, *Krombach c/Bambarski*, *Europe* 2000, n° 157, note L. I IDOT; *Revue critique de droit international privé* 2000, note H. MUIR-WATT, p. 481; *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2000, n° 3, pp. 447-452, note B. PEREIRA; *Revue trimestrielle de droit civil* 2000, obs. J. RAYNARD, p. 944.

<sup>35</sup> L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme a également donné lieu à de nombreux commentaires. Voir notamment : C. GINESTET, "Procédure de contumace et procès équitable", *Droit pénal* 2001, chron. n° 41; J.-P. MARGUENAUD, "La procédure par contumace frappée par la foudre européenne", *D.* 2001, jur. comm., pp. 3302-3307; FI. MASSIAS, "Chronique internationale. Droits de l'Homme", *RSC* 2001, pp. 429-448.

application de l'article 6 de la Convention – et à exposer les moyens relatifs à l'autorité de la chose jugée. La Cour écarta ces conclusions en se fondant sur l'article 630 du Code de procédure pénale (CPP) qui interdit à l'avocat de représenter l'accusé absent. Elle condamna, par la suite, le requérant à 15 années de réclusion criminelle pour violences volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner. En outre, par arrêt civil – également rendu par contumace –, la Cour infligea au requérant une condamnation au paiement des sommes de 250 000 francs, au titre du préjudice moral subi par le père de la victime, et de 100 000 francs, au titre des frais et dépens. Finalement, le président de la Cour de cassation écarta les pourvois formés contre ces deux arrêts en se fondant sur l'article 636 du CPP qui ferme au contumax l'accès à la Cour suprême.

**3.–** Seul l'arrêt civil donna lieu à la décision de la CJCE. Celle-ci fut, en effet, saisie par l'Allemagne d'une question préjudicielle relative à la demande d'exécution de la condamnation civile du requérant. Il s'agissait alors de savoir si le refus d'entendre la défense de l'accusé pouvait être considéré comme contraire à l'"ordre public de l'Etat requis" au sens de l'article 27 (1°)<sup>36</sup> de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 relative à la compétence judiciaire et l'exécution des décisions de justice en matière civile et commerciale. Se référant explicitement à la jurisprudence des organes de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CESDH)<sup>37</sup>, la Cour de Luxembourg a répondu par l'affirmative, ce qui mena au rejet par les autorités allemandes de la demande d'exequatur de l'arrêt civil litigieux.

**4.–** Devant la CEDH, M. Krombach soumit le volet pénal de l'affaire en invoquant une violation de l'article 6 de la Convention ainsi que de l'article 2 du Protocole n° 7, aux motifs qu'en qualité de contumax le Code de procédure pénale français lui interdisait, d'une part, d'être représenté par un avocat devant la Cour d'assises et, d'autre part, de former un pourvoi en cassation à l'encontre de l'arrêt de condamnation rendu par contumace.

La question posée à la Cour était donc celle de la proportionnalité des mesures françaises destinées à assurer la présence de l'accusé lors de son procès. La Cour y répond en deux temps, étudiant successivement les deux garanties mises en cause : le droit au recours (I) et le droit à être défendu (II).

<sup>36</sup> Repris à l'article 34 du règlement CE n° 44-2001 du 22 décembre 2000.

<sup>37</sup> La Cour de justice souligne, en particulier, que le droit d'être assisté par un avocat "occupe une place éminente dans l'organisation et le déroulement d'un procès équitable et figure parmi les droits fondamentaux qui résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres". (§ 38)

## I. Le droit au recours

**5.–** La réforme de la procédure criminelle issue de la loi du 15 juin 2000 n'étant pas encore intervenue au moment des faits, les voies de recours ouvertes au requérant apparaissaient particulièrement limitées. En effet, seule pouvait être exercée la purge de la contumace, le pourvoi en cassation étant exclu par le CPP. Cette situation a donc mené le requérant à alléguer une violation du droit à un recours devant une juridiction supérieure – prévu par l'article 2 du Protocole n° 7 – (B) alors que le gouvernement français affirmait que la voie de la purge satisfaisait cette exigence (A).

### A • La purge de la contumace

**6.–** L'argumentation du gouvernement français envisageait la purge de la contumace de deux manières. La première consistait à affirmer que le requérant n'avait pas satisfait à l'exigence de l'article 35, paragraphe 1, de la Convention, la purge de la contumace constituant une voie de recours à épuiser préalablement à la saisine de la Cour de Strasbourg. La seconde approche reposait sur l'idée selon laquelle la purge renverrait au "néant juridique"<sup>38</sup> la condamnation prononcée par contumace et permettrait un nouvel examen de l'affaire répondant aux exigences européennes.

**7.–** La Cour n'est, toutefois, convaincue par aucun de ces arguments. Dans un premier temps, elle écarte l'exception préliminaire du gouvernement en considérant que la purge de la contumace "ne peut être assimilée à une 'voie de recours'"<sup>39</sup> au sens de l'article 35, paragraphe 1, de la Convention dans la mesure où elle n'est pas susceptible de remédier à la situation dont se plaint le requérant. En effet, le principe de subsidiarité ménagé par la Convention au profit des Etats parties n'impose que l'épuisement des voies de recours à la fois relatives aux violations incriminées, disponibles et adéquates. Or, "pas plus le nouveau procès que l'examen par le juge de cassation auquel ce nouveau procès pourra donner lieu ne permettront de contester le jugement de contumace lui-même et ses défaillances au regard du procès équitable"<sup>40</sup>. La purge menant à l'anéantissement de la première condamnation et à la reprise *ab initio* de la procédure de jugement, le requérant n'aurait pas eu la possibilité de faire contrôler la légalité du refus de la Cour d'assises de laisser plaider les avocats de la défense. Dès lors, la purge de la contumace ne peut être considérée comme une voie de recours à épuiser avant la saisine de la Cour européenne.

<sup>38</sup> § 95 de l'arrêt.

<sup>39</sup> § 67 de l'arrêt.

<sup>40</sup> FL. MASSIAS, *op. cit.*, p. 442.

Cette solution est une application classique d'une jurisprudence déjà bien établie reposant sur le caractère adéquat des voies de recours à épuiser<sup>41</sup>. Si notre arrêt ne semble pas prêter le flanc à la critique sur ce point, quelques décisions récentes de la Cour témoignent toutefois d'une appréciation parfois malencontreuse de la portée de certains recours internes<sup>42</sup>.

**8.-** En second lieu, la Cour rejette l'argumentation sur le fond développée par le gouvernement en soulignant que " la purge de la contumace n'a une incidence sur l'exercice effectif des droits de la défense que dans l'hypothèse d'une arrestation de l'intéressé " aux termes de l'article 639 du CPP. Or, " il ne saurait être question d'obliger un accusé à se constituer prisonnier pour bénéficier du droit d'être rejugé dans des conditions conformes à l'article 6 de la Convention "<sup>43</sup>.

Ainsi, la Cour prive la purge de la contumace de toute " légitimité européenne "<sup>44</sup> et renvoie à l'arrêt *Khalfaoui* ayant constaté l'inconventionnalité de l'obligation de mise en état<sup>45</sup>, abrogée par la loi du 15 juin 2000. Notre arrêt présente, néanmoins, l'originalité d'étendre cette jurisprudence à la procédure criminelle, ce qui a déjà été souligné dans la décision *Papon*<sup>46</sup> et a mené à la recevabilité de la requête de l'ancien fonctionnaire de Vichy. En outre, la Cour va ici plus loin que ses précédents arrêts en assimilant l'obligation de se constituer prisonnier " à une sorte de caution, la liberté physique de l'intéressé ". Elle met ainsi en harmonie sa jurisprudence issue de l'arrêt *Poitrinol*<sup>47</sup> avec celle relative au cautionnement

---

<sup>41</sup> Voir, notamment : E. PICARD, " Article 26 ", in *La Convention européenne des droits de l'Homme, commentaire articles par articles*, sous la direction de L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert, Economica, Paris, 1995, pp. 598-600 ; D. de BRUYN S. DEPRE, M. KAISER, P. LAMBERT, B. LOMBAERT et M. VERDUSSEN, " Les exceptions préliminaires dans la Convention européenne des droits de l'Homme ", Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 56.

<sup>42</sup> Voir : O. BACHELET, " Le recours en cassation et le non épuisement des voies de recours internes. L'affaire *Civet c/France* du 28 septembre 1999 ", *Cahiers du CREDHO*, 1999, pp. 135-141.

<sup>43</sup> § 87 de l'arrêt.

<sup>44</sup> J.-P. MARGUENAUD, *op. cit.*, p. 3305.

<sup>45</sup> CEDH, arrêt *Khalfaoui c/France* du 14 décembre 1999, § 43 : " l'obligation de mise en état contraint l'intéressé à s'infliger d'ores et déjà à lui-même la privation de liberté résultant de la décision attaquée ". Voir : *JDI* 2000, p. 143, obs. O. BACHELET ; *RD publ.* 2000, p. 723, obs. C. HUGON ; *RSC* 2000, p. 455, note Fl. MASSIAS ; *D.* 2000, somm. comm., p. 180, obs. J.-F. RENUCCI.

<sup>46</sup> CEDH, *Papon c/France*, décision du 15 novembre 2001 sur la recevabilité de la requête n° 54210 / 00, p. 19, § 1.

<sup>47</sup> CEDH, arrêt *Poitrinol c/France* du 23 novembre 1993, *Droit Pénal* 1994, comm. n°s 96 et 97 ; V. BERGER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, 6<sup>ème</sup> édition, 1998, pp. 263-264 ; V. DELAPORTE, *Cahiers du CREDHO*, n° 2, 1994, pp. 43-62.

pénal<sup>48</sup>. Désormais, l'inexécution d'une caution " physique " doit être rapprochée du non versement d'une caution financière disproportionnée aux ressources de la personne mise en cause en ce qu'elle ne saurait justifier une négation du droit d'accès à un tribunal.

#### B • Le pourvoi en cassation

**9.-** Sur ce point, reprenant ses arrêts *Poitrinol*<sup>49</sup> et *Van Geyseghe*<sup>50</sup>, la Cour européenne note que le requérant n'a pas eu la possibilité de faire contrôler par une juridiction supérieure l'équité de la procédure menée en son absence. En effet, à l'époque des faits, aucun appel n'était possible à l'encontre d'un arrêt de Cour d'assises et l'accès à la Cour de cassation demeure toujours fermé au contumax. La purge de la contumace ne pouvant être considérée comme une voie de recours adéquate, la Cour ne pouvait qu'aboutir à un constat de violation de l'article 2 du Protocole n° 7.

**10.-** Cette solution ne doit toutefois pas être comprise comme la reconnaissance d'un droit absolu au pourvoi en cassation. La Cour est, en effet, venue préciser sa position dans l'arrêt *Eliazer c/Pays-Bas*<sup>51</sup> du 16 octobre 2001.

Dans cette affaire, le requérant avait été condamné pour détention de stupéfiants. N'ayant pas comparu à son procès, il fut jugé et condamné par défaut. Il forma ultérieurement un pourvoi que la Cour de cassation déclara irrecevable au motif qu'il ne pouvait introduire pareil recours puisque, ayant été condamné par défaut, il devait au préalable former opposition pour que l'affaire soit rejugée. Tenant compte du fait que l'avocat de l'intéressé avait été entendu lors des débats et que le requérant avait la faculté d'accéder à la Cour de cassation en engageant une procédure d'opposition – sans être contraint à se constituer prisonnier –, la Cour européenne a estimé que l'irrecevabilité du pourvoi du requérant ne saurait être considérée comme une restriction disproportionnée au droit d'accès de l'intéressé au juge suprême.

Il apparaît, dès lors, qu'une restriction au droit d'accès à la Cour de cassation peut valablement être prévue en tant que sanction de la non comparution du requérant à l'audience. Néanmoins, pour qu'une telle sanction ménage un équilibre entre les intérêts en jeu, il est nécessaire qu'une voie de rétractation à l'encontre de la décision rendue par défaut soit ouverte – purge de la contumace ou opposition – et que l'exercice de ce

---

<sup>48</sup> Voir notamment : CEDH, arrêt *Aït-Mouhoub c/France* du 28 octobre 1998, *JDI* 1999, pp. 271-272, obs. O. BACHELET.

<sup>49</sup> CEDH, arrêt *Poitrinol c/France*, *op. cit.*

<sup>50</sup> CEDH, arrêt *Van Geyseghe c/Belgique* du 21 janvier 1999, *JDI* 1999, pp. 94-96, obs. V. LEGRAND.

<sup>51</sup> CEDH, arrêt *Eliazer c/Pays-Bas* du 16 octobre 2001, *JDI* 2002, obs. O. BACHELET (à paraître sur le site du CREDHO, [www.credho.org](http://www.credho.org)).

recours ne soit pas subordonné à l'obligation pour la personne mise en cause de se constituer prisonnière.

Nous revenons donc toujours à l'obligation de mise en état dont l'abrogation par la loi du 15 juin 2000 ne s'est curieusement pas appliquée à l'article 639 du CPP. Gageons que dans cette période de "réajustement" de la loi dite "présomption d'innocence", le législateur prendra note de la jurisprudence européenne.

**11.**– Si la loi du 15 juin 2000 apparaît lacunaire sur certains points, il n'en demeure pas moins qu'elle a mené à d'importantes réformes, en particulier la création d'un appel des décisions criminelles. Il convient donc de s'intéresser à l'impact de cette innovation afin de vérifier si le constat de violation dégagé par la Cour dans notre arrêt demeure aujourd'hui justifié.

L'appel est-il désormais ouvert au contumax ? Les nouveaux articles 380-1 et suivants du CPP – relatifs à l'appel – ne traitent pas explicitement de la question et les articles 627 à 641 – relatifs à la procédure de contumace – n'ont pas fait l'objet de modifications. Néanmoins, il est intéressant de noter que l'article 380-9 – concernant le délai pour interjeter appel – évoque le cas de "la partie qui n'était pas présente ou représentée à l'audience où le jugement a été prononcé". Ceci signifierait donc que le contumax pourrait valablement agir. Toutefois, l'article 380-11, alinéa 4, prévoit la caducité de l'appel de l'accusé ayant pris la fuite et l'article 380-12, alinéa 2, impose que la déclaration d'appel soit signée au greffe par l'appelant et son avocat. Dès lors, si le contumax semble pouvoir interjeter appel à l'encontre de l'arrêt de condamnation rendu en son absence encore faut-il qu'il se présente<sup>52</sup>. A défaut, il se verra privé, non seulement de la voie de l'appel, mais aussi de celle du pourvoi en cassation, ce qui entre directement en conflit avec le droit à un recours devant une juridiction supérieure.

Là encore une intervention législative apparaît donc indispensable. Elle devra même dépasser le cadre des voies de recours puisque la Cour européenne a également condamné l'organisation de la procédure de contumace, en ce qu'elle interdit à l'avocat de la défense de représenter son client.

## II. Le droit à être défendu

**12.**– Outre la fermeture de la voie du pourvoi en cassation, le Code de procédure pénale français ajoute l'impossibilité pour l'avocat de la défense de représenter le contumax. Cette mesure, destinée à sanctionner l'absence de l'accusé lors son procès<sup>53</sup>, devait immanquablement faire l'objet de la

<sup>52</sup> FI. MASSIAS, *op. cit.*, p. 444.

<sup>53</sup> J. BUISSON et S. GUINCHARD, *Procédure pénale*, Paris, Litec, 2000, p. 745.

"foudre européenne"<sup>54</sup> au regard de sa jurisprudence antérieure, dont l'affaire *Krombach* marque l'extension du champ d'application (A.). Toutefois, comme les précédents, notre arrêt apparaît critiquable en ce qu'il adopte une conception de l'équité bien éloignée de sa composante essentielle, à savoir le principe du contradictoire (B.).

### A • L'extension d'une jurisprudence établie

**13.**– La Cour relève, tout d'abord, qu'en droit français, l'interdiction de toute défense à l'audience devant la Cour d'assises revêt un caractère absolu au sens de l'article 630 du CPP. Or, selon elle, sanctionner la non comparution du requérant lors de son procès par une telle interdiction apparaît manifestement disproportionné. En effet, "quoique non absolu, le droit de tout accusé à être effectivement défendu par un avocat figure [...] parmi les éléments fondamentaux d'un procès équitable" et "un accusé n'en perd pas le bénéfice du seul fait de son absence aux débats"<sup>55</sup>. Dès lors, même si le législateur doit pouvoir décourager les abstentions injustifiées, la Cour considère qu'il ne peut les sanctionner en dérogeant au droit à l'assistance d'un défenseur et conclut à la violation de l'article 6, paragraphe 3 c), de la Convention.

Cette solution s'inscrit donc parfaitement dans la lignée jurisprudentielle antérieure de la Cour dont l'arrêt *Van Pelt*<sup>56</sup> constituait la dernière manifestation. Dans cette affaire, la Cour avait, en effet, condamné la France pour ne pas avoir autorisé l'avocat d'un prévenu absent à le représenter lors d'une audience correctionnelle. Depuis, deux arrêts rendus contre la Belgique<sup>57</sup> – les arrêts *Stroek* et *Goedhart* du 20 mars 2001 – ont conclu au même constat de violation.

**14.**– L'affaire *Krombach* présente, néanmoins, l'intérêt d'étendre le champ d'application de la jurisprudence de la Cour à la procédure criminelle. Les procédures pénales *in absentia* – qu'elles soient correctionnelles ou criminelles – doivent donc permettre à l'avocat de la défense de représenter son client absent.

S'agissant de la procédure correctionnelle, la réception des exigences européennes a déjà été réalisée par la plus haute juridiction judiciaire

<sup>54</sup> J.-P. MARGUENAUD, *op. cit.*.

<sup>55</sup> § 89 de l'arrêt.

<sup>56</sup> CEDH, arrêt *Van Pelt c/France* du 28 mai 2000, *JDI* 2001, pp. 181-182, obs. K. ARDAULT ; *Cahiers du CREDHO*, 2001, pp. 169-179, note O. BACHELET ; *RSC* 2001, pp. 429-444, note FI. MASSIAS.

<sup>57</sup> CEDH, arrêts *Stroek c/Belgique* et *Goedhart c/Belgique* du 20 mars 2001, *JDI* 2002, pp. 249-251, obs. O. BACHELET.

française. En effet, par deux arrêts du 2 mars 2001<sup>58</sup>, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a considéré que " le droit au procès équitable et le droit de tout accusé à l'assistance d'un défenseur s'opposent à ce que la juridiction juge un prévenu non comparant et non excusé sans entendre l'avocat présent à l'audience pour assurer sa défense ". Deux mois plus tard, la Chambre criminelle s'inclinait à son tour en précisant que les juges du fond ne pouvaient " refuser d'entendre l'avocat du prévenu qui avait été chargé de le représenter "<sup>59</sup>.

En revanche, quant à la procédure criminelle, il appartient au législateur de modifier l'article 630 du CPP, la Cour de cassation ne pouvant être saisie<sup>60</sup> en vertu de l'article 636 du CPP étudié plus haut.

Il reste, cependant, à s'intéresser à l'opportunité d'une telle intervention législative. En effet, autoriser l'avocat de la personne mise en cause à représenter systématiquement son client absent au nom de l'équité, n'est-ce pas vider de sa substance cette notion reposant pour l'essentiel sur le principe du contradictoire ?

#### B • L'équité sans contradictoire ?

**15.** – Si la solution dégagée dans l'arrêt *Krombach* semble être une application scrupuleuse du droit à bénéficier de l'assistance d'un avocat, elle demeure néanmoins critiquable pour trois raisons.

D'une part, au regard du texte même de la Convention, cette solution ne s'imposait pas. En effet, comme le souligne le gouvernement dans notre arrêt<sup>61</sup>, l'article 6, paragraphe 3 c), de la Convention, ne confère pas à la personne mise en cause un droit général de " représentation ", mais simplement un droit à l'" assistance " d'un avocat. Ceci implique donc que l'accusé soit présent à l'audience puisque l'" on n'assiste pas une personne absente "<sup>62</sup>.

D'autre part, – comme l'indiquait le juge Pettiti dans son opinion dissidente jointe à l'arrêt *Poitrinol*<sup>63</sup> – notre arrêt mène à une rupture de l'égalité des armes puisqu'en l'absence de son adversaire, la victime se voit privée du

<sup>58</sup> Cass. ass. plén., 2 mars 2001, *Dentico* (2 arrêts), *JCP*.II.10611, note Ch. LIEVREMONT ; *Dr. pén.* 2001, comm. n° 94, obs. A. MARON ; *D.* 2001, jur. comm., pp. 1899-1901, note J. PRADEL.

<sup>59</sup> Cass. crim., 16 mai 2001, *Dutter*, *D.* 2001, IR, p. 2240.

<sup>60</sup> J.-P. MARGUENAUD, *op. cit.*, p. 3307.

<sup>61</sup> § 75 de l'arrêt.

<sup>62</sup> V. DELAPORTE, *op. cit.*, p. 58 : " Le droit à l'assistance d'un défenseur ne peut donc être reconnu qu'à la personne présente ou régulièrement représentée ". Voir, sur ce point : S. GUINCHARD et J. BUISSON, *op. cit.*, p. 176.

<sup>63</sup> CEDH, arrêt *Poitrinol c/France* du 23 novembre 1993, *op. cit.*, opinion dissidente de M. le juge PETTITI, p. 19.

droit à être confrontée à lui, l'obligation de comparution personnelle pouvant être entendue comme le pendant du droit à la confrontation reconnu à la personne mise en cause par l'article 6, paragraphe 3 d), de la Convention.

Enfin, – comme nous l'avons souligné pour l'arrêt *Van Pelt*<sup>64</sup> –, la solution ici dégagée semble discutable dans la mesure où elle vient remettre en cause l'effectivité du dialogue contradictoire. En effet, au stade du jugement, la procédure française revêt un caractère accusatoire et impose donc la comparution de la personne mise en cause. Le débat qui s'instaure alors est l'expression la plus achevée du principe du contradictoire destiné à assurer la manifestation de la vérité. Par conséquent, l'admission de la représentation menace de mettre à mal l'architecture globale du procès ainsi que son objectif premier, l'avocat ne pouvant en matière pénale se substituer purement et simplement à son client.

Voulant renforcer l'équité de la procédure en affaiblissant le principe du contradictoire<sup>65</sup>, l'arrêt *Krombach* apparaît donc pour le moins paradoxal.

<sup>64</sup> O. BACHELET, " L'équité de la procédure en appel et en cassation : l'affaire *Van Pelt* (28 mai 2000) ", *Cahiers du CREDHO*, 2001, pp. 174-175.

<sup>65</sup> C. GINESTET, *op. cit.*, p. 6.

***L'équité de la procédure en matière pénale***

**L'affaire Papon  
(décisions sur la recevabilité des requêtes  
des 7 juin et 15 novembre 2001)**

par

**Maître Michel PUECHAVY**  
Avocat à la Cour de Paris

L'affaire *Papon*, dont il est inutile de rappeler les faits tant ils ont été développés dans la presse, a donné lieu à deux décisions sur la recevabilité de la Cour européenne des droits de l'Homme.

Dans la première requête, ayant conduit à la décision du 7 juin 2001 rendue par la troisième section, le requérant, invoquant l'article 3 de la Convention, dénonçait ses conditions de détention et estimait que le maintien en prison d'un homme âgé de plus de 90 ans, dont l'état de santé s'était gravement détérioré, était incompatible avec cette disposition.

La seconde requête comprenait davantage de griefs. Le requérant considérait que le prononcé par la Cour de cassation de la déchéance de son pourvoi en application de l'article 583 du code de procédure pénale violait l'article 6 § 1 de la Convention. Il alléguait ensuite que cette entrave avait entraîné une violation de l'article 2 § 1 du Protocole n° 7 et une privation de son droit à un double degré de juridiction. Il invoquait une durée non raisonnable de la procédure, contraire à l'article 6 § 1, la violation du principe de l'égalité des armes, ainsi qu'une violation de l'article 7 § 1 de la Convention. Sur le fondement de l'article 6 § 3d, il soutenait que le délai non raisonnable de la procédure l'avait empêché de faire entendre les témoins à décharge, ceux-ci ayant disparu ou étant dans l'incapacité de témoigner cinquante-six ans après les faits. Il faisait également valoir une violation de l'article 6 § 3a et b de la Convention en raison de l'impossibilité de préparer sa défense pour répondre à des questions sur des faits non compris dans la saisine de la Cour d'assises et sur des pièces non communiquées au préalable. Le requérant estimait que le principe de la présomption d'innocence avait été méconnu car les médias s'étaient fait l'écho des accusations des parties civiles le considérant coupable. Il affirmait en outre que des pressions médiatiques avaient été exercées pour influencer sur l'indépendance et l'impartialité du tribunal, en violation de l'article 6 § 1. Enfin, il se plaignait de ce que la motivation de l'arrêt était insuffisante au regard des exigences posées par le même article.

## 1. La décision sur la recevabilité du 7 juin 2001

Cette requête concernait surtout une appréciation des faits de la cause. Après avoir examiné en détail cette question et examiné des éléments de droit comparé, la Cour conclut que la situation du requérant n'atteint pas, en l'état, un niveau suffisant de gravité pour rentrer dans le champ d'application de l'article 3 de la Convention. Elle relève que si la situation du requérant venait à s'aggraver, le droit français offre, à la fois par la libération conditionnelle et par l'exercice du droit de grâce, des moyens suffisants pour remédier au grief allégué.

La Cour en conséquence juge la requête manifestement mal fondée.

## 2. La décision sur la recevabilité du 15 novembre 2001

### *Sur la déchéance du pourvoi en cassation*

La position de la Cour sur cette question est dans la lignée de toute la jurisprudence destinée à consacrer le droit d'accès à un tribunal.

Ce droit a été énoncé dans l'important arrêt *Golder c/Royaume-Uni*, dans lequel la Cour plénière a relevé que l'on " ne comprendrait pas que l'article 6 § 1 de la Convention décrive en détail les garanties de procédure accordées aux parties à une action civile en cours et qu'il ne protège pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier en réalité : l'accès au juge. Equité, publicité et célérité du procès n'offrent point d'intérêt en l'absence de procès " (§ 35, *in fine*)<sup>66</sup>.

Ainsi, l'arrêt *Golder* a consacré sur le fondement de l'article 6 le droit d'accès à un tribunal et le droit d'accès à celui-ci tant en matière pénale qu'en matière civile<sup>67</sup>. Cette jurisprudence a été confirmée par la suite au point que la notion même de droit d'accès est désormais déduite implicitement de cet article<sup>68</sup>.

Après avoir posé le principe du droit d'accès à un tribunal dans cet arrêt, la Cour en a ultérieurement précisé la portée dans les termes suivants :

"a) Le droit d'accès aux tribunaux, garanti par l'article 6 par. 1 (art. 6-1), n'est pas absolu ; il se prête à des limitations implicitement admises car il

<sup>66</sup> Pierre LAMBERT, La notion d'accès à un tribunal, Colloque de Bordeaux, 29 septembre 2000, Bruxelles, Bruylant, 2001.

<sup>67</sup> En matière civile, par exemple *Phillis c/Grèce*, arrêt 27 août 1991, voy. Pierre VANDERNOOT, obs. *Rev. trim. dr. h.*, 1992, pp. 483-511.

<sup>68</sup> Pierre VANDERNOOT, op. cit., p. 498 et la jurisprudence citée, voir également *Aperçus, quarante années d'activités, 1959-1998*, pp. 9-10, document du Conseil de l'Europe.

appelle de par sa nature même une réglementation par l'Etat, réglementation qui peut varier dans le temps et dans l'espace en fonction des besoins et des ressources de la communauté et des individus.

b) En élaborant pareille réglementation, les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation. Il appartient pourtant à la Cour de statuer en dernier ressort sur le respect des exigences de la Convention ; elle doit se convaincre que les limitations appliquées ne restreignent pas l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même.

c) En outre, pareille limitation ne se concilie avec l'article 6 par. 1 (art. 6-1) que si elle tend à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé." (arrêt *Fayed c/Royaume-Uni* du 21 septembre 1994, par. 65, citant les arrêts *Lithgow et autres c/Royaume-Uni* du 8 juillet 1986, par. 194, et *Ashingdane c/Royaume-Uni* du 28 mai 1985, par. 57)<sup>69</sup>.

Le principe selon lequel les " limitations ne restreignent pas l'accès au tribunal de manière ou à un point que ce droit s'en trouve atteint dans sa substance " se retrouve dans de nombreux arrêts de la Cour tant dans sa formation antérieure au 1<sup>er</sup> novembre 1998 que postérieurement<sup>70</sup>.

La Commission avait également adopté le même raisonnement<sup>71</sup>. Cette volonté des organes de Strasbourg d'assurer aux justiciables un accès concret et effectif à un tribunal ont eu des conséquences considérables dans le droit interne. Cet aspect ne doit pas être toutefois séparé de la nécessité de la présence et du renforcement du rôle de l'avocat en matière pénale qui a été consacré par plusieurs arrêts<sup>72</sup>.

Dans l'affaire *Poitrimol c/France* (arrêt du 23 novembre 1993), le requérant, poursuivi pour non-représentation d'enfant, avait été condamné à un an d'emprisonnement par le tribunal correctionnel qui avait décerné un mandat d'arrêt. Il avait interjeté appel mais n'avait pas comparu devant la Cour d'appel d'Aix-en-Provence. La cour d'appel avait dès lors refusé à l'avocat qui le représentait la possibilité de plaider et de déposer des conclusions.

<sup>69</sup> P. VANDERNOOT, op. cit., p. 501

<sup>70</sup> Arrêts *Guérin c/France*, 29 juillet 1998, *Omar c/France*, 29 juillet 1998, *Aït-Mouhoub c/France*, 28 octobre 1998, *Khalfaoui c/France*, 14 décembre 1999, *Krombach c/France*, 13 février 2001, également en matière civile : outre les arrêts cités ci-dessus, *Geouffre de la Pradelle c/France*, 16 décembre 1992, *Bellet c/France*, 4 décembre 1995, *F.E. c/France*, 30 octobre 1998, *Lagrange c/France*, 15 février 2000, *Annoni di Gussola, Desbordes-Omer et Mortier c/France*, 14 novembre 2000.

<sup>71</sup> Notamment *Boers c/Belgique*, Req. n° 15158/89, déc. 6 avril 1992, *J.L. c/France*, req. n° 18186/91, déc. 14 octobre 1992.

<sup>72</sup> Voyez Jean-Pierre MARGUENAUD, "La dérive de la procédure pénale française au regard des exigences européennes", *D.* 2000, chr., p. 249.

Elle jugea le requérant contradictoirement et confirma le jugement de condamnation. La Cour constata une violation de l'article 6 § 1 et 6 § 3 c<sup>73</sup>.

Des faits similaires ont conduit la Cour à relever les mêmes infractions de la Convention dans les arrêts *Lala et Pelladoah c/Pays-Bas*, 22 septembre 1994 puis *Van Geyseghe c/Belgique*, 21 janvier 1999, *Van Pelt c/France*, 23 mai 2000, *Goedhart c/Belgique*, 20 mars 2001 et *Stroek c/Belgique*, 20 mars 2001.

En revanche, dans l'affaire *Medenica c/Suisse* (arrêt du 14 juin 2001), la Cour a remarqué qu'elle "avait déjà eu l'occasion de préciser que la comparaison d'un prévenu revêt une importance capitale en raison tant du droit de celui-ci à être entendu que de la nécessité de contrôler l'exactitude de ses affirmations et de les confronter avec les dires de la victime, dont il y a lieu de protéger les intérêts, ainsi que des témoins et que dès lors, le législateur doit pouvoir décourager les absences injustifiées aux audiences". Elle a poursuivi en notant qu'une "procédure se déroulant en l'absence du prévenu n'est pas en soi incompatible avec l'article 6 de la Convention s'il peut obtenir ultérieurement qu'une juridiction statue à nouveau, après l'avoir entendu, sur le bien-fondé des accusations en fait comme en droit" (paragraphe 54 de l'arrêt).

En l'espèce, la Cour releva que le président de la Cour d'assises du canton de Genève avait rejeté la demande de renvoi des débats présentée par le requérant au motif que son absence était fautive. Par un jugement du 26 mai 1989, la Cour de justice le condamna par défaut à la peine de quatre ans d'emprisonnement. Cette affaire se distinguait donc de celles précitées car, lors des débats, la défense du requérant était assurée par les deux avocats de son choix.

Si l'article 331 du Code de procédure genevois permet en principe au condamné par défaut d'obtenir l'annulation de la procédure et un nouvel examen de la cause en fait comme en droit, en l'espèce, la Cour de justice du canton de Genève rejeta l'opposition du requérant au motif qu'il n'avait pas fourni des excuses valables pour justifier son absence et qu'aucun élément du dossier ne permettait de conclure que son absence était indépendante de sa volonté. Cet arrêt fut confirmé par la Cour de cassation de Genève ainsi que par le Tribunal fédéral.

En raison de l'ensemble de ces circonstances, la Cour estima que le requérant avait dans une large mesure contribué à créer une situation l'empêchant de comparaître devant la cour d'assises à Genève. Ne s'agissant pas d'un prévenu privé de l'assistance d'un avocat, la Cour jugea

<sup>73</sup> Voyez Françoise ROGGEN, Procédure pénale en l'absence du prévenu, "l'application de l'article 421 du code d'instruction criminelle belge face à l'arrêt *Poitrinol*", *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 1995/615.

que, eu égard à la marge d'appréciation des autorités suisses, la condamnation du requérant par défaut et le refus de lui accorder le droit à un nouveau procès en sa présence ne s'analysait pas en une sanction disproportionnée. Ainsi, il n'y avait pas eu violation de l'article 6 § 1 combiné avec l'article 6 § 3 c) de la Convention.

Dans l'affaire *Khalfaoui c/France*, arrêt du 14 décembre 1999, la Cour a transposé la solution dégagée dans l'arrêt *Poitrinol* à la déchéance du pourvoi prévu par l'ancien article 583 du CPP en jugeant qu'une telle contrainte avait infligé au requérant une entrave excessive à son droit d'accès au tribunal.

La Cour, en effet, "n'aperçoit pas de différence substantielle entre l'irrecevabilité d'office, prévue uniquement par la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation, comme dans les affaires *Poitrinol*, *Omar et Guérin*, et la déchéance du pourvoi expressément prévu à l'article 583." (§ 46).

La Cour observe, par ailleurs que si le souci d'assurer l'exécution des décisions de justice est en soi légitime, "les autorités ont à leur disposition d'autres moyens leur permettant de s'assurer de la personne condamnée, que ce soit avant ou après l'examen du pourvoi en cassation." (§ 44).

"Compte tenu de l'importance du contrôle final opéré par la Cour de cassation en matière pénale et de l'enjeu de ce contrôle pour ceux qui peuvent avoir été condamnés à de lourdes peines privatives de liberté", la Cour estime "qu'il s'agit là d'une sanction particulièrement sévère au regard du droit d'accès à un tribunal garanti par l'article 6 de la Convention." (§ 47)<sup>74</sup>.

A la suite de l'arrêt *Khalfaoui*, le parquet général de la Cour de cassation décida de renoncer à inviter les condamnés restés libres à se constituer prisonniers la veille de l'examen de leur pourvoi.

Il n'en restait pas moins que l'article 583 du CPP demeurerait applicable<sup>75</sup>.

L'article 583 a depuis lors finalement été abrogé par la loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence.

Pourtant, quelques semaines avant que l'arrêt *Khalfaoui* ne fût prononcé, la Chambre criminelle de la Cour de cassation déclarait Maurice Papon

<sup>74</sup> Voyez Christine HUGON, "Cour EDH, *Khalfaoui c/France*", *Revue de droit public*, 2000, p. 723 ; Florence Massias, *Rev. sc. crim.*, 2000, p. 455 ; Jean-François RENUCCI, *Somm. commentés D.* 2000. 180 ; Jacques BUISSON, *Procédures*, février 2000, p. 13, n° 41.

<sup>75</sup> Anne TEISSIER, "L'obligation de se mettre en état avant l'examen du pourvoi en cassation", *D.* 2000, Jp. Commentaires, p. 602.

déchu de son pourvoi sur le fondement de l'article 583 du Code de procédure pénale<sup>76</sup>.

Dans l'affaire *Papon*, le gouvernement français soutenait qu'il existait une différence avec l'affaire *Khalfaoui* qui avait été jugé pour des délits par une Cour d'appel alors que le requérant avait été condamné pour un crime par une Cour d'assises. Le requérant se fondait sur l'arrêt *Krombach* dans lequel la Cour avait admis que le principe de l'arrêt *Khalfaoui* s'appliquait indirectement aux crimes et aux délits.

#### *Les autres griefs*

Le requérant soutenait qu'il avait été privé, en raison de la déchéance de son pourvoi, du droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité et sa condamnation. Il invoquait l'article 2 du Protocole n° 7 à la Convention. L'exception de non-épuisement des voies de recours, soutenue par le gouvernement défendeur, ne fut pas retenue. Le grief fut considéré comme recevable.

Parmi les autres demandes du requérant, une seule pose des questions auxquelles la réponse de la Cour est insuffisante. Il s'agit de la durée non raisonnable de la procédure.

En se fondant sur la décision très critiquable *Giummarra et autres c/France*, en date du 12 juin 2001 (n° 61166/00) dans laquelle la Cour avait considéré qu'au vu de l'évolution de la jurisprudence interne, le recours fondé sur l'article L 781-1 du Code de l'organisation judiciaire avait acquis à la date du 20 septembre 1999 un degré suffisant de certitude pour pouvoir être utilisé devant les juridictions internes, elle a déclaré la requête irrecevable au motif qu'à la date d'introduction de la requête, le requérant ne pouvait ignorer la possibilité d'obtenir par ce biais l'indemnisation d'une durée excessive de procédure.

Or, ce revirement de jurisprudence est la conséquence de l'arrêt *Kudla c/Pologne*, prononcé le 26 octobre 2000. Il aurait été plus honnête d'invoquer l'irrecevabilité pour les requêtes introduites postérieurement à la date de l'arrêt *Kudla*.

Nous ne reviendrons pas sur toutes les critiques qui ont été faites à l'encontre de l'arrêt *Kudla* qui, outre sa pauvreté de raisonnement juridique, donne naissance à plus de difficultés qu'il n'en résout.<sup>77</sup>

<sup>76</sup> Attitude vivement critiquée, voyez Florence MASSIAS, *op. cit.*, p. 468 ; Jean-Pierre DELMAS SAINT-HILAIRE, "Affaire Maurice Papon, la justice pénale française avait encore des choses à dire... Deux étranges non-lieux à statuer", *D.* 2001, Jp. Commentaires, p. 3222.

<sup>77</sup> Michel PUECHAVY, "L'arrêt *Kudla c/Pologne*, simple recommandation aux Etats ou revirement de jurisprudence ?", *Le Journal des droits de l'Homme*, suppl. au Journal

Comme le souligne à juste titre le professeur Flauss, la première incertitude touche à la durée de la procédure interne par le fait d'exiger un nouveau recours, le contentieux national du délai raisonnable risquant de devenir un contentieux européen du contentieux national, un autre point controversé concerne les effets pervers de l'arrêt *Kudla* sur la charge de travail de la Cour, comme le contentieux administratif qui n'offre pas, à ce jour, de recours effectif.

Qu'en sera-t-il également de la violation continue du droit à la durée raisonnable d'une procédure ou de la violation conjuguée de plusieurs droits garantis par la Convention ?

Selon les enseignements de la décision sur la recevabilité de l'affaire *Papon*, il semblerait que le justiciable soit obligé en cas de violation de l'article 6 par. 1 (violation de la durée raisonnable) cumulée avec une autre violation, de porter d'une part le contentieux de l'article 6 par. 1 devant le juge national et, d'autre part, celui de l'autre violation devant la Cour de Strasbourg.

Les praticiens ont des jours heureux pour l'avenir.

"Les Annonces de la Seine", 14 mai 2001, p. 2 ; Obs. Jean-François FLAUSS, "Le droit à un recours effectif au secours de la règle du délai raisonnable : un revirement de jurisprudence historique", *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 2002, p. 179.

## Débats

### Mme Legrand (Conseiller prud'hommal)

Je suis une ancienne étudiante de Sceaux et je me permets d'intervenir par rapport à ce que vous venez de dire à propos de la Cour de cassation, concernant les relations entre les avocats et l'Avocat général. Je suis surprise parce qu'en tant que conseiller aux prud'hommes, lorsqu'on a des personnes qui forment des pourvois en cassation sans passer par des cabinets d'avocats, il n'y a aucun contact. Cela voudrait dire qu'il y a quelque part une disparité. Pourquoi en est-il ainsi, car cela est vraiment choquant ?

### M. Régis de Gouttes

C'est une très bonne question. Je répondrai que le droit d'accès au juge doit être un droit d'accès effectif. Or, devant la Cour de cassation, comme devant le Conseil d'Etat, où le débat est de pur droit, très technique, complexe, le droit d'accès d'une personne non juriste, ou non experte en la matière, serait un droit d'accès illusoire. Si l'on veut que ce droit d'accès soit effectif, il faut nécessairement que cette personne puisse être défendue par un avocat spécialisé. Par conséquent, pour répondre à votre question, la solution est dans la possibilité pour toute personne de recourir à un avocat spécialisé – c'est-à-dire les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation – avec le bénéfice d'une aide juridictionnelle élargie, de façon à ce qu'il n'y ait pas d'obstacle à cette possibilité d'être assisté. En dehors de cela, dire qu'une personne sans aucune expertise en droit va pouvoir se défendre devant la Cour de Cassation revient à proclamer un droit véritablement illusoire.

### Mme Legrand

C'est sûrement vrai. Néanmoins, je me permets d'insister parce qu'étant conseiller aux prud'hommes je n'apprendrai à personne que l'origine d'un recours, c'est forcément un syndicat employeur ou salarié. Donc à partir de ce moment-là, les organisations syndicales quelles qu'elles soient aident tant le collègue des employeurs que les salariés. Et les pourvois en cassation sont très souvent aidés, puisque dans le cas où le pourvoi est formé par le salarié, il n'y a pas de pouvoir spécial de la part du défenseur. Le salarié adresse un pourvoi qui est le plus souvent rédigé par une des organisations syndicales. Je m'étonne aussi parce que cela signifie qu'un droit est bafoué et que la loi n'est pas respectée, puisqu'on nous dit que c'est un problème difficile et qu'il vaudrait mieux voir quelqu'un ayant des connaissances, c'est-à-dire un avocat spécialisé... Il faut savoir que souvent le demandeur est un salarié dans une situation difficile. Tout à l'heure Mme le juge Tulkens nous a fait remarquer qu'il y avait une disparité au niveau de la Cour de cassation sur l'appréciation d'un préjudice qui serait financier et moral. Effectivement, si quelqu'un attend une décision pour pouvoir faire connaître un droit et que

la durée de la procédure est de huit à dix ans, est-ce que cela signifie que la justice est à deux vitesses : d'un côté, celui qui a les moyens de se payer un avocat pour le pourvoi en cassation (soit quinze mille francs pour la procédure, parce que l'aide juridictionnelle ne couvre pas tout) et de l'autre, la personne qui n'a aucune ressource, qui est dans une situation financière difficile et n'a pas le droit à la justice ?

### M. Régis De Gouttes

Vous posez un problème sérieux, mais je crois, une fois de plus, que l'intérêt du salarié isolé, qui veut aller jusqu'au pourvoi en cassation, c'est de pouvoir bénéficier de l'aide d'un avocat spécialisé, avec une aide juridictionnelle très élargie. Il n'y aura plus d'obstacles pour le salarié qui se trouve sans moyens s'il est assuré d'avoir une aide juridictionnelle pour avoir recours à un avocat spécialisé. Certes, je comprends le problème très particulier que cela peut poser aux organisations syndicales qui viennent, en effet, présenter leurs observations devant la chambre sociale de la Cour de cassation. Mais, en termes d'effectivité, c'est sans doute aller dans le meilleur sens de la défense du salarié que de lui permettre d'avoir l'assistance d'un homme de loi spécialisé, à la condition qu'il n'y ait plus de barrage financier. Cet obstacle sera levé si l'on généralise le ministère d'avocat obligatoire à la Cour de cassation, assorti d'une aide juridictionnelle étendue et renforcée.

### Mme Claire D'Urso

Plusieurs d'entre vous ont parlé en fait de la mise à mal du contradictoire à travers l'arrêt *Krombach*, et d'autres affaires. Peut-on en tirer comme conséquence que vous les interprétez comme une affirmation par la Cour du droit de ne pas comparaître ? Est-ce cela votre interprétation ?

D'autre part sur l'article 3 dans l'affaire *Papon*, en fait, il y a une irrecevabilité qui est prononcée, mais Mme Tulkens faisait effectivement référence, à la fin de cet arrêt, à l'âge et à la détention. Comment l'interprétez-vous pour l'avenir ?

### M. Olivier Bachelet

Sur la première question posée par Mme d'Urso : effectivement, la Cour européenne n'octroie pas un droit à la non représentation, mais, en pratique, les effets des arrêts vont mener à la reconnaissance d'un tel droit. En effet, quel est le moyen pour une juridiction du fond de s'assurer de la présence de la personne qui est poursuivie ? Ce sera de reporter l'audience, comme le prévoit le Code de procédure pénale, et, éventuellement, de délivrer un mandat d'amener ou d'arrêt. Tout dépendra donc des diligences policières et de la possibilité de retrouver la personne mise en cause. Si, en fin de compte, on ne la retrouve pas, un jugement par défaut ou par contumace

devra être organisé au sein duquel la personne mise en cause pourra être représentée. Un tel droit de représentation inconditionné peut donc s'analyser, en pratique, comme un véritable droit à ne pas être présent à son procès. La Cour européenne n'envisage comme sanction éventuelle de l'absence du prévenu, non le refus du droit à la représentation, comme le démontre l'arrêt *Krombach*, mais plutôt le droit d'exercer un recours, qu'il s'agisse du droit à une voie de rétractation ou du droit au pourvoi en cassation. Ainsi, dans l'arrêt *Medenica*, la Cour affirme que les autorités suisses ont pu valablement refuser à un individu la voie de l'opposition en raison de son absence injustifiée à l'audience. La Cour organise donc la sanction autour de l'exercice des voies de recours. Mais le problème demeure entier quant à la représentation. La jurisprudence de la Cour débouchera donc sur un procès fictif qui, finalement, ne mettra en jeu que de simples représentants et qui n'aboutira pas forcément à la manifestation de la vérité puisque le principe du contradictoire est totalement nié dans ces hypothèses.

#### Me Michel Puechavy

Sur la deuxième question posée par Mme d'Urso, j'ai partiellement répondu, puisque j'ai cité la phrase de la première décision sur la recevabilité du 7 juin 2001 dans laquelle la Cour a indiqué que "dans certaines conditions, le maintien en détention pour une période prolongée d'une personne d'un âge avancé pourrait poser problème sous l'angle de l'article 3 de la Convention, mais qu'il convenait dans chaque cas d'avoir égard aux circonstances de l'espèce". Comme je l'ai dit tout à l'heure, il ne s'agit pas d'une décision de principe. Mme Tulkens, vous avez très bien évoqué ce matin la question qui se pose à la Cour, à savoir rendre un arrêt de principe ou prononcer un arrêt s'en tenant strictement aux faits de l'espèce. La même voie a été choisie par la Cour pour les délinquants mineurs, arrêts *Nortier c/Pays* (1993) et *Robert Thompson c/Royaume-Uni*. Dans cette affaire, un enfant de dix ans était responsable avec un garçon du même âge de l'assassinat d'un enfant de deux ans. Il avait été condamné à une peine de prison dont la durée était à la "discretion de Sa Majesté". Je crois que la question de sa libération s'était posée à l'âge de dix-sept ans après sept ans d'incarcération. Il n'y eut pas d'arrêt de principe mais uniquement une décision fondée sur les faits de l'espèce.

### ***L'équité de la procédure en matière pénale***

#### **Accès à la Cour de cassation et computation du délai de recours (arrêt Tricard du 10 juillet 2001)**

par

**Vincent DELAPORTE**  
Avocat aux Conseils

En juin dernier, j'ai eu l'occasion avec quelques confrères de visiter une juridiction établie dans un pays proche. Nous y avons été accueillis très aimablement par le Président qui nous a exposé le déroulement de la procédure. Lorsqu'une requête a été déposée, le Président prend contact avec toutes les parties concernées, pour organiser un rendez-vous au cours duquel devra être arrêté un calendrier de la procédure. Comme les parties ne se mettent pas toujours d'accord à ce sujet, et que notamment le demandeur ne sait pas trop bien ce qu'il va demander ni s'il va persister dans sa demande, on convient parfois, lors de ce premier rendez-vous, de se revoir dans six mois. Après éventuellement plusieurs reports dans les mêmes conditions, un calendrier est fixé pour l'échange des mémoires, puis des plaidoiries, avec toujours la faculté pour une des parties de demander des délais supplémentaires le cas échéant.

Nous étions à La Haye, devant la Cour internationale de Justice, dont la compétence est limitée aux litiges entre Etats, qui n'a jamais enregistré plus de cinq à six requêtes par an, dont beaucoup sont restées sans suite. Entre sa création en 1946 et le 31 juillet 1996, la Cour internationale de Justice a eu à connaître de 74 affaires contentieuses dans lesquelles elle a rendu 61 arrêts. Pour être juste, il faut ajouter à cette activité contentieuse une activité consultative : à ce titre, elle a été saisie de 22 affaires dans lesquelles elle a rendu 23 avis.

Nous nous regardions avec mes confrères et, sur le visage de chacun, on pouvait lire un rêve : des procédures sans délais !

Car les auxiliaires de justice vivent sous la terreur permanente des délais : les délais exigés par les clients impatientes, les délais de prescription, de forclusion, les délais d'appel, les délais d'opposition, les délais de pourvoi, les délais de mémoire, assortis des sanctions les plus diverses : irrecevabilité, déchéance, forclusion, désistement d'office.

Quand le délai est fixé par le client, il est négociable. C'est un peu plus difficile lorsque le délai est fixé par le magistrat, qui est soucieux de l'évacuation des affaires par sa juridiction. Mais toute discussion est impossible et la sanction tombe automatiquement quand le délai est fixé par la loi, sans prorogation possible. L'auxiliaire de justice n'est pas responsable d'une décision défavorable, lorsque celle-ci est rendue sur le fond. Mais quand la décision de justice constate le non-respect des délais, le client comprend immédiatement à qui en incombe la faute.

Ce n'est du reste pas nécessairement l'auxiliaire de justice qui est fautif, car le client fait parfois lui aussi preuve de négligence dans la conduite de la procédure, en ne donnant pas ses instructions en temps utile, en n'accomplissant pas ses obligations financières envers ses conseils... Mais dans tous les cas, il devra avoir été averti de la sanction attachée au non-respect de ce délai. Cette catégorie de clients négligents constitue une charge assez lourde pour tous nos cabinets, qui doivent prévenir une éventuelle action en responsabilité dans des affaires où manifestement on voit immédiatement qu'elles n'auront aucune suite et que le client ne ré pondra jamais.

S'il est un point sur lequel le droit peut paraître arbitraire, c'est bien en matière de délai : pourquoi les délais d'appel et de pourvoi sont-ils en principe de un et deux mois ? On pourrait aussi bien fixer des délais de cinq et dix semaines. Pourquoi sanctionner par une irrecevabilité ou une déchéance un recours formé le lendemain de l'expiration du délai, avec un retard d'un jour seulement ?

La jurisprudence est en général avare de justifications. Lorsqu'une irrecevabilité ou une déchéance est constatée, le juge se borne à rappeler le délai, et à constater que la formalité a été accomplie après celui-ci, et la sanction tombe alors sans autre explication.

C'est pourquoi on doit rendre grâce à la deuxième chambre civile d'avoir rendu le 12 juillet dernier un arrêt très intéressant, qui donne la justification tant des délais que de leurs sanctions.

Dans la procédure de droit commun du pourvoi en cassation, deux délais s'imposent au demandeur : d'abord déposer la déclaration de pourvoi dans les deux mois de la signification du jugement attaqué ; ensuite, déposer et signifier le mémoire ampliatif, qui développe les moyens de cassation, dans les cinq mois suivant la déclaration de pourvoi. Dans l'affaire jugée le 12 juillet 2001, le premier délai avait été respecté. Quant au second, il l'avait été imparfaitement : le mémoire ampliatif avait bien été déposé au greffe de la Cour de cassation dans les cinq mois, mais il n'avait été signifié au défendeur que quelques jours après l'expiration de ce délai.

Le défendeur opposait donc la déchéance du pourvoi en raison de la tardiveté de cette signification. Et pour éviter la déchéance, le demandeur au pourvoi faisait valoir qu'il n'était pas responsable de la tardiveté de la signification, qui était imputable à une négligence de l'huissier de justice qui en était chargé. Et le demandeur au pourvoi poursuivait en affirmant qu'une déchéance automatique le priverait de son droit d'accès à un tribunal au sens de l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne.

La deuxième chambre civile a apporté à cette argumentation une réponse magistrale :

“ Mais attendu que les délais de procédure impartis par la loi à peine d'irrecevabilité, de forclusion, de déchéance ou de caducité sont nécessaires au bon déroulement des procédures et contribuent au procès équitable, dès lors qu'ils assurent la sécurité juridique, le respect des droits de la défense, du principe de la contradiction et du délai raisonnable ; que les défaillances des auxiliaires de justice chargés de délivrer les actes, si elles justifient des actions en responsabilité, ne peuvent atteindre l'efficacité des sanctions attachées à la méconnaissance de ces délais ; d'où il suit que la déchéance du pourvoi ne peut être constatée ” (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 12 juillet 2001, *Bull. civ. II*, n° 140, p. 94).

Si contraignants que soient les délais, il faut bien en admettre la nécessité :

- ils assurent la sécurité juridique, car le délai de recours n'intéresse pas seulement celui qui le forme, mais également son adversaire ;
- la signification du mémoire dans le délai assure également les droits de la défense, en permettant à cet adversaire d'apporter la contradiction, en temps utile ;
- ils garantissent également le délai raisonnable dans lequel doit intervenir la solution du litige, en évitant que l'une des parties la retarde à sa convenance.

Il est vrai que l'application stricte de ces délais peut conduire à des solutions d'une extrême sévérité et paraître parfois disproportionnée au but recherché. Mais l'absence ou l'élasticité des délais favoriserait un relâchement préjudiciable à la bonne administration de la justice. Quand un délai peut être discuté ou prorogé, les parties risquent d'abuser de la marge de liberté qui leur est laissée. Et si la méconnaissance des délais entraîne souvent la mise en jeu de la responsabilité des auxiliaires de justice, cette responsabilité constitue un aiguillon efficace : notre vigilance est accrue du fait que notre responsabilité risque d'être engagée en cas de dépassement des délais.

La nécessité des délais étant ainsi posée, il arrive que le législateur ait la main trop lourde et que la sanction frappe aveuglément les parties qui n'avaient strictement aucune possibilité d'accomplir une formalité dans le délai imparti par la loi.

Tel a été le cas dans l'affaire *Tricard*, où la Cour européenne a infligé à la France un nouveau constat de violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

L'origine de l'affaire se trouve dans une procédure pénale dont avait fait l'objet M. Tricard, qui réside en Polynésie française. Une information avait été ouverte des chefs de fraude fiscale, corruption et concussion. Comme l'affaire impliquait certains officiers de police judiciaire, peut-être des élus locaux, le procureur de la République de Papeete, en application des textes alors applicables, avait saisi la Cour de cassation d'une requête aux fins de voir désigner la juridiction chargée de l'instruction.

La chambre criminelle de la Cour de cassation avait ainsi désigné la chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris, par un arrêt du 4 janvier 1995. M. Tricard a été mis en examen en avril 1995. Ensuite, le 20 octobre 1995, il présentait à la chambre d'accusation une requête sollicitant l'annulation de certaines pièces de la procédure.

Cette requête devait être rejetée par un arrêt de la chambre d'accusation de la Cour de Paris du 29 janvier 1996. La notification de cet arrêt a été faite par une lettre datée du 30 janvier, envoyée à Tahiti et précisant que le délai pour former le pourvoi était de cinq jours francs à compter de l'envoi de cette lettre. Cette lettre recommandée fut remise au requérant le 6 février, c'est-à-dire après l'expiration du délai qui avait commencé à courir du jour de l'envoi, le 30 janvier. Je rappelle en effet que dans le délai franc, on ne compte ni le premier ni le dernier jour. Par conséquent, un délai franc de cinq jours partant du 30 janvier commence à courir le 31 janvier ; le cinquième jour correspond donc au 4 février ; et comme on ne compte pas ce dernier jour, le pourvoi pouvait encore être formé le 5 février. Mais quand M. Tricard a reçu la lettre le 6 février, le délai était expiré depuis la veille.

Il faut également ajouter ici qu'en matière pénale, le pourvoi est formé au greffe de la juridiction qui a rendu la décision. M. Tricard, qui avait reçu à son domicile à Papeete la lettre de notification le 6 février, aurait donc dû déposer son pourvoi la veille au greffe de la Cour d'appel de Paris.

Ignorant que le délai de pourvoi avait déjà couru du jour de l'envoi de la lettre, M. Tricard a calculé son délai de pourvoi à compter de la réception de la lettre de notification le 6 février et il faisait déposer un pourvoi en cassation le 12 février par un avoué à la Cour d'appel de Paris.

La Cour de cassation déclara donc irrecevable comme tardif le pourvoi formé le 12 février, alors qu'il aurait dû l'être le 5 février.

C'est ainsi que M. Tricard a saisi la Cour européenne des droits de l'Homme en faisant valoir qu'il n'avait pas bénéficié d'un procès équitable, puisque le délai de pourvoi avait été calculé dans des conditions qui rendaient impossible l'exercice de ce recours.

Les notifications prévues par le Code de procédure pénale, sauf les cas où elles se font par voie de signification, c'est-à-dire par acte d'huissier, doivent être faites par lettre recommandée. Et s'attachant à la lettre du Code, qui prévoit la lettre recommandée simple, mais non la lettre recommandée avec accusé de réception, la chambre criminelle considère que la notification est réputée réalisée par l'envoi de la lettre recommandée. Et si la notification fait courir un délai, ce délai court donc de cet envoi, indépendamment de la date de réception effective de la lettre.

C'est là, à mon sens, une interprétation qui ne s'impose pas : quand la loi prescrit une notification, c'est dans le but qu'elle soit reçue par son destinataire ; la prescription d'une lettre recommandée vise à garantir la remise effective de la lettre. Car même s'il s'agit d'un recommandé simple, l'accusé de réception peut toujours être demandé postérieurement et la Poste est toujours en mesure de justifier si la lettre a été remise ou non et dans l'affirmative à quelle date.

Je pense que ce ne serait pas un gros effort d'interprétation de dire qu'une notification par lettre recommandée n'est réputée faite qu'à la date de sa remise au destinataire. Telle est la règle retenue en procédure civile, et elle fonctionne sans difficulté majeure.

La solution contraire retenue en matière de procédure pénale fonctionne tant bien que mal :

- en général, la lettre recommandée parvient dans un délai suffisant pour permettre l'exercice du recours ;
- souvent l'avocat ou un avoué, surveille le prononcé de la décision pour alerter le client de son contenu et lui demander ses instructions ;
- exceptionnellement, la juridiction ferme les yeux sur le dépassement des délais.

Et c'est probablement à cette dernière pratique que le gouvernement français avait voulu se référer en faisant valoir, devant la Cour européenne, qu'il existerait devant la chambre criminelle une procédure de relevé de forclusion, qui permettrait à la Cour de cassation d'admettre la recevabilité de pourvois tardifs lorsque les circonstances établissent que le demandeur au pourvoi, sans faute de sa part, se trouvait dans l'impossibilité de faire sa déclaration de pourvoi dans le délai légal.

Le gouvernement français faisait valoir pour sa défense qu'en l'espèce, M. Tricard, représenté par un avocat devant la Cour de cassation, n'avait pas fait état d'une telle impossibilité pour justifier son pourvoi tardif.

Sans être totalement imaginaire, ce moyen de défense ne pouvait être accueilli par la Cour européenne. En effet, on ne trouve aucune mention de cette procédure de relevé de forclusion dans le Code de procédure pénale.

On n'en parle pas non plus dans les ouvrages de doctrine ou de procédure. Et le bulletin de la chambre criminelle qui représente sa doctrine officielle, n'en fournit aucune trace. De fait, les arrêts sont totalement muets sur ce point. Il arrive bien qu'un mémoire tente de justifier la recevabilité d'un pourvoi tardif en avançant des circonstances établissant l'impossibilité de déposer la déclaration de pourvoi dans le délai légal. Mais en ce cas, l'arrêt de la chambre criminelle n'en parle pas : soit elle statue au fond sans s'expliquer sur la recevabilité du pourvoi, soit elle constate l'irrecevabilité du pourvoi sans davantage répondre au mémoire, ni donner d'explication sur son refus d'admettre les justifications avancées.

Il n'y a donc pas, contrairement à ce qu'affirmait le gouvernement français, une véritable procédure de relevé de forclusion, mais seulement une pratique discrétionnaire qui ne pallie pas les insuffisances du principe suivant lequel une notification par lettre recommandée est réputée faite au jour de l'envoi de cette lettre, et non à celui de la remise.

Le gouvernement français avait également tenté un moyen de défense voué à l'échec et tiré de ce que M. Tricard aurait pu faire une élection de domicile en métropole, où les notifications auraient pu lui être adressées. Mais d'une part, aucun texte ne rendait obligatoire cette élection de domicile en métropole ; et d'autre part, quand bien même elle aurait été faite, le mandataire qui aurait reçu cette notification aurait dû prendre les instructions de M. Tricard pour exercer un recours et l'exercice de ce recours n'aurait donc pas été pour autant facilité.

Il fallait donc se rendre à l'évidence :

- le délai de cinq jours imposé à une personne résidant à Papeete pour déposer un pourvoi en cassation au greffe de la Cour d'appel de Paris est excessivement court ;
- son respect était impossible dès lors que le délai était expiré la veille du jour où M. Tricard avait reçu la lettre.

La condamnation de la France dans cette affaire paraissait inévitable. La Cour européenne ne dénie pas la nécessité et l'utilité des délais de procédure qui assurent une bonne administration de la justice et la sécurité juridique. Elle rappelle que c'est au premier chef aux autorités nationales et notamment aux cours et tribunaux qu'il incombe d'interpréter la législation interne.

Toutefois, ajoute-t-elle, " les règles en question, ou l'application qui en est faite, ne devraient pas empêcher le justiciable d'utiliser une voie de recours disponible ". Et si elle admet la légitimité du but de la computation du délai de pourvoi, elle estime que ce délai était en l'espèce insuffisant, puisque le recours n'était pas simplement difficile, mais strictement impossible.

A ainsi été condamnée une nouvelle disposition du Code de procédure pénale.

Il reste à en déterminer la portée exacte : faut-il généraliser, tant en procédure pénale qu'en procédure civile, l'idée qu'un délai est inopposable à une partie qui, sans faute de sa part, n'a pas été informée de l'événement qui le fait courir ? Le cas se présente il est vrai assez rarement, car la loi, heureusement, prévoit des garanties.

Dans la plupart des cas les délais courent d'un événement que les parties connaissent ou peuvent facilement connaître. Lorsqu'un délai de recours part du jour du prononcé d'une décision, les parties sont informées de la date à laquelle la décision sera rendue ; et le délai ne court donc pas quand cette information n'est pas donnée. Quand le délai part d'une signification, celle-ci est assujettie à des règles qui assurent la connaissance effective de l'acte. Si ces règles ne sont pas respectées, la signification sera nulle et n'aura fait courir aucun délai.

Il subsiste cependant des cas où la signification, bien que n'ayant pas touché son destinataire, n'en est pas moins régulière et fait par conséquent courir le délai (PV de recherches infructueuses : nouveau Code de procédure civile, art. 659 ; signification à parquet étranger : art. 684 et s.). Y a-t-il alors nécessairement négation du droit à un procès équitable ? Non, car il existe alors une soupape de sûreté : l'article 540 du nouveau Code de procédure civile aménage la possibilité d'un relevé de forclusion en cas d'appel ou d'opposition formés tardivement, à la condition que la partie, sans faute de sa part, n'ait pas eu connaissance du jugement en temps utile pour exercer son recours ou qu'elle se soit trouvée dans l'impossibilité d'agir.

La loi prévoit également d'autres garanties : lorsque la représentation est obligatoire, le jugement doit être préalablement signifié à l'avocat ou à l'avoué, qui peut ainsi informer son client ; lorsqu'une partie réside dans un département ou territoire d'outre-mer, ou à l'étranger, elle bénéficie d'un délai de distance.

Notre procédure civile prévoit donc de solides garanties qui rendent très rare l'hypothèse réalisée dans l'affaire *Tricard*, où un délai a pu courir sans palliatif possible contre une partie qui n'en était pas informée. C'est ce qui a permis à la Cour de cassation, dans un arrêt du 2 mai 2001, de rejeter le grief tiré de l'article 6 § 1 par une partie dont l'appel avait été déclaré irrecevable, alors que le jugement lui avait été signifié par un procès-verbal de recherches infructueuses.

La Cour de cassation a répondu que cette signification " fait courir le délai d'appel sans être contraire à l'exigence d'un procès équitable, dès lors que la régularité de cette signification, soumise par la loi à des conditions et modalités précises et à des investigations complètes de l'huissier de justice,

peut être contestée et que son destinataire dispose d'une procédure de relevé de la forclusion encourue" (Cass. Com. 2 mai 2001, *Bull. Civ. IV*, n° 79, p. 77).

Je rappelle qu'un tel procès-verbal ne peut tenir lieu de signification que sous des conditions très strictes : il doit constater que le destinataire n'a ni domicile, ni résidence, ni lieu de travail connu, et l'acte doit encore mentionner les investigations de l'huissier pour trouver le nouveau domicile. C'est seulement lorsque ces investigations n'ont rien donné que l'huissier peut dresser ce procès-verbal de recherches infructueuses. Et quand toutes ces conditions sont réunies et que le procès-verbal de recherches est régulièrement établi, l'intéressé peut toujours demander à être relevé de la forclusion. Toutes les garanties sont donc ainsi assurées lorsque la voie de recours est l'appel ou l'opposition.

En revanche, force est de constater que ces garanties ne sont pas données pour le pourvoi en cassation, puisqu'aucune procédure de relevé de forclusion n'existe, ni en matière pénale, ni en matière civile. Il y a là sans doute une lacune que l'arrêt *Tricard* devrait conduire à combler.

## ***L'équité de la procédure en matière pénale***

### **Curatelle et équité de la procédure (arrêt Vaudelle du 30 janvier 2001)**

par

**Claire D'URSO**

Chef du Bureau des droits de l'Homme,  
SAEI, Ministère de la Justice

Lorsque l'on est en charge de la mise en place et du suivi des mesures de protection des majeurs, on se trouve immanquablement confronté à la difficulté de trouver le point d'équilibre entre la protection de l'intéressé et celle de ses libertés.

Cette recherche s'avère extrêmement compliquée, dans le cadre du régime de conseil et de contrôle et non de représentation que constitue la curatelle.

L'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Vaudelle c/France* en est une illustration.

C'est M.Alain Vaudelle qui, en sa qualité de curateur de son père, M.Marcel Vaudelle, et en son nom propre saisit la Commission européenne des droits de l'homme le 7 août 1996 (il s'agit de l'ancienne procédure, modifiée depuis l'entrée en vigueur du Protocole 11 à la Convention).

Il indiquait dans ce courrier qu'alors même qu'il avait averti la Gendarmerie, en charge d'une enquête relative à une plainte pour attouchements sexuels à l'encontre de deux mineurs déposée contre son père, que ce dernier était placé sous curatelle, il n'avait pas été avisé des suites de la procédure.

Il avait en conséquence appris la condamnation de son père par le Tribunal correctionnel de Tours, au moment de l'arrestation de ce dernier à son domicile.

Il prétendait que le jugement de placement sous curatelle établissait pourtant que M. Marcel Vaudelle ne se trouvait plus en capacité d'exercer ses droits, état de fait confirmé, selon le requérant, par les expertises réalisées à la demande d'abord, du juge des tutelles du 16<sup>ème</sup> arrondissement de Paris, puis du juge des tutelles de Loches, qui

concluait à une “ faiblesse mentale ” et à “ la nécessité pour l’intéressé d’être aidé pour réaliser tous les actes de la vie civile ”.

Il soutenait en conséquence, qu’il y avait eu violation de l’article 6 § 3 a) de la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales qui dispose que “ Tout accusé a droit notamment à être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu’il comprend et d’une manière détaillée, de la nature et de la cause de l’accusation portée contre lui ”.

Le requérant soulevait par ailleurs, la violation de l’article 6 § 3b) et d) de la Convention, aux motifs que dans le cadre de la procédure en appel de la décision du juge des tutelles de Loches l’ayant destitué de son mandat de curateur, il n’avait pas disposé du temps nécessaire à la préparation de sa défense et en conséquence, n’avait pas eu la possibilité d’obtenir la convocation de témoins à décharge.

La Commission n’interrogera cependant le Gouvernement français que sur le premier grief, en demandant si l’on pouvait considérer que les droits de la défense garantis par l’article 6 § 3 de la Convention et plus particulièrement 6 § 3 a), b) et c) avaient été respectés dans le cadre de la procédure pénale qui avait conduit à la condamnation de M. Marcel Vaudelle, dans la mesure où :

- d’une part, il avait été le seul informé de la procédure et convoqué à l’audience, à l’exception de son curateur,
- d’autre part, il n’avait pas participé personnellement, ni été représenté par un avocat ou son curateur à l’audience
- et où, enfin, le jugement de condamnation avait été signifié à lui seul, à l’exclusion du curateur, de sorte qu’il n’avait pas été fait appel dans les délais.

Afin de permettre un meilleur examen des questions ainsi soulevées par la Commission, il convient de rappeler le déroulement des faits et de la procédure en cause.

Le 16 février 1995, une plainte était déposée contre M. Marcel Vaudelle, domicilié à Sepmes, pour avoir à plusieurs reprises depuis le début de l’année 1995, commis des attouchements sexuels sur un mineur âgé de 8 ans.

Au cours de l’enquête, il apparaissait que M. Vaudelle s’était rendu coupable de faits similaires en 1992 et 1993, sur deux autres mineurs.

Entendu le 20 février 1995 par les services de la gendarmerie, M. Marcel Vaudelle reconnaissait s’être livré aux attouchements décrits sur deux des mineurs.

L’enquêteur notait dans le procès verbal de synthèse que M. Vaudelle se trouvait sous la “ tutelle ” de son fils Alain, domicilié à Paris, et y annexait l’ordonnance du juge des tutelles de Paris, en date du 7 novembre 1994, désignant ce dernier en qualité de mandataire spécial.

Il sera effectivement placé sous curatelle, aux termes d’un jugement rendu le 29 mars 1995 par le juge des tutelles du 16<sup>ème</sup> arrondissement de Paris.

Aussi et bien qu’il fut indiqué dans un certificat médical en date du 11 mars 1995 produit à la demande des services de la gendarmerie par M. Marcel Vaudelle que celui-ci ne présentait pas “ de trouble psychopathologique évident ”, un examen psychiatrique était ordonné par le Tribunal de grande instance de Tours.

M. Marcel Vaudelle n’a cependant pas déféré aux deux convocations successives adressées par l’expert.

Il était cité à comparaître par lettre recommandée dont il accusait réception le 7 octobre 1995, devant le Tribunal correctionnel de Tours.

En l’absence non justifiée du prévenu, le Tribunal correctionnel prononçait à son encontre, le 19 octobre de la même année, un jugement contradictoire à signifier le déclarant coupable d’atteintes sexuelles avec violence, contrainte, menace et surprise sur des mineurs âgés de moins de quinze ans, le condamnant en répression à une peine d’emprisonnement de douze mois, dont huit avec sursis et mise à l’épreuve et allouant aux victimes des dommages et intérêts.

Cette décision sera signifiée à personne, le 5 décembre 1995.

En l’absence d’appel, dans le délai légal, M. Marcel Vaudelle, était incarcéré du 16 avril au 9 juillet 1996.

La défense du Gouvernement s’articulait autour de deux axes principaux :

-à titre principal, il soutenait que M. Marcel Vaudelle n’avait pas la qualité de victime, dans la mesure où le régime de protection de la curatelle ne constituait pas un régime de représentation et où, en conséquence, la situation juridique comme de fait de l’intéressé ne justifiait pas qu’il soit représenté à l’instance pénale, ni que son curateur soit destinataire du jugement de condamnation ;

-à titre subsidiaire, que le grief était manifestement mal fondé dans la mesure où les expertises comme les auditions versées au dossier attestaient de l’aptitude de l’intéressé à comprendre les enjeux de la procédure pénale ; que contrairement à ce que soutenait l’intéressé, on ne pouvait déduire du placement sous curatelle qui n’instituait pas un régime de représentation,

une incapacité de l'intéressé à agir ; que par conséquent, si cette thèse était retenue par la Commission, M. Marcel Vaudelle n'avait pas épuisé les voies de recours internes, comme n'ayant pas interjeté appel de la décision le condamnant et en tant que tel, était irrecevable en sa demande.

Le requérant y répliquera en faisant valoir qu'il y avait eu rupture dans l'égalité des armes puisque M. Marcel Vaudelle se trouvait dans un état d'infériorité physique et mentale ; que d'ailleurs son placement sous curatelle en attestait ; qu'en effet, s'il avait été jugé que l'intéressé avait besoin d'une assistance pour ester en justice, en matière civile, cette assistance était a fortiori nécessaire, en matière pénale, dans laquelle les enjeux étaient encore plus importants.

Aux termes d'une décision en date du 23 mai 2000, la Cour européenne des droits de l'homme, à laquelle l'examen de la requête avait été transféré, en application de l'article 5§2 du Protocole n°11 à la Convention, déclarait recevable le premier grief relatif à la procédure pénale, après avoir reconnu la qualité de victime à M. Marcel Vaudelle et avoir considéré que la question de l'irrecevabilité de la requête pour non-épuisement des voies de recours internes devait être examinée en même temps que le fond ; en revanche, elle déclarait irrecevable le grief relatif à la procédure de destitution du curateur.

Elle décidait d'inviter les parties à présenter oralement, au cours d'une audience, des observations sur les questions complémentaires suivantes :

- Peut-on considérer que les droits de la défense garantis par l'article 6 de la Convention ont été respectés dans le cadre de la procédure pénale, compte tenu de son déroulement ?

En particulier, ses droits ont-ils été respectés alors que, déclaré majeur incapable et placé sous curatelle par un jugement indiquant qu'il ne pouvait " ester en justice sans l'assistance de son curateur " :

- Il a été le seul informé de la procédure pénale et convoqué à l'audience, à l'exclusion de son curateur ;

- Il n'a pas participé personnellement et n'a pas été représenté par un avocat ou par son curateur à l'audience alors qu'un jugement contradictoire a été prononcé contre lui ;

- Ce jugement dont il pouvait interjeter appel n'a été signifié qu'à lui seul, à l'exclusion de son curateur ?

On peut souligner l'évolution de la question posée par la Cour qui relève ici une incohérence entre l'ouverture d'un régime de protection, d'une part et la procédure suivie dans le cadre de la procédure pénale, d'autre part et non

plus les conséquences de la procédure suivie pour l'intéressé, comme elle l'avait fait dans les premières questions posées au Gouvernement.

L'audience eut lieu, le 19 septembre 2000.

Aux termes d'un arrêt en date du 30 janvier 2001, la Cour européenne des droits de l'homme, à l'unanimité, dit qu'il y avait eu violation de l'article 6 de la Convention et que l'État défendeur devra verser au requérant la somme de 50 000 francs pour dommage moral.

Le raisonnement suivi par la Cour mérite que l'on s'y attarde.

En effet, la Cour commence par relever que les autorités judiciaires ont respecté les droits procéduraux du requérant et lui ont donné les moyens d'assurer le respect des droits garantis par l'article 6 de la Convention.

Ce dernier, souligne-t-elle s'est vu en effet, notifier à personne, à la fois, la citation à comparaître devant le tribunal et la signification du jugement.

Pour autant, la Cour va considérer que la procédure suivie n'a pas assuré l'effectivité des droits garantis par l'article 6.

La Cour indique en effet, que les circonstances de l'espèce appelaient des diligences supplémentaires de la part des autorités compétentes.

Dans le paragraphe 58 de l'arrêt elle relève ainsi la gravité des faits qui sont reprochés au requérant (agressions sexuelles) ; la gravité en conséquence, de la peine encourue par l'intéressé ; l'importance d'une connaissance de la psychologique du prévenu dans cette affaire et l'avis du jugement de curatelle qui avait été transmis au Procureur de la République.

Elle considère que les autorités compétentes, saisies de faits graves et informées de l'existence d'un régime de protection, auraient dû en tirer les conséquences dans leur façon de conduire la procédure.

La meilleure preuve de la nécessité d'une instruction particulière de l'affaire est, aux yeux de la Cour, que dans un premier temps, le parquet avait d'ailleurs ordonné une expertise psychiatrique du prévenu.

Or, " .. en dépit de ce faisceau d'éléments...(et) alors même qu'il n'y a pas eu d'instruction préalable (puisqu'il s'agit d'une procédure sur citation directe), le jugement est prononcé en l'absence du requérant, d'un représentant à l'audience et sans éclairage psychiatrique ".

La Cour ne s'intéresse donc pas tant aux conséquences que la procédure suivie a eu sur les droits de la défense de M. Marcel Vaudelle, mais bien plutôt à la procédure qu'appelaient les circonstances de l'espèce.

De façon assez inhabituelle, elle suggère même des modalités de la procédure qui auraient permis une “ meilleure administration de la Justice ”.

Ainsi indique-t-elle dans le paragraphe 65 de l'arrêt que “ (les autorités compétentes) auraient pu.. sommer le requérant de se rendre à la convocation en vue de l'examen psychiatrique ainsi qu'à comparaître à l'audience et, à défaut, y faire assurer sa représentation par un curateur ou par un avocat ”.

L'opinion concordante du juge élu au titre de la France à la Cour, M. Jean Paul Costa montre clairement que la Cour s'est concentrée sur la façon dont a été conduite la procédure, plus que sur les conséquences effectives de celle-ci sur les droits de la défense de l'intéressé.

Au septième paragraphe de cette opinion concordante M. Costa indique, en effet, que “ dans le cas concret, on peut certes avoir de sérieux doutes sur le degré d'incapacité du requérant, dont l'altération des facultés a en tout cas fortement fluctué entre l'expertise du 16 septembre 1994, sur laquelle le juge des tutelles s'est fondé pour le placer sous le régime de la curatelle, et celle du 22 septembre 1996, demandée par un autre juge des tutelles, peu avant que le fils ne soit déchargé de ses fonctions de curateur ”.

Contrairement à ce que la Cour indique au paragraphe 55 de l'arrêt, il ne s'agit donc pas à notre sens d'une appréciation *in concreto* de l'espèce, mais bien plutôt, ainsi que le souligne l'opinion concordante de M. le juge Costa, d'une approche générale des effets en matière pénale, des régimes de protection.

La Cour s'est intéressée en quelque sorte, non pas à la violation des droits de la défense, sur laquelle elle ne conclut d'ailleurs pas, mais au processus qui aurait permis de s'assurer qu'il n'y avait pas eu de violation de ces droits.

Ce glissement s'explique par la présomption d'incapacité que la Cour tire de l'ouverture d'un régime de protection.

Or et c'est ce qui avait d'ailleurs fondé la demande de renvoi devant la Grande Chambre formée par le Gouvernement français, qui n'a pas été acceptée, il aurait pu être considéré que contrairement au régime de représentation que constitue la tutelle, la curatelle simple qui avait été ouverte au bénéfice de l'intéressé maintenait le majeur protégé en position d'acteur principal.

Dans le cadre de ce régime de protection, c'est en effet, le majeur protégé qui reçoit son courrier, ainsi que le juge des tutelles l'avait d'ailleurs rappelé au curateur dans la présente espèce, c'est également lui qui agit.

L'assistance du curateur est effectivement requise pour certains actes importants, tels qu'ester en justice en matière de droits non patrimoniaux, mais y compris dans ces hypothèses, l'acte du majeur protégé qui aurait agit seul demeure valable, sauf à démontrer qu'il lui a préjudicié.

Il s'agit de conseiller ou de contrôler l'intéressé, non de le représenter, ainsi que le rappelle d'ailleurs l'article 508 du Code civil qui indique : “ lorsqu'un majeur pour l'une des causes prévues à l'article 490, sans être hors d'état d'agir lui-même a besoin d'être conseillé ou contrôlé dans les actes de la vie civile, il peut être placé sous curatelle ”.

Il convient de souligner que ce régime de protection peut concerner des personnes oisives, prodigues ou encore intempérantes, dont la situation n'empêche pas qu'elles comprennent les tenants et aboutissants d'une procédure pénale menée à leur encontre, mais risque de mettre en péril leur situation financière.

Les textes relatifs à la protection des intérêts des majeurs protégés, contrairement à ceux relatifs aux mineurs, ne se sont intéressés en effet, qu'à l'aspect patrimonial de la protection.

C'est précisément la raison de la difficulté d'articulation entre le régime de protection et la procédure suivie au pénal à l'égard de l'intéressé, à laquelle s'est trouvée confrontée la Cour, dans la mesure où l'incapacité en matière “ civile ” ne correspond pas forcément à une incapacité en toute matière.

Le cas de M. Marcel Vaudelle en constitue une parfaite illustration puisque l'on peut relever l'attitude fort active du requérant qui s'est présenté devant la gendarmerie pour audition, s'est expliqué très clairement auprès du juge des tutelles en expliquant qu'effectivement il avait eu la convocation du Tribunal correctionnel, mais qu'il n'en avait pas informé le curateur parce qu'il s'agissait d'affaires privées et enfin qui s'est plaint de l'attitude du curateur auprès du juge des tutelles en l'accusant de détournements de fonds.

Il convient en outre d'insister sur le fait, comme le souligne d'ailleurs la Cour elle-même, que la comparaison personnelle du prévenu est un élément essentiel du processus pénal ; une attitude distincte, lorsque le prévenu bénéficie d'un régime de protection pourrait laisser entendre que l'ouverture d'un régime de protection implique une non-responsabilité pénale, ce qui n'est pas le cas.

De façon plus générale, on peut se demander si cette présomption d'incapacité posée par la Cour ne va pas à l'encontre de l'objectif poursuivi par le régime de protection instauré.

Il s'agit en effet, dans le cadre d'un régime de protection aussi léger que la curatelle simple de poser le principe du maintien d'une capacité sous

contrôle de l'intéressé ; ce n'est que si le contrôle permet de déceler que l'intéressé agit à l'encontre de son propre intérêt, que l'intervention d'un tiers se trouve justifiée.

C'est de fait un contrôle a posteriori qui s'exercera d'ailleurs, puisque le majeur protégé demeure destinataire dans le cadre de ce régime de protection de son courrier.

On peut comprendre que la Cour ait voulu insister sur la nécessité d'un contrôle a priori de la capacité en matière pénale, ce que l'on peut regretter c'est qu'en n'abordant pas les conséquences de cette absence de contrôle a priori dans le cas d'espèce, elle ait fait fi de la situation particulière de l'intéressé, ce qui peut apparaître contraire à l'objectif de protection visée.

## ***L'équité de la procédure en matière administrative***

### **Le rôle du Commissaire du gouvernement devant le Conseil d'Etat (arrêt Kress du 7 juin 2001)**

par

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

Ce début d'après-midi sonne l'heure de l'arrêt *Kress* : craint ou attendu, en tout cas, commenté, analysé, soupesé dans ses termes, dans ses perspectives et dans l'opinion partiellement dissidente commune à sept des juges de la grande chambre, y compris son président. ("Le commissaire du gouvernement et les exigences du procès équitable (l'arrêt *Kress* de la Cour européenne des droits de l'Homme du 7 juin 2001", *RFDA*, 2001, p. 991, dossier comprenant le texte de l'essentiel de l'arrêt, l'opinion partiellement dissidente, avec deux commentaires : B. Genevois, "Réconfortant et déconcertant", *ibid.*, p. 991 ; J.I. Autin et F. Sudre, "Juridiquement fragile, stratégiquement correct", *ibid.*, p. 1000 ; J. Andriantsimbazovina, *D.*, 2001, chron. p. 1188 (chronique publiée quelques jours avant l'arrêt *Kress*) ; J. Andriantsimbazovina, "Savoir n'est rien, imaginer est tout, libre conversation autour de l'arrêt *Kress* de la Cour européenne des droits de l'Homme", *D.*, 2001, chron., p. 2611 ; D. Chabanol, "Théorie de l'apparence ou apparence de théorie ? Humeurs autour de l'arrêt *Kress*", *AJDA*, 2002, p. 9 ; R. Drago, "Le Conseil d'Etat français et la Convention européenne des droits de l'Homme", *D.*, 2001, J, p. 2619 ; J.-F. Flauss, "La double lecture de l'arrêt *Kress*/France", *Les petites affiches*, 2001, n° 197, p. 13 ; Ch. Maubernard, "L'arrêt *Kress* c/France de la Cour européenne des droits de l'Homme : le rôle du commissaire du gouvernement près du Conseil d'Etat à la lumière de la théorie des "apparences", *R.D.P.*, 2001, chron. adm. p. 895 ; F. Rolin, "Le rôle du Commissaire du gouvernement du Conseil d'Etat au regard de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme", *AJDA*, 2001, p. 675 ; F. Sudre, "La compatibilité de l'institution du commissaire du gouvernement près le Conseil d'Etat à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme : l'arrêt *Kress* c/France ou le triomphe des "apparences", *JCP*, 2001 II 10578).

La procédure administrative française qui va aboutir à notre arrêt a duré une dizaine d'années, depuis l'accident vasculaire subi par Mme Kress le 8 avril 1986 au cours d'une intervention chirurgicale à Strasbourg jusqu'à l'arrêt du Conseil d'Etat du 30 juillet 1997.

Mme Kress ayant reçu réparation en 1991 pour une brûlure à l'épaule occasionnée par une tasse de thé verra cependant l'essentiel de sa demande rejetée aussi bien en première instance qu'en appel ou en cassation.

Devant ces échecs répétés le conseil de Mme Kress va songer à mettre en cause, outre la durée excessive de la procédure, le rôle du commissaire du gouvernement devant la Haute Assemblée en avançant le non respect de l'exigence du procès équitable et le principe de l'égalité des armes.

En l'espèce, la violation de l'article 6-1 de la Convention résulterait, selon la requérante, de trois éléments distincts :

- défaut de communication des conclusions avant l'audience ;
- impossibilité de répliquer au commissaire du gouvernement qui parle en dernier lieu à l'audience ;
- assistance du commissaire du gouvernement au délibéré quand bien même il ne vote pas.

Les deux premiers griefs sont rejetés par la Cour de Strasbourg qui va, en revanche, considérer qu'il y a violation de la Convention du fait de la participation du commissaire du gouvernement au délibéré de la formation du jugement.

Elle admettra par ailleurs que la durée de la procédure n'a pas été raisonnable.

C'est la sensibilité accrue du public aux garanties d'une bonne justice justifiant l'importance croissante attribuée aux apparences qui justifie la décision de la Cour en ce qui concerne la participation du commissaire du gouvernement au délibéré.

Ce raisonnement est très vivement critiqué sur ce point par les sept juges ayant émis une opinion commune partiellement dissidente.

Un arrêt réconfortant selon B. Genevois car il sauve l'essentiel de l'institution, mais un arrêt déconcertant, toujours selon B. Genevois, car il ébranle, sans grande justification, une "institution respectée et reconnue depuis un siècle et demi" (selon l'opinion commune partiellement dissidente).

Il nous paraît surtout qu'après avoir marqué un certain progrès dans la connaissance du fonctionnement de la juridiction administrative (I) , l'arrêt masque derrière cette apparence une incompréhension radicale de l'institution (II)

## I • Un progrès dans la connaissance du fonctionnement de la juridiction administrative

### A • De l'arrêt *Borgers* (1961) à l'arrêt *Kress* (2001)

Pourquoi la juridiction européenne s'intéresse-t-elle au fonctionnement des juridictions ?

En soi, l'interrogation est légitime, le droit au juge doit être apprécié dans son fonctionnement concret, l'effectivité et l'efficacité des procédures doivent être prises en compte au regard des exigences des articles 6 et 13 de la Convention ; la Cour de Strasbourg est dans son rôle lorsqu'elle entend le vérifier.

Cela étant, son rôle devient discutable et "sujet à caution" lorsqu'elle entend privilégier un type de juge et opposer deux systèmes qui ont chacun leurs justifications et leurs faiblesses mais qu'il ne faut certes pas juger ni rejeter ou adopter globalement.

A défaut, la jurisprudence de la Cour donne une apparence d'incertitude qui va à l'encontre de son rôle.

Ainsi, le raisonnement mené dans l'arrêt *Reinhard et Slimane Kaïd* (31 mars 1998) se trouve infirmé dans l'arrêt *Morel* (6 juin 2000) commenté par M.L. Niboyet l'an dernier (cf. Cahier du CREDHO, n° 7/2000).

Le rapporteur, le juge commissaire sont des institutions spécifiques à un système juridictionnel où le juge participe à l'instruction ce qui n'est pas le cas des juridictions anglo-saxonnes.

Mais on observera que la pratique de l'opinion dissidente est plus déroutante encore.

Plutôt que de condamner de manière abstraite il paraît plus conforme à l'esprit de la Convention de vérifier concrètement les garanties qu'offrent les différents systèmes et de proposer des solutions propres à les améliorer.

En ce sens, les arrêts rendus par la Cour de Strasbourg depuis dix ans témoignent avec des hésitations et des incertitudes propres à tout organisme collégial d'une certaine prise en compte de la réalité des juridictions

### B • Le rôle du commissaire du gouvernement

En dépit d'une littérature abondante, le rôle du commissaire du gouvernement n'est pas dégagé avec certitude dans ses origines.

Un ministère public, un juge détaché pour certains, il constituerait même une partie jointe ; Tony Sauvel, R. Guillien et les auteurs qui se penchent sur l'institution ne sont d'accord que sur son indépendance que les affaires *Reverchon* et *Gervaise* permettront de dégager.

En réalité, il s'agit d'une institution spécifique qui comme la juridiction administrative elle-même, est à l'origine de résultats suffisamment féconds pour qu'on ne la détruise pas au nom d'un juridisme abstrait (conclusions Rougevin-Baville sous CE, 25 janvier 1980, *Gadiaga et autres, Rec.*, p. 44).

C'est à cette approche que se sont ralliés les sept juges dans leur opinion commune partiellement dissidente : la Cour aurait dû "laisser intacte une institution respectée et reconnue depuis plus d'un siècle et demi".

Au fond en sauvant l'institution elle-même, mais en la privant d'une partie de ses prérogatives : assister au délibéré, la Cour reconnaît l'institution tout en l'affaiblissant. "La légère meurtrissure (...) d'une marche invisible et sûre, en a fait lentement le tour (...) n'y touchez pas, il est brisé" (Sully Prud'homme).

Etranger aux parties mais jouant un rôle dans la partie, son rôle essentiel est sauvegardé, mais son rôle plein et entier est irrémédiablement affecté.

## II • L'arrêt masque une incompréhension radicale

### A • Les deux conceptions du juge arbitre

Juge arbitre, soit, mais quel arbitre ? Celui qui dirige dès le début, oriente et intervient dans le débat pour le réguler et éventuellement rétablir un équilibre rompu, ou bien celui qui bien qu'absent des débats garde sa faculté de trancher car il reste en dehors ?

Un juge qui peut parler avant la décision et auquel on pourra répliquer par une note en délibéré dont le Conseil d'Etat admet maintenant la possibilité par un arrêt rendu un mois après l'arrêt *Kress* (CE, 12 juillet 2001, *Einhorn*).

La Cour est ainsi entendue dans ce que sa décision sur la réalité de la pratique de la note en délibéré avait de plus hypothétique...

Sans reprendre la notion d'allié objectif d'une des parties, comme elle l'avait fait dans l'arrêt *Reinhard et Slimane Kaïd*, la Cour pousse le plus loin possible l'exigence du contradictoire mais écarte le commissaire du gouvernement du délibéré car ayant parlé, ayant donné son opinion, sa présence va peser sur la discussion des autres juges même si l'on admet qu'il y assiste sans y prendre part.

### B • Le commissaire du gouvernement exclu du délibéré

En se fiant à l'apparence, la Cour a éludé le véritable problème posé par ce juge qui parle.

Certes, comme le rappellent les juges dissidents, l'institution est respectée et reconnue, et il est encore vrai de dire que si le commissaire du gouvernement a une opinion et l'exprime, il n'a pas pour autant manqué à son devoir d'objectivité dans l'examen personnel qu'il a fait du dossier et qui l'a conduit à sa prise de position.

Cela étant, la Cour semble avoir oublié que le commissaire du gouvernement peut peser sur le délibéré du Conseil d'Etat d'une façon très directe et importante.

L'article R 122-17 du Code de la juridiction administrative porte que le commissaire du gouvernement peut demander avant l'audience, ou même au cours du délibéré, que le jugement de l'affaire soit renvoyé à une autre formation de jugement.

La décision de renvoi peut peser de façon décisive sur le jugement de l'affaire et il est regrettable que la Cour de Strasbourg ne l'ait pas souligné.

Or, cette possibilité donnée par le Code de justice administrative n'est pas entièrement liée à la présence du commissaire du gouvernement lors du délibéré.

Ce rôle spécifique qui n'existe que devant le Conseil d'Etat est une réalité et non une apparence : la Cour aurait été bien avisée d'en faire mention.

### Conclusion

La leçon donnée par l'arrêt *Kress* est donc incertaine, le *satisfecit* sous réserve relève sans doute de l'adresse politique ou diplomatique, mais elle ne satisfait guère le juriste.

Faut-il rappeler à cet égard avec J. Kahn que ce qui fait le juge ce n'est pas la **nature** de la question qui lui est posée mais la **structure** de la réponse qu'il donne (*AJDA*, 1974, p. 38)

Il est temps que la Cour de Strasbourg délaisse les attrait surannés des appâts rances de l'apparence pour une appréciation du fonctionnement réel des juridictions au regard des exigences de la Convention.

Si l'arrêt *Kress* devait contribuer à cette prise de conscience, il n'aurait pas été tout à fait inutile.

## Débats

M. Frédéric Rolin (Professeur à l'Université d'Evry-Val d'Essonne)

Je voudrais faire deux observations à la suite de l'intervention très intéressante de M. Bertrand.

Au sujet de la responsabilité de l'Etat pour dysfonctionnements de la justice, je voudrais indiquer qu'en réalité, mais cela vous a peut-être échappé, il y a eu un arrêt important rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 23 février 2001 précisément dans l'affaire de la Vologne, de l'affaire tragique du jeune Grégory. Dans cette affaire, il est vrai que ce n'était pas directement la durée de la procédure qui était en cause, mais c'était un arrêt, je crois important, parce qu'il marque une évolution très substantielle de la notion de faute lourde engageant la responsabilité de l'Etat. C'est-à-dire que nous avons admis par opposition à la jurisprudence antérieure que des dysfonctionnements graves dans le service de la justice, même si isolément ils étaient suffisants à constituer la faute lourde, peuvent constituer cette faute lourde engageant la responsabilité de l'Etat à partir du moment où ils sont nombreux et ils marquent un manquement au devoir élémentaire de bon fonctionnement de la justice. Il y a donc quand même là une ouverture sur la responsabilité de l'Etat.

Quant à la deuxième observation : vous avez dit que les textes concernant les avocats généraux à la Cour de cassation devaient être modifiés, j'en suis tout à fait d'accord, là je suis pleinement d'accord avec ce que vous avez dit, c'est en cours d'ailleurs. Nous étudions actuellement tous les textes qui doivent être modifiés pour supprimer l'apparence précisément de subordination des avocats généraux au procureur général, l'apparence de subordination même au Garde des sceaux. Je dois vous dire même qu'il y a actuellement un travail très important qui est opéré par M. Badinter qui s'intéresse à cette question et qui est en train de préparer des textes pour essayer de proposer cela à la Cour européenne des droits de l'Homme. C'est simplement une observation complémentaire.

M. Victor Haïm (Professeur associé à l'Université de Paris XI)

Je suis l'auteur de la thèse selon laquelle la Cour doit être " supprimée " ou, du moins, dans l'intérêt même des justiciables, ne plus pouvoir être invocable en matière administrative, lorsqu'une personne publique est partie au litige autrement que comme auteur d'une sanction.

Ce que je viens d'entendre à l'instant sur le fonctionnement supposé des tribunaux administratifs – qui relève de la réécriture du C.J.A. plus que de sa lecture - me conforte dans le sentiment que le droit à un procès équitable est

à ce prix. En effet, si des juristes français ne peuvent voir la place du Commissaire du gouvernement dans le processus de décision juridictionnelle et l'intérêt de cette institution pour les justiciables, comment attendre que des juristes auxquels notre système est totalement étranger le comprennent ?

Je voudrais faire sur ce point trois observations.

1) La première concerne les formations de jugement et le rattachement des Commissaires du gouvernement.

Le Code définit la structure des juridictions administratives et le nombre de leurs chambres ; toujours en vertu du Code, il appartient aux présidents de juridiction d'affecter les magistrats dans ces chambres qui, par ailleurs, constituent aussi – toujours en vertu du Code – les formations normales de jugement. Ainsi, comme l'a d'ailleurs relevé le professeur Bertrand, il n'y a pas de spécificité statutaire des Commissaires du gouvernement comme il y en a une des membres du parquet : les Commissaires du gouvernement sont, à l'instar des présidents de chambre et des rapporteurs, membres de la chambre/formation de jugement à laquelle ils ont été affectés et ils ont le même cursus professionnel que leurs collègues affectés dans les fonctions de rapporteur. D'ailleurs, ceux qui sont en poste dans les tribunaux administratifs peuvent être à la fois Commissaire du gouvernement et rapporteur (dès lors, du moins, que ce n'est pas sur les mêmes dossiers !). En revanche, conformément à une tradition qui pourra paraître contestable, ils se trouvent momentanément écartés de la formation de jugement lorsqu'il s'agit de décider (vote) au moment du délibéré.

2) Ma deuxième observation sera une sorte de plaidoyer *pro domo*. En écoutant le précédent intervenant j'ai eu l'impression que, selon lui, il n'y a que deux personnes qui voient les dossiers - le rapporteur et le Commissaire du gouvernement - et que le Commissaire du gouvernement, qui est le dernier à parler, va marquer la formation de jugement et se révéler un " adversaire objectif " de la partie contre laquelle il aura conclu.

Cette approche est révélatrice d'une incontestable méconnaissance des juridictions administratives et est finalement très choquante parce qu'elle suppose ou implique comme conception de leur fonctionnement.

En premier lieu, contrairement à ce qui a été dit, il n'y a pas que deux personnes qui voient les dossiers, mais trois : le rapporteur, le président de la formation et le Commissaire du gouvernement.

En second lieu, sauf si le rapporteur et le président ont de la réponse à apporter à une question une analyse différente, le Commissaire du gouvernement, s'il ne partage pas l'analyse de ses collègues, devra les convaincre, ainsi que le troisième membre de la formation, du bien-fondé de son analyse. Le nombre joue toujours contre lui.

En troisième lieu, selon mon expérience les membres d'une formation de jugement sont suffisamment avertis et intelligents pour, selon le cas,

reprenne la thèse du Commissaire du gouvernement ou l'écarte. Et parce que je pense qu'une formation de jugement n'est pas nécessairement composée uniquement d'imbéciles et de simples d'esprit et que ce n'est donc pas forcément le dernier à avoir parlé qui a raison, il me paraît déplacé d'accorder au Commissaire du gouvernement un poids ou une autorité qu'il est loin d'avoir toujours.

3) Ma troisième observation me fera quitter un court instant le plan juridique.

Il est sans doute inutile de rappeler qu'il est impossible de soutenir son attention pendant bien longtemps et plus encore de mémoriser tous les détails d'un exposé ou d'une démonstration. Il y a un temps d'écoute et un temps d'assimilation. Si on interrogeait, au hasard, une personne dans l'auditoire en lui demandant de répéter le début de l'exposé que vient de faire le professeur Bertrand, nul doute qu'elle n'y arriverait pas. Lorsque le Commissaire du gouvernement a rappelé des faits et exposé des questions de droit pendant 3 heures, qui oserait soutenir qu'au moment du délibéré il ne serait pas utile qu'il rappelle tel ou tel point du dossier ou de la jurisprudence sur laquelle il s'est appuyé ? Et s'il doit parler à l'audience pour définitivement se taire après nonobstant cette déperdition d'information dont il aurait pu avoir pour mission de limiter les effets, quel peut être l'intérêt de maintenir l'institution ? Autant la supprimer ou, mieux encore, laisser le Commissaire du gouvernement décider sur quels dossiers il conclura à l'audience.

En définitive, par delà la référence aux notions d' "alliés" et d' "adversaires objectifs" - qui ont plus leur place dans l'idéologie althussérienne ou sous la plume d'un pronostiqueur hippique que dans l'analyse de la mission et du travail de réflexion du juge (quelles que soient ses fonctions dans sa chambre) -, le fait que le Commissaire du gouvernement soit présent et qu'il puisse s'exprimer s'il y est invité par le président de la formation, me semble non seulement utile, mais même nécessaire et dans l'intérêt du justiciable, si, du moins, on a à l'esprit que le Commissaire du gouvernement a, comme les autres membres de la formation, le souci de trouver la solution juridiquement la meilleure possible au litige sur lequel il faut statuer.

Je ferai une dernière remarque.

Globalement, les juridictions administratives – C.E., C.A.A. et T.A. – rendent environ 100 à 150.000 décisions par an (en moyenne 1 an après l'introduction de la demande dans les tribunaux administratifs et 2 ans dans les Cours). Or, en 2001, sauf erreur de ma part, il n'y a eu guère plus d'une douzaine d'arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme rendus dans des litiges mettant en cause la méconnaissance de l'art. 6 § 1 de la Convention par ces juridictions. J'en déduis que le fonctionnement actuel de la juridiction administrative ne paraît pas, à l'immense majorité des justiciables, à ce point attentatoire au droit à un procès équitable qu'ils se précipitent tous à Strasbourg – où, soulignons le, leur affaire, aussi simple

soit-elle, ne sera pas jugée avant 3 ou 4 ans, par une Cour plus soucieuse de l'apparence du Droit que de sa réalité et des droits des justiciables, et qui accordera finalement au requérant le " tarif syndical " de 30 ou 40 000F (5 à 6 000 €) en réparation d'un préjudice moral dont l'évidence n'est pas toujours la première vertu. Il n'y a pas là de quoi bouleverser l'équilibre budgétaire d'un pays, ni même, plus modestement, de quoi inciter à d'importantes réformes de la justice dont on voit déjà qu'elles auront pour objet d'accélérer le jugement des affaires au détriment de la justice et des droits des justiciables.

Mais je pense que j'aurai peut-être quelques contradicteurs et je laisse la parole.

M. Jocelyn Clerckx (Docteur en droit)

Je souhaiterais poser une question au professeur Bertrand. L'arrêt *Kress* pose le principe de l'interdiction de la participation du Commissaire du gouvernement au délibéré, ce dernier ayant déjà été amené à se prononcer ouvertement sur l'affaire en cause. Pourtant, et vous avez insisté sur ce point, le Commissaire du gouvernement est bien un juge. On est tenté dès lors de faire un rapprochement avec le rapporteur, qui lui aussi, juge à part entière, participe au délibéré, alors que de par ses fonctions il a également été conduit, un peu comme le Commissaire du gouvernement, à prendre préalablement position. Si l'on se place dans la logique de l'arrêt *Kress*, cette situation ne risque-t-elle pas, elle aussi, d'être incompatible, aux yeux des juges de Strasbourg, avec le principe d'impartialité ?

M. François-Guilhem Bertrand

L'interdiction de la participation du juge rapporteur au délibéré serait effectivement dans la logique de l'arrêt *Reinhardt* (CEDH 31 mars 1998, *Reinhardt et Slimane Kaïd*, *Cahiers du CREDHO*, n° 5, p 41).

Cependant, comme j'ai essayé de le montrer, il y a une double évolution dans la jurisprudence de la Cour. La première va de l'arrêt *Borghers* (30 octobre 1991) à l'arrêt *Reinhardt* de 1998 qui marque en quelque sorte le sommet de la critique par la Cour du système procédural français. Mais, ensuite, de l'arrêt *Reinhardt* à l'arrêt *Kress*, on peut noter une évolution en sens inverse. La Cour admet aujourd'hui que le rapporteur n'est pas l'allié objectif de l'une des parties.

Cette position ancienne de la Cour témoignait d'une méconnaissance totale de ce qu'est le rôle du rapporteur et de la manière dont les choses se passent concrètement. Contrairement à une idée reçue, le rapporteur ne vient pas à l'audience avec un seul projet d'arrêt qu'il va s'efforcer de faire adopter. Dans les affaires délicates, le rapporteur propose plusieurs projets

d'arrêts, il est l'allié objectif de la majorité qui va se dégager au sein de la juridiction mais sûrement pas d'une des parties.

J'en viens au rôle du Commissaire du gouvernement.

Je crois qu'il faut bien distinguer son rôle direct dans l'affaire en cause et son rôle indirect dans les affaires ultérieures.

Un exemple fera mieux comprendre que ce rôle indirect ne découle pas de sa présence au délibéré mais de la réflexion qu'il engage à propos d'une affaire ultérieure avec éventuellement un autre commissaire du gouvernement et une autre composition. Le Tribunal des conflits a jugé en 1982 que l'activité des abattoirs publics était, depuis la loi de 1965, une activité industrielle et commerciale relevant des tribunaux de l'ordre judiciaire (TC 8 novembre 1982, *Société anonyme Maine-Viande et autres, Rec.*, p. 460).

Cette décision, rendue sur renvoi du Conseil d'Etat, pour difficulté sérieuse de compétence, ne s'explique que si l'on se réfère à un épisode antérieur. Quelques mois auparavant, M. Braibant, commissaire du gouvernement, concluait devant le Conseil d'Etat dans une affaire de redevance d'abattage d'un abattoir public.

Ces affaires venaient régulièrement devant le Conseil d'Etat et aucune difficulté de compétence n'était soulevée ; on considérait que l'activité des abattoirs publics était une activité de service public administratif relevant des tribunaux administratifs. Or, ce jour là, M. Braibant a évoqué le problème de compétence par une remarque incidente qui ne figurait même pas dans ses conclusions écrites. La remarque est donc passée inaperçue... sauf du jeune avocat qui était présent ce jour là.

La réflexion de M. Braibant s'est poursuivie et a abouti à la décision *Maine-Viande*, mais ce que je veux souligner avec force c'est que le raisonnement du Commissaire du gouvernement n'a pas pesé sur la première décision mais dans une autre affaire rendue postérieurement par une autre juridiction.

Donc, contrairement à la crainte implicitement contenue dans la décision *Kress*, l'influence du Commissaire du gouvernement n'est pas liée à sa présence au délibéré mais à des facteurs qui sont parfois extérieurs à sa prestation et qui vont jouer un rôle dans l'évolution de la jurisprudence.

#### M. Frédéric Rolin

Un dernier mot pour ce qui concerne l'opinion de M. Haïm qui estime que le commissaire du gouvernement fait partie de la formation du jugement. J'aimerais qu'on me cite la ou les dispositions du code de justice

administrative sur la composition des formations de jugement, et qu'on me montre laquelle mentionne le commissaire du gouvernement comme en faisant partie. Et si elle n'existe pas, j'aimerais qu'on m'explique comment un jugement peut être rendu dans une formation autre que celle qui est prévue par la loi.

#### M. Paul Tavernier

Je n'interviendrai pas dans ce débat sur l'affaire *Kress* et je crois qu'on pourrait en parler très longtemps, mais les trois exposés que nous avons entendus peuvent susciter quelques remarques d'ordre général. Malgré l'apparente disparité et diversité des questions abordées, tout tourne autour de l'équité de la procédure et je dirai d'abord qu'il y a une remarque qui m'a beaucoup intéressée. Mme d'Urso, -ou le ministère de la Justice-, a été surprise du fait que la Cour de Strasbourg n'a pas bien compris le système français de la curatelle. Au contraire dans l'affaire *Kress*, François-Guilhem Bertrand nous a montré que l'arrêt présente quelques éléments positifs, dûs probablement à la présence de Jean-Paul Costa. Il est vrai que la présence du juge national est très importante, mais la plaidoirie et le fait pour le gouvernement d'expliquer sa position et les particularités de son système juridique peut aussi éclairer la Cour sur les subtilités du droit national. C'est un premier point. D'autre part, il me semble que les trois affaires montrent l'importance de la clarté de la législation nationale parce que toutes les difficultés qu'on a soulevées à propos de l'équité de la procédure tenaient à des dispositions compliquées, sans doute trop compliquées, notamment en matière de délais. Effectivement le système qui fait courir le délai du départ de la lettre n'est peut-être pas très satisfaisant. Même si c'est un point de détail, pourrait-on dire, cela entraîne des conséquences importantes pour le justiciable. L'Etat a donc une obligation de clarté rappelée dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

Une dernière remarque : il ne faut pas trop se concentrer sur les affaires françaises ou francophones. Les Britanniques sont de plus en plus mis en cause devant la Cour de Strasbourg, me semble-t-il, pour des problèmes d'équité de la procédure. Il y a eu toute une série d'arrêts rendus cette année. Le Royaume-Uni, qui a pourtant une longue tradition dans ce domaine, doit aussi revoir sa copie sur un certain nombre de points.

#### Mme Françoise Tulkens

Je trouve tout d'abord que les différents commentaires et analyses des arrêts de la Cour sont d'un très grand intérêt. En outre, la lecture des arrêts de la Cour par une bonne doctrine, une doctrine imaginative, créatrice, qui permet d'aller plus loin, nous aide beaucoup dans notre travail. Elle permet la clarification de certains points, la mise en évidence de certaines ambiguïtés ou de certaines faiblesses. J'y suis en ce qui me concerne très

attentive car j'y vois autant d'occasions d'affiner le raisonnement, d'améliorer mon travail.

En ce qui concerne l'affaire *G.B. c/France* (arrêt du 2 octobre 2001), il faut rappeler qu'il y avait un précédent dans cette affaire, l'arrêt *Bernard c/France* du 23 avril 1998. Or, vous savez que la Cour est attentive à la question des précédents. Elle l'a dit expressément dans l'arrêt *Cossey c/Royaume-Uni* du 27 septembre 1990 (§ 35) et l'a rappelé dans l'arrêt *Chapman c/Royaume-Uni* du 18 janvier 2001 : " Sans être formellement tenue de suivre l'un quelconque de ses arrêts antérieurs, la Cour considère qu'il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi qu'elle ne s'écarte pas sans motif valable des précédents. La Convention étant avant tout un mécanisme de défense des droits de l'Homme, la Cour doit cependant tenir compte de l'évolution de la situation dans les États contractants et réagir, par exemple, au consensus susceptible de se faire jour quant aux normes à atteindre " (§ 70).

Dans l'analyse de l'arrêt *Krombach c/France* du 13 février 2001, j'éprouve une certaine difficulté à suivre le commentateur lorsqu'il soutient que la jurisprudence de la Cour conduirait à reconnaître le droit pour le prévenu de ne pas assister à son procès. Ceci me paraît une généralisation qui va au-delà de la lettre et de l'esprit de la jurisprudence de la Cour en cette matière. Dans cet arrêt, comme dans des arrêts antérieurs tels par exemple l'arrêt *Van Geyselhem c/Belgique* du 21 janvier 1999, la Cour a, dans la confrontation entre les droits, soutenu que l'accusé ou le prévenu ne pouvait perdre le bénéfice des droits de la défense en raison de son absence au procès. La Cour s'est située dans le cadre de cet équilibre là.

Dans la mesure où tout ce qui concerne la procédure devant la Cour de cassation en France soulève de nombreuses interrogations, je pense qu'il serait intéressant de les regrouper dans une analyse d'ensemble. Il y a un point que je voudrais encore ajouter et qui concerne le recours à un avocat spécialisé. D'un côté, j'entends de tous côtés et je peux comprendre l'argument, qu'il est illusoire pour une personne individuelle, sans avocat ou alors avec un avocat " ordinaire ", de défendre valablement ses chances devant l'instance en cassation. Le fait qu'en France, comme dans d'autres pays, un avocat spécialisé en matière pénale ou dans le contentieux social n'est pas requis, n'est-ce pas créer une forme d'illusion ? D'un autre côté, toute la question de l'aide juridictionnelle devant la Cour de cassation me pose aussi, quant à moi, problème. J'ai des difficultés à accepter la doctrine de l'absence de moyen de cassation sérieux à appliquer uniquement au justiciable qui sollicite l'aide juridictionnelle. Mais cela, comme je l'ai dit dans une opinion dissidente dans l'arrêt *Del Sol c/France* du 26 février 2002, c'est une opinion personnelle et, contrairement au beau film que je viens de voir, " Une hirondelle a fait le printemps ", l'opinion d'un juge n'est pas celle de la Cour !

Ma dernière question concerne les délais de procédure. De tous côtés est invoqué le fait que des procédures trop longues entraînent en définitive un déni de justice. Je le constate bien fréquemment. Comment effectivement réagir à ce mal qui gangrène de nombreux systèmes judiciaires des pays européens ? La loi Pinto qui a été adoptée en Italie introduit un recours, de nature indemnitaire, devant les tribunaux internes. Cette voie de recours est donc, dans l'état actuel des choses, à épuiser avant de s'adresser à la Cour. Il faudra toutefois que la Cour examine le caractère effectif de ces recours. En France, l'article 781-1 du Code de l'organisation judiciaire est également désormais considéré, dans la jurisprudence de la Cour, comme une voie de recours à épuiser avant d'introduire une requête devant la Cour. Il s'agit également d'un recours indemnitaire. La question qui est actuellement posée, par rapport à cette disposition, est celle de savoir si cette voie de recours interne s'applique uniquement aux affaires qui sont terminées dans l'ordre interne ou également à celles qui y sont *pendantes* ? Une requête devant la Grande chambre, *Mifsud c/France*, sera appelée à trancher la question. Certes, dans les deux pays, l'existence de voies de recours internes, de nature indemnitaire, n'est pas susceptible d'accélérer la procédure et oblige les justiciables à mener de front leur procédure principale et leur procédure en indemnisation.

***La liberté de circulation***

**Confiscation du passeport  
(arrêt Baumann du 22 mai 2001)**

par

**Céline RENAUT**  
Doctorante à l'Université de Paris XI

Au cours d'une enquête de flagrance relative à une affaire de vol de voitures, la police strasbourgeoise saisit divers objets appartenant à M. Baumann, ressortissant allemand qui louait une chambre dans l'hôtel où avaient coutume de se rencontrer les voleurs. Au moment de la saisie, M. Baumann est hospitalisé en Allemagne où il sera ensuite arrêté puis jugé et condamné à une peine d'emprisonnement dans le cadre d'une affaire étrangère à la procédure engagée en France. Bien que M. Baumann ne soit pas incriminé dans la procédure pénale française, ses biens sont mis sous scellés. Il entame alors une série d'actions en restitution qui restent sans succès puis saisit la Cour européenne des droits de l'Homme pour violation par la France de son droit d'accès à un tribunal (article 6), de son droit au respect de ses biens (article 1 du Protocole n° 1) et de son droit à la liberté de circulation (article 2 du Protocole n° 4) du fait de la confiscation de son passeport.

Les conclusions de la Cour en ce qui concerne les griefs tirés de l'article 6, §1 de la Convention et du Protocole n° 1 n'appellent pas de commentaires particuliers. C'est en effet conformément à une jurisprudence constante que la Cour constate la violation de l'article 6, §1 par la France et considère que ce constat la dispense de statuer sur la violation alléguée du Protocole 1. L'intérêt majeur de l'arrêt *Baumann* réside dans la motivation de la condamnation de la France pour violation de l'article 2 du Protocole n° 4 à la Convention en ce qu'elle précise les contours de la liberté de circulation (II) et consacre une extension de la protection de cette liberté (III) que ne laissait pas espérer la jurisprudence antérieure des organes de la Cour (I).

**I • L'article 2 du Protocole n° 4 : une rédaction protectrice des prérogatives de l'Etat en matière de contrôle des flux migratoires**

Treize ans séparent l'élaboration du Protocole n° 4 de celle de la Convention européenne. Ce décalage témoigne de la frilosité des Etats à l'égard d'une liberté dont la reconnaissance et la mise en œuvre peuvent se heurter au contrôle qu'ils exercent habituellement sur le déplacement des individus sur leur territoire et influencer leur politique d'immigration. Cette

frilosité n'a pas été sans conséquence sur la rédaction de l'article 2 du Protocole n° 4 qui reste très respectueuse du domaine réservé des Etats.

En effet, si le paragraphe 1 de cet article prévoit que " toute personne " a le droit de circuler librement, il précise tout de même que ce droit n'est accordé qu'aux personnes qui se trouvent " régulièrement " sur le territoire d'un Etat. L'Etat garde donc un pouvoir discrétionnaire pour déterminer les conditions d'entrée et de séjour des étrangers sur son territoire. Le paragraphe 2 précise, en reprenant la formulation de l'article 12 a et b du Pacte international sur les droits civils et politiques, que " toute personne a le droit de quitter n'importe quel pays, y compris le sien ". Quant aux deux derniers paragraphes, ils accordent aux Etats le droit de restreindre la liberté de circulation dans les limites qu'ils posent. Ainsi est-il exigé dans le paragraphe 3 que les restrictions gouvernementales soient " prévues par la loi " et constituent des " mesures nécessaires dans une société démocratique à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au maintien de l'ordre public, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ". Le dernier paragraphe dispose que le droit de circuler et de choisir librement sa résidence sur le territoire d'un Etat peuvent faire l'objet de restrictions dans certaines " zones déterminées si elles sont prévues par la loi et justifiées par l'intérêt public ".

Les exigences des paragraphes 3 et 4 sont en réalité relativement souples dans la mesure où elles laissent une marge d'appréciation considérable aux Etats. Pour s'en convaincre, il suffit de constater que la Commission a jugé irrecevables la plupart des griefs tirés de la violation de l'article 2 du Protocole n° 4 qui lui ont été soumis au motif que les restrictions à la liberté de circulation imposées par l'Etat étaient " nécessaires dans une société démocratique " <sup>78</sup> ou que la présence du requérant sur le territoire de l'Etat était irrégulière <sup>79</sup>.

L'on comprend donc pourquoi la Cour n'a rendu à ce jour que six arrêts <sup>80</sup> concernant l'article 2 du Protocole n° 4, dont trois seulement constatent une

<sup>78</sup> Décision du 16 octobre 1980, req. n° 8901/80, DR n° 23, p. 237 ; décision du 10 mars 1981, req. n° 8988/80, DR n° 24, p. 98 ; décision du 6 mars 1984, req. n° 10307/83, DR n° 37, p. 113 ; décision du 13 décembre 1984, req. n° 10078/82, DR n° 41, p. 103 ; décision du 9 juillet 1985, req. n° 10670/83, DR n° 44, p. 195 ; décision du 2 décembre 1985, req. n° 10893/84, DR n° 45, p. 198 ; *Kalibi c/France*, req. n° 26714/95, 19 octobre 1995 ; *Giordano c/Italie*, req. n° 30131/96, 16 septembre 1997 ; *Noak et autres c/Allemagne*, req. n° 46346/99, 25 mai 2000.

<sup>79</sup> *X. c/République fédérale d'Allemagne*, 26 mai 1970 ; *G. c/Luxembourg*, requête n° 1502/85, 5 mars 1986 ; dans le cadre de la " Cour unique ", voir : *Sisojeva et autres c/Lettonie*, requête n° 60654/00, 9 novembre 2000 ; *Ivanov c/Lettonie*, requête n° 55933/00, 7 juin 2001 et *Kaftailova c/Lettonie*, requête n° 59643/00, 23 octobre 2001.

<sup>80</sup> *Bozano c/France*, requête n° 9990/82, 18 décembre 1986 ; *Ceteroni c/Italie*, 00022461/93 ; 00022465/93, 15 novembre 1996 ; *Raimondo c/Italie*, 00012954/87, 22

violation. Il s'agit des arrêts *Raimondo c/Italie* du 22 février 1994, *Labita c/Italie* du 6 avril 2000 et de l'arrêt *Denizci et autres c/Chypre* du 23 mai 2001. L'arrêt *Baumann*, qui date du 22 mai 2001, se distingue de ces arrêts de plusieurs manières.

## II • Précisions sur les contours de la liberté de circulation

L'arrêt *Baumann* confirme, si cela était nécessaire, que la liberté de circulation est à la fois *intra*-étatique et *inter*-étatique. Il donne également à la Cour l'occasion d'affirmer que la courte durée de la restriction imposée par le gouvernement à un individu dans son droit à circuler librement ne rend pas cette mesure licite au regard de l'article 2 du Protocole n° 4 et que la confiscation d'un passeport est une ingérence au sens de cet article.

### Premier arrêt sur la liberté de circulation *inter*-étatique

Dans les arrêts *Raimondo c/Italie*, *Labita c/Italie* et *Denizci et autres c/Chypre*, la Cour a été amenée à constater la violation de la liberté de circulation dans son aspect *intra*-étatique. Dans les affaires *Raimondo* et *Labita*, la Cour a en effet sanctionné la violation de la liberté de circulation de deux Italiens soupçonnés d'appartenir à la mafia et qui avaient de ce fait été légitimement placés sous la surveillance spéciale de la police italienne mais dont la surveillance s'était prolongée de façon non justifiée après la levée par le juge de cette mesure et l'acquittement des accusés. Dans l'affaire *Denizci*, c'est le contrôle des déplacements imposé par les agents de l'Etat chypriote aux requérants, ressortissants de Chypre, qui est sanctionné.

Dans l'affaire *Baumann*, au contraire, la France n'est pas condamnée pour avoir violé le droit de circuler librement de l'un de ses citoyens mais pour n'avoir pas respecté celui d'un ressortissant allemand en lui confisquant son passeport. L'arrêt *Baumann*, premier arrêt de la Cour relatif à la liberté de circulation *inter*-étatique, confirme ainsi le double aspect de cette liberté : à la fois interne et internationale.

### La durée de la privation du droit de circuler librement : un fait sans impact sur la licéité de la restriction imposée par le gouvernement

L'affaire *Baumann* complète également la jurisprudence antérieure en affirmant que la durée de la restriction à la liberté de circulation imposée par l'Etat est sans importance au regard de sa licéité. Cette affirmation est faite en réponse au gouvernement français qui prétendait ne pas avoir violé le droit d'aller et venir du requérant dans la mesure où celui-ci avait été écroué dans une prison allemande à peine un mois après avoir fait sa première

février 1994 ; *Labita c/Italie*, 00026772/95, 6 avril 2000 ; *Baumann c/France* ; *Denizci et autres c/Chypre*, 00025316/94 ; 00025317/94 ; 00025318/94 ; 00025319/94 ; 00025320/94 ; 00025321/94 ; 00027207/95, 23 mai 2001.

demande en restitution du passeport. La Cour rejette la thèse du gouvernement au motif que l'article 2 du Protocole n° 4 ne fait aucune mention de la durée de la restriction à la liberté de circulation imposée par le gouvernement ; il convient donc de ne pas considérer la durée de la mesure gouvernementale comme un critère d'appréciation de la validité de celle-ci. Seule compte sa conformité aux paragraphes trois et quatre de l'article 2 du Protocole n° 4<sup>81</sup>.

#### La confiscation du passeport : une ingérence dans la libre circulation

Quant à la mesure gouvernementale qui consiste à confisquer un passeport, la Cour affirme qu'elle constitue une ingérence dans le droit de circuler librement. Elle estime même, de façon plus générale que : " la mesure au moyen de laquelle un individu est dépossédé d'un document d'identification tel que, par exemple, un passeport, s'analyse à n'en pas douter, comme une ingérence " (§ 62).

Il serait cependant erroné de déduire de cette affirmation générale que la Cour consacre en l'espèce un " droit au passeport " au profit des individus protégés par la Convention. Ce " droit " est implicitement rejeté par la Cour lorsque celle-ci, tout en affirmant que la confiscation d'un moyen d'identification est une ingérence dans la libre circulation, se réfère à une décision de la Commission du 6 mars 1984, dans laquelle la même affirmation avait été faite avant de conclure à la licéité de l'obligation faite à un inculpé ou un condamné de déposer son passeport pour être mis provisoirement ou conditionnellement en liberté<sup>82</sup>. Ce prétendu droit est également écarté de façon explicite par la Cour dans la mesure où elle ne se contente pas d'affirmer que la liberté de circulation de M. Baumann a été entravée en l'espèce par la saisie de son passeport mais examine si la confiscation par le gouvernement français est conforme ou non au paragraphe 3 de l'article 2 du Protocole n° 4. Si elle conclut à la violation du Protocole n° 4, ce n'est donc pas en vertu d'un " droit au passeport " mais parce que cette mesure de confiscation, bien que " prévue par la loi " (le passeport ayant été saisi dans le cadre d'une enquête de flagrance régie par l'article 56 du code de procédure pénale), n'est pas " nécessaire dans une société démocratique ". Cela découle du fait que le gouvernement justifiait la confiscation par les besoins de la procédure pénale engagée contre les voleurs d'automobiles à l'origine de la saisie des biens de M. Baumann alors que le passeport ne figurait même pas sur la liste des pièces mises sous

<sup>81</sup> v. § 60 : " Elle [la Cour] souligne que l'article 2 du Protocole n° 4 ne prévoit aucune restriction à la liberté de circulation fondée sur la durée de la privation de ce droit. En effet, au sens de cet article, seuls les motifs s'inscrivant dans le cadre des buts visés au troisième paragraphe constituent, le cas échéant, un support légal à l'adoption par les autorités compétentes sur le territoire duquel se trouve l'individu, de mesures emportant une restriction à la liberté de circulation, fut-elle temporaire ".

<sup>82</sup> Décision du 6 mars 1984, *M. c/Allemagne*, req. n° 10307/83, DR n° 37, p. 113.

scellés pour les besoins du procès et que le requérant n'avait pas été incriminé dans le cadre de cette procédure.

L'affaire *Baumann* fournit non seulement à la Cour l'occasion de préciser les contours de la liberté de circulation mais aussi celle d'étendre la protection de cette liberté. Ce dernier apport de l'arrêt est aussi celui qui se prête le plus au débat, débat qui a d'ailleurs déjà commencé, au sein même de la Cour.

#### **III • Extension de la protection de la liberté de circulation par la sanction de la mesure restrictive non conforme aux exigences de l'article 2 du Protocole n° 4 indépendamment de ses conséquences**

Si la majorité des juges a estimé que l'article 2 du Protocole n° 4 a été violé en l'espèce au motif que la confiscation du passeport effectuée par la France ne répond pas aux exigences posées au paragraphe trois de cet article, il reste que trois des sept juges saisis de l'affaire, adoptant un raisonnement fidèle à la jurisprudence de la Commission en la matière, ont exprimé une opinion contraire<sup>83</sup>. Pour ces derniers, bien que la confiscation du passeport soit une ingérence dans la libre circulation et que la mesure française soit injustifiée au regard de l'article 2, §3 du Protocole n° 4, il n'y a pas eu en l'espèce violation du droit de circuler librement de M. Baumann car celui-ci n'a pas concrètement été empêché de circuler. Il semble en effet incontestable que le requérant n'a pas subi de réelle entrave dans l'exercice de son droit puisque, comme le relèvent le juge Costa, Sir Nicolas Bratza et Mme la juge Grève, M. Baumann, qui était en Allemagne au moment de la saisie de son passeport, n'a pas été empêché de circuler librement en France et n'a pas prétendu avoir été empêché de quitter n'importe quel pays, qu'il s'agisse de l'Allemagne ou de la France.

La difficulté majeure rencontrée par les juges dans l'affaire *Baumann* ne concerne donc pas tant le caractère infondé de la confiscation du passeport du requérant par la France que le point de savoir si cette confiscation doit ou non être sanctionnée dans la mesure où la liberté de circulation de celui-ci n'a pas réellement été entravée. La Cour a tranché cette question dans un sens favorable à l'extension de la protection de la liberté de circulation puisque la majorité a considéré que l'article 2 du Protocole n° 4 commande de sanctionner toute mesure qui ne rentre pas dans les buts fixés au troisième paragraphe de cet article, indépendamment de ses conséquences sur la liberté de circulation de la personne qu'elle vise. La Cour sanctionne donc ici une mesure susceptible de porter atteinte à la liberté de circulation sur la base du Protocole n° 4.

<sup>83</sup> V. l'opinion partiellement dissidente commune de M. le juge COSTA, Sir Nicolas BRATZA et Mme la juge GREVE.

Le fondement de cette interprétation de l'article 2 du Protocole n° 4 n'est pas incontestable. Paradoxalement, la Cour qui refuse de ne sanctionner que les seules mesures qui portent effectivement atteinte à la liberté de circulation, cite à l'appui de sa position une décision de la Commission qui ne vise pas les mesures simplement susceptibles de restreindre le droit d'aller et venir (§ 61). En effet, dans la décision qu'elle a rendue dans l'affaire *Peltonen c/Finlande*, la Commission n'examine la licéité du refus de la Finlande de délivrer un passeport à M. Peltonen au regard de l'article 2 du Protocole n° 4 qu'après avoir constaté que le requérant, qui jouit du droit de quitter n'importe quel pays, c'est-à-dire du droit de partir pour le pays de son choix dès lors que sa présence y est admise, a effectivement été empêché d'exercer pleinement ce droit par la mesure finlandaise puisqu'il ne pouvait circuler que dans les pays nordiques<sup>84</sup>. On peut d'autant plus douter que la Commission ait jamais eu l'intention de sanctionner une mesure susceptible de restreindre la liberté de circulation que dans la décision qu'elle a rendue dans l'affaire *F.C.B. c/Italie, Pays-Bas et Belgique* en 1994 elle a rejeté la requête du demandeur non seulement parce que celui-ci n'avait pas épuisé toutes les voies de recours internes mais aussi parce qu'il n'avait pas démontré qu'il se trouvait dans une situation d'ingérence ou qu'il avait été empêché de quitter n'importe quel pays<sup>85</sup>.

Faut-il en déduire que la majorité des juges a estimé qu'il incombe au gouvernement de prouver qu'il n'a pas violé l'article 2 du Protocole n° 4 en prenant la mesure qui fait l'objet de la plainte ? Rien dans la motivation de l'arrêt ne permet de l'affirmer et de justifier ainsi la position de la Cour par un renversement de la charge de la preuve. La lettre de l'article 2 du Protocole 4 ne permettant pas la sanction de la mesure susceptible de restreindre la liberté de circulation lorsqu'elle n'entre pas dans les exceptions prévues par cet article, l'interprétation qui en est faite par la Cour doit donc être recherchée dans l'esprit de celui-ci et de la Convention européenne des droits de l'Homme. Dans un Etat de droit, la liberté doit être la règle et la restriction l'exception. L'arrêt de la Cour est conforme à cet axiome et fait apparaître la liberté de circulation comme un droit fondamental dans la mesure où tant la mesure gouvernementale qui le viole que celle qui risque d'en restreindre l'exercice sont désormais sanctionnées lorsqu'elles sortent des limites tracées par le Protocole. A cet égard, il faut souligner que la position de la Cour européenne n'est pas isolée puisque la Cour de Justice des Communautés européennes sanctionne également les mesures susceptibles de porter atteinte à la liberté de circulation quand elles ne font pas partie des exceptions prévues par le droit communautaire<sup>86</sup>. Le débat

<sup>84</sup> *Peltonen c/Finlande*, req. n° 19583/92, 20 février 1995, D.R. 80-A, p. 43.

<sup>85</sup> Commission européenne des droits de l'Homme, *F.C.B. c/Italie, Pays-Bas et Belgique*, req. n° 20921/92, 7 avril 1994

<sup>86</sup> Ainsi, en matière de libre circulation des marchandises, la Cour de Justice des Communautés européennes a estimé dès 1974, bien que la lettre de l'article 30 (ancien) du Traité CE ne l'y autorise pas expressément, que " Toute réglementation commerciale des Etats membres susceptible d'entraver directement ou indirectement,

sur le bien-fondé de l'arrêt *Baumann* est donc un débat sur le bien-fondé de l'interprétation de l'article 2 du Protocole n° 4 par la Cour. Aussi important soit-il, il ne doit pas faire oublier que l'arrêt *Baumann* accroît considérablement la protection de la liberté de circulation.

---

actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire, est à considérer comme une mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives". CJCE, arrêt, 11 juillet 1974, affaire 8/74, *Dassonville*.

## Débats

M. Paul Tavernier

Je voudrais remercier Céline Renaut pour la clarté de son exposé, et je vais donner toute suite la parole non pas à Mme Dubrocard, comme il est indiqué encore sur les programmes que vous avez eus, puisque Mme Dubrocard, habituée de nos colloques, a été retenue par l'obligation d'assister à une réunion, et de représenter le gouvernement français à une négociation internationale. Elle a demandé à Mme Jarreau, qui travaille avec elle au Ministère des Affaires étrangères et qui connaît très bien toute cette jurisprudence, d'intervenir. Je voudrais la remercier tout spécialement, et si je faisais du mauvais esprit, je dirais que nous restons dans le domaine de la liberté de circulation, mais ici ce serait plutôt l'obligation de circuler, "circulez, il n'y a rien à voir".

Mme Brigitte Jarreau

Je vais profiter du fait d'avoir le micro pour faire quelques remarques relatives aux inquiétudes exprimées tout à l'heure par le professeur Bertrand. La jurisprudence administrative interne est en train d'évoluer sur la question de l'indemnisation des durées excessives de procédure. La Cour administrative d'appel de Paris a rendu le 12 juillet dernier la première décision condamnant l'Etat à verser à un requérant une somme d'argent sur le fondement de l'article 6 § 1, une somme de 30 000 F pour être très précis. C'est la première condamnation et nous en avons fait état immédiatement à Strasbourg pour montrer l'effectivité de cette voie de recours. Il y a un pourvoi en cassation pendant devant le Conseil d'Etat qui a été régularisé par le ministre de la Justice pour que le Conseil d'Etat se prononce lui-même et rende un arrêt de principe dont on pourra enfin se prévaloir en communication devant la Cour de Strasbourg. Le pourvoi a été régularisé mais la somme a été payée à M. Magiera, j'ai eu en communication l'ordonnance de paiement il y a quelques jours. Le gouvernement essaie donc de se mettre au carré, et d'avoir un dossier le plus épais qui soit et solide pour essayer effectivement de couper court aux critiques que nous avons entendues tout à l'heure et qui sont parfaitement justifiées. Je les comprends fort bien. J'ai été la première à dénoncer ces délais mais, malheureusement on ne peut pas faire autrement quand on voit nos conditions de travail.

## **Le respect de la vie privée et familiale**

### **L'éloignement des étrangers : interdiction définitive du territoire français (arrêts Ezzouhdi et Abdouni des 13 et 27 février 2001)**

par

**Brigitte JARREAU**

Sous-direction des droits de l'Homme à la Direction des affaires  
juridiques du ministère des Affaires étrangères

"Double peine" : c'est ainsi que les adversaires de l'interdiction du territoire français dénoncent la sanction complémentaire, introduite dans la législation française par la loi du 31 décembre 1970, pour certaines infractions à la législation sur les stupéfiants. Le nouveau Code pénal, entré en vigueur le 1er mars 1994 a considérablement allongé la liste des infractions pour lesquelles elle peut être prononcée. Elles sont aujourd'hui au nombre de 200 environ.

Double peine, parce que cette interdiction, dans certains cas définitive, s'ajoute à une peine d'emprisonnement. Mais elle peut, en matière délictuelle, être prononcée à titre principal.

Cette possibilité donnée au juge pénal d'éloigner l'étranger reconnu coupable d'une infraction pénale n'est pas propre à la France : l'Italie, la Suède et la Suisse par exemple ont adopté des législations similaires.

D'après la Chancellerie, près de 15 000 ITF (interdictions du territoire français) ont été prononcées en 1995. 6 500 seulement en 2000.

L'actualité récente l'a montré : c'est quand cette interdiction s'applique à des étrangers dits de seconde génération qu'elle est critiquée. Ses détracteurs dénoncent dans ce cas une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme consacrant le droit au respect de la vie privée et familiale.

La Cour européenne des droits de l'Homme a rendu en 2001 deux arrêts qui viennent nourrir le débat : l'un le 13 février dans l'affaire *Ezzouhdi* (req. n° 47160/99), l'autre le 27 février dans l'affaire *Abdouni* (req. n° 37838/97), tous deux sur des requêtes dirigées contre la France.

Le premier arrêt reconnaît à l'unanimité l'existence d'une violation de l'article 8. Il précise les critères d'appréciation que le juge pénal doit retenir lorsqu'il a à connaître de la situation de célibataires de deuxième génération. Le second décide une radiation du rôle, le litige étant résolu. Il permet de conclure que les mesures d'interdiction prononcées par le juge judiciaire peuvent être efficacement paralysées par le juge administratif, dans l'hypothèse où celles-ci seraient contraires à l'article 8.

1. M. Ezzouhdi est marocain. Il est né en 1970. Il vit en France depuis l'âge de cinq ans. Il y a effectué toute sa scolarité. Il a quitté le collège à l'âge de 16 ans. Sa mère, ses deux frères et ses deux sœurs vivent en France. Son père est décédé en 1995.

Entre 1993 et 1997, il a fait l'objet de trois condamnations pénales, dont l'une pour détention, acquisition et usage de stupéfiants, plus précisément de résine de cannabis.

En 1997, il a été condamné par le tribunal correctionnel de Bourg-en-Bresse à dix-huit mois de prison et à une interdiction définitive du territoire pour acquisition et consommation d'héroïne, cocaïne et haschisch. La Cour d'appel a confirmé l'ITF tout en portant à deux ans la peine de prison. Après rejet d'un pourvoi en cassation, M. Ezzouhdi a saisi la Cour européenne des droits de l'Homme.

Une décision sur la recevabilité a été rendue le 12 septembre 2000. Le Gouvernement avait soulevé une exception d'irrecevabilité tirée du non-épuisement des voies de recours internes : la Cour de cassation avait rejeté le pourvoi faute pour celui-ci d'être assorti de moyen de cassation. Cependant, devant la Cour européenne des droits de l'Homme, le requérant a fait valoir qu'il avait présenté une demande d'aide juridictionnelle invoquant l'article 8 et qu'aucune suite n'avait été donnée à cette demande. La Cour européenne a considéré que l'on ne pouvait donc reprocher à M. Ezzouhdi de ne pas avoir présenté de moyen au soutien de son pourvoi.

La Cour a écarté une autre fin de non-recevoir, toujours tirée du non-épuisement des voies de recours internes : elle a considéré que le requérant n'avait pas à introduire au préalable une procédure en relèvement de la mesure d'interdiction.

2. L'arrêt sur le fond a été rendu le 13 février 2001. La Cour s'est prononcée successivement par rapport aux deux alinéas de l'article 8.

Tout d'abord, le requérant peut-il se prévaloir en France d'une vie privée et familiale à laquelle il aurait été porté atteinte par la mesure d'interdiction ? La Cour apporte, sans surprise, une réponse positive à cette question en rappelant la date d'arrivée en France de M. Ezzouhdi, l'âge qu'il avait alors, le fait qu'il y a été scolarisé et qu'il y travaille.

En réalité, à ce stade, la seule question posée par le gouvernement à la Cour portait sur l'existence d'une atteinte à la vie privée et familiale du requérant ou seulement d'une atteinte à sa vie privée. Autrement dit, un célibataire sans enfant a-t-il une vie familiale au sens de l'article 8 alinéa 1er ? La Cour a considéré que ses liens familiaux avec sa mère et ses frères et sœurs, qui résident tous en France, suffisent à caractériser une vie familiale.

La Cour passe alors à l'examen de l'interdiction par rapport aux trois conditions posées par le second alinéa de l'article 8. L'interdiction du territoire est bien prévue par la loi, les articles 131-30 et 222-34 à 39 du code pénal. Elle poursuit un but légitime, la défense de l'ordre, la prévention des infractions pénales et la protection de la santé. M. Ezzouhdi ne le contestait pas.

Troisième condition : l'interdiction du territoire était-elle nécessaire dans une société démocratique ?

La Cour rappelle tout d'abord que les Etats ont le droit de contrôler l'entrée et le séjour des nationaux. Ils ont donc la faculté d'expulser les délinquants. Cette absence d'opposition de principe aux mesures d'éloignement du territoire a maintes fois été rappelée par la Cour. Elle ne fait pourtant pas l'unanimité parmi les juges s'agissant des étrangers de deuxième génération (voir opinions dissidentes de Mme Palm dans l'affaire *Boulchekia* ou de M. Costa et de Mme Tulkens dans l'affaire *Baghli*).

La Cour se livre ensuite à un contrôle de proportionnalité : la mesure a-t-elle respecté un juste équilibre entre les intérêts en présence, à savoir, d'une part, le droit du requérant au respect de sa vie privée et familiale et, d'autre part, la protection de l'ordre public, la prévention des infractions pénales et la protection de la santé ?

La Cour rappelle encore une fois l'âge d'arrivée en France de M. Ezzouhdi, son éducation dans notre pays, la présence des membres de sa famille. Si elle admet que des liens étroits avec ses frères et sœurs ne sont pas démontrés pas davantage que des liens excédant les liens affectifs normaux avec sa mère, elle n'en tire aucune conséquence.

Autre élément en faveur de M. Ezzouhdi : l'absence de lien autre que celui de la nationalité avec son pays natal. Il n'a vécu au Maroc que dans sa prime jeunesse. Il prétend ne pas parler arabe. Le gouvernement n'apporte pas la preuve de liens autres avec ce pays.

La Cour affirme ensuite de la façon la plus claire qui soit qu'un élément essentiel pour l'évaluation de la proportionnalité de la mesure d'expulsion est la gravité des infractions commises. Remarquons qu'il eut été préférable qu'elle parle d'interdiction du territoire et non d'expulsion puisque dans notre

droit interne l'expulsion est une mesure qui obéit à un régime juridique différent.

La Cour minimise la portée de ces infractions. Elle relève que M. Ezzouhdi a été condamné pour des faits d'usage et de consommation de drogues. Pour elle, ces faits ne caractérisent pas une menace grave à l'ordre public. Elle se réfère à la légèreté de la peine malgré le constat de l'état de récidive. Elle fait la même analyse pour les trois peines antérieures.

La Cour en conclut qu'il n'y a pas proportionnalité entre les infractions commises et l'ingérence dans sa vie privée et familiale. Dans une dernière phrase, la Cour ajoute que "le caractère définitif de l'interdiction apparaît comme particulièrement rigoureux". Une interdiction temporaire aurait-elle été admise ? C'est peut-être suggéré.

3. Cela faisait plus de trois ans que la Cour européenne des droits de l'Homme n'avait pas retenu de violation de l'article 8 à propos d'une mesure d'éloignement du territoire. Dès lors, cet arrêt marque-t-il une évolution de la jurisprudence de la Cour en faveur des requérants, un assouplissement donc, ou s'agit-il d'une décision cohérente avec les précédentes, en sens contraire certes, mais uniquement parce que les faits de l'espèce l'exigeaient ?

Nous optons plutôt pour la seconde solution.

Premier apport de cet arrêt : la doctrine et certains juges de la Cour dans leurs opinions dissidentes, s'interrogeaient sur la place du droit au respect de la vie privée par rapport à celle du droit à la vie familiale. Y a-t-il fusion des deux ou la vie familiale n'est-elle qu'une composante de la vie privée ? (cf. Céline Van Muylder, "Le droit au respect de la vie privée des étrangers", *Revue française de droit administratif*, juillet-août 2001, p. 797) L'arrêt *Ezzouhdi* confirme la formulation de l'arrêt *Baghli* du 30 novembre 1999 sans véritablement trancher la question. Pour la Cour, le fait même que les parents et les frères et sœurs d'un célibataire résident en France semble suffire à caractériser une vie familiale. Peu importe à ce stade du raisonnement l'intensité des relations entre les personnes.

Le second apport est le plus important : il concerne évidemment le contrôle de proportionnalité opéré par la Cour.

Jusqu'à l'arrêt *Ezzouhdi*, beaucoup de commentateurs distinguaient deux périodes dans la jurisprudence de la Cour. Une première période inaugurée par l'arrêt *Moustaquim c/Belgique* du 18 février 1991, premier arrêt retenant une violation de l'article 8 en matière d'éloignement d'étrangers, arrêt suivi par les arrêts *Beldjoudi c/France* du 26 février 1992 et *Nasri* du 21 juin 1995 dans le même sens. La Cour a alors été considérée comme particulièrement bienveillante en ce qui concerne les immigrés de deuxième génération.

Une seconde période aurait débuté en 1996 avec l'arrêt *Boughanemi c/France* du 27 mars 1996 excluant toute violation de l'article 8, arrêt suivi des arrêts ou décisions sur la recevabilité *Chorfi c/Belgique* du 7 août 1996, *Boulchekia* du 29 janvier 1997, *El Boujaïdi* du 26 septembre 1997, *Boujlifa* du 21 octobre suivant, *Dalia* du 19 février 1998, *Benrachid* du 8 décembre 1998, *Djaïd* du 9 mars 1999, *Baghli* déjà cité, *Farah c/Suède* du 24 août 1999, *Özturk c/Norvège* du 21 mars 2000, tous dans le même sens. Les commentateurs en ont déduit un durcissement de la Cour.

Présentation simplificatrice puisqu'elle fait abstraction de l'arrêt *Mehemi* du 26 septembre 1997 retenant une violation de l'article 8 rendu sur une requête présentée par un étranger né en France, marié et père de trois enfants, condamné à six ans de prison et à une interdiction définitive du territoire pour trafic de haschisch. De haschisch "seulement" pourrait-on dire : la Cour a fait à l'évidence une distinction entre le cannabis et le haschisch d'une part, l'héroïne d'autre part, substance en cause dans les affaires *El Boujaïdi*, *Dalia*, *Djaïd Baghli*, *Farah* et *Özturk*.

Dans l'affaire *Ezzouhdi*, la Cour avait pour la première fois semble-t-il à se prononcer sur un cas de "simple" usage et consommation de drogue, de haschisch mais aussi d'héroïne. Contrairement aux précédentes affaires que nous avons citées, la Cour a considéré qu'aucun commerce n'était reproché à M. Ezzouhdi. Cet élément a certainement pesé très lourd dans la balance. Pourtant, la Cour d'appel avait clairement évoqué un trafic de stupéfiants. Mais il est vrai qu'elle n'avait pas affirmé que M. Ezzouhdi avait cédé de la drogue à titre onéreux. Il avait participé à un voyage à Rotterdam au cours duquel il avait acheté des produits pour sa consommation personnelle. Il les avait cachés dans le véhicule. Il en avait donné une partie à des amis.

La Cour considère que l'infraction commise ne laisse pas craindre à l'avenir un danger pour l'ordre et la sûreté publics. Cet élément d'appréciation n'est pas clairement énoncé dans l'arrêt *Ezzouhdi* lui-même mais c'est ainsi que la Cour interprète sa décision dans un autre arrêt, l'arrêt *Boultif c/Suisse* du 2 août 2001 (§ 51).

Les autres éléments relevés par la Cour appellent moins de commentaires : il s'agit de l'âge d'entrée en France, de l'éducation reçue dans notre pays, d'une activité salariée, de la présence en France des membres de la famille, de l'absence de lien autre que la nationalité avec le pays d'origine. Ces critères sont analysés de la même façon qu'ils l'avaient été dans les précédentes affaires.

En conclusion, cet arrêt *Ezzouhdi* permet de mieux cerner la jurisprudence de la Cour en la matière, considérée comme sévère ces dernières années dès qu'une infraction à la législation sur les stupéfiants était en cause. Quel

que soit le produit stupéfiant, l'éloignement du territoire d'un célibataire ne peut intervenir que s'il y a cession à titre onéreux.

Il est intéressant de rapprocher cet arrêt d'un autre rendu par la Cour en 2001, l'arrêt *Boultif c/Suisse* du 2 août. Cet arrêt concerne le cas, différent certes, d'un algérien à qui le renouvellement de son titre de séjour avait été refusé en raison d'une condamnation à 2 ans de prison pour vol alors qu'il est marié à une ressortissante suisse et père de trois enfants. Là encore, c'est à l'unanimité que la Cour a considéré qu'il y avait violation de l'article 8 dans la mesure où il lui est pratiquement impossible de mener une vie familiale normale dans un autre pays. La Cour a rendu un arrêt qui s'apparente à un arrêt de principe sur l'éloignement des étrangers mariés et pères ou mères de famille en énumérant les critères d'appréciation en pareil cas .

C'est donc un tableau plus complet et plus nuancé de la jurisprudence de la Cour qu'il est aujourd'hui possible de faire, grâce à ces deux arrêts.

4. Le second arrêt appelle moins de commentaires. Il touche aux rapports entre le juge pénal et le juge administratif en matière d'ITF.

M. Abdouni est algérien. Il est entré en France à l'âge de six mois. Il y a effectué toute sa scolarité. Il a eu deux filles avec une ressortissante portugaise avant de se marier avec elle. Mais en 1996, il a été condamné à trente mois de prison et à une ITF de cinq ans pour trafic d'héroïne. M. Abdouni a saisi la Cour européenne des droits de l'Homme en se plaignant d'une violation de l'article 8.

En cours d'instance le préfet, en application de l'ITF, a pris un arrêté fixant l'Algérie comme pays de destination. Cette décision a toutefois été annulée en 2000 par le Tribunal administratif d'Orléans. Le tribunal a considéré que cette mesure était contraire à l'article 8. Il a pris en considération la situation de l'épouse de M. Abdouni et de ses enfants, celle de l'Algérie et de la difficulté de mener une vie familiale normale pour des étrangers sans lien avec ce pays. Le ministre de l'intérieur n'a pas interjeté appel.

Le Gouvernement a alors soutenu devant la Cour que M. Abdouni ne pouvait plus se prétendre victime d'une violation de l'article 8. La Cour européenne des droits de l'Homme a préféré se situer sur le terrain de l'article 37 de la Convention et dire que le litige était résolu.

La Cour a eu une vision très pragmatique de l'affaire. Elle s'est prononcée trois ans et demi après la date à laquelle l'ITF de cinq ans est devenue définitive. Elle commence donc par relever qu'aucune mesure d'éloignement n'a été prise. Mais surtout elle reconnaît que l'annulation par le Tribunal administratif prive l'ITF de tout effet juridique, que l'interdiction ne peut pas être mise en oeuvre, ni vers l'Algérie ni vers un autre pays. La Cour souligne

que si une nouvelle décision de désignation du pays de destination était prise, elle se heurterait à l'autorité de la chose jugée dans l'hypothèse où le pays désigné serait l'Algérie ou tout autre pays avec lesquels la famille est sans lien. Elle ajoute que le requérant disposerait en ce cas du recours ouvert devant les juridictions administratives et de l'ensemble des garanties dont il s'accompagne.

Pour la Cour, le litige est donc résolu au sens de l'article 37 § 1 b). Aussi a-t-elle décidé de rayer l'affaire du rôle.

5. La Cour ne s'est pas prononcée sur le point de savoir si l'ITF violait ou non l'article 8. La réponse était loin d'être évidente. Bien qu'il s'agisse d'héroïne, le requérant aurait pu nourrir quelques espoirs après l'arrêt *Boultif*. La Cour a seulement reconnu que le juge administratif avait efficacement paralysé l'exécution de la sanction prononcée par le juge judiciaire, en annulant la décision fixant le pays de destination.

Rappelons que lorsqu'une ITF est prononcée, le préfet est dans une situation de compétence liée pour reconduire l'étranger à la frontière. Il n'a pas besoin de prendre un arrêté de reconduite. Seule la décision administrative fixant le pays de renvoi est susceptible de recours (CE, avis 26 mai 1995, *Stein*, p. 716). C'est dans ce cadre que le Tribunal administratif d'Orléans a eu à se prononcer. Il a implicitement considéré que le moyen tiré de la violation de l'article 8 de la Convention est opérant à l'encontre d'un arrêté fixant le pays de destination. L'article 27 bis dernier alinéa de l'ordonnance de 1945 fixant les conditions de fond d'une décision fixant le pays de destination ne se réfère qu'à l'article 3 de la Convention. Aussi est-il rare qu'une telle décision soit annulée sur le fondement de l'article 8 (cf. cependant CE, 31 mai 2000, *Préfet de la Sarthe c/Ivanov*, req. n° 209112).

Le gouvernement avait indiqué à la Cour que si le requérant présentait une demande de titre de séjour cette demande ne pourrait qu'être satisfaite, en application de la jurisprudence du Conseil d'Etat *Mert* du 21 décembre 1994. La Cour a entièrement fait droit à cette thèse. Au grand dam du requérant qui a demandé le renvoi de l'affaire devant la grande chambre. Cette demande n'a pas été acceptée.

Certes, l'administration est tenue, lorsqu'elle y est invitée, d'assurer l'exécution des jugements judiciaires. Le Conseil constitutionnel a rappelé que cette règle est le corollaire du principe de la séparation des pouvoirs (Cons. const., 29 juillet 1998, décision n° 98-403 DC, *Rec.*, p. 276). Mais l'annulation par le juge administratif d'une mesure d'exécution prise spontanément peut conduire à ne pas exécuter un jugement judiciaire. C'est ce que l'on constate ici.

Cet arrêt de la Cour incite en réalité les préfets à réexaminer, après le juge judiciaire, la situation des étrangers faisant l'objet d'une ITF au regard de

l'article 8. Mais la Cour ne se contente pas de l'inexécution par l'administration de la décision judiciaire. C'est l'intervention du juge administratif qui exclut toute violation de l'article 8.

En 2001, la Cour européenne des droits de l'Homme a donc eu l'occasion de compléter utilement sa jurisprudence en matière d'éloignement du territoire tout en restant cohérente avec celle-ci. Elle a également indiqué la façon dont un Etat peut remédier à des décisions judiciaires internes discutables au regard de l'article 8. Autant d'éléments d'analyse précieux pour les juridictions et les administrations dans leurs décisions à venir. Toujours est-il que la Cour n'a pas remis fondamentalement en question le principe dit de la double peine.

#### M. Paul Tavernier

Merci, Mme Jarreau de votre exposé très précis et très percutant qui mériterait de longs débats. Finalement la Cour n'a pas réglé la question de la double peine et on en reparlera sans doute ici ou ailleurs. Mais, il était important d'aborder cette question qui a été remise sur le tapis, comme vous l'avez dit, à la suite de l'opinion de Mme Tulkens commune avec le juge Costa.

Je vais donner immédiatement la parole à Mme Anne Debet qui est Maître de Conférences à l'université de Paris II, et qui connaît bien les problèmes de l'application du droit civil par les juridictions françaises puisque c'est le sujet de sa thèse. Elle va nous présenter une affaire qui intéresse directement la Faculté de droit de Sceaux puisque les faits se passent dans un hôpital situé juste à côté, et c'est la gendarmerie de Sceaux qui a été saisie de l'affaire.

### ***Le respect de la vie privée et familiale***

#### **Le cadavre et le droit au respect de la vie familiale (arrêt Pannullo et Forte du 30 octobre 2001)**

par

**Anne DEBET**

Maître de conférences à l'Université de Paris II

Une nouvelle condamnation de la France est intervenue dans l'arrêt *Pannullo et Forte* le 30 octobre 2001.

L'affaire était tragique. Elle donne l'occasion à la Cour européenne des droits de l'Homme d'élargir encore le champ du droit au respect de la vie familiale, pour l'appliquer cette fois à des questions concernant la sépulture.

Les requérants, un couple de ressortissants italiens (M. Vincenzo Pannullo et Mme Forte), vinrent en France pour que leur fille de 4 ans, Erika, y soit opérée. C'est à l'Hôpital Marie Lannelongue, hôpital réputé pour son service de chirurgie thoracique, que l'opération eut lieu. Malheureusement, après une série de complications, l'enfant, prénommée Erika, mourut le 24 juin 1996.

Les requérants portèrent plainte auprès du Procureur de la République et une information sur les causes de la mort fut ouverte le 1<sup>er</sup> juillet 1996. Le juge d'instruction ordonna une autopsie le 3 juillet 1996, autopsie qui fut pratiquée le 9 juillet suivant. Plusieurs prélèvements furent effectués pour un examen complémentaire éventuel. Le magistrat aurait alors été prévenu par un des médecins que les prélèvements de viscères ayant été effectués, le corps pouvait être rendu à la famille. Le rapport d'autopsie daté du 25 juillet 1996 conclut que la mort d'Erika est intervenue dans un contexte infectieux respiratoire aigu. Les services de l'Institut Médico-Légal, où était conservé le corps, s'inquiétèrent à de nombreuses reprises (en juin 1996, en août 1996 et le 15 janvier 1997) de la durée du dépôt du corps et en informèrent le juge d'instruction chargé de l'affaire. En septembre 1996, une autre expertise (cette fois anapathologique) fut ordonnée par le juge, expertise qui concernait les viscères et ce dernier ne reçut le rapport définitif des experts que le 29 avril 1997. Ce rapport concluait à l'absence de faute médicale.

A compter de la date de l'autopsie, les requérants firent de multiples démarches pour récupérer le corps et les autorités italiennes intervinrent à de nombreuses reprises. Pourtant, ce n'est que le 14 février 1997 que le juge d'instruction (ou plutôt le doyen des juges d'instruction, en l'absence du premier juge, parti en vacances) délivra le permis d'inhumer à la requête du Procureur de la République.

Le 19 février 1997, Erika fut enterrée au cimetière de Terracina. Elle ne devait pas encore reposer en paix puisqu'une autre autopsie fut ordonnée ultérieurement par le Tribunal de Rome. Au début du mois de septembre 1997, les requérants furent informés du classement de leur dossier.

Les parents de l'enfant, très affectés par cette longue attente, portèrent l'affaire devant les juridictions européennes.

Ils engagèrent d'abord une action contre la France, mais aussi contre l'Italie, cette dernière étant accusée de ne pas leur avoir apporté le soutien nécessaire dans leurs démarches pour récupérer le cadavre de leur enfant. Les requérants invoquaient en particulier les lacunes de l'autorité consulaire. Le 16 avril 1998, la Commission rejeta cette dernière requête en estimant que les autorités italiennes n'avaient aucune responsabilité directe dans le retard mis pour restituer le corps.

Les requérants dirigeaient principalement leur requête contre la France. Ils invoquaient une violation de l'article 3. La non restitution du corps de leur fille aurait constitué une torture ou un traitement inhumain et dégradant. La Cour, dans sa décision sur la recevabilité, en date du 23 novembre 1999, déclare ce grief irrecevable, au motif que la situation n'atteignait pas le seuil de gravité requis pour entrer dans le champ d'application de l'article 3.

Autre grief déclaré irrecevable : celui fondé sur l'article 9 de la Convention. Les requérants affirmaient que l'article 9 était violé car, catholiques pratiquants, ils n'avaient pas pu pendant de nombreux mois donner une sépulture religieuse à leur fille, ni prier sur la tombe de leur enfant. La Cour considère que ces questions sont déjà examinées au titre de l'article 8 et que, par conséquent, il n'y a pas lieu de retenir le grief fondé sur l'article 9.

C'est donc sur l'article 8 qu'a porté le débat devant la Cour européenne des droits de l'Homme.

Le gouvernement ne contestait pas que le délai mis pour restituer le corps avait été très long. Il soulignait que ce retard était imputable soit à l'inertie des experts soit à une mauvaise compréhension de la matière médicale par le juge. Le gouvernement français considérait que les mesures ordonnées visaient un but légitime : la prévention des infractions, mais il disait s'en remettre à la sagesse de la Cour européenne pour déterminer s'il existait un

juste équilibre entre le but légitime visé par ces mesures et le droit au respect de la vie familiale et privée des requérants.

La Cour européenne constate que le corps de l'enfant aurait pu à l'évidence être rendu au parent après l'autopsie. Eu égard aux circonstances de l'affaire et au caractère dramatique pour les requérants de la perte de leur enfant, la Cour constate que les autorités françaises n'ont pas ménagé un juste équilibre entre le droit des requérants au respect de leur vie privée et familiale et le but légitime visé.

Elle conclut à une violation de l'article 8 et elle attribue une satisfaction équitable au requérant (remboursement des frais de séjour, de transport, des frais et honoraires) et surtout 100 000 francs au titre du préjudice moral (alors que le gouvernement français proposait pour sa part 30 000 francs).

L'affaire *Pannullo et Forte c/France* est importante non pas tant en ce qui concerne le délai mis pour restituer le corps, (I) mais en ce qu'elle consacre une extension du droit au respect de la vie familiale (II).

## I • Le délai de restitution du corps

Dans l'affaire *Pannullo et Forte*, une autopsie avait été ordonnée. Il convient donc de s'intéresser dans un premier temps au régime de l'autopsie, pour déterminer si la pratique de celle-ci constitue en elle-même une violation de l'article 8 de la Convention (A). Il faut ensuite préciser quelle règle préside à la restitution du cadavre en droit interne, pour voir si les normes internes, sont, en elles-mêmes, contraires aux exigences européennes (B).

### A.- Le régime de l'autopsie

L'autopsie est une atteinte à l'intégrité du cadavre qui peut être vécue de façon douloureuse pour les familles. La question du consentement de ces familles à l'autopsie doit donc être posée.

M. Pannullo et Mme Forte souhaitaient qu'une enquête sur les causes du décès soit ouverte. Par conséquent, il est certain qu'ils ne s'opposaient pas à l'autopsie. On peut néanmoins envisager des situations dans lesquelles des parents contesteraient sur le fondement de l'article 8, c'est à dire du droit au respect de la vie privée et familiale, la pratique des autopsies. Encore faudrait-il pour cela que La Cour européenne étende le droit au respect de la vie familiale au droit d'empêcher une atteinte corporelle sur le cadavre d'un proche. Il n'est pas évident que la Cour européenne adopterait une telle attitude d'autant qu'en droit interne les médecins doivent restituer le corps intact pour ménager les sentiments des familles. C'est le but de la

restauration tégumentaire prévue par l'article L. 1232-5 du Code de la santé publique : "Les médecins ayant procédé à un prélèvement sur une personne décédée sont tenus d'assurer une restauration décente de son corps".

La principale critique que l'on pourrait adresser au droit français en matière d'autopsie, c'est son absence de précision et la diversité des régimes des différentes autopsies. L'article L. 1232-3 du Code de la santé publique dispose qu' "aucun prélèvement à des fins scientifiques autres que celui ayant pour but de rechercher les causes du décès ne peut être effectué sans le consentement du défunt exprimé directement par le témoignage de la famille. Lorsque le défunt est mineur, ce consentement est exprimé par un des titulaires de l'autorité parentale. La famille est informée des prélèvements effectués en vue de rechercher les causes du décès".

Ainsi, il faut, à l'instar du Comité consultatif national d'éthique<sup>87</sup>, établir une distinction entre les différents types d'autopsies. L'autopsie ayant pour but de rechercher les causes du décès peut être pratiquée même en cas d'opposition du défunt et de sa famille et tout ce qu'une telle autopsie requiert, c'est l'information de la famille<sup>88</sup>. Pour les prélèvements à des fins médicales, le consentement du défunt est, en principe, présumé. En revanche, l'autopsie pratiquée à des fins scientifiques requiert le consentement du défunt exprimé par le témoignage de la famille. Cette exigence a entraîné d'après le rapport d'Alain Claeys, rapporteur du projet de loi de révision des lois bioéthiques, une chute du nombre des expertises médico-scientifiques<sup>89</sup>. Les autopsies à des fins scientifiques ne sont jamais pratiquées, mais la raréfaction des autopsies concerne aussi les autopsies à finalités médicales<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> Avis du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé sur l'avant-projet de révision des lois de bioéthique, *Les Cahiers du Comité consultatif national d'éthique*, n° 27, avril 2001, p. 3 et s., spéc. p. 11.

<sup>88</sup> L'autopsie est définie précisément par S. GROMB, " Le droit des mourants ", in *Droit médical et hospitalier*, Litec, fasc. 37, T. I, n° 47. Elle doit toujours être complète. Elle commence par la levée du corps qui permet d'observer ce dernier. Ensuite, le médecin procède à un examen externe avec la recherche de traces de violence, puis il étudie minutieusement les organes intra-thoraciques, intra-abdominaux et intracrâniens. L'expert peut réaliser des analyses complémentaires comme des radiographies, des prélèvements pour analyse toxicologique et anatomopathologique (étude des tissus sous microscope).

<sup>89</sup> JOAN, Doc., session 2001-2002, Rapport d'information de M. A. CLAEYS, déposé en application de l'article 145 du Règlement par la mission d'information commune préparatoire au projet de loi de révision des "lois bioéthiques" de juillet 1994 (n° 3208, 27 juin 2001), spéc. p. 213.

<sup>90</sup> Avis du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé sur l'avant-projet de révision des lois de bioéthique, préc., spéc. p. 11 : "L'autopsie des personnes décédées en milieu hospitalier n'est réalisable qu'avec l'information devenue en fait préalable de la famille recueilli dans les heures qui suivent la mort. Or ce consentement s'avère si difficile à demander et à obtenir dans

Dans le projet de loi relatif à la bioéthique adopté par l'Assemblée nationale, l'article L. 1232-3 est modifié. L'article L. 1232-1 du projet précise que "le prélèvement d'organe sur une personne dont la mort a été dûment constatée ne peut être effectué qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques. Ce prélèvement peut être pratiqué dès lors que la personne n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement. Ce refus peut être exprimé par tout moyen, notamment par l'inscription sur un registre national de traitement automatisé prévu à cet effet (...). Si le médecin n'a pas directement connaissance de la volonté du défunt, il doit s'efforcer de recueillir le témoignage de ses proches sur celle-ci et les informe de la finalités des prélèvements envisagés"<sup>91</sup>. Est donc affirmée fermement pour toutes les autopsies, aussi bien à but thérapeutique que scientifique, la règle selon laquelle le consentement est présumé. L'autopsie ordonnée pour déterminer les causes du décès disparaîtrait donc du Code de la santé publique. Elle pourrait à l'évidence, comme c'est le cas aujourd'hui, toujours être ordonnée sans le consentement de la famille et même sans son avis.

Des difficultés peuvent donc surgir pour ce type d'autopsie (et pour les autres si la loi devait être votée). La famille se révolte parfois contre cette atteinte portée au cadavre sans son consentement.

Des parents ont ainsi tenté de contester la législation française sur le fondement, entre autres, de la Convention européenne des droits de l'Homme. Le Tribunal administratif de Nantes n'a pas fait droit à ces demandes en constatant, le 6 janvier 2000, que l'autopsie, ayant pour but de connaître les causes du décès, réalisée sans le consentement de la famille, ne constituait pas une atteinte à l'intégrité du cadavre (art. 225-17 du Code pénal), ni une atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine et qu'elle ne pouvait être regardée comme un traitement inhumain et dégradant (art. 3 CEDH)<sup>92</sup>.

Une telle question pourrait être éventuellement posée à la Cour européenne. Il reste que l'autopsie pratiquée dans le but de rechercher les causes du décès a, à l'évidence, un but légitime et respecte le rapport de proportionnalité exigé par la Cour européenne. Ainsi le régime de l'autopsie n'était-il pas mis en accusation dans l'affaire *Pannullo et Forte*. Ce qui était principalement en cause dans l'arrêt *Pannullo et Forte* c'est la durée mise pour restituer le corps.

---

ces circonstances toujours douloureuses que la plupart des médecins renoncent pratiquement à faire une autopsie".

<sup>91</sup> JOAN, Doc., session 2001-2002, projet de loi n° 763 adopté par l'Assemblée nationale en 1ère lecture le 22 janvier 2002.

<sup>92</sup> TA Nantes, 6 janvier 2000, D. 2000. I.R. 101. A l'évidence, l'autopsie est justifiée par la protection de l'ordre public. Pour que la justice puisse être exercée, les magistrats doivent avoir la possibilité de rechercher les causes du décès.

## B.- La restitution du corps à la famille

L'hôpital est devenu le lieu ordinaire de la mort. Par conséquent, le droit hospitalier précise les modalités de la restitution du corps à la famille. Les proches doivent d'abord être avertis de l'aggravation de l'état du malade et de son décès. Le corps est déposé à la chambre mortuaire<sup>93</sup>, sorte de chambre froide spécialement aménagée, où il peut être présenté aux familles. L'existence de ces chambres permet aux familles de disposer du temps nécessaire pour organiser les obsèques. Le Code général des collectivités territoriales régit les soins à apporter au corps ainsi que les modes de transport<sup>94</sup>. Quand le corps du malade n'a pas été réclamé dans un délai de dix jours, il est inhumé par les soins de l'hôpital<sup>95</sup>. L'établissement médical doit garantir le respect dû au mort et le respect dû au cadavre.

L'acte de décès est, quant à lui, dressé par l'officier d'état civil<sup>96</sup>. La déclaration de la mort à ce dernier doit être faite dans les vingt-quatre heures. L'inhumation ne peut être faite sans autorisation donnée par l'officier d'état civil<sup>97</sup>. Ce dernier ne pourra la délivrer que sur certificat d'un médecin constatant le décès<sup>98</sup>. Le permis d'inhumer précise le jour et l'heure à partir duquel l'opération peut avoir lieu, un délai de vingt-quatre heures devant être respecté entre le moment du décès et l'inhumation<sup>99</sup>.

En cas de mort violente et suspecte, la situation est un peu différente. Le médecin, pour dresser le certificat de décès, doit procéder à un examen minutieux et détaillé du corps. Il doit déterminer s'il existe ou non un obstacle médico-légal à l'inhumation<sup>100</sup>. S'il n'y en a pas, l'officier d'état civil pourra délivrer le permis d'inhumer.

<sup>93</sup> L'article L. 2223-39 du Code général des collectivités territoriales prévoit que les établissements de santé publics ou privés qui remplissent les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat doivent disposer d'une chambre mortuaire dans laquelle doit être déposé le corps des personnes qui y sont décédées.

<sup>94</sup> Articles R. 2213-2 et suivants du Code général des collectivités territoriales.

<sup>95</sup> Voir sur cette question : C. PAIRE, Marc DUPONT, C. ESPER, L. MUZZIN, *Droit hospitalier, Etablissements publics et privés*, Dalloz, coll. " cours ", 2<sup>ème</sup> éd., 1997, n° 379 et s., p. 284 et s.

<sup>96</sup> Article 78 du Code civil : "L'acte de décès sera dressé par l'officier de l'état civil de la commune où le décès a eu lieu, sur la déclaration d'un parent du défunt ou sur celle d'une personne possédant sur son état civil les renseignements les plus exacts et les plus complets qu'il sera possible"

<sup>97</sup> Article R. 2213-17 du Code général des collectivités territoriales.

<sup>98</sup> Cela résulte des articles R. 2223-42 et R. 2213-17 du Code général des collectivités territoriales qui précisent que l'autorisation de fermeture d'un cercueil ne peut être ordonnée qu'au vu d'un certificat établi par un médecin attestant à la fois le décès et l'absence de problème médico-légal.

<sup>99</sup> Article R. 2213-33 du Code général des collectivités territoriales.

<sup>100</sup> Articles 81 et 82 du Code civil.

En cas d'obstacle, l'autorité judiciaire doit être informée<sup>101</sup>. Dans l'affaire *Pannullo et Forte*, le texte de droit interne pertinent était l'article 74 du Code de procédure pénale qui précise qu'en cas de découverte d'un cadavre, qu'il s'agisse ou non d'une mort violente, mais si la cause en est inconnue ou suspecte, l'officier de police judiciaire, qui en est avisé, en informe immédiatement le Procureur de la république. Ce dernier se transporte sur les lieux et procède aux premières consultations<sup>102</sup>. Le Procureur de la république peut aussi requérir information pour les recherches des causes de la mort. Il s'agit là d'une procédure dérogatoire de droit commun qui ne met pas en mouvement l'action publique et n'admet pas la constitution de partie civile<sup>103</sup>. Cette information a pour seul but de connaître les causes de la mort et le magistrat instructeur n'est donc pas saisi de l'ensemble des faits. Le juge d'instruction peut, par commission rogatoire, déléguer un officier de police judiciaire pour accomplir les diligences tendant à élucider les causes de la mort.

L'article 74 du Code de procédure pénale ne s'applique qu'en cas de mort suspecte. Il s'agit d'une mort qui ne paraît pas naturelle, n'est pas à l'évidence de nature criminelle et semble susceptible de receler les éléments d'un crime ou d'un délit. Tel est le cas par exemple des suicides suspects, des intoxications douteuses et au premier chef des accidents mortels d'origine thérapeutique comme dans l'arrêt *Pannullo et Forte*. Dans ce domaine, la plainte est toujours transmise au parquet.

Le Procureur de la République peut sur le fondement de l'article 74 ordonner l'autopsie du cadavre. L'officier de police judiciaire fait alors transporter le corps à l'Institut médico-légal.

Une fois ces opérations réalisées et si l'enquête a permis d'établir que la mort procède d'une cause naturelle ou qu'il s'agit d'une mort violente survenue dans des circonstances qui ne permettent pas de retenir une faute imputable à un tiers, le Procureur peut autoriser l'officier d'état civil à procéder à l'inhumation.

En l'espèce, ce n'était pas le dispositif légal lui-même qui était contesté mais la longueur des procédures. En vertu de l'article 161 du Code de

<sup>101</sup> D'après S. GUYOT, T. COMTE, B. GIRARDET et D. CORÈGE, dans leur article " La responsabilité médico-légale du médecin du SAMU dans la certification du décès. Problématique des relations entre médecins urgentistes, forces de police, Gendarmerie et Parquet ", *Journal de Médecine légale, Droit Médical*, 2001, n° 44, p. 74, une circulaire du 5 juillet 1976 "oblige le médecin à se mettre en rapport avec le Parquet ou le service de police et de gendarmerie compétente lorsque, après examen d'un cadavre, il suspecte un problème médico-légal".

<sup>102</sup> Sur cette question, voir P. MALIBERT, " Article 74 ", " Mort suspecte ", *J.-Cl. Procédure pénale*, 2000.

<sup>103</sup> P. MALIBERT, " Article 74 ", " Mort suspecte ", *J.-Cl. Procédure pénale*, 2000, spéc. n° 81.

Procédure pénale, le juge a le devoir de fixer des délais pour le dépôt des rapports d'expertises<sup>104</sup>. Si ces délais ne sont pas respectés, il a le pouvoir d'intervenir, ce qu'il n'avait pas fait dans l'affaire soumise à la Cour européenne des droits de l'Homme. L'inertie des experts et la mauvaise compréhension par le juge de la matière médicale (ce qui semble inquiétant au vu des informations qui lui avaient été transmises) ont eu des résultats tragiques. Le cadavre de la fille des requérants a été conservé pendant des mois dans une chambre frigorifique.

Dans l'affaire *Pannullo et Forte*, la Cour européenne sanctionne des dysfonctionnements spécifiques, elle ne remet pas en cause le régime de l'expertise pénale. Tout au plus exige-t-elle une diligence accrue des juges d'instruction dans ce domaine. L'arrêt de la Cour européenne est, en revanche, très novateur s'agissant de l'étendue du droit au respect de la vie familiale.

## II.- L'extension du champ d'application de l'article 8 : la Convention européenne protectrice de la sépulture

La protection du cadavre a suscité un contentieux restreint devant les organes européens, contentieux qui concerne en très grande partie la France. En effet, une recherche *Hudoc* sur le site de la Cour européenne des droits de l'Homme avec les entrées "*cadavre*" ou "*sépulture*" permet de trouver quelques rares décisions, dont une grande majorité concernent la France<sup>105</sup>.

L'affaire *Pannullo et Forte* concernait un aspect spécifique de ce contentieux. Il était relatif au droit des familles sur les cadavres et non à la liberté individuelle en matière de funérailles.

---

<sup>104</sup> Article 161 du Code de procédure pénale : "Toute décision commettant des experts doit leur impartir un délai pour exécuter leur mission (...)".

<sup>105</sup> Décisions *A. G. c/France* du 30 novembre 1994 (requête n° 23033/93) et *Ribes c/France* du 11 juillet 2000 (requête n° 41946/98 et 50586/99). Dans la première affaire, la requérante mettait en cause sur le fondement de l'article 6 des procédures administratives et pénales qu'elle avait engagées en France pour contester la délivrance d'une concession funéraire et l'exhumation des corps de ses grands-parents, de son père et de sa tante. Dans la deuxième espèce, les requérants se plaignaient du déplacement des ossements de leur père et mari d'un casier du columbarium à un autre. Ils développaient des arguments relatifs à l'absence d'équité de la procédure pénale. Ils évoquaient aussi une violation de l'article 3 du fait de l'attitude des autorités judiciaires qui avaient refusé d'ordonner la localisation et l'identification des corps. Ils considéraient que le respect dû aux morts avait été méconnu et donc que l'article 8 avait été violé. Ils se plaignaient aussi d'une violation de l'article 9 de la Convention.

S'agissant des libertés fondamentales, il est nécessaire de faire état de la liberté reconnue en France d'organiser ses funérailles, liberté qui doit toutefois s'exercer dans le cadre du respect de l'ordre public.

La loi du 15 novembre 1887 précise que tout majeur ou mineur en état de tester peut régler les conditions de ses funérailles, notamment en ce qui concerne le caractère civil et religieux à leur donner et le mode de sépulture. Il peut charger une ou deux personnes de veiller sur l'exécution de sa volonté.

Le droit au respect de ses funérailles porte sur le mode d'inhumation (choix du cimetière), sur le sort du cadavre après la mort (incinération, enterrement...) et également sur le souhait d'être enterré avec telle ou telle personne. Ceux qui restent respectent la volonté émise par anticipation avant la mort. Cependant, la liberté de la personne est loin d'être absolue. En effet, la sépulture n'est pas seulement un droit, elle est une obligation. Le choix du mode de sépulture est limité : inhumation, immersion pour les décès en mer, encore que cette pratique ait en grande partie disparu, ou crémation, mais la légalité des autres modes de sépulture, non prévus par le Code des collectivités territoriales, semble douteuse. L'exigence d'une sépulture est, en outre, d'ordre public<sup>106</sup>.

S'agissant de la liberté d'une personne d'organiser ses funérailles, la Commission européenne avait déjà eu l'occasion de préciser dans une décision *X. c/RFA*, le 10 mars 1981<sup>107</sup>, que le souhait d'une personne de faire disperser ses cendres dans son jardin est si intimement lié à la vie privée qu'il entre dans le champ d'application de l'article 8 CEDH. Pour la Commission, cependant, des considérations d'intérêt public peuvent justifier la réglementation de l'inhumation, à condition de ne pas priver l'individu de tout choix personnel. Comme en l'espèce le requérant disposait d'un choix quant aux modalités de ses funérailles, il n'y avait pas violation de l'article 8.

Le respect dû aux morts est un principe fondamental. Il prolonge le respect dû à la personne humaine.

Il convient donc de voir ici quels sont les droits de la famille sur la personne du défunt pour montrer que l'arrêt *Pannullo et Forte* apporte un fondement neuf à ces droits

---

<sup>106</sup> Le pouvoir de police du maire est important s'agissant des cimetières. L'article L. 2213-8 du Code général des collectivités territoriales prévoit que "sont soumis au pouvoir de police du maire : le mode de transport des personnes décédées, le maintien de l'ordre et de la décence dans les cimetières, les inhumations et les exhumations, sans qu'il soit permis d'établir des distinctions ou des prescriptions particulières à raison des croyances ou du culte du défunt ou des circonstances qui ont accompagné sa mort".

<sup>107</sup> Décision *X. c/RFA*, D.R. 1981, vol. 24, p. 137.

## A.- Les droits de la famille sur le cadavre

La nature juridique du cadavre (1) est déterminante pour préciser quels sont les droits de la famille sur celui-ci (2).

### 1.- La nature juridique du cadavre

Le cadavre s'entend de la dépouille mortelle, des restes humains, des ossements et des cendres de la personne.

Pendant très longtemps, on s'est demandé en droit civil quelle était la nature juridique du cadavre et s'il avait des droits. Certains auteurs, comme Demogue, ont voulu reconnaître au cadavre une demi-personnalité juridique<sup>108</sup>. Le cadavre serait à mi-chemin entre l'être humain et la chose. On a aussi proposé de donner au cadavre le statut de personne inanimée, statut temporaire qui durerait cinq ans<sup>109</sup>.

Le droit pénal n'a pas pris clairement position sur le sujet. Les articles 225-17<sup>110</sup> et suivants, qui concernent l'intégrité du cadavre figurent dans le titre II du Code pénal (" Des atteintes à la personne humaine ") et plus précisément dans le Chapitre V de ce titre II (" Des atteintes à la dignité de la personne "). L'atteinte à l'intégrité du cadavre est un délit nouveau, créé par le Nouveau Code pénal. Ce délit est distinct de la traditionnelle profanation de sépulture. Cette nouvelle disposition va plutôt dans le sens d'une personnification du cadavre<sup>111</sup>. Auparavant, la loi ne s'intéressait en effet qu'à la sépulture, objet de droit. Le cadavre n'était donc protégé que de manière indirecte.

<sup>108</sup> R. DEMOGUE, " La notion de sujet de droit ", *RTD civ.* 1909. 639.

<sup>109</sup> P. BELHASSEM, *La crémation: le cadavre et la loi*, LGD, 1997, Travaux de recherches Panthéon-Assas, 1997, p. 109 et s. L'auteur présente les propositions doctrinales dans ce sens. Voir aussi G. GOUBEUX, *Les personnes, in Traité de droit civil*, sous la direction de J. GHESTIN, LGD, 2<sup>ème</sup> éd., 1989, n° 56. L'auteur considère que "la conscience collective se résout difficilement à admettre l'extinction totale et définitive de la personnalité. Elle préfère l'idée rassurante d'un état intermédiaire entre l'existence et le néant assimilé à un long sommeil".

<sup>110</sup> Article 225-17 du Code pénal : "Toute atteinte à l'intégrité d'un cadavre, par quelque moyen que ce soit, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende.

La violation ou la profanation, par quelque moyen que ce soit, de tombeaux, de sépulture ou de monuments édifiés à la mémoire des morts est punie d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende (...).

<sup>111</sup> La protection pénale du cadavre est cependant plus liée à celle de la dignité humaine qu'à la personne décédée. Voir en ce sens : J.-P. GRIDEL, " Retour sur l'image du préfet assassiné : dignité de la personne humaine et liberté de l'information d'actualité ", *D.* 2001. chron. 872, p. 873.

En faveur de la personnification du cadavre, on peut aussi citer un arrêt du Conseil d'Etat du 2 juillet 1993, l'arrêt *Milhaud*, dans lequel le Conseil affirme que le patient décédé reste, pour le médecin, une personne humaine<sup>112</sup>.

Selon un auteur, d'une manière générale, "la jurisprudence répugne à traiter la dépouille comme un objet, du moins tant qu'il s'agit d'une mort relativement récente"<sup>113</sup>.

Mais progressivement a été consacrée l'idée que le cadavre est une chose. Il n'existe en droit civil que deux catégories dans lesquelles le cadavre pouvait être rangé, soit il était un être humain sujet de droit, soit il était un bien meuble, objet de droit. Or, le mort n'est plus un sujet de droit. Selon l'expression souvent reprise de Planiol, "les morts ne sont plus des personnes ; ils ne sont rien"<sup>114</sup>. Les dépouilles mortelles, les cendres doivent donc être considéré comme des objets.

Historiquement d'ailleurs, comme le souligne M. Labbé dans sa thèse<sup>115</sup>, la loi des XII tables permettait au créancier impayé de saisir le cadavre du défunt. En cas de pluralité de créanciers, chacun pouvait emporter un morceau. En Egypte ancienne, il était fréquent de mettre en gage un cadavre. Au Moyen-Âge existait la procédure de rétention et de saisie de cadavre.

Plus récemment, une décision du tribunal de la Seine de 1932<sup>116</sup> montre que le cadavre peut être considéré comme une chose. Un entrepreneur de pompes funèbres refusait de rendre le cadavre aux héritiers, qui contestaient la facture. Le tribunal ordonne la restitution, non sur le fondement du caractère insaisissable du cadavre, mais sur celui du respect de l'ordre public et de la bonne foi. La Cour de cassation a elle aussi considéré que le cadavre était une chose. Elle a consacré la possibilité de l'existence d'un contrat de dépôt sur un cadavre. Dans une affaire soumise à la Cour de

<sup>112</sup> C.E., 2 juillet 1993, *Milhaud*, *D.* 1994. 74, note J.-M. PEYRICAL ; *JCP* 1993. II. 22133, note P. GONOD ; *RTD civ.* 1993. 805, obs. J. HAUSER. Le Professeur Milhaud avait procédé sans aucune autorisation à une expérimentation sur un cadavre. Le Conseil d'Etat affirme que "les principes déontologiques fondamentaux relatifs au respect de la personne humaine, qui s'imposent au médecin dans ses rapports avec son patient ne cessent pas de s'appliquer après la mort de celui-ci". Il considère que la sanction disciplinaire prononcée à l'égard du médecin était justifiée. Depuis lors, la loi du 29 juillet 1994 a réglé la question des expérimentations sur les cadavres.

<sup>113</sup> G. LEYTE, " Synthèse des travaux ", *D.* 2000, supplément au n° 16, Journées Paris V, *Quelques aspects du droit de la mort*, p. 31 et s., spéc. p. 32.

<sup>114</sup> Expression rapportée notamment par B. BEIGNIER, " Respect et protection du corps humain, Le mort ", " Articles 16 à 16-2 ", *J.-Cl. Civil*, fasc. 72, 1997, n° 1.

<sup>115</sup> X. LABBÉE, *Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, Presses Universitaires de Lille, 1990, p. 309. L'auteur présente l'ensemble des exemples historiques auxquels nous faisons référence.

<sup>116</sup> Trib. civ. Seine, 20 décembre 1932, *Gaz. Pal.* 1932, p. 323.

cassation le 17 juillet 1991<sup>117</sup>, le corps d'une personne décédée dans un hôpital privé s'était trouvé, après quatre jours sans conservation, dans un état de décomposition avancée au moment de la mise en bière en présence de ses proches. Ces derniers invoquaient la réglementation hospitalière imposant le dépôt des corps dans une chambre mortuaire et l'obligation pour l'hôpital de procéder à une inhumation au bout de dix jours. La Cour de cassation déduit de cette réglementation que l'hôpital en tant que dépositaire est tenu vis-à-vis de la famille et des proches de veiller à la conservation des corps pendant une durée pouvant atteindre dix jours. Par conséquent il y avait une faute de l'hôpital du fait de cette décomposition constatée au bout de quatre jours. Certains auteurs, comme M. Gautier<sup>118</sup> ont été choqués par cette décision qui désacralisait le cadavre.

En effet, si le cadavre est une chose<sup>119</sup>, il est une chose sacrée, hors commerce, qui ne peut faire l'objet d'un contrat<sup>120</sup>. Il a une valeur exclusivement morale. Par conséquent, il est en principe indisponible, encore qu'il puisse avoir une valeur pécuniaire après un certain temps (momies...). Quels sont donc les droits que la famille exerce sur cette chose ?

## 2.- Les droits de la famille sur le cadavre

La famille peut exercer différents droits s'agissant du cadavre. Au delà de l'objet lui-même (la dépouille ou les cendres), elle a le droit de défendre l'image du défunt. Ce droit appartenant à la famille a été consacré, pour la première fois, par le Tribunal de la Seine le 16 juin 1858<sup>121</sup>, dans une affaire concernant l'actrice Rachel. Le Tribunal prend soin de préciser que nul ne

<sup>117</sup> Civ. 2<sup>ème</sup>, 17 juillet 1991, *Bull. civ. II*, n° 233, p. 122 ; *RTD civ.* 1992. 412. Voir cependant, Amiens, 26 novembre 1996, *LPA* 1997, n° 83, p. 34. Dans le domaine pénal, la Cour d'appel d'Amiens a refusé, dans une décision rendue le 26 novembre 1996, de qualifier de vol des prélèvements médicaux d'organes non autorisés par les parents. Selon elle, l'indisponibilité du corps humain faisait obstacle à toute propriété ou appropriation du corps humain.

<sup>118</sup> P.-Y. GAUTIER, observations précitées sous l'arrêt, *RTD civ.* 1992. 410, spéc. p. 411. L'auteur considère que "si l'on peut qualifier le cadavre de "chose", il faut aussitôt ajouter "sacrée" (...), de sorte qu'enseveli ou pas, il reste hors du commerce".

<sup>119</sup> X. LABBÉE, *Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, Presses Universitaires de Lille, 1990, p. 326. L'auteur conclut après de longs développements sur la question que "le cadavre de l'individu paraît faire l'objet d'un droit réel".

<sup>120</sup> En ce sens, F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités*, Précis Dalloz, 7<sup>ème</sup> éd., 1999, n° 32, p. 32. Les auteurs considèrent qu' "il n'est pas étonnant que le corps humain sans vie soit considéré comme sacré. Cela ne signifie pas que le cadavre ne soit pas une chose, mais ce n'est pas une chose comme les autres en ce qu'elle est sacrée. C'est une chose, non une personne, de sorte qu'on ne saurait lui reconnaître un droit quelconque".

<sup>121</sup> Trib. civ. Seine, 16 juin 1858, *D.* 1858. 2. 62.

peut sans le consentement formel de la famille reproduire ou livrer à la publicité les traits d'une personne sur son lit de mort. Ce droit est absolu et a son principe dans le respect que commande la douleur des familles.

Plus récemment, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a aussi constaté une atteinte à l'intimité de la vie privée prévue par les articles 226-1 et 6 du Code pénal s'agissant de la dépouille mortelle de François Mitterrand. La Cour de cassation considère que le respect de la vie privée est dû à la personne humaine qu'elle soit morte ou vivante<sup>122</sup>.

L'incrimination prévue aux articles précités ne concernait que les lieux privés, elle ne s'appliquait donc pas aux photos du préfet Erignac, photos prises après son assassinat alors qu'il gisait sur la chaussée et ensuite publiées. La Cour d'appel de Paris le 6 février 1998 affirme qu'elle protège non le défunt mais les sentiments d'affection et la vie privée de la famille<sup>123</sup>. La Cour de cassation, saisie d'un pourvoi contre cet arrêt, le rejette en se fondant sur le fait que cette image était attentatoire à la dignité de la personne humaine<sup>124</sup>.

Les héritiers du défunt sont aussi chargés de défendre la mémoire des morts contre les diffamations ou les injures. Il n'y a diffamation ou injure contre la mémoire des morts que dans le cas où il y a eu une intention de porter atteinte à la considération des héritiers, époux ou légataires universels<sup>125</sup>. Le défunt n'est donc pas titulaire d'un "droit à l'honneur"<sup>126</sup>.

Ces décisions et ces dispositions législatives garantissent le respect dû aux morts, mais les sentiments de la famille sont aussi pris en compte et c'est elle qui agit. Pour certains auteurs, il existerait un droit du cadavre à la protection de l'intégrité de son image. Mais cette idée va à l'encontre du principe selon lequel le défunt n'a pas de personnalité juridique<sup>127</sup>.

<sup>122</sup> Crim., 20 octobre 1998, *D.* 1999. 106, note B. BEIGNIER.

<sup>123</sup> Paris, 24 février 1998, *D.* 1998. 225, note B. BEIGNIER.

<sup>124</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 décembre 2000, *D.* 1999. 885, chron. 872, J.-P. GRIDEL.

<sup>125</sup> Voir en ce sens: J.-P. GRIDEL, "L'individu juridiquement mort", *D.* 2000, supplément au n° 16, Journées Paris V, *Quelques aspects du droit de la mort*, p. 6.

<sup>126</sup> G. GOUBEAUX, *Les personnes, in Traité de droit civil*, sous la direction de J. Ghestin, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 1989, n° 57. De même, selon M. PUTMAN et Mme RINGEL ("Après la mort...", *D.* 1991. chron. 241), si la loi du 2 juillet 1923 permet la perpétuation du nom des citoyens morts pour la patrie, ce texte est "surtout motivé par le fait que le patronyme est l'honneur de la famille".

<sup>127</sup> Voir cependant, P. KAYSER, "Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques", *RTD civ.* 1971. 445, spéc. n° 39, p. 499. Pour l'auteur, "on se trouve en présence d'une de ces situations exceptionnelles où les deux éléments du droit subjectif, le pouvoir et l'intérêt appartiennent à des personnes différentes : le pouvoir,

On admet aussi que la famille a sur le cadavre (sur la chose : dépouille ou cendres) un droit de copropriété familial assez particulier. Le cadavre a une valeur morale considérable pour la famille et une valeur pécuniaire presque nulle. Il appartient au juge en cas de désaccord entre les héritiers de procéder à l'attribution de cet objet. En raison de son caractère spécifique, il ne peut pas être soumis aux règles habituelles du partage.

La question qui a été posée le plus fréquemment aux juges a été de savoir comment régler, en l'absence de testament, la dévolution du cadavre<sup>128</sup>. Si le cadavre était un bien classique, il suivrait les règles de dévolution successorale traditionnelles.

Mais les juges ont adopté, pour le cadavre, un régime très proche de celui des souvenirs de famille<sup>129</sup>, en faisant référence à une copropriété familiale.

La notion de copropriété familiale<sup>130</sup> a été admise depuis longtemps par le droit belge, en particulier par un arrêt de la Cour de cassation du 2 novembre 1868<sup>131</sup>. En droit interne, on cite souvent un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux de 1891 qui rappelle que le corps mort d'un individu appartient à la famille de celui-ci comme n'importe quel objet de la succession<sup>132</sup>. Ce principe est repris dans une décision du Tribunal de grande instance de Lille

---

élément essentiel du droit est transmis aux ayants cause du défunt pour leur permettre d'assurer la protection des intérêts moraux de ce dernier".

<sup>128</sup> Une autre question cruciale s'est aussi posée au législateur: celle de savoir quels pouvaient être les droits de la famille sur le cadavre dans le cas où un prélèvement d'organe pouvait être envisagé. La loi Caillavet du 22 décembre 1976 avait réalisé, pour certains, une expropriation pour cause d'utilité publique des cadavres puisque les prélèvements étaient largement permis. La loi du 29 juillet 1994 a accordé plus de droits aux familles. Toutefois, d'après le Code de la santé publique, on ne demande pas l'autorisation de la famille, mais plutôt son témoignage sur la volonté du défunt. En pratique, cependant, cela revient exactement au même puisque c'est la famille qui décide. Mais, comme pour la sépulture, c'est au nom de la volonté présumée du défunt que la famille décide.

<sup>129</sup> Voir en ce sens X. LABBÉE, dans sa note sous Douai, 7 juillet 1998, *JCP* 1998. II. 10 173, spéc. p. 1908. M. Labbée assimile le régime de l'urne funéraire au régime des souvenirs de famille. Il estime que de cette assimilation fonde la décision de la Cour d'appel de Douai, qui ordonne à la concubine de rendre l'urne funéraire contenant les cendres de son concubin aux parents.

<sup>130</sup> Pour une opposition à toute idée de propriété sur le cadavre, voir G. GOUBEAUX, *Les personnes, in Traité de droit civil*, sous la direction de J. Ghestin, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 1989, n° 54. L'auteur considère que "le cadavre n'est pas un objet de propriété. Hors du commerce, cette matière inanimée n'est pas un bien".

<sup>131</sup> Arrêt cité par X. LABBÉE, *Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, Presses Universitaires de Lille, 1990, p. 302.

<sup>132</sup> Arrêt cité par X. LABBÉE, *Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, Presses Universitaires de Lille, 1990, p. 302.

du 5 décembre 1996, qui précise que la dépouille mortelle d'un individu fait l'objet d'une copropriété familiale<sup>133</sup>. Le Tribunal fait référence à l'article 16-2 du Code civil<sup>134</sup> appliquant ainsi la protection du corps humain, prévue par le Code civil, au cadavre.

Quand le défunt n'a rien exprimé concernant ses funérailles, les juges règlent le conflit en se tournant généralement vers la personne qui est, selon eux, la mieux placée pour déterminer ce qu'aurait été les dernières volontés du défunt<sup>135</sup>. Il n'y a pas d'ordre préétabli, mais le conjoint vient généralement en premier et est préféré aux frères et aux soeurs. La concubine peut avoir son mot à dire si le concubinage était stable<sup>136</sup>. Les père et mère sont généralement consultés et ils organisent les funérailles de leur enfant quand celui-ci n'a pas d'autre famille<sup>137</sup>. Il arrive que les père et mère s'opposent comme dans une affaire soumise au Tribunal de grande instance de Lille le 25 janvier 2001<sup>138</sup>. La jurisprudence consacre un principe fondamental dans ce domaine : celui de la stabilité de la sépulture<sup>139</sup>

---

<sup>133</sup> TGI Lille, 5 décembre 1996, *D.* 1997. 376, note X. LABBÉE : "La dépouille mortelle fait l'objet d'une copropriété familiale, inviolable et sacré". Le commentateur souligne que c'est en qualité de "copropriétaire de la dépouille" que le requérant a pu saisir le juge et invoquer l'article 16-2 (note préc., p. 377).

<sup>134</sup> Article 16-2 : "Le juge peut prescrire toutes mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte illicite au corps humain, ou des agissements illicites portant sur des éléments ou des produits de celui-ci".

<sup>135</sup> B. BEIGNIER, "Respect et protection du corps humain, Le mort", "Articles 16 à 16-2", *J.-Cl. Civil*, fasc. 72, 1997, n° 16 et s.

<sup>136</sup> Douai, 7 juillet 1998, *JCP* 1998. II. 10 173, *JCP* 1998. II. 10 173, note X. LABBÉE. La Cour d'appel constate que l'existence d'un concubinage stable donne à la concubine la qualité pour organiser les obsèques du défunt. La concubine est en effet la mieux placée pour organiser les obsèques du défunt. Cependant, la Cour d'appel décide aussi que les cendres du défunt ne doivent pas être partagées entre les parents et la concubine et que l'urne doit être remise au père du *de cujus*.

<sup>137</sup> Voir cependant, pour un refus d'exhumation demandé par les deux parents, au nom du principe de la stabilité de la sépulture : Grenoble, 20 juin 2000, *Droit de la famille* 2001, n° 9, 9<sup>ème</sup> arrêt.

<sup>138</sup> TGI Lille, 25 janvier 2001, *D.* 2000. 2545, note X. LABBÉE. Dans cette affaire, un père et une mère s'opposaient quant au sort de la dépouille mortelle de leur enfant. Le corps de la jeune femme avait été inhumé provisoirement au cimetière et la mère, se prévalant du souhait de son enfant, demandait que l'on procède à une incinération et que l'urne lui soit remise. Le père s'opposait à l'exhumation. Le père de l'enfant de la jeune femme décédée s'associait à la demande de la mère. Le tribunal de grande instance de Lille accepte l'ensemble des requêtes. L'urne peut donc être conservée au domicile de la mère, "malgré la parfaite légitimité du regret exprimé" par le père.

<sup>139</sup> En ce sens : Versailles, 26 mars 1999., *Droit de la famille*, 2001, n° 9, 2<sup>ème</sup> arrêt où la Cour d'appel affirme que "le respect dû aux morts commande par ailleurs quand l'inhumation y a comme en l'espèce satisfait, de subordonner toute exhumation à la preuve de la conformité à la volonté du défunt"; Toulouse, 4 septembre 2000, *Droit de la famille*, 2001, n° 9, 4<sup>ème</sup> arrêt dans lequel la Cour d'appel précise que "le respect de la sépulture qui constitue le prolongement de la personne humaine, confère à celle-ci

Des différends récents concernent l'urne funéraire. Celle-ci est soumise à un régime beaucoup moins strict que les dépouilles mortelles puisqu'il est seulement précisé dans le Code général des collectivités territoriales que l'urne peut être placée dans un columbarium ou remise à la famille<sup>140</sup>. L'urne n'est donc pas vraiment protégée quand elle se trouve en dehors du cimetière<sup>141</sup>, ce qui peut sembler choquant<sup>142</sup>. Elle peut être déplacée au gré des changements d'humeur de la personne à qui elle est remise<sup>143</sup>.

Le Tribunal de grande instance de Lille, le 23 septembre 1997, affirme que l'urne funéraire, à l'instar de la dépouille mortelle<sup>144</sup>, fait l'objet d'un droit de copropriété familiale, inviolable et sacré<sup>145</sup>. L'épouse qui a organisé les funérailles, même si elle vivait séparée de son époux, a donc la possibilité d'emporter l'urne pour la garder chez elle et ce, même si elle prive les frères et soeurs de la possibilité de venir se recueillir dans le columbarium. La

---

un caractère inviolable et immuable. L'inhumation doit donc être considérée comme définitive, sauf motif grave ou manifestation d'une volonté du défunt”.

<sup>140</sup> Article R. 2213-9 du Code général des collectivités territoriales : “après la crémation d'un corps, l'urne (...) est remise à toute personne qui a qualité pour pourvoir aux funérailles”. L'urne peut être, d'après ce texte, déposée dans une sépulture, dans une case de columbarium ou scellée sur un monument funéraire. Elle peut aussi être déposée dans une propriété privée. Les cendres peuvent encore être dispersées en pleine nature mais non sur les voies publiques.

<sup>141</sup> D. DUTRIEUX, “Liberté des funérailles, crémation et destination des cendres”, *Droit et patrimoine* 2000, n° 79, p. 28 : “L'absence de risques en matière d'hygiène publique a eu pour conséquence l'adoption par le pouvoir réglementaire de dispositions largement permissives concernant la destination des cendres du défunt par rapport à celle de la dépouille mortelle -cette dernière connaissant pour destination obligatoire le cimetière. De même si le droit pénal protège le cadavre, les cendres et l'urne qui les contient ne connaissent qu'une protection indirecte dans l'hypothèse ou celle-ci est inhumée dans une concession ou scellée sur un monument funéraire”.

Un autre auteur (J.-F. AUBY, “La crémation en France”, *LPA* 1997, n° 23, p. 12 et s., spéc. p.13) observe que les familles ne savent parfois pas quoi faire de l'urne et tentent de s'en débarrasser par des moyens peu compatibles avec le respect dû aux défunts. Des urnes ont ainsi été retrouvées dans des décharges municipales.

<sup>142</sup> On peut citer à cet égard les législations étrangères parfois plus restrictives. Ainsi, la loi belge du 20 juillet 1971 impose l'inhumation des cendres au cimetière, leur conservation dans un columbarium, ou leur dispersion.

<sup>143</sup> En ce sens, X. LABBÉE, note sous TGI Lille, 25 janvier 2001, *D.* 2000. 2545. Selon l'auteur, “l'urne a vocation à bouger au gré des déménagements de son dépositaire”. L'urne est un objet mobilier susceptible de devenir immeuble par destination. Immobilisée, elle peut être protégée par le droit pénal. Emportée par un membre de la famille, elle peut être mise “sur la cheminée ou le téléviseur”. M. LABBÉE s'interroge sur “le devenir de l'urne en cas de succession vacante ou refusée...”. De nombreuses questions restent posées dans ce domaine.

<sup>144</sup> Cf. *supra*.

<sup>145</sup> TGI Lille, 23 septembre 1997, *LPA* 1999, n° 19, p. 8, note B. MORY et X. LABBÉE.

copropriété familiale va jusqu'au partage des cendres si le défunt l'a souhaité<sup>146</sup>.

Les tribunaux internes ne sont désormais plus les seuls à être saisis de questions touchant aux funérailles et à la sépulture. Les requérants, dans l'affaire *Pannullo et Forte*, s'étaient tournés vers la Cour européenne.

*B. Le fondement européen de la protection de la sépulture : le droit au respect de la vie familiale*

On peut s'intéresser aux fondements qui ont été rejetés (1) avant d'étudier le fondement retenu (2) par la Cour européenne pour rendre sa décision.

### 1.- Les fondements rejetés

Si l'on suivait la jurisprudence française en matière de dépouille mortelle, la Cour européenne aurait dû placer le débat sur le fondement de l'article 1 protocole 1, le droit de chacun au respect de ses biens. En l'espèce on aurait pu aller jusqu'à considérer qu'il y avait atteinte à la substance du droit de propriété, puisque l'atteinte même temporaire avait empêché les requérants d'utiliser les biens comme ils le voulaient et conformément aux usages. Cette solution aurait sans doute semblé choquante.

La Cour européenne a refusé, comme cela a été vu antérieurement, d'examiner les arguments fondés sur l'article 9 de la Convention européenne<sup>147</sup>. Pourtant, la liberté religieuse joue sans doute un rôle important en matière de sépulture. La sépulture correspond à l'idée de la nécessité d'un retour du corps à la terre. Le monde des morts doit être séparé de celui des vivants. Dans les grandes religions monothéistes, l'accent est souvent mis sur la nécessité de donner une sépulture aux morts. Le judaïsme exige ainsi le respect de l'intégrité du corps humain et l'ensevelissement du cadavre<sup>148</sup>. Pour les musulmans, le respect de la

---

<sup>146</sup> Paris, 27 mars 1998, *JCP* 1998. II. 10113, note T. GARÉ ; *D.* 1998. 383, note P. MALAURIE ; *Droit de la famille* 1998, n° 93, note B. BEIGNIER ; *LPA* 1999, n° 197, p. 10, note C. BOURRIET et C. COUTANT.

<sup>147</sup> Dans l'affaire *Ribes contre France* du 11 juillet 2000 précitée, l'article 9 était aussi invoqué, mais la Commission n'avait pas autorisé les requérants à se prévaloir de cette disposition, car ils ne l'avaient pas invoquée devant les juridictions internes.

<sup>148</sup> Voir en ce sens, P. BELKHASSEM, *La crémation: le cadavre et la loi*, LGDG, 1997, Travaux de recherches Panthéon-Assas, 1997, p. 74. L'auteur cite ainsi Dieu dénonçant les faux prophètes à Jérémie et prescrivant de ne pas les ensevelir, de ne pas ensevelir leurs femmes et leurs enfants. On aurait aussi pu songer à évoquer, dans cette affaire, la Décrétale de Boniface VIII de 1299 qui interdisait le dépècement. Comme le souligne M. BEIGNIER, (“Respect et protection du corps humain, Le

dépouille mortelle est un des devoirs les plus fondamentaux de la religion et l'ensevelissement est un rite obligatoire<sup>149</sup>. Le christianisme imposa pendant longtemps la nécessité d'un ensevelissement du cadavre. Le Pape Léon XIII condamna la pratique de la crémation le 19 mai 1886. Ainsi, les personnes désirant se faire incinérer se trouvaient privées de sépulture ecclésiastique. C'est le pape Paul VI qui leva l'interdiction en 1963. L'Eglise catholique admet l'incinération mais elle garde toujours une préférence pour l'inhumation. L'atteinte à l'intégrité du cadavre n'est, en principe, pas interdite. Les prélèvements et les autopsies sont autorisés car la résurrection concerne le corps spirituel et non le corps terrestre. Mais, toute famille chrétienne doit pouvoir organiser des funérailles. L'enterrement du mort, après la cérémonie religieuse, est fondamental pour les catholiques et, plus généralement, pour l'ensemble des chrétiens. M. Pannullo et Mme Forte pouvaient donc légitimement invoquer l'article 9 de la Convention.

Mais c'est sur le fondement du droit au respect de la vie familiale que la Cour européenne condamne la France.

## 2.- Le fondement retenu : le droit au respect de la vie familiale

La Cour européenne constate la violation de l'article 8 dans l'affaire *Pannullo et Forte*. Si la solution à laquelle elle aboutit est incontestable, son raisonnement manque néanmoins de netteté. La Cour européenne ne prend pas le temps de préciser si, ici, il est question de la vie privée ou de la vie familiale. Ce n'est qu'au détour d'une phrase qu'elle indique qu'est en cause, dans cette affaire, le respect effectif de la vie familiale. Même si cette affirmation semble tomber sous le sens, on peut regretter, malgré tout, ces temps anciens où la Cour européenne expliquait longuement et de manière très pédagogique lequel des droits garantis par l'article 8 s'appliquait et pourquoi. Sans doute ne s'agit-il là que d'une décision de section, mais tout de même, la solution consacre une nouvelle extension du champ d'application de l'article 8, nouvelle extension qui aurait pu être expliquée.

De plus, et pour continuer sur la forme de l'arrêt, on ne saisit pas très bien pourquoi la Cour européenne rappelle l'existence d'obligations positives sur le fondement de l'article 8. Elle montre que le régime des obligations positives se rapproche de celui des ingérences, mais elle semble finalement considérer qu'il y a en l'espèce une ingérence. Assiste-t-on progressivement à la convergence, tant souhaité par les auteurs, entre obligations positives et

---

mort", "Articles 16 à 16-2", *J.-Cl. Civil*, fasc. 72, 1997, n° 19), cette bulle a fait l'objet d'une interprétation erronée. On a cru, à tort, selon l'auteur, qu'elle interdisait l'anatomie ou la dissection des cadavres à des fins d'études.

<sup>149</sup> L'autopsie à des fins scientifiques est d'ailleurs interdite pour les musulmans et les israélites depuis un décret du 20 octobre 1947.

ingérences<sup>150</sup> ou s'agit-il seulement d'approximations contestables de la part de la Cour ? La Cour européenne aurait sans doute gagné à faire connaître plus clairement sa position.

L'arrêt *Pannullo et Forte* n'annonce sans doute pas une modification des méthodes européennes, mais il consacre l'extension du champ d'application de la Convention. Le droit au respect de la vie familiale implique le droit de pouvoir enterrer son enfant. La position adoptée par la Cour européenne doit être approuvée. Le travail de deuil d'un être cher ne peut véritablement commencer qu'à partir de l'organisation sociale des funérailles. Ce travail implique une renonciation et la vue du cadavre est essentielle dans la prise en compte de la réalité. Une mort sans cadavre et sans sépulture rend à l'évidence le deuil plus douloureux<sup>151</sup>. Pour accepter la mort, renoncer au défunt et comprendre le sens de la séparation, un support matériel est indispensable, c'est-à-dire une dépouille mortelle et une sépulture. Aussi, la condamnation de la France par la Cour européenne était-elle prévisible et ne choquera-t-elle sans doute personne.

On peut se demander si l'invocation de la Convention européenne ne risque pas de venir appuyer des demandes réellement pathologiques, comme celle de ces deux enfants qui voulaient garder le corps de leur mère cryogénisé<sup>152</sup> dans le sous-sol de leur villa, ce que le Préfet avait refusé. Le Tribunal administratif de Saint-Denis de la Réunion, le 21 octobre 1999<sup>153</sup>, et la Cour administrative d'appel de Bordeaux, le 29 mai 2000<sup>154</sup>, ont considéré que ce refus était justifié en se fondant sur l'article L. 2223-9 du Code

---

<sup>150</sup> Voir en ce sens l'opinion concordante du juge WILDHABER sous l'arrêt *Stjerna c/Finlande* (25 novembre 1994, série A, n° 299-B, en annexe de l'arrêt, p. 66, spéc. p. 67) Face à l'impossibilité de trouver un critère de distinction adéquat, le juge prône une unification. Il cite les affaires *Gaskin, Keegan, Cossey et Stjerna* et considère à cet égard que "la frontière entre obligations positives et obligations négatives manque parfois de netteté".

Dans le même sens, F. SUDRE, "Les obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'Homme", *RTDH* 1995. 363, spéc. p. 381. L'auteur est favorable à une telle interprétation, qui aboutirait à considérer l'ingérence comme étant "une méconnaissance par l'Etat d'une obligation imposée à lui par la Convention, que cette obligation soit négative ou positive".

<sup>151</sup> Sur la question des funérailles, voir E. MORIN, *L'Homme et la mort*, Paris : Seuil, 1970, p. 35 et s. coll. Points.

<sup>152</sup> La cryogénisation vient des Etats-Unis. Elle permet la conservation du cadavre qui baigne dans l'azote liquide. C'est une technique qui coûte très cher et qui ne peut être pratiquée en France qu'une fois la mort cérébrale constatée. Dans cette affaire, la mère n'avait pas demandé à être cryogénisée après sa mort. Les enfants entendaient seulement la garder ainsi près d'eux sans pouvoir s'appuyer sur la volonté posthume de la morte.

<sup>153</sup> TA Saint-Denis de la Réunion, 21 octobre 1999, *JCP* 2000. II. 10 287, note F. LEMAIRE.

<sup>154</sup> CAA Bordeaux, 29 mai 2000, *JCP* 2001. I. 336, n° 13-2, obs. C. BYK.

général des collectivités territoriales<sup>155</sup>. La cryogénéisation n'est pas un mode d'inhumation et, dans une propriété privée, seule l'inhumation est autorisée par le Code des collectivités territoriales<sup>156</sup>. Les requérants ont dit vouloir porter le débat devant la Cour européenne des droits de l'Homme. Il serait tout de même très surprenant que le droit au respect de la vie familiale englobe le droit de continuer à vivre près du cadavre d'une mère, d'un père ou d'un enfant<sup>157</sup>.

Le droit fondamental de l'Homme à assurer la sépulture de ses proches, fondé sur l'article 8, doit rester dans les limites fixées par la Cour européenne. En définitive, ce que M. Pannullo et Mme Forte demandaient c'est seulement de pouvoir enterrer leur mort. Cette affaire est l'occasion pour la Cour européenne d'un retour aux sources des droits fondamentaux. On peut désormais imaginer Antigone saisissant la Cour européenne pour réclamer le droit de donner une sépulture décente à son frère Polynice.

---

<sup>155</sup> L'article L. 2223-9 du Code général des collectivités territoriales prévoit que "Toute personne peut être enterrée sur une propriété particulière, pourvu que cette propriété soit hors de l'enceinte de la ville et des bourgs et à la distance prescrite". Seul le Préfet peut délivrer l'autorisation d'inhumation dans chaque cas spécifique. Les lieux de sépulture autres que les cimetières sont soumis à l'autorité, à la police et à la surveillance des maires. Les maires veillent donc au respect des dispositions réglementaires, en particulier en ce qui concerne l'hygiène et la décence.

<sup>156</sup> On peut signaler que, peu après notre intervention au colloque du CREDHO, une autre affaire de congélation a attiré l'attention des journalistes (*Le Monde*, 15 mars 2002, p. 15). Un médecin, persuadé que les progrès de la médecine permettraient un jour de redonner vie à son épouse, avait congelé le corps de cette dernière, décédée le 25 février 1984 (Sur cette première congélation, voir *Le Monde*, 28 juillet 1984, p. 8). Les enfants du médecin avaient fait de même à la mort de leur père, le 22 février 2002, suivant en cela les volontés du *de cujus*. Le Préfet du département assigna les enfants en référé, le 6 mars, afin de pouvoir procéder à l'arrêt de l'alimentation électrique du congélateur et à l'inhumation des deux cadavres. L'avocat des enfants affirmait que rien dans la législation française ne permettait d'interdire ce type de pratiques qui ne portaient pas atteinte à l'hygiène ou à l'ordre public pas plus qu'à la décence. Le Président du Tribunal de Saumur, le 13 mars 2002, rend une ordonnance autorisant le Préfet à décongeler et à enterrer les cadavres. Il considère que le droit français ne prévoit que deux modes de sépultures : l'inhumation en terre ou la crémation. On peut ajouter à ces deux possibilités l'immersion en mer, qui a généralement lieu pour des décès en haute mer.

<sup>157</sup> *Contra* : F. LEMAIRE, dans sa note sous TA Saint-Denis de la Réunion, 21 octobre 1999, *JCP* 2000. II. 10 287, spéc. p. 651. L'auteur considère que le droit au respect de la vie familiale au sens de l'article 8 CEDH pourrait fonder un droit "pour des enfants de vivre au côté de la dépouille de leur mère. (...) une telle interprétation n'est pas exclue lorsqu'on considère les effets attachés à la liberté de la vie privée qui englobe d'ailleurs la liberté de la vie familiale".

## M. Paul Tavernier

Merci, Mlle Debet pour cet exposé très intéressant et très riche. Malheureusement nous devons passer directement aux deux derniers exposés, parce qu'il faut non seulement respecter la liberté d'expression de l'auditoire, mais il faut aussi respecter celle des intervenants.

Je donne la parole immédiatement à Patrice Rolland que nous connaissons déjà tous puisqu'il est déjà intervenu à plusieurs reprises dans les colloques du CREDHO. Il va nous parler non pas d'un arrêt, mais d'une décision de recevabilité. Nous avons introduit une innovation dans les colloques du CREDHO et nous ne nous sommes pas limités aux arrêts. Nous avons retenu quelques décisions particulièrement intéressantes.

**La France et les sectes (décision Fédération chrétienne  
des Témoins de Jéhovah du 6 novembre 2001)**

par

**Patrice ROLLAND**

Professeur à l'Université de Paris XII (Saint-Maur)

La liberté religieuse constitue la toile de fond de cette décision d'irrecevabilité. Mais, pour cette dernière raison, elle n'est pas traitée, même de façon négative. Ce n'est donc que de façon très indirecte qu'on peut en tirer quelques enseignements sur la protection de la liberté religieuse. L'essentiel du débat tient dans la notion de victime au sens de l'article 34 de la Convention.

L'association requérante n'avait que peu de chance de voir sa requête acceptée. Il est donc intéressant de s'interroger sur le sens apparent de cette démarche. Il existe indéniablement un contexte français de méfiance à l'égard des "sectes" ou de certains "groupes religieux minoritaires". L'hostilité déclarée de certaines associations de lutte contre les sectes ont fait l'objet d'une reconnaissance et de subventions officielles. Les Témoins de Jéhovah ne pouvaient cependant se plaindre devant la Cour de ce climat de méfiance à leur égard en tant que "secte". Celle-ci avait récemment jugé que l'État n'est pas responsable des vives attaques qu'une association reconnue d'utilité publique lançaient contre les témoins de Jéhovah<sup>158</sup>. L'État peut classer un mouvement comme secte en vue de combattre certaines conduites incompatibles avec la liberté de pensée ; il peut transmettre des informations et des critiques à condition de se garder de tout endoctrinement contraire à la liberté de religion<sup>159</sup>. Dans la présente requête l'Association choisit de soutenir que de nombreuses décisions administratives défavorables ainsi que des actes de méfiance de l'administration, sont liés à une attitude délibérée de l'État dont la manifestation réside dans les deux rapports parlementaires et le projet de loi contre les sectes. À leurs yeux, les rapports parlementaires successifs et la proposition de loi qui aboutit, en cours d'examen de la requête, à la loi du 12 juin 2001 manifestent une

---

<sup>158</sup> CEDH, *Gluchowski et autres c/France*, 14 décembre 1999 ; pour plus de détails, cf P. ROLLAND, "Ordre public et pratiques religieuses" in *La protection internationale de la liberté religieuse*, Bruxelles : Bruylant, 2002, (à paraître).

<sup>159</sup> Commission européenne, *Universelles Leben c/Allemagne*, 27 novembre 1996.

attitude de l'État contraire à leur liberté religieuse. La requérante est une fédération chargée d'assurer la représentation des associations locales pour le culte des témoins de Jéhovah. Elle entend donc prendre en charge leurs intérêts collectifs et tout particulièrement les défendre contre les atteintes à leur liberté religieuse. C'est le sens de cette requête.

La question juridique en est ainsi déplacée et devient celle de l'admissibilité de l'action corporative ou collective. La longue liste de décisions administratives défavorables ou d'actions manifestant une méfiance à l'égard des témoins de Jéhovah ne concernait pas directement la Fédération mais les associations locales qui disposaient à cet égard de tous les recours pour les contester et en particulier faire valoir une violation de la Convention européenne. Elles n'ont pas manqué de le faire et d'avoir gain de cause, par exemple au sujet de la reconnaissance comme associations culturelles<sup>160</sup>. La requête de la fédération tendait donc à un autre but implicite : celui de faire constater par le juge européen une violation qui résulterait d'une atmosphère générale de méfiance ou d'hostilité en tenant compte d'actes dont elle n'avait pas été directement la victime mais qui concouraient tous à une situation discriminatoire pour les Témoins de Jéhovah. Il revenait donc au juge européen de savoir par rapport à quoi il devait déterminer la notion de victime : la personne visée ; les actes incriminés ; ou encore la nature du lien entre les actes dénoncés et leurs effets généraux sur la liberté religieuse. Autrement dit encore, un groupe ou une minorité peuvent-ils se plaindre devant la Cour d'une mauvaise image sociale qui influencerait une série de décisions particulières et non-coordonnées entre elles ?

La Cour aurait pu prononcer l'irrecevabilité de façon plus rapide en recourant au Comité de trois juges. Elle va, au contraire, surabondamment motiver son rejet. Faut-il y voir une sensibilité vis-à-vis d'un problème de société ou une générosité particulière pour une liberté fondamentale ? Peut-on en tirer des indications sur l'admissibilité de l'action collective devant le juge européen ?

Il existe de nombreux motifs pour ne pas être victime au sens de l'article 34 de la Convention. Un seul aurait suffi. La Cour les examine tous.

### **I • Sur l'admissibilité de la requête en tant que personne morale**

En principe la jurisprudence européenne est assez stricte sur l'admissibilité de l'action collective. Les requêtes associatives doivent répondre à des conditions précises. L'association doit être victime en tant que telle et non agir au nom des ses adhérents victimes. Elle ne peut pas agir contre un acte

<sup>160</sup> Cf. C.E. 23 juin 2000, *Min. de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/Association locale pour le culte des Témoins de Jéhovah de Riom*, conclusions BACHELIER et note GARAY et GONI, *Revue du droit public*, 2000, pp. 1825-1849.

lésant les intérêts collectifs de ses adhérents<sup>161</sup>. Le recours européen n'est pas un recours objectif dans l'intérêt de la loi comme le recours pour excès de pouvoir du droit administratif français mais un recours destiné à faire reconnaître une violation de droits subjectifs et à en proposer la réparation. Le gouvernement français avait insisté sur cette condition de recevabilité : la fédération ne devait faire valoir que la violation de ses droits propres et non celles des droits de ses adhérents ; elle ne pouvait pas alléguer les intérêts collectifs qu'elle défend par ailleurs. L'association avait prétendu qu'elle était à la fois victime directe, indirecte et potentielle. Au titre de la victime directe elle soutenait qu'elle était l'objet de " mesures de répression étatiques ", de surveillance policière, etc. Mais le débat sur ce point tourne court puisque la Cour a choisi de ne pas y répondre, tout du moins directement : " À supposer que la requérante puisse se prétendre directement affectée par ces mesures, en tant qu'organe fédérateur de tous les témoins de Jéhovah chargé de la protection de leurs intérêts, ... ". La formulation de la phrase indique suffisamment que la Cour entend porter le débat sur un autre terrain. Peut-on déduire du fait que ce moyen ne suffit pas à écarter d'emblée la requête et que la Cour accepte d'examiner les autres arguments une certaine ouverture à l'action collective ? En matière de droits de l'Homme cette forme de protection des droits individuels est loin d'être inutile. Il faudrait élargir considérablement la notion de victime.

### **II • Sur l'admissibilité de la requête en raison de la nature des actes incriminés**

Le gouvernement français a fait porter le poids de sa défense sur ce point. La requérante attaquait deux types d'acte : deux rapport parlementaires de 1995 et 1999 et le " projet de loi " (en réalité une proposition de loi) tendant à renforcer la prévention et la répression contre les sectes, actes qui porteraient gravement atteinte à la liberté religieuse. Certes, ces actes étaient aussi considérés comme l'origine de nombreuses manifestations d'hostilité aux témoins de Jéhovah qui, elles, consistaient en véritables actes juridiques.

Au regard du droit interne français, l'irrecevabilité était évidente et sans discussion possible : ni les rapports parlementaires ni le " projet de loi " n'ont de caractère juridique, soit qu'il s'agisse de documents préparatoires soit qu'il s'agisse d'acte sans valeur juridique et sans effet de droit.

Au regard de la Convention, on peut cependant comprendre qu'en égard au caractère autonome de la notion de victime<sup>162</sup>, la Cour ait eu le désir

<sup>161</sup> Cf. sur ce point le commentaire de l'ancien article 25 de la Convention par R. ABRAHAM, in : *La Convention européenne des droits de l'Homme* sous la direction de L.E. Pettiti, P.-H. Imbert, E. Decaux, Economica 1999, pp. 586-587.

<sup>162</sup> Voir les remarques de F. SUDRE, in : *Droit international et européen des droits de l'Homme*, Paris : PUF, 4<sup>e</sup> éd., p. 274 : " La notion de victime est donc comprise par le

d'examiner la possibilité qu'il y ait eu une violation d'un droit garanti même par des actes sans valeur ou sans effet juridique. Il semble que ce soit ce que fait la Cour en acceptant d'examiner si la requérante peut être considérée comme une *victime potentielle*, alors même que l'irrecevabilité est évidente au regard du droit interne. Ce faisant, la Cour reprend les arguments du gouvernement français concernant la nature des actes incriminés par la requête.

À l'évidence, en ce qui concerne la loi du 15 juin 2001, la Cour n'a eu qu'à rappeler ses principes traditionnels quant à la nature du recours européen pour conclure à l'irrecevabilité. Il n'existe pas de contrôle *in abstracto* de la loi par rapport à la Convention, ni d'*actio popularis* pour l'interprétation de la Convention. La loi doit avoir fait l'objet d'une application à l'encontre du requérant. Le juge européen ne peut intervenir qu'*a posteriori*. Ce n'est que de façon exceptionnelle que la Cour peut envisager le risque d'une violation future pour conférer la qualité de victime<sup>163</sup>.

En ce qui concerne le rapport parlementaire de 1999, la Cour note qu'il n'a aucun effet juridique et ne peut servir de fondement à aucune action pénale ou administrative. Si, d'aventure, une décision prenait appui sur ce rapport parlementaire, il ne s'agirait que " d'un *obiter dictum* qui ne peut, en aucun cas, être considéré comme la *ratio legis* de la mesure ".

Le fait que la Cour accepte de pousser plus loin son investigation plaiderait en faveur d'une conception souple et ouverte de la notion de victime. À ce stade, en effet, il apparaît qu'il n'y a aucune action juridique incriminable, ce qui n'empêche pas le juge de poursuivre l'examen de la requête.

### **III • Sur l'admissibilité de la requête en raison du lien entre les actes incriminés et les effets attribués**

On peut penser encore qu'il y a une victime si les effets sociaux, quoique non juridiquement déduits à partir des actes incriminés, sont tels qu'il y a violation d'un droit garanti. En pratique, là non plus, il n'est pas possible à la Cour d'accueillir la requête.

En premier lieu, le lien est trop indirect entre les rapports parlementaires et leurs effets supposés. La requête revenait à les considérer comme le centre d'impulsion de manifestation d'hostilité et de multiples faits marquants à ses yeux une discrimination et une méfiance systématique. Il est de fait que ces rapports parlementaires font partie d'un mouvement d'opinion qui a pu influencer les décisions ou actes, à caractère juridique ou non, cités à l'appui

---

juge européen indépendamment de notions internes telles que celles concernant l'intérêt ou la qualité pour agir ".

<sup>163</sup> Cf. Commission 4 décembre 1995, *N. Narvii Taura* ; note E. DECAUX, *Revue générale de droit international public*, 1996, p. 741s.

de la requête. La Cour désolidarise, à juste titre, les rapports parlementaires de toutes ces décisions qui sont probablement issues d'une même manifestation de méfiance ou d'hostilité dans l'opinion mais qui sont sans lien juridique avec eux : soit que ces mesures ne soient pas fondées sur les rapports (ce qui est le cas de la plupart car elles relèvent de l'application de la loi de 1905 en ce qui concerne l'admission comme association culturelle ou les exonérations fiscales) ; soit qu'il s'agisse d'*obiter dictum* ; soit qu'on considère le principe plus général selon lequel un rapport parlementaire n'a aucun effet juridique. La Cour a donc nettement dissocié effets juridiques et effets d'opinion ou effets sociaux que la requête avait tendance à confondre. Seuls les premiers ressortissent de sa compétence. La requête aurait voulu qu'au nom de la protection de ses droits une minorité stigmatisée par une opinion majoritaire puisse, de ce seul fait, tirer protection de la Cour.

Cette conclusion aurait suffi une fois de plus à écarter la requête mais la Cour l'examine encore sous un autre angle. Elle accepte d'examiner la possibilité d'une victime potentielle à l'égard de la loi du 13 juin 2001. On rappellera que la loi ne figurait pas dans la requête initiale puisqu'il n'y avait à l'époque qu'une proposition de loi. La Cour accepte néanmoins de la prendre en compte. Bien qu'elle ait rappelé qu'elle n'examinait jamais une législation *in abstracto*, elle motive un peu plus l'irrecevabilité. Elle accepte d'examiner au fond le contenu de la nouvelle loi, en notant qu'elle ne définit pas la notion de secte et qu'elle prévoit une possibilité de dissolution des associations. Pourtant elle souligne que ceci ne peut avoir lieu que par voie judiciaire et sous des conditions précises. Ne décernerait-elle pas là, au passage, un brevet de conventionnalité *in abstracto* ? En tout cas, on ne peut pas tenir comme constituant " la démonstration de la probabilité d'un risque " un procès d'intention fait au législateur alors qu'il cherche à régler " un problème brûlant de société ".

La Cour achève par un argument qu'on peut trouver légèrement sophistique et abstrait. Elle souligne une contradiction de l'argumentation de la requête : se prétendre respectueux des libertés et craindre l'application de la loi. On avait soutenu sous la Terreur que ceux qui voulaient des garanties procédurales avaient des choses à cacher à la justice et qu'ils étaient donc des " aristocrates ". On ne peut jamais être assuré, malgré une entière bonne foi, de respecter la loi et de ne jamais faire l'objet de poursuites.

### **Conclusion**

Pourquoi la Cour examine-t-elle de si nombreux motifs d'irrecevabilité quand un seul suffisait au rejet de la requête ? Elle fait preuve d'une grande souplesse dans l'examen de cette requête dont elle suggère tous les moyens.

Il faut approuver le rejet de la requête. Cette décision éclaire-t-elle la notion de victime et la question, combien importante dans le domaine des droits de

l'Homme, de l'action collective ? La doctrine semble livrer une appréciation contrastée de la jurisprudence européenne. On y voit une conception stricte qui confine au rejet de l'action collective au sens de la défense d'intérêts collectifs<sup>164</sup>. On peut aussi souligner le caractère ouvert de la jurisprudence européenne et la tendance, en ce qui concerne l'usage de la notion de "victime potentielle", à effacer la distinction du droit de recours individuel et de l'*actio popularis*<sup>165</sup>. La présente décision semble donner des arguments à chacun. Il faut attendre une clarification de la conception que la Cour se fait de l'action collective et du droit d'une association qui cherche à défendre collectivement les droits garantis de ses membres.

M. Paul Tavernier

Merci beaucoup Patrice pour cet exposé très stimulant. Tu t'es tenu au quart d'heure que je t'avais imposé très strictement. On aura probablement l'occasion de revenir sur ces questions relatives aux sectes. Mais je pense effectivement qu'une des raisons pour lesquelles la Cour s'est appesantie sur les questions de recevabilité, c'était à cause de l'importance sociale de ce problème. Je remercie au passage Jean-Paul Costa qui avait attiré mon attention sur cette affaire avant que la décision ne soit rendue.

Nous avons maintenant notre dernière intervention, celle de Maître Massis que l'auditoire connaît aussi puisqu'il était déjà venu l'année dernière à Sceaux et que nous avons tous lu divers commentaires à la *Revue trimestrielle des droits de l'Homme* ou ailleurs. Il va nous parler d'une affaire extrêmement importante aussi, et nouvelle dans la jurisprudence de Strasbourg, au moins en ce qui concerne la France, l'affaire *Ekin* qui porte sur la liberté d'expression.

<sup>164</sup> Cf. l'opinion de R. ABRAHAM, précitée, p. 586.

<sup>165</sup> Cf. F. SUDRE, *op. cit.*, p. 374.

## ***Les libertés de l'esprit : liberté de religion et liberté d'expression***

### **Publications de provenance étrangère et liberté d'expression (arrêt Association Ekin du 17 juillet 2001)**

par

**Maître Thierry MASSIS**  
Avocat à la Cour de Paris

Le principe fondamental à valeur constitutionnelle énoncée par l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 29 juillet 1881 selon lequel l'imprimerie et la librairie sont libres, le caractère dérogatoire au droit commun des infractions de presse pour préserver la liberté d'expression est en pleine harmonie avec les dispositions de l'article 10 de la Convention européenne.

Mais c'est oublier que la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse a subi les soubresauts et les mouvements de la vie politique française. De nombreuses dispositions rajoutées à la loi du 29 juillet 1881 ne sont pas conformes à l'esprit de cette loi et la Cour européenne a déjà eu l'occasion de censurer certaines de ces dispositions, notamment celles relatives à l'interdiction de publier des informations sur les constitutions de partie civile.

Une autre disposition faisait l'objet de la part de la doctrine de nombreuses critiques : l'article 14 de la loi du 29 juillet 1881 modifiée par un décret-loi du 6 mai 1939. Cette disposition permet au ministre de l'Intérieur de prononcer une mesure d'interdiction d'un écrit étranger. Cette disposition était de circonstance : il s'agissait de faciliter la lutte contre les propagandes subversives menées en France par la presse étrangère et de pallier les insuffisances de la législation dans un but d'ordre public et de défense nationale. La doctrine considérait l'article 14 comme une survivance mais qui n'était pas conforme aux grands textes sur la liberté d'expression.

Par l'arrêt *Ekin* du 17 juillet 2001, la Cour européenne censure l'article 14 de la loi du 29 juillet 1881 incompatible avec les articles 10 et 14 de la Convention européenne.

#### **I • Les faits**

L'affaire a pour origine la publication d'un livre intitulé " Euskadi en guerre " par l'Association Ekin. Cet ouvrage paru dans quatre versions : basque,

anglaise, espagnole et française, fut diffusé dans de nombreux pays, y compris en France et en Espagne. C'est un ouvrage collectif qui retrace les aspects historiques, culturels, linguistiques et socio-politiques du combat des basques. Il se termine par un article de caractère politique intitulé "Euskadi en guerre – un horizon pour la paix" rédigé par le mouvement basque de libération nationale.

Diffusé dans le second trimestre 1987, le livre fait l'objet, le 29 avril 1988, d'un arrêté ministériel par lequel le ministre français de l'Intérieur, se fondant sur l'article 14 de la loi du 29 juillet 1881, interdisait sur l'ensemble du territoire français, sa circulation, sa distribution et sa mise en vente dans ses quatre versions.

Le motif de l'arrêté : "*La mise en circulation en France de cet ouvrage qui encourage le séparatisme, et justifie le recours à l'action violente, est de nature à causer des dangers pour l'ordre public*".

Le 6 mai 1988, la Direction de la police de l'air et des frontières s'oppose à l'entrée en France de plus de 2000 exemplaires de l'ouvrage.

L'Association forme un recours contre l'arrêté d'interdiction. Le Tribunal administratif de Pau le rejette. Il estime que la publication litigieuse faisant valoir que la violence de l'Etat espagnol justifie la "contre-violence proportionnelle" de l'organisation terroriste E.T.A, peut constituer une menace pour l'ordre public français et que le ministre de l'Intérieur n'a commis aucune erreur d'appréciation.

Se référant en outre à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme, le Tribunal administratif estime que la mesure d'interdiction générale relative à l'ouvrage litigieux est proportionnée aux objectifs poursuivis en matière d'ordre public.

Sur appel de l'Association, le Conseil d'Etat rend un arrêt du 9 juillet 1997. Le Conseil d'Etat estime que l'article 14 de la loi du 1881 n'est pas incompatible avec les articles 10 et 14 de la Convention. Le Conseil d'Etat, en revanche, annule le jugement ainsi que l'arrêté ministériel du 28 avril 1988. Le Conseil d'Etat n'estime pas que l'examen du contenu de cette publication présente au regard des intérêts dont le Ministre à la charge, et notamment de la sécurité publique et de l'ordre public, un caractère de nature à justifier légalement la gravité de l'atteinte à la liberté de la presse constituée par la mesure litigieuse.

L'Association adressa alors au Ministre une demande d'indemnisation du préjudice matériel et moral résultant de l'application de l'arrêté illégal du 29 avril 1988. Le préjudice est évalué à 831.000 Francs. L'Association n'a reçu à ce jour aucune réponse.

Devant la Cour européenne, l'Association requérante alléguait une violation de l'article 10 de la Convention, prise isolément et combinée avec l'article 14, en raison de l'application de l'article 14 de la loi du 29 juillet 1881.

Bien que l'Association ait obtenu gain de cause devant le Conseil d'Etat, la Cour européenne a estimé sa requête recevable dans la mesure où l'article 14 de la loi du 29 juillet 1881 faisait peser sur elle une menace permanente, une sorte d'épée de Damoclès sur son droit à la liberté d'expression telle que garantie par l'article 10 de la Convention.

## II • Les questions de droit

La Cour européenne était saisie de la validité de l'article 14 de la loi du 29 juillet 1881 au regard des articles 10 et 14 de la Convention.

L'Association Ekin se plaignait en effet de ce que l'article 14 de la loi de 1881 modifiée est une "*norme juridique trop incertaine qui ne répond pas aux exigences d'accessibilité et de prévisibilité de ses effets*".

Comme toujours en matière de liberté d'expression, la Cour européenne était confrontée à un conflit de valeurs, de normes. D'une part, la liberté d'expression, d'autre part, la protection de l'ordre public.

L'arrêt de la Cour européenne rappelle avec pertinence le régime général de la liberté de la presse, garanti par l'article 11 de la Convention des droits de l'Homme et du citoyen qui a valeur constitutionnelle et qui repose principalement sur la loi du 29 juillet 1881 qui instaure un régime dit "répressif", c'est-à-dire *a posteriori*, le principe posé par les articles 1<sup>er</sup> et 5 de la loi du 29 juillet 1881.

Le régime français des publications comporte toutefois des formes d'intervention préalables qui peuvent entraîner des interdictions et saisies, mais qui sont dans tous les cas assujetties au respect du principe de proportionnalité aux faits les motivant.

Après avoir énoncé les mesures d'interdiction et de police qui peuvent être prises en application des pouvoirs généraux de police administrative, la Cour analyse les dispositions de la loi du 29 juillet 1881 relative aux interdictions et saisies judiciaires, notamment l'article 14 de la loi du 29 juillet 1881 modifiée par le décret du 6 mai 1939 ainsi libellé : "*La circulation, la distribution ou la mise en vente en France des journaux ou écrits, périodiques ou non, rédigés en langue étrangère, peut être interdite par décision du Ministre de l'Intérieur. Cette interdiction peut également être prononcée à l'encontre des journaux et écrits de provenance étrangère rédigés en langue française, imprimés à l'étranger ou en France*".

La Cour européenne rappelle que ce texte a fait l'objet d'une interprétation prétorienne. D'une part, elle a défini la notion de provenance étrangère et d'autre part, elle a précisé, en cas de silence de la loi, les motifs pouvant justifier les mesures d'interdiction.

Le critère de la provenance étrangère est défini par le Conseil d'Etat sur le fondement de la théorie du " faisceau d'indices ". Pour apprécier s'il s'agit d'une publication de provenance étrangère, le Conseil d'Etat combine différents éléments tels que : la nationalité de l'auteur et de l'éditeur et leur lieu de résidence, les concours étrangers, la documentation et l'inspiration étrangère.

La loi du 29 juillet 1881 n'a pas précisé les motifs pouvant justifier une interdiction. C'est la jurisprudence du Conseil d'Etat qui a dégagé la règle selon laquelle seuls certains motifs d'intérêt public et d'ordre public pouvaient justifier l'application de l'article 14.

Le Conseil d'Etat a considéré comme légalement justifiés les motifs suivants : la protection de l'ordre public, le caractère contraire aux bonnes mœurs de la publication concernée, la lutte contre les idéologies racistes et notamment contre la renaissance de l'idéologie nationale socialiste.

Enfin, la Cour européenne rend compte de l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat relative aux recours en annulation des décisions du ministre de l'Intérieur. Dans un premier temps, le contrôle du Conseil d'Etat se limitait à l'erreur manifeste d'appréciation. À l'occasion de cette affaire, le Conseil d'Etat a modifié sa jurisprudence en élargissant la portée de son contrôle. L'arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 9 juillet 1997 estime que le juge administratif doit exercer un contrôle entier de la décision.

C'est cette disposition qui a fait confronter à l'article 10 de cette convention l'article 14.

### III • Les principes de solution

La Cour européenne fait prévaloir le principe de la liberté d'expression face aux mesures d'ordre public. Certes, la Cour européenne estime légale et légitime la mesure restrictive (A) ; par contre, elle estime que l'ingérence prévue par cette norme n'est pas nécessaire dans une société démocratique (B).

#### A • La base légale et légitime des mesures restrictives

1°/ L'ingérence était-elle prévue par la loi ?

La Cour européenne reprend la jurisprudence classique concernant l'expression " prévu par la loi ". La loi doit non seulement avoir une base en

droit interne mais aussi présenter un certain nombre de qualités : accessibilité et prévisibilité de la loi.

La norme doit être énoncée avec suffisamment de précisions pour permettre au citoyen de régler sa conduite en s'assistant au besoin de conseils éclairés (arrêt *Sunday Times*). L'arrêt rappelle que la notion de loi englobe celle de jurisprudence (arrêt *Kruslin* du 24 avril 1990).

En l'espèce, bien que ne se prononçant pas clairement sur les exigences d'accessibilité et de prévisibilité, la Cour européenne estime que le contrôle limité effectué en la matière par le Conseil d'Etat, à l'époque des faits litigieux, inciterait cette dernière à considérer que l'exigence de prévisibilité n'était pas réunie.

L'on peut ajouter la loi d'habilitation qui accorde au gouvernement les pleins pouvoirs, un décret-loi qui ne prévoit aucune limite à l'appréciation que portera le Ministre ne sont pas des textes qui ont les qualités d'une loi. Ils ne remplissent pas davantage la fonction de sécurité, surtout de prévisibilité, indispensable dans une Société démocratique.

2°/ L'ingérence poursuivait-elle un but légitime ?

La Cour ne conteste pas que l'application par les autorités nationales de l'article 14 de la loi de 1881 visait la sauvegarde de l'ordre public en empêchant la mise en circulation en France d'un ouvrage incitant au séparatisme et justifiant le recours à l'action violente. La protection de l'ordre public constitue un motif légitime d'ingérence.

La défense de l'ordre public comme celui de la sécurité nationale ou bien encore l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire, constitue des motifs légitimes d'ingérence. La prévention du crime entre dans le but légitime de l'ingérence prévue par l'article 10.

#### B • La nécessité de l'ingérence

1°/ Le principe général

a) La restriction apportée à la liberté d'expression doit non seulement être prévue par la loi, elle doit aussi constituer une mesure nécessaire dans une société démocratique.

L'Association Ekin estimait avoir été victime d'une mesure discriminatoire incompatible avec les articles 10 et 14 de la Convention. Cette discrimination avait pour origine la loi elle-même qui instaurait une différence fondée sur la nationalité et la langue. L'Association rappelait aussi le contexte politique dans lequel l'article 14 a été édicté : " climat d'hostilité envers les étrangers, reflet des positions discriminatoires fondées sur une présomption de

dangerosité particulière de l'étranger d'après lesquels les idées subversives sont forcément étrangères".

b) Cette réglementation est incompatible avec une vision moderne et évolutive de la jouissance des droits fondamentaux où l'égalité entre nationaux et étrangers doit être la règle.

La Cour rappelle les principes fondamentaux qui se dégagent de cette jurisprudence relative à l'article 10. La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique et l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun.

Elle vaut non seulement pour des informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent. Elle rappelle que l'adjectif nécessaire au sens de l'article 10 § 2 implique l'existence d'un besoin social impérieux pour recourir à l'ingérence considérée. Si, dans l'exercice de son pouvoir de contrôle, la Cour n'a point pour tâche de se substituer aux juridictions internes compétentes, elle doit cependant considérer l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire pour déterminer si elle était "proportionnée" au but légitime poursuivi.

Ainsi, les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier, apparaissent pertinents et suffisants.

Enfin, la Cour réaffirme le principe de la licéité des ingérences préventives. Cette question avait été pour la première fois explicitée dans les arrêts du 26 novembre 1991 (*Sunday Times, Observer et Guardian c/Royaume Uni*).

L'arrêt *Ekin* reprend les termes de l'arrêt du *Sunday Times* : " L'article 10 de la Convention n'interdit pas en elle-même toute restriction préalable à la publication. En témoignent les termes " condition, restriction, empêché et prévention " qui y figurent. Mais la Cour rappelle que de telles restrictions présentent de si grands dangers qu'elles appellent de la Cour un examen scrupuleux. Il en va spécialement ainsi dans le cadre de la presse où l'information est un bien périssable. La Cour estime que ces principes sont également applicables en matière de publication de livres en général, ou d'écrits autres que de la presse périodique.

2°/ La non-conformité de l'article 14 de la loi à l'article 10 de la Convention Européenne

La Cour procède à une critique frontale de l'article 14 de la loi du 29 juillet 1881. Tout en rappelant qu'une restriction préalable à la liberté de penser n'est pas de plein droit incompatible avec l'article 10, la Cour juge que ces restrictions doivent s'inscrire dans un cadre légal particulièrement strict quant

à la délimitation de l'interdiction et efficace quant aux contrôles juridictionnels contre des éventuels abus.

Sur la portée de la réglementation applicable aux publications étrangères, la Cour relève que l'article 14 instaure un régime dérogatoire au droit commun donnant compétence au Ministre de l'Intérieur pour interdire, de manière générale et absolue, sur l'ensemble du territoire français, la circulation, la distribution ou la mise en vente de tout écrit rédigé en langue étrangère.

Même si elle est rédigée en français, lorsqu'il est considéré comme de provenance étrangère, la Cour relève que cette disposition n'indique pas les conditions dans lesquelles elle s'applique et ne précise pas la notion de provenance étrangère et ne précise pas les motifs pour lesquels les publications considérées comme étrangères peuvent être interdites.

La Cour estime que la jurisprudence était insuffisante pour combler les lacunes de la loi. Sur l'étendue du contrôle juridictionnel, la Cour observe que jusqu'à l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat, les juridictions administratives n'exerçaient qu'un contrôle restreint des décisions prises en application de l'article 14 de la loi de 1881 modifiée et que la durée de la procédure dans cette affaire a privé d'efficacité pratique le contrôle juridictionnel dans un domaine où l'enjeu du litige demandait précisément une sérénité accrue dans la conduite de la procédure.

De telles dispositions heurtent de front le libellé même du paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 10 de la Convention selon lequel les droits qui sont reconnus valent sans considération de frontière. La Cour se rallie à la position du Conseil d'Etat. La loi doit être égale pour tous sans distinction d'origine nationale, notamment dans la jouissance du droit à la liberté d'opinion et d'expression. L'article 14 instaure une discrimination de la jouissance et l'exercice, dans des conditions d'égalité du droit à la liberté d'opinion et d'expression en raison de la langue et de l'origine nationale des sources et des concours.

L'arrêté du Ministre de l'Intérieur ne répondait pas à un besoin social impérieux et n'était pas non plus proportionné au but légitime poursuivi.

La Cour estime que l'article 14 de la loi de 1881 n'est pas conforme à l'article 10.

## Conclusion

Par l'arrêt *Ekin*, la Cour européenne ne bouleverse pas l'économie de la loi de 1881, mais parachève un travail qui avait déjà été initié par la doctrine française.

Déjà dans son ouvrage paru en 1984, le Professeur Pinto écrivait : " L'article 14 apparaît comme déjà étant contraire à la Constitution ".

Ce que la Cour européenne sanctionne, c'est une mesure de circonstance qui se trouvait en contradiction avec la loi de 1881 ; ce qui est visé par l'arrêt de la Cour européenne, c'est le caractère arbitraire d'une décision ; c'est la protection de la liberté.

## Débats

### M. Paul Tavernier

Merci beaucoup Maître Massis pour ce plaidoyer pour la liberté. J'ai l'impression que Mme Jarreau a une réaction immédiate sur ce dernier propos. Je pense qu'il sera intéressant d'entendre son point de vue.

### Mme Brigitte Jarreau

Effectivement, je suis en charge au sein du ministère des Affaires étrangères du suivi de l'arrêt *Ekin*. Vous en avez une lecture très favorable à la Cour, on n'a pas senti beaucoup de critiques. Personnellement j'en ai quand même un peu plus sur la manière dont l'arrêt est rédigé. Vous avez une alternance de paragraphes comportant des considérations d'ordre général et de considérations propres à l'espèce. Savoir ce que la Cour a réellement sanctionné et ce qu'elle est prête à admettre ou à ne pas admettre dans le futur, cela n'est pas aisé pour les ministères concernés. Est-ce que la Cour refuse toute discrimination entre publications françaises et publications étrangères en disant : "les frontières on ne veut pas en connaître" ou est-ce qu'elle tolérerait un régime discriminatoire moyennant quelques aménagements de l'article 14, notamment la définition de la provenance étrangère, la définition des motifs d'interdiction ? Je vous mets au défi d'apporter une réponse sûre. Il est probable qu'un jour le législateur, par précaution, abrogera ce régime. Dans l'immédiat, son intervention n'est guère envisageable compte tenu des échéances électorales à venir. Voilà les quelques éléments que je souhaitais apporter à votre exposé.

### Me Thierry Massis

Je maintiens la lecture que j'ai faite de l'arrêt *Ekin*. Il me semble, en effet, que l'article 14 de la loi de 1881 ne peut plus continuer à s'appliquer. D'ailleurs je crois que l'arrêt le dit de manière assez claire. L'article 14 ne devrait pas être considéré comme nécessaire dans un pays démocratique, de sorte qu'il y a eu violation de l'article 10 de la Convention. Je crois que ce qui peut paraître choquant dans ce que je disais, c'est que le ministre de l'Intérieur a un pouvoir discrétionnaire, arbitraire. Cela, aujourd'hui, n'est plus tolérable. C'était tolérable en 1939, mais à l'heure actuelle, cela ne l'est plus. On a les mêmes problèmes avec l'article 2 de la loi de 1931 concernant les interdictions de faire état des constitutions de parties civiles : quel sera le sort des lois ou des textes, dans la mesure où ces textes sont sanctionnés par la Cour européenne. A mon avis, s'il y a une nouvelle décision qui est prise par le ministre de l'Intérieur sur la base de l'article 14 de la loi de 1881, il est sûr que cette décision sera très difficilement applicable et qu'elle aura du mal à subsister.

M. Raymond Goy

J'ai beaucoup apprécié tout à l'heure M. Rolland votre rapport sur la décision *Fédération chrétienne des Témoins de Jéhovah*. Mais qu'en est-il des recours internes préalables que la secte avait pu exercer ?

M. Patrice Rolland

Il y a dans toutes ces affaires une véritable stratégie judiciaire. Les Témoins de Jéhovah ont décidé de porter systématiquement devant les tribunaux et au plus haut niveau tous les problèmes qui relèvent à leurs yeux de la liberté de conscience et de religion. Par exemple, toutes les affaires grecques jugées ces dernières années en matière religieuse concernent presque exclusivement les Témoins de Jéhovah. Cette stratégie s'est montrée payante puisque les requérants ont presque chaque fois obtenu gain de cause. La Cour leur a donné raison, à mon avis à juste titre. En droit interne on assiste à la même stratégie contentieuse animée par les mêmes avocats.

Le problème dans notre affaire est vraiment celui de l'action collective. La Fédération se plaignait d'une atmosphère générale de méfiance à son encontre. Devant les refus administratifs concernant la reconnaissance comme association culturelle, ou le refus d'exonération de la taxe d'habitation ou de la taxe foncière, les Témoins de Jéhovah disposent des voies de recours habituelles devant le juge administratif. Ils sont allés jusqu'en cassation devant le Conseil d'État et ont obtenu une décision assez claire sur le droit de constituer des associations culturelles et de bénéficier des droits qui y sont attachés. Les Témoins de Jéhovah n'ont donc jamais manqué de recours et ceux-ci se sont montrés, de plus, assez efficaces. Au demeurant ce n'est pas ce dont se plaignait la Fédération requérante.

Ce que voulait faire la Fédération française des témoins de Jéhovah, c'était prendre en charge les intérêts collectifs des églises locales pour pouvoir les défendre devant les tribunaux selon la stratégie judiciaire déjà évoquée. Dans notre affaire, elle considérait que ces intérêts collectifs étaient bafoués par les deux rapports parlementaires et la proposition de loi sur les sectes, reflets d'une opinion publique et d'une atmosphère générale dans la société française hostiles aux minorités religieuses. Le problème est qu'il y a une totale absence de base juridique pour attaquer de tels actes. Ils ont peut-être raison d'un point de vue politique ou psychologique, mais juridiquement il n'y avait aucun moyen de se plaindre. La requérante se trouvait en face d'une double difficulté : la jurisprudence restrictive de la Cour sur l'action collective et l'absence d'acte faisant grief, dirait-on en droit administratif. D'une certaine manière, il me semble que la requête aurait voulu faire prendre en compte cette atmosphère générale défavorable aux Témoins de Jéhovah et obtenir de la Cour que ceci suffise à faire d'elle une victime au sens de la

Convention. Il me paraît heureux que la Cour ne se soit pas engagé dans cette voie qui ouvrirait des recours sans fin.

## Clôture du colloque

par

Paul Tavernier

Merci. Nous sommes obligés d'arrêter le débat. Il y aurait sans doute encore beaucoup de choses à dire. Je pense qu'il faudrait non seulement se pencher sur la question de la clarté de la loi, mais aussi sur la clarté des décisions de la Cour de Strasbourg, et surtout, ce qui est important, sur le suivi des arrêts, c'est à dire comment sont appliqués les arrêts, comme Mme Jarreau l'a suggéré. C'est une chose qui n'est pas facile. Il faudrait souligner ici le rôle du Comité des Ministres encore assez mal connu. Le CREDHO pourrait se pencher un jour sur la question et inviter M. Pierre-Henri Imbert, directeur des droits de l'Homme, qui attache beaucoup d'importance à cette question.

Je voudrais terminer en remerciant tous les intervenants, ainsi que l'auditoire très attentif et très patient.

Je voudrais enfin remercier à nouveau Mme Lambert pour l'organisation matérielle de ce colloque qui a été excellente.

## Liste des publications du CREDHO (Universités de Rouen et 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.

n° 9 (1999), 74 p.

n° 10 (2000), 80 p.

n° 11 (2001), 112 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.

n° 5 (1999), 172 p. (ISBN 2-11-091552-8) : La France et la Cour européenne des droits de l'Homme. La jurisprudence de 1998

n° 6 (2000), 208 p. (ISBN 2-11-091994-9) : La France et la Cour européenne des droits de l'Homme. La jurisprudence de 1999

n° 7 (2001), 212 p. (ISBN 2-11-092939-1) : La France et la Cour européenne des droits de l'Homme. La jurisprudence de l'an 2000

*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, 211 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 : 56,52 €

**MÉLANGES RAYMOND GOY : DU DROIT INTERNE AU DROIT INTERNATIONAL. LE FACTEUR RELIGIEUX ET L'EXIGENCE DES DROITS DE L'HOMME.** – Avant-propos de Patrick COURBE, Henry DECAËNS et Paul TAVERNIER – (Rouen : Publications de l'Université de Rouen, n° 251, 1998, 484 p.) (ISBN 2-87775-249-6) – prix : 39,64 €

**TAVERNIER Paul, YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS Alice (eds) : LA COMMUNAUTÉ ACADÉMIQUE À L'AUBE DU IIIÈME MILLÉNAIRE.** - (Bruxelles : Bruylant, 2000, 272 p.) (ISBN : 2-8027-1334-5) – prix : 37,18 €

**TAVERNIER Paul, BURGORGUE-LARSEN Laurence (eds) : UN SIÈCLE DE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE. Centenaire des Conventions de La Haye et cinquantième des Conventions de Genève.** - (Bruxelles : Bruylant, 2001, VII-262 p., collection du CREDHO n° 1) (ISBN : 2-8027-1461-9) - prix : 37,18 €

**TAVERNIER Paul (sous la direction de) : RECUEIL JURIDIQUE DES DROITS DE L'HOMME EN AFRIQUE.** - (Bruxelles : Bruylant, 2002, sous presse, collection du CREDHO n° 2).