

**CREDHO-PARIS SUD**  
**Centre de recherches et d'études sur les droits de l'Homme et le droit humanitaire**

**QUINZIEME SESSION D'INFORMATION**

**Faculté Jean Monnet à Sceaux**  
**20 mars 2009**

**LA FRANCE ET LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME**  
**La jurisprudence en 2008**

sous la présidence de  
**M. Giorgio Malinverni**  
Juge à la Cour européenne des droits de l'Homme

avec la participation de  
**M. Bruno Genevois**  
Président de Section au Conseil d'Etat

organisé par  
**M. Paul Tavernier et Mme Rafaëlle Maison**

Le 20 mars 2009, de 9 heures à 18 heures, s'est déroulée à la Faculté Jean Monnet (Sceaux) la Quinzième Session d'information sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme du CREDHO.

A l'ouverture du Colloque, le **professeur Paul Tavernier** s'est félicité de la présence du **président Guy Couarraze** et du **doyen Jérôme Fromageau**.

**M. Guy Couarraze**, Président de l'Université Paris-Sud (Paris XI), s'est dit très heureux de pouvoir être présent pour ce colloque. Il a remercié le professeur Tavernier d'animer la vie académique de la Faculté Jean Monnet de manière aussi régulière. Il a souligné que les droits de l'Homme sont fondamentaux pour la construction de notre société. Il a rappelé le contexte particulier dans lequel l'Université Paris Sud a vu le jour, à savoir la construction européenne. Il a en outre mis l'accent sur l'importance de la recherche pour l'Université Paris Sud, dans des domaines aussi variés que les sciences, la santé, l'ingénierie, l'économie et le droit. Le CREDHO, qui fait partie de l'Institut d'études de droit public (IEDP), a ainsi acquis une reconnaissance certaine pour ses travaux dans le domaine des droits de l'Homme. Par ailleurs, les droits de l'Homme sont un domaine où la confrontation des disciplines est très importante, notamment avec les sciences. En outre, les enjeux afférents aux droits de l'Homme sont majeurs, comme par exemple la laïcité ou la bioéthique. Il a terminé son discours de bienvenue en félicitant le professeur Tavernier pour ce colloque.

**M. Jérôme Fromageau**, Doyen de la Faculté Jean Monnet, a également souhaité la bienvenue à tous les intervenants et participants et a remercié M. Couarraze pour sa présence. Il a souligné l'importance de la recherche à la Faculté de Sceaux non seulement dans le domaine du droit, mais aussi dans les domaines de l'économie et de la gestion. Le dynamisme de la Faculté se reflète dans l'activité de ces dernières semaines au cours desquelles plusieurs colloques, séminaires et journées d'étude ont été organisés. M. Fromageau a ensuite remercié le professeur Tavernier pour tout ce qu'il a fait pour la Faculté depuis son arrivée, notamment avec ses colloques annuels. Il a félicité M. Tavernier pour avoir toujours su inviter des personnes d'horizons différents et pour donner la parole à des jeunes chercheurs. Il a également exprimé le souhait d'une manifestation plus importante à l'occasion du 20<sup>ème</sup> anniversaire du CREDHO.

**Présidence de la séance du matin : M. Paul Tavernier, directeur du CREDHO**

**M. Giorgio Malinverni**, Juge à la Cour européenne des droits de l'Homme, et Président du colloque, a précisé qu'il a limité, en raison du temps qui lui est imparti, le sujet de son intervention, à l'origine consacré à l'exécution des arrêts de la Cour, à deux dispositions qui lui semblent importantes, à savoir l'article 46 al. 1 et l'article 41 de la Convention. Suite à une lecture des deux dispositions, il s'est posé la question de savoir quelle a été l'interprétation de ces textes par la jurisprudence, tout en précisant la valeur déclaratoire des arrêts de la Cour et la liberté de moyens qui est laissée aux Etats pour se conformer à ceux-ci. Deux arrêts récents sont à ce titre intéressants : l'arrêt *Aleksanyan c. Russie* et l'arrêt *Vontas c. Grèce*. Selon le Juge Malinverni, la pratique initiale de la Cour était conforme à l'article 46, c'est-à-dire qu'elle statuait d'abord sur la violation de la Convention et rendait un deuxième arrêt sur la satisfaction équitable. Pour alléger son rôle, la Cour a changé de pratique et rend désormais un seul arrêt, sauf cas exceptionnel. Cette tendance est renforcée par l'article 75 du Règlement et le Protocole n° 14. Le problème réside dans le principe de subsidiarité énoncé à l'article 41, qui n'est pas respecté par la jurisprudence actuelle de la Cour. La solution actuelle retenue consiste à donner une somme d'argent lorsque la Convention a été violée. Trois domaines sont cependant exclus : les arrêts rendus sur la base de l'article 1 du Protocole I, ceux rendus sur la base de l'article 6 et les arrêts dits « pilotes ». Il existe également quelques autres exceptions pour les violations d'autres articles de la Convention, comme celles de l'article 5. C'est ce qui s'est passé dans l'affaire *Aleksanyan* où la Cour a ordonné la libération de la personne, ou dans l'affaire *L. c. Lituanie* dans laquelle la Cour a demandé à la Lituanie d'adapter sa législation dans les trois mois ou de verser une somme correspondant au montant de l'opération dans un autre pays (40 000 €). Néanmoins, de manière générale, la solution qui consiste à verser une somme d'argent à la victime n'est pas un remède à la situation. L'exemple des expulsions est à ce titre parlant. Quel est alors le bilan que l'on peut dresser ? Pour le Juge Malinverni, un retour à la jurisprudence initiale serait souhaitable pour dissocier l'arrêt sur le fond et l'arrêt sur la satisfaction équitable. Ainsi, l'article 41 ne devrait intervenir qu'en dernier lieu, respectant ainsi le principe de subsidiarité. Aussi, le fait de chiffrer tous les dommages pose un certain problème. Tout en étant conscient des arguments que l'on fait valoir contre un retour vers la pratique initiale, il souligne que la Cour pourrait faire des recommandations tout en laissant le choix des moyens à l'Etat, en s'inspirant notamment d'autres systèmes. En résumé, cette « commercialisation » dérange le Juge Malinverni qui estime que cette solution ne permet point aux victimes de retrouver leur dignité.

**Le professeur Tavernier** a remercié le Juge Malinverni pour son intervention tout en soulignant que la Cour rend beaucoup plus d'arrêts aujourd'hui, ce qui complique le problème.

**Le débat** s'est ouvert avec quelques remarques de **M. Bruno Genevois**, Président de Section au Conseil d'Etat. Tout d'abord, il a souligné que des solutions sophistiquées existent déjà. Ensuite, il a mis en garde contre le fait que la solution prônée par le Juge Malinverni peut donner lieu à des solutions radicales, comme dans le cas de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme et dans le contentieux national relatif à la « Solution finale ». Enfin, il a estimé que les améliorations ne peuvent être que progressives. Par ailleurs, le fait de recommencer un procès pose certains problèmes, et pour le cas des expulsions il faudrait distinguer entre les Etats membres et non membres.

**Me Caroline Mecary**, a voulu savoir si le dédommagement des violations, ridicule en termes d'argent, n'était pas une incitation pour que les Etats continuent à violer la Convention. Dans ce cas là, ne faudrait-il pas envisager des peines plus lourdes ?

**Le professeur Rafaëlle Maison** [Université Paris-Sud (Paris XI)] a souligné que les indications données aux Etats étaient une question classique du droit international et qu'il faudrait envisager un retour vers des principes généraux du droit international, tel que la *restitutio in integrum* et le caractère obligatoire des mesures conservatoires.

**M. Mattias Guyomar**, Maître des requêtes au Conseil d'Etat et professeur associé à la Faculté Jean Monnet à Sceaux, a souligné que les délais de détention étaient un véritable problème pour la Cour européenne et que dans la plupart des cas, les personnes qui obtiennent satisfaction devant celle-ci ont déjà purgé l'intégralité de leur peine. De même, les Etats ne disposent pas toujours de moyens adéquats en droit interne pour appliquer les arrêts de la Cour. Ainsi, il faudrait appliquer l'autorité de la chose jugée aux arrêts de la Cour.

**Le Juge Malinverni** a répondu à ces questions en confirmant tout d'abord que la réouverture des procès pose problème en droit interne. En Suisse, dans 50 % des cas, il y a un refus de rouvrir le procès en raison de l'absence d'un intérêt à agir, la personne ayant souvent déjà purgé sa peine. En ce qui concerne l'expulsion vers un Etat non membre, le Juge Malinverni estime qu'il suffit de dire à la victime qu'elle peut revenir pour contourner le problème. Quant aux indemnités plus élevées, il reconnaît que la question « tracasse » les juges à Strasbourg et que cela pose un problème d'ordre éthique. Néanmoins, la proposition consistant à augmenter les indemnités ne lui semble pas de nature à résoudre le problème. En ce qui concerne la base légale des recommandations sur les principes généraux, leur portée est malheureusement limitée car la Cour se voit submergée surtout par des requêtes sur la base de l'article 39 de la Convention.

**Le professeur Jean-Pierre Marguénaud** [Université de Limoges] a estimé qu'il existe un risque que la personne se fasse condamner de manière encore plus sévère lors d'un deuxième procès, ce qui selon **Bruno Genevois** ne serait pas possible grâce à la jurisprudence *Mortier*. **Le Juge Malinverni** a précisé que la solution adoptée par la Cour dans l'affaire *L. c. Lituanie* correspondait en réalité à une sorte d'astreinte.

**Le professeur Tavernier** a ajouté que la problématique autour de l'article 41 le passionne depuis longtemps. Il a également souligné le manque de transparence, les barèmes des sanctions de la Cour dont a parlé le Juge Malinverni n'étant pas publics. Enfin, il a estimé que le fondement juridique existe déjà en ce qui concerne le pouvoir de recommandation de la Cour.

**Le Juge Malinverni** précise que c'est pour de bonnes raisons que la Cour ne publie pas son barème, chaque cas étant spécifique.

**Me Michel Puéchavy**, Avocat à la Cour, a présenté sa communication portant sur le suicide en prison à partir de l'arrêt *Renolde*. Dans cet arrêt, rendu à l'unanimité, la Cour condamne la France pour une violation des articles 2 et 3 de la Convention. Le cas de M. Renolde n'est pas isolé, la France ayant connu 115 suicides en prison en 2008. M. Renolde, qui souffrait de troubles psychiques, s'est suicidé au bout de 15 jours d'isolement sur un total de 45 qu'il devait subir, suite à une altercation avec une surveillante. Me Puéchavy a regretté la « stupidité » de la France en invoquant le non-épuisement des voies de recours internes. L'arrêt *Renolde* s'inscrit dans une jurisprudence plus large de la Cour relative à la protection des personnes en prison. Contrairement à la Convention américaine des droits de l'Homme et au Pacte de 1966, la Convention européenne ne prévoit pas de régime particulier pour la protection des personnes en prison. Ainsi, la Cour a construit un corpus jurisprudentiel pour protéger les détenus, notamment les plus faibles. La Cour attache ainsi une attention particulière aux enfants, aux personnes âgées et handicapées, aux malades, aux immigrés, aux demandeurs d'asile, aux tsiganes ainsi qu'aux personnes souffrant de troubles mentaux, comme M. Renolde. Cet arrêt s'inscrit dans un contexte particulier en France, avec une augmentation conséquente de la population carcérale et une « frénésie sécuritaire ». Me Puéchavy s'est félicité du rôle joué par la Cour en soulignant qu'elle a et aura encore le dernier mot dans ce débat.

**Le Professeur Tavernier** a fait remarquer que l'affaire *Renolde* est une affaire de famille, le père représentant son fils défunt.

**M. Mattias Guyomar** a présenté sa communication sur la jurisprudence du Conseil d'Etat et les exigences de la Convention relative aux droits de l'Homme en prison, sous trois aspects différents, à savoir le droit au recours, l'obligation positive et le régime de la responsabilité de l'Etat. En ce qui concerne le droit au recours, il est de mieux en mieux respecté, comme cela ressort clairement de la jurisprudence *OIP* (Observatoire international des prisons) du 17 décembre 2008. Dans cette affaire, le Conseil d'Etat a répondu de manière positive à la question de savoir s'il pouvait y avoir un recours contre une décision de mise à l'isolement préventive de 48 heures. De même, dans un deuxième arrêt *OIP* du 31 octobre 2008, le Conseil d'Etat a annulé un décret modifiant le code de procédure pénale du 31 mars 2006 dans la mesure où celui-ci n'instaurait pas un droit à un recours effectif contre une décision d'isolement judiciaire. En ce qui concerne l'obligation positive, le Conseil d'Etat, dans le même arrêt *OIP* du 31 octobre 2008, qui constitue sans doute une des affaires les plus importantes de l'année 2008, a décidé que l'isolement d'un mineur n'était certes pas prohibé mais était néanmoins soumis à certaines conditions particulières. De même, dans un arrêt du 14 novembre 2008, le Conseil d'Etat a précisé que les fouilles intégrales, comportant des fouilles anales, pour être conformes à l'article 3 de la Convention, étaient soumises à une double condition, à savoir leur justification par des suspicions fondées sur le comportement du détenu, d'une part, et des conditions adaptées pour y

procéder, d'autre part. En outre, dans l'affaire *OIP* du 17 décembre 2008 précitée, le Conseil d'Etat a décidé que l'obligation de vigilance et de protection de la vie des détenus était une obligation de faire et que par conséquent l'administration pénitentiaire était obligée de prendre des mesures concrètes. Cette obligation de protection inclut aussi bien la protection des détenus contre eux-mêmes que contre leurs codétenus. En ce qui concerne le régime de la responsabilité de l'Etat, le Conseil d'Etat a rendu plusieurs arrêts dans lesquels il précise que la faute simple de l'Etat suffit pour engager la responsabilité de celui-ci. En conclusion, M. Guyomar estime que la jurisprudence du Conseil d'Etat était de plus en plus conforme à la Convention et qu'il y avait une bonne évolution dans ce sens.

**Le débat** a été ouvert par **M. Bruno Genevois**, qui a confirmé qu'il y avait en effet des avancées réelles. De ce point de vue, la Convention joue un rôle très positif et permet ainsi de rattraper le retard du droit français. De même, il a voulu souligner le rôle très positif joué par les groupements, comme l'OIP. Enfin, les juridictions administratives revêtent une importance particulière dans le processus de rattrapage. Quant à l'affaire *Renolde*, M. Genevois avance l'idée que l'argumentation de la France sur les exceptions préliminaires n'était pas infondée, ce qui est contesté par **le Juge Malinverni** qui précise que l'on ne peut pas demander à une personne d'épuiser une deuxième voie de droit.

**Me Puéchavy** a souligné que la famille *Renolde* ne demandait pas de dédommagement, mais qu'elle voulait simplement que justice soit faite, ce qui arrive de temps en temps devant la Cour. Aussi, il a voulu savoir pourquoi le Conseil d'Etat était aussi réticent à reconnaître de manière plus explicite une violation de la Convention dans ses arrêts.

**M. Guyomar** a répondu à cette question en soulignant tout d'abord que le juge national est l'interprète de la Convention. Il a précisé que si la reconnaissance d'une violation de la Convention n'est pas expresse, elle est tout de même indirectement reconnue. De plus, la violation du droit international n'est que très rarement invoquée devant le Conseil d'Etat. Par conséquent, il ne peut pas répondre à une question qui ne lui est pas posée. Enfin, M. Guyomar a précisé qu'une réparation symbolique peut être pertinente dans quelques cas et qu'à défaut de cette possibilité, les requérants pouvaient toujours demander l'euro symbolique. Ce à quoi **le professeur Tavernier** a fait valoir que la Cour avait récemment refusé l'euro symbolique. Pour **M. Genevois** on ne pouvait demander au juge de constater la violation d'un moyen qui n'a pas été invoqué et il n'appartenait pas aux juges de faire le travail des avocats.

**Le professeur Jean-Pierre Marguénaud** a présenté ensuite sa communication sur le respect de la vie privée et familiale, plus précisément sur l'accouchement sous X abordé par l'arrêt *Kearns* du 10 janvier 2008. De manière ironique, M. Marguénaud a plaidé pour une Convention européenne des droits de la femme, tout en critiquant l'usage réducteur de l'expression « droits humains ». Selon le professeur Marguénaud, la Cour européenne fait tantôt trop, tantôt pas assez, pour protéger les droits de la femme. D'un côté, elle fait trop pour les femmes qui veulent garder l'anonymat garanti par l'accouchement sous X en considérant qu'il n'y a pas de violation de la Convention lorsque l'enfant ne peut pas connaître l'identité de sa mère. De l'autre, lorsque la mère change d'opinion et veut retrouver son enfant abandonné, la Cour ne fait pas assez. Tel est le cas de l'arrêt *Kearns*. Il s'agit d'une femme irlandaise qui a accouché sous X en France et qui a donné son nouveau-né en adoption. Une fois le délai de rétractation passé, elle a cependant changé d'opinion et veut désormais récupérer son enfant. Lors de la procédure devant la Cour, le père de l'enfant, l'amant de Mme Kearns, a fait une tierce intervention et le couple qui avait entre-temps adopté l'enfant a été invité à intervenir également, ce qu'il a refusé. La possibilité de cette double tierce intervention aurait créé une situation tout à fait unique devant la Cour européenne. La Cour a décidé qu'il n'y avait pas en l'occurrence de violation du droit au respect à la vie privée car Mme Kearns avait été informée du délai de rétractation de deux mois. Cette décision a été prise au nom de l'intérêt primordial de l'enfant pour que sa situation soit fixée. Dans sa conclusion, le professeur Marguénaud a proposé de transformer le délai de rétractation en délai de réflexion afin de mieux garantir les droits de la femme. Sur un ton ironique, il a aussi fait savoir que l'on pouvait isoler les arrêts importants de la Cour dès lors qu'ils comportaient l'expression *mutatis mutandis*.

En réaction à cette intervention, **M. Genevois** a rappelé une autre affaire dans laquelle un enfant fut donné en adoption sans consultation de la mère qui souffrait de troubles psychiques et de toxicomanie. La Cour a certes constaté une violation procédurale de l'article 8, mais a décidé que les intérêts de l'enfant seraient le mieux garantis si celui-ci restait aux Pays-Bas où il avait été adopté.

**Mme Marie Sirinelli**, détachée à la Sous-direction des droits de l'Homme au Ministère des Affaires étrangères, a présenté la dernière communication de la matinée portant sur la laïcité et le port de signes religieux à partir des arrêts *Dogru* et *Kervanci* du 4 décembre 2008 et la décision *Mann Singh* du 27 novembre 2008. Selon Mme Sirinelli, ces affaires démontrent le caractère plastique de la liberté de religion dans l'espace public pour la Cour européenne. Dans tous les cas, la Cour a jugé les interdictions justifiées et proportionnées. Dans la décision *Mann Singh*, la Cour a décidé que la liberté de religion peut être limitée dans un but de sécurité publique. Le requérant avait soutenu que l'obligation d'ôter son turban sur les photos d'identité violait sa liberté de religion. La Cour a estimé que la requête était manifestement mal fondée et la juge donc irrecevable. Dans les arrêts *Dogru* et *Kervanci*, la laïcité française s'est trouvée à l'épreuve de l'article 9 de la Convention. Dans les deux arrêts la Cour décide que la restriction du port du voile islamique à l'école existait au moment des faits, tout en considérant que le but de cette interdiction était légitime. Quant à la nécessité de cette interdiction, elle est validée par le concept de laïcité. En résumé, on peut dire que la Cour adopte une méthode respectueuse des approches nationales quand elle statue sur une violation de l'article 9 de la Convention. Les Etats disposent ainsi d'une marge nationale d'appréciation assez large dans le domaine de la liberté de religion.

**M. Genevois** a souhaité réagir directement à ces deux interventions en affirmant que le professeur Marguénaud avait exagéré dans sa présentation et que la démonstration de la Cour dans l'affaire *Kearns* est tout de même d'une bonne qualité. Il a aussi souligné l'importance du concept de laïcité et la place qui est faite à celui-ci dans le contentieux de la Cour.

**Le professeur Tavernier**, tout en mettant un terme à cette première partie du colloque, a souhaité ajouter qu'il regrettait que dans le débat autour de la liberté de religion et de la laïcité on s'éloignait du plus en plus du principe de tolérance, qui doit être inhérent à celui de laïcité.

**Paul von MUHLENDAHL**

#### **Présidence de la séance de l'après-midi : Mme Rafaëlle Maison, professeur à l'Université Paris-Sud (Paris XI)**

**Le débat** s'est poursuivi l'après-midi, sur la question relative à la laïcité et le port de signes religieux dans la jurisprudence récente de la Cour.

Le premier point, soulevé par **Mme Sylvie Barrault**, Maître de conférences à la Faculté Jean Monnet à Sceaux, porte sur la marge nationale d'appréciation en termes de liberté d'expression et de liberté religieuse. En admettant cette marge nationale d'appréciation, ne risque-t-on pas d'aboutir à une dénaturation des règles prévues par la Convention ?

**Le professeur Tavernier** a souhaité réagir sur l'affaire *Mann Singh* considérant que la Cour avait été sévère dans son jugement. Il a ensuite apporté quelques précisions sur la notion de subsidiarité, notamment sur la subsidiarité substantielle et la jurisprudence concernant la marge d'appréciation. Il existe certes des valeurs communes sur le plan européen, mais une ambiguïté persiste entre la notion de subsidiarité au sens du droit communautaire (de type fédéral) et la subsidiarité traditionnelle en droit international, telle qu'on la retrouve dans la Convention européenne.

**Le Juge Malinverni** a souhaité revenir sur la question de la marge d'appréciation et ses limites. Les autorités nationales sont parfois mieux placées que la Cour en matière de morale. La Cour doit faire respecter la Convention et créer un droit européen commun (exemple : les notions autonomes, notions interprétées par la Cour européenne), mais elle ne doit pas pour autant être un « rouleau compresseur » et doit laisser subsister les particularités nationales.

**Mme Sirinelli** a confirmé les propos de Sylvie Barrault en admettant que la marge nationale d'appréciation est une forme d'abdication des droits. Cependant, cet outil ne doit pas être vu comme une limite à l'application de la Convention, mais plutôt comme un moyen d'application de celle-ci. En réponse à la réaction du Professeur Tavernier sur l'affaire *Mann Singh*, Mme Sirinelli a considéré qu'il s'agissait d'une pure question de sécurité publique.

Le colloque s'est poursuivi ensuite sur le thème des visites domiciliaires et droits de l'Homme. Etudiant précisément les affaires *Ravon* (21 février 2008), *André* (24 juillet 2008) et *Kandler* (18 septembre 2008), **M. Martin Collet**, Professeur à l'Université Paris-Sud (Paris XI), a présenté le point de vue du fiscaliste sur le sujet. Il a notamment apporté des éléments sur la procédure de visite et de saisie. Au regard des arrêts étudiés, deux points méritent d'être soulignés. D'une part, M. Collet a relevé certaines critiques relatives aux voies de recours offertes à l'époque et particulièrement le problème des ordonnances signées par le juge judiciaire qui sont en réalité rédigées par l'Administration (il est possible de retrouver, parfois même d'une ville à l'autre, exactement la même ordonnance, avec les mêmes fautes d'orthographe...). Ce fut le cas dans l'affaire *Ravon* notamment. La question ici est celle des voies de recours puisque la seule possible, le recours en cassation, ne permet pas d'apprécier les faits, ni donc d'apprécier la régularité des ordonnances. D'autre part, M. Collet a développé la question de la conciliation entre la procédure de perquisition et le droit au respect de la vie privée dans le cas où l'atteinte portée à ce droit est disproportionnée, comme dans l'affaire *Kandler* dans laquelle la Cour a condamné la France sur le fondement de la violation de l'article 6 de la Convention. Ces décisions ont eu des répercussions immédiates puisque le législateur a adopté le 4 août 2008 une loi permettant aux contribuables de faire appel de la décision et de saisir le Premier Président de la Cour d'appel une fois la visite effectuée. Le législateur ouvre ainsi des voies de recours aux contribuables lorsque ceux-ci contestent une décision de l'Administration fiscale. Selon le professeur Collet, toute une série de procédures de l'Administration doivent être relues au regard de ces arrêts qui illustrent très bien l'utilité de la Convention pour neutraliser les aspects parfois négatifs de ces modes de perquisition et de saisie domiciliaire.

**M. Olivier Bachelet**, Doctorant et Enseignant à l'Université de Paris I, a poursuivi cette discussion en traitant la question du point de vue du pénaliste. Selon lui, les nouveaux recours ouverts depuis la loi du 4 août 2008 apparaissent effectifs au regard des exigences conventionnelles et l'intervention du premier Président de la Cour d'appel permet plus de transparence et de neutralité dans la procédure de perquisition et de saisie domiciliaire. Dans l'affaire *Ravon c. France*, les ordonnances avaient été rédigées par l'Administration et le juge a simplement eu à les signer, ce qui dénote l'absence d'un véritable examen effectif du dossier et s'oppose aux principes d'indépendance et d'impartialité du juge. Cette question, soulevée devant la Cour n'a pas été examinée, le délai de six mois étant expiré. Il est possible de rencontrer le même type de problèmes dans d'autres matières, notamment en matière boursière. M. Bachelet a souligné ensuite les défauts du nouveau dispositif en ce qui concerne la diminution du délai pour exercer les visites qui passe de deux mois à quinze jours. Dans quelle mesure les droits de la défense seraient-ils mieux garantis par la diminution de ce délai ? Les dispositions transitoires s'avèrent également incomplètes, l'ordonnance prévoyant la possibilité d'une contestation sur le déroulement de la visite mais pas sur l'autorisation de la visite elle-même. Qui est alors le juge compétent ? La réponse se trouve dans l'ordonnance du 15 janvier 2009 puisque le juge des libertés a choisi de se saisir du dossier au motif que les règles de procédure pénales sont d'application directe. L'arrêt *André c. France* concerne une visite domiciliaire de l'avocat d'une société dans le but de trouver des éléments à charge permettant de confirmer une fraude fiscale. La Cour a constaté la violation de l'article 6 de la Convention (pour insuffisance de garanties) et a souligné que les investigations ne se fondaient pas sur les soupçons de la participation de l'avocat lui-même à la fraude fiscale. Ainsi, selon M. Bachelet, l'ordonnance de 2009 est largement insuffisante en matière boursière et les modifications apportées ne répondent pas aux exigences de la Cour, notamment en ce qui concerne l'encadrement réel de la décision d'autorisation de visite du domicile de l'avocat. Les dispositions du code de procédure pénale s'avèrent elles aussi insuffisantes en la matière.

Intervenant sur le thème « orientation sexuelle et discrimination », **Me Caroline Mecary**, Avocate au barreau de Paris, s'est particulièrement intéressée à la question de l'intérêt de l'enfant en matière d'adoption et aux droits de l'adoptant. Dans l'arrêt *E. B.* (22 janvier 2008), affaire que Me Mecary a défendue à Strasbourg, deux périodes distinctes sont à prendre en considération. Premièrement, de 1998 à 2008, période au cours de laquelle Emmanuelle B. dépose une demande d'adoption rejetée pour absence de référent paternel et manque d'implication de sa compagne. Elle décide alors de saisir le Tribunal administratif qui lui donne raison mais, par suite, la Cour administrative d'appel ainsi que le Conseil d'Etat rejettent sa demande. La requérante engage donc un recours devant la Cour, ce qui n'est pas sans rappeler l'affaire *Fretté* du 26 février 2002. La Cour va notamment s'interroger sur les motifs invoqués par l'Administration française. La différence de traitement du dossier de Melle B. est-elle fondée sur sa seule orientation sexuelle ?

Le manque d'implication de la compagne de Melle B. est-il un argument suffisant alors même que l'Administration n'a jamais demandé à rencontrer cette personne ? La Cour va étudier la phase d'agrément (§§ 81-89 de l'arrêt) pour finalement constater une utilisation excessive de l'absence de référent paternel et l'omniprésence, dans les justifications de l'Administration, du motif de l'orientation sexuelle de Melle B. La Cour en conclut que la requérante a fait l'objet d'une différence de traitement qui n'a pas été valablement justifiée par l'Administration française et, se fondant sur une application combinée des articles 8 et 14 de la Convention, annule la décision et prévoit le versement d'une indemnité de 10 000 euros. La seconde période étudiée part de 2008 jusqu'à aujourd'hui. Melle B. ayant toujours la volonté d'adopter fait à nouveau une demande d'agrément refusée par le Président du Conseil général le 26 janvier 2009. Deux moyens (motifs « fallacieux », selon Me Mecary) sont invoqués par l'Administration : le désaccord sur l'âge de l'enfant que Melle B. et sa compagne souhaitent adopter et le fait que la compagne de Melle B. allait se positionner comme un tiers dans la relation mère-enfant. Mais, d'une part, les rapports de l'assistante sociale et du psychologue ayant entendu Melle B. et sa compagne ne font état d'aucun désaccord entre elles au sujet de l'âge de l'enfant. D'autre part, en ce qui concerne le fait pour la compagne d'être considérée comme un tiers dans les rapports mère-enfant, cela paraît évident et comparable à la situation du père, qui se place lui aussi en tiers dans cette relation. Motifs « fallacieux » donc puisque le véritable motif inadmissible ici est en réalité l'homosexualité de la requérante. Un recours en annulation a été déposé devant le tribunal administratif et le service de l'exécution des affaires de la Cour rendra sa décision en juin 2009. Pour conclure, Me Mecary a considéré que les arrêts de la Cour européenne étaient extrêmement importants pour les praticiens, mais qu'ils pouvaient parfois s'avérer insuffisants face à certaines réalités.

**Le débat** a commencé par l'intervention de **M. Genevois**, Président de Section au Conseil d'Etat, qui a confirmé qu'il n'est pas possible de fonder le refus d'agrément en vue d'une adoption sur le motif de l'homosexualité du requérant. Il a également fait le parallèle avec l'affaire *Fretté*, soumise à la juridiction européenne des droits de l'Homme au moment où le Conseil d'Etat était saisi de l'affaire *E. B.* M. Genevois considère que ce n'est pas au juge de se substituer au législateur et que le problème principal ici est le défaut de communication entre la Cour européenne et le juge national.

**M. Didier Girard**, ATER à l'Université Jean Monnet à Saint-Etienne, est également intervenu pour faire part de son étonnement face à la qualité des ordonnances rendues en matière fiscale (avec les mêmes fautes d'orthographe, les mêmes expressions utilisées) et a souhaité souligner la rapidité de réaction du législateur. En ce qui concerne l'affaire *E. B.*, il a posé la question de savoir si le juge des référés avait été saisi, considérant qu'il pourrait s'agir d'une situation d'urgence, la requérante ayant aujourd'hui 48 ans (après onze années de procédure depuis la première demande d'agrément).

**Le professeur Tavernier**, félicitant Me Mecary pour son succès dans la première phase de l'affaire *Emmanuelle B.*, a cependant estimé que les arrêts *Fretté* et *E. B.* n'étaient pas suffisamment motivés. L'affaire *E. B.* était soutenue par quatre ONG ce qui peut conduire, selon le Professeur Tavernier, à certaines dérives. Il a également posé la question de savoir s'il existe un droit d'adopter ou s'il s'agit d'un privilège, comme le soutiennent certains juges dissidents.

**Le professeur Rafaëlle Maison** a considéré que l'arrêt *E. B.* était assez bien motivé, même si certains développements s'avèrent insuffisants et s'est demandée s'il s'agissait d'un revirement ou plutôt d'un fléchissement dans la jurisprudence de la Cour européenne.

**Me Mecary** a répondu en premier lieu à M. Bruno Genevois, avec lequel elle n'est pas tout à fait d'accord, estimant qu'il existe une forme d'autocensure chez les avocats lorsqu'il s'agit de reconnaître des droits aux homosexuels. Les magistrats français ne s'autorisent pas à dire ce que d'autres Cours suprêmes admettent (au Canada ou aux Etats-Unis par exemple). En second lieu, Me Mecary a confirmé qu'il n'y avait pas eu de saisine du juge des référés pour la seconde demande d'agrément formulée par Melle B. Enfin, et répondant aux interrogations du Professeur Tavernier, Me Mecary a précisé qu'il faut nécessairement prendre en considération l'intérêt de l'enfant. Cependant, elle a posé la question de savoir en quoi l'homosexualité ou l'hétérosexualité peuvent avoir une quelconque influence sur la capacité d'une personne à élever un enfant. A partir du moment où un Etat (en l'espèce la France) accepte qu'un célibataire puisse faire une demande d'agrément, il est alors légitime et normal, quel que soit son sexe, son âge, sa race ou sa religion, qu'il puisse en bénéficier. **Le Professeur Tavernier** a alors demandé si, dans le cas où l'affaire *Fretté* serait soumise aujourd'hui à la Cour, celui-ci pourrait se servir de l'affaire *E. B.* pour obtenir l'agrément. Selon Me Mecary, il obtiendrait en effet l'agrément en vue d'adopter.

**Mme Catherine-Amélie Chassin**, Maître de Conférences à l'Université de Caen, a présenté ensuite sa communication sur la liberté d'expression, cohérence ou aléas du contrôle européen ? S'intéressant aux affaires *July* (14 février 2008), *Chalabi* (18 septembre 2008) et *Leroy* (2 octobre 2008), Mme Chassin a commencé par préciser que la liberté d'expression est un des fondements essentiels de la Convention européenne des droits de l'Homme (article 10). Celle-ci n'est cependant pas indérogeable puisque l'Etat peut s'ingérer en instaurant certaines limites (ingérence prévue par la loi, ingérence dans un but légitime, ou encore ingérence nécessaire dans une société démocratique). Les arrêts rendus en 2008 sur cette question montrent que le passage de la théorie à la pratique n'est pas évident, mais ce n'est pas véritablement l'ingérence qui est ici au cœur du problème. Deux autres caractéristiques sont à souligner. La première concerne les personnes en cause puisque la Cour commence toujours par regarder qui est l'auteur des propos litigieux. Dans les affaires *July* et *Chalabi*, il s'agissait de journalistes, et dans cette situation, la marge d'appréciation de l'Etat est réduite en ce sens que la liberté d'expression doit permettre d'assurer le pluralisme dans une société démocratique. La Cour admet dans ces affaires que les personnages publics (par exemple le responsable d'une mosquée, comme dans l'affaire *Chalabi*), ainsi que les fonctionnaires doivent accepter la critique. La seconde caractéristique porte sur les intérêts en cause, et particulièrement sur le fait que l'ingérence de l'Etat est d'autant plus réduite que le débat participe d'un intérêt général. C'est le cas notamment dans l'affaire *Leroy* (dessin caricatural sur les attentats du 11 septembre 2001), dans laquelle la Cour considère qu'il y a effectivement débat public sur cette tragédie qui a entraîné un chaos mondial, déduisant ainsi que la marge d'appréciation de l'Etat est réduite. Dans l'affaire *Chalabi*, celle-ci estime que la liberté religieuse doit se concilier avec la liberté d'expression et que la question est d'intérêt général. Mais, selon Mme Chassin, le contrôle reste insatisfaisant et les critères utilisés par la Cour conduisent à certains aléas. Relativement aux modalités d'expression, la Cour se penche précisément sur la forme : interview, compte-rendu, la présence ou non de guillemets, etc. La Cour procède également à une conceptualisation des expressions. Elle s'intéresse en effet à la fois à la date à laquelle les propos litigieux ont été tenus (moment de l'expression, comme dans l'affaire *Leroy*), au lieu (dans l'affaire *Leroy*, il s'agissait d'un hebdomadaire basque, région sensible au terrorisme), mais également à l'environnement des propos en cause (comme dans les affaires *July* et *Chalabi*). La Cour pratique donc un contrôle a posteriori. En conclusion, il est difficile de connaître par avance la position que la Cour va adopter et ses décisions sont imprévisibles mais pas arbitraires.

Les revirements de jurisprudence des tribunaux internes à la lumière de la Convention ont été étudiés par **M. Paul von Muhlendahl**, Allocataire-moniteur à la Faculté Jean Monnet à Sceaux, notamment à travers l'arrêt *UNEDIC* rendu par la Cour le 18 décembre 2008. Dans cette affaire, il s'agissait précisément du cas d'une société qui avait fait l'objet d'un redressement judiciaire et dont l'employé avait fait appel à l'UNEDIC pour obtenir une indemnisation du fait de son licenciement. La Cour de cassation estime qu'il a le droit à un plafond 4 (équivalent à une somme de 32 000 €). Cependant, un revirement de jurisprudence en 1998 accorde finalement un plafond 13 à l'employé et, saisissant le Conseil des Prud'hommes, il obtient l'application du plafond 13 (somme de 110 000 €). L'UNEDIC invoque une application rétroactive devant la Cour d'appel de Paris, puis devant la Cour de cassation, qui vont confirmer la décision du Conseil des Prud'hommes. L'UNEDIC décide alors de saisir la Cour européenne pour violation du principe de sécurité juridique (article 6). Celle-ci rejette à l'unanimité la requête, considérant que le conflit entre l'employé et l'UNEDIC est postérieur au revirement de jurisprudence. Ceci signifie que la situation de l'employé n'était pas réglée au moment du litige et donc que le revirement de jurisprudence trouve à s'appliquer en l'espèce (§§ 74-75 de l'arrêt). Sur cette question, M. von Muhlendahl a estimé qu'il est nécessaire de distinguer les revirements de leurs effets et qu'un droit sans revirement de jurisprudence est en réalité un droit sclérosé. L'interprétation de la règle doit être la même quel que soit le moment où la décision est rendue. Le problème se pose également en droit communautaire devant la Cour de justice des Communautés européennes. M. von Muhlendahl conclut sa communication par une citation de Montesquieu tirée de *L'esprit des Lois* : Si les tribunaux ne doivent pas être fixes, les jugements doivent l'être, à tel point qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi.

**Le débat** s'est ensuite ouvert par l'intervention de **M. Genevois**, qui a considéré que la distinction entre le revirement de jurisprudence lui-même et sa portée dans le temps était une très belle question théorique et qu'il était nécessaire de souligner l'intérêt du paragraphe 74 de l'arrêt *UNEDIC*. Cette affaire est selon lui un jalon et la Cour aura sans doute à se prononcer à nouveau sur le sujet. S'agissant de la liberté d'expression, M. Genevois a tenu à rappeler la condamnation du journal *Hara*

*Kiri*, qui avait publié en première page un titre provocateur au lendemain de la mort du Général de Gaulle.

**Le professeur Tavernier** a posé la question de savoir si l'auteur de ce titre avait été condamné ou la publication du journal suspendue suite à cette affaire. En ce qui concerne l'affaire *Leroy*, fallait-il tenir compte du fait que le journal était distribué au Pays basque ? Oui, selon **M. Genevois**.

**Mme Chassin** a confirmé que le contrôle de la Cour est assez aléatoire. Elle a évoqué également le contrôle du moment de l'expression par la Cour (trois semaines après cette publication, *les guignols de l'infos* avaient en effet relaté les événements du 11 septembre 2001 sur un ton satirique sans qu'aucune condamnation ne soit prononcée à l'égard des auteurs).

**Me Mecary** a souhaité également réagir sur la pertinence d'une saisine de la Cour lorsque, comme c'est le cas dans certaines affaires, ce n'est pas celui qui est condamné qui saisit la Cour mais les parties civiles. Remarque qui suscite effectivement l'interrogation, selon **M. Genevois**.

**Le professeur Jean-François Akandji-Kombé**, Doyen de la Faculté de droit de Caen et Secrétaire général de l'Institut international des droits de l'Homme et de la paix, a clos ce colloque en remerciant tout d'abord le Professeur Tavernier et en tirant quelques conclusions de cette journée de débats enrichissants, mêlant les approches d'enseignants, d'étudiants, de praticiens et de représentants de l'Administration. Il a souligné la richesse de la jurisprudence de la Cour européenne concernant la France en 2008 dont l'ensemble des travaux permettent de conclure que la Cour européenne des droits de l'Homme est à la fois une Cour qui juge et une Cour qui dialogue. **Le Professeur Tavernier** a ensuite pris la parole pour remercier à son tour le Doyen Akandji-Kombé ainsi que tous les intervenants pour leur participation à cette quinzième session d'information sur la France et la Cour européenne des droits de l'Homme.

Les Actes du Colloque feront l'objet d'une prochaine publication aux éditions Bruylant, dans la collection du CREDHO.

**Armelle VESSIER**