

PANORAMA DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME POUR L'ANNÉE 2008

David Gilles

Volume 21, Number 2, 2008

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1068885ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1068885ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Gilles, D. (2008). PANORAMA DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME POUR L'ANNÉE 2008. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 21(2), 411–470.
<https://doi.org/10.7202/1068885ar>

PANORAMA DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME POUR L'ANNÉE 2008

David Gilles*

L'année 2008, malgré l'engorgement de plus en plus important de la juridiction¹, fut l'occasion pour la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) d'affirmer un certain nombre de courants qu'elle avait initiés dans les années antérieures, en insistant fortement sur le caractère effectif de ses décisions². Ce sont à nouveau, comme en 2007, les pays d'Europe orientale qui fournissent la plus grande partie du contentieux³. La CEDH rend pour l'année 2008 plusieurs décisions de principe concernant l'impact du droit international dans son interprétation de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*⁴, la question du respect du droit à la vie face à des catastrophes naturelles ou, plus classiquement, la liberté d'expression, les questions bioéthiques ou les questions d'expulsion des étrangers et de droit d'asile. Le droit de recours individuel sur le fondement de l'article 34 constitue plus que jamais un véritable droit d'action de l'individu au plan international, et représente l'un des piliers essentiels de l'efficacité

* David Gilles est professeur de droit à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. Il tient à remercier M. Frédérick Doucet, LL.B., étudiant au barreau de Sherbrooke, M. Simon Labayle, doctorant en droit à l'Université de Sherbrooke/Aix-Marseille III et M. Philippe-André Rodriguez, étudiant à l'UQAM pour leur collaboration à cette chronique ainsi que son collègue Maxime St Hilaire pour ses commentaires sur une version antérieure du texte. L'auteur peut être rejoint à l'adresse suivante : <david.gilles@usherbrooke.ca>.

¹ Selon le *Rapport annuel 2008* de la CEDH, « [e]n 2008, la Cour a rendu 1 543 arrêts au total, un nombre en légère progression par rapport aux 1503 arrêts rendus en 2007. 18 arrêts ont été prononcés en formation de Grande Chambre (15 en 2007) ». *Rapport annuel 2008*, en ligne : COE <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/DE8FC80B-0B50-4056-B4C9-A014B00C647C/0/RAPPORT_ANNUEL_2008.pdf>, p. 69 [*Rapport 2008*].

² Le comité des ministres de l'Europe a d'ailleurs présenté pour cette année un premier rapport annuel sur la surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Ce document a pour objectif d'assurer la consolidation et l'effectivité de la protection des droits de l'homme par l'édification progressive d'un « droit à l'exécution ». Il démontre, s'il en était besoin que la Cour est devenue désormais partie intégrante des systèmes juridictionnels, par l'extension depuis 1990 des possibilités de sa mise en œuvre, les États ayant accepté d'ajouter le droit de recours individuel et la reconnaissance de sa juridiction obligatoire au système initial de saisine interétatique. Sur ce rapport, voir Laurent Sermet, « La surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, entre ombre et lumière. Du premier rapport annuel du Comité des ministres sur l'exécution des arrêts » (avril 2008) 17 *La Semaine juridique*, Édition Générale act. 281. Voir Cons. UE, 26 mars 2008, 1^{er} rapport annuel sur la surveillance et l'exécution des arrêts de la CEDH ; Patricia Granet « Exécution des arrêts de la CEDH » (mai 2008) 5 *Procédures* 15.

³ Selon *Rapport 2008*, *supra* note 1, à la p. 69, « [l]a Turquie a fait l'objet du plus grand nombre d'arrêts « constatant au moins une violation de la Convention (257); viennent ensuite la Russie (233), la Roumanie (189), la Pologne (129) et l'Ukraine (110) ».

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

du système de la *Convention européenne*, appartenant à l'une « des clefs de voûte du mécanisme » de sauvegarde des droits de la personne⁵.

La juridiction strasbourgeoise a ainsi eu à juger en début d'année la possibilité pour un homosexuel d'obtenir l'agrément à une adoption dans l'ordonnement juridique français. Elle a estimé, dans l'arrêt *E.-B. c. France*⁶, que dès lors que la législation nationale permet l'adoption par une personne célibataire, le refus d'un agrément en raison de l'orientation sexuelle constitue une discrimination, condamnant la France sur le fondement des articles 8 et 14 de la *Convention européenne*. Prolongeant l'arrêt *Gebremedhin*⁷, l'affaire *Saadi c. Royaume Uni*⁸ éclaire la situation des nouveaux centres de rétention au Royaume-Uni destinés aux demandeurs d'asile qui sont jugés peu susceptibles de s'enfuir et dont le cas peut être traité au moyen d'une procédure accélérée. Interprétant largement la *Convention européenne*, la juridiction strasbourgeoise s'engage sur des domaines qui montrent toute la pertinence d'une lecture évolutive des droits garantis par la *Convention européenne*, notamment en matière d'environnement, de droit d'asile, de discrimination ou de liberté de religion.

I. Interprétation de la Convention au regard des conventions internationales

Avant d'aborder les différentes avancées de la jurisprudence de la Cour, soulignons une importante décision de la juridiction strasbourgeoise dans l'affaire *Demir et Baykara c. Turquie*⁹. Celle-ci donne l'occasion à la Grande Chambre d'éclairer du rapport de la *Convention européenne* et des institutions du Conseil de l'Europe au regard du droit international. En l'espèce, les requérants, deux membres du syndicat de fonctionnaires *Tüm Bel Sen*, déposèrent une requête devant la juridiction strasbourgeoise en raison du non respect par une municipalité d'une convention collective après épuisement des recours internes. Malgré une décision favorable au syndicat en première instance, la Cour de cassation « considéra que, nonobstant le fait qu'il n'y avait pas d'obstacles juridiques à la fondation de syndicats par des fonctionnaires, ceux-ci n'étaient pas autorisés à conclure des conventions collectives en l'état actuel de la législation »¹⁰.

Deux exceptions d'irrecevabilité sont posées à la Grande Chambre : la première vise à l'impossibilité d'opposer à un gouvernement des accords internationaux autres que la *Convention européenne*, notamment ceux qu'il n'a pas ratifiés – ici la *Charte sociale européenne*¹¹ – alors que la seconde fait valoir

⁵ Voir *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* [GC], n° 46827/99 et 46951/99, (4 février 2005) aux para. 100 et 122.

⁶ *E.-B. c. France*, N° 43546/02, (22 janvier 2008) [E.-B.].

⁷ *Gebremedhin [Gaberamadhien] c. France*, no 25389/05 (26 avril 2007) [*Gebremedhin*].

⁸ *Saadi c. Royaume-Uni*, N° 13229/03, (29 janvier 2008).

⁹ *Demir et Baykara c. Turquie*, [GC], n° 34503/97, (12 novembre 2008) [*Demir*].

¹⁰ *Ibid.* au para. 19.

¹¹ *Charte sociale européenne*, 18 octobre 1961, S.T.E. 35 (entrée en vigueur : 26 février 1965).

l'inapplicabilité de l'article 11 de la *Convention européenne* dans le cas des fonctionnaires¹². La première ne se résout pas, selon la Cour, comme une exception préliminaire mais concerne plutôt l'examen des questions de fond posées par l'affaire¹³. Les plaignants font valoir que les instances nationales ont méconnu leur droit de fonder des syndicats et leur droit de conclure des conventions collectives sur la base de l'article 11 de la *Convention européenne*. Cela donne l'occasion à la juridiction du Conseil de l'Europe d'analyser l'éventuelle opposabilité à un gouvernement des textes internationaux autres que la *Convention européenne*. Cette analyse relevant, d'après la Cour, de la méthodologie à suivre dans le cadre de l'examen du fond des griefs¹⁴, cette dernière pose la décision de principe selon laquelle

quand elle définit le sens des termes et des notions figurant dans le texte de la *Convention*, [elle] peut et doit tenir compte des éléments de droit international autres que la Convention, des interprétations faites de ces éléments par les organes compétents et de la pratique des Etats européens reflétant leurs valeurs communes. Le consensus émergent des instruments internationaux spécialisés et de la pratique des Etats contractants peut constituer un élément pertinent lorsque la Cour interprète les dispositions de la Convention dans des cas spécifiques. Dans ce contexte, il n'est pas nécessaire que l'Etat défendeur ait ratifié l'ensemble des instruments applicables dans le domaine précis dont relève l'affaire concernée. Il suffit à la Cour que les instruments internationaux pertinents dénotent une évolution continue des normes et des principes appliqués dans le droit international ou dans le droit interne de la majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe et attestent, sur un aspect précis, une communauté de vue dans les sociétés modernes.¹⁵

Dans cette décision, la juridiction strasbourgeoise rompt avec sa jurisprudence antérieure en affirmant que le droit à la négociation collective constitue une prérogative couverte par l'article 11 de la *Convention européenne*¹⁶. Au regard du droit des fonctionnaires municipaux à fonder des syndicats¹⁷, la Cour souligne que l'arrêt de Cassation « a emporté comme effet rétroactif la nullité *ab initio* de toutes les activités et démarches accomplies par Tm Bel Sen auprès de la mairie de Gaziantep entre 1991 et 1993 afin de protéger les intérêts de ses membres, y compris la convention collective »¹⁸, estimant justifiée la thèse des requérants selon laquelle le syndicat Tm Bel Sen a vu ses activités considérablement restreintes¹⁹. Relevant une ingérence prévue par la loi et visant un objectif légitime – la défense de l'ordre – la

¹² *Demir*, *supra* note 9 aux para. 57-58.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.* au para. 60.

¹⁵ *Ibid.* au para. 86.

¹⁶ Sébastien van Drooghenbroeck, « Les frontières du droit et le temps juridique : la Cour européenne des droits de l'homme repousse les limites » (2009) 79 Rev. trim. dr. h. 811.

¹⁷ Sur cet aspect, voir Keith D. Ewing et John Hendy, « The Dramatic Implications of Demir and Baykara » 39 (2010) 1 Ind. Law J. 2-51.

¹⁸ *Demir*, *supra* note 9 au para. 114.

¹⁹ *Ibid.* au para. 115.

nécessité de l'annulation de la convention collective conclue et appliquée par le syndicat Tım Bel n'est pas démontrée selon la Cour²⁰, notamment au regard des conventions internationales. Ainsi, « le droit pour les fonctionnaires de pouvoir en principe mener des négociations collectives était reconnu par des instruments de droit international tant universels [...] que régionaux [...]. Par ailleurs, l'examen de la pratique européenne montre que ce droit était reconnu dans la majorité des Etats membres »²¹.

De plus, la Turquie a ratifié la *Convention (n° 98) concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective*²², cette dernière constituant « l'instrument principal garantissant, au plan international, le droit pour les travailleurs de mener des négociations collectives et de conclure des conventions collectives »²³. L'ingérence en cause, c'est-à-dire l'annulation rétroactive de la convention collective ne se trouve donc pas être, selon les juges strasbourgeois, « nécessaire dans une société démocratique », au sens de l'article 11(2) de la *Convention européenne*.

II. Droit à la vie

Dans l'affaire *Dodov c. Bulgarie*²⁴, la Cour, pour la première fois, s'est attachée à l'étude du cas d'une disparition de personne âgée atteinte de la maladie d'Alzheimer placée dans le service hospitalier d'une maison de retraite publique, disparition qui était vraisemblablement due à une négligence du personnel. En l'espèce, la mère du requérant, M^{me} Stoyanova, souffrant de la maladie d'Alzheimer, fut admise à la maison de retraite de Sofia. Durant une visite chez son dermatologue avec une soignante qui devait la surveiller en tout temps, celle-ci a disparu, sans être retrouvée à ce jour. À la suite de cette disparition, M. Dodov introduisit une plainte auprès du parquet de district de Sofia, alléguant que le personnel administratif et médical de la maison de retraite était responsable de la disparition de sa mère²⁵.

Arguant des violations des articles 2, 13 et 17 de la *Convention européenne*, le requérant fait valoir que la vie de sa mère a « été mise en danger par une réglementation déficiente et par d'impardonnables négligences du personnel de la maison de retraite »²⁶, celle-ci n'ayant donné lieu à aucune sanction pénale ou

²⁰ *Ibid.* au para. 126. « La Cour considère ainsi que l'effet combiné de l'interprétation restrictive de la Cour de cassation et de l'immobilité du législateur entre 1993 et 2001 a empêché le gouvernement défendeur de remplir son obligation positive d'assurer aux requérants la jouissance de leurs droits syndicaux et n'était pas « nécessaire dans une société démocratique ».

²¹ *Ibid.* au para. 165.

²² *Convention (n° 98) concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective*, 1^{er} juillet 1949, 96 R.T.N.U. 257 (entrée en vigueur : 18 juillet 1951).

²³ *Demir, supra* note 9 au para. 166.

²⁴ *Dodov c. Bulgarie*, No 59548/00, (17 janvier 2008), [*Dodov*].

²⁵ *Ibid.* au para. 26.

²⁶ *Ibid.* au para. 63.

disciplinaire. Sur la violation alléguée de l'article 2(1), la Cour relève que la plainte est recevable²⁷ et qu'elle se doit

d'une part déterminer si la question de la responsabilité de l'Etat se pose au regard de l'article 2 de la *Convention*, relativement à l'incapacité alléguée de l'ordre juridique à garantir l'obligation de répondre d'actes de négligence ayant abouti à la disparition de M^{me} Stoyanova, et d'autre part rechercher si l'on peut dire que, pris dans leur ensemble, les recours disponibles prévus par la loi et appliqués en pratique ont offert des voies de droit permettant d'établir les faits, d'obliger les responsables à rendre des comptes et d'offrir à la victime une réparation adéquate.²⁸

Constatant qu'en l'espèce, il existe en droit bulgare trois voies de recours (pénale, disciplinaire et civile) pour ce type d'affaire, les juges strasbourgeois relèvent que le gouvernement n'a pas *de facto* assuré les conditions permettant « d'établir les circonstances de la disparition de la mère du requérant et d'engager la responsabilité des personnes ou des institutions qui ont manqué à leurs devoirs »²⁹. La Cour considère alors que l'ordre juridique bulgare a failli dans son ensemble à apporter une réponse satisfaisante dans un délai raisonnable, face à des allégations d'actes de négligence ayant mis en danger une vie humaine, relevant le défaut pour les autorités bulgares de s'acquitter des obligations procédurales incombant à l'Etat en vertu de l'article 2.

L'affaire *Renolde c. France*³⁰ concerne quant à elle le suicide d'un homme qui se trouvait en détention provisoire et qui avait été puni de quarante-cinq jours de cellule disciplinaire, alors qu'il souffrait de troubles psychotiques aigus et avait fait une tentative de suicide trois jours avant l'infliction de la sanction³¹. Au terme de la période de détention en isolement, Joselito Renolde fût trouvé pendu dans sa cellule. Une information judiciaire fut ouverte à la suite de ce drame, une expertise psychiatrique abouti à la conclusion que Joselito Renolde souffrait de troubles psychotiques aigus, son suicide semblant résulter d'un passage à l'acte imputable à ces troubles, le traitement médical n'ayant pas correctement été pris. Une ordonnance de non-lieu fut rendue par le juge d'instruction et confirmée par la cour d'appel de

²⁷ *Ibid.* au para. 70.

²⁸ *Ibid.* au para. 83.

²⁹ *Ibid.* au para. 97-98. Au regard de la durée de la procédure dans cette affaire, sur la base de l'article 6 § 1 de la Convention « (...) la Cour considère que la décision des autorités d'annuler tous les actes de procédure et de reprendre depuis le début l'administration des preuves était injustifiée et incompatible avec le devoir de ces autorités d'agir avec la plus grande célérité dans les affaires concernant le droit à la vie » ; *Ibid.* au para. 116.

³⁰ *Renolde c. France*, n° 5608/05, (16 octobre 2008) [*Renolde*].

³¹ *Ibid.* aux para. 11-22. La requérante est la sœur de Joselito Renolde décédé le 20 juillet 2000 après s'être pendu dans sa cellule à la prison de Bois-d'Arcy où il était en détention provisoire. Mis en examen pour des faits de violences volontaires sur sa compagne, Joselito Renolde fit quelques mois après sa mise en détention une tentative de suicide consécutive à une bouffée délirante. M. Renolde avait déjà été mis sous traitement neuroleptique et hospitalisé avant cette crise. Il fut placé, après celle-ci, seul en cellule et pris en charge, à partir du 3 juillet 2000, par le service médico-psychologique régional présent dans l'établissement sans contrôle toutefois de la prise effective des médicaments par le personnel médical de la prison. Après avoir commis une agression sur une surveillante, il fut sanctionné par 45 jours de mise en cellule disciplinaire.

Versailles, considérant que ni le personnel médical et pénitentiaire ni la sanction disciplinaire n'avaient constitué une violation manifestement délibérée d'une obligation de sécurité.

Introduisant une requête faisant valoir que les autorités françaises n'avaient pas pris les mesures nécessaires pour protéger la vie de son frère et que son placement en cellule disciplinaire pendant 45 jours était excessif compte tenu de sa santé mentale, M^{me} Renolde invoque la violation de l'article 2 (droit à la vie) et 3 (interdiction des traitements inhumains ou dégradants) de la *Convention européenne*. Les juges strasbourgeois considèrent ici que, les autorités ayant connaissance des troubles psychotiques susceptibles de conduire M. Renolde à des actes d'auto-agression, ce dernier avait besoin d'une surveillance étroite pour parer à une aggravation subite. Malgré les efforts indéniables faits par les autorités en ce sens, la Cour souligne que, malgré sa première tentative de suicide, l'éventualité de son hospitalisation dans un établissement psychiatrique ne semble jamais avoir été discutée.

Au regard de l'obligation pesant sur l'État signataire de la *Convention européenne* de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger tout individu dont la vie est menacée, il faut s'attendre, lorsqu'un détenu souffre de graves problèmes mentaux avec des risques suicidaires, à la prise de mesures spécifiques (placement en établissement psychiatrique, soins médicaux adaptés et efficaces...) afin d'assurer la compatibilité de cet état avec son maintien en détention. Toutefois, l'obligation pour l'État a un caractère relatif et circonstancié à l'espèce. Malgré les difficultés posées par la mise en œuvre de telles mesures, la Cour éprouve les plus grands doutes sur l'opportunité de laisser à un détenu souffrant de troubles psychotiques avérés le soin de gérer lui-même quotidiennement son traitement sans aucune surveillance. Au regard de la sanction disciplinaire, la Cour considère qu'il n'a pas été tenu compte de l'état psychique de M. Renolde, l'isolement, la privation de visites et de toute activité aggravant l'état de santé et le risque de suicide du détenu. Ce dernier s'est vu infliger la sanction maximale pour une faute du premier degré, celle-ci constituant une sanction lourde, inadaptée en l'espèce avec les exigences d'un traitement humain.

La vulnérabilité des malades mentaux justifiant une protection particulière, la Cour conclut à l'unanimité et pour la première fois dans ce cas d'espèce que les autorités ont manqué à leur obligation de protéger le droit à la vie de Joselito Renolde, en violation de l'article 2, le traitement constituant en outre un traitement inhumain et dégradant en violation de l'article 3.

III. Crime contre l'humanité

Dans l'affaire *Korbely c. Hongrie*³², opposant la République de Hongrie à l'un de ses ressortissants, M. Korbely, la Cour a posé les jalons afin de mieux caractériser la notion de « crime contre l'humanité ». En effet, le requérant alléguait

³² *Korbely c. Hongrie* [GC], n° 9174/02 (19 septembre 2008) [*Korbely*].

avoir été condamné pour un acte qui – au moment où il avait été commis – ne constituait pas un crime ce qui constituait selon lui une violation des articles 6 et 7 de la *Convention européenne*³³, relevant une procédure longue et inéquitable. Les faits relèvent d'une opération militaire s'étant déroulée lors de la révolution hongroise de 1956, au cours de laquelle furent tués plusieurs hommes, dont Tamàs Kaszàs, un rebelle armé ayant participé à la prise d'un commissariat de police. À la suite de ces faits, le requérant - leader des forces militaires - fut condamné à une peine d'emprisonnement pour crime contre l'humanité au sens de l'article 3(1) de la *Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*³⁴, adoptée et incorporée dans le droit hongrois.

Le requérant fait valoir, en premier lieu, avoir été « poursuivi pour un acte qui ne constituait pas une infraction au moment où il a été commis »³⁵, dénonçant une violation de l'article 7 de la *Convention européenne*³⁶. Au regard de cet argument, la Cour estime que, suivant l'objet et le but de la disposition, il est nécessaire de « l'interpréter et l'appliquer de manière à assurer une protection effective contre les poursuites, les condamnations et les sanctions arbitraires »³⁷. L'article 7 ne se contente pas de prohiber l'application rétroactive du droit pénal au détriment de l'accusé mais « il consacre aussi, de manière plus générale, le principe de la légalité des délits et des peines [...] et celui qui commande de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au détriment de l'accusé, notamment par analogie »³⁸.

De ce fait, une infraction se doit d'être clairement définie par la loi : le justiciable doit pouvoir savoir, « à partir du libellé de la disposition pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux et d'un avis juridique éclairé, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale »³⁹.

³³ *Convention européenne*, supra note 4, art. 6 et 7.

³⁴ *Convention de Genève (IV) relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 287 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950), art. 3(1)a [*Convention (IV) de Genève*]. « En cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes, chacune des Parties au conflit sera tenue d'appliquer au moins les dispositions suivantes : 1) Les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres des forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat par maladie, blessure, détention, ou pour toute autre cause, seront, en toutes circonstances, traitées avec humanité, sans aucune distinction de caractère défavorable basée sur la race, la couleur, la religion ou la croyance, le sexe, la naissance ou la fortune, ou tout autre critère analogue. À cet effet, sont et demeurent prohibés, en tout temps et en tout lieu, à l'égard des personnes mentionnées ci-dessus : a) les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices ».

³⁵ *Korbely*, supra note 32 au para. 54.

³⁶ *Convention européenne*, supra note 4, art. 7. « 1. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. 2. Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ».

³⁷ *Korbely*, supra note 32 au para. 69.

³⁸ *Ibid.* au para. 70.

³⁹ *Ibid.* au para. 70.

Selon la jurisprudence de la Cour, l'article 7 de la *Convention européenne* ne proscrit pas la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, à moins que le résultat soit cohérent avec la substance de l'infraction, en plus d'être raisonnablement prévisible⁴⁰. Il convient donc à la Cour « d'examiner sous l'angle de l'article 7(1) de la *Convention* si, au moment où elle a été commise, l'action de l'intéressé constituait une infraction définie avec suffisamment d'accessibilité et de prévisibilité par le droit interne ou le droit international »⁴¹.

Dans la présente affaire, comme le relève la Cour, le critère d'accessibilité était rempli puisque le requérant a été reconnu coupable de multiples d'homicides, une infraction qualifiée de « crime contre l'humanité » punissable en vertu de l'article 3(1) de la *Convention (IV) de Genève*, incorporée au droit hongrois par décret. La Cour a de plus, vérifié « s'il était prévisible que l'acte pour lequel le requérant a été condamné serait qualifié de crime contre l'humanité »⁴², telle qu'applicable en 1956. S'appuyant sur plusieurs dispositions du droit international public⁴³ elle relève que « le meurtre, au sens de l'article 3(1)a) [de la *Convention (IV) de Genève*], pouvait servir de fondement à une condamnation pour un crime contre l'humanité commis en 1956 »⁴⁴ si certains critères supplémentaires étaient remplis. S'appuyant sur la doctrine⁴⁵, la Cour cristallise notamment parmi ces derniers « l'existence d'une discrimination et d'une persécution dirigées contre un groupe particulier de personnes [...], [la notion de crime contre l'humanité] postulant selon eux une certaine forme de pratique ou de politique étatique »⁴⁶.

A contrario, elle relève que cette logique opère nonobstant le fait que le critère du rattachement ou de la connexité à un conflit armé pouvait ne plus être pertinent en 1956⁴⁷. La Cour retient toutefois, comme élément constitutif applicable en 1956, l'inscription de crimes contre l'humanité « dans le cadre d'une pratique ou d'une politique étatique ou d'une attaque massive et systématique contre la population civile »⁴⁸. Ainsi, elle estime qu'il est incertain que les éléments constitutifs d'un crime contre l'humanité aient été réunis en l'espèce.

⁴⁰ Voir *Jorgic c. Allemagne*, n° 74613/01 (12 juillet 2007) aux para. 100-101; *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* [GC], n° 34044/96, 35532/97 et 44801/98 (22 mars 2001) au para. 50.

⁴¹ *Korbely*, *supra* note 32 au para. 73; voir *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* [GC], n° 34044/96, 35532/97 et 44801/98 (22 mars 2001), au para. 51.

⁴² *Korbely*, *ibid.* au para. 76.

⁴³ Notamment sur l'article 6 c) du Statut du Tribunal militaire international annexé à l'Accord de Londres du 8 août 1945, à l'article 5 du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie de 1993, à l'article 3 du Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda de 1994 et à l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale de 1998.

⁴⁴ *Korbely*, *supra* note 32 au para. 81.

⁴⁵ Voir Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Kluwer Law International, La Haye, Londres, Boston, 1999 à la p. 256.

⁴⁶ *Korbely*, *supra* note 32 au para. 82.

⁴⁷ Voir Egon Schwelb, « Crimes against Humanity », 23 *British Yearbook of International Law*, (1946) à la p. 211.

⁴⁸ *Korbely*, *supra* note 32 au para. 83. Voir Joseph Berry Keenan et Brendan Francis Brown, *Crimes against international law*, Washington DC, Public Affairs Press, 1950 aux pp. 113-122.

Poursuivant son analyse, la Cour cherche à caractériser si la principale « victime » du requérant, Tamàs Kaszàs – au regard des principes de droit international communément admis – pouvait passer pour une personne « ne participant pas directement aux hostilités » au sens de l'article 3 de la *Convention (IV) de Genève*, Kaszàs devant correspondre au statut de non combattant aux fins de cette disposition pour permettre la condamnation du requérant. Relevant, par un doux euphémisme que Tamàs Kaszàs était le chef d'un groupe d'insurgés armés ayant pris le contrôle d'un bâtiment abritant des services de police, qui s'était emparé a fortiori suite à la commission de plusieurs actes violents, des armes d'agents de police, la Cour constate qu'il avait directement participé aux hostilités. Toutefois, relevait-il de la catégorie des membres des forces armées insurgées ayant « déposé les armes » et, ainsi, abandonné le combat? Selon la doctrine internationale, dans des circonstances semblables à celles de la présente affaire « un individu ayant l'intention de se rendre doit l'exprimer de manière claire et non équivoque – à savoir en déposant les armes et en levant les mains, ou à tout le moins, en levant les mains – pour que cette intention produise des effets juridiques »⁴⁹.

Cependant, se basant sur les faits de l'affaire, la Cour n'a pu discerner aucun élément propre à l'amener à conclure que Kaszàs avait manifesté l'intention de se rendre dans les formes requises, celui-ci s'étant querellé violemment avec le requérant et s'étant emparé de son pistolet. De ce fait, Kaszàs ne relevait d'aucune catégorie de non-combattant protégée par l'article 3 commun aux quatre *Conventions de Genève*. La Cour conclut alors en la violation de l'article 7 de la *Convention européenne*, estimant qu'il « n'a pas été démontré qu'il était prévisible que les actes commis par le requérant constituaient des crimes contre l'humanité d'après le droit international »⁵⁰. Bien que la Cour ait jugé le grief relatif à la violation de l'article 6(1) de la *Convention européenne*⁵¹ recevable, elle n'a pas estimé nécessaire de l'examiner, au regard de la violation de l'article 7 de la convention en l'espèce.

IV. Environnement et catastrophes naturelles

La Cour a également été conduite à statuer dans un domaine qui lui était jusqu'alors peu familier, mais qui va connaître vraisemblablement un fort développement en ces temps de changements climatiques⁵². Elle analyse dans l'affaire *Budayeva et autres c. Russie*⁵³ les effets d'une catastrophe naturelle - des coulées de boue qui ont dévasté une ville – au regard de l'obligation positive qui pèse sur l'État de prendre les mesures indispensables – informations, réglementations préventives, procédure de responsabilité – afin de préserver la vie de ses citoyens. Prolongeant

⁴⁹ *Korbely, ibid.* au para. 90.

⁵⁰ *Korbely, supra* note 28 au para. 95.

⁵¹ *Convention européenne, supra* note 4, art 6(1). Selon les termes de la disposition « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue [...] dans un délai raisonnable, par un tribunal [...], qui décidera [...] du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ».

⁵² Soulignons essentiellement *Lopez Ostra c. Espagne*, n° 16798/90, (9 décembre 1994) et *Taskin et autres c. Turquie*, n° 46117/99, (30 mars 2005).

⁵³ *Budayeva and others c. Russie*, n° 15339/02, (29 septembre 2008) [*Budayeva*].

l'arrêt *Öneryıldız c. Turquie*⁵⁴, dans lequel la Cour avait affirmé l'obligation positive découlant de l'article 2 de la *Convention européenne* dans le domaine de l'environnement⁵⁵, dans un contexte de sites de stockage de déchets ménagers et des risques inhérents à leur exploitation, les juges strasbourgeois soulignent dans cet arrêt la différence entre les obligations positives de l'État en matière de réglementation d'activités dangereuses et les obligations positives en matière de catastrophes naturelles. Relevant que l'État dispose d'une large marge d'appréciation au regard des mesures à prendre dans la prévention de la concrétisation du risque⁵⁶, la juridiction strasbourgeoise souligne que :

*In the sphere of emergency relief, where the State is directly involved in the protection of human lives through the mitigation of natural hazards, these considerations should apply in so far as the circumstances of a particular case point to the imminence of a natural hazard that had been clearly identifiable, and especially where it concerned a recurring calamity affecting a distinct area developed for human habitation or use (...). The scope of the positive obligations imputable to the State in the particular circumstances would depend on the origin of the threat and the extent to which one or the other risk is susceptible to mitigation.*⁵⁷

In concreto, la Cour applique aux catastrophes naturelles le principe visant à la prise de toutes les mesures possibles afin de limiter les risques pour la vie des personnes⁵⁸. Elle constate le manquement de l'État russe à un double niveau au regard de la protection de la ville de Tirmaouz, qui a souffert dans cette affaire de plusieurs coulées de boue. Primo, l'absence de « politiques d'aménagement du territoire et des dispositifs d'alertes et de secours d'urgence »⁵⁹ dans la zone à risque – pourtant de notoriété publique – faisait peser une menace sur le droit à la vie des populations, protégé par l'article 2 de la *Convention européenne*.

In the light of the above findings the Court concludes that there was no justification for the authorities' omissions in implementation of the land-planning and emergency relief policies in the hazardous area of Tyrnauz regarding the foreseeable exposure of residents, including all applicants, to mortal risk. Moreover, it finds that there was a causal link between the serious administrative flaws that impeded their implementation and the death of Vladimir Budayev and the injuries sustained by the first and the second applicants and the members of their family. The authorities have thus failed to discharge the positive obligation to establish a legislative

⁵⁴ *Öneryıldız c. Turquie*, n° 48939/99 (30 novembre 2004) aux para. 90 et 160.

⁵⁵ Voir Catherine Laurent, « Un droit à la vie en matière environnementale reconnu et conforté par une interprétation évolutive du droit des biens pour les habitants de bidonvilles : *Öneryıldız c. la Turquie* », (2003) 53 *Rev. trim. dr. h.* 279.

⁵⁶ *Budayeva*, *supra* note 53 au para. 135.

⁵⁷ *Ibid.* au para. 137.

⁵⁸ Sur les incidences de cette perspective, voir David Gilles, « Quelle gouvernance environnementale au regard du droit à la vie ? Essai de droit comparé autour des droits environnementaux », *Revue européenne de droit de l'environnement*, à paraître.

⁵⁹ Henri Labayle et Frederic Sudre, « Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif », 2009 *RFDA* 705 à la page 706 [*Labayle et Sudre*].

*and administrative framework designed to provide effective deterrence against threats to the right to life as required by Article 2 of the Convention.*⁶⁰

N'ayant ainsi pas réalisé son obligation de mettre en place un cadre législatif offrant une protection efficiente face à une menace pesant sur le droit à la vie, imposée par le principe de précaution⁶¹, l'État russe n'a, de plus, jamais enquêté et contrôlé le respect des normes de sécurité en amont de la catastrophe et, en aval, n'a jamais permis l'examen par une autorité administrative ou judiciaire des responsabilités des autorités locales dans la prise en compte de la catastrophe⁶². Il a ainsi également violé l'article 2 dans sa partie procédurale.

V. Procès équitable

La Cour européenne poursuit en 2008 l'ouverture de plus en plus large de l'exercice de l'article 6(1)⁶³, utilisant la plasticité de sa formulation afin d'étendre le volet civil à ceux qui en sont encore exclus comme les contribuables, les étrangers soumis à des procédures d'asile politique ou les fonctionnaires⁶⁴.

C'est dans ce cadre que prend place l'affaire *Emine Araç c. Turquie*⁶⁵ qui trouve son origine dans une requête dirigée contre la République de Turquie par M^{lle} Emine Araç. Celle-ci s'est vue refuser son inscription à la faculté de théologie de l'université Marmara, au motif qu'elle aurait fourni une photo d'identité non conforme à la réglementation en vigueur⁶⁶. En l'espèce, la requérante avait fourni une photo d'identité sur laquelle elle apparaissait voilée. Elle introduit alors un recours en annulation devant le tribunal administratif d'Istanbul, demandant l'annulation du refus de l'administration pour non-respect de ses droits. Le tribunal administratif débouta le recours de la requérante. Celle-ci porta donc la cause devant le Conseil d'État qui confirma la décision du tribunal administratif. Ayant épuisé les recours de droit interne, la requérante saisit la Cour européenne alléguant que la procédure devant le Conseil d'État turc est inéquitable et viole l'article 6 de la *Convention européenne*.

⁶⁰ *Budayeva*, *supra* note 53 aux para. 158-159.

⁶¹ *Labayle et Sudre*, *supra* note 59 à la page 706.

⁶² *Budayeva*, *supra* note 53 au para. 165.

⁶³ Gérard Gonzalez, « Nouveau revirement jurisprudentiel en matière d'applicabilité de l'article 6(1) de la Convention, dans son volet civil aux fonctionnaires », (sept.-oct. 2007) 5 *Revue française de droit administratif* 1031.

⁶⁴ *Convention européenne*, *supra* note 4, art. 6(1). Cette disposition détermine que « [t]oute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement [...] par un tribunal [...], qui décidera [...] des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil ».

⁶⁵ *Emine Araç c. Turquie* [GC], n° 9907/02 (23 septembre 2008) [*Emine Araç*].

⁶⁶ Aux termes de laquelle « les photos doivent être prises de face et dater de moins de six mois, de sorte que la personne en question soit facilement identifiable; la tête et le cou doivent en outre apparaître découverts ». Extrait du guide du concours d'entrée à l'université, art. 4(1)f), adopté par le Conseil de l'enseignement supérieur le 17 avril 1998, *ibid.* au para 11.

Le gouvernement soutient quant à lui le rejet de la requête, au motif que la réglementation adoptée par les autorités de l'université est de caractère public, rendant ainsi la disposition invoquée par la requérante inapplicable⁶⁷. D'après la jurisprudence de la Cour, « les termes “contestations sur [des] droits et obligations de caractère civil” couvrent toute procédure dont l'issue est déterminante pour [de tels] droits et obligations »⁶⁸.

Les droits et obligations de caractère civil doivent donc « constituer l'objet de la contestation et l'issue de la procédure litigieuse doit être directement déterminante pour un tel droit »⁶⁹. Or l'article 42 de la *Constitution turque* stipule que « nul ne peut être privé de son droit à l'éducation et à l'instruction »⁷⁰. Afin de déterminer si le droit de la requérante de poursuivre ses études de théologie revêt un caractère civil, la Cour doit donc tenir compte « non seulement de la qualification juridique, mais aussi du contenu matériel et des effets que lui confère le droit interne de l'État en cause »⁷¹, tout en tenant compte de l'objet et du but de la Convention⁷². Bien qu'il s'agisse d'un litige concernant l'annulation d'un refus relevant d'un organe administratif⁷³, la Cour rappelle que les procédures relevant du droit public interne peuvent tomber dans le champ d'application du premier alinéa de l'article 6 de la *Convention européenne*, à condition que leur issue soit déterminante pour des droits et obligations de caractère civil⁷⁴, ajoutant que « lorsqu'un État accorde des droits qui sont susceptibles d'un recours judiciaire, ces droits peuvent être, en principe, considérés comme des droits de caractère civil au sens de l'article 6(1) »⁷⁵.

Affirmant également qu'elle a toujours examiné la conformité des procédures ayant trait aux réglementations sur l'enseignement supérieur au regard des exigences de cette disposition⁷⁶, la Cour indique que « la limitation en question », établie par la réglementation spécifique « relève des droits de la personne de la requérante et revêt donc un caractère civil »⁷⁷. La requête se trouve donc être recevable.

Dans sa jurisprudence antérieure, la Cour s'était déjà penchée sur un grief similaire à celui présenté par la requérante⁷⁸, concluant alors à la violation du premier

⁶⁷ *Emine Araç*, supra 65 au para. 14.

⁶⁸ *Ringelsen c. Autriche*, arrêt du 16 juillet 1971, série A n° 13, p. 39, au para. 94 cité dans *Emine Araç*, *ibid.* au para. 16.

⁶⁹ *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, arrêt du 23 juin 1981, série A n° 43, p. 21, au para. 47 cité dans *Emine Araç*, *ibid.* au para. 16.

⁷⁰ *Constitution turque*, art. 42, cité dans *Emine Araç*, *ibid.* au para. 12.

⁷¹ *Emine Araç*, *ibid.* au para. 18.

⁷² *Perez c. France* [GC], n° 47287/99 (2004), au para. 57.

⁷³ Pour ce qui a trait de l'applicabilité de l'article 6 à un litige concernant l'annulation du refus par l'administration d'une demande d'admission à la spécialisation en médecine, voir *Kök c. Turquie* [GC], n° 1855/02 (19 octobre 2006) au para. 36.

⁷⁴ *Emine Araç*, supra note 65 au para. 20.

⁷⁵ *Ibid.* au para. 21.

⁷⁶ *Mürsel Eren c. Turquie* (déc.), n° 60856/00 (6 juin 2002); *D.H. et autres c. République tchèque* (déc.), n° 57325/00 (1^{er} mars 2005); *Mahmut Tig c. Turquie* (déc.), n° 8165/03 (24 mai 2005).

⁷⁷ *Emine Araç*, supra note 65 au para. 24.

⁷⁸ Voir *Göç c. Turquie* [GC], n° 36590/97 (11 juillet 2002), au para. 58; *Meral c. Turquie*, n° 33446/02 (27 novembre 2007) aux para. 32-39 [*Meral*].

alinéa de l'article 6 de la *Convention européenne*, notamment au regard du non-respect de la procédure contradictoire⁷⁹. Dans la présente affaire, elle considère, à l'unanimité, qu'aucun fait ou argument qui pourrait mener à une conclusion différente n'a été fourni par le gouvernement, concluant à une nouvelle violation de la *Convention européenne*. Considérant toutefois que « le constat d'une violation fournit en soi une satisfaction équitable suffisante pour le dommage moral subi par la requérante »⁸⁰, la Cour refuse d'accorder des dommages pour le préjudice matériel subi par celle-ci en raison de l'absence d'un lien de causalité entre la violation constatée et le dommage matériel allégué, tout en posant le principe du droit à une telle indemnisation : « Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la *Convention* ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable »⁸¹.

Dans l'arrêt *McCann c. Royaume-Uni*⁸², les juges strasbourgeois s'engagent pour la première fois explicitement dans la reconnaissance de la protection des garanties procédurales de l'article 8 au regard de toute personne risquant de perdre son logement, celle-ci devant être dans la capacité de faire examiner par un tribunal indépendant la proportionnalité de la mesure d'éviction. Témoignant de la montée en puissance des garanties proprement procédurales et en dépit de « l'arrêt *Stanková c. Slovaquie* rendu moins d'une année plus tôt » la Cour pose ainsi le « principe de la nécessité d'un contrôle juridictionnel préalable à une expulsion de logement »⁸³.

Le requérant et sa femme, locataires d'une maison appartenant à la municipalité, divorcent début 2001. À la suite d'une audience durant laquelle le requérant n'était pas représenté, le tribunal a rendu une ordonnance d'éviction l'obligeant à quitter la maison, permettant à M^{me} McCann et aux enfants de réintégrer le domicile, ce qu'il fit. Toutefois, cette dernière avait déménagé lorsque le requérant a forcé l'entrée. Il aurait alors agressé M^{me} McCann sans que cela ne soit jamais démontré en cour. À la suite de ces événements, M^{me} McCann a demandé à être relogée, le requérant finissant par retourner vivre dans la maison. Les relations du couple s'améliorant, un échange de maison est envisagé entre les ex-conjoints, mais à la suite d'une procédure administrative où un officier du logement a fait signer un avis de congé à M^{me} McCann, l'échange devint impossible et aboutit à une décision judiciaire demandant l'expulsion de la maison.

Le requérant fait valoir une violation de l'article 6(1), rejetée par la Cour qui accueille *a contrario* l'analyse d'une violation de l'article 8. Cette requête repose sur l'idée que la procédure résultant de l'avis de congé était limitée aux strictes questions de droit de la propriété, le droit au respect du domicile du requérant n'étant alors pas

⁷⁹ *Emine Araç*, *supra* note 65, au para. 27.

⁸⁰ *Emine Araç*, *ibid.*, voir *Meral*, *supra* note 78 au para. 58.

⁸¹ *Emine Araç*, *ibid.*, art. 41.

⁸² *McCann c. Royaume-Uni*, n° 19009/04, (13 mai 2008) [*McCann*].

⁸³ Nicolas Bernard, « Pas d'expulsion de logement sans contrôle juridictionnel - le droit au logement et la Cour européenne des droits de l'homme » (2009) 78 *Rev. trim. dr. h.* 527.

respecté⁸⁴. La question, classique entre les parties devant la Cour strasbourgeoise, est de savoir si la mesure est nécessaire dans une société démocratique. Si le but est considéré comme légitime, il s'agit de savoir si cette ingérence était proportionnelle au but visé et donc nécessaire dans une société démocratique. La Cour, suivant l'avis des tribunaux nationaux, croit que la maison en question est bel et bien le foyer du requérant, l'effet de l'avis de congé interférant sur le droit du requérant au respect du domicile. Les juges strasbourgeois estiment que l'on n'a pas suffisamment pris en considération le droit du requérant au respect du foyer tout au long du processus judiciaire.

Moreover, under domestic law [...], in summary proceedings such as those brought against the applicant, it was not open to the county court to consider any issue concerning the proportionality of the possession order, save in exceptional cases where, as the Court of Appeal put it in the present case, "something has happened since the service of the notice to quit, which has fundamentally altered the rights and wrongs of the proposed eviction". No such exceptional circumstances applied in the present case. Furthermore, although since the applicant's landlord was a public authority it was open to him to challenge the decisions to obtain the notice to quit and to bring possession proceedings in an application for judicial review, his application failed because the local authority had not acted unlawfully.⁸⁵

Relevant la situation relativement exceptionnelle de la procédure et de la situation à laquelle elle aboutit, la juridiction strasbourgeoise conclut alors à la violation de l'article 8 de la *Convention européenne* en l'espèce.

The court does not accept that the grant of the right to the occupier to raise an issue under article 8 would have serious consequences for the functioning of the system or for the domestic law of landlord and tenant. [...] it would be only in very exceptional cases that an applicant would succeed in raising an arguable case which would require a court to examine the issue [...]. Under the summary procedure available to a landlord where one joint tenant serves notice to quit, the applicant was dispossessed of his home without any possibility to have the proportionality of the measure determined by an independent tribunal.⁸⁶

VI. Indemnisation et légalité des délits et des peines

La question du droit d'indemnisation en cas d'erreur judiciaire a été traitée par la Cour pour la première fois dans l'affaire *Matveïev v. Russia*⁸⁷. Dans cette affaire, un sort différent avait été réservé à deux actions en réparation introduites devant les mêmes juridictions par la même victime d'une erreur judiciaire. Le

⁸⁴ *McCann*, *supra* note 82 au para. 33.

⁸⁵ *McCann*, *ibid.* au para. 52.

⁸⁶ *McCann*, *ibid.* aux para. 54-55.

⁸⁷ *Matveïev v. Russia*, No 26601/02, (3 juillet 2008), [Matveïev]

11 août 1981, la Cour du district Lomonosovskiy de la région d'Arkhangelsk a reconnu coupable M. Matveïev pour contrefaçon de timbre postal. Il a été condamné à deux ans d'emprisonnement. Le 6 octobre 1999, le Présidium de la Cour régionale d'Arkhangelsk a renversé la décision de contrefaçon de timbre, notant que la décision était fautive puisqu'il n'y avait aucune indication qu'un crime avait été commis. En 2001, M. Matveïev a introduit un recours pour compensation pour les préjudices moraux subis suite à sa condamnation injustifiée qui est rejetée, au motif que, au moment de la décision, il n'y avait aucune disposition en droit interne pour réclamer de tels dommages.

Invoquant l'article 3 du *Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*⁸⁸, le requérant se plaint alors devant la Cour européenne des droit de l'homme du rejet de sa demande au titre du préjudice moral subi à la suite de sa condamnation illicite⁸⁹. Concernant sa compétence *ratione materiae*, elle souligne que la logique de l'article 3 est la suivante :

*the article applies only where the person's conviction has been reversed ... on the ground that a new or newly discovered fact shows conclusively that there has been a miscarriage of justice - that is, some serious failure in the judicial process involving grave prejudice to the convicted person. Therefore, there is no requirement under the article to pay compensation if the conviction has been reversed or a pardon has been granted on some other ground. Nor does the article seek to lay down any rules as to the nature of the procedure to be applied to establish a miscarriage of justice.*⁹⁰

La Cour, se référant au rapport explicatif du *Protocole n° 7*, statue alors en estimant que l'annulation de la condamnation résultait non d'un « fait nouveau ou nouvellement révélé » mais d'un réexamen des éléments de preuve utilisés dans la procédure pénale. Les conditions d'applicabilité de l'article 3 du *Protocole n° 7* n'ont donc pas été respectées, la requête étant incompatible *ratione materiae* avec les dispositions de la *Convention européenne* au sens de l'article 35(3).

Dans l'affaire *Gülmez c. Turquie*⁹¹, la Cour est à nouveau amenée à se pencher sur les conditions de détention au sein du Conseil de l'Europe. En l'espèce, le plaignant a été arrêté suite à des accusations de meurtre, de vol à main armée et de participation à une organisation illégale, soit le Parti turc marxiste-léniniste. Durant son internement dans la prison *Sincan* de type F d'Ankara, il a été reconnu coupable

⁸⁸ *Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 22 novembre 1984, 1525 R.T.N.U. 198 (1^{er} novembre 1988) [*Protocole n° 7*].

⁸⁹ Concernant sa compétence *ratione temporis*, la Cour observe que le but de cette disposition est de conférer le droit à l'indemnisation des personnes condamnées à la suite d'un déni de justice, c'est-à-dire après que la condamnation ait été infirmée par les tribunaux nationaux, ce qui est le cas en l'espèce.

⁹⁰ *Matveïev*, *supra* note 87 au para. 39.

⁹¹ *Gülmez c. Turquie*, n° 16330/02, (20 mai 2008) [*Gülmez*].

de plusieurs délits dont une tentative d'évasion. Durant cette période, plusieurs visites lui ont été refusées et on lui a imposé des sanctions disciplinaires à cet effet⁹².

Le requérant se plaint alors de ses conditions de détention – notamment le maintien à l'isolement – qui violeraient l'article 3 de la *Convention européenne*. À cet égard, la Cour rappelant⁹³ sa jurisprudence antérieure⁹⁴, estime que le plaignant n'est pas parvenu à établir ces faits, rejetant sa requête sur ce fondement.

Le requérant soutient, de plus, sur la base de l'article 6 de la *Convention européenne*, que les sanctions disciplinaires qui lui sont imposées l'ont été de façon arbitraire, car il avait été privé de son droit de se défendre en personne devant les autorités nationales. Considérant que la procédure en l'espèce ne contient pas de d'accusations criminelles, la Cour conclut que le volet criminel de l'article 6 ne s'applique pas, mais elle se doit également d'examiner si la partie civile de l'article 6 est applicable⁹⁵, puisque le requérant a été privé de visite pendant près d'un an. Constatant en l'espèce que l'article 6 est applicable la Cour considère que l'article 163 de la réglementation turque sur la détention indique qu'aucune sanction disciplinaire ne peut être imposée avant qu'un prisonnier ait pu présenter sa défense. Néanmoins, une autre norme entrée en vigueur au moment des faits ne permet pas au détenu de se défendre à l'aide d'un avocat devant les instances internes qui ont déterminé le sort de son appel des mesures disciplinaires. Ainsi, pour les juges strasbourgeois, il y a eu violation de l'article 6(1) de la *Convention européenne*, le requérant ne pouvant pas suivre efficacement la procédure engagée contre lui⁹⁶. Considérant la violation de

⁹² *Gülmez, ibid.* au para. 9. « On 17 May 2001 the Board found the applicant guilty of having damaged prison property, possessing a sharp cutting instrument made from a prison bed, and having an excessive amount of money in his possession. It accordingly prohibited him from receiving visitors for a period of three months. In the meantime, Law no. 4675 entered into force, which stipulated that decisions delivered by Disciplinary Boards were to be reviewed by the Enforcement Judge. Accordingly, on 21 June 2001, the decision of 17 May 2001 was reviewed. The judge upheld the Board's decision, on the basis of the case file and taking into account the applicant's statement. This decision was served on the applicant on 3 July 2001 and the penalty was enforced between 31 July and 30 October 2001 ».

⁹³ *Gülmez, ibid.* au para. 88. « The Court has consistently stressed that the suffering and humiliation involved must in any event go beyond that inevitable element of suffering or humiliation connected with a given form of legitimate treatment or punishment. Measures depriving a person of his liberty may often involve such an element. Under this provision the State must ensure that a person is detained in conditions which are compatible with respect for his human dignity, that the manner and method of the execution of the measure do not subject him to distress or hardship of an intensity exceeding the unavoidable level of suffering inherent in detention and that, given the practical demands of imprisonment, his health and well-being are adequately secured ».

⁹⁴ *Kudla v. Poland* [GC], n° 30210/96, ECHR 2000-XI aux para. 92-94.

⁹⁵ À cette fin, la Cour doit examiner s'il y a un litige d'un droit défendable en droit interne, droit considéré comme « civil ». Elle constate en l'espèce que le plaignant disposait de recours judiciaires contre les sanctions disciplinaires imposées aux détenus. En conséquence, le requérant avait le droit de contester les sanctions disciplinaires devant les juridictions internes. De plus, la Cour note que la restriction du droit de visite du requérant relève clairement de la sphère de ses droits personnels et est donc de nature civile.

⁹⁶ Sur la nécessité de bénéficier de l'aide d'un avocat dès le premier interrogatoire de police, voir Damien Holzapfel « Le droit à l'assistance d'un avocat dès le premier interrogatoire de police consacré par la Cour européenne des droits de l'homme » (Cour eur. dr. h., Gde Ch., *Salduz c. Turquie*, 27 novembre 2008), (2010) 83 Rev. trim. dr. h. 663.

l'article 8 de la *Convention européenne* allégué par le requérant, la Cour rejette les arguments du gouvernement turc, estimant que, s'il y avait bel et bien une loi à l'interne, celle-ci n'était pas assez claire et n'explicitait pas en des termes assez précis comment la protection vis-à-vis de l'État allait fonctionner. Sans vérifier si la mesure poursuivait un but légitime, les juges du Palais des droits de l'homme concluent à la violation de l'article 8, renvoyant *in fine* au Conseil des ministres du Conseil afin d'encadrer les modifications de la législation turque impliquée par cette décision.

VII. Bioéthique

L'affaire *Chtoukatourov c. Russie*⁹⁷ donne l'occasion à la première section de la Cour d'éclairer les questions d'internement, d'incapacité juridique et de maladie mentale. Le requérant russe souffre de troubles mentaux qui ont conduit à plusieurs internements et *in fine*, à sa déclaration d'invalidité en 2003. Le 3 août 2004, sa mère introduisit auprès du tribunal du district une demande pour qu'il soit déclaré juridiquement incapable en raison de son état. Après les recommandations d'une équipe d'experts, lors d'une audience du 28 décembre 2004, qui dura dix minutes, la juge déclara le requérant juridiquement incapable, malgré l'absence de ce dernier. Il affirme ne pas avoir reçu copie du jugement et n'en avoir eu connaissance que par hasard en novembre 2005, en trouvant la copie adressée à sa mère. Une fois hospitalisé, une requête est alors introduite par son avocat devant la Cour, mais n'aboutit en définitive qu'à de longues et infructueuses procédures⁹⁸.

Devant la Grande Chambre, il est allégué que les juridictions internes auraient violé les droits du requérant au regard des articles 6 et 8 de la *Convention européenne* en le déclarant juridiquement incapable, sans le consulter et à son insu. De plus son internement en hôpital psychiatrique aurait emporté violation des articles 3 et 5 de la *Convention européenne*. Les griefs du requérant ont un spectre très large, puisqu'ils portent sur la déclaration d'incapacité prononcée à son égard, sur son internement, sur l'impossibilité de faire réviser son statut ou de rencontrer son avocat et sur le traitement médical qu'on lui aurait imposé notamment. Analysant ceux-ci chronologiquement, la Cour met l'accent sur la déclaration d'incapacité, acte générateur des faits consécutifs et examine par la suite la question de l'internement du requérant et les griefs inhérents à celui-ci⁹⁹.

Sur la violation alléguée de l'article 6 de la *Convention européenne* dans le cadre de la procédure de déclaration d'incapacité, la Cour commence par rappeler qu'il n'est pas contesté que le requérant n'avait pas connaissance de la demande de

⁹⁷ *Chtoukatourov c. Russie*, n° 44009/05, (27 mars 2008) [*Chtoukatourov*].

⁹⁸ Le 6 mars 2006, le président de la Chambre décida d'indiquer au gouvernement russe des mesures provisoires souhaitables dans l'intérêt du bon déroulement de la procédure devant elle. Le 6 avril 2006, le tribunal en question examina, à la demande du requérant, l'indication formulée par la Cour et dit que l'avocat devait être autorisé à voir son client. L'hôpital et la mère du requérant contestèrent cette décision. Le 26 avril 2006, le tribunal de Saint-Petersbourg examina leur appel et infirma la décision rendue par la juridiction inférieure le 6 avril 2006. L'avocat interjeta appel de la décision, en vain. Dans les mois qui suivirent, l'avocat du requérant introduisit deux recours en supervision, mais en vain.

⁹⁹ *Chtoukatourov*, *supra* note 97 au para. 60.

déclaration d'incapacité introduite par sa mère. La Cour conclut que le requérant n'a pas eu la moindre possibilité de participer à la procédure tenue devant le tribunal du district. Prolongeant sa jurisprudence relative à l'hospitalisation forcée¹⁰⁰ la Cour rappelle que les aliénés doivent avoir la possibilité d'être entendus soit en personne soit, si nécessaire, en étant représentés d'une manière ou d'une autre. En l'espèce, le requérant était doublement concerné par la procédure : d'une part en tant que partie intéressée, d'autre part en tant qu'objet principal de l'examen du tribunal. Sa participation était donc nécessaire non seulement pour lui permettre de défendre sa cause, mais aussi pour permettre à la juge de se former sa propre opinion sur ses capacités mentales. La Cour conclut donc que la décision de statuer sur l'affaire en se fondant sur les preuves documentaires, sans voir ni entendre le requérant, était déraisonnable et contraire au principe du contradictoire consacré par l'article 6(1).

Le requérant soutient également qu'en lui retirant la capacité juridique, les autorités ont violé l'article 8 de la *Convention européenne*. La Cour estime que la déclaration d'incapacité est en fait disproportionnée au but légitime invoqué par le Gouvernement, à savoir « protéger les intérêts et la santé d'autrui »¹⁰¹. Elle relève, premièrement, la gravité particulière de l'atteinte portée à la vie privée : « son incapacité l'a rendu entièrement dépendant de sa tutrice dans presque tous les domaines ; et en outre, il s'agissait d'une "incapacité totale", prononcée sans limite de durée, et qui ne pouvait être contestée, comme le montrent les faits, que par la tutrice elle-même »¹⁰².

Alors même que la procédure devant le tribunal était défectueuse, la Cour considère que le cadre législatif existant ne laissait d'autre choix à la juge, le code civil russe distinguant la pleine capacité et l'incapacité totale, sans prévoir de situation grise, ou intermédiaires à l'exception des toxicomanes et des alcooliques. Les juges strasbourgeois renvoient à cet égard aux principes formulés par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe dans la Recommandation N° R (99) 4¹⁰³, source d'une norme commune européenne *extra legem* à cet égard. Contrairement aux recommandations de ce texte, la législation russe n'apportait pas de réponse adaptée à la situation particulière d'un individu, limitant plus que nécessaire les droits garantis du requérant par l'article 8¹⁰⁴. Elle conclut donc, après avoir examiné le processus décisionnel et le raisonnement qui sous-tend les décisions internes, que l'atteinte portée à la vie privée du requérant était disproportionnée au but légitime poursuivi.

Enfin, sur la base de l'article 5(1) de la *Convention européenne*, le requérant soutient que son internement en hôpital psychiatrique était irrégulier. Reprenant sa jurisprudence antérieure, la Cour énumère trois conditions minimales à remplir pour

¹⁰⁰ Voir J. Dute, « European Court of Human Rights. ECHR 2008/11 case of Shtukaturov v. Russia, 27 March 2008, no. 44009/05 (first section) » 15 (2008) 3 Eur. J. Health Law. 323-31.

¹⁰¹ *Chtoukatourov*, *supra* note 97 au para. 78.

¹⁰² *Ibid.* au para. 90.

¹⁰³ Conseil de l'Europe, Comité des ministres, *Recommandation N° R (99) 4*, en ligne : COE <<https://wcd.coe.int/wcd/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=536800&SecMode=1&DocId=396704&Usage=2>>.

¹⁰⁴ *Ibid.* au para. 95.

qu'il y ait « détention régulière d'un aliéné » au sens de l'article 5(1)¹⁰⁵. En l'espèce, elle souligne que la privation de liberté était arbitraire parce qu'il n'avait pas été établi de manière probante que le requérant souffrait d'aliénation mentale au moment de son internement, concluant ainsi à l'invalidité de l'hospitalisation. Ayant conclu que l'hospitalisation du requérant n'était pas régulière au sens de l'article 5(1) de la *Convention européenne* ni volontaire, la Cour analyse celle-ci au regard de l'art. 5(4). Relevant que les tribunaux ont évalué la santé mentale de M. Chtoukatourov pour la dernière fois dix mois avant son admission à l'hôpital, elle considère que

[l]a procédure ayant abouti à la déclaration d'incapacité était gravement viciée, et par ailleurs le tribunal n'a jamais examiné la nécessité de placer le requérant en établissement fermé. Cette question n'a pas non plus fait l'objet d'un examen judiciaire au moment de l'internement. Dans ces circonstances, l'impossibilité dans laquelle le requérant s'est trouvé d'obtenir un contrôle juridictionnel de sa détention a emporté violation de l'article 5(4) de la *Convention*.¹⁰⁶

Au regard du « traitement inhumain et dégradant » allégué par le requérant, celui-ci ayant été attaché à son lit pendant plus de quinze heures, la Cour estime ces allégations mal fondées. *In fine*, le requérant soutient que, en l'empêchant de rencontrer son avocat en privé pendant une longue période la Russie a manqué à ses obligations au titre de l'article 34 de la *Convention européenne*¹⁰⁷. La Cour relève qu'en l'espèce « [l]es autorités ne pouvaient ignorer qu'il avait introduit une requête devant la Cour au sujet, notamment, de son internement à l'hôpital. Dans ces conditions, elles ont, en restreignant à ce point les contacts du requérant avec le monde extérieur, porté atteinte à ses droits découlant de l'article 34 de la *Convention* »¹⁰⁸.

Elle souligne également qu'en mars 2006 elle a indiqué au gouvernement une mesure provisoire en vertu de l'article 39 et se trouve être « frappée par le refus des autorités de respecter cette mesure »¹⁰⁹. Elle conclut donc au manquement réitéré de la Fédération de Russie aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 34 de la *Convention européenne*, démontrant encore une fois sa préoccupation à l'égard des traitements et des dispositions relatives à la maladie mentale.

¹⁰⁵ À l'exception des cas d'urgence, l'aliénation de l'intéressé doit être établie de manière probante, c'est-à-dire avoir démontré l'existence d'un trouble mental réel – au moyen d'une expertise médicale objective – devant l'autorité compétente. De plus, celui-ci doit revêtir un caractère ou une ampleur légitimant l'internement, qui ne peut se prolonger valablement sans la persistance du trouble mental initial.

¹⁰⁶ *Chtoukatourov*, *supra* note 97 au para. 125.

¹⁰⁷ *Chtoukatourov*, *supra* note 97 au para. 142. « En l'espèce, il a été interdit au requérant de voir son avocat depuis son hospitalisation, le 4 novembre 2005, jusqu'à sa sortie de l'hôpital, le 16 mai 2006. En outre, les appels téléphoniques et la correspondance lui ont également été interdits pendant pratiquement toute cette période. Ces restrictions l'ont mis dans la quasi-impossibilité de poursuivre la procédure devant la Cour : ainsi, il n'a pu remplir le formulaire de requête qu'après sa sortie de l'hôpital ».

¹⁰⁸ *Ibid.* au para. 140.

¹⁰⁹ *Ibid.* au para. 142.

Dans l'affaire *S. et Marper c. Royaume-Uni*¹¹⁰, c'est la question, de plus en plus lourde et cruciale depuis le 11 septembre 2001, de la conservation des données génétiques dans les fichiers des différents organismes de sécurité qui se pose, donnant l'occasion à la juridiction strasbourgeoise d'adoptant une perspective audacieuse¹¹¹. La Cour, réunie en Grande Chambre, est bien consciente de l'enjeu et des questions de principes posées par cette affaire. « Il a fallu en particulier examiner de façon approfondie la question de la conservation des empreintes digitales, échantillons biologiques et profils ADN au Royaume-Uni – qui fait actuellement débat – et procéder à une étude comparative poussée du droit et de la pratique dans les autres Etats contractants ainsi que des textes et documents pertinents du Conseil de l'Europe »¹¹².

Elle est saisie en août 2004 par deux requérants qui déplorent que les autorités eussent conservé leurs empreintes digitales, échantillons cellulaires et profils génétiques après la conclusion, par un acquittement et un classement sans suite, de poursuites pénales menées contre eux. Après leur processus judiciaire, ils ont demandé que leurs empreintes digitales et les échantillons d'ADN soient détruits. La police, le tribunal administratif, la Cour d'appel, puis la Chambre des Lords leur refusèrent tour à tour sur le fondement de l'article 64 § 1A de la loi de 1984 sur la police et les preuves en matière pénale. Les requérants relèvent alors la double violation de l'article 8 et 14 de la *Convention européenne*.

La Cour rappelle sa jurisprudence constante selon laquelle les termes « prévue par la loi » signifient que la mesure litigieuse doit avoir une base en droit interne et être compatible avec la prééminence du droit, expressément mentionnée dans le préambule de la Convention et inhérente à l'objet et au but de l'article 8. La loi doit ainsi être suffisamment accessible et prévisible, c'est-à-dire énoncée avec assez de précision pour permettre à l'individu – en s'entourant au besoin de conseils éclairés – de régler sa conduite. Pour que l'on puisse la juger conforme à ces exigences, elle doit fournir une protection adéquate contre l'arbitraire et, en conséquence, définir avec une netteté suffisante l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir conféré aux autorités compétentes.¹¹³

La juridiction strasbourgeoise considère par principe que le simple fait de mémoriser des données relatives à la vie privée d'un individu constitue une ingérence au sens de l'article 8, sans égard au fait que les informations mémorisées soient ou non utilisées par la suite. Toutefois, pour déterminer si les informations à caractère personnel conservées par les autorités font entrer en jeu l'un des aspects de la vie privée, la Cour tient compte du contexte particulier dans lequel ces informations ont été recueillies et conservées, de la nature des données consignées, de la manière dont

¹¹⁰ *S. et Marper c. Royaume-Uni*, [GC], n^{os} 30562/04 et 30566/04, (4 décembre 2008) [*S. et Marper*].

¹¹¹ Daniel de Beer, Paul De Hert, Gloria Gonzalez Fuster, Serge Gutwirth « Nouveaux éclairages de la notion de « donnée personnelle » et application audacieuse du critère de proportionnalité » (2010) 81 *Rev. trim. dr. h.* 141.

¹¹² *S. et Marper*, *supra* note 110 au para. 138.

¹¹³ *Ibid.* au para. 95.

elles sont utilisées et traitées et enfin, des résultats qui peuvent en être tirés. En l'espèce, la Cour note que les trois types d'information personnelle conservés remplissent de manière évidente ces critères. Elle souligne notamment que le profil ADN peut mener et mène à une identification ethnique rend leur conservation d'autant plus sensible et susceptible de porter atteinte au droit à la vie privée¹¹⁴. Elles sont donc susceptibles de porter atteinte à la vie privée au sens de l'article 8 de la *Convention européenne*, cette ingérence pouvant toutefois être justifiée si [art. 8(2)] elle est prévue par la loi, si elle poursuit un ou des buts légitimes et *in fine* si elle est « nécessaire, dans une société démocratique », pour atteindre derniers. Dans cette affaire, la Cour observe la présence d'une loi poursuivant un but légitime, soit la détection et la prévention des infractions pénales¹¹⁵. Alors que le prélèvement initial est destiné à relier une personne donnée à l'infraction particulière qu'elle est soupçonnée d'avoir commise, la conservation tend à un objectif plus large, à savoir contribuer à l'identification des futurs délinquants. C'est donc le critère de la nécessité dans une société démocratique, eu égard aux buts poursuivis qui constitue la clé de l'enjeu juridique ici¹¹⁶.

De façon générale, une ingérence est considérée comme « nécessaire dans une société démocratique » si elle répond à un « besoin social impérieux » et, en particulier, si elle est proportionnée au but légitime poursuivi et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent « pertinents et suffisants ». S'il appartient aux autorités nationales de juger les premières si toutes ces conditions se trouvent remplies, c'est à la Cour qu'il revient de trancher en définitive la question de la nécessité de l'ingérence au regard des exigences de la *Convention européenne*. Dans le cas de la protection de données personnelles, la Cour croit qu'il doit y exister en droit interne des lois et des mécanismes véritables propres à cette protection pour empêcher les usages impropres et abusifs. Ainsi, reprenant *mutadis mutandis* sa jurisprudence ancienne¹¹⁷, la Cour considère que

[l']intérêt des personnes concernées et de la collectivité dans son ensemble à voir protéger les données à caractère personnel, et notamment les données relatives aux empreintes digitales et génétiques, peut s'effacer devant l'intérêt légitime que constitue la prévention des infractions pénales (article 9 de la Convention sur la protection des données). Cependant, compte tenu du caractère intrinsèquement privé de ces informations, la Cour se doit de procéder à un examen rigoureux de toute mesure prise par un Etat pour autoriser leur conservation et leur utilisation par les autorités sans le consentement de la personne concernée.¹¹⁸

La Cour admet d'emblée l'élargissement de la base de données personnelles a contribué à la détection et à la prévention des infractions pénales. Cependant, cette

¹¹⁴ Elle note également que les empreintes digitales contiennent objectivement des informations uniques sur l'individu concerné et permettent une identification précise dans un grand nombre de circonstances.

¹¹⁵ *S. et Marper, supra* note 110 au para. 100.

¹¹⁶ *Ibid.* aux para. 100-104.

¹¹⁷ *Z. c. Finlande*, n° 21830/93, (22 avril 1997).

¹¹⁸ *S. et Marper, supra* note 110 au para. 104.

conservation doit se faire de façon proportionnelle et doit refléter un juste équilibre entre les intérêts publics et privés qui se trouvent en concurrence.

Pour la Cour, il est hors de doute que la lutte contre la criminalité, et notamment contre le crime organisé et le terrorisme, qui constitue l'un des défis auxquels les sociétés européennes doivent faire face à l'heure actuelle, dépend dans une large mesure de l'utilisation des techniques scientifiques modernes d'enquête et d'identification. [...]. Il est constant, par ailleurs, que les Etats membres ont depuis lors réalisé des progrès rapides et substantiels en matière d'utilisation des données ADN pour établir l'innocence ou la culpabilité.¹¹⁹

À cet égard, les juges strasbourgeois soulignent que la conservation, dans le système juridique du Royaume-Uni¹²⁰, se fait quelles que soient la nature et la gravité des infractions, quel que soit l'âge de la personne et ne se trouve pas limitée dans le temps¹²¹. Ainsi les deux plaignants subissent un risque de stigmatisation du fait d'être traité de la même manière que les condamnés¹²² et, rappelant sa jurisprudence constante¹²³, que les mesures sont particulièrement préjudiciables dans le cas de mineurs, comme c'est le cas pour un des deux plaignants. « La Cour a déjà insisté, en s'inspirant des dispositions de l'article 40 de la *Convention des Nations Unies sur les*

¹¹⁹ *Ibid.* au para. 105.

¹²⁰ Sur l'analyse de la conservation de ces données en général et dans le cas britannique, voir *ibid.* aux para. 106-118.

¹²¹ *S. et Marper, supra* note 110 au para. 119. « A cet égard, la Cour est frappée par le caractère général et indifférencié du pouvoir de conservation en vigueur en Angleterre et au pays de Galles. En effet, les données en cause peuvent être conservées quelles que soient la nature et la gravité des infractions dont la personne était à l'origine soupçonnée et indépendamment de son âge ; il est possible de prélever – puis de les conserver – des empreintes digitales et des échantillons biologiques chez toute personne, quel que soit son âge, arrêtée en rapport avec une infraction emportant inscription dans les fichiers de la police, étant entendu que des infractions mineures ou non punies d'une peine d'emprisonnement peuvent donner lieu à pareille inscription. Par ailleurs, la conservation n'est pas limitée dans le temps : les éléments sont conservés indéfiniment, indépendamment de la nature ou de la gravité de l'infraction que la personne est soupçonnée d'avoir commise. De plus, il n'existe que peu de possibilités pour un individu acquitté d'obtenir l'effacement des données de la base nationale ou la destruction des échantillons; en particulier, le législateur n'a pas prévu l'exercice d'un contrôle indépendant de la justification de la conservation sur la base de critères précis, tels que la gravité de l'infraction, les arrestations antérieures, la force des soupçons pesant sur la personne ou toute autre circonstance particulière ».

¹²² *S. et Marper, ibid.* au para. 122. « Particulièrement préoccupant en l'occurrence est le risque de stigmatisation, qui découle du fait que les personnes dans la situation des requérants, qui n'ont été reconnus coupables d'aucune infraction et sont en droit de bénéficier de la présomption d'innocence, sont traitées de la même manière que des condamnés. Il convient de ne pas perdre de vue à cet égard que le droit de toute personne à être présumée innocente que garantit la Convention comporte une règle générale en vertu de laquelle on ne peut plus exprimer des soupçons sur l'innocence d'un accusé une fois que celui-ci a été acquitté (*Rushiti c. Autriche*, no 28389/95, § 31, 21 mars 2000). Certes, la conservation de données privées concernant les requérants n'équivaut pas à l'expression de soupçons. Néanmoins, l'impression qu'ont les intéressés de ne pas être considérés comme innocents se trouve renforcée par le fait que les données les concernant sont conservées indéfiniment tout comme celles relatives à des personnes condamnées, alors que celles concernant des individus n'ayant jamais été soupçonnés d'une infraction doivent être détruites ».

¹²³ *T. c. Royaume-Uni* [GC], no 24724/94, (16 décembre 1999) aux para. 75 et 85.

droits de l'enfant de 1989, sur la place particulière qu'occupent les jeunes gens dans le domaine de la justice pénale, et elle a notamment souligné la nécessité de protéger leur vie privée dans le contexte des procédures pénales »¹²⁴.

Le gouvernement argue que le pouvoir de conservation s'applique à l'ensemble des empreintes digitales et échantillons biologiques prélevés sur une personne dans le cadre d'une enquête sur une infraction et ne dépend pas de l'innocence ou de la culpabilité. De surcroît, les empreintes digitales et échantillons prélevés sur les requérants l'auraient été légalement et leur conservation ne serait pas liée au fait que les intéressés ont à l'origine été soupçonnés d'une infraction mais découlerait du seul souci d'augmenter la taille et donc l'usage de la base de données en vue de l'identification de criminels à l'avenir¹²⁵. La Cour juge toutefois que cet argument se concilie difficilement avec l'obligation, prévue à l'article 64(3) de la loi de 1984, de détruire, à leur demande, les empreintes digitales et échantillons des personnes s'étant soumises volontairement à des prélèvements, ces éléments ayant tout autant de valeur pour l'augmentation de la taille et de l'utilité de la base de données. Il faudrait que le gouvernement avance de puissantes raisons pour que la Cour puisse estimer justifiée une telle différence de traitement entre les données personnelles des requérants et celles d'autres personnes non condamnées.

En conclusion, la Cour estime que le caractère général et indifférencié du pouvoir de conservation des empreintes digitales, échantillons biologiques et profils ADN des personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions mais non condamnées, tel qu'il a été appliqué aux requérants en l'espèce, ne traduit pas un juste équilibre entre les intérêts publics et privés concurrents en jeu, et que l'Etat défendeur a outrepassé toute marge d'appréciation acceptable en la matière. Dès lors, la conservation litigieuse s'analyse en une atteinte disproportionnée au droit des requérants au respect de leur vie privée et ne peut passer pour nécessaire dans une société démocratique.¹²⁶

À la lumière de ce raisonnement, elle considère qu'il n'y a pas lieu d'examiner séparément le grief tiré par les requérants de l'article 14 de la *Convention européenne* et renvoi les modifications législatives à la charge du gouvernement britannique¹²⁷.

¹²⁴ *S. et Marper, supra* note 110 au para. 104.

¹²⁵ *Ibid.* au para. 94.

¹²⁶ *Ibid.* au para. 125.

¹²⁷ *Ibid.* au para. 134. « La Cour rappelle qu'elle a conclu que la conservation des empreintes digitales et des données ADN des requérants a emporté violation de leurs droits garantis par l'article 8. Conformément à l'article 46 de la Convention, il appartiendra à l'État défendeur de mettre en œuvre, sous le contrôle du Comité des Ministres, les mesures générales et/ou individuelles appropriées pour satisfaire à l'obligation qui lui incombe d'assurer aux requérants et autres personnes dans la même situation le droit au respect de leur vie privée (*Scozzari et Giunta c. Italie* [GC], nos 39221/98 et 41963/98, § 249, CEDH 2000-VIII, et *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], no 28957/95, § 120, CEDH 2002-VI) ».

VIII. Immigration et droit d'asile

L'année 2007 portait à la lumière la légalité de la procédure de demande d'asile à la frontière notamment à travers l'arrêt *Gebremedhin [Gaberamadhien] c. France*¹²⁸. Plusieurs questions ont été abordées par la Cour en 2008 sur les questions d'immigration, enjeu de plus en plus important dans la société européenne, en prolongeant pour partie le positionnement de la Cour adopté dans *Gebremedhin*.

Dans l'affaire *Saadi c. Royaume-Uni*¹²⁹, un ressortissant irakien, M. Saadi, a saisi la Cour, aux motifs qu'il avait été détenu, pour une période totalisant sept jours, en violation des articles 5(1), 2 et 14 de la *Convention européenne*. Le requérant est arrivé à l'aéroport d'Heathrow le 30 décembre 2000, demandant immédiatement l'asile. Il lui fut accordé, pendant trois jours, une admission provisoire par l'agent de l'immigration, étant donné qu'il n'y avait plus de place au centre de rétention d'Oakington. Il y fut, par la suite, placé en détention¹³⁰ où il se vit remettre un formulaire type intitulé « Motifs de la détention et droits relatifs à la mise en liberté provisoire », document précisant qu'il n'était recouru à la détention que faute d'autre solution raisonnable. Après soixante-seize heures de détention, il fut informé, par le biais d'un juriste, qu'il était détenu parce qu'il était « un ressortissant irakien répondant aux critères d'internement au centre d'Oakington »¹³¹. Ce dernier porta une demande de libération au ministère de l'Intérieur, faisant valoir l'illégalité de la détention. Le requérant sollicita le contrôle juridictionnel de la décision de mise en détention. Le 8 janvier 2001, celui-ci fut débouté de sa demande d'asile, puis, le 9 janvier, il fut remis en liberté, se voyant accorder une nouvelle admission provisoire en attendant l'issue de son recours qui fut rejeté au terme d'une longue procédure¹³².

Tout d'abord, M. Saadi allègue avoir été détenu au centre d'Oakington en violation du premier paragraphe de l'article 5 de la *Convention européenne*¹³³. L'article 5(1) contient une liste exhaustive de motifs autorisant la privation de liberté, une telle mesure s'avérant irrégulière si elle ne relève pas de l'un de ces motifs¹³⁴. Le requérant soutient qu'il serait injustifié de placer un individu en détention pour de simples raisons de commodité administrative¹³⁵. Dans cette affaire, la Cour doit interpréter pour la première fois le sens des termes de la première partie de l'article

¹²⁸ *Gebremedhin [Gaberamadhien] c. France*, N° 25389/05, (26 avril 2007) [*Gebremedhin*].

¹²⁹ *Saadi c. Royaume-Uni* [GC], n° 13229/03 (29 janvier 2008) [*Saadi*].

¹³⁰ Voir les dispositions de droit interne, notamment : *Loi de 1971 sur l'immigration*, annexe 2, art. 2, 8-11 et 21.

¹³¹ *Saadi*, *supra* note 129 au para. 14.

¹³² *Ibid.* au para. 16.

¹³³ *Convention européenne*, *supra* note 4, art. 5(1)f). Selon cette disposition, « toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales : [...] f) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours ».

¹³⁴ Voir *Witold Litwa c. Pologne*, n° 26629/95 (4 avril 2000) au para. 49.

¹³⁵ *Saadi*, *supra* note 129 au para. 51. M. Saadi faisant valoir que l'objectif défini dans la première partie de l'article 5(1)f) est « d'empêcher l'immigration illégale, c'est-à-dire l'entrée et le séjour dans un pays par le contournement des modalités de contrôle de l'immigration. Il doit y avoir un lien de causalité direct et précis entre la détention et le risque d'une entrée irrégulière ».

5(1)f), soit « la détention [régulière] d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire »¹³⁶. Reprenant son ancienne jurisprudence¹³⁷ relative à l'interprétation de la *Convention européenne*, la Cour doit

établir le sens ordinaire à attribuer aux termes dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de la disposition dont ils sont tirés [...]. Elle doit tenir compte du fait que le contexte de la disposition réside dans un traité pour la protection effective des droits individuels de l'homme, et que la Convention doit se lire comme un tout et s'interpréter de manière à promouvoir sa cohérence interne et l'harmonie entre ses diverses dispositions [...]. La Cour doit également prendre en considération toute règle et tout principe de droit international applicables aux relations entre les Parties contractantes.¹³⁸

Dans cet exercice, la Cour peut aussi faire appel à des moyens complémentaires d'interprétation, tels les travaux préparatoires comme l'y invite la *Convention de Vienne* elle-même¹³⁹. Après examen de l'article 5 de la *Convention européenne*, la Cour affirme que la disposition « consacre un droit fondamental de l'homme, à savoir la protection de l'individu contre les atteintes arbitraires de l'État à la liberté »¹⁴⁰. Comme la Cour l'a déjà observé, les États jouissent du « droit indéniab le de contrôler souverainement l'entrée et le séjour des étrangers sur leur territoire »¹⁴¹. Cette « faculté pour les États de placer en détention des candidats à l'immigration ayant sollicité – par le biais d'une demande d'asile ou non – l'autorisation d'entrer dans le pays est [donc] un corollaire indispensable de ce droit »¹⁴² et peut se concilier avec l'article 5(1)f). Toutefois, selon les dissidents, « cette affirmation se concilie mal avec le principe [par lequel] les demandeurs d'asile qui ont présenté une demande de protection internationale se trouvent *ipso facto* légalement sur le territoire d'un État »¹⁴³

Pourtant, la majorité vient affirmer que, tant qu'un État n'a pas autorisé l'entrée sur son territoire, celle-ci reste irrégulière. Ainsi, de ce simple fait « la détention d'un individu souhaitant entrer dans le pays mais ayant pour cela besoin

¹³⁶ Saadi, *ibid.* au para. 61.

¹³⁷ Voir *Golder c. Royaume-Uni*, Plénière, n° 4451/70 (21 février 1975), au para. 29; *Johnston et autres c. Irlande*, Plénière, n° 9697/82 (18 décembre 1986), au para. 51; *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980), § 1 et 3 c [*Convention de Vienne*] ; *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97 (21 novembre 2001), au para. 55; *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi (Bosphorus Airways) c. Irlande* [GC], n° 45036/98 (30 juin 2005), au para. 150; *Stec et autres c. Royaume-Uni* (déc.) [GC], n° 65731/01 et 65900/01 (12 avril 2006), au para. 48.

¹³⁸ Saadi, *supra* note 129 au para. 62.

¹³⁹ *Convention de Vienne*, *supra* note 137, art. 32.

¹⁴⁰ Saadi, *supra* note 129 au para. 63.

¹⁴¹ Voir *Amuur c. France*, n° 19776/92, (25 juin 1996), au para. 41 [*Amuur*].

¹⁴² Saadi, *supra* note 129 au para. 64.

¹⁴³ Voir le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171, (entrée en vigueur : 23 mars 1976). Sur l'implication de ce Pacte, voir John Humphrey « Les pactes internationaux des droits de l'homme » 2 (1993-1994) 8 R.Q.D.I. 337-339; Saadi, *supra* note 129 (opinion partiellement dissidente).

d'une autorisation dont il ne dispose pas encore peut viser [...] à empêcher l'intéressé de pénétrer irrégulièrement »¹⁴⁴.

Une telle détention doit, néanmoins, s'accorder avec la finalité générale de l'article 5 de la *Convention européenne*, à savoir « protéger le droit à la liberté et [...] assurer que nul ne soit dépouillé de sa liberté de manière arbitraire »¹⁴⁵. Comme la jurisprudence de la Cour l'établit, en plus de relever de l'une des exceptions énumérées à l'article 5(1), la détention se doit d'être « régulière ». Pour ce faire, la détention doit se faire en respect du droit national, bien que cela ne soit pas en soi suffisant :

l'article 5(1) exige de surcroît la conformité de toute privation de liberté au but consistant à protéger l'individu contre l'arbitraire [...]. Il est un principe fondamental selon lequel nulle détention arbitraire ne peut être compatible avec l'article 5(1), et la notion d'arbitraire que contient [la disposition] va au-delà du défaut de conformité avec le droit national, de sorte qu'une privation de liberté peut être régulière selon la législation interne tout en étant arbitraire¹⁴⁶ et donc contraire à la Convention.¹⁴⁷

Selon les principes généraux consacrés par la jurisprudence de la Cour, une détention est arbitraire si celle-ci, malgré sa conformité avec la législation nationale, contient un élément de mauvaise foi ou de tromperie de la part des autorités¹⁴⁸. Il est également essentiel que l'ordre de placement en détention et l'exécution de cette décision cadrent avec le but des restrictions autorisées par l'exception pertinente énoncée à l'article 5(1)¹⁴⁹. Il faut, de surcroît, qu'il existe « un certain lien entre, d'une part, le motif invoqué pour justifier la privation de liberté autorisée et, de l'autre, le lieu et le régime de détention »¹⁵⁰. Selon la Grande Chambre, dans le cadre d'une détention fondée sur la seconde partie de l'article 5(1)f), tant qu'un individu est détenu dans le cadre d'une procédure d'expulsion, rien n'exige des motifs raisonnables de croire à la nécessité de la détention¹⁵¹. Le principe de proportionnalité – principe selon lequel lorsqu'une détention « vise à garantir l'exécution d'une obligation prévue par la loi, un équilibre [doit être] ménagé entre la nécessité dans une société démocratique de garantir l'exécution immédiate de l'obligation dont il s'agit, et l'importance du droit à la liberté »¹⁵², la durée de la détention étant un élément de recherche de cet équilibre¹⁵³ – ne s'applique à une détention fondée sur l'article 5(1)f) de la *Convention européenne* si celle-ci ne se prolonge pas pendant un

¹⁴⁴ *Saadi, ibid.* au para. 65.

¹⁴⁵ *Ibid.* au para. 66.

¹⁴⁶ Cette notion d'arbitraire varie en fonction du type de détention; voir *Saadi c. Royaume-Uni* [GC], n° 13229/03 (29 janvier 2008), aux para. 68-72.

¹⁴⁷ *Saadi, supra* note 129 au para. 67.

¹⁴⁸ Voir *Conka c. Belgique*, n° 51564/99 (5 février 2002).

¹⁴⁹ *O'Hara c. Royaume-Uni*, n° 37555/97 (16 octobre 2001), au para. 34.

¹⁵⁰ *Saadi, supra* note 129 au para. 69.

¹⁵¹ À titre d'exemple, voir *Chahal c. Royaume-Uni*, arrêt du 15 novembre 1996, *Recueil* 1996-V, au para. 112 [*Chahal*].

¹⁵² Voir *Vasileva c. Danemark*, n° 52792/99 (25 septembre 2003) au para. 37.

¹⁵³ *Ibid.*

laps de temps déraisonnable « seul le déroulement de la procédure d'expulsion [justifie] la privation de liberté fondée sur cette disposition [et que si] la procédure n'[est] pas menée avec la diligence requise, la détention [cesse] d'être justifiée¹⁵⁴ »¹⁵⁵.

Le principe, comme le soulève la Cour, doit s'appliquer de la même façon à une détention visée par la première partie de l'article 5(1)f). Ainsi, afin de ne pas être « taxée d'arbitraire, la mise en œuvre de [la] mesure de détention doit [...] se faire de bonne foi; [...] être étroitement liée au but consistant à empêcher une personne de pénétrer irrégulièrement sur le territoire; [...] le lieu et les conditions de détention doivent être appropriés¹⁵⁶ [...]; [et] la durée de la détention ne doit pas excéder le délai raisonnable nécessaire pour atteindre le but poursuivi »¹⁵⁷.

En l'espèce, la Cour affirme qu'il n'y a pas eu violation de l'article 5(1)f). En effet, « en plaçant le requérant en détention les autorités nationales ont agi de bonne foi » et la procédure de placement au centre d'Oakington – un centre spécialement conçu pour la détention des demandeurs d'asiles et offrant divers services, dont la consultation juridique – devait profiter aux demandeurs d'asiles « l'obtention d'une décision rapide est dans l'intérêt non seulement des demandeurs eux-mêmes, mais aussi des personnes en nombre croissant qui attendent leur tour »¹⁵⁸.

De plus, la détention du M. Saadi était étroitement liée au but poursuivi, soit l'empêcher de pénétrer irrégulièrement sur le territoire, « dès lors que la privation de liberté en cause visait à permettre aux autorités de statuer rapidement et efficacement sur la demande d'asile du requérant »¹⁵⁹. Quant à la durée de détention, la Cour a rappelé que le requérant a été retenu au centre pendant sept jours, celui-ci ayant été remis en liberté le lendemain du rejet de sa demande d'asile, en première instance; « cette période de détention ne saurait passer pour avoir excédé le délai raisonnable nécessaire aux fins de l'objectif poursuivi »¹⁶⁰. Il peut toutefois être reproché aux majoritaires, dans leur analyse de la notion d'arbitraire, de ne pas avoir abordé la question des alternatives à la détention. En effet, la majorité n'évoque pas la

¹⁵⁴ Voir *Gebremedhin*, *supra* note 128 au para. 74.

¹⁵⁵ *Chahal*, *supra* note 151, tel que cité dans *Saadi*, *supra* note 129 au para. 72.

¹⁵⁶ Il faut se rappeler qu'une « telle mesure s'applique non pas à des auteurs d'infractions pénales mais des étrangers qui, craignant souvent pour leur vie, fuient leur propre pays »; voir *Amuur*, *supra* note 141 au para. 43, tel que cité dans *Saadi*, *supra* note 129 au para. 74.

¹⁵⁷ *Saadi*, *supra* note 129 au para. 74.

¹⁵⁸ Tel que cité dans *Saadi*, *ibid.* au para. 77. Toutefois, selon les juges dissidents, « soutenir [...] que la détention est dans l'intérêt non seulement des demandeurs eux-mêmes mais aussi des personnes en nombre croissant qui attendent leur tour est [...] inacceptable : en aucun cas, la fin ne peut justifier les moyens et aucune personne, aucun être humain ne peut être utilisé comme moyen en vue d'une fin »; voir *Saadi*, *ibid.* (opinion partiellement dissidente).

¹⁵⁹ *Saadi*, *ibid.* au para. 77. Les dissidents reprochent, sur cette question, aux majoritaires d'assimiler tout demandeur d'asile à un immigrant illégal potentiel, affirmant qu'il n'est « pas admissible de placer les réfugiés en détention au seul motif qu'ils demandent que l'asile leur soit reconnu ». Conformément à l'article 18(1) de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* qui dispose que « les États membres ne peuvent placer une personne en rétention au seul motif qu'elle demande l'asile », ces derniers n'ayant pas pénétré ni même tenté de pénétrer irrégulièrement dans le pays. De plus, ceux-ci dénoncent que le fait que la détention ne poursuive qu'un seul objectif administratif fait du demandeur d'asile un objet et non plus un sujet de droit; voir *Saadi*, *ibid.* (opinion partiellement dissidente).

¹⁶⁰ *Saadi*, *ibid.* au para. 79.

question des alternatives, sauf d'une affirmation¹⁶¹ selon laquelle « une alternative à la détention, permettant de régler le problème là où il se situe, c'est-à-dire au niveau de la gestion des demandes d'asile, pouvait exister »¹⁶². Ainsi, dans leur opinion dissidente, des juges considèrent que les demandeurs d'asile se trouvent *de facto* légalement sur le territoire d'un Etat. Au regard des positions diamétralement opposées entre la majorité et la dissidence dans cet arrêt, la doctrine semble considérer que, à l'instar de toute privation de liberté, la détention de l'étranger demandeur d'asile devrait faire « l'objet d'un examen *in concreto* de proportionnalité élargie », et donc de sa « réelle nécessité au regard du but poursuivi »¹⁶³.

Le requérant soutient également que « le véritable motif de sa détention ne lui a été indiqué que soixante-seize heures environ après son arrestation, soit lorsque cette information a été fournie oralement à son représentant légal, en réponse à une demande de celui-ci »¹⁶⁴. La Grande Chambre, reprenant l'analyse de la chambre, conclut à l'unanimité en la violation de l'article 5(2)¹⁶⁵ « au motif que les raisons de la détention n'avaient pas été données "dans le plus court délai". Elle a jugé que des déclarations générales – en l'occurrence des annonces émanant du Parlement – ne pouvaient répondre à l'obligation, visée à l'article 5(2), d'informer l'intéressé des motifs de son arrestation ou de sa détention »¹⁶⁶.

L'arrêt *Maslov c. Autriche*¹⁶⁷ permet à la Grande Chambre de confirmer la voie ouverte dans l'arrêt *Über c. Pays-Bas*, en appliquant les critères de celui-ci au cas d'un délinquant juvénile visé par une mesure d'expulsion. La Grande Chambre souligne que, lorsque les infractions commises par un mineur sont à l'origine d'une interdiction de séjour, il y a lieu de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant et que cette obligation exige aussi de faciliter la réintégration de l'enfant dans la société. Or ce but ne peut pas être atteint si les liens familiaux et sociaux sont rompus par l'expulsion, qui doit demeurer une mesure de dernier recours dans le cas d'un délinquant juvénile. M. Youri Maslov, un ressortissant bulgare vivant en Autriche, a saisi la Cour le 20 décembre 2002 en requérant en particulier que l'interdiction de séjour prononcée contre lui et son expulsion vers la Bulgarie emportaient violation de son droit au respect de sa vie privée et familiale. La première section de la Cour a conclu que l'article 8 de la *Convention européenne* avait été violé et que l'État défendeur devait verser au requérant la somme de 5 759,96 euros pour frais et dépens. L'Autriche a porté l'affaire en appel devant la Grande Chambre en 2007.

¹⁶¹ *Saadi, ibid.* au para. 80. « [L]a mise en place d'un système devant permettre aux autorités de statuer plus efficacement sur un nombre élevé de demandeurs d'asile a rendu inutile un recours plus large et plus étendu aux pouvoirs de mise en détention ».

¹⁶² *Saadi, ibid.* (opinion partiellement dissidente).

¹⁶³ Jean-Yves Carlier « L'accès au territoire et la détention de l'étranger demandeur d'asile. Saadi c. Royaume-Uni » (2009) 79 *Rev. trim. dr. h.* 795.

¹⁶⁴ *Saadi, ibid.* au para. 81.

¹⁶⁵ *Convention européenne, supra* note 4, art. 5(2). Selon la disposition en question « toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle ».

¹⁶⁶ *Saadi, supra* note 129 au para. 84.

¹⁶⁷ *Maslov c. Autriche*, [GC], no 1638/03, (23 juin 2008) au para. 10 [*Maslov*].

Le requérant, d'origine bulgare¹⁶⁸ mais résidant légalement en Autriche, fut condamné en 1999 alors qu'il était mineur. En l'an 2000, il récidive et est jugé coupable le 25 mai de la même année, ce qui conduit à une interdiction de séjour de 10 ans¹⁶⁹. Il soutient alors que l'interdiction emportait violation de ses droits garantis par l'article 8 de la *Convention européenne*, étant donné qu'il était mineur, qu'il était arrivé en Autriche à l'âge de six ans, que toute sa famille vivait dans ce pays et qu'il n'avait aucun parent en Bulgarie¹⁷⁰. Il se plaint alors de l'interdiction de séjour prononcée contre lui et de son expulsion ultérieure vers la Bulgarie sur la base de l'article 8 de la *Convention européenne*¹⁷¹.

Considérant qu'il s'agit bel et bien d'une ingérence, la Cour rappelle que tous les immigrés établis - indépendamment de la durée de leur résidence dans le pays dont ils sont censés être expulsés - n'ont pas nécessairement une « vie familiale » au sens de l'article 8. Toutefois, dès lors que l'article 8 protège également le droit de nouer et entretenir des liens avec ses semblables et avec le monde extérieur et qu'il englobe parfois des aspects de l'identité sociale d'un individu, l'ensemble des liens sociaux entre les immigrés établis et la communauté dans laquelle ils vivent font partie intégrante de la notion de « vie privée » au sens de l'article 8. C'est en fonction des circonstances de l'affaire portée devant elle que la Cour décidera s'il convient de mettre l'accent sur l'aspect « vie familiale » plutôt que sur l'aspect « vie privée »¹⁷². L'État ne peut se dégager des critères posés par l'article 8, sauf si la norme peut se justifier sous l'angle du paragraphe 2 de cette disposition, c'est-à-dire si elle est « prévue par la loi », si elle poursuit un ou des buts légitimes et se trouve être « nécessaire, dans une société démocratique » afin d'atteindre ces derniers. En l'espèce, la mesure était prévue par une loi en droit interne et avait un but légitime, à savoir la « défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales ». La question posée à la Cour, fort proche des logiques canadiennes au regard de la *Charte*

¹⁶⁸ *Ibid.* au para. 10. En novembre 1990, à l'âge de six ans, il entra légalement en Autriche avec ses parents, son frère et sa sœur, après quoi il résida en toute régularité dans ce pays. Ses parents, qui exerçaient légalement un emploi, obtinrent la nationalité autrichienne dans l'intervalle. L'intéressé fut scolarisé en Autriche.

¹⁶⁹ Le 3 janvier 2001, la direction fédérale de la police de Vienne, s'appuyant sur l'article 36(1) et 2(1) de la loi de 1997 sur les étrangers, prononça une interdiction de séjour de dix ans contre le requérant. Eu égard aux condamnations de celui-ci, elle estima qu'il serait contraire à l'intérêt public qu'il demeurât en Autriche.

¹⁷⁰ En 2001, la direction de la sûreté publique de Vienne rejeta l'appel et confirma la décision de la direction fédérale de la police. La Cour constitutionnelle autrichienne refusa d'entendre l'affaire, l'estimant vouée à l'échec. Le 22 décembre 2003, le requérant fut expulsé vers Sofia.

¹⁷¹ *Convention européenne*, *supra* note 4, art. 8. « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale [...] 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et 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 ».

¹⁷² *Üner c. Pays-Bas*, n° 46410/99, (18 octobre 2006) au para. 59 [Über]. Voir sur cette affaire Mirentxu Aguerre et David Gilles, « Panorama de la jurisprudence de la CEDH 2006 », (2006) 19.2 R.Q.D.I. 286.

canadienne, consiste *in fine* à savoir si l'ingérence est « nécessaire dans une société démocratique »¹⁷³.

Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, la personne qui doit être expulsée est un jeune adulte qui n'a pas encore fondé sa propre famille, les critères pertinents sont ceux énoncés dans l'affaire *Üner c. Pays-Bas*¹⁷⁴. La Cour considère classiquement qu'il faut prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant puisqu'il s'agit d'un mineur, en conformité avec les conventions internationales, et que la jurisprudence de la Cour sur les principes directeurs de l'arrêt *Boultif c. Suisse*¹⁷⁵ « démontre amplement qu'il y a des circonstances dans lesquelles l'expulsion d'un étranger emporte violation »¹⁷⁶ de l'article 8.

Les juges analysent dès lors la conduite du requérant depuis le moment où il a commis sa dernière infraction jusqu'à son expulsion effective. Sur cette longue période, l'intéressé a passé deux ans et trois mois et demi en prison. Après sa libération, il est resté encore un an et demi en Autriche sans commettre de nouvelles infractions. En l'absence d'information sur son comportement en prison, la Cour estime, à la différence de la chambre, que les critères du laps de temps écoulé et de la conduite du requérant doivent être minorés au regard des autres critères, en particulier le caractère non violent des infractions commises par le mineur¹⁷⁷.

Au regard de son jeune âge, du caractère crucial de l'adolescence dans le développement d'un individu, et des liens sociaux tissés dans l'État d'accueil¹⁷⁸, dix ans d'interdiction de séjour représentent, selon la Cour, même pour une période de temps limitée, une sanction disproportionnée au regard du but légitime poursuivi, à savoir « la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales »¹⁷⁹. Dès lors, cette mesure ne s'avère pas nécessaire dans une société démocratique. Elle estime alors que l'expulsion d'un immigré de longue durée en raison d'infractions essentiellement non violentes, commises alors qu'il était mineur, ne peut trouver de base au regard de la *Convention européenne*. *A contrario*, la Cour souligne qu'il n'en

¹⁷³ *Maslov, supra* note 168 au para. 68.

¹⁷⁴ *Über, supra* note 172 au para. 57. À savoir, « la nature et la gravité de l'infraction commise par le requérant ; la durée du séjour de l'intéressé dans le pays dont il doit être expulsé ; le laps de temps qui s'est écoulé depuis l'infraction, et la conduite du requérant pendant cette période ; la nationalité des diverses personnes concernées ; la situation familiale du requérant, et notamment, le cas échéant, la durée de son mariage, et d'autres facteurs témoignant de l'effectivité d'une vie familiale au sein d'un couple ; la question de savoir si le conjoint avait connaissance de l'infraction à l'époque de la création de la relation familiale ; la question de savoir si des enfants sont issus du mariage et, dans ce cas, leur âge ; et la gravité des difficultés que le conjoint risque de rencontrer dans le pays vers lequel le requérant doit être expulsé ».

¹⁷⁵ *Boultif c. Suisse*, N° 54273/00, CEDH 2001-IX au para. 48.

¹⁷⁶ *Über, supra* note 172 au para. 57.

¹⁷⁷ *Maslov, supra* note 168 aux para. 83-85.

¹⁷⁸ *Maslov, ibid.* au para. 96. En l'espèce, le requérant avait passé son enfance et ses années de formation en Autriche, parlait la langue allemande, ses proches vivants tous dans ce pays. Possédant ses principaux liens sociaux, culturels et familiaux en Autriche, M. Maslov n'avait jamais été scolarisé en Bulgarie et ne parlait pas la langue, sa famille appartenant à la minorité turque du pays.

¹⁷⁹ *Maslov, ibid.* au para. 100.

serait pas de même si des infractions à caractère violent étaient commises, même si elles étaient le fait de mineur¹⁸⁰.

L'affaire *N. c. Royaume-Uni*¹⁸¹, pose la difficile question de l'expulsion de ressortissants souffrants de maladie grave vers leur pays d'origine, dans un État qui ne peut assurer des soins de qualité équivalent à ceux reçus dans les pays membres de la *Convention européenne*. En 2005, M^{me} N., la requérante, une ressortissante ougandaise séropositive, a saisi la CEDH dans une requête dirigée contre le Royaume-Uni, au motif qu'étant expulsée vers l'Ouganda, elle n'aurait pas accès au traitement médical dont elle a besoin, contrevenant ainsi aux articles 3 et 8 de la *Convention européenne*¹⁸².

La requérante arriva au Royaume-Uni le 28 mars 1998 sous un nom d'emprunt. Gravement malade, elle dû être hospitalisée; on lui diagnostiqua alors une infection à VIH, ainsi que d'autres maladies liées au sida. Des *solicitors* présentèrent en son nom une demande d'asile, soutenant que l'intéressée avait été maltraitée et violée en Ouganda et que celle-ci craignait pour sa vie et sa sécurité au cas où elle serait expulsée. De plus, selon un médecin, si celle-ci devait cesser de bénéficier du traitement, son espérance de vie serait inférieure à un an; en Ouganda, bien que le traitement requis par l'état de santé de la requérante était disponible, son prix était extrêmement élevé et il n'existait en Ouganda aucun financement public. La demande d'asile de la requérante fut toutefois refusée en mars 2001. Celle-ci porta un recours devant un *adjudicator* qui accueillit la demande et statua qu'une autorisation exceptionnelle de rester sur le territoire du Royaume-Uni ou d'y entrer devait être accordée. Le Ministre forma un recours devant la commission de recours en matière d'immigration, qui accueillit le recours. La requérante saisit la Cour d'appel qui la débouta. Elle saisit, par la suite, la Chambre des Lords qui rejeta à l'unanimité le recours. Un recours a ainsi été amorcé devant la Cour européenne des droits de l'homme, la requérante soutenant que, « vu sa maladie et dès lors qu'elle ne peut obtenir gratuitement en Ouganda tout ce dont elle a besoin pour se soigner [...], son expulsion vers ce pays l'exposerait, au mépris de l'article 3 de la *Convention*, à des souffrances physiques et morales extrêmes ainsi qu'à une mort prématurée »¹⁸³. La requête fut déclarée recevable par la Cour, le gouvernement n'ayant soulevé aucun motif d'irrecevabilité.

Selon l'article 3 de la *Convention européenne* : « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants »¹⁸⁴. Ainsi, afin de tomber dans le champ de cette disposition, il est nécessaire qu'un mauvais traitement atteigne un minimum de gravité, l'appréciation de ce minimum dépendant des faits de chaque cause¹⁸⁵. Il est également possible que la souffrance due à une maladie

¹⁸⁰ Gauthier de Beco, « L'expulsion des étrangers mineurs délinquants : une lueur de clarté dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Maslov c. Autriche » (2009) 80 Rev. trim. dr. h. 1091.

¹⁸¹ *N. c. Royaume-Uni* [GC], n° 26565/05 (27 mai 2008) [*N. c. Royaume-Uni*].

¹⁸² *Convention européenne*, supra note 4.

¹⁸³ *N. c. Royaume-Uni*, supra note 181 au para. 20.

¹⁸⁴ *Convention européenne*, supra note 4, art. 3.

¹⁸⁵ *Jalloh c. Allemagne* [GC], n° 54810/00 (11 juillet 2006), au para. 67.

survenant naturellement puisse relever de l'article 3¹⁸⁶ : elle doit se trouver ou risquer de se trouver exacerbée par « un traitement [...] dont les autorités peuvent être tenues pour responsables »¹⁸⁷, telle que l'expulsion. Selon les juges dissidents, ce principe trouve aussi application « lorsque le préjudice résulte d'une maladie survenant naturellement et de l'absence de ressources adéquates pour y faire face dans le pays de destination si le niveau minimum de gravité, dans les circonstances de la cause, est atteint »¹⁸⁸. Se fondant sur un rapport de la Commission européenne des droits de l'homme¹⁸⁹ invoquée dans l'affaire *B.B. c. France*¹⁹⁰, les juges dissidents soutiennent que l'exposition à un risque réel et avéré pour la santé, s'il atteint un certain degré de gravité du fait d'autres éléments existant dans le pays d'accueil (manque de soin et de services médicaux, facteurs sociaux ou liés à l'environnement), peut engager la responsabilité de l'État qui procède à l'expulsion. Bien qu'il ait été reconnu aux États contractants de la *Convention européenne* le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux, dans certains cas, l'article 3 de la *Convention européenne* peut en restreindre la portée. En effet, la disposition en question implique l'obligation de ne pas expulser une personne vers un pays où celle-ci y courra un risque réel d'être soumise à un mauvais traitement¹⁹¹ : la principale application de l'article 3 est de

prévenir le refoulement ou l'expulsion lorsque le risque que la personne soit soumise à des mauvais traitements dans le pays de destination découle d'actes intentionnels des autorités publiques de ce pays ou de ceux d'organismes indépendants de l'État contre lesquels les autorités ne sont pas en mesure de lui offrir une protection appropriée.¹⁹²

La Cour a, par le passé¹⁹³, conservé une

souplesse suffisante pour traiter de l'application de cet article dans les [situations où] le risque que le requérant subisse des traitements interdits dans le pays de destination provient de facteurs qui ne peuvent engager, ni directement ni indirectement, la responsabilité des autorités publiques de ce pays ou qui, pris isolément, n'enfreignent pas par eux-mêmes les normes de cet article.¹⁹⁴

¹⁸⁶ *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02 (29 avril 2002), au para. 54; *Kudla c. Pologne* [GC], n° 30210/96 (26 octobre 2000), au para. 94; *Keenan c. Royaume-Uni*, n° 27229/95 (3 avril 2001), au para. 116; *Price c. Royaume-Uni*, n° 33394/96 (10 juillet 2001), au para. 30.

¹⁸⁷ *N. c. Royaume-Uni*, *supra* note 181 au para. 29.

¹⁸⁸ *Ibid.*, dissidence, au para. 5.

¹⁸⁹ *Rapport au titre de l'article 31*, 9 mars 1998, au para. 54 cité par la dissidence *N. c. Royaume-Uni*, *ibid.*, au para. 16.

¹⁹⁰ Voir *B.B. c. France*, n° 30930/96 (7 septembre 1998).

¹⁹¹ *Saadi*, *supra* note 129 aux para. 124-125.

¹⁹² *N. c. Royaume-Uni*, *supra* note 181 au para. 31.

¹⁹³ *H.L.R. c. France* [GC], n° 24573/94 (29 avril 1997) au para. 32 [*H.L.R. c. France*]. Voir également *Ahmed c. Autriche*, n° 25964/94 (17 décembre 1996) au para. 44.

¹⁹⁴ *N. c. Royaume-Uni*, *supra* note 181 au para. 32; voir *D c. Royaume-Uni*, (2 mai 1997), *Recueil des arrêts et décisions* 1997-III, au para. 49 [*D. c. Royaume-Uni*].

En effet, comme l'a déjà fait remarquer la juridiction strasbourgeoise¹⁹⁵, l'article 3 peut trouver à s'appliquer lorsque le danger émane « de personnes ou de groupes de personnes qui ne relèvent pas de la fonction publique »¹⁹⁶. Mais il est nécessaire alors de démontrer l'existence réelle d'un risque face auquel les « autorités de l'État de destination ne sont pas en mesure d'y obvier par une protection appropriée »¹⁹⁷. Reprenant sa jurisprudence ancienne, la Cour réaffirme plusieurs principes. Le premier d'entre-eux est que « les non-nationaux qui sont sous le coup d'un arrêté d'expulsion ne peuvent en principe revendiquer un droit à rester sur le territoire d'un État contractant afin de continuer à bénéficier de l'assistance et des services médicaux, sociaux ou autres fournis par l'État qui expulse »¹⁹⁸.

De plus, le fait que le requérant connaisse une dégradation importante de sa situation ou une diminution significative de son espérance de vie, en cas d'expulsion, ne suffit pas *ipso facto* à emporter violation de l'article 3. In fine, si les considérations humanitaires militant contre l'expulsion sont impérieuses, la « décision d'expulser un étranger atteint d'une maladie physique ou mentale grave vers un pays où les moyens de traiter cette maladie sont inférieurs à ceux disponibles dans l'État contractant est susceptible de soulever une question sous l'angle de l'article 3 »¹⁹⁹.

Ainsi, comme la Cour l'a souligné dans sa jurisprudence antérieure²⁰⁰, pour qu'une telle expulsion entraîne violation de l'article 3, l'affaire doit présenter une gravité correspondant au critère de « circonstances très exceptionnelles ». Refusant de caractériser l'espèce en l'élargissant à la catégorie d'affaires exceptionnelles²⁰¹, la Cour estime, dans la présente affaire, que « la mise à exécution de la décision d'expulser l'intéressée vers l'Ouganda n'emporterait pas violation de l'article 3 de la *Convention* »²⁰².

La Cour tient également à rappeler que « même si nombre des droits [que la *Convention européenne*] énonce ont des prolongements d'ordre économique ou social », son but premier est de « protéger des droits civils et politiques »²⁰³. Ainsi, « le souci d'assurer un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu est inhérent à l'ensemble de la *Convention* »²⁰⁴.

Cette affaire met en avant une forte dissidence, développant notamment une interprétation divergente de l'économie de la *Convention européenne*. Selon les juges

¹⁹⁵ Voir *H.L.R c. France*, *supra* note 193.

¹⁹⁶ *N. c. Royaume-Uni*, *supra* note 181, dissidence au para. 5.

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ *Ibid.* au para. 42.

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ Voir *D. c. Royaume-Uni*, *supra* note 194.

²⁰¹ *N. c. Royaume-Uni*, *supra* note 176, dissidence, au para. 24. À noter que les juges dissidents soutiennent que « conclure la violation potentielle de l'article 3 en l'espèce n'aurait nullement représenté un élargissement de la catégorie d'affaires exceptionnelles dont l'affaire *D. c. Royaume-Uni*, est emblématique ».

²⁰² *Ibid.* au para. 51.

²⁰³ *Ibid.* au para. 44.

²⁰⁴ *Ibid.*

dissidents, ces considérations de politique sont préoccupantes et se fondent sur une affirmation incomplète, occultant ainsi la dimension sociale de l'approche intégrée adoptée par la Cour. En effet, bien que la *Convention européenne* énonce pour l'essentiel des droits civils et politiques, nombre d'entre eux possèdent des prolongements d'ordre économique et social, la Cour ne devrait, alors, selon ces opinions dissidentes, écarter une interprétation « pour le simple motif qu'à l'adopter on risquerait d'empiéter sur la sphère des droits économiques et sociaux; nulle cloison étanche ne sépare celle-ci du domaine de la *Convention* »²⁰⁵. Ceux-ci rejettent également l'affirmation de la majorité ayant trait à l'exercice de mise en balance, celle-ci ayant été rejetée, s'agissant de l'article 3, par la Cour : « la protection contre les traitements prohibés par l'article 3 étant absolue, cette disposition impose de ne pas [...] expulser une personne lorsqu'elle court dans le pays de destination un risque réel d'être soumis à de tels traitements. Comme la Cour l'a affirmé à plusieurs reprises, cette règle ne souffre d'aucune exception »²⁰⁶.

De plus, malgré la déclaration de la majorité selon laquelle obliger l'État contractant à « pallier aux disparités en fournissant des soins de santé gratuits et illimités à tous les étrangers dépourvus du droit de demeurer sur son territoire [...] ferait peser une charge trop lourde sur les États contractants »²⁰⁷, les juges dissidents conviennent qu'une « telle considération va à l'encontre du caractère absolu de l'article 3 de la *Convention* et de la nature même des droits garantis par la *Convention*, lesquels seraient totalement niés si leur jouissance devait être limitée en vertu de facteurs politiques tels que des contraintes budgétaires »²⁰⁸.

La requérante soutient également que la situation qui serait la sienne, à son retour en Ouganda, serait de nature à mettre en jeu son droit au respect de sa vie privée, et ce en violation de l'article 8 de la *Convention européenne*²⁰⁹. La majorité se refusant à examiner l'affaire sous l'angle de l'article 8 de la *Convention européenne*, les dissidents s'opposent, également à cette conclusion, tant sur le plan juridique que moral²¹⁰.

L'affaire *Riad et Idiab c. Belgique*²¹¹ met à nouveau en exergue les problèmes de mise en détention en zone de transit²¹², zone de non-droit pour

²⁰⁵ *Airey c. Irlande*, no 6289/73 (9 octobre 1979) au para. 26.

²⁰⁶ *Saadi*, *supra* note 129 au para. 142.

²⁰⁷ *N. c. Royaume-Uni*, *supra* note 181 au para. 44.

²⁰⁸ *Ibid.* au para. 8.

²⁰⁹ *Convention européenne*, *supra* note 4, art. 8. Rappelons que selon cet article : « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et 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 ».

²¹⁰ *N. c. Royaume-Uni*, *supra* note 176, dissidence, au para. 26. Voir *Bensaid c. Royaume-Uni*, n° 44599/98 (6 février 2001).

²¹¹ *Riad et Idiab c. Belgique* [GC], n° 29787/03 et 29810/03 (24 avril 2008) [*Riad et Idiab*].

beaucoup d'auteurs²¹³. Cette affaire trouve son origine dans deux requêtes prises par MM. Mohamad Riad et Abdelhadi Idiab, deux ressortissants palestiniens. Les requérants entrèrent en Belgique, à l'aéroport de Bruxelles-National, à des dates différentes, où ils se virent refuser l'entrée en Belgique, n'étant pas en possession des visas nécessaires. Tous deux demandèrent la reconnaissance de la qualité de réfugié, arguant craindre pour leur vie au Liban, et furent mis en possession de documents attestant de l'introduction de leur demande d'asile.

Ceux-ci furent l'objet de décisions de maintien dans un lieu déterminé situé à la frontière²¹⁴ et, dans l'attente des décisions quant à leur demande de reconnaissance de statut, ils furent conduits dans le « centre de transit 127 » situé dans l'enceinte de l'aéroport²¹⁵. Suite à la notification de décisions de refus d'asile prises par l'Office des étrangers, les requérants introduisirent des recours auprès du Commissariat général des réfugiés et apatrides, qui confirma les décisions de refus d'asile. Des recours en annulation et des demandes de suspensions furent introduits devant le Conseil d'État, recours qui furent rejetés pour perte d'intérêt.

Les requérants furent transférés au Centre fermé pour illégaux de Bruges (Merksplas), suite à une tentative d'évasion du « Centre 127 ». En janvier 2003, leur avocat déposa, pour chacun d'eux, une demande de mise en liberté devant la chambre du conseil du tribunal de première instance de Bruxelles, qui y fit droit par ordonnance du 20 janvier 2003, « estimant que les motifs allégués par l'administration pour justifier les privations de liberté n'étaient pas suffisants »²¹⁶, décision faisant l'objet d'un appel qui confirma la décision de première instance. Les requérants furent reconduits en zone de transit où ils furent maintenus. En parallèle à plusieurs procédures et décisions de justice²¹⁷, les requérants y furent retenus

sans boire ni manger, ne recevant de la nourriture qu'irrégulièrement de la part du personnel de nettoyage des lieux, de la société gérant l'aéroport, du

²¹² Voir sur cette question les travaux de la chaire Oppenheimer de l'Université McGill, en ligne : McGill, <<http://oppenheimer.mcgill.ca/Affaire-Riad-et-Idiab-c-Belgique?lang=en>> ainsi que François Crépeau, « Dealing with Migration : A test for Democracies » (2010) 35 *Refugee Watch* 37-50.

²¹³ Voir Emmanuelle Decaux, « L'approche du droit international : zone internationale, zone frontière, zone de transit, zones franches. Frontières géographiques et aménagements juridiques », ANAFÉ, *Frontières du droit, frontières des droits : l'introuvable statut de la « zone internationale »*, Paris, L'Harmattan-ANAFÉ, 1993 aux pp. 31-44; Daphné Boutheillet-Paquet, *L'Europe et le droit d'asile*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2001 aux pages 236-248; Erika Feller, Volker Türk, Frances Nicholson, *La protection des réfugiés en droit international*, éd. Larcier, 2008.

²¹⁴ *Loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers*, art. 74/5, aux para. 1-2.

²¹⁵ Ce centre « accueille les étrangers dépourvus des documents requis pour l'entrée sur le territoire et ayant demandé l'asile à l'aéroport de Bruxelles-National, dans l'attente d'une décision d'autorisation ou de refus d'entrée sur le territoire; voir le *Rapport au Gouvernement de la Belgique relatif à la visite effectuée en Belgique par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants du 14 octobre 1994*, au para. 48.

²¹⁶ *Riad et Idiab c. Belgique*, supra note 211, au para. 20.

²¹⁷ *Ibid.* au para. 37. Le 9 février, le conseil des requérants déposa une requête en abréviation de citer, au motif que leur maintien en zone de transit constituait une voie de fait portant atteinte à leur droit à la liberté. Par ordonnance du 14 février 2003, le président du tribunal de première instance de Bruxelles enjoignit à l'état « de laisser les requérants quitter librement et sans restriction la zone de transit, sous peine d'une astreinte de 1 000 € par heure de manquement à dater de la signification ».

conseiller musulman ou du conseiller laïc de l'aéroport [...]. [Ils] n'avaient pas la possibilité de se laver ou de nettoyer leur linge [...], [ils] furent souvent contrôlés par la police de l'aéroport, furent à plusieurs reprises placés en cellule et laissé plusieurs heures sans boire ni manger pour les contraindre à accepter un départ volontaire, puis remis en zone de transit.²¹⁸

Les requérants furent finalement expulsés en mars 2003. Des recours ont alors été amorcés devant la CEDH, MM. Riad et Idiab soulignant que « les conditions d'existence qu'ils ont connues en zone de transit de l'aéroport de Bruxelles-National, où ils avaient été placés [...] portaient atteinte aux articles 3 et 8 de la *Convention* et que deux décisions ordonnant leurs mises en liberté n'auraient pas reçu une exécution réelle, en violation de l'article 5 de la *Convention* »²¹⁹.

Le gouvernement opposa à ces allégations l'exception classique de non-épuisement des voies de recours internes²²⁰. La Cour relève toutefois que celle-ci n'est pas absolue²²¹. En contrôlant son respect, la Cour doit tenir compte des circonstances de la cause²²². De plus, selon la jurisprudence de la Cour, « un requérant doit avoir fait un usage normal des recours internes vraisemblablement efficaces et suffisants et que, lorsqu'une voie de recours a été utilisée, l'usage d'une autre voie dont le but est pratiquement le même n'est pas exigé »²²³.

De ce fait, la Cour a alors estimé que « les requérants ont démontré l'existence de circonstances particulières qui les dispensaient de l'obligation d'épuiser la voie de recours indiquée par le gouvernement »²²⁴ et qu'il serait « excessif de demander aux requérants d'introduire les voies de recours mentionnées »²²⁵ par celui-ci. Elle rejette donc l'exception préliminaire soulevée par le gouvernement et examine sur le fonds les différentes allégations des requérants. Ceux-ci soutenaient notamment que

leur placement en zone de transit à la suite des arrêts de [remise en liberté] et leur placement à Merksplas [...] ont porté atteinte à l'article 5 de la Convention puisque ces mesures ont été appliquées en violation de décisions de justice ordonnant leur libération qui n'ont donc pas été exécutées avec la diligence, la célérité et la bonne foi qu'exige cette disposition en garantissant un strict contrôle judiciaire de toute mesure de privation de liberté.²²⁶

²¹⁸ *Ibid.* au para. 42.

²¹⁹ Voir *ibid.* au para. 2. La Cour a toutefois estimé qu'il n'était pas nécessaire d'examiner séparément le grief sous l'angle de l'article 8, celui-ci reposant sur les mêmes faits examinés dans le cadre de l'article 3; *ibid.* aux para. 112-113.

²²⁰ *Convention européenne*, *supra* note 4, art. 35(1).

²²¹ *Akdivar et autres c. Turquie* [GC], n° 21893/93 (16 septembre 1996), au para. 68.

²²² *Riad et Idiab*, *supra* note 211, au para. 61.

²²³ *Ibid.* au para. 84.

²²⁴ *Ibid.* au para. 63.

²²⁵ *Ibid.* au para. 85.

²²⁶ *Ibid.* au para. 58. Rappelons que selon l'article 5 de la *Convention européenne*, « toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les

La technique de placement en zone de transit, développée à l'échelle de l'Europe et des pays développés et mise en œuvre par le gouvernement afin de détourner les décisions de mise en liberté, avait fait l'objet d'un avis du médiateur fédéral au plan interne du 14 septembre 2004. De plus, les observations finales du Comité des droits de l'homme des Nations Unies concernant la Belgique, publiées le 30 juillet 2004, ont mis en exergue les conséquences de cette technique, selon laquelle les pratiques de l'Office des étrangers « s'apparentent à des détentions arbitraires et peuvent conduire à la commission de traitements inhumains et dégradants »²²⁷. Afin de déterminer s'il y a eu violation de l'article 5 la Cour détermine, en premier lieu, si le placement des requérants en zone de transit s'analyse en une privation de liberté. Selon sa jurisprudence antérieure²²⁸, le maintien d'étrangers dans la zone internationale comporte, effectivement, une restriction à la liberté qui ne saurait être assimilée en tous points à celle subie dans les centres de rétention. Pour qu'un tel maintien soit acceptable, celui-ci doit être « assorti de garanties adéquates pour les personnes qui en font l'objet et ne [doit pas se prolonger] de manière excessive »²²⁹. De plus, prolongeant sa jurisprudence²³⁰, « la simple possibilité pour les requérants de quitter volontairement le pays ne saurait exclure une atteinte à la liberté »²³¹. Elle conclut ainsi qu'en l'espèce il y a bel et bien eu privation de liberté.

Dans un deuxième temps, la Cour examine les privations de liberté constatées en l'espèce au regard du premier paragraphe de l'article 5 de la *Convention européenne*²³². Pour qu'une détention soit conciliable avec la disposition en question, « il suffit qu'une procédure d'expulsion soit en cours et que celle-ci soit effectuée aux fins de son application »²³³. Peu importe alors dans l'analyse le fait que la décision d'expulsion initiale soit justifiée ou soit considérée comme raisonnablement nécessaire. Bien qu'il soit normal pour les États de placer en détention des candidats à l'immigration ayant sollicité l'autorisation de pénétrer sur le territoire national²³⁴, la Cour rappelle qu'il est nécessaire que cette détention soit effectuée en suivant les voies et procédures légales²³⁵, la Convention renvoyant pour l'essentiel à la législation nationale et consacrant « l'obligation d'en observer les normes de fond

voies légales : [...] f) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours ».

²²⁷ *Rapport annuel 2004 du Collège des médiateurs fédéraux*, aux pp. 44-45; *Comité des droits de l'homme des Nations-Unies du 30 juillet 2004* (CCPR/CO/81/BEL), Observation n° 17 tel que cité dans *Riad et Idiab supra* note 211 aux para. 56-57.

²²⁸ *Amuur, supra* note 141 au para. 43.

²²⁹ *Riad et Idiab, supra* note 211 au para. 68.

²³⁰ *Amuur, supra* note 141 au para. 48.

²³¹ *Riad et Idiab, supra* note 211 au para. 68.

²³² *Convention européenne, supra* note 4, art. 5(1).

²³³ *Riad et Idiab, supra* note 211 au para. 70.

²³⁴ *Amuur, supra* note 141 au para. 41.

²³⁵ *Dougoz c. Grèce*, n° 40907/98 (6 mars 2001), au para. 54; *Markert-Davies c. France* (déc.), n° 43180/98 (29 juin 1999); *Wassink c. Pays-Bas*, arrêt du 27 septembre 1990, série A n° 185, au para. 24; *Bozano c. France*, arrêt du 18 décembre 1986, série A n° 111, au para. 54 tel que cité dans *Amuur, ibid.* au para. 50.

comme de procédure »²³⁶. Toutefois, elle exige de surcroît la conformité de toute privation de liberté à la réalisation de l'objectif de l'article 5 : « protéger l'individu contre l'arbitraire »²³⁷. Ainsi, selon le critère fixé par la *Convention européenne* et repris en jurisprudence²³⁸, il est essentiel que la loi soit « suffisamment précise pour permettre au citoyen [...] de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé »²³⁹. En l'occurrence, la décision de placement en zone de transit était manifestement contraire aux arrêts de remise en liberté et il est manifeste que l'Office des étrangers a sciemment outrepassé ses pouvoirs. On ne saurait alors « considérer que le transfert et le maintien en zone de transit a[it] constitué une application de bonne foi de la législation en matière d'immigration »²⁴⁰.

Il est également nécessaire, selon la jurisprudence de la Cour²⁴¹, qu'un lien de droit existe entre le motif de privation de liberté et le lieu, ainsi que le régime de détention. La Cour considère, en l'espèce, en se fondant sur le principe de sécurité juridique affirmé dans sa jurisprudence antérieure²⁴² qu'il est contraire à la *Convention européenne* le fait de détenir un individu dans la zone de transit durant une période indéterminée et imprévisible, alors que cette détention ne se fonde pas sur une disposition légale concrète ou sur une décision judiciaire valable. Puisqu'en l'espèce, la Cour estime que la Belgique a restreint et limité les possibilités de contrôle judiciaire - notamment au regard des difficultés de contact permettant un accompagnement juridique efficient -, cela constitue en soi une violation du « principe de la sécurité juridique, qui est implicite dans la *Convention* et qui constitue l'un des éléments fondamentaux de l'État de droit »²⁴³. Elle conclut donc que la détention des requérants, telle qu'elle s'est poursuivie suite à la remise de l'arrêt ordonnant la libération immédiate des requérants, était irrégulière au sens du premier alinéa de l'article 5 de la *Convention européenne*. Les requérants soutiennent également avoir subi de la part des autorités belges des traitements inhumains et dégradants, au mépris de l'article 3 de la *Convention européenne*. Ils font valoir

qu'ils ont été laissé pendant plus de dix jours en zone de transit sans aucun accompagnement juridique et social, sans aucun moyen de subsistance, sans hébergement ou commodités pour dormir ou se laver et aucun lieu où mener une vie privée, sans accès à des moyens de communication, sans possibilité de recevoir une visite et sans aucune possibilité de contrôle des

²³⁶ *Riad et Idiab, supra* note 211 au para. 71.

²³⁷ *Ibid.*

²³⁸ *Shamsa c. Pologne*, n° 45355/99 et 45357/99 (27 novembre 2003), au para. 40.

²³⁹ *Riad et Idiab, supra* note 211 au para. 72. Comme le souligne la Cour, il peut arriver aux organes d'un État de commettre, de bonne foi, des irrégularités. Dans un tel cas, « même la constatation ultérieure du manquement par un juge peut ne pas rejaillir, en droit interne, sur la validité des mesures de mise en œuvre prises dans l'intervalle »; *ibid.* au para. 76.

²⁴⁰ *Ibid.*

²⁴¹ Voir *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, n° 13178/03 (12 octobre 2006), au para. 53.

²⁴² *Shamsa, supra* note 238 au para. 58; *Baranowski c. Pologne*, n° 28358/95 (28 mars 2000), aux para. 54-57.

²⁴³ *Riad et Idiab, supra* note 211 au para. 78.

conditions de détention par des organismes extérieurs et indépendants [en plus d'avoir] été battu à plusieurs reprises et insultés.²⁴⁴

Selon l'article 3 de la *Convention européenne*, « nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants »²⁴⁵, et ce peu importe « [les] circonstances ou [les] agissements de la victime »²⁴⁶. Un traitement se qualifie d'inhumain lorsqu'il est « appliqué avec préméditation pendant des heures et qu'il [cause] soit des lésions corporelles, soit de vives souffrances physiques ou mentales »²⁴⁷. Un traitement est dégradant « en ce qu'il [est] de nature à inspirer à ses victimes des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à les humilier et à les avilir »²⁴⁸. La Cour doit donc observer si le but du traitement était d'humilier ou de rabaisser l'intéressé et si la mesure a ou non atteint la personnalité d'une manière incompatible avec l'article 3, bien que l'absence d'un tel but n'exclue pas définitivement le constat de violation de cette disposition en prolongement de sa jurisprudence antérieure²⁴⁹.

La souffrance et l'humiliation infligées doivent en tout cas aller au-delà de celles que comporte inévitablement une forme donnée de traitement ou de peines légitimes. [Bien que] le caractère public de la sanction ou du traitement [puisse] constituer un élément pertinent et aggravant [...] il peut fort bien suffire que la victime soit humiliée à ses propres yeux, même si elle ne l'est pas à ceux d'autrui.²⁵⁰

Il est, de plus, selon la jurisprudence de la Cour, essentiel qu'un mauvais traitement atteigne un minimum de gravité, mais l'appréciation de ce minimum est intrinsèquement relative car « elle dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques ou mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime »²⁵¹.

La Cour doit également tenir compte des conditions de l'espèce, à la sévérité de la mesure prise par le gouvernement, sa durée, l'objectif qu'elle poursuit, ainsi qu'aux effets sur la personne concernée²⁵². Ainsi, toute mesure de privation de liberté engendre inévitablement souffrance et humiliation. Toutefois, l'article 3 impose à l'État de

s'assurer que toute personne privée de liberté est détenue dans des conditions compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités de sa détention ne le soumettent pas à une détresse ou à une

²⁴⁴ *Ibid.* au para. 81.

²⁴⁵ *Convention européenne*, *supra* note 4, art. 3.

²⁴⁶ *Riad et Idiab*, *supra* note 211 au para. 100.

²⁴⁷ *Ibid.* au para. 95.

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ *Albert et Le Compte c. Belgique*, arrêt du 10 février 1983, série A n° 58, au para. 22.

²⁵⁰ *Riad et Idiab*, *supra* note 211 au para. 95.

²⁵¹ *Ibid.* au para. 96.

²⁵² *Van der Ven c. Pays-Bas*, n° 50901/99 (4 février 2003), au para. 51.

épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à une telle mesure et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, sa santé et son bien-être sont assurés de manière adéquate.²⁵³

Dans cette logique, les mesures prises doivent donc être nécessaires, afin de parvenir au but légitime poursuivi²⁵⁴. En l'espèce, la Cour estime qu'il y a eu violation de l'article 3, la privation de liberté en maintenant les requérants en détention pendant plus de dix jours dans un tel lieu s'analyse en « un traitement inhumain et dégradant, au sens de l'article 3 de la *Convention* »²⁵⁵. Le préjudice découlant de cette violation ne peut alors se résoudre par le seul constat de la violation²⁵⁶.

IX. Liberté de religion

À l'heure où le débat sur la « laïcité ouverte » reste fort au Québec, l'arrêt *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas et autres c. Autriche*²⁵⁷ complète l'évolution de la jurisprudence de la CEDH en la matière²⁵⁸, donnant un éclairage européen à ces questions où le pluralisme²⁵⁹ est appréhendé de manière différente²⁶⁰. La Cour conclut en l'espèce à la violation de l'article 9 (droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion), de l'article 14 et de l'article 6 de la *Convention européenne*.

Les requérants sont quatre ressortissants autrichiens, ainsi que les Témoins de Jéhovah (*Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas*), ceux-ci constituant la cinquième communauté religieuse d'Autriche par le nombre de ses adhérents. Les intéressés alléguaient essentiellement que les autorités autrichiennes avaient refusé

²⁵³ *Riad et Idiab, supra* note 211 au para. 99.

²⁵⁴ *Frérot c. France*, n° 70204/01 (12 juin 2007), au para. 37; *Ramirez Sanchez c. France* [GC], n° 59450/00 (4 juillet 2006), au para. 119.

²⁵⁵ *Riad et Idiab, supra* note 211 au para. 110.

²⁵⁶ *Ibid.* au para. 117. En vertu de l'article 41 de la *Convention européenne*, la Cour estime que « les deux requérants ont dû éprouver une détresse certaine qui ne saurait être réparée par le seul constat de violation établi par elle ».

²⁵⁷ *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas et autres c. Autriche*, n° 40825/98, (31 juillet 2008) [*Religionsgemeinschaft*].

²⁵⁸ Rory O'Connell, « Cinderella Comes to the Ball: Art 14 and the Right to Non-Discrimination in the ECHR » 29 (2009) 2 *Legal Studies*, 211-229.

²⁵⁹ Voir Emmanuelle Bribosia et Isabelle Rovire « Ménager la diversité : le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse » (2009) 78 *Rev. trim. dr. h.* 319.

²⁶⁰ Sur l'évolution récente de cette question en droit européen, voir Françoise Tulkens, « The European Convention on Human Rights and Church-State Relations Pluralism vs. Pluralism », 30 (2009) 6, *Cardozo Law Review*, aux pp. 2575-2592; Frank Cranmer, « Religion, Human Rights and the Council of Europe: A Note », 162 (2009) 1 *Law and Justice - The Christian Law Review* aux pp. 36-46; Jason Stiener, « Freedom of Religion and Association in the Russian Federation: The Case of Kimlya and Others v. Russia » 8 (2010) 1 *International Journal of Civil Society Law* aux pp. 91-100; Jill Stavert, « *Glor v. Switzerland: Article 14 ECHR, Disability and Non-Discrimination* » 14 (2010) 1 *Edinburgh Law Review* aux pp. 141-146.

d'accorder la personnalité morale aux Témoins de Jéhovah pendant près de vingt ans, la première demande étant adressée le 25 septembre 1978. Une longue procédure fit suite à cette première demande, sans aboutir²⁶¹. Le 21 juillet 1997, le ministère de l'Éducation et de la Culture rejeta la demande des requérants, décision qui fut ultérieurement annulée par la Cour constitutionnelle. Le 20 juillet 1998, les Témoins de Jéhovah se virent accorder le statut de communauté religieuse et la personnalité morale à la faveur d'une loi « sur le statut juridique des communautés religieuses enregistrées » adoptée en janvier 1998²⁶². Les intéressés engagèrent néanmoins une nouvelle procédure afin d'obtenir le statut d'association confessionnelle, sans succès. Sur la base de l'article 9 pris isolément et combiné avec l'article 14, les requérants se plaignaient du refus des autorités autrichiennes de conférer le statut d'association confessionnelle aux Témoins de Jéhovah. Au regard de l'article 6, ils dénonçaient en outre la durée excessive de la procédure de relative à leur demande tendant à l'obtention du statut d'association confessionnelle.

Pendant la durée de vingt ans de la première procédure, l'Autriche a dénié la personnalité morale aux Témoins de Jéhovah, faisant subir aux requérants, selon la Cour, une ingérence dans leur liberté religieuse. Cette ingérence, prévue par la loi – l'article 2 de la loi de 1874 sur la reconnaissance juridique des associations confessionnelles – et poursuivant un but légitime – la protection de l'ordre et de la sûreté publics – les juges strasbourgeois estiment toutefois qu'elle est allée au-delà de ce qui pouvait passer pour une restriction « nécessaire » à la liberté de religion. Pour eux, l'autonomie des communautés religieuses est indispensable au pluralisme dans une société démocratique. La Cour relève que le droit autrichien accorde aux associations confessionnelles de nombreux privilèges, notamment en matière fiscale. L'obligation de neutralité incombant aux autorités compétentes en ce qui concerne l'octroi desdits privilèges leur impose d'offrir à toutes les organisations religieuses une possibilité équitable de solliciter le bénéfice d'un statut particulier, en appliquant les critères pertinents de manière non discriminatoire. Au regard de l'écoulement d'un délai avant que de telles organisation puissent prétendre à un statut plus solide d'institution de droit public la Cour admet qu'il puisse être nécessaire, à titre exceptionnel, de faire attendre dix ans une communauté religieuse avant de lui accorder le statut d'association confessionnelle, notamment dans le cas où la communauté en question, récemment créée, est inconnue. Elle considère en l'Espèce

²⁶¹ *Religionsgemeinschaft*, supra note 257 aux para. 22-36. Il était alors demandé au ministère fédéral de l'Éducation et des Arts d'accorder aux Témoins de Jéhovah le statut d'association confessionnelle et la personnalité morale, en application de la loi de 1874 sur la reconnaissance juridique des associations confessionnelles. Une longue procédure aboutit *in fine* le 4 octobre 1995 à une décision de la Cour constitutionnelle. Dans son arrêt celle-ci jugea que les intéressés avaient le droit d'obtenir une décision expresse – positive ou négative – sur leur demande tendant à l'obtention du statut d'association confessionnelle. Pourtant, en juillet 1997, le ministère refusa à nouveau d'accorder un tel statut en raison notamment de l'opacité de leur organisation interne et de leur attitude jugée négative à l'égard de l'État et de ses institutions. Celle-ci se manifestait selon le ministère essentiellement par leur opposition à l'accomplissement du service national, par leur refus de participer à la vie sociale et civique ainsi que par leur hostilité à l'égard de certains traitements médicaux comme les transfusions sanguines.

²⁶² Ce statut leur permettait alors d'ester en justice et à agir devant les autorités autrichiennes, à acquérir et administrer des biens sous leur propre nom, à établir des lieux de culte et à propager leur foi.

que ce n'était pas le cas pour les témoins de Jéhovah, établis au plan national et international de longue date. La Cour concluant à la différence de traitement et à la violation de l'article 14 combiné à l'article 9, relève en l'espèce que l'action de l'Autriche démontre que l'application uniforme du délai de dix ans n'est pas un élément essentiel de sa politique à l'égard des cultes. Distinguant entre les différentes procédures engagées devant les juridictions et institutions autrichiennes, la juridiction strasbourgeoise estime que la durée de la première procédure n'apparaît pas excessive mais la seconde – qui a duré près de cinq ans et onze mois – sans justification, emporte violation de l'article 6(1) de la *Convention européenne*.

Dans l'affaire *Leela Förderkreis e.V. et autres c. Allemagne*²⁶³, la Cour traite de critiques adressées, non par des groupes ou individus privés mais par des autorités publiques, à des croyances et mouvements de type religieux. Elle admet que le sens de certains termes – comme celui de « secte » – puisse changer avec le temps et acquérir une connotation péjorative ou diffamatoire. Ces termes avaient, en l'espèce, été utilisés dans une campagne d'information lancée par le gouvernement, mettant en garde le public et notamment les adolescents contre les pratiques de mouvements religieux ou de méditation apparus en Allemagne dans les années 1960²⁶⁴. Les requérantes sont, notamment, trois associations de droit allemand, *Leela Förderkreis e.V.*, *Wies Rajneesh Zentrum für spirituelle Therapie und Meditation e.V.* et *Osho Uta Lotus Commune e.V.* Il s'agit d'associations religieuses ou de méditation appartenant au mouvement Osho. En octobre 1984, les associations requérantes intentèrent une procédure dans le cadre de laquelle elles demandèrent au gouvernement de cesser de les décrire en des termes si négatifs. La Cour constitutionnelle fédérale n'agréant en 2002 que partiellement à leurs requêtes²⁶⁵. Invoquant l'article 6(1) de la *Convention européenne*, les associations requérantes se plaignaient de la durée excessive, selon elles, de la procédure civile. Elles alléguaient également que le gouvernement avait manqué à son devoir de neutralité religieuse et s'était engagé dans une campagne de répression et de diffamation à leur encontre. La Cour use de l'occasion de cette affaire pour expliciter son interprétation des termes de la *Convention européenne*.

The Court reiterates its settled case-law that the expression “prescribed by law” requires firstly that the impugned measure should have a basis in domestic law. It also refers to the quality of the law in question, requiring that it be accessible to the persons concerned and formulated with sufficient precision to enable them – if need be, with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the

²⁶³ *Leela Förderkreis e.V. and others v. Germany*, n° 58911/00, (6 novembre 2008) [*Leela*].

²⁶⁴ *Leela*, *supra* note 263 aux para. 10-13. En 1979, le gouvernement allemand lança une campagne destinée à appeler l'attention du public sur le danger potentiel des mouvements de ce type, et les qualifia de « sectes », « sectes de jeunes », « religions des jeunes » et « psycho-sectes ». Il émit des avertissements indiquant que les associations de ce genre étaient « destructrices » et « pseudo-religieuses » et qu'elles « manipul[ai]ent leurs membres ».

²⁶⁵ *Leela*, *ibid.* au para. 20. En juin 2002, la Cour constitutionnelle fédérale interdit l'usage des expressions « destructrices », « pseudo-religieuses » et « manipulent leurs membres » mais, considérant que le Gouvernement pouvait communiquer au public des informations appropriées sur ces associations, autorisa l'usage des autres termes.

consequences which a given action may entail and to regulate their conduct [...] Further, as regards the words “in accordance with the law” and “prescribed by law” which appear in Articles 8 to 11 of the Convention, the Court observes that it has always understood the term “law” in its “substantive” sense, not its “formal” one [...] “Law” must be understood to include both statutory law and judge-made “law” [...] In sum, the “law” is the provision in force as the competent courts have interpreted it.²⁶⁶

Relevant que la procédure ayant duré au total dix-huit ans et un mois, elle considère que ce délai comme excessif et conclu donc, à l'unanimité, à la violation de l'article 6(1). Se plaçant dans le contexte linguistique de l'époque, la Cour note que les pouvoirs publics ont cessé d'utiliser le mot « secte » dans leurs campagnes d'information à la suite de recommandations d'experts formulées en 1998. La Cour éclaire à cette occasion, en prolongeant sa jurisprudence et l'arrêt *Kafkaris v. Cyprus*²⁶⁷, le rôle que doit jouer la juridiction interne dans l'explicitation de la norme :

The Court further reiterates that the scope of the notion of foreseeability depends to a considerable degree on the content of the instrument in question, the field it is designed to cover and the number and status of those to whom it is addressed. It must also be borne in mind that, however clearly drafted a legal provision may be, its application involves an inevitable element of judicial interpretation, since there will always be a need for clarification of doubtful points and for adaptation to particular circumstances. A margin of doubt in relation to borderline facts does not by itself make a legal provision unforeseeable in its application. Nor does the mere fact that such a provision is capable of more than one construction mean that it fails to meet the requirement of “foreseeability” for the purposes of the Convention. The role of adjudication vested in the courts is precisely to dissipate such interpretational doubts as remain, taking into account the changes in everyday practice [...] Furthermore it is, in the first instance, for the national authorities, and in particular the courts, to interpret and apply domestic law.²⁶⁸

Elle estime donc que les expressions utilisées par le gouvernement, telles que les a délimitées la Cour constitutionnelle, n'ont pas outrepassé ce qu'un État démocratique pouvait considérer comme relevant de l'intérêt public. L'ingérence dans le droit des associations requérantes de manifester leur religion ou leur conviction était ainsi justifiée et proportionnée au but poursuivi, concluant à l'absence de violation de l'article 9.

²⁶⁶ *Leela, ibid.* aux para. 86-87.

²⁶⁷ *Kafkaris v. Cyprus* [GC], n° 21906/04, (12 février 2008).

²⁶⁸ *Leela, supra* note 263 aux para. 86-87.

X. Liberté d'expression

Les violations de la liberté d'expression s'analysent, classiquement selon la *Convention européenne*, par le constat de l'existence d'une ingérence à la liberté d'expression suivie par une analyse des conditions justifiant l'ingérence. Celles-ci sont caractérisées par la prévisibilité de la loi, l'existence de buts légitimes – faisant souvent intervenir la protection de la vie privée ou du secret de l'instruction – et enfin le caractère nécessaire dans une société démocratique de cette ingérence, toute personne, assumant par ailleurs « des devoirs et des responsabilités » eu égard à son exercice de la liberté d'expression.

Visant pour la première fois la question de la liberté d'expression d'un médecin en matière de diagnostic et de traitement à l'égard de ses confrères, la Cour conclut à la violation de l'article 10 dans l'affaire *Frankowicz v. Poland*²⁶⁹. Dans cette affaire, un blâme avait été infligé à titre disciplinaire par des juridictions médicales à Yszard Frankowicz, gynécologue et président de l'association pour la protection des droits des patients en Pologne, pour avoir établi et adressé à l'un de ses patients un rapport critiquant le traitement suivi par ce même patient et prescrit par des confrères, au mépris du code d'éthique médicale²⁷⁰. La Cour considère que l'interdiction absolue de toute critique entre médecins risque de décourager les médecins de fournir à leurs patients un avis objectif sur leur état de santé et le traitement reçu²⁷¹. Si elle admet que la relation entre médecins et patients peut impliquer le besoin de préserver la solidarité entre membres de la profession médicale, elle reconnaît cependant à tout patient le droit de consulter un autre médecin pour obtenir un second avis sur le traitement qu'il a reçu et une évaluation loyale et objective des actions de son médecin. En l'espèce, elle considère que les autorités polonaises n'ont pas cherché à vérifier la véracité des constatations figurant dans l'avis médical litigieux et que le caractère absolu de l'interdiction constituait une atteinte à la liberté d'expression du requérant²⁷², celle-ci n'étant pas proportionnée au but légitime poursuivi. Concluant à la violation de l'article 10, elle estime toutefois que l'article 6(1) de la *Convention européenne* n'était pas violé en l'espèce, les doutes émis par Yszard Frankowicz quant à l'indépendance et à l'impartialité des membres des tribunaux médicaux n'étant pas suffisamment étayés.

La Cour, dans l'affaire *Saygılı et autres c. Turquie*²⁷³, considère que lorsque la presse contribue au débat public sur des domaines suscitant une préoccupation légitime, elle doit pouvoir s'appuyer en principe sur des rapports officiels sans

²⁶⁹ *Frankowicz v. Poland*, n° 53025/99 (16 décembre 2008) [*Frankowicz*].

²⁷⁰ *Ibid.* aux para. 8-13.

²⁷¹ *Ibid.* aux para 51-52. « This approach to the matter of expressing a critical opinion of a colleague, even in the context of the medical profession, risks discouraging medical practitioners from providing their patients with an objective view of their state of health and treatment received, which in turn could jeopardise the ultimate goal of the doctor's profession - that is to protect the health and life of patients. (...) The Court considers that the applicant's opinion was not a gratuitous personal attack on another doctor, but a critical assessment, from a medical point of view, of treatment received by his patient from another doctor. Thus, it concerned issues of public interest ».

²⁷² *Frankowicz*, *supra* note 269 au para 50.

²⁷³ *Saygılı et autres c. Turquie*, n° 19353/03, (01 janvier 2008) [*Saygılı*].

entreprendre de recherches indépendantes²⁷⁴. En l'espèce, les articles en question mettaient en cause la responsabilité d'un procureur chargé d'une enquête sur une disparition²⁷⁵ pendant une garde-à-vue en cause en s'appuyant sur l'arrêt de la CEDH dans l'affaire *Irfan Bilgin c. Turquie*²⁷⁶. S'agissant des constatations factuelles et juridiques auxquelles la Cour parvient dans ses arrêts, elle considère que ceux-ci doivent être protégés dans leur usage par les médias. Eu égard à « l'extrême importance du débat d'intérêt général dans lequel les propos litigieux s'inscrivaient, la Cour estime que les motifs figurant dans les décisions des juridictions internes ne sauraient être considérés en tant que tels, comme pertinents et suffisants pour justifier l'ingérence dans le droit des requérants à la liberté d'expression »²⁷⁷.

La juridiction strasbourgeoise, soulignant que « la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique »²⁷⁸ a ainsi contribué de façon notable à la protection des sources journalistiques à travers une sorte de plaidoyer *pro domo* pour la valorisation et la publicisation de ses propres arrêts.

Plus classiquement, dans l'affaire *Guja c. Moldava*²⁷⁹, le requérant, M. Iacob Guja dirigeait le service de presse du parquet général. Le 21 février 2002, quatre policiers arrêtaient dix personnes, dont le chef présumé d'un gang criminel, soupçonnées d'infractions liées aux élections législatives. Après leur libération, les suspects saisirent le parquet d'une plainte contre les quatre policiers pour mauvais traitements et détention illégale²⁸⁰. Plusieurs lettres furent échangées entre l'administration et les policiers, ceux-ci s'adressant même au chef de l'État. Le requérant a adressé, dans les jours suivant l'abandon des poursuites, des copies de deux lettres au *Journal de Chişinău*. Un article fut publié à ce sujet le 31 janvier 2003.

Le 3 mars 2003, le requérant fut révoqué, la lettre de révocation précisant notamment que les lettres divulguées au journal étaient secrètes. Réfutant ce caractère, le requérant mena plusieurs procédures à l'interne²⁸¹ avant d'alléguer devant la CEDH que sa révocation consécutive à la divulgation par lui des lettres litigieuses au *Jurnal de Chişinău* emporte violation de son droit à la liberté d'expression et, en particulier, de son droit de communiquer des informations et des idées à des tiers (l'article 10 de la *Convention européenne*). Sur le fond, la Cour commence par constater l'existence d'une ingérence d'une autorité publique à la liberté d'expression au sens de l'article 10. La Cour est également disposée à admettre

²⁷⁴ *Ibid.* au para. 38.

²⁷⁵ *Ibid.* aux para. 34-35.

²⁷⁶ *Irfan Bilgin c. Turquie*, n° 25659/94, (17 juillet 2001).

²⁷⁷ *Saygılı*, *supra* note 273 au para. 39.

²⁷⁸ *Ibid.* au para. 30.

²⁷⁹ *Guja c. Moldava* [GC], no 14277/04 (12 février 2008) [*Guja*].

²⁸⁰ *Ibid.* aux para 9-12.

²⁸¹ *Guja*, *supra* note 279 au para 22-26. Il intenta le 21 mars 2003 au civil contre le parquet général une action en réintégration dans laquelle il soutenait que les lettres communiquées au journal n'étaient pas des documents secrets au regard de la loi, qu'il n'était donc pas tenu de consulter les responsables des autres services avant de prendre contact avec la presse, qu'il avait remis les lettres au journal à la demande de celui-ci, sa révocation emportant alors violation de son droit à la liberté d'expression. La Cour d'appel de Chişinău puis la Cour suprême le déboutèrent de son action.

qu'il était « légitime pour les autorités moldaves de chercher à empêcher la divulgation d'informations confidentielles »²⁸². Il reste alors à la Cour à examiner si l'ingérence était nécessaire dans une société démocratique, en particulier si elle était proportionnée au but légitime poursuivi. Elle note que c'est la première fois qu'elle fait face à un cas de divulgation par un fonctionnaire d'informations internes. Elle expose une série de principes à prendre en considération afin de déterminer si l'ingérence était nécessaire ou non et considère en l'espèce que la divulgation à un journal « pouvait se justifier », car aucun autre moyen à sa disposition n'aurait été réellement effectif, que les lettres divulguées

avaient un rapport avec des questions telles que la séparation des pouvoirs, l'abus de fonctions de la part de personnalités politiques de haut rang et l'attitude du gouvernement à l'égard des brutalités policières [...]. Il ne fait aucun doute qu'il s'agit là de questions très importantes, relevant du débat politique dans une société démocratique, dont l'opinion publique a un intérêt légitime à être informée.²⁸³

L'authenticité des informations divulguées ne faisant l'objet d'aucune controverse entre les parties, la Cour considère que « l'intérêt général à ce que soient divulguées les informations faisant état de pressions et d'agissements illicites au sein du parquet est si important dans une société démocratique qu'il l'emporte sur l'intérêt qu'il y a à maintenir la confiance du public dans le parquet général »²⁸⁴.

Au regard des intentions du requérant et de la sanction lourde qui lui a été imposée qui risquait d'avoir un effet dissuasif sur les fonctionnaires de signaler des agissements irréguliers²⁸⁵ la Cour constate l'atteinte à la liberté d'expression du requérant et la violation de l'article 10.

L'affaire *TV Vest AS et Rogaland Pensjonistparti c. Norvège*²⁸⁶ éclaire la problématique du rapport des partis politiques aux médias. La première requérante, TV Vest AS, est une entreprise de télévision. Le second requérant, Rogaland Pensjonistparti, est la branche régionale de Pensjonistpartiet (« le parti des retraités »), un petit parti politique qui a fait passer trois annonces publicitaires télévisées, malgré l'interdiction légale de la publicité politique à la télévision. L'Autorité des médias décida alors d'infliger à TV Vest une amende pécuniaire pour violation de l'interdiction de la publicité politique à la télévision prévue à l'article 3-1(3) de la loi de 1992. Cette interdiction est classiquement justifiée afin d'empêcher que les partis riches ou dominants puissent acheter bien plus de temps d'antenne que les partis nouveaux ou minoritaires, situation qui serait *de facto* discriminatoire.

Un autre motif invoqué pour restreindre ou interdire ce type de publicité est qu'elle risquerait de diviser la société et d'être source de préoccupation

²⁸² *Ibid.* au para. 59

²⁸³ *Ibid.* au para. 88

²⁸⁴ *Ibid.* au para. 91

²⁸⁵ *Ibid.* au para. 95

²⁸⁶ *TV Vest AS et Rogaland Pensjonistparti c. Norvège*, n° 21132/05, (11 décembre 2008) [*TV Vest*].

publique. Il a également été suggéré, moins fréquemment toutefois, que cette interdiction préserverait la qualité du débat politique. [...] Le principal argument en faveur de la publicité politique payante est qu'elle peut permettre à de nouveaux candidats de se faire connaître. On dit souvent aussi que le droit à la publicité politique fait partie intégrante du droit à la liberté d'expression et d'information.²⁸⁷

TV Vest posa un recours devant le tribunal d'Oslo²⁸⁸ qui confirma la décision de l'Autorité des médias, position reprise par la suite par la Cour suprême du pays. Les requérants voient dans l'amende infligée par l'Autorité des médias une violation de l'article 10 de la *Convention européenne*²⁸⁹. Afin de vérifier si l'ingérence était nécessaire dans une société démocratique, la Cour devra vérifier si celle-ci répond à un « besoin social impérieux », si elle était proportionnée au but légitime poursuivi et si les motifs fournis par les autorités nationales pour la justifier sont pertinents et suffisants. En premier lieu, la Cour relève que rien n'indique que le parti des retraités appartienne à la catégorie des partis ou des groupes qui sont les cibles principales de l'interdiction litigieuse, à savoir ceux qui, du fait de leur plus grande puissance financière, risqueraient d'obtenir un avantage indu par rapport à ceux dont les ressources sont moins importantes car ils pourraient acheter plus de temps de publicité à la télévision.

Au contraire, le parti des retraités appartient à une catégorie que l'interdiction était censée protéger. [...] Le seul moyen qu'il a eu de faire passer son message au public par ce média a été d'y acheter du temps d'antenne. La loi l'ayant privé de cette possibilité, il s'est trouvé désavantagé par rapport aux grands partis, qui bénéficiaient d'une couverture médiatique. La possibilité d'utiliser d'autres médias moins puissants ne compensait pas ce handicap.²⁹⁰

En second lieu, il n'a pas été affirmé que les messages publicitaires en cause contiennent des éléments susceptibles de nuire à la qualité du débat politique. En effet, contrairement à un autre cas que la Cour a eu à traiter (l'affaire *Murphy*²⁹¹), le cas en cause ne traite pas de propos haineux ou racistes. Donc, le fait que le média utilisé soit la télévision et qu'il ait une plus grande portée que les autres médias ne peut pas justifier, selon la Cour, l'interdiction litigieuse et l'amende pour avoir diffusé les messages politiques en cause²⁹². Ainsi,

²⁸⁷ *Ibid.* au para. 24.

²⁸⁸ *Ibid.* au para. 14.

²⁸⁹ *Ibid.* au para. 29. « Les parties s'accordent à reconnaître que la mesure litigieuse a constitué une ingérence dans la liberté d'expression des requérants garantie par le paragraphe 1 de cette disposition, qu'elle était prévue par la loi, à savoir les articles 3-1 § 3 et 10-3 de la loi sur la radiotélédiffusion, et qu'elle poursuivait l'objectif légitime de protéger « les droits d'autrui » au sens du paragraphe 2. La Cour ne voit pas de raison de conclure différemment ».

²⁹⁰ *Ibid.* au para. 73.

²⁹¹ *Murphy c. Irlande*, n° 44179/98, (10 juillet 2003).

²⁹² *TV Vest*, *supra* note 286 au para. 77.

la Cour estime qu'il n'y a pas de rapport de proportionnalité raisonnable entre le but légitime visé par l'interdiction de la publicité politique et les moyens employés pour y parvenir. En conséquence, nonobstant la marge d'appréciation dont disposent les autorités nationales, la restriction que cette interdiction et l'amende infligée ont porté à l'exercice par les requérants de leur liberté d'expression ne peut être considérée comme nécessaire dans une société démocratique, au sens du paragraphe 2 de l'article 10, à la protection des droits d'autrui.²⁹³

Ainsi, entre les lignes de l'*opinio juris* émise, on peut déceler, en période électorale, l'affirmation d'une obligation positive de l'État à garantir, en principe, à tout parti politique de pouvoir s'exprimer au travers des médias audiovisuels, mais pas nécessairement dans des conditions équivalentes²⁹⁴.

La cause *Vajnai c. Hongrie*²⁹⁵ met en exergue, quant à elle, la question de la liberté de manifester. Le requérant, vice-président du Parti des travailleurs, participa à une manifestation légale à Budapest en arborant une étoile rouge, symbole du mouvement international des travailleurs. En application de l'article 269 / B (1) du *Code criminel*, une patrouille de police qui était présente a invité le requérant à enlever l'étoile, ce qu'il fit. Par la suite, des poursuites pénales furent engagées contre le requérant pour avoir porté un symbole totalitaire en public, poursuites qui aboutirent à sa condamnation. Le requérant fait alors valoir devant la CEDH une atteinte à son droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10 de la *Convention européenne*.

Le gouvernement fait valoir que toutes les idéologies de nature totalitaire devraient être traitées de la même façon, leur expression devant échapper à la protection de l'article 10. La Cour considère que le requérant ne fait pas partie d'un groupe ayant des ambitions totalitaires, mais appartient plutôt à un parti politique de gauche et portait l'étoile lors d'une manifestation légale, un tel acte n'ayant pas pour objectif la propagation ou la justification d'une oppression totalitaire et ne constituant pas un abus du droit de pétition au sens de l'article 17 de la *Convention européenne*. L'ingérence étant prévue par la loi, la Cour considère que celle-ci peut être vue comme poursuivant les objectifs légitimes de la prévention du désordre et de la protection des droits des autres. *In fine*, le requérant fait valoir que dans le mouvement ouvrier international, l'étoile rouge a été considérée depuis le XIX^e siècle comme un symbole de la lutte pour la justice sociale, de la libération des travailleurs et de la liberté du peuple. La Cour souligne que le test de la « nécessité dans une société démocratique » exige que celle-ci détermine si l'ingérence correspondait à un « *pressing social need* »²⁹⁶. Selon la juridiction strasbourgeoise, quand la liberté d'expression est exercée dans un discours politique, comme c'est le cas ici, les

²⁹³ *Ibid.* au para. 78

²⁹⁴ Aurélien Vandeburie « L'égalité des armes entre candidats aux élections, sésame d'un droit d'accès des (petits) partis politiques aux médias audiovisuels en période électorale », (2010) 81 Rev. trim. dr. h. 163.

²⁹⁵ *Vajnai c. Hongrie*, n° 33629/06, (8 juillet 2008) [*Vajnai*].

²⁹⁶ *Ibid.* au para. 43.

entraves ne sont justifiées que dans la mesure où il existe un besoin social clair, urgent et spécifique²⁹⁷.

The Court is of course aware that the systematic terror applied to consolidate Communist rule in several countries, including Hungary, remains a serious scar in the mind and heart of Europe. It accepts that the display of a symbol which was ubiquitous during the reign of those regimes may create uneasiness amongst past victims and their relatives, who may rightly find such displays disrespectful. It nevertheless considers that such sentiments, however understandable, cannot alone set the limits of freedom of expression. Given the well-known assurances which the Republic of Hungary provided legally, morally and materially to the victims of Communism, such emotions cannot be regarded as rational fears. In the Court's view, a legal system which applies restrictions on human rights in order to satisfy the dictates of public feeling – real or imaginary – cannot be regarded as meeting the pressing social needs recognised in a democratic society, since that society must remain reasonable in its judgement. To hold otherwise would mean that freedom of speech and opinion is subjected to the heckler's veto.²⁹⁸

La Cour estime ainsi *in fine* que l'interdiction du port de l'étoile rouge est trop forte lorsque l'on considère sa polysémie, l'ingérence ne trouvant pas alors de justification au sens de l'article 10(2) de la *Convention européenne*.

XI. Discrimination

Dans l'affaire *Burden c. Royaume-Uni*²⁹⁹ Mmes Burden, des sœurs célibataires ayant toujours vécu ensemble et habitant, depuis 30 ans, une même maison – qu'elles possèdent en indivision – dont la valeur revenant à chacune dépasse largement le seuil actuel d'exonération des droits de succession³⁰⁰, ont saisi la CEDH dans une action dirigée contre le Royaume-Uni. Elles font valoir que, selon l'article

²⁹⁷ *Ibid.* au para. 53. En outre, la Cour note que le gouvernement n'a pas démontré que le port de l'étoile rouge signifiait exclusivement une identification aux idées totalitaires, surtout lorsque l'on considère le fait que le requérant a porté cette étoile lors d'une manifestation enregistrée légalement et pacifique, en sa capacité de vice-président d'un parti politique de gauche, « *with no known intention of participating in Hungarian political life in defiance of the rule of law* ».

²⁹⁸ *Ibid.* au para. 57.

²⁹⁹ *Burden c. Royaume-Uni* [GC], n° 13378/05 (29 avril 2008) [*Burden*].

³⁰⁰ *Burden*, *supra* note 294 aux para. 13-15. Il faut noter que chacune a rédigé un testament en vertu duquel elle lègue à sa sœur l'ensemble de son patrimoine; voir *Ibid.*, au para. 11. En vertu des « articles 3, 3A et 4 de la loi de 1984 sur les droits de succession (*Inheritance Tax Act 1984* (R.-U.), 1984, c. 51), l'impôt prélevé sur les successions est fixé à 40% de la valeur des biens du défunt [...]. Est exonéré tout montant inférieur à 300 000 GBP pour les transmissions qui ont été opérées entre le 5 avril 2007 et le 5 avril 2008 (article 98 de la loi de finances de 2005). [...] L'article 18 § 1 de la loi sur les droits de succession prévoit l'exonération des biens qui passent du défunt à son conjoint [et, depuis le] 5 décembre 2005, cette exonération a été étendue au 'partenaire civil' du défunt. ». Voir aussi *ibid.* au para. 19. La possibilité d'un partenariat civil entre parents inclus dans les degrés de parenté prohibés avait été envisagé par la Chambre des Lords, mais toutefois écarté (par 148 voix contre 130) lorsque le projet de loi repassa devant la Chambre des communes.

14 de la *Convention européenne*³⁰¹ combiné avec l'article 1 du *Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*³⁰², « lorsque l'une d'elles viendrait à décéder, la survivante aurait à payer des droits de succession sur la part de la maison familiale possédée par la défunte, alors que dans les mêmes circonstances le membre survivant d'un couple marié ou d'un couple homosexuel enregistré en vertu de la loi de 2004 sur le partenariat civil serait exonéré de droits de succession »³⁰³.

Le gouvernement a opposé au recours des ressortissantes britanniques deux exceptions d'irrecevabilité. Tout d'abord, selon le gouvernement, les requérantes n'avaient pas le statut de « victime » requis par l'article 34 de la Convention. En effet, « la Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique [...] qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la *Convention* ou ses *Protocoles* »³⁰⁴. La Grande Chambre, sur la question, a conclu, tout comme la quatrième section³⁰⁵, que

compte tenu de leur âge, des testaments rédigés par elles et de la valeur des biens possédés par chacune, les requérantes ont établi l'existence d'un risque réel de voir, dans un futur qui n'est guère lointain, l'une d'elle obligée d'acquiescer d'importants droits de succession sur les biens hérités de sa sœur [et que] dans ces conditions, les intéressées subissent directement les effets de la législation litigieuse et peuvent se prétendre victimes du traitement discriminatoire allégué.³⁰⁶

Comme le souligne la Cour, une personne physique, afin d'introduire une requête en vertu de l'article 34 de la *Convention européenne*, doit pouvoir se prétendre « victime » d'une violation reconnue dans cette convention. Elle doit donc subir directement les effets de la mesure litigieuse, bien qu'il soit possible pour un particulier de soutenir qu'une loi viole ses droits, en l'absence d'acte individuel d'exécution, si celui-ci est obligé de changer un comportement sous peine de poursuites ou s'il fait partie d'une catégorie de personnes risquant de subir directement les effets d'une législation. Le gouvernement a, de plus, opposé à la

³⁰¹ *Convention européenne*, *supra* note 4, art. 14 : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la [...] Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. ».

³⁰² *Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 23 mars 1952, STCE n° 009 (entrée en vigueur : 18 mai 1954), art. 1 [*Protocole additionnel*]. « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes ».

³⁰³ *Burden*, *supra* note 299 au para. 53.

³⁰⁴ *Convention européenne*, *supra* note 29, art. 34.

³⁰⁵ *Burden*, *supra* note 299 au para. 29.

³⁰⁶ *Ibid.* au para. 35.

requête des sœurs Burden le fait que celles-ci n'avaient pas épuisé les voies de recours internes avant de porter leur recours devant la Cour, conformément à la logique de la *Convention européenne*³⁰⁷ et la jurisprudence constante³⁰⁸. En vertu du *Human Rights Act*³⁰⁹, un recours devant un tribunal national peut être intenté afin de faire déclarer une disposition incompatible avec un droit reconnu par la *Convention européenne*³¹⁰, bien qu'une telle déclaration n'ait aucune incidence sur la validité, le maintien ou l'application de la disposition concernée et ne lie pas les parties à la procédure durant laquelle elle a été faite³¹¹. Ainsi, l'article 4 de la loi a pour objectif de

créer [un] moyen formel de signaler au gouvernement et au Parlement les situations dans lesquelles la délégation aurait été jugée non conforme à la *Convention*, et d'établir un mécanisme permettant de corriger rapidement les défaillances constatées. Une fois qu'une déclaration a été prononcée [...], il existe deux solutions pour remédier au problème : soit l'adoption d'une loi par le Parlement, soit l'exercice par le ministre concerné de son pouvoir d'amendement fondé sur l'article 10 de la loi de 1998.³¹²

Après avoir conclu au rejet des deux exceptions préliminaires du gouvernement, la Cour a ensuite tranché la question de la violation alléguée de l'article 14 de la *Convention européenne* combiné avec l'article 1 du *Protocole additionnel*. Tout comme la quatrième section, mais sur des bases sensiblement différentes, la Grande Chambre a estimé – bien que les dispositions soient applicables en l'espèce³¹³ – qu'il n'y avait pas eu violation. Selon la Grande Chambre, la quatrième section avait négligé de trancher la question de savoir « si les requérantes pouvaient prétendre que leur situation était comparable à celle de deux conjoints ou partenaires civils »³¹⁴. Or, selon la Grande Chambre, dans le cadre de l'application de l'article 14, « il convient en substance de répondre à deux questions : la première est de savoir s'il existe une différence de traitement entre des personnes se trouvant dans une situation semblable ou analogue; la seconde est de savoir, [et] le cas échéant, si cette différence de traitement est justifiée »³¹⁵.

³⁰⁷ Le premier alinéa de l'article 35 de la *Convention européenne* indique que « la Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus, et dans un délai de six mois à partir de la date de la décision interne définitive », établissant ainsi un aspect important du mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention, soit le principe selon lequel une personne doit utiliser les recours offerts par l'ordre juridique interne avant de saisir une juridiction internationale.

³⁰⁸ *Akdivar et autres c. Turquie*, arrêt du 16 septembre 1996, *Recueil* 1996-IV, au para. 65.

³⁰⁹ *Human Rights Act 1998* (R.-U.), 1998, c. 42.

³¹⁰ *Ibid.*, art. 4(2).

³¹¹ *Ibid.*, art. 4(6).

³¹² *Burden*, *supra* note 299 au para. 22.

³¹³ *Ibid.* au para. 59. « le grief des requérantes porte sur l'obligation, pour celle qui survivra l'autre, d'acquitter un impôt sur les biens hérités de la prémourante » et donc relève du champ d'application de l'article 1 du *Protocole n° 1* », rendant par le même fait l'article 14 applicable.

³¹⁴ *Ibid.* au para. 47.

³¹⁵ *Ibid.* opinion concordante du Juge David Thor Björgvinsson.

Pour qu'un problème se pose au regard de l'article 14, il doit y avoir une différence de traitement de personnes placées dans des situations comparables³¹⁶. « Une telle distinction est discriminatoire si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »³¹⁷.

In fine, la Grande Chambre estime donc que des conséquences juridiques distinguent le type de relation des requérantes des autres formes de vie communes³¹⁸, tant pour les conjoints mariés que pour les partenaires civils, dans ces deux situations les parties ayant décidé expressément et délibérément de s'engager³¹⁹. Mesdames Burden ne sauraient donc être comparées à des conjoints ou partenaires civils aux fins de l'article 14. Cette solution a le mérite de conférer une « légitimité européenne aux nouvelles conjugalités offertes notamment aux couples homosexuels » mais « présente l'inconvénient de stigmatiser le mode de vie des fratries rurales »³²⁰.

L'affaire *Megadat.com SRL c. Moldova*³²¹ opposait quant à elle la République de Moldavie à Megadat.com SRL (la société requérante), une société de droit moldave ayant été, à l'époque des faits, le plus grand fournisseur d'accès à l'Internet en Moldavie. Dans sa requête, la société requérante alléguait, notamment, que « sa fermeture avait emporté violation de ses droits découlant de l'article 1 du Protocole n° 1 à la Convention et qu'elle avait été victime d'une discrimination contraire à l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1 »³²².

En l'espèce, la société requérante – titulaire de licences délivrées par l'Agence nationale de régulation des télécommunications et de l'informatique (ANRTI) – transféra son siège social à une nouvelle adresse, en prenant soin d'inscrire sa nouvelle adresse auprès de la Chambre nationale des registres et d'aviser l'administration fiscale. En mai 2003, elle sollicita, une nouvelle licence auprès de l'ANRTI, indiquant également la nouvelle adresse de son siège. L'agence lui délivra

³¹⁶ *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], n° 57325/00 (13 décembre 2007), au para. 175. Voir aussi Mirentxu Aguerre et David Gilles, « Panorama de la jurisprudence de la CEDH 2006 », (2006) 19.2 R.Q.D.I. 286 à la page 319.

³¹⁷ *Burden*, *supra* note 299 au para. 60. Voir aussi *Burden*, *ibid.*, opinion dissidente du juge Zupancic : « la discrimination peut être acceptable si le but qu'elle poursuit est suffisamment impérieux et si la loi ou la décision soumise à un examen rationnel avec cet intérêt suffisamment important ».

³¹⁸ *Burden*, *ibid.* au para. 65. Ce n'est donc pas la durée ou le caractère solidaire de la relation qui constitue l'élément déterminant, mais plutôt l'existence d'un engagement public, qui va de pair avec un ensemble de droits et d'obligations d'ordre contractuel.

³¹⁹ *Ibid.* « L'absence d'un tel accord juridiquement contraignant entre les requérants fait que leur relation de cohabitation, malgré sa longue durée, est fondamentalement différente de celle qui existe entre deux conjoints ou partenaires civils ».

³²⁰ Jean-Pierre Marguénaud « L'affaire Burden ou l'humiliation de la fratrie » (2009) 78 Rev. trim. dr. h. 513.

³²¹ *Megadat.com SRL c. Moldova*, n° 21151/04 (8 avril 2008) [*Megadat.com SRL*].

³²² *Ibid.* au para. 3. Selon l'article 14 de la Convention européenne : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la [...] Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

cette licence en y mentionnant, toutefois, l'ancienne adresse, sans préciser la raison pour laquelle la nouvelle adresse n'y figurait pas. Quelques temps plus tard, l'ANRTI invalida les licences de la société requérante, donnant à cette invalidation un effet rétroactif qui entraîna l'infliction d'une amende par l'administration fiscale à la société requérante. La société introduisit alors un recours contre l'ANRTI, soutenant que la mesure prise à son encontre était illégale, disproportionnée et discriminatoire³²³.

La société requérante allègue alors devant la CEDH que l'invalidation de ses licences par l'ANRTI constitue une violation de ses droits découlant de l'article 1 du *Protocole additionnel*³²⁴. Selon la jurisprudence de la Cour, « le retrait d'une licence d'exploitation d'une activité commerciale s'analyse en une atteinte au droit au respect des biens tel que garanti par l'article 1 du [...] [*Protocole additionnel*] »³²⁵. Les licences en question étant donc incluses dans les biens tels qu'entendu à la disposition du *Protocole additionnel*, la Cour se doit de déterminer si la mesure prise par l'ANRTI constitue une atteinte au droit de la société au respect de ses biens, en plus de déterminer quelle norme de la disposition entre en ligne de compte. Selon les juges strasbourgeois, la décision prise par l'ANRTI d'invalider les licences de la société requérante a porté atteinte au droit de l'intéressée au respect de ses biens. En effet,

l'ANRTI savait bien avant [la date de prise de cette décision] que Megadat.com avait omis de demander que son adresse soit modifiée dans le texte de ses licences. La société lui avait [...] signalé son changement d'adresse en mai 2003 [...] et lui avait même demandé une nouvelle licence mentionnant sa nouvelle adresse. Pour des raisons inconnues, l'ANRTI ne jugea pas nécessaire d'invalider les licences dont la société requérante était alors titulaire et elle lui en octroya même une nouvelle.³²⁶

Afin de déterminer s'il y a effectivement proportionnalité entre la mesure employée et le but poursuivi, la Cour traditionnellement prend en considération la légalité de la mesure et le lien de celle-ci avec un but d'intérêt général. En examinant la nature et la gravité de l'irrégularité commise par la société requérante, il se dégage des faits que celle-ci avait bel et bien avisé l'ANRTI de son changement d'adresse. La cour constate alors que

³²³ *Megadat.com SRL*, *supra* note 316 au para. 25. Celle-ci se fut déboutée jusqu'en Cour suprême, cette dernière jugeant que « la société requérante avait admis avoir changé d'adresse et que, en vertu [...] du règlement de l'ANRTI, le fait pour le titulaire d'une licence ayant changé d'adresse de ne pas présenter une demande de régularisation de sa licence emportait invalidation de celle-ci ».

³²⁴ *Protocole additionnel*, *supra* note 302.

³²⁵ *Megadat.com SRL*, *supra* note 321 au para. 63; *Bimer S.A. c. Moldova*, n° 15084/03 (10 juillet 2007), au para. 49 [*Bimer*].

³²⁶ *Megadat.com SRL*, *ibid.* au para. 64. Comme le souligne la Cour, l'abrogation de licences se qualifie de mesure de réglementation de l'usage des biens et doit être examinée selon le 2° paragraphe de l'article 1 du *Protocole n° 1* à la *Convention européenne* : « Pour que les exigences du second paragraphe de cette disposition puissent être jugées satisfaites, il doit être établi que la mesure en cause a été prise conformément à l'intérêt général et qu'il existait un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but poursuivi » ; *ibid.*, au para. 66. Voir aussi *Bimer*, *supra* note 326 au para. 52.

la mesure adoptée à l'égard de la société requérante était d'une sévérité telle que celle-ci, qui était alors la plus grande société prestataire de services Internet en [Moldavie], a dû mettre fin à ses activités et vendre tous ses actifs en quelques mois. Non seulement cette mesure a produit des effets pour l'avenir, mais elle fut de surcroît appliquée rétroactivement, conduisant des autorités publiques telles que l'administration fiscale et le [Centre de lutte contre la corruption et la criminalité économique (CLCCE)] à prendre des sanctions et à mener des enquêtes.³²⁷

La Cour doit, en second lieu, prendre en considération le comportement adopté par l'ANRTI dans ses tractations avec Megadat.com SRL. L'ANRTI, qui avait été avisée du changement d'adresse dès mai 2003, n'a pas tenu compte de ce changement avant la fin septembre 2003. Pourtant, selon la Cour, « face à une question d'intérêt général, les pouvoirs publics sont tenus de réagir en temps utile, de façon correcte et avec la plus grande cohérence [...]. Or, le comportement de l'ANRTI ne saurait être considéré comme conforme à ces principes »³²⁸.

En dernier lieu, la Cour relève que les garanties procédurales n'ont pas été respectées, la société requérante n'ayant pas eu la possibilité de comparaître devant l'ANRTI afin d'expliquer sa position dans le respect des garanties procédurales, la procédure ne tenant pas compte de certains des principaux moyens de défense de cette dernière³²⁹ :

l'arbitraire de la procédure, le traitement discriminatoire dont la société requérante a été l'objet et le caractère disproportionné de la mesure appliquée à son encontre amènent la Cour à conclure qu'il n'a pas été établi qu'en invalidant les licences de l'intéressée, les autorités aient agi conformément à des motifs d'intérêt général réels et cohérents. [...] [L]es autorités internes n'ont pas maintenu un juste équilibre en l'espèce et elles ont fait peser sur la société requérante une charge spéciale et exorbitante.³³⁰

La Cour conclut ainsi en la violation de l'article 1 du *Protocole n° 1* à la *Convention européenne*³³¹.

L'affaire *Tănase et Chirtoacă c. Moldova*³³² pose la question de l'exercice de la démocratie dans les anciens pays de l'Est où certaines minorités ethniques ont

³²⁷ *Megadat.com SRL, ibid.* au para. 69.

³²⁸ *Ibid.* au para. 72. Voir aussi *Beyeler c. Italie* [GC], n° 33202/96 (5 janvier 2000), au para. 120. En effet, si celle-ci avait estimé que l'irrégularité viciant la licence constituait un danger pour le public, elle aurait pu dès lors intervenir, ce qu'elle n'a pas fait.

³²⁹ *Megadat.com SRL, ibid.* aux para. 74-75. Il s'agit de la seule société, sur 91 ayant reçu une mise en demeure fin septembre 2003, à avoir fait l'objet de telles mesures.

³³⁰ *Ibid.* au para. 79.

³³¹ *Ibid.* au para. 80. La société requérante alléguait également qu'en invalidant ses licences, les autorités l'avaient « traitée d'une manière discriminatoire par rapport aux autres sociétés se trouvant dans une situation analogue ». Toutefois, la Cour n'a pas jugé nécessaire de l'examiner séparément, jugeant que ce grief porte sur les mêmes faits que ceux examinés précédemment.

encore du mal à faire entendre leur voix, confrontés en l'espèce à certains mécanismes de « bonne gouvernance ». Par l'interprétation de l'article 3 du *Protocole n° 1* à la « lumière de la *Convention européenne sur la nationalité* et des prises de position de la Commission de Venise, la Cour européenne contribue ainsi à l'effectivité judiciaire du droit du Conseil de l'Europe »³³³.

Les deux requérant sont des hommes politiques moldaves de souche roumaine. En 2002, le Parlement moldave a modifié sa législation pour permettre aux Moldaves d'avoir plusieurs nationalités. Le droit électoral moldave interdit le cumul des mandats. M. Chirtoacă, maire de Chişinău et M. Tănase membre du conseil municipal de Chişinău appartiennent tous deux à l'opposition gouvernementale. Le 10 avril 2008, le Parlement moldave réforma la législation électorale, en visant notamment à interdire aux personnes ayant plus d'une nationalité de devenir députés³³⁴. Les requérants allèguent que l'interdiction faite aux ressortissants moldaves qui possèdent d'autres nationalités de se faire élire au Parlement porte atteinte à leur droit de se présenter à des élections libres et de siéger au Parlement s'ils sont élus, aux fins de la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif. Ils invoquent également l'article 14 et l'article 3 du *Protocole n° 1*, en estimant être soumis à une discrimination vis-à-vis d'autres ressortissants moldaves possédant deux nationalités et résidant en Transnistrie. Le gouvernement fait valoir que leur requête équivaut à une *actio popularis*, qui anticipe un préjudice futur et incertain³³⁵. *A contrario*, la Cour estime que M. Tănase peut se prétendre victime au sens de l'article 34 de la *Convention européenne* et juge recevable sa requête³³⁶, car la réforme électorale l'atteint directement et non pas au sens d'une *actio popularis*, contrairement à M. Chirtoacă³³⁷. Au regard de la violation alléguée de l'article 3 du *Protocole additionnel*, la Cour estime que « pareille ingérence constitue une violation de cette disposition, à moins de satisfaire aux exigences de légalité, de poursuivre un but légitime et d'être proportionnée dans ses effets »³³⁸.

Recevant l'argument du gouvernement, selon lequel « l'ingérence litigieuse poursuit le but consistant à s'assurer de la loyauté des députés envers l'État moldave et

³³² *Tănase et Chirtoacă c. Moldova*, n° 7/08 (18 novembre 2008) [*Tănase et Chirtoacă*].

³³³ Jean-François Flauss, « Le droit du Conseil de l'Europe au service d'élections libres et de la double nationalité » (2009) 79 Rev. trim. dr. h. 851.

³³⁴ *Tănase et Chirtoacă*, *supra* note 332 au para. 13. La forme finale de ce projet de loi, ayant eu plusieurs formes, fut que les binationaux ou plurinationaux doivent, pour se présenter aux élections, informer la Commission électorale centrale qu'ils possèdent d'autres nationalités avant de faire enregistrer leur candidature, et renoncer à ces nationalités avant validation par la Cour constitutionnelle de leur mandat de député.

³³⁵ Le gouvernement soutient que les requérants ne peuvent se plaindre d'une violation future et hypothétique, mais uniquement d'une violation passée, ces derniers devant attendre que les élections législatives de 2009 aient lieu pour introduire une requête.

³³⁶ *Tănase et Chirtoacă*, *supra* note 332 au para. 81.

³³⁷ *Ibid.* au para. 81. Pour ce dernier, « la Cour note qu'en vertu de la législation moldave, il lui est impossible de cumuler les fonctions de maire et de député. Il ressort clairement des déclarations à la presse de M. Chirtoacă [...] que celui-ci n'a nulle intention d'abandonner sa charge de maire de Chişinău au profit de celle de député. Dès lors, la Cour estime qu'il ne subit pas les effets des dispositions de la loi n° 273 qu'il dénonce et qu'il ne peut en l'espèce se prétendre victime ».

³³⁸ *Ibid.* au para. 105.

qu'un tel but est légitime », les juges strasbourgeois estiment toutefois cette intervention disproportionnée, le gouvernement moldave disposant d'autres méthodes pour s'assurer de la loyauté des députés envers la nation³³⁹. Elle soulève l'incohérence de la politique législative de l'État moldave, stigmatisant les attentes inassouvies que l'évolution normative a pu créer auprès des populations composant cette nation.

La Cour juge frappant, de surcroît, qu'en 2002 et en 2003 le Parlement moldave ait en fait modifié sa législation de manière à permettre aux Moldaves de posséder deux nationalités [...]. Il semble qu'à cette époque les autorités ne se sont pas préoccupées de l'effet que l'octroi de cette possibilité pouvait avoir sur la loyauté des personnes qui choisissent d'avoir deux nationalités. Le Gouvernement n'a pas mentionné, alors, que les droits politiques des personnes décidant d'acquérir une autre nationalité seraient affectés. Depuis 2003, une large part de la population moldave [...], sans aucun doute encouragée par la nouvelle politique, a acquis une autre nationalité ou d'autres nationalités avec l'espoir légitime que ses droits politiques existants ne seraient pas restreints.³⁴⁰

Au regard de l'évolution « opportune » de la loi électorale, les juges strasbourgeois constatent une évidente réticence de la Moldavie à se plier aux exigences du Conseil de l'Europe en matière de démocratie électorale. Ainsi

[l]a Cour ne saurait faire abstraction de l'incompatibilité d'une telle pratique avec les recommandations du Conseil de l'Europe en matière d'élections qui concernent la stabilité de la loi électorale [...]. Il semble par ailleurs que les instigateurs de la réforme électorale aient catégoriquement rejeté les propositions de l'opposition tendant à ce que le projet fût soumis à l'expertise du Conseil de l'Europe conformément aux obligations et engagements de la Moldova, et que le Gouvernement n'ait aucunement réagi aux signes de préoccupation non équivoques émis par le Conseil de l'Europe.³⁴¹

La Cour conclut ainsi à la disproportion des moyens employés au regard des objectifs suivis et à la violation de l'article 3 du *Protocole additionnel*.

XII. Protection de la propriété

Dans l'affaire *Viasu c. Roumanie*³⁴², le requérant se trouva dans l'obligation en 1962, durant le régime communiste, de céder ses terres à la coopérative agricole de production de Cătunele dans le cadre de la réforme de l'agriculture. Après la chute du

³³⁹ *Ibid.* au para. 109. La Cour souligne « que d'autres États européens ont adopté de telles mesures – exigeant par exemple des députés la prestation d'un serment de loyauté – sans avoir recours à des options aussi radicales que le fait d'interdire aux binationaux de siéger au Parlement ».

³⁴⁰ *Ibid.*

³⁴¹ *Ibid.* au para. 114.

³⁴² *Viasu c. Roumanie*, No 75951/01, 9 décembre 2008 [*Viasu*].

régime communiste en 1989, le requérant « formula une demande de restitution du terrain dont il avait été dépossédé par l'État communiste, fondée sur la loi n° 18/1991. En réponse, il reçut en propriété une partie du terrain qui lui avait appartenu, le restant ne pouvant lui être restitué pour cause d'utilisation par une entreprise d'État »³⁴³.

Cette loi subit ensuite de nombreuses modifications, obligeant notamment à l'indemnisation des propriétaires des terres qui ne pouvaient être restituées, comme dans le cas d'espèce. Deux décisions de la commission départementale du 5 avril et 17 mai 2002 ont reconnu que l'État se devait de le dédommager, sans que ce dernier ne s'exécute malgré les nombreuses lettres adressées au préfet de son district par le requérant, visant notamment à contester le niveau de l'indemnisation.

Invoquant l'article 1 du *Protocole n° 1*, le requérant considère que l'État roumain a enfreint doublement le droit au respect des biens des bénéficiaires des lois de restitution, en changeant dans un premier temps de manière répétée les procédures fixées par ces lois et dans un second temps, en omettant d'adopter rapidement des règlements d'application. Ce cumul a fait en sorte que les intéressés ne puissent ni entrer en possession de leurs biens ni toucher des indemnités pendant de longues années. Au regard des faits en l'espèce, les juges strasbourgeois considèrent que le requérant disposait d'un intérêt patrimonial certain, irrévocable et exigible suffisamment établi en droit interne. Ce faisant, il relève de la notion de bien au sens du Protocole³⁴⁴.

Le refus de restituer les terres en l'absence de toute indemnisation constitue alors une ingérence dans le droit du requérant au respect de ses biens³⁴⁵. Toutefois, reprenant sa jurisprudence constante, la Cour se doit alors de vérifier si une telle ingérence est justifiée, c'est-à-dire essentiellement si elle revêt un caractère légal au sens de la Cour³⁴⁶ et de la *Convention européenne* par son caractère prévisible et précis. Au regard de l'indemnisation, celle-ci a connu un tel bouleversement législatif entre 2000 et 2005 que la Cour juge que « la précision et la prévisibilité exigées par la notion de « légalité » s'en sont trouvées gravement affectées »³⁴⁷. Elle note de plus – outre le délai de la procédure³⁴⁸ – que la valeur de celle-ci n'est ni fixée ni acquittée par l'État, alors qu'il était en principe dans l'obligation de le faire selon la loi n° 1/2000³⁴⁹, concluant alors à la violation de l'article 1 du *Protocole additionnel*.

³⁴³ *Ibid.* au para. 8.

³⁴⁴ *Ibid.* au para. 59.

³⁴⁵ *Ibid.* au para. 60. La Cour relève que [...] la non-exécution d'une décision reconnaissant un droit de propriété constitue une ingérence au sens de la première phrase du premier alinéa de l'article 1 du *Protocole n° 1*, qui énonce le principe général du respect de la propriété.

³⁴⁶ *Ibid.* au para. 63.

³⁴⁷ *Ibid.* au para. 64.

³⁴⁸ *Ibid.* au para. 70. « En l'espèce, plus de huit ans se sont écoulés depuis la décision de restituer au requérant 16,63 ha de terrain, et plus de six ans depuis la validation de l'inscription de sa créance à l'encontre de l'État, sans qu'il obtienne l'exécution de ces décisions ou la moindre indemnisation à la place des terrains et pour le retard dans l'exécution. En agissant de la sorte, les autorités ont empêché le requérant de jouir du bien auquel il a droit depuis plusieurs années ».

³⁴⁹ *Ibid.* au para. 68. La Cour souligne que « [c]es considérations pourraient être en elles-mêmes suffisantes pour permettre à la Cour de conclure que l'ingérence dans le droit du requérant au respect de ses biens n'était pas « prévue par la loi ». Néanmoins, elle n'estime pas nécessaire de juger si

Dans ces conditions, à supposer même que le Gouvernement ait pu démontrer que l'ingérence dans le droit du requérant était prévue par la loi et servait une cause d'utilité publique, la Cour estime que le juste équilibre à ménager entre la protection de la propriété du requérant et les exigences d'intérêt général a été rompu et que le requérant a supporté une charge spéciale et exorbitante.³⁵⁰

Enfin, l'affaire *E.B. contre France* a eu beaucoup d'écho en France, et pose la difficile question de l'adoption par un couple homosexuel. La requérante, (M^{lle} B.) vivant en relation stable avec une femme, M^{lle} R., déposa une demande d'agrément auprès des services sociaux du département du Jura pour adopter un enfant. Elle fit part de son orientation sexuelle et de sa relation avec M^{lle} R. Un avis défavorable fût émis par les services sociaux, considérant globalement que la requérante ne s'interrogeait pas suffisamment sur l'image paternelle et masculine, se voyant sans difficulté assumer elle-même les rôles de père et de mère, ou faisant appel à son père ou son beau-frère. La décision de refus d'agrément du président du Conseil général fit l'objet d'un recours gracieux puis d'un recours en annulation, contestant le déroulement de la procédure d'instruction de sa demande d'agrément, notamment l'absence de rencontre physique avec nombre d'intervenants. Une longue procédure fait suite jusqu'au Conseil d'État, qui rejette les prétentions de la requérante. Celle-ci allègue avoir subi un traitement discriminatoire fondé sur son orientation sexuelle et portant atteinte à son droit au respect de la vie privée. Elle invoque l'article 14 de la *Convention européenne* combiné avec l'article 8. La Cour souligne que les dispositions de l'article 8 ne garantissent ni le droit de fonder une famille ni le droit d'adopter. La présente affaire ne concerne ni l'adoption par un couple, ni celle qui peut être sollicitée par le ou la partenaire de même sexe que le parent biologique, mais uniquement l'adoption par une personne célibataire. Pour le gouvernement le refus était motivé par le seul intérêt de l'enfant et fondé sur deux motifs : l'absence de référent paternel et l'ambiguïté de l'investissement de la compagne de la requérante dans l'accueil de l'enfant. M^{lle} B. affirme que ce sont ses « conditions de vie », c'est-à-dire en réalité son homosexualité, qui ont motivé le refus d'agrément pour adopter. La Cour, relève quand à elle que les autorités puis les juridictions se sont principalement fondées sur l'absence de référent paternel ou maternel dans le foyer, contextualisant largement son analyse :

Toutefois, dans les circonstances de l'espèce, il est permis de s'interroger sur le bien-fondé d'un tel motif qui a finalement pour conséquence d'exiger de la requérante qu'elle justifie, dans son entourage proche, de la présence d'un référent de l'autre sexe, risquant ainsi de vider de sa substance le droit qu'ont les célibataires de demander l'agrément, dès lors que la présente affaire ne concerne pas une demande d'agrément en vue d'adopter présentée par un couple, marié ou non, mais par une célibataire. Aux yeux de la Cour, un tel motif aurait donc pu conduire à un refus arbitraire et

l'ingérence en question était légale au sens de la notion de prééminence du droit, compte tenu de ses conclusions ci-dessous ».

³⁵⁰ *Ibid.* au para. 73.

servir de prétexte pour écarter la demande de la requérante en raison de son homosexualité.³⁵¹

Sur l'absence de l'investissement de la compagne dans le projet d'enfantement, la Cour souligne qu'

[i]l convient de relever tout d'abord que, contrairement à ce que soutient la requérante, la question de l'attitude de sa compagne, avec qui elle indique vivre une relation stable et durable, n'est pas sans intérêt et sans pertinence pour l'appréciation de sa demande. Il est légitime que les autorités s'entourent de toutes les garanties en vue de l'accueil éventuel d'un enfant dans une famille. Partant, dès lors que le demandeur ou la demanderesse, bien que célibataire, a déjà constitué un foyer avec un ou une partenaire, la position de ce dernier et la place qu'il occupera nécessairement au quotidien auprès de l'enfant qui viendra vivre dans le foyer déjà formé commandent un examen spécifique, dans l'intérêt supérieur de l'enfant.³⁵²

Plutôt que sur l'orientation sexuelle de la requérante, la Cour estime, au contraire, – rejetant *prima facie* la discrimination – que l'examen « repose sur une simple analyse de la situation de fait avérée et des conséquences de celle-ci quant à l'accueil d'un enfant »³⁵³. Toutefois, la Cour croit que le fait que l'homosexualité de la requérante ait été aussi présente dans les motivations des autorités internes est significatif, constatant que certains avis étaient rédigés en des termes révélateurs, s'agissant de la prise en compte déterminante de l'homosexualité de la requérante³⁵⁴. À l'inverse, dans d'autres avis, c'est le statut de célibataire qui est contesté, malgré la reconnaissance législative, le renvoi à l'absence de référent paternel se trouvant, selon la Cour « excessif »³⁵⁵. L'orientation sexuelle se trouvant dès lors omniprésente à tous les niveaux des procédures, la Cour considère que le gouvernement a opéré une distinction incompatible avec les dispositions de l'article 14 combiné avec l'article 8.

* * *

In fine, l'année 2008 a donc marqué, par plusieurs arrêts symboliques, des progrès et des innovations mais aussi quelques reculs, ou du moins des évolutions sur lesquelles la doctrine s'interroge. En tant qu'instrument juridique vivant, la *Convention européenne* est interprétée, comme la *Charte canadienne* à la lumière des conditions de vie actuelles, en constante évolution, la jurisprudence de la CEDH

³⁵¹ *E. B.*, *supra* note 6, au para. 73.

³⁵² *Ibid.* au para. 76.

³⁵³ *Ibid.* au para. 78.

³⁵⁴ *Ibid.* au para. 85. En particulier, la Cour note que dans son avis du 12 octobre 1998, le psychologue au service d'aide sociale à l'enfance a émis un avis défavorable en évoquant notamment une « attitude particulière [de la requérante] vis-à-vis de l'homme dans le sens où il y a refus de l'homme ».

³⁵⁵ *Ibid.* au para. 87.

s'adaptant avec de plus en plus de réactivité aux conditions nouvelles de la vie au sein du Conseil de l'Europe mais aussi aux implications nées de l'activité de la Cour de justice des Communautés³⁵⁶. Avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne en 2009³⁵⁷, la dynamique de la *Convention européenne* restera entière, même si les deux ensembles normatifs européens tendent à se rapprocher³⁵⁸ et à nourrir les jurisprudences mutuelles.

³⁵⁶ Garlicki Lech, « Cooperation of courts: The role of *supranational* jurisdictions in Europe », (2008) 6 *International journal of constitutional law* 509.

³⁵⁷ Olivier De Schutter, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : feuille de route de la négociation » (2010) 83 *Rev. trim. dr. h.* 535.

³⁵⁸ Voir Catherine Haguenu-Moizard, « Les droits de l'homme : une ou plusieurs Europe? » (2008) 170 *La Gazette du Palais* 31.