

Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme
(mai 2000 - novembre 2000)

Jean-François Flauss, Professeur des facultés de droit

Le Protocole n° 12 de la CEDH

Le 4 novembre 2000 a été ouvert à la signature des Etats membres du Conseil de l'Europe le Protocole n° 12 établissant une clause générale de non-discrimination dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme.

Ce texte a été adopté au terme d'une gestation de près de dix ans, guidée successivement par deux préoccupations essentielles : assurer pleinement l'égalité hommes-femmes et lutter contre le racisme et l'intolérance.

La nouvelle garantie offerte par ce Protocole est énoncée comme suit :

« Interdiction générale de la discrimination :

« 1. La jouissance de tout droit prévue par la loi doit être assurée, sans discrimination 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.

« 2. Nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique réelle quelle qu'elle soit, fondée notamment sur les motifs mentionnés au paragraphe 1. »

Selon le rapport explicatif annexé au Protocole n° 12, la signification du mot « discrimination » est identique à celle qui a été donnée, dans le contexte de l'article 14 de la Convention, par la jurisprudence de la Cour. En d'autres termes, une 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 de « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ». Plus généralement, toutes les notions communes au Protocole n° 12 et à la Convention sont censées revêtir la signification qui leur a été prêtée dans le cadre de cette dernière. La protection additionnelle conférée par le nouveau Protocole a été explicitée par le rapport explicatif :

« L'article 1^{er} vise les cas où une personne fait l'objet d'une discrimination :

« i. dans la jouissance de tout droit spécifiquement accordé à l'individu par le droit national ;

« ii. dans la jouissance de tout droit découlant d'obligations claires des autorités publiques en droit national, c'est-à-dire lorsque ces autorités sont tenues par la loi nationale de se conduire d'une certaine manière ;

« iii. de la part des autorités publiques du fait de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire (par exemple, l'octroi de certaines subventions) ;

« iv. du fait d'actes ou omissions de la part des autorités publiques (par exemple, le comportement des responsables de l'application des lois pour venir à bout d'une émeute) ».

Destiné à entrer en vigueur au terme de la dixième ratification, le Protocole n° 12 risque de devenir une véritable boîte de Pandore de nature à modifier substantiellement les tenants et aboutissants du contentieux européen des droits de l'homme. »

La norme de protection consacrée présente en effet un caractère attrape-tout. Elle constitue en toute hypothèse un formidable levier qui autorisera une extension considérable du champ d'application de la Convention. Par suite, l'emprise que la Cour européenne sera en mesure d'exercer sur les droits des Etats contractants s'en trouvera fortement renforcée. Pour s'en convaincre, il suffirait *mutatis mutandis* de prendre acte de l'oeuvre accomplie par la Cour d'arbitrage belge dans le domaine de la protection constitutionnelle des droits fondamentaux, à partir d'un chef de compétence, circonscrit à la sauvegarde du principe d'égalité devant la loi. En tout état de cause, une adhésion au nouveau Protocole de tous les Etats parties à la Convention se traduira par une croissance du contentieux déféré à la Cour, qui devrait atteindre les 40 % à tout le moins.

Dans ces conditions, il n'est pas étonnant que les rédacteurs du nouveau texte aient tenté d'établir des garde-fous destinés à prévenir une interprétation, selon le cas, soit par trop absolutiste, soit exagérément constructive, et ce au-delà des limites inhérentes au test de la discrimination tel que pratiqué par la Cour dans sa jurisprudence afférente à l'article 14 de la Convention.

C'est ainsi qu'ils ont notamment souhaité exorciser, par anticipation, une mise en oeuvre hypertrophiée de la théorie des obligations positives qui entraînerait, par ricochet à tout le moins, un effet de *Drittwirkung* généralisé du principe d'égalité devant la loi, dans le cadre constitutionnel national. Mais force est de remarquer que leur démarche n'est pas exempte de toute ambiguïté, dès lors qu'ils préconisent une approche équilibrée des éventuelles obligations positives de nature à être mises à la charge des Etats. A l'évidence, leur préoccupation est de circonscrire, autant que possible, l'applicabilité strictement interindividuelle du Protocole n° 12.

« Toute obligation positive dans le domaine des relations entre particuliers concernerait, au mieux, les relations dans la sphère publique normalement régie par la loi, pour laquelle l'Etat a une certaine responsabilité (par exemple le refus arbitraire d'accès au travail, l'accès aux restaurants ou à des services pouvant être mis à disposition du public par des particuliers, tels que les services de santé ou la distribution d'eau et d'électricité...). La manière précise dont l'Etat devrait répondre variera selon les circonstances. Il est entendu que les affaires purement privées ne seraient pas affectées. La réglementation de telles affaires serait également susceptible d'interférer avec le droit de chacun au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance, garanti par l'article 8 de la Convention » (§ 28 du rapport explicatif).

La volonté de prévenir une interprétation du principe de non-discrimination en rupture avec l'acquis de la Convention se manifeste aussi à travers le sort réservé à la discrimination positive. Dans le cadre du préambule du rapport explicatif, il est indiqué que le Protocole n° 12 n'empêchait pas les Etats d'édicter des mesures d'action positive destinées à promouvoir une égalité pleine et effective, sous réserve qu'elles répondent à une justification objective et raisonnable, c'est-à-dire qu'elles respectent l'exigence de proportionnalité. En revanche, le nouveau texte n'a imposé aucune obligation d'adopter de telles mesures. Leur caractère programmatique est réputé peu compatible avec le caractère global de la Convention et son système de contrôle.

Le Protocole n° 12 constitue sans doute une chance pour l'évolution du système européen de protection des droits de l'homme. Mais il pourrait aussi engendrer des effets pervers. En premier lieu, il est à craindre que la Charte sociale européenne ne soit marginalisée. En effet, le principe d'égalité devant la loi autorise une contestation de tous les traitements-discriminations dans le domaine des droits sociaux. En d'autres termes, le contentieux des droits sociaux prendra, devant la Cour européenne, une importance de premier plan : les perspectives ouvertes, il y a peu, par la jurisprudence dite d'autonomisation

de l'article 14 de la Convention (CEDH 16 septembre 1996, *Gaygasuz*, Actualité de la CEDH, *AJDA* 1998, p. 37) seront largement dépassées. Il est hors de doute que le droit de recours individuel sera considéré comme une voie d'action infiniment plus attractive que le droit de requête collective ouvert par le Protocole additionnel à la Charte sociale. Dans ces conditions, il n'est donc pas exclu que l'argument de la complémentarité entre les deux instruments ne soit plus qu'un faux-semblant. Il serait naturellement paradoxal de se plaindre d'un renforcement de la protection européenne des droits sociaux... Mais encore conviendrait-il que celui-ci soit établi en toute clarté et non de manière plus ou moins clandestine. L'exigence de « lisibilité », si chère à la Cour, devrait, en bonne logique, s'appliquer également aux rédactions des protocoles ! Toutes proportions gardées, il serait concevable de transposer les observations qui précèdent à la Convention-cadre relative à la protection des minorités nationales : avec le Protocole n° 12, le prétoire de la Cour est en effet susceptible de devenir le centre de gravité de la protection européenne des minorités.

Le Protocole n° 12 risque également de peser sur le processus conventionnel d'élargissement des droits de la CEDH. A tout le moins la garantie assurée par la clause générale de non-discrimination rend moins nécessaire et moins urgente la consécration de nouveaux droits substantiels (et voire même processuels), le bénéfice desdits droits étant en effet susceptible d'être revendiqué par le biais du principe d'égalité devant la loi. Le Protocole n° 12 est par conséquent de nature à conduire à une mise en veilleuse de l'activité conventionnelle du Conseil de l'Europe afférente à la CEDH, voire plus généralement en ce qui concerne les autres traités de protection des droits de l'homme.

Comme il est fort probable que tous les Etats parties à la Convention ne ratifieront pas à l'unisson et concomitamment le Protocole n° 12, l'interdiction de la discrimination sera régie par un double standard. Reste à savoir si la Cour européenne ne sera pas tentée d'anticiper la disparition de la clause spéciale de l'article 14 et par suite de se livrer à une interprétation de cette dernière disposition qui en rapprocherait encore davantage la portée d'une clause générale de non-discrimination. Demeure également sujet à interrogation, le sort réservé à la différence de traitement entre nationaux et étrangers légitimée par l'article 16 de la Convention. Certes, l'obligation de neutralité politique n'est plus opposable aux citoyens de l'Union européenne (CEDH 27 avril 1995, *Piermont c/ France*, Actualité de la CEDH, *AJDA* 1995, p. 732), mais, pour les étrangers non ressortissants communautaires, la question n'a pas encore été clairement tranchée. Or le rapport explicatif du Protocole n° 12 n'apporte aucun éclairage nouveau. Il se contente de préciser qu'« [il] a été décidé de ne pas inclure de référence dans le protocole à l'article 16 de la Convention ». En revanche, la relation entre le Protocole n° 12 et l'article 5 du Protocole n° 7 (disposition relative à l'égalité des époux pendant le mariage et après la dissolution de celui-ci) ne devrait susciter aucune difficulté majeure d'interprétation : la garantie prévue par le Protocole n° 7 n'est pas absorbée par celle découlant du Protocole n° 12.

L'exécution des arrêts de la Cour

Dans le cadre de sa mission de surveillance de l'exécution des arrêts de violation rendus par la Cour, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté le 10 avril 2000 une résolution (ResDH[2000]4) portant *quitus* d'exécution de l'arrêt *De Geouffre de La Pradelle c/ France* prononcé le 16 octobre 1992 (Actualité de la CEDH, *AJDA* 1993, p. 106).

Il aura donc fallu près de huit ans aux autorités françaises pour qu'elles acceptent de tirer les conséquences du constat de violation établi à l'époque sur le terrain de l'article 6-1 de la Convention.

La lenteur de réaction des autorités françaises (le délai d'exécution est bien largement supérieur - le double environ - à la durée moyenne du délai considéré comme déraisonnable au sens de l'article 6) suscite, à tout le moins, une certaine perplexité. A l'évidence, l'exécution d'un arrêt de la Cour ne constitue pas une priorité pour les services du ministère de l'Environnement, puisqu'il leur aura fallu près d'une décennie pour produire non pas un nouveau texte réglementaire qui aurait rendu plus lisible le régime de computation des délais de recours contre les décisions de classement des sites lorsqu'elles ne comportent pas de

prescription particulière tendant à modifier l'état ou l'utilisation des lieux, mais simplement une nouvelle pratique consistant à assurer la publication systématique desdites décisions.

On savait déjà que les lourdeurs bureaucratiques étaient particulièrement pesantes au ministère de l'Environnement. Avec le règlement des suites à donner à l'arrêt *De Geouffre de La Pradelle*, elles atteignent un point d'orgue qui ne manquera pas de frapper en particulier l'observateur étranger. Quelle belle vitrine que ce scénario d'exécution au ralenti d'un arrêt de « condamnation », qui, à vrai dire, n'impliquait que l'adoption de mesures administratives mineures.

Peut-être faut-il rechercher une autre explication à l'incurie du ministère de l'Environnement. Il convient en effet de ne pas oublier que la « censure » de la Cour européenne visait certes la réglementation existante, mais aussi la manière dont le Conseil d'Etat l'appliquait...

En d'autres termes, il est concevable que l'administration centrale de l'environnement n'ait pas trouvé du côté du Conseil d'Etat le soutien nécessaire pour mener à bien une modification des dispositions réglementaires régissant le régime de computation des délais de recours contre les décisions de classement des sites, en clair d'une réforme qui aurait substitué la modalité de la notification à celle de la publicité.

A titre anecdotique, on relèvera la manière, à tout le moins sélective, suivie par le gouvernement pour attester que la publicité de l'arrêt *De Geouffre de La Pradelle* a été assurée en France. Si le gouvernement entend mentionner des références doctrinales - ce qui est tout à son honneur -, qu'il fasse preuve de davantage d'éclectisme et d'exhaustivité !

La place de la condition de « légalité » dans le cadre de la jurisprudence de la Cour
Les restrictions aux droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme doivent avoir été prévues par une loi. Celle-ci doit répondre à la double exigence d'accessibilité et de prévisibilité. Or, dans sa jurisprudence récente, la Cour semble de plus en plus attentive à la qualité de la « base légale » habilitant les autorités nationales à apporter des limitations aux droits de la Convention. Elle l'est assurément pour une double raison.

En premier lieu, la Cour est soucieuse de rappeler aux Etats les impératifs de la « prééminence du droit ». Pour elle, il ne s'agit pas simplement d'une formule symbole, mais d'un principe pleinement opératoire. Ainsi il n'est guère tolérable que les autorités nationales disposent d'un pouvoir d'appréciation illimité soustrait à tout contrôle juridictionnel (CEDH 26 octobre 2000, *Hassan et Tchaouch c/ Bulgarie*, req. n° 30985/96, § 86), ou encore que ledit pouvoir d'appréciation ne soit pas clairement défini quant à son étendue et à ses modalités d'exercice (CEDH 4 mai 2000, *Rotaru c/ Roumanie*, req. n° 28341/95, § 61). De même, il n'est guère admissible que les autorités administratives disposent d'un mécanisme qui, de manière générale, leur permet de tirer bénéfice d'une situation illégale et par l'effet duquel le particulier se trouve devant le fait accompli (CEDH 30 mai 2000, section II, *Belvedere Albieghiera SRL c/ Italie*, req. n° 31524/96, § 59 ; CEDH 30 mai 2000, section II, *Carbonara et Ventura c/ Italie*, req. n° 24638/94, § 66).

En second lieu, l'intérêt porté par la Cour à la condition de légalité s'explique par des considérations tactiques et surtout stratégiques. En l'occurrence, il s'agit d'une part de pratiquer l'économie de moyens et d'autre part de faire oeuvre pédagogique à l'égard des Etats, et notamment, mais non exclusivement, à l'égard des nouvelles démocraties européennes.

Le contrôle du respect de la condition de légalité est de nature à entraîner la Cour européenne sur un terrain dont l'accès lui est *a priori* interdit, à savoir la vérification de la constitutionnalité de la loi invoquée. Certes, la Cour continue à relever qu'il appartient au premier chef aux autorités internes, notamment les cours et les tribunaux, d'interpréter et d'appliquer le droit interne, et de se prononcer sur les questions de constitutionnalité.

Dans ces conditions, il est évident que la Cour européenne se doit d'enregistrer le brevet de

constitutionnalité décerné à une loi par le juge constitutionnel national (v. en ce sens, CEDH 23 novembre 2000, *Affaire ex-roi de Grèce et autres c/ Grèce*, req. n° 25701/94, § 82).

En revanche, quelle sera son attitude dans l'hypothèse où la loi n'aurait pas été (ou n'aurait pas pu être) déclarée conforme à la Constitution ? Peut-on imaginer que la Cour européenne puisse être amenée à constater que la condition de légalité n'est pas remplie parce que la loi nationale établissant une restriction à un droit garanti par la Convention n'est pas compatible avec la Constitution de l'Etat ? Si tel devait être le cas, la Cour de Strasbourg ajouterait une nouvelle corde à son arc de « Cour constitutionnelle ». On rappellera en effet qu'il lui arrive d'exercer un contrôle de constitutionnalité par ricochet, via le contrôle de conventionnalité des lois.

De toute manière, la menace de la mise en cause de la légalité d'une loi nationale au motif qu'elle est inconstitutionnelle constitue un argument supplémentaire en faveur du développement du contrôle de constitutionnalité des lois. Si la Cour n'a pas osé s'engager en faveur de celui-ci en prenant appui sur le « droit à un recours effectif » garanti par l'article 13 de la Convention, elle y pourvoit désormais en empruntant des chemins de traverse (v. par exemple CEDH 2 septembre 1998, *Kadubec c/ Slovaquie*).

La satisfaction équitable

Loin de se ralentir, la « mercantilisation » du contentieux européen des droits de l'homme (v. Actualité de la CEDH, *AJDA* 2000, p. 529) connaît sans cesse de nouveaux développements répondant sans doute à l'air du temps, mais qui n'emportent pas nécessairement tous la conviction.

Comment en effet expliquer, et *a fortiori* justifier, qu'une violation relativement mineure, dans les circonstances de l'espèce, du droit à un procès équitable permette à un requérant, ancien ambassadeur de son état, d'obtenir 100 000 francs au titre du préjudice moral (CEDH 26 septembre 2000, section I, *Guisset c/ France*, req. n° 33993/96), alors que dans une affaire relative au décès suspect dans les locaux de la police en Bulgarie d'une personne mariée et père de trois enfants, c'est-à-dire illustrative d'une violation de l'article 2 de la Convention, la Cour octroie la même somme de 100 000 francs à la veuve au titre du dommage moral. Il est vrai que les conseils de la requérante n'avaient pas sollicité davantage. Il n'en demeure pas moins que la somme allouée à M. Guisset peut apparaître comme relativement élevée, sauf à prendre en considération la différence de niveau de vie existant entre pays contractants, ce à quoi la Cour s'est à présent refusée, au moins explicitement. D'ailleurs, le juge *ad hoc* Pacteau estimait, quant à lui, que le contrat d

e violation établi au titre de l'article 6 constituait en soi une satisfaction équitable suffisante.

A vrai dire, l'inégalité de traitement pécuniaire des victimes n'est pas seulement fonction de la différence de condition économique des Etats défendeurs, elle est également tributaire de la pugnacité et du niveau de professionnalisme des avocats. Telle est du moins la conclusion qui ressort de la comparaison entre l'affaire *Velikova c/ Bulgarie* (CEDH 18 mai 2000, req. n° 41488/98) et de l'affaire *Akkoc c/ Turquie* (CEDH 10 octobre 2000, req. n° 22948/93). Les deux espèces portaient sur des faits similaires : décès suspect du requérant alors qu'il était détenu par les autorités de police ou de sécurité. Or, dans la première affaire, la veuve du requérant se voit allouer au titre du dommage matériel la somme de 23 000 francs tandis que dans la seconde l'ayant droit se voit octroyer un montant d'environ 400 000 francs pour le même chef de préjudice. Sans doute convient-il de ne pas négliger le fait que, dans l'affaire *Velikova*, la requérante n'a pu produire de document actuariaire (son conjoint n'occupant pas d'emploi déclaré). Mais cette dernière aurait certainement été mieux lotie, car mieux défendue, si ses conseils avaient appartenu à l'équipe britannique qui traite de façon quasi monopolistique les requêtes initiées contre la Turquie par des ressortissants turcs d'origine kurde.

L'inégalité de traitement pécuniaire se prolonge d'ailleurs sur le terrain des frais et dépens. En effet, les sommes accordées à ce titre varieront substantiellement non seulement en raison du

travail effectué par les conseils du requérant, mais encore en fonction du lieu d'établissement de ceux-ci. Là encore, on pourrait rapprocher les 35 000 francs perçus par les deux avocats dans la cause bulgare des 150 000 francs accordés aux conseils britanniques dans l'espèce turque. Certes, la tarification des auxiliaires de justice est comparativement élevée au Royaume-Uni. Mais n'y a-t-il pas précisément risque que les requérants soient de plus en plus tentés de faire appel à des avocats établis dans des pays dans lesquels les honoraires sont dispendieux ? Le risque est d'autant plus sérieux que la Cour admet désormais (CEDH 27 juin 2000, *Ilhan c/ Turquie*, req. n° 22277/93) l'« extraterritorialisation » du paiement des frais et dépens. Elle reconnaît en effet que la victime peut solliciter (et doit obtenir) le paiement desdits frais et dépens en monnaie étrangère sur un compte bancaire à l'étranger qui, par un heureux hasard, se trouve être ouvert dans le pays, voire la localité, de domiciliation du conseil. On comprend le souci de la Cour d'enlever tout prétexte et tentation à la Turquie, condamnée très fréquemment à payer des sommes importantes au titre des frais et dépens, qui plus est au profit du même groupe d'avocats britanniques. Mais force est de reconnaître qu'en statuant de la sorte la nouvelle Cour consacre *de facto* une solution que l'ancienne Cour avait admise *de jure* au profit des conseils eux-mêmes, mais sur laquelle elle était revenue très rapidement (*Rev. gén. proc.* 1998, p. 224).

Si le prétoire de la Cour européenne des droits de l'homme est devenu à l'évidence un nouveau fonds de commerce pour les cabinets de conseil juridique expérimentés et un brin opportunistes, pratiquant la requête-photocopie et disposant de clientèles captives (sinon de captation), il pourrait aussi se transformer à l'avenir en bouée de sauvetage pour justiciables désargentés.

Le propos est certes caricatural à défaut de se vouloir désapprobateur. Il est dicté par l'issue de l'arrêt du 14 novembre 2000, *Annoni di Gussola et Desbordes et Omer c/ France* (req. n° 31819/95 et 33293/95). Elle est en effet de nature à susciter de grands espoirs chez les justiciables en situation précaire d'un point de vue économique, qui se verraient privés en violation de l'article 6-1 de la Convention du droit d'exercer une voie de recours contre une décision de justice les accablant financièrement. En l'espèce, les requérants agissant en cassation au plan civil s'étaient vu opposer, pour défaut d'exécution de l'arrêt d'appel mettant à leur charge, des condamnations atteignant 90 000 et 38 000 francs, la sanction de retrait du rôle prévue par l'article 1009-1 du Nouveau Code de procédure civile. Or, au titre de la réparation du préjudice moral, ils ont obtenu respectivement 100 000 et 50 000 francs. Pour sanctionner de la sorte, sur le terrain de l'article 41 de la Convention, la violation d'une garantie du droit à un procès équitable, la Cour européenne a sans conteste prêté attention à la situation d'« économiquement faibles » des victimes.

Jusqu'à présent, la Cour ne s'est jamais ouvertement engagée dans une politique jurisprudentielle inspirée de la doctrine des dommages et intérêts punitifs. Il n'en demeure pas moins qu'un nombre croissant d'arrêts de satisfaction équitable pourraient légitimement être compris comme reflétant une intention répressive, d'une part, à l'égard d'Etats peu soucieux d'envisager une *restitutio in integrum*, alors même que celle-ci était praticable (v. CEDH 19 octobre 2000, *Iatridis c/ Grèce*, req. n° 31107/96), d'autre part, à l'égard d'Etats « condamnés » pour des violations graves et répétées des articles 2 et 3 assimilables à une pratique administrative au sens de la Convention (CEDH 27 juin 2000, *Ilhan c/ Turquie*, préc. : les sommes accordées au titre des préjudices matériel et moral s'élèvent au double de celles accordées antérieurement dans des affaires similaires).

Applicabilité de la CEDH

L'applicabilité de l'article 2 en cas de non-décès de la victime

L'obligation positive inhérente à la première phrase de l'article 2-1 de la Convention impose à l'Etat de protéger la vie de l'individu contre les tiers ou contre le risque de maladie.

La Cour entend toutefois maintenir cette solution jurisprudentielle dans certaines limites. Elle considère en effet que « ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que des sévices corporels infligés par des agents de l'Etat peuvent s'analyser en une violation de l'article 2 de la Convention lorsqu'il n'y a pas décès de la victime [...] ». Dans pratiquement tous les cas,

lorsqu'une personne est agressée ou maltraitée par des policiers ou des militaires, ses griefs doivent être examinés plutôt sous l'angle de l'article 3 de la Convention » (CEDH 27 juin 2000, *Ilhan c/ Turquie*, préc. § 75).

En statuant de la sorte, la Cour défend une conception des rapports entre les articles 2 et 3, qui n'est pas à l'abri de toute critique. En effet « la Cour laisse entendre que les articles 2 et 3 de la Convention se présentent dans un *continuum*, ou plus exactement que seule une différence de gravité les sépare [...]. Même s'il peut y avoir des interférences, voire des recouvrements entre ces deux dispositions, nous pensons que les articles 2 et 3 de la Convention ont aussi des objets distincts, la vie dans le premier cas, l'intégrité dans le second, qui doivent être examinés en tant que tels. [...] En conclusion, nous pensons que l'article 2 de la Convention impose aux Etats l'obligation de protéger le droit à la vie contre les actes susceptibles de la mettre en danger, quels que soient les auteurs de ces actes, et que ceux-ci résultent de l'intervention, de l'imprudence ou de la négligence » (opinion partiellement dissidente commune à M. Bonello et autres).

L'applicabilité de l'article 3 au suicide des personnes détenues

L'article 3 de la Convention impose à l'Etat de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier sont assurés de manière adéquate, notamment par l'administration des soins médicaux requis (v. CEDH 30 juillet 1998, *Aerts c/ Belgique*, Rec. 1998, p. v-1966, § 64 et ss.).

Toutefois, l'obligation positive de veiller à la santé psychologique et psychique des détenus ne doit pas être comprise comme contraignant les autorités pénitentiaires à atteindre le degré zéro s'agissant du risque de suicide (CEDH 25 octobre 2000, *Kudla c/ Pologne*, req. n° 30210/96). Dès lors le maintien en détention d'une personne vulnérable susceptible, de l'avis d'un psychiatre, d'attenter à ses jours ne constitue pas un motif établissant que le requérant ait été soumis à des mauvais traitements atteignant un niveau de gravité suffisant pour entrer dans le champ d'application de l'article 3 de la Convention. *A fortiori* en est-il de même pour le maintien en cellule, pour raisons disciplinaires, d'un détenu qui profite de ce maintien pour se suicider (CEDH 4 mai 2000, section III, *Bollan c/ Royaume-Uni*, req. n° 42117/98).

L'applicabilité de l'article 6 au contentieux de la fonction publique

Constitutif d'un revirement de jurisprudence, l'arrêt *Pellegrin c/ France* du 8 décembre 1999 a fixé le critère de l'applicabilité de l'article 6-1 de la Convention au contentieux de la fonction publique (v. Actualité de la CEDH, *AJDA* 2000, p. 530 ; Patrick Wachsmann, Un nouveau critère de l'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme au contentieux de la fonction publique, *RTDH* 2000, p. 831).

Dans l'arrêt de Grande Chambre rendu le 27 juin 2000 dans une espèce *Frylender c/ France* (req. n° 30979/96), la Cour est amenée à préciser l'orientation de la politique jurisprudentielle qu'elle entend suivre pour appliquer la solution de principe dégagée dans la jurisprudence *Pellegrin*. A l'évidence, la Cour opte pour une interprétation favorable à une large soumission du contentieux des agents publics au jeu de l'article 6-1. Tirant argument de l'objet et du but de la Convention, elle se prononce explicitement en faveur d'une lecture restrictive des exceptions aux garanties offertes par l'article 6-1. Pour ce faire, elle privilégie le recours à l'appréciation *in concreto*. Même si les activités d'un service participent à l'exercice de la puissance publique, il ne s'ensuit pas, *ipso facto*, que les agents de ce service soient privés du bénéfice de l'article 6-1 : il convient dans chaque cas de figure d'analyser *in situ* la nature exacte des fonctions des agents et leur degré de responsabilité.

En raisonnant de la sorte, la Cour s'accorde toute latitude pour faire reculer à souhait le spectre de l'inapplicabilité de l'article 6-1. Mais ne risque-t-elle pas, chemin faisant, de favoriser une nouvelle casuistique qui serait circonscrite cette fois aux agents des services de

l'administration participant à l'exercice de la puissance publique? A vrai dire, pareil risque demeure marginal. En revanche, il n'est pas acquis, loin s'en faut, que la grille des emplois soustraits au bénéfice de l'article 6-1 soit similaire à la nomenclature des emplois relevant de l'« administration publique » au sens du droit communautaire. Certes, la Cour met en avant ce dernier comme source d'inspiration, mais elle ne souhaitera sans doute pas, en particulier sous l'impulsion des juges les plus hostiles de l'arrêt *Pellegrin*, donner l'impression qu'elle est inféodée aux solutions du droit communautaire.

L'applicabilité de l'article 6-1 au contentieux des mesures d'éloignement des étrangers

Par le passé, la Commission européenne des droits de l'homme avait toujours considéré que la mesure autorisant ou non un étranger à rester dans un pays dont il n'est pas le ressortissant n'impliquait aucune décision sur ses « droits et obligations de caractère civil » ni sur le bien-fondé d'une accusation pénale dirigée contre lui (v. entre autres décision du 2 mai 1979, *DR 17*, p. 149, n° 8244/78 ; décision du 15 mai 1984, n° 9990/82, *DR 39*, p. 119 ; décision du 5 décembre 1996, n° 3113/96, *DR 87*, p. 151 ; décision du 25 octobre 1996, n° 32025/96, *DR 87*, p. 174).

L'affaire *Maouia c/ France* (req. n° 39652/98) renvoyée en janvier 1999 devant la Grande Chambre (v. Actualité de la CEDH, *AJDA* 2000, p. 532) a permis à la Cour de prendre très solennellement position sur une question inédite pour elle (arrêt du 5 octobre 2000).

La Cour se range à la jurisprudence constante de la Commission : l'article 6-1 n'est pas applicable au contentieux des décisions relatives à l'entrée, au séjour et à l'éloignement des étrangers. Partant, une procédure de relèvement de l'interdiction du territoire français n'est pas assujettie au respect de la règle du délai raisonnable.

L'angle d'attaque choisi par le requérant est tout à fait révélateur de ce que l'espèce *Maouia* avait été conçue, par ses promoteurs - les organisations de défense des droits des étrangers - comme affaire test. Le requérant avait en effet obtenu, d'une part, au lendemain de l'introduction de sa requête, le relèvement de l'arrêté d'interdiction du territoire et, d'autre part, l'octroi d'une carte de séjour de dix ans lorsque la requête fut pendante devant la Cour.

Pour conforter son alignement sur la solution consacrée par la Commission, la Cour fait appel à l'intention exprimée, selon elle, des auteurs du Protocole n° 7. En effet, le rapport explicatif de ce Protocole est compris comme faisant très clairement apparaître que les Etats étaient conscients que l'article 6 de la Convention ne s'appliquait pas au contentieux de l'expulsion des étrangers.

Pour conclure à l'inapplicabilité de l'article 6-1, la Cour se livre à une double réfutation.

Premièrement, une mesure d'interdiction du territoire n'entre pas dans le domaine des « droits civils » du seul fait qu'elle a eu, accessoirement, des conséquences, même importantes, sur la vie privée et familiale d'un individu.

Deuxièmement, une mesure d'interdiction du territoire ne peut être qualifiée de « pénale » au seul motif qu'elle a été prononcée dans le cadre d'une procédure pénale. Par nature elle se présente, en effet, comme une mesure de prévention spécifique en matière de police des étrangers.

Pour refuser d'ouvrir l'article 6 à certains contentieux intéressant la police des étrangers, la Cour est autant guidée par des motivations d'opportunité que par les considérations de stricte rigueur juridique. Elle a avant tout éloigné le spectre de l'avalanche de requêtes qui lui auraient été déférées, en particulier sous l'angle du délai raisonnable, si elle s'était avisée de tenir davantage compte de la spécificité de la mesure en cause.

En soustrayant apparemment toutes les mesures de police des étrangers au jeu de l'article 6-1 de la Convention, la Cour européenne met à mal, à tout le moins ponctuellement, la cohérence de sa jurisprudence relative à la notion de « matière pénale ». En refusant à la mesure d'interdiction du territoire une qualification qu'elle accorde au retrait de points au

permis de conduire, la Cour n'opte-t-elle pas pour « deux poids, deux mesures » ? (v. en ce sens l'opinion concordante du juge Costa).

La critique pourrait également porter sur la méthode suivie par la Cour pour prendre en considération le Protocole n° 7, et au premier chef son rapport explicatif qui se voit attribuer une portée renforcée, proche de celle des travaux préparatoires au sens de la convention de Vienne sur le droit des traités.

Or, il est peut-être quelque peu hasardeux de vouloir transformer le Protocole n° 7 en moyen d'interprétation authentique d'une disposition de la Convention, alors même que quatorze Etats parties ne l'ont pas encore ratifié.

En outre, les champs d'application des garanties prévues par l'article 6(1) et l'article 1 du Protocole n° 7 ne sont pas identiques : ces deux dispositions poursuivent des objectifs différents. C'est dire que la Cour a versé dans une démarche éminemment synchrétique.

Enfin, l'appel au Protocole n° 7 est opéré dans une perspective fondamentalement conservatrice (au sens premier du terme), qualifiée par certains de régressive (v. dans ce sens l'opinion dissidente commune à MM. Loucaides et Traja). A titre de comparaison, on rappellera que l'ancienne Cour se refusait à admettre qu'un protocole (en l'occurrence l'article 5 du Protocole n° 7) puisse être invoqué comme une *lex specialis* opposable à une interprétation évolutive d'une disposition de la Convention (v. sur ce point CEDH 22 février 1994, *Burghartz c/ Suisse*, Actualité de la CEDH, *AJDA* 1994, p. 511).

L'applicabilité de l'article 8 à la détention d'informations « publiques »

Dans le prolongement de l'arrêt du 16 février 2000, *Amann c/ Suisse* (req. n° 27798/95), la Cour européenne confirme la signification très large prêtée à la notion de « vie privée » au sens de l'article 8 de la Convention. Les données relatives aux activités politiques publiques d'un individu sont en effet considérées comme relevant de la vie privée (CEDH 4 mai 2000, *Rotaru c/ Roumanie*, req. n° 28341/95). En l'espèce, le requérant contestait la conventionnalité de la détention par le Service de sécurité intérieure roumain d'informations relatives à sa participation à la fin des années trente à une organisation paramilitaire d'extrême droite (la Ligue légionnaire) et son appartenance après 1945 à un parti politique ressortissant d'une mouvance voisine (le Parti national paysan). Pour justifier l'applicabilité de l'article 8 de la Convention, la Cour européenne renvoie à la Convention du Conseil de l'Europe de 1981 concernant le traitement automatisé d'informations nominatives. Mais elle fait surtout valoir la mutation de la distinction entre la sphère privée et la sphère publique : « Des données de nature publique peuvent relever de la vie privée lorsqu'elles sont, d'une manière systématique, recueillies et mémorisées dans les fichiers tenus par les pouvoirs publics » (§ 49). Et d'ajouter, eu égard aux circonstances de l'espèce : « Cela vaut encore davantage lorsque ces données concernent le passé lointain d'une personne » (§ 49).

La consécration d'un tel droit à l'oubli s'inscrit à l'évidence dans la défense d'une « société démocratique » plus consensuelle. Elle est de nature à contribuer à l'apaisement des passions dans les pays à passé politique agité et controversé. Il n'en demeure pas moins, sauf à verser allègrement dans le syncrétisme le plus total, que « le militantisme public au sein de partis politiques n'a rien à faire avec le principe qui commande d'élever la protection de la vie privée au rang du droit fondamental » (opinion dissidente du juge Bonello).

Sous l'angle de l'applicabilité de l'article 8, l'arrêt *Rotaru c/ Roumanie* retiendra l'attention pour une seconde raison : il pourrait être compris comme ouvrant subrepticement la voie à une protection de la réputation. En effet, lorsque la Cour est amenée à constater que certaines des informations détenues étaient erronées, elle prend soin d'ajouter, alors même que la précision n'était pas nécessaire, que de telles informations risquaient de porter atteinte à la réputation du requérant (§ 44).

L'article 13 au secours du respect du délai raisonnable

Avec l'entrée en vigueur du Protocole n° 12, la Cour est devenue destinataire de la totalité du contentieux portant sur la durée excessive des procédures juridictionnelles nationales entrant dans le champ d'application de l'article 6-1.

Ce contentieux plébéien, naguère traité pour l'essentiel par le Comité des ministres, pèse d'autant plus lourdement sur la capacité de travail de la Cour que le nombre des requêtes fondées sur la violation du « délai raisonnable » ne cesse de croître. Autant dire que la Cour est fortement soucieuse d'évacuer ce contentieux de son prétoire.

Dans cette perspective, elle a, dans un premier temps, fait usage de la notion de pratique administrative (CEDH 28 juillet 1999, *Bottazzi c/ Italie*, Actualité de la CEDH, *AJDA* 2000, p. 543). Avec l'arrêt *Kudla c/ Pologne* du 26 octobre 2000 (req. n° 30210/46), elle envisage un remède encore plus radical, fondé sur une interprétation constructive de l'article 13 de la Convention. En effet, le « droit à un recours effectif » est compris comme signifiant que l'individu dispose d'un recours lui permettant de contester devant une instance interne le non-respect de la règle du « délai raisonnable ».

« La Cour estime que l'interprétation *correcte* de l'article 13 est que cette disposition garantit un recours effectif devant une instance nationale permettant de se plaindre d'une méconnaissance de l'obligation, imposée par l'article 6-1, d'entendre les causes dans un délai raisonnable » (§ 166).

La solution ainsi retenue constitue une nouvelle étape, ô combien importante, de la revalorisation de l'article 13 de la Convention entreprise depuis peu par la Cour (v. Actualité de la CEDH, *AJDA* 1997, p. 985, et *AJDA* 1998, p. 988).

En l'occurrence, la Cour n'hésite pas, comme elle l'avait d'ailleurs déjà fait préalablement dans l'arrêt *Selmouni c/ France* du 28 juillet 1999 (Actualité de la CEDH, *AJDA* 2000, p. 534) à procéder à un revirement de jurisprudence très ouvertement fondé sur des considérations d'opportunité. « La Cour estime aujourd'hui que le temps est venu de revoir sa jurisprudence, eu égard à l'introduction devant elle d'un nombre toujours plus important de requêtes dans lesquelles se trouve exclusivement ou principalement allégué un manquement à l'obligation d'entendre les causes dans un délai raisonnable, au sens de l'article 6-1 » (§ 148).

Le revirement de jurisprudence s'appuie aussi sur une lecture des travaux préparatoires à laquelle l'ancienne Cour n'avait apparemment pas été sensible. Comme quoi un usage sélectif des travaux préparatoires de la CEDH laisse toute liberté à l'interprète ! Pour mémoire, on rappellera que dans l'affaire *Matthews c/ Royaume-Uni*, la Cour avait, nonobstant leur limpidité, complètement occulté les travaux préparatoires (v. Actualité de la CEDH, *AJDA* 2000, p. 527). En l'espèce, la Cour neutralise le jeu de la doctrine des « limitations implicites », traditionnellement appliquée à l'interprétation de l'article 13 de la Convention, par une valorisation de l'idée de subsidiarité du contrôle européen telle qu'elle serait exprimée par la disposition consacrant le « droit à un recours effectif ».

« La place de l'article 13 dans le système de protection des droits de l'homme institué par la Convention milite en faveur d'une limitation maximale des restrictions implicites à cette clause [...]. Ainsi, en énonçant de manière explicite l'obligation pour les Etats de protéger les droits de l'homme en premier lieu au sein de leur propre ordre juridique, l'article 13 établit au profit des justiciables une garantie supplémentaire de jouissance effective des droits en question. Tel qu'il se dégage des travaux préparatoires (*Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*, vol. II, pp. 486 et 490, et vol. III, p. 651), l'objet de l'article 13 est de fournir un moyen au travers duquel les justiciables puissent obtenir, au niveau national, le redressement des violations de leurs droits garantis par la Convention, avant d'avoir à mettre en oeuvre le mécanisme international de plainte devant la Cour » (§ 152).

Pour statuer de la sorte, la Cour se devait toutefois de lever un obstacle préalable, en d'autres termes écarter le jeu de la doctrine de l'absorption en vertu de laquelle, les garanties offertes

par l'article 1 étant supérieures à celles découlant de l'article 13, il n'y a pas lieu d'examiner un grief fondé sur l'article 13 dès lors qu'une violation a déjà été constatée au titre de l'article 6-1, ce qui était le cas dans l'espèce puisque la Cour avait déjà conclu à un manquement à l'obligation d'assurer au requérant un procès dans un délai raisonnable.

Or la Cour ne s'embarrasse guère d'une démonstration circonstanciée. Elle recourt à l'argument d'autorité. « Il n'y a pas superposition et donc pas absorption, lorsque, comme en l'espèce, le grief fondé sur la Convention que l'individu souhaite porter devant une « instance nationale » est celui tiré d'une méconnaissance du droit à faire entendre sa cause dans un délai raisonnable au sens de l'article 6-1 » (§ 147).

Les conséquences indirectes de la solution adoptée dans l'affaire *Kudla c/ Pologne* risquent d'être à la hauteur du coup d'éclat que constitue assurément l'arrêt rendu le 26 octobre 2000. Cette circonstance explique sans doute que la Cour ait pris soin de désamorcer les principales critiques susceptibles d'être adressées à son important revirement de jurisprudence. Comme l'exprime d'ailleurs sans détour le juge Casadevall dans son opinion partiellement dissidente, d'aucuns pourraient craindre que le remède soit pire que le mal.

La première incertitude a trait à la durée de la procédure interne. En effet, le fait d'exiger un nouveau recours est de nature à alourdir encore davantage le déroulement des instances devant le juge national, surtout si le contentieux relatif au « délai raisonnable » est justiciable de plusieurs degrés de juridiction. Pour s'opposer à cet argument, la Cour met en avance les expériences des pays (très peu nombreux au demeurant) qui ont aménagé, au plan interne, une procédure autorisant la sanction du non-respect du « délai raisonnable ». Elle invoque aussi, somme toute à titre de justification-massue, le risque d'asphyxie du système européen de contrôle, si l'article 13 n'était pas interprété comme elle vient de le faire.

Une deuxième interrogation concerne l'éventuelle modification des obligations assumées par les Etats en vertu de l'article 6-1. Un recours permettant de dénoncer la durée excessive d'une procédure n'impliquerait-il pas en soi un appel contre la « décision » sur l'accusation pénale ou sur la contestation relative aux droits et obligations de caractère civil ? En d'autres termes, l'arrêt *Kudla* ne mettrait-il pas à la charge des Etats une obligation qui ne leur est nullement imposée par la Convention elle-même ? Selon la Cour, une telle crainte est infondée : la nouvelle voie de droit exigée n'est intrinsèquement pas assimilable à un recours de second degré, et, en toute hypothèse, l'Etat dispose d'une certaine marge d'appréciation quant à la manière d'offrir le recours exigé par l'article 13 de la Convention.

Le troisième point controversé touche aux effets pervers de l'arrêt *Kudla* sur la charge de travail de la Cour. Pour autant que les Etats contractants ne vont pas, du jour au lendemain, établir le recours permettant de contester le non-respect du « délai raisonnable », il est fort à parier que les justiciables feront flèche de tout bois en multipliant devant la Cour les requêtes fondées sur la violation de l'article 13. Ils le feront d'autant plus volontiers qu'ils ne seront pas tenus par la règle de l'épuisement des voies de recours internes et qu'ils auront la quasi-certitude d'obtenir une satisfaction équitable de nature pécuniaire. Il est d'ailleurs probable qu'ils agiront de la sorte sans vouloir s'en tenir au seul contentieux relevant du champ d'application de l'article 6-1. Quelle sera alors la position de la Cour ?

Une quatrième difficulté, sans doute la plus préoccupante, est afférente à l'attitude qu'adopteront les Etats parties à la Convention. La manière dont la Pologne « exécutera » l'arrêt *Kudla* constituera déjà un premier test. Tout aussi instructive, sinon davantage, sera la réaction des autres parties contractantes face à un jugement qui présente toutes les apparences d'un arrêt de règlement, destiné à obvier à la carence législative des Etats pris individuellement, ou à l'inertie conventionnelle des Etats pris collectivement.

En tout état de cause, même si les Etats acceptaient, très spontanément et sans réticence aucune, de donner effet à la jurisprudence *Kudla*, il leur faudrait résoudre non seulement d'importantes questions d'intendance, mais aussi de délicats problèmes juridiques, voire constitutionnels.

Qu'en sera-t-il en particulier lorsque la méconnaissance du « délai raisonnable » sera imputable à une juridiction suprême et donc, le cas échéant, à la juridiction constitutionnelle ? En pareil cas, la détermination du juge compétent pour connaître du recours exigé par l'arrêt *Kudla* risque fort de s'apparenter à un véritable casse-tête.

CEDH et droit des libertés

Le droit à la vie

En vertu de l'article 2 de la Convention, les autorités nationales sont tenues de prendre des mesures concrètes en vue de prévenir les atteintes à la vie des individus (CEDH 28 octobre 1998, *Osman c/ Royaume-Uni*, §§ 115 et 116, req. n° 28194/95).

Cette disposition peut d'ailleurs, dans certaines circonstances particulières, mettre à la charge des autorités étatiques l'obligation positive de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu contre lui-même.

Cependant, il convient d'interpréter cette obligation de manière à ne pas imposer aux Etats un fardeau insupportable ou excessif, sans perdre de vue les difficultés qu'éprouvent les forces de l'ordre à exercer leurs fonctions dans les formes contemporaines, l'imprévisibilité du comportement humain et les choix opérationnels à faire en matière de priorités et de ressources.

Dès lors, l'obligation positive d'agir ne vaut pas pour toute menace présumée contre la vie. Il en est notamment de la sorte en cas de suicide d'une personne sujette à une mesure de rétention ou de détention par les autorités de police. La responsabilité de l'Etat ne sera engagée que dans certaines conditions.

« La Cour estime que, face à l'allégation selon laquelle les autorités ont failli à leur obligation positive de protéger le droit à la vie d'une personne gardée à vue dans le cadre de leur devoir consistant à surveiller les détenus et à empêcher les suicides, il lui faut se convaincre que lesdites autorités auraient dû savoir sur le moment que le détenu risquait de commettre un tel acte, et qu'elles n'ont pris, dans le cadre de leurs pouvoirs, que les mesures qui, d'un point de vue raisonnable, auraient sans doute pallié ce risque. Pour la Cour, et vu la nature du droit protégé par l'article 2, il suffit à un requérant de montrer que les autorités n'ont pas fait tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles pour empêcher la matérialisation d'un risque certain et immédiat pour la vie, dont elles avaient ou auraient dû avoir connaissance. Il s'agit là d'une question dont la réponse dépend de l'ensemble des circonstances de l'affaire [...] » (CEDH 16 novembre 2000, *Tanribilir c/ Turquie*, req. n° 21/22/93, § 72).

La liberté de religion

Le contentieux de la liberté de religion occupe, dans la jurisprudence de la Cour, une place de plus en plus importante (v. notamment Actualité de la CEDH, *AJDA* 2000, p. 537 ; *AJDA* 1998, p. 47). Au fil des arrêts ou des décisions de la Cour, se construit un véritable droit européen des religions.

Toutefois, ce n'est que très récemment que la Cour de Strasbourg a eu l'occasion de se prononcer sur des requêtes liées à des conflits entre tendances opposées au sein d'une même communauté religieuse. Jusqu'alors, en effet, de tels contentieux, généralement initiés par des fidèles ou des ministres du culte dissidents, avaient été clos par des décisions d'irrecevabilité au fond rendues par l'ancienne Commission.

Deux arrêts de Grande Chambre rendus à quelques mois d'intervalle apportent un éclairage à deux questions inédites dans la jurisprudence européenne : le premier (CEDH 27 juin 2000, *Association culturelle israélite Cha'are Shalom V^o Tsedek c/ France*, req. n° 27417/95) prend parti sur la protection d'un rite minoritaire au sein d'une communauté religieuse, le second (CEDH 26 octobre 2000, *Hassan et Tchaouch c/ Bulgarie*, req. n° 30985/96) se prononce sur la liberté d'organisation interne d'une communauté religieuse.

Liberté de religion et protection d'un rite minoritaire

Pour la Commission européenne des droits de l'homme, le refus d'agrément opposé, en matière de délivrance de la certification cachère, à une association représentative d'une tendance minoritaire au sein de la communauté israélite de France avait constitué un traitement discriminatoire contraire à l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 9. En statuant de la sorte, la Commission avait, dans une certaine mesure, accepté d'arbitrer un conflit interne à une communauté religieuse, entre coreligionnaires minoritaires et coreligionnaires majoritaires (v. Actualité de la CEDH, *AJDA* 2000, p. 538).

La Cour n'écarte pas irrémédiablement l'éventualité d'une telle protection, mais elle ne l'envisage, implicitement semble-t-il, qu'à titre d'*ultima ratio*, en cas de méconnaissance grave et flagrante des exigences de l'article 9 ou/et 14 de la Convention.

En effet, la Cour adopte une position plus que réservée à l'égard tant du droit à l'exercice d'un rite minoritaire au sein d'une communauté religieuse que de la sauvegarde du pluralisme au sein des confessions religieuses (CEDH 27 juin 2000, *Association culturelle israélite Cha'are Shalom V^e Tsedek*, préc.).

L'abattage rituel doit être considéré comme relevant du droit de manifester sa religion par l'accomplissement de rites au sens de l'article 9 de la Convention. Mais, pour la Cour, la méthode d'abattage ne fait pas partie intégrante de la liberté de religion, dès lors qu'il n'est pas porté atteinte au droit de se procurer de la viande répondant aux spécifications particulières d'une conviction religieuse. « La Cour estime que le droit à la liberté religieuse garanti par l'article 9 de la Convention ne saurait aller jusqu'à englober le droit de procéder personnellement à l'abattage rituel et à la certification qui en résulte, dès lors que [...] la requérante et ses membres ne sont pas privés concrètement de la possibilité de se procurer et de manger une viande jugée par eux conforme aux prescriptions religieuses » (§ 82).

En d'autres termes, si la liberté de religion impose aux Etats d'assurer le respect des obligations alimentaires particulières, elle n'exige pas qu'un groupement minoritaire se voie octroyer le droit de produire et de commercialiser lui-même la viande conforme à un précepte alimentaire déterminé. Par suite, le refus d'agrément opposé à l'association requérante ne saurait constituer une ingérence dans le droit de la libre manifestation de la religion.

En refusant de faire relever le droit revendiqué du champ d'application matérielle de l'article 9, la Cour retient une option motivée par des considérations de politique à la fois juridictionnelle et jurisprudentielle.

A un moment où la Cour européenne est en passe d'être victime de son succès, elle ne peut se permettre le luxe d'ouvrir inconsidérément son prétoire à toute revendication au simple motif qu'elle serait minoritaire.

Dans ces conditions, il n'est donc pas surprenant que la Cour élimine en amont tout débat de conventionnalité en jouant de la notion d'ingérence. Ce faisant, elle n'adhère pas à l'option d'irrecevabilité fondée sur la règle *de minimis*, mais *de facto* le résultat atteint est équivalent. Toutes propositions gardées, la démarche suivie doit être rapprochée de celle pratiquée pour décider de l'applicabilité des prescriptions de l'article 3 de la Convention, à savoir la prise en compte du « seuil de gravité » de l'atteinte invoquée.

En l'espèce, le choix méthodologique effectué par la Cour ne tient pas seulement à prévenir une explosion de revendications des minoritaires dans le champ de la liberté de religion, mais au-delà également. Apparemment, la Cour n'entend pas entrer dans une logique d'exacerbation du droit à la différence.

Si la liberté de religion constitue l'une des assises d'une société démocratique au sens de la Convention, la Cour n'a pas pour autant versé dans une politique jurisprudentielle fondée sur une conception hypertrophiée de la liberté de religion. Elle confirme cette orientation dans l'affaire *Cha'are V^e Tsedek* (préc.). A la différence des juges de la minorité (M. Bratza et

autres) qui opinent en faveur d'une approche « communautariste » de la liberté de religion, la Cour s'en tient à une approche « individualiste ». Alors que les juges dissidents focalisent leur attention sur la liberté de l'association requérante, en tant que groupe minoritaire, la Cour prend en compte la liberté de religion des « fidèles » membres de l'association. Cette différence de perspective conduit tout naturellement les juges de la minorité à affirmer que le droit à la liberté de religion de l'association requérante implique un droit à pratiquer l'abattage rituel en tant que rite selon ses propres canons. Qui plus est, ce droit est compris comme un droit inconditionnel ou absolu.

Or, la Cour n'entend pas aller aussi loin dans la valorisation du respect des convictions religieuses. L'adoption de la thèse défendue par M. Bratza et autres aurait en effet des conséquences importantes quant aux obligations des Etats en matière d'observance des règles alimentaires à connotation religieuse. Toute revendication relative au respect de ces dernières devrait, en bonne logique, être reconnue comme légitime, dès lors que les instances de la Convention n'ont pas vocation à se prononcer sur leur légitimité religieuse. Plus largement, la Cour a souhaité, en statuant comme elle l'a fait, ne pas consacrer une solution qui pouvait entraîner une très large protection, au titre de l'article 9 de la Convention, des rites minoritaires au sein des communautés religieuses. En effet, les motifs de restriction applicables au titre de l'article 9-2 sont loin de pouvoir contrecarrer systématiquement la présomption de légitimité religieuse et donc celle de conventionnalité attachées à un rite minoritaire.

Dans l'affaire *Sérif c/ Grèce* (CEDH 14 décembre 1999, préc.), la Cour a élargi la portée de la notion de pluralisme religieux : elle l'a étendue au pluralisme interne à une confession religieuse. Mais, pour autant, elle ne transforme pas l'Etat en « chien de garde » forcené de cette forme de pluralisme, contraint de se livrer à des interventions inconsidérées dans la vie interne du groupe religieux en cause. Le rôle attribué aux autorités nationales, confrontées à des conflits internes à une confession religieuse, est en effet conçu en des termes d'équilibre et non de confrontation. « Si des tensions risquent d'apparaître lorsqu'une communauté religieuse ou une autre devient divisée, il s'agit de conséquences inévitables du pluralisme, et le rôle des autorités ne consiste pas à supprimer la cause des tensions en éliminant le pluralisme, mais à veiller à ce que les groupes concurrents se tolèrent les uns les autres. »

A l'occasion de l'affaire *Cha'are Shalom V^e Tsedek*, la Cour adopte une position susceptible d'apparaître comme discordante par rapport à celle retenue dans l'affaire *Sérif*. En effet, il n'est plus question de pluralisme interne et d'éventuelles obligations positives en vue de sauvegarder celui-ci, mais au contraire de la reconnaissance aux Etats d'une certaine marge d'appréciation aux fins d'organisation de l'exercice d'un « culte ».

Eu égard au « caractère délicat des rapports entre l'Etat et les religions » (formule utilisée par la Cour), les autorités nationales se voient allouer une indéniable marge d'appréciation pour organiser l'exercice d'un « culte », dès lors que cette action concourt à la paix religieuse et à la tolérance. Dans la mesure où ces notions sont très générales (ou/et génériques), elles pourraient être comprises comme s'appliquant aussi aux rapports entre courant(s) majoritaire(s) et courant(s) minoritaire(s) au sein d'une même communauté religieuse. Mais, très vraisemblablement, elles ne visent que les rapports entre religions ou/et entre l'Etat et les religions.

En optant pour un contrôle européen à profil bas, la Cour entend à l'évidence ne pas s'engager dans une politique jurisprudentielle qui risquerait de mettre à mal les options constitutionnelles ou/et législatives retenues par les Etats en matière d'exercice de la liberté religieuse. Or, celles-ci ont au fil du temps, voire de l'histoire, acquis une sorte de légitimité propre à laquelle la Cour européenne ne s'estime guère habilitée à porter atteinte. En toute hypothèse, une valorisation, dans le cadre de l'article 9-1 de la Convention, de la théorie des « obligations positives » serait problématique pour les Etats pratiquant en matière culturelle un régime dit de séparation. Dans ces conditions, c'est-à-dire en l'état actuel de la jurisprudence de la Cour, une conclusion provisoire s'impose. La protection européenne du pluralisme religieux est régie par un double standard : le pluralisme entre religions profite d'une protection renforcée ; en revanche, le pluralisme au sein d'une confession religieuse ne

bénéficie que d'une protection restreinte.

Jusqu'à présent, les instances de contrôle de la Convention ne s'étaient prononcées que sur l'égalité de traitement entre religions minoritaires et religions majoritaires. Et, en l'occurrence, elles avaient fait prévaloir une conception intransigeante du principe de non-discrimination en matière de respect des convictions religieuses.

Or, cette conception exigeante de l'égalité de traitement entre convictions religieuses n'est toutefois pas étendue par la Cour aux relations entre l'Etat et les divers courants cohabitant au sein d'une même confession religieuse. A la différence de la Commission, la Cour refuse d'admettre que l'existence d'un agrément accordé à la seule association consistoriale israélite pour pratiquer l'abattage rituel soit constitutive d'une discrimination contraire à l'article 9 combiné avec l'article 14 de la Convention.

L'argumentation développée par la Cour n'est certes pas vraiment convaincante d'un point de vue méthodologique. En effet, le raisonnement de la Cour est abrupt : l'existence d'une « justification raisonnable et objective » au sens de l'article 14 n'est pas réellement démontrée. La Cour se contente d'une motivation par renvoi, prenant acte de la conclusion précédemment dégagée sur le terrain de l'article 9-2 de la Convention. En d'autres termes, le contrôle exercé en vertu du paragraphe 2 de l'article 9 absorbe celui pratiqué en application de l'article 14. La démonstration de la conventionnalité de la mesure incriminée en tant que « mesure nécessaire dans une société démocratique » vaut par conséquent brevet de proportionnalité octroyé au titre de la clause de non-discrimination.

Face à cette motivation plutôt expéditive, il serait tentant d'adhérer à la démarche des juges de la minorité (M. Bratza et autres) se prononçant en faveur d'un contrôle européen plus étendu, puisqu'il en allait du respect du pluralisme religieux, c'est-à-dire d'un principe cardinal, réitéré de façon récurrente par la Cour elle-même.

Il est toutefois à craindre qu'une valorisation extrémiste du pluralisme religieux ne conduise à un foisonnement de revendications minoritaires de tous ordres, et ce bien au-delà des modalités d'exercice de l'abattage rituel. Or si une telle perspective constitue une sorte d'anticipation à l'entrée en vigueur du Protocole n° 12, elle n'apparaît pas pour autant des plus réalistes.

Liberté de religion et organisation interne d'une communauté religieuse

Un conflit au sein de la communauté musulmane de Bulgarie, opposant deux chefs religieux revendiquant le titre de grand mufti, a donné l'occasion à la Cour de confirmer, dans le prolongement de la jurisprudence de l'ancienne Commission, que l'organisation de la vie interne d'une communauté religieuse est protégée par l'article 9 de la Convention et doit nécessairement l'être sous peine de fragiliser la liberté de religion des individus partageant une même croyance religieuse.

« Lorsque l'organisation de la communauté religieuse est en cause, l'article 9 doit s'interpréter à la lumière de l'article 11 de la Convention qui protège la vie associative contre toute ingérence injustifiée de l'Etat. Vu sous cet angle, le droit des fidèles à la liberté de religion suppose que la communauté puisse fonctionner paisiblement, sans ingérence arbitraire de l'Etat. En effet, l'autonomie des communautés religieuses est indispensable au pluralisme dans une société démocratique et se trouve donc au cœur même de la protection offerte par l'article 9. Elle présente un intérêt direct non seulement pour l'organisation de la communauté en tant que telle, mais aussi pour la jouissance effective par l'ensemble de ses membres actifs du droit à la liberté de religion » (CEDH 26 octobre 2000, *Hassan et Tchaouch c/ Bulgarie*, préc., § 62).

En vertu de l'article 9 de la Convention, les autorités étatiques sont astreintes à une obligation de neutralité dans l'exercice des pouvoirs qu'elles détiennent, le cas échéant, à l'égard des groupements religieux. La Convention exclut fondamentalement toute appréciation de la part de l'Etat sur la légitimité des croyances religieuses ou des modalités d'expression de celles-ci.

De la sorte, des mesures de l'Etat favorisant un dirigeant d'une communauté religieuse divisée ou visant à contraindre la communauté, contre ses propres souhaits, à se placer sous une direction unique constituerait également une atteinte à la liberté de religion (CEDH 14 décembre 1999, *Serif c/ Grèce*, préc., § 52).

Dès lors, s'analysent comme des ingérences dans l'organisation interne de la communauté musulmane des décisions gouvernementales ayant favorisé une fraction de la communauté musulmane en lui reconnaissant le statut de direction officielle unique, en excluant totalement les chefs reconnus jusqu'alors. De telles mesures ont en effet eu pour conséquence, en droit et en fait, de priver la direction écartée de toute possibilité de continuer à représenter au moins une partie de la communauté musulmane et de gérer ses affaires selon les vœux de cette partie de la communauté.

Etant donné que la Cour a « censuré » l'ingérence dénoncée sur le terrain du non-respect de la condition de « légalité » (v. *supra*, La place de la condition de « légalité » dans la jurisprudence de la Cour), elle a laissé ouverte la question de principe : les mesures d'enregistrement formel des autorités religieuses par les autorités publiques sont-elles susceptibles d'être assimilées à des mesures nécessaires dans une société démocratique ?

La réponse est sans conteste affirmative lorsque la compétence de l'autorité publique est entièrement liée. Qu'en sera-t-il en revanche lorsque le pouvoir d'enregistrement comportera ne serait-ce qu'une faible marge d'appréciation ?

Rapporté à la situation française, l'arrêt du 26 octobre 2000 fournit un minimum d'enseignements. A tout le moins, il éclaire davantage le cadre juridique dans lequel le ministre de l'Intérieur et des Cultes devra inscrire ses initiatives destinées à susciter la création d'institutions représentatives des musulmans de France. En revanche, la Cour laisse en suspens la question de l'étendue du droit d'intervention des autorités étatiques dans le règlement de conflits internes à des cultes « reconnus », tels ceux des départements d'Alsace-Moselle.

L'éloignement des étrangers

Expulsion et article 3 de la Convention

Conformément à une jurisprudence bien établie, le risque pour un étranger expulsé d'encourir dans le pays de destination la peine de lapidation pour cause d'adultère est considéré comme constitutif d'une violation de l'article 3 de la Convention (CEDH 11 juillet 2000, section IV, *Jabari c/ Turquie*, req. n° 40035/98).

Le principal intérêt de cet arrêt réside toutefois dans la garantie procédurale que la Cour dégage de l'article 3 au profit des demandeurs d'asile. Elle estime en l'occurrence qu'un délai de cinq jours pour déposer une demande d'asile contrevient aux exigences de l'article 3. « L'application automatique et systématique d'un délai aussi court pour la présentation d'une demande d'asile doit être considérée comme contraire à la valeur fondamentale consacrée par l'article 3 » (§ 40).

En statuant de la sorte, la Cour de Strasbourg fait donc entendre sa « musique personnelle » dans le cadre de l'application de la convention de Genève du 28 juillet 1951 relative aux réfugiés. (Pour un éclairage d'ensemble sur la contribution de la jurisprudence de la Commission et de la Cour au droit de la convention de 1951, V. N. Mole, Problèmes soulevés par certains aspects de la situation actuelle des réfugiés sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme, *Bulletin des droits de l'homme* janvier 1996, pp. 23-73.)

Expulsion et article 8 de la Convention

L'étranger divorcé faisant l'objet d'une mesure d'expulsion alors qu'il était en attente de l'issue d'une procédure relative au droit de visite à son fils est recevable à se plaindre d'une ingérence dans son droit au respect de la vie familiale (CEDH 11 juillet 2000, section I, *Ciliz c/* 16

Pays-Bas, req. n° 29192/95).

La Cour considère que les autorités nationales ont eu une attitude incohérente. En effet, si, d'une part, elles s'employaient à observer leur obligation positive d'assurer le maintien des liens familiaux, d'autre part, elles n'hésitaient pas à expulser le requérant. De la sorte, les autorités nationales n'ont pas seulement préjugé de l'issue de la procédure relative au droit de visite, elles ont surtout privé le requérant de toute possibilité de véritable participation ultérieure à cette procédure.

En conséquence, en l'absence de coordination des procédures, les autorités n'ont pas agi de manière à permettre le développement de liens familiaux. Dans ces conditions, le processus de prise de décision, qu'il s'agisse de l'expulsion ou du droit de visite, n'a pas accordé aux intérêts du requérant la protection voulue.

En résumé, l'arrêt *Ciliz* constitue une bonne illustration de l'importance des garanties procédurales inhérentes au droit au respect de la vie familiale.

Mots clés :

DROIT ET LIBERTE FONDAMENTAUX * Cour européenne des droits de l'homme * Droit à la vie et à l'intégrité physique * Procès équitable * Recours effectif * Vie familiale * Liberté de culte
TRAITE INTERNATIONAL * Applicabilité