

RSC

RSC 2008 p. 692

Droits de l'homme

Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Jean-Pierre Marguénaud, Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Limoges OMIJ

Damien Roets, Maître de conférences à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Limoges OMIJ

Article 3 - Interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants

Lutte contre le terrorisme international et respect des droits de l'homme (CEDH, Grande Chambre, 28 février 2008, *Saadi c/ Italie*)

Le 11 septembre 2001 a bien failli faire perdre son âme à l'Europe des droits de l'homme. En effet, si l'on en croit le sénateur suisse Dick Marty, auteur pour le Conseil de l'Europe de deux rapports sur les transferts illégaux et les détentions secrètes, publiés le 13 juin 2006 et le 8 juin 2007, plusieurs Etats européens, et plus particulièrement la Pologne et la Roumanie, ont très directement aidé le 43^e président des Etats Unis d'Amérique à mener la lutte contre le fléau du terrorisme international avec des moyens délibérément attentatoires aux droits intangibles de l'homme à ne pas être soumis à la torture ou à des traitements inhumains ou dégradants. Ces dérives n'ont pas été empêchées par les Lignes directrices sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme adoptées en 2002 par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe qui, s'inspirant d'une formule puisée dans un arrêt antérieur au 11 septembre, l'arrêt *Chahal c/ RU* du 15 novembre 1996, avaient courageusement énoncé que le recours à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants était prohibé en termes absolus, en toutes circonstances, y compris à l'égard de personnes poursuivies ou condamnées pour des activités terroristes quels qu'aient été leurs agissements (1). Il faudra donc des moyens de plus forte portée juridique pour rendre concrète et effective en Europe l'idée, notamment défendue par M. Robert Badinter, suivant laquelle la victoire indirecte des terroristes est de nous faire abandonner nos valeurs pour les transformer en martyrs en violant les droits de l'homme dans la lutte impérieuse menée contre eux. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme peut, à l'évidence, être un de ces moyens. Or, une affaire *Saadi c/ Italie* vient, le 28 février 2008, de donner à une Grande Chambre l'occasion de rappeler clairement et hautement que les exigences de la lutte contre le terrorisme international ne sauraient justifier la moindre relativisation des interdictions formulées par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans cette affaire *Saadi* (2), un ressortissant tunisien soupçonné de terrorisme international était menacé d'expulsion par l'Italie vers son pays d'origine où il avait été condamné par défaut et où il risquait d'être torturé. La question de savoir si la mise à exécution de cette menace entraînerait une violation de la Convention s'inscrivait dans l'aire d'influence du sempiternel arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni* du 28 mai 1985, encore une fois rappelé pour avoir cristallisé une jurisprudence constante suivant laquelle les Etats ont, en vertu d'un principe de droit international bien établi, le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non nationaux. L'attachement de la Cour de Strasbourg à ce principe protecteur de la souveraineté des Etats dans un domaine particulièrement sensible conduit, souvent, à des conséquences très sévères pour les étrangers, tant au regard de l'article 8 de la Convention (3) que de l'article 5 (4). Un tempérament jurisprudentiel a néanmoins été introduit lorsqu'un Etat membre du Conseil de l'Europe projette d'expulser ou d'extrader un étranger vers un Etat tiers où il courra des risques réels d'être soumis à un traitement contraire à l'article 3. Le célèbre arrêt *Soering c/ Royaume-Uni* du 7 juillet 1989 relatif à l'attente dans les couloirs de la mort est particulièrement représentatif de cet assouplissement humaniste. L'arrêt *Chahal c/ Royaume-Uni* du 15 novembre 1996 (5) avait conduit la Cour, en raison de la prohibition en des termes absolus de la torture et des traitements inhumains ou dégradants par l'article 3, à faire montre de la même bienveillance à l'égard d'un terroriste sikh en grand péril d'être torturé si on l'expulsait vers l'Inde. La Cour, avant de décider que la mise à exécution de

l'arrêté ordonnant cette expulsion emporterait violation de l'article 3, avait pris soin de préciser qu'elle était parfaitement consciente des énormes difficultés que rencontrent à notre époque les Etats pour protéger leur population de la violence terroriste. Déjà, en 1996, le Royaume-Uni avait eu tendance à considérer que cette position affirmée dans une affaire qui le concernait était, au contraire, une marque d'inconscience. Cette opinion ayant été considérablement renforcée par les événements du 11 septembre, le Royaume-Uni a saisi l'occasion que lui offrait l'affaire *Saadi* pour tenter de convaincre la Cour, grâce à une tierce intervention admise au titre de l'article 36 § 1 de la Convention, d'abandonner la jurisprudence *Chahal* pour tenir compte de l'accroissement des difficultés rencontrées par les Etats pour faire face à la menace terroriste. Or, la Cour, sans citer directement les événements du 11 septembre, a fermement et courageusement estimé que « cela ne saurait [...] remettre en cause le caractère absolu de l'article 3 ». En conséquence, elle a écarté la distinction que le Royaume-Uni lui proposait d'établir entre les mauvais traitements infligés directement par un Etat membre du Conseil de l'Europe et ceux qui pourraient être infligés par les autorités d'un Etat tiers, dont on pourrait s'accommoder. En outre, elle a écarté la proposition britannique de mettre en balance le risque que la personne subisse un préjudice en cas de refoulement d'un côté et, de l'autre, la dangerosité pour la société si elle n'était pas renvoyée, car la gravité de la menace représentée par un individu pour la collectivité ne diminue en rien le risque qu'il subisse des mauvais traitements s'il est refoulé. Pour pouvoir rester fidèle à ses principes, la Cour a donc dû écartier la mise en oeuvre d'une sorte de contrôle de proportionnalité en trompe-l'oeil. Les arguments du Royaume-Uni ayant été balayés, l'Italie a donc été placée sous la menace d'un constat de violation de l'article 3 pour le cas où elle procéderait à l'expulsion du requérant vers la Tunisie. Pour laisser au lecteur, qui ne serait pas encore rompu à la technique de la tierce intervention devant la Cour de Strasbourg, le temps de s'habituer à ce paradoxe procédural, on signalera que, pour admettre l'existence de motifs sérieux et avérés de croire au risque réel de traitements incompatibles avec l'article 3, la Cour a admis un allègement de la charge de la preuve déjà esquissé dans l'arrêt *Salah-Sheekh c/ Pays-Bas* du 11 janvier 2007 - qui ne concernait pas un étranger soupçonné d'activités terroristes - : lorsque le requérant allègue faire partie d'un groupe systématiquement exposé à une pratique de mauvais traitements, il peut démontrer, à l'aide de rapports récents provenant d'associations internationales indépendantes de défense des droits de l'homme, l'existence de cette pratique et les risques qu'il encourt en raison de l'appartenance à ce groupe.

Si l'on veut bien admettre que la braderie des droits de l'homme est la plus cinglante des défaites qu'un Etat de droit puisse essuyer dans la lutte contre le terrorisme international  (6), on devra convenir que l'arrêt *Saadi c/ Italie* du 28 février 2008 est le grand arrêt dont l'Europe avait besoin pour signifier au reste du monde que ses valeurs essentielles résisteraient au 11 septembre 2001.

Malheureusement, ces valeurs n'ont pas aussi bien résisté face à l'autre fléau universel du début du siècle et de la fin du précédent qui pose également de redoutables problèmes d'expulsion des étrangers : celui du sida. Par un arrêt de Grande Chambre *N. c/ Royaume-Uni* du 27 mai 2008, la Cour européenne des droits de l'homme, soucieuse de ne pas faire peser une charge trop lourde sur les Etats membres du Conseil de l'Europe et de limiter les prolongements d'ordre économique ou social des droits essentiellement civils et politiques garantis par la Convention, a en effet estimé qu'un Etat ne commettrait pas de traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 3 s'il expulsait une personne séropositive et présentant des affections liées au sida vers un Etat où ses souffrances seraient augmentées et son espérance de vie diminuée en raison de l'absence ou du prix élevé des médicaments efficaces. Cet arrêt a probablement fait perdre, cette fois, son âme à l'Europe des droits de l'homme, coupée de ses racines économiques et sociales. Les pénalistes devaient donc en être alertés, même s'il ne les concerne pas directement. Il leur permettra néanmoins de constater, avec stupeur que, au regard, de l'article 3, la Cour de Strasbourg se préoccupe désormais davantage des conséquences de l'expulsion d'un terroriste que de celles de l'éloignement d'un sidéen.

J.-P. M.

Article 6 - Droit à un procès pénal équitable

La stigmatisation européenne des provocations policières (CEDH, Grande Chambre, 5 février 2008, *Ramanauskas c/ Lituanie*)

Il est si difficile de recueillir les éléments de preuve de certaines infractions que, pour en confondre les auteurs au col plus blanc que blanc, les autorités de police doivent parfois user de stratagèmes et tendre des guets-apens procéduraux. Il serait, à l'évidence, de très mauvaise politique d'empêcher les policiers de démentir la réputation de balourdise que les amuseurs publics leur taillent depuis des siècles et de se montrer aussi rusés que les malfaiteurs. Il y a néanmoins des limites que les exigences du droit à un procès équitable doivent les empêcher de franchir. C'est à les fixer qu'un arrêt de Grande Chambre *Ramanauskas c/ Lituanie* du 5 février 2008 a travaillé sérieusement.

En l'espèce, un policier spécialisé dans la lutte anti-corruption qui soupçonnait un procureur de s'être laissé corrompre par le passé l'avait contacté à titre privé pour lui proposer une forte somme d'argent s'il essayait d'obtenir l'acquiescement d'une tierce personne. Après plusieurs tentatives infructueuses, l'agent tentateur arriva à faire accepter sa fatale proposition. Il sollicita alors l'autorisation de se livrer à un simulacre d'infraction qui lui fut finalement délivrée par un substitut du procureur général. Assuré de l'impunité, le vrai policier corrupteur fictif remit l'argent au procureur piégé qui fut bientôt poursuivi pour avoir accepté, en infraction avec le code pénal lituanien, un pot-de-vin, démis de ses fonctions et finalement condamné à 19 mois d'emprisonnement et à la confiscation de ses biens.

L'ex-magistrat lituanien a cependant gardé assez de force pour aller se plaindre devant la Cour de Strasbourg de ce que l'utilisation dans la procédure d'éléments recueillis dans de telles conditions avait méconnu son droit à un procès équitable garanti par l'article 6 § 1 de la Convention. L'arrêt *Ramanauskas* du 5 février 2008, qui constate, à l'unanimité, une violation de cet article n'aurait qu'une importance secondaire s'il n'avait été rendu par une Grande Chambre sur le fondement de l'article 30 de la Convention européenne des droits de l'homme. On sait en effet que le dessaisissement d'une chambre en faveur d'une Grande Chambre, organisé par cet article, n'est prévu que dans le cas où l'affaire soulève une question grave relative à l'interprétation de la Convention ou si la solution d'une question peut conduire à une contradiction avec un arrêt antérieurement rendu par la Cour. Or, la Cour avait précisément rendu sur ce genre de questions un précédent arrêt qui fixait de strictes limites à l'exploitation procédurale de stratagèmes policiers : il s'agit de l'arrêt *Teixiera de Castro c/ Portugal* du 9 juin 1998. Si la Chambre a estimé nécessaire de se dessaisir en faveur d'une Grande Chambre, c'est, à n'en pas douter, parce que de fortes pressions policières s'étaient manifestées pour obtenir un assouplissement des principes affirmés en 1998. A l'instar de l'arrêt *Saadi c/ Italie* du 28 février 2008, l'arrêt *Ramanauskas* n'a toutefois pas cédé à l'influence de tous ceux qui s'acharnent à défendre l'idée simpliste, et peut-être même vaguement populiste, suivant laquelle le meilleur moyen de renforcer l'efficacité de la police, et de la magistrature, serait de les alléger de la contrainte de respecter des droits de l'homme.

Après avoir bien pris soin de souligner qu'elle n'ignore pas les difficultés inhérentes au travail d'enquête et d'investigation qui conduisent de plus en plus souvent la police à recourir, notamment face au crime organisé et à la corruption, aux agents infiltrés, aux informateurs et aux pratiques sans « couverture », la Cour redit donc en Grande Chambre ce qu'elle avait affirmé en 1998 : même si la recevabilité des preuves relève au premier chef des règles de droit interne, il n'en demeure pas moins que le droit à un procès équitable s'applique à toute forme de criminalité, de la plus simple à la plus complexe, et que le droit à une bonne administration de la justice qui en est déduit occupe une place si éminente qu'on ne saurait le sacrifier à l'opportunité. Comme l'arrêt *Teixiera de Castro*, l'arrêt *Ramanauskas* consacre la distinction entre les infiltrations policières, qui sont tolérables dans la mesure où elles sont clairement circonscrites, et les provocations policières, qui privent *ab initio* et définitivement la personne mystifiée d'un procès équitable. La différence entre les infiltrations, permises (7), et les provocations, attentatoires à l'article 6 § 1, s'établit de la manière suivante : en cas de provocation policière, les agents infiltrés ne se limitent pas à examiner d'une manière purement passive l'activité délictueuse mais exercent sur la personne qui en fait l'objet une influence de nature à l'inciter à commettre une infraction qu'autrement elle n'aurait pas

commise. C'est à une influence de ce type que le procureur Ramanauskas avait été soumis

L'arrêt du 5 février 2008 ne se borne pas à vivifier les principes déjà posés par l'arrêt *Teixiera de Castro* : il apporte une nouvelle pièce au mécanisme de lutte contre les provocations policières.

En l'espèce, le gouvernement lituanien avait essayé d'éviter le constat de violation de l'article 6 § 1 en faisant valoir que, en autorisant le recours au simulacre litigieux, les autorités de poursuite n'avaient fait que se mettre en situation de constater une infraction que l'intéressé avait déjà projeté de commettre en raison d'une provocation déjà réalisée par un agent qui, bien qu'accomplissant des actes de nature policière, aurait agi à titre privé. La Cour n'a pas accepté un tel raisonnement. Pour elle, en effet, les autorités lituaniennes engageaient leur responsabilité sur le terrain de la Convention au titre des agissements du policier antérieurs à l'autorisation du simulacre car toute autre solution ouvrirait la voie aux abus et à l'arbitraire, en permettant un contournement des principes européens par le recours à une privatisation de la provocation policière. Dans ces conditions, il est plus que probable que si, par extraordinaire, une personne était pénalement condamnée en fonction de preuves établies par des provocations de services de sécurité privés, elle pourrait utilement invoquer la jurisprudence *Ramanauskas*.

J.-P. M.

L'article 505 du code de procédure pénale : un îlot de résistance à l'influence des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 5^e section, 22 mai 2008, *Gacon c/ France* ; cette Revue 2008. 635, obs. A. Giudicelli )

Le constat de violation de l'article 6 § 1, dressé contre la France par l'arrêt *Ben Naceur* du 3 octobre 2006 parce que la prolongation du délai d'appel accordée au parquet par l'article 505 du code de procédure pénale (8) place le prévenu en position de net désavantage, rend difficilement imaginable que les autorités normatives restent sans réaction (9). Pourtant, à ce jour, aucune initiative n'a été prise pour que l'article 505 du code de procédure pénale soit abrogé, ou, à tout le moins, modifié, de manière à ce que le principe de l'égalité des armes gouverne enfin la durée de l'exercice des voies de recours devant les juridictions répressives. Il y a désormais urgence à le faire car cet article, dont l'inconventionnalité est criante, a valu à la France un nouveau constat de violation de l'article 6 § 1 par un arrêt *Gacon* du 22 mai 2008. Pour tenter d'échapper à la réédition de la solution *Ben Naceur* affirmée dans une hypothèse où le prévenu avait été condamné en première instance, le gouvernement français avait finement fait observer que, cette fois, le prévenu avait bénéficié d'un jugement de relaxe. Il faudrait donc comprendre que « les affres de l'incertitude durant plusieurs longues semaines après l'expiration du délai de droit commun » (10) sont moins douloureuses pour quelqu'un qui a déjà entrevu l'heureuse fin de son épreuve judiciaire. En réalité, dans un cas pareil, le désavantage de la personne poursuivie par rapport au ministère public est encore plus net puisque le risque auquel l'expose l'appel attendu pendant les longues semaines d'insécurité juridique est plus grand encore. Aussi, la Cour a-t-elle logiquement admis dans l'arrêt *Gacon* que le principe de l'égalité des armes était *a fortiori* bafoué par l'article 505 du code de procédure pénale.

Dès lors, une évidence s'impose : il faut, sans tergiverser davantage, abroger ou modifier ce texte dont le maintien en l'état expose la France à une pluie de nouvelles condamnations par la Cour de Strasbourg. La réforme de l'article 505 du code de procédure pénale n'est pas seulement nécessaire pour cette raison de pur bon sens. Au regard des exigences du droit européen des droits de l'homme, elle est en effet la seule réponse concevable pour tenir compte de l'autorité de la chose jugée renforcée par l'effet direct des arrêts de la Cour découlant de l'arrêt *Vermeire c/ Belgique* du 29 novembre 1991 (11). Il est vrai qu'une telle réaction a eu du mal à entrer dans les moeurs de la Ve République. C'est ainsi que, il n'y a pas si longtemps, un garde des Sceaux, dont nous ne donnerons, par souci de discrétion, que les initiales - E.G. - aventurait, dans une circulaire du 19 mars 1998 relative au régime juridique de la contrainte par corps, qu'aucune conséquence générale ne pouvait être attribuée en droit français à l'arrêt *Jamil* du 8 juin 1995 dans la mesure où les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme n'obligent que les parties au litige et pour le cas

tranché. C'est effectivement ce que l'on pouvait déduire de l'article 46 § 1 de la Convention, mais la lecture littérale de ce texte était déjà devenue désuète. Il faut d'ailleurs remarquer que, depuis quelques années, le législateur français, toutes majorités politiques confondues, a pris l'habitude de tirer les conséquences générales des arrêts de la Cour de Strasbourg en abrogeant ou en modifiant les textes répressifs - pour ne parler que d'eux - dont une application particulière nous avait valu une condamnation dans un cas donné. Ainsi, la loi du 15 juin 2000, à laquelle le nom de M^{me} Elisabeth Guigou est attaché, a-t-elle abrogé l'article 583 du code de procédure pénale relatif à la mise en état de l'auteur d'un pourvoi en cassation condamné à une privation de liberté de plus d'un an, qui nous avait valu un constat de violation de l'article 6 § 1 par l'arrêt *Khalfaoui* du 14 décembre 1999. La loi du 9 mars 2004, à laquelle le nom de M. Dominique Perben restera lié, a même fini par tirer des conséquences générales de l'arrêt *Jamil* en substituant la contrainte judiciaire à la contrainte par corps. Dans le même esprit, la loi du 9 mars 2004 a également abrogé les articles 627-21 à 639 du code de procédure pénale, qui organisaient la procédure par contumace, pour prendre en compte l'arrêt *Krombach* du 13 février 2001 (12) et l'article 36 de la loi du 29 juillet 1881 qui prévoyait et punissait le délit d'offense à un chef d'Etat étranger pour donner à l'arrêt *Colombani et autres* du 25 juin 2002 la portée la plus générale qui se puisse imaginer. Enfin, l'arrêt *Vaudelle* du 30 janvier 2001 a fini par pousser la loi du 5 mars 2007 non plus à retirer mais à ajouter des articles au code de procédure pénale, les articles 706-112 à 706-118, pour adapter aux exigences européennes les règles relatives à la poursuite, à l'instruction et au jugement des infractions commises par des majeurs protégés (13).

Dans ce contexte législatif et européen complètement renouvelé depuis quelques années, l'article 505 du code de procédure pénale fait figure d'îlot de résistance incongrue. Il ne faudrait pas attendre, pour le réduire, que le Conseil d'Etat, dans le prolongement de son essentiel arrêt *Gardedieu* du 8 février 2007 (14), en vienne à instituer la responsabilité de l'Etat du fait des lois maintenues en contrariété avec la Convention.

J.-P. M.

L'article 529-10 du code de procédure pénale sauvé des eaux conventionnelles ? (CEDH, 5^e section, 29 avril 2008, déc., *Thomas c/ France*)

Les rencontres entre le droit pénal routier français et le droit européen des droits de l'homme, en dépit des interrogations que, de longue date (15), celui-là peut susciter au regard de celui-ci, sont assez rares pour que, quand elles se produisent, elles soient diligemment signalées. Jusqu'à ce jour, en s'en tenant aux seuls arrêts (à l'exclusion, donc, des décisions sur la recevabilité), elles ont toutes eu lieu sur le terrain du droit d'accès à un tribunal tel que consacré par la Cour européenne des droits de l'homme, interprétant l'article 6 § 1 de la Convention, dans son célèbre arrêt *Golder c/ Royaume-Uni* du 21 février 1975. Outre l'arrêt *Malige c/ France* du 23 septembre 1998, qui délivra au système du permis à points son brevet de conventionnalité, il faut citer les arrêts *Peltier c/ France*, du 21 mai 2002, et *Besseau c/ France*, du 7 mars 2006, qui stigmatisèrent la pratique *contra legem* consistant pour certains parquets, en matière d'amende forfaitaire, à déclarer, en dehors des prévisions textuelles limitativement énumérées, « juridiquement non fondées » des réclamations aux fins d'annulation du titre exécutoire. Ce sont, encore une fois, le droit d'accès au tribunal et la procédure d'amende forfaitaire qui, dans la présente affaire, auraient pu donner lieu à un arrêt *Thomas c/ France* si... la requête n'avait été *ab initio* déclarée irrecevable.

En l'espèce, le requérant, auteur, en janvier 2004, d'un excès de vitesse, se plaignait de s'être vu appliquer le mécanisme prévu par l'article 529-10, al. 1-2^o, du code de procédure pénale, issu de la loi n° 2003-495 du 12 juin 2003 renforçant la lutte contre la violence routière qui, pour les contraventions mentionnées à l'article L. 121-3 du code de la route, et hors les cas de destruction, vol ou usurpation de plaque d'immatriculation visés au 1^o du même alinéa, conditionne la requête en exonération (pour l'amende forfaitaire « simple ») et la réclamation (pour l'amende forfaitaire majorée) au versement d'une consignation d'un montant équivalent à celui de l'amende à payer (16). En mars 2004, le requérant, qui contestait à la fois la réalité de l'infraction et l'exigence de consignation préalable, contraire, selon lui, au droit d'accès à un tribunal au sens de l'article 6 § 1 de la Convention, présenta au service verbalisateur compétent une requête en exonération tout en refusant de s'acquitter de la

somme de 135 euro due au titre de la consignation. Cette entreprise donquichottesque lui valut de recevoir, en décembre 2004, un avis de recouvrement d'amende forfaitaire majorée d'un montant de 375 euro. Les mêmes causes produisant les mêmes effets, en l'absence du versement des 375 euro, sa réclamation, par laquelle il contestait à nouveau la réalité de l'infraction et le principe de la consignation, fut impitoyablement rejetée, sans passer, par voie de conséquence, par la case « tribunal de police ». D'où, finalement, la requête introduite devant la Cour européenne des droits de l'homme en avril 2005.

L'intérêt de la présente décision est d'apporter des éléments de réponse à la question de savoir si, oui ¶(17) ou non ¶(18), l'exigence de consignation préalable de l'article 529-10 du code de procédure pénale emporte violation du droit d'accès au tribunal garanti par l'article 6 § 1 de la Convention. En l'espèce, la réponse de la Cour est négative : « [E]lle conclut qu'il n'y a pas eu atteinte à la substance du droit d'accès à un tribunal » - ce qui, selon elle, la dispense d'avoir à examiner le grief tiré de l'article 6 § 2 de la Convention.

Pour en arriver là, la Haute juridiction européenne, indifférente à l'invitation qui lui était faite, par le requérant, d'engager un dialogue avec le Conseil constitutionnel français, feu la Cour d'arbitrage belge et la Cour de Justice des Communautés européennes ¶(19), rappelle les lignes de force de sa jurisprudence en la matière ¶(20) : 1° « le «droit à un tribunal», dont le droit d'accès constitue un aspect particulier, n'est pas absolu et se prête à des limitations implicitement admises, notamment quant aux conditions de recevabilité d'un recours, car il appelle, de par sa nature même, une réglementation par l'Etat, lequel jouit, à cet égard, d'une certaine marge d'appréciation » ; 2° « ces limitations ne sauraient restreindre l'accès ouvert au justiciable de manière ou à un point tels que son droit d'accès à un tribunal s'en trouve atteint dans sa substance même » ; 3° ces limitations « ne se concilient avec l'article 6 § 1 que si elles tendent à un but légitime et s'il existe un rapport de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ». Faisant application de ces principes, la Cour identifie tout d'abord le but légitime visé par le dispositif de l'article 529-10 du code de procédure pénale : assurer une « bonne administration de la justice », en prévenant « l'exercice de recours dilatoires et abusifs » et en évitant « l'encombrement excessif du rôle du tribunal de police, dans le domaine de la circulation routière qui concerne l'ensemble de la population et se prête à des contestations fréquentes ». Elle s'attache ensuite à mettre en évidence la juste proportion existant, à ses yeux, entre ledit dispositif et l'objectif poursuivi, en relevant, d'une part, « qu'il n'est pas allégué par le requérant que celui-ci avait des difficultés financières ne lui permettant pas de verser [la] somme [demandée] dans les délais impartis » et, d'autre part, que « le montant de l'amende forfaitaire est plafonné par le code de procédure pénale [à 375 euro], de sorte que le montant de la consignation n'apparaît pas excessif et de nature à atteindre la substance même du droit d'accès du requérant au tribunal de police ».

Par cette décision, la Cour européenne des droits de l'homme admet que le caractère massif d'un type de contentieux peut justifier certaines limitations au droit d'accès à un tribunal. En précisant que le requérant n'invoquait pas de difficultés financières, elle laisse cependant planer un doute sur la conformité de l'article 529-10 du code de procédure pénale à la Convention. En effet, la question se pose de savoir quelle décision la Cour aurait prise si le requérant avait rapporté la preuve de sérieuses difficultés financières. La requête aurait-elle franchi, alors, le stade de la recevabilité ? Sans abuser de l'argument *a contrario*, il est permis de le penser ; tout comme il est permis de penser que, en aval, la Cour eût vraisemblablement constaté, en pareille situation, une violation de l'article 6 § 1 de la Convention ¶(21). Il importe d'ailleurs de rappeler que, lors des débats à l'Assemblée nationale, un amendement avait été vainement déposé et discuté aux fins de prévoir une dispense de consignation en cas d'insolvabilité du débiteur de l'amende forfaitaire contestée, en s'inspirant des dispositions, alors en vigueur, de l'article 752 du code de procédure pénale qui, en matière de contrainte par corps, prévoyait la possibilité pour l'intéressé d'échapper à la mesure en produisant un certificat d'insolvabilité ¶(22) - dispositions aujourd'hui relatives à la contrainte judiciaire et qui permettent aux condamnés de justifier de leur insolvabilité « par tout moyen ». Le ministre des transports avait alors convaincu l'auteur de l'amendement - peu pugnace - de le retirer en expliquant notamment que « le texte proposé [était] de nature à ruiner tout l'intérêt du nouveau dispositif qui se veut très efficace ¶(23) ». Mais l'efficacité doit-elle être érigée en dogme ? Les autorités normatives ignorent-elles ou feignent-elles

d'ignorer que, pour certaines personnes, la perspective d'avoir à verser une consignation de 135 euro, et *a fortiori*, de 375 euro, les dissuade d'accéder au tribunal de police ? Ainsi, au 1^{er} juillet 2008, le montant du SMIC mensuel net était, sur la base de la durée légale de 35 heures hebdomadaires, de 1 037,53 euro ; quant au revenu minimum d'insertion, son montant était, au 1^{er} janvier 2008, pour une personne seule et sans enfants, de 447,91 euro. Sans multiplier les exemples chiffrés, pour les personnes en situation de précarité, le dispositif de l'article 529-10 du code de procédure pénale porte manifestement atteinte à la substance même du droit d'accéder au tribunal de police et prive conséquemment le titulaire du certificat d'immatriculation du droit de faire valoir utilement ses moyens de défense (24) (par exemple, pour invoquer devant le tribunal de police un état d'extrême nécessité médicale justifiant un excès de vitesse), et cela de manière discriminatoire, comparativement aux personnes plus aisées qui sont, elles, en mesure de verser la consignation.

Partant, pour le législateur, la décision *Thomas c/ France* peut faire l'objet de deux lectures. La première, rassurante, est celle qui veut voir dans cette décision une onction strasbourgeoise levant les doutes qui pouvaient subsister quant à la compatibilité de l'article 529-10 du code de procédure pénale avec la Convention. La seconde, inquiétante, est celle qui se focalise sur la mise en exergue par la Cour de l'absence de difficultés financières du requérant, laissant présager, en présence de telles difficultés, dans d'autres affaires, de futurs constats de violation de l'article 6 § 1 de la Convention - voire des articles 6 § 1 et 14 combinés de la Convention -, sauf à prévoir expressément demain une dispense de consignation pour les personnes éligibles à l'aide juridictionnelle, à l'instar de ce qui existe déjà en matière de plainte avec constitution de partie civile (25).

D. R.

Article 7 - Légalité des délits et des peines et non-rétroactivité de la norme pénale
Légalité des peines et application dans le temps du droit de l'exécution des peines : vers une légalité de courtoisie ? (CEDH, Grande Chambre, 12 février 2008, *Kafkaris c/ Chypre*)
L'article 7 § 1 de la Convention, on le sait, « ne se borne pas à prohiber l'application rétroactive du droit pénal au détriment de l'accusé (26) » : « [il] consacre aussi, de manière plus générale, le principe de la légalité des délits et des peines (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) et celui qui commande de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au détriment de l'accusé (27) ». S'agissant de la légalité des peines (*nulla poena, sine lege*), encore convient-il de circonscrire son champ d'application. Outre la délicate question de son applicabilité à diverses mesures - dont les mesures de sûreté - ordonnées dans un contexte pénal (28), se pose celle, tout aussi délicate, de son applicabilité aux normes relatives à l'exécution des peines (29), ainsi qu'en atteste l'affaire *Kafkaris c/ Chypre*.

En l'espèce, le requérant fut déclaré coupable, en 1989, de trois assassinats commis en 1987 et condamné, pour chacun de ces trois crimes, à la peine de réclusion criminelle à perpétuité. Invitée par l'accusation à préciser si l'expression « réclusion criminelle à perpétuité » impliquait pour le condamné une privation de liberté pour le reste de son existence ou seulement, comme le prévoyait le règlement pénitentiaire général de 1981 alors en vigueur (tel que modifié par le règlement de 1987 et adopté en application de l'article 4 de la loi de 1879 sur la discipline pénitentiaire), pour une durée de vingt ans (30), la cour d'assises de Limassol, après avoir indiqué qu'elle n'avait pas compétence pour apprécier la validité du règlement pénitentiaire général, estima que l'expression « réclusion criminelle à perpétuité » figurant dans le code pénal s'entendait comme une privation de liberté à vie et ne jugea pas nécessaire de dire si les peines seraient cumulées ou confondues. Le jour de son incarcération, le requérant reçut des autorités pénitentiaires une note écrite et détaillée indiquant que la date fixée pour sa libération était, compte tenu des remises de peines, subordonnée à sa bonne conduite et à son assiduité au travail, le 16 juillet 2002. Le requérant ayant commis une infraction disciplinaire, cette date théorique de libération fut finalement reportée au 2 novembre 2002. Le droit chypriote connut ensuite deux évolutions qui influèrent défavorablement sur la situation pénale du requérant : d'une part, le 9 octobre 1992, la Cour suprême déclara le règlement pénitentiaire général contraire à la Constitution et constitutif d'un excès de pouvoir ; d'autre part, et surtout, une loi du 3 mai 1996 sur les prisons, abrogeant et remplaçant la vieille loi sur la discipline pénitentiaire, exclut les personnes

condamnées à la réclusion criminelle à perpétuité du bénéfice du mécanisme des remises de peines anciennement calculées sur la base d'un *quantum* de vingt années. N'ayant pas été libéré, comme initialement prévu, en novembre 2002, et après avoir vainement exercé les voies de recours disponibles en droit interne, le requérant saisit la Cour de Strasbourg le 3 juin 2004, arguant d'une violation des articles 3, 5, 7 et 14 de la Convention.

Selon le requérant, insistant particulièrement sur la note qui lui avait été remise par les autorités pénitentiaires lors de son incarcération, la prolongation de la durée de sa peine consécutive à l'abrogation du règlement pénitentiaire général et à l'application rétroactive des dispositions issues de la loi du 3 mai 1996 était, entre autres violations de la Convention, constitutive d'une violation de l'article 7 § 1, une peine plus forte que celle applicable à l'époque des faits infractionnels lui ayant été prétendument infligée.

La Cour, après avoir notamment rappelé qu'elle a toujours entendu le terme « loi » dans son acception matérielle, et non formelle, incluant la jurisprudence et les textes de rang infralégislatif ¶(31), que la notion de « droit » implique des conditions qualitatives, « entre autres celles d'accessibilité et de prévisibilité ¶(32) », et que « 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, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale et quelle peine sera prononcée pour l'acte commis et/ou l'omission ¶(33) », évoque la distinction jurisprudentielle opérée « entre une mesure constituant en substance une «peine» et une mesure relative à l'«exécution» ou à l'«application» de la «peine» ¶(34) ». En conséquence, selon elle, « lorsque la nature et le but d'une mesure concernent la remise d'une peine ou un changement dans le système de libération conditionnelle, cette mesure ne fait pas partie intégrante de la «peine» au sens de l'article 7 ¶(35) ». Elle convient cependant, pour la première fois semble-t-il, que « la distinction entre les deux n'est peut-être pas toujours aussi nette en pratique ¶(36) ».

En l'occurrence, la Cour estime qu'elle devait rechercher ce que la peine de réclusion criminelle à perpétuité impliquait réellement en droit interne à l'époque de la commission des faits, spécialement au regard des conditions d'accessibilité et de prévisibilité ¶(37). Elle observe que si, « lorsque le requérant commit l'infraction, le code pénal prévoyait clairement la peine de réclusion à perpétuité en cas d'assassinat ¶(38) », « il est également clair qu'à ce moment-là tant les autorités exécutives que les autorités administratives partaient du principe que cette peine équivalait à vingt ans d'emprisonnement ¶(39) ». Elle précise encore, en réponse à un argument gouvernemental, que « la distinction entre la portée d'une peine perpétuelle et les modalités de son exécution n'[apparaît] pas d'emblée ¶(40) », relevant en outre que dans la présente affaire « l'accusation était encline à dire qu'une peine de réclusion à perpétuité se limitait à une durée de vingt ans ¶(41) ». Elle ajoute toutefois ne pouvoir suivre le requérant « lorsqu'il soutient qu'une peine plus forte lui a été imposée rétroactivement puisque, compte tenu des dispositions matérielles du code pénal, on ne saurait dire qu'à l'époque des faits la peine de réclusion criminelle à perpétuité pouvait assurément s'entendre comme une peine de vingt ans d'emprisonnement ¶(42) ». Elle affirme dès lors que « ne se trouve nullement en cause en l'espèce l'imposition rétroactive d'une peine plus forte ¶(43), mais qu'on doit s'interroger sur la «qualité de la loi» ¶(44) ». De ce dernier point de vue, elle stigmatise l'imprécision du droit chypriote à l'époque des faits, laquelle n'avait pas permis au requérant de « discerner à un degré raisonnable dans les circonstances, fût-ce en s'entourant au besoin de conseils éclairés, la portée de la peine de réclusion à perpétuité et les modalités de son exécution ¶(45) », et conclut à la violation de l'article 7 § 1 de la Convention ¶(46).

En reconnaissant que la distinction entre mesures constituant en substance des « peines » et mesures relatives à l'exécution des peines « n'est peut-être pas toujours nette en pratique », la Cour européenne des droits de l'homme manifeste sa volonté d'étendre le champ d'application de l'article 7 § 1 de la Convention. Les conséquences qu'elle tire *in casu* de cette extension sont cependant un peu déconcertantes. Ainsi, après avoir mis en évidence que, au moment de la commission de ses crimes par le requérant, la réclusion criminelle à perpétuité équivalait à une privation de liberté d'une durée de vingt ans, et, donc, abordé le problème qui lui était soumis dans sa dimension chronologique, la Cour évacue la question de

l'application des dispositions litigieuses dans le temps pour se focaliser sur celle de leur précision et constater une violation de l'article 7 § 1. Or, le principe de non-rétroactivité de la norme pénale plus sévère étant le « corollaire nécessaire » (47) du principe de la légalité criminelle - comme le sont aussi, d'ailleurs, les exigences de précision et de clarté et d'interprétation stricte de la norme pénale -, on peut *a priori* douter de la pertinence du raisonnement suivi par le juge européen des droits de l'homme : si les textes pénaux doivent être clairs et précis, c'est pour garantir, dans la mesure du possible, leur prévisibilité, notion qui renvoie nécessairement à la problématique de l'application du droit pénal dans le temps ; par ailleurs, nul doute que les modalités de mise en oeuvre des peines prévues par les textes procèdent aussi, dans une mesure variable, de leur fonction d'intimidation (la menace d'une peine de réclusion à perpétuité réellement... perpétuelle est, par hypothèse, plus intimidante que celle d'une peine de réclusion à perpétuité dont les modalités « légales » d'exécution permettent une libération au terme de X... années). En reprochant au droit chypriote son imprécision à l'époque des faits sans pour autant constater une entorse au principe de non-rétroactivité pour les modifications législatives défavorables au condamné intervenues après lesdits faits, la Cour de Strasbourg promeut, d'une certaine façon, une légalité de simple courtoisie (que, en termes de pédagogie, et en passant du terrain de l'article 7 § 1 à celui de l'article 6 § 1, il serait d'ailleurs préférable de situer au moment du jugement, l'idée étant alors que la personne condamnée doit pouvoir comprendre toute la portée de la peine qui lui est infligée).

Au delà des habituelles considérations théoriques avancées par la doctrine pénaliste (48), la solution paradoxale retenue, pour surprenante qu'elle soit, se justifie sans doute par des considérations pratiques. L'application du principe de non-rétroactivité *in pejus* aux normes d'exécution des peines contraindrait en effet les autorités judiciaires et pénitentiaires à mettre en oeuvre des dispositions différentes, plus ou moins favorables, en fonction des dates de commission des faits à l'origine des condamnations. Il s'ensuivrait un sentiment d'inégalité entre les détenus de nature à perturber la vie de l'établissement pénitentiaire (49). C'est vraisemblablement l'une des raisons pour lesquelles, en droit interne, la non-rétroactivité des « lois relatives au régime d'exécution et d'application des peines [rendant] plus sévères les peines prononcées par la décision de condamnation » (50) n'a qu'une valeur constitutionnelle relative : elle ne s'impose au législateur qu'en ce qui concerne les modalités d'exécution des peines arrêtées par la juridiction de jugement (par exemple celles ayant trait à la période de sûreté) ; d'où la possibilité, presque systématiquement utilisée, pour le législateur de prévoir, dans les autres cas, l'application immédiate de nouvelles dispositions plus sévères (51) (par exemple dans le domaine des réductions de peines (52)). Pour l'heure, l'arrêt *Kafkaris* ne remet donc pas en cause les principes d'application du droit de l'exécution des peines dans le temps retenus en droit interne (53). Il faudra cependant suivre avec attention les futurs avatars de la jurisprudence européenne en la matière, une brèche ayant incontestablement été ouverte.

D. R.

Article 8 - Droit au respect de la vie privée et familiale

Les mesures restrictives de liberté avant jugement à l'aune du droit au respect de la vie privée et familiale (CEDH, 4^e section, 15 janvier 2008, *Zmarzlak c/ Pologne*)

Parmi les mesures susceptibles d'être imposées avant jugement aux personnes poursuivies, la détention provisoire est assurément la plus spectaculaire, la plus liberticide et la plus discutée. Pour en avoir abusé, la France a eu à subir, à plusieurs reprises, l'ire de la Cour européenne des droits de l'homme (54). L'arrêt *Zmarzlak c/ Pologne* attire opportunément l'attention sur le fait que les mesures simplement restrictives de liberté présentencielles peuvent, elles aussi, faire problème au regard de la Convention européenne des droits de l'homme.

En l'espèce, le requérant, suspecté d'avoir établi et utilisé une fausse lettre de change, fut placé sous surveillance policière le 23 octobre 1993. Cette mesure impliquait pour lui l'obligation de se présenter deux fois par semaine au poste de police de son lieu de résidence. Après de longues années, et après avoir vainement sollicité, par deux fois, l'annulation de la surveillance policière, le requérant saisit, le 4 octobre 2002, la Cour européenne des droits de l'homme et refusa, à compter du 9 juin 2003, d'exécuter la mesure litigieuse. Le 12 décembre

2005, le tribunal répressif compétent ordonna la levée de cette dernière. Le 10 octobre 2006, le requérant fut déclaré innocent.

Devant le juge européen des droits de l'homme, le requérant invoquait à la fois une violation de l'article 6 § 1 de la Convention, due à la durée excessive de la procédure pénale dirigée contre lui, et une violation de son droit au respect de la vie privée et familiale, garanti par l'article 8 de la Convention. Si le premier grief est rejeté pour non-épuisement des voies de recours interne, le second est non seulement déclaré recevable mais, surtout, donne lieu à un constat de violation par la Cour de Strasbourg. Sur le terrain, donc, de l'article 8 de la Convention, le requérant estimait précisément avoir « été privé de la possibilité de mener une vie normale de son point de vue »(55), l'application de la mesure lui ayant occasionné de nombreux inconvénients, les contacts avec sa famille proche résidant à l'étranger ayant en particulier été rendus plus difficiles »(56).

Après avoir affirmé que « dans un cas comme celui de l'espèce, où une personne se trouve longtemps sous le coup d'une mesure restreignant sa liberté individuelle, il paraît évident que cette circonstance implique *per se* des effets sur sa vie privée et familiale »(57), la Cour « rappelle par suite qu'une pareille mesure enfreint l'article 8, sauf si, « prévue par la loi », elle poursuit un ou plusieurs buts légitimes au regard du second paragraphe dudit article et apparaît « nécessaire dans une société démocratique » pour les atteindre »(58). Selon elle, la surveillance policière, qui avait une base légale en droit interne (l'art. 275 C. pr. pén. polonais), poursuivait également un « but légitime » au sens de l'article 8 § 2 de la Convention : « préserver le bon déroulement de la procédure pénale dirigée contre le requérant »(59). Faut-il comprendre que, désormais, « préserver le bon déroulement d'une procédure pénale » constitue l'un des « buts légitimes » susceptibles de justifier une limitation dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale ? Une telle proposition est, de prime abord, incongrue. En effet, la préservation du bon déroulement d'une procédure pénale ne figure pas parmi les buts légitimes expressément visés dans le second paragraphe de l'article 8 et justifiant des restrictions au droit garanti par le premier paragraphe de ce même article ; or, l'énumération desdits buts est en principe limitative »(60), et les restrictions ainsi consacrées sont, aux termes de l'article 17 de la Convention, d'interprétation étroite. Le gouvernement polonais considérait d'ailleurs que le but légitime en l'occurrence poursuivi était « la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales », apparaissant *expressis verbis*, lui, à l'article 8 § 2. Sans doute la Cour de Strasbourg estime-t-elle implicitement que la préservation du bon déroulement d'une procédure pénale, par le maintien de la personne poursuivie à la disposition de la justice »(61), est une déclinaison de cet objectif conventionnellement prévu. Il eût cependant été préférable qu'elle soit, sur ce point, plus diserte »(62). Quoiqu'il en soit, une fois l'existence d'une base légale rappelée et le but légitime identifié, la Cour s'attache logiquement à examiner si la mesure en cause a satisfait ou non à l'exigence de proportionnalité. Après avoir relevé que le requérant a fait l'objet d'une surveillance policière durant un « laps de temps considérable »(63) et rappelé que « le risque qu'un inculpé puisse entraver le déroulement de la procédure tend à décroître avec le temps »(64), la Cour précise pertinemment que « toute mesure qui aboutit à restreindre la jouissance des droits qui relèvent d'une sphère de la vie privée d'un individu doit faire l'objet d'une interprétation restrictive et être appliquée avec retenue »(65). Identifiant une période d'environ six années durant laquelle « les autorités en charge de l'instruction de l'affaire n'ont accompli aucun acte de procédure de nature à nécessiter la présence de l'intéressé »(66), la Cour s'interroge sur la « question de savoir si [la mesure litigieuse] a été réellement indispensable [durant] toute la période pendant laquelle les autorités l'avaient maintenue en vigueur »(67). Elle relève par ailleurs l'absence de gravité particulière de l'infraction reprochée au requérant, ainsi que la bonne réputation et l'absence d'antécédents judiciaires de ce dernier »(68). En s'appuyant sur ces éléments, et après avoir fait référence au principe de la présomption d'innocence »(69), la Cour estime *in fine* que l'équilibre entre l'intérêt général - dont la sauvegarde induit le respect d'une bonne administration de la justice »(70) - et l'intérêt du requérant n'a pas été respecté, d'où le constat de violation de l'article 8 de la Convention.

L'affaire *Zmarzlak*, compte tenu de la très longue application de la mesure litigieuse, est, d'une certaine manière, exceptionnelle. Au delà du cas d'espèce, l'autorité de la chose

interprétée à Strasbourg conduit cependant à s'interroger sur la compatibilité des mesures restrictives de liberté - dont l'obligation de se présenter périodiquement aux services, associations habilitées ou autorités désignés par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention (71) - qui peuvent être imposées, en France, au titre du contrôle judiciaire (72) avec le droit au respect de la vie privée et familiale garanti par la Convention, et cela au regard des trois critères dégagés par la Cour : 1° la durée d'application de la mesure ; 2° la gravité de l'infraction objet des poursuites ; 3° la réputation et les antécédents judiciaires de la personne soumise à la mesure. S'agissant du critère de la durée, il importe de souligner que, contrairement à ce qui a cours en matière de détention provisoire (73), le code de procédure pénale ne limite pas dans le temps le contrôle judiciaire ; il faut donc compter sur les seules dispositions, plus générales, relatives à la durée raisonnable de l'instruction (74) pour endiguer le risque de placement abusivement long. En ce qui concerne le critère de la gravité de l'infraction, il est pris en compte dans la mesure où, d'une part, le paragraphe III, alinéa 3, de l'article préliminaire du code de procédure pénale dispose que « les mesures de contrainte dont [toute personne suspectée ou poursuivie] peut faire l'objet [...] doivent être [...] proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée » et où, d'autre part, par application de l'article 138, alinéa 1, du même code, le contrôle judiciaire n'est possible que « si la personne mise en examen encourt une peine d'emprisonnement correctionnel ou une peine plus grave ». Pour ce qui est du critère - sans doute plus contestable que les deux précédents - de la réputation et des antécédents de la personne placée sous contrôle judiciaire, il n'apparaît pas en droit positif, si ce n'est, peut-être, très indirectement, par le truchement des « nécessités de l'instruction » évoquées à l'article 137 du code de procédure pénale (le passé judiciaire de la personne poursuivie pouvant accroître la tentation de celle-ci de se soustraire aux autorités). De ce qui précède, il ressort que si les dispositions de droit interne relatives au contrôle judiciaire ne heurtent pas frontalement les exigences européennes en matière de respect de la vie privée et familiale, il est permis de penser que le législateur serait peut-être bien inspiré d'introduire dans le code de procédure pénale une disposition tendant à limiter la durée du contrôle judiciaire (sans doute en opérant une distinction selon que la personne est poursuivie pour crime ou pour délit). De plus, l'arrêt ici commenté invite vraisemblablement les magistrats à modifier quelque peu leurs pratiques, en accordant une plus grande attention aux possibles incidences d'un placement sous contrôle judiciaire sur la vie privée et familiale des personnes qui en sont l'objet.

L'arrêt *Zmarzlak*, qui contient, on l'a vu, l'affirmation de portée générale selon laquelle « toute mesure qui aboutit à restreindre la jouissance des droits qui relèvent d'une sphère de la vie privée d'un individu doit faire l'objet d'une interprétation restrictive et être appliquée avec retenue », incite aussi à réfléchir à la conventionnalité des mesures restrictives de liberté qui, dans des configurations procédurales de plus en plus nombreuses, peuvent être ordonnées à l'encontre de personnes ayant fait l'objet d'une condamnation pénale pour certaines infractions ou catégories d'infractions (75). Si, pour l'heure, il ne peut être soutenu que ces mécanismes de contrôle sont indubitablement incompatibles avec le droit européen des droits de l'homme, la Cour de Strasbourg, par le présent arrêt, met, en filigrane, en garde contre l'émergence d'une société quasi orwellienne...

D. R.

Article 10 - Droit à la liberté d'expression

Les limites à la liberté d'expression de l'avocat de la défense (CEDH, 3^e section, décision sur la recevabilité, 24 janvier 2008, *Coutant c/ France*)

On se souvient peut-être des remous provoqués, au début de l'automne 1998, par l'organisation du procès dit « Chalabi » dans le gymnase de la maison d'arrêt de Fleury-Mérogis qui avait été choisi en raison de l'impossibilité matérielle d'accueillir dans la salle d'audience du tribunal correctionnel de Paris 138 personnes, issues du milieu dit « islamiste », poursuivies pour association de malfaiteurs en vue de commettre des actes de terrorisme. L'ordre des avocats du Barreau de Paris avait alors dénoncé « l'organisation d'un procès de masse paraissant incompatible avec le respect des droits de la défense ». Cette réaction avait sans doute semblé trop timorée aux yeux de M^{me} Coutant, avocate du prévenu le plus médiatisé. Toujours est-il que, au nom de son client, elle avait publié un communiqué de presse, partiellement repris par une dépêche de l'AFP, par lequel étaient dénoncées «

11

l'infamie des procédés employés par les sections spéciales de la justice française, sous prétexte de lutte anti-terrorisme », l'utilisation de « moyens terroristes contre les cibles désignées par le pouvoir » et « la pratique des rafles selon des méthodes dignes de la Gestapo et de la Milice ». Le ministre de l'Intérieur ne pouvait, évidemment, rester impassible face à des attaques aussi violentes contre la police qui est, décidément, en première ligne, pour mener la lutte contre le terrorisme. Il a donc déposé plainte contre la virulente avocate pour diffamation publique envers une administration publique sur le fondement de l'article 48 de la loi du 29 juillet 1881. En définitive, M^e Coutant fut condamnée à une amende de 10 000 francs de l'époque et au versement d'un franc symbolique au ministère de l'Intérieur. Estimant que cette condamnation, portée à la connaissance du plus grand nombre par une publication ordonnée dans trois journaux, l'avait frappée au mépris de l'immunité accordée aux avocats par l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881, pour des discours prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux, l'avocate décida d'introduire une requête devant la Cour de Strasbourg en invoquant une violation du droit à la liberté d'expression consacré par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Or, le 24 janvier 2008, la 3^e section de la Cour, par une décision prise à la majorité, a déclaré sa requête irrecevable. Elle aura donc appris à ses dépens que, contrairement à la liberté d'expression de la presse qui - au moins jusqu'à l'arrêt de Grande Chambre *Stoll c/ Suisse* du 10 décembre 2007 - a fait l'objet d'une « valorisation spectaculaire » (76), celle des avocats est limitée en raison de la nature spécifique de la profession qu'ils exercent. Il est en effet acquis, depuis l'arrêt *Casado Coca c/ Espagne* du 24 février 1994, que le statut spécifique des avocats les place dans une position centrale dans l'administration de la justice qui implique des normes de conduite imposées en général aux membres du barreau, notamment celle de témoigner de discrétion, d'honnêteté et de dignité dans leur conduite. Puisque la majesté et la crédibilité de la justice sont en jeu lorsqu'ils s'expriment, ils doivent le faire avec un peu plus de tenue que les autres. Ce principe limitatif s'exerce cependant dans des conditions différentes selon que l'avocat prend la parole à l'audience ou en dehors du prétoire (77). A l'audience, il est contrebalancé par l'existence d'un privilège exclusif, reconnu par l'arrêt *Steur c/ Pays-Bas* du 28 octobre 2003, qui confie aux avocats une certaine latitude concernant les propos qu'ils tiennent devant les tribunaux, et qui conduit à une mise en oeuvre bienveillante du principe de proportionnalité leur permettant de rester à l'abri de l'effet dissuasif que pourrait revêtir une sanction pénale même relativement légère ou l'obligation de verser des dommages-intérêts (78). Par ses techniques propres, le droit européen des droits de l'homme, confère donc à l'avocat qui s'exprime à l'audience l'équivalent de l'immunité que lui accorde, en droit français, l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881. On comprend, dans ces conditions, pourquoi l'avocate de M. Chalabi s'efforçait de justifier l'extension des règles prévues pour des propos tenus à l'audience à ceux qui, tout en étant extérieurs, relèveraient de la défense pénale. La Cour a cependant repoussé cette tentative de déplacement « hors les murs » de l'audience pénale. Elle a en effet estimé que le mode d'expression choisi par l'intéressée n'était pas l'unique moyen de faire valoir la défense qu'elle entendait présenter et que le communiqué litigieux dépassait le cadre de la défense pénale de son client pour se livrer à un réquisitoire général contre les méthodes des services policiers et judiciaires impliqués dans la lutte contre le terrorisme. Dès lors, elle a affirmé que les propos litigieux, diffusés à l'extérieur de l'enceinte judiciaire, ne constituaient pas une défense au sens procédural du terme et, par conséquent, ne relevaient pas de l'immunité de l'article 41 de la loi de 1881. Il faut noter que, ce disant, la Cour s'est permise de constater que les juridictions nationales avaient fait une application correcte de la loi française. Aussi s'est-elle donnée la peine de s'excuser un peu de cet empiètement en reconnaissant que cette question relevait en grande partie - mais en grande partie seulement - de l'interprétation du droit interne et de l'appréciation souveraine des juridictions nationales. Heureusement, la Cour de Strasbourg a vite abandonné ce rôle de juridiction du 4^e degré, qui la grise toujours un peu et qui exaspère tellement d'observateurs, pour justifier la solution au regard de ses propres principes. Ainsi se réfère-t-elle à l'affaire *Nikula c/ Finlande* (79) dans laquelle elle avait conclu à la violation de la liberté d'expression de l'avocate de la défense dans la mesure où ses critiques dirigées contre le procureur - qui est une autre partie au procès pénal - n'étaient pas sorties de la salle d'audience, contrairement à ceux diffusés dans la France entière par M^e Coutant. L'intrépide avocate s'était, dès lors, placée dans le cas de subir un sévère rappel, par la juridiction européenne, des normes de conduite imposées en général aux membres du barreau eu égard au rôle clé qui est le leur dans l'administration de la justice.

Il semble que cette solution limitative de la liberté d'expression de l'avocat de la défense ait été fortement influencée par le contexte dans lequel les propos litigieux ont été tenus. La Cour se réfère en effet expressément à son arrêt *Dorganen c/ Turquie* du 21 octobre 2004 dans lequel elle avait tenu compte des difficultés liées à la lutte contre le terrorisme pour apprécier s'il y avait eu, en l'espèce, violation de l'article 10 de la Convention. On peut, sans doute, admettre que les exigences de la lutte contre le terrorisme permettent à l'égard de droits de l'homme relatifs, tels que le droit à la liberté d'expression, des assouplissements désormais fermement interdits à l'égard des droits de l'homme intangibles ¶(80). Il est néanmoins permis de se demander si, en dehors de ce contexte qui avait donné un écho particulier à des propos d'une véhémence peu commune, la jurisprudence *Coutant* est bien adaptée au phénomène de médiatisation du procès pénal.

J.-P. M.

Article 4 § 1 du Protocole n° 7 - *Non bis in idem*

Ultime soubresaut européen de l'affaire du sang contaminé (CEDH, 5^e section, 4 mars 2008, déc., *Garretta c/ France*)

De l'affaire dite « du sang contaminé », le requérant, Michel Garretta, ancien directeur général du centre national de transfusion sanguine (CNTS), est incontestablement l'une des figures emblématiques. Après avoir défrayé la chronique judiciaire nationale et conduit, avec d'autres, la Chambre criminelle à préciser que « le crime d'empoisonnement ne peut être caractérisé que si l'auteur a agi avec l'intention de donner la mort, élément moral commun à l'empoisonnement et aux autres crimes d'atteinte volontaire à la vie de la personne ¶(81) », il aurait pu contribuer à un spectaculaire revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme quant à la portée de l'article 4 § 1 du Protocole n° 7 consacrant le droit (intangible ¶(82)) à ne pas être poursuivi ou puni deux fois pour la même « infraction » (*non bis in idem* ou, si l'on préfère, *ne bis in idem*). Il n'en a rien été. Par cette décision d'irrecevabilité, la Cour s'inscrit dans le droit fil de sa jurisprudence antérieure ¶(83).

S'agissant de la genèse de l'affaire *Garretta*, au coeur de l'affaire du sang contaminé, il convient de rappeler que, à l'époque des faits, le CNTS, dirigé, donc, par le requérant, fabriquait et distribuait en France des produits sanguins, destinés notamment aux hémophiles. Entre autres griefs, il fut plus particulièrement reproché à Michel Garretta d'avoir fait adopter par le conseil d'administration du CNTS, le 29 mai 1985, la décision de continuer la distribution de lots de produits sanguins non chauffés et de ne pas avoir organisé le rappel des lots contaminés déjà distribués (décision confirmée par une note interne en date du 26 juin 1986), et cela en toute connaissance du caractère mortifère desdits lots du fait de la présence, en leur sein, du VIH. Pour ce comportement, suite à plusieurs plaintes avec constitution de partie civile, Michel Garretta fut poursuivi et condamné à quatre ans d'emprisonnement et à 500 000 francs d'amende pour délit de tromperie aggravée sur la qualité substantielle d'un produit (en l'occurrence de produits sanguins) sur le fondement des articles 1^{er} et 2-1^o de la loi du 1^{er} août 1905 sur les fraudes et falsifications en matière de produits ou de services ¶(84). Cette procédure prit fin par un arrêt d'irrecevabilité et de rejet de la Chambre criminelle, en date du 22 juin 1994 ¶(85). Le 28 juillet 1994, suite à une plainte avec constitution de partie civile de l'Association française des hémophiles (AFH) le requérant fut mis en examen pour les mêmes faits du chef, cette fois, d'empoisonnement. S'il a finalement bénéficié d'un non-lieu, cette seconde poursuite, intervenant après la condamnation pour tromperie sur les qualités substantielles des produits sanguins, soulève néanmoins une difficulté au regard de l'adage *non bis in idem* qui, en droit français tout au moins, exprime le principe selon lequel « l'individu qui a été légalement jugé ne peut plus être poursuivi à raison des mêmes faits ¶(86) ». C'est au regard de ce principe, tel que consacré par l'article 4 § 1 du Protocole n° 7, que Michel Garretta crut utile, par une requête introduite le 17 décembre 2003, de saisir la Cour européenne des droits de l'homme. Cette dernière, bien que relevant que les deux instances pénales litigieuses avaient bien traité au « même comportement ¶(87) », à savoir le fait « d'avoir continué la distribution par le CNTS de produits sanguins alors qu'il les savait contaminés par le virus du sida ¶(88) », déclare néanmoins la requête irrecevable.

Le requérant invoquait précisément le § 1 de l'article 4 du Protocole n° 7, aux termes duquel « nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat »(89) ». Ainsi qu'on l'a écrit, cette formulation, « qui utilise le terme «infraction» (*offence* en anglais), favorise l'*idem légal* »(90) » - autrement dit, l'identité de qualification juridique des faits -, au détriment de l'*idem factuel* - autrement dit, l'identité de faits entendue largement comme l'identité du (ou des) fait(s) matériel(s) et de l'« attitude psychologique »(91) » de l'agent. Telle est bien, *in casu*, l'acception retenue de l'« infraction », la Cour rappelant que « l'article 4 du Protocole n° 7 a pour but de prohiber la répétition de poursuites pénales définitivement clôturées, en évitant qu'une personne soit poursuivie ou punie pénalement deux ou plusieurs fois pour la même infraction »(92) » et indiquant que « la protection du principe *non bis in idem* ne peut être invoquée que lorsqu'au moins deux procédures indépendantes et différentes portent sur une seule et même accusation »(93) », autrement dit sur la même qualification pénale des faits de la cause. Dans le même développement, consacré aux « principes résultant de [sa] jurisprudence »(94) », le juge européen des droits de l'homme explique ensuite que si dans l'arrêt *Gradinger c/ Autriche* du 23 octobre 1995 le constat de violation de l'article 4 § 1 du Protocole n° 7 était justifié dans la mesure où, bien que « les infractions en cause étaient différentes quant à leur nature et à leur but »(95) », « les deux décisions se fondaient sur le même comportement »(96)», l'absence de constat de violation de l'article 4 § 1 dans l'arrêt *Oliveira c/ Suisse* du 30 juillet 1998 tenait à l'existence, dans cette affaire, « d'un cas typique de concours idéal d'infractions, caractérisé par la circonstance qu'un fait pénal unique se décompose en deux infractions distinctes »(97) ». Enfin, comme pour convaincre le lecteur de la remarquable sophistication de sa jurisprudence, la Cour de Strasbourg, renvoyant à son arrêt *Franz Fischer c/ Allemagne* du 29 mai 2001, précise que « la violation du principe *non bis in idem* ne peut pas être écartée sur le simple constat qu'une personne a été poursuivie ou punie sur la base de deux infractions nominalement distinctes se fondant sur un seul et même comportement »(98) », puisque, selon elle, « encore faut-il examiner si les deux infractions ne présentent pas en réalité les mêmes éléments essentiels »(99) ». Appliquant ces « principes » à l'affaire *Garretta*, la Cour déclare la requête irrecevable aux motifs que, nonobstant le fait que les deux procédures visaient bien le « même comportement »(100) », « les infractions pour lesquelles le requérant [avait] été poursuivi ne présentaient pas les mêmes éléments essentiels »(101) », et cela après avoir mis en exergue l'existence d'un concours idéal d'infractions ayant justifié les nouvelles poursuites en insistant sur les valeurs sociales distinctes respectivement protégées par le délit de tromperie (la « confiance contractuelle »(102) ») et par le crime d'empoisonnement (l'« intégrité physique de la victime »(103) ») et sur les différences existant entre les éléments moraux des deux infractions »(104) - dont l'un, celui de l'empoisonnement, ne correspond d'ailleurs pas, on le sait avec certitude depuis l'arrêt de la Chambre criminelle du 18 juin 2003, à l'état d'esprit de Michel Garretta à l'époque des faits qui lui étaient reprochés ! L'irrecevabilité de la requête est donc fondée sur la jurisprudence traditionnelle de la Cour interprétant l'article 4 § 1 du Protocole n° 7, et non, ce qui eût été concevable, sur le particularisme de la procédure en matière de fraudes et falsifications qui veut que « toute poursuite exercée en vertu [des dispositions qui y sont relatives] [doit] être continuée et terminée en vertu des mêmes textes »(105) ».

Au delà du « caractère confus »(106) » de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 4 § 1 du Protocole n° 7, la décision *Garretta* confirme la primauté de l'*idem légal* : pour la Cour, l'« infraction », ce sont, pour l'essentiel, les faits juridiquement qualifiés, et de nouvelles poursuites sont possibles non seulement en présence d'un concours idéal d'infractions - ce qui n'était rétrospectivement pas le cas en l'espèce...-, mais aussi dès lors que les infractions objet de procédures successives ne présentent pas les mêmes « éléments essentiels »(107) » (notion introduite par l'arrêt *Franz Fischer c/ Autriche* »(108), parfois remplacée par celle d'« éléments constitutifs »(109) »). Il apparaît ainsi que les quelques (rares) décisions qui se réfèrent, par *obiter dictum*, non à la « même infraction » mais aux « mêmes faits »(110) » doivent être considérées comme purement aléatoires.

Dans l'affaire *Garretta*, comme dans nombre d'affaires précédentes, la Cour européenne des droits de l'homme procède à une interprétation minimaliste de l'article 4 § 1 du Protocole n°

7. Il est vrai que le terme même d'« infraction », qui évoque spontanément les faits juridiquement qualifiés plutôt que les faits bruts ¶(111), l'entraîne, d'une certaine façon, sur le chemin d'une telle interprétation. Si celle-ci ne heurte pas la tradition de *common law* ¶(112), elle constitue, du point de vue d'autres traditions juridiques, dont la française, une régression. Ainsi, en dépit des quelques incertitudes qui subsistent quant à l'identification de faits éventuellement nouveaux susceptibles de permettre de nouvelles poursuites, en procédure pénale française, « il est admis que si une poursuite a été menée sur la base d'une qualification donnée, il est impossible de la reprendre en en visant une autre ¶(113) ». Cette conception de l'autorité négative de la chose jugée au pénal sur le pénal est (serait), seule, de nature à donner toute son ampleur à l'article 4 § 1 du Protocole n° 7, ce dont la Cour pourrait, un jour, se convaincre, en s'attachant au fondement du droit de ne pas être jugé ou puni deux fois pour la même « infraction ».

D'une manière générale, le principe *non bis in idem* est fondé à la fois sur la nécessité de préserver la confiance des citoyens dans la justice pénale (fondement social ¶(114)) et sur celle, tout aussi impérieuse, d'assurer à la personne ayant fait l'objet d'une décision pénale définitive pour un comportement donné que son sort ne sera pas remis en question ¶(115) (fondement individualiste). A l'évidence, l'article 4 § 1 du Protocole n° 7, en disposant que « nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement [...] en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné », repose sur le fondement individualiste du principe - il constitue d'ailleurs, selon la Cour elle-même, « une composante du procès équitable ¶(116) ». Partant, au travers le prisme de l'article de l'article 4 §1 du Protocole n° 7, la question du cumul de qualifications résultant d'un concours idéal d'infractions ¶(117) doit être posée sur le terrain des droits procéduraux fondamentaux et non sur celui du droit pénal substantiel. Une chose est en effet de soutenir, en termes de droit pénal substantiel, que la répression d'infractions idéalement en concours ne viole pas le principe *non bis in idem* ¶(118), une autre d'affirmer, en termes de droits procéduraux fondamentaux, que la répression de ces mêmes infractions à l'occasion de poursuites successives n'est pas contraire audit principe. Sous l'angle de l'article 4 § 1 du Protocole n° 7, en cas de qualifications multiples, ce qui est en cause, ce n'est pas, en tant que telle, l'opération intellectuelle de qualification des faits mais le droit de ne pas être victime d'une forme d'acharnement répressif (fût-il, comme en l'espèce, le fruit d'une intense pression médiatique et associative et d'indéniables difficultés de qualification - laquelle était sans doute « introuvable ¶(119) ». En toute hypothèse, concours idéal d'infractions ou pas, « de même que le doute profite à la personne poursuivie, de même, la chose jugée crée à son profit un droit à la tranquillité ¶(120) ». Et il n'y a pas lieu de distinguer selon que le jugement intervenu était de relaxe (ou d'acquiescement) ou de condamnation : dans le premier cas, « la société ne peut s'en prendre qu'à elle-même de ne pas avoir découvert ou exploité, par ses organes compétents, les motifs de condamnation qui pouvaient exister en la cause ¶(121) » ; dans le second, « un souci humanitaire impose de ne pas punir à nouveau ¶(122) ».

Pour la Cour européenne des droits de l'homme, le mode d'emploi d'un possible et souhaitable revirement consistant à retenir l'identité de faits matériels, plutôt que l'identité de faits juridiquement qualifiés, figure dans l'opinion dissidente du juge Repik jointe à l'arrêt *Oliverira c/ Suisse* : « Il appartient à la Cour de donner au terme « infraction » [figurant dans l'article 4 § 1 du Protocole n° 7] une interprétation autonome correspondant à son objet et à son but. Ce but répond au souci « d'assurer au prévenu que son sort ne sera pas remis en question », c'est-à-dire de lui assurer qu'il ne sera pas deux ou plusieurs fois exposé aux contraintes des poursuites pénales [...] ¶(123) ». En adoptant une telle interprétation de l'article 4 § 1 du Protocole n° 7, la Cour, en l'absence, semble-t-il, d'un dénominateur commun européen, manifesterait sa volonté de lui donner pleine effectivité à l'aune du principe de prééminence du droit ¶(124).

D. R.

Mots clés :

DRIT ET LIBERTE FONDAMENTAUX * Droit de l'homme * Synthèse annuelle

- (1) V. l'art. IV des Lignes directrices sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme, adoptées par le Comité des ministres du 11 juill. 2002 lors de la 804^e réunion des Délégués des ministres.
- (2) A ne pas confondre avec une autre affaire *Saadi* également jugée par une Grande Chambre un mois plus tôt, le 29 janvier 2008, mais qui concernait le Royaume-Uni et l'article 5 de la Convention.
- (3) V. en particulier l'arrêt de Grande Chambre *Uner c/Pays-Bas* du 18 oct. 2006.
- (4) V. justement, l'autre arrêt *Saadi*, préc., du 29 janv. 2008.
- (5) Préc.
- (6) En ce sens, V. F. Palazzo, cette Revue 2008. 1 .
- (7) Comme dans l'hypothèse de l'arrêt *Lüdi c/ Suisse* du 15 juin 1992 où un policier s'était fait passer pour un acheteur potentiel de cocaïne mais où un constat de violation de l'article 6 avait néanmoins été dressé parce que l'accusé n'avait pas pu faire interroger l'agent infiltré comme témoin.
- (8) Conjugué avec l'impossibilité d'interjeter appel incident.
- (9) V. D. Roets, cette Revue 2008. 153 .
- (10) *Ibid.* 155.
- (11) Sur ce point essentiel, V. J. Andriantsimbazovina, in F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire et M. Levinet, *Les Grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'homme* (ci-après *GACEDH*), PUF, coll. Thémis Droit, 4^e éd., 2007, p. 745 s.
- (12) Sur la question V. V. Bouchaud, cette Revue 2003. 517 .
- (13) V. N. Descot, La participation effective du majeur protégé au procès pénal après la loi du 5 mars 2007, AJ pénal 2008. 21 .
- (14) JCP 2007. II. 10045, note M.-C. Rouault ; D. 2007. 1214, note G. Glamour  ; AJDA 2007. 1097, chron. P. Cassia .
- (15) V. déjà, par ex., P. Couvrat et M. Massé, *Circulation routière - Infractions et sanctions*, Sirey, 1989, n° 473 à 475.
- (16) Sur les modalités précises du versement de cette consignation, V. les art. R. 49-14, R. 49-17 et A. 37-7 du C. pr. pén. ; V. aussi l'art. 3.1 de la circ. du 28 juill. 2004 relative au renforcement de la lutte contre la délinquance routière (CRIM 2004-08 E1/28-07-2004).
- (17) En ce sens, V. J.-P. Céré, Les nouveaux modes de poursuites des contraventions au code de la route et le droit à un procès équitable, AJ pénal 2003. 91 .
- (18) En ce sens, V. J.-Ph. Guédon, Les efforts du législateur français contre la violence routière, JCP 2003. I. 179, n° 17 *in fine*.
- (19) Le requérant invitait précisément la Cour de Strasbourg à prendre en compte la décis. n° 99-411 DC du 16 juin 1999 du Conseil constitutionnel français (à propos de la loi du 18 juin 1999 portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants des réseaux de transports), l'arrêt n° 182/2004 du 16 nov. 2004 de la Cour d'arbitrage belge et l'arrêt *Unibet* du 13 mars 2007 de la CJCE (la référence à ce dernier arrêt, 16 contrairement aux deux autres, était peu pertinente).

(20) Pour un aperçu complet de la jurisprudence de la Cour, V. *GACEDH, op. cit.*, p. 262 s.

(21) En ce sens, V., *mutatis mutandis*, à propos de la consignation en matière de plainte avec constitution de partie civile, CEDH 28 oct. 1998, *Aït-Mouhoub c/ France*.

(22) V. JO AN, CR., 2003, p. 2258-2259.

(23) *Ibid.*, p. 2259, 1^{re} col.

(24) Sur cette exigence, V., Cons. const., déc. préc., 6^e cons. (étant précisé que la loi du 12 juin 2003 renforçant la lutte contre la violence routière n'a pas, contrairement à la loi du 18 juin 1999 portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants des réseaux de transports, été soumise au contrôle des sages de la rue Montpensier).

(25) V. l'art. 88 C. pr. pén.

(26) CEDH 25 mai 1993, *Kokkinakis c/ Grèce*, § 52 ; dans le même sens, V. aussi, par ex., 22 nov. 1995, *S. W. c/ R.U.*, § 35 ; 21 janv. 2003, *Veeber c/ Estonie* (n° 2), § 31 ; 10 oct. 2006, *Pessino c/ France*, § 28.

(27) *Ibid.*

(28) V. par ex., à propos de l'ancienne contrainte par corps, CEDH 8 juin 1995, *Jamil c/ France*.

(29) Sur la définition du droit de l'exécution des peines, V. not. M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, 3^e éd., Dalloz, 2007, n° 00.11 à 00.18.

(30) L'enjeu étant, en cas d'application du règlement pénitentiaire général, le cumul, souhaité par l'accusation, des trois peines prononcées.

(31) § 139.

(32) § 140.

(33) § 141.

(34) § 142 ; sur cette distinction, V. not. Comm. EDH, 3 mars 1986, *Hogben c/ RU*, req. n° 11653/85 ; 28 févr. 1996, *Hosein c/ RU*, req. n° 26293/95 ; CEDH 10 juill. 2003, *Grava c/ Italie*, § 51 ; 29 nov. 2005, déc., *Uttley c/ R.-U.*

(35) *Ibid.*

(36) *Ibid.* ; dans le même sens ; V. CEDH 1^{er} avr. 2008, déc., *Moine c/ France*.

(37) § 146.

(38) *Ibid.*

(39) *Ibid.*

(40) § 148.

(41) *Ibid.*, *in fine*.

(42) § 149.

(43) V. aussi le § 151.

(44) § 150.

(45) *Ibid.*

(46) *Ibid.* ; V. aussi le § 152.

(47) V. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, Tome 1, Problèmes généraux de la science criminelle - Droit pénal général*, 7^e éd., Cujas, 1997, n° 250.

(48) V. R. Merle et A. Vitu, *op. cit.*, n° 282.

(49) V. *ibid.*

(50) Art. 112-2-3° C. pén.

(51) V. J. Leroy, *Droit pénal général*, 2^e éd., LGDJ, 2007, n° 213.

(52) Pour un exemple récent, V. l'art. 13-VI de la loi n° 2008-174 du 25 févr. 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental disposant que « l'article 2 [*relatif aux réductions de peines*] est applicable aux personnes exécutant une peine privative de liberté à la date de la publication de la présente loi ».

(53) Ainsi, par exemple, dans sa décision d'irrecevabilité *Monne c/ France* (préc.), la Cour « constate que le refus d'accorder un crédit supplémentaire de réduction de peine ne relève pas du champ d'application de l'article 7 de la Convention ».

(54) Pour des arrêts récents, V. par ex. CEDH, 1^{er} août 2000, *P. B. c/ France* ; 13 févr. 2001, *Gombert et Gochgarian c/ France* ; 5 oct. 2004, *Blondet c/ France* ; 31 mai 2005, *Dumont-Maliverg c/ France* ; 26 sept. 2006, *Gérard Bernard c/ France*.

(55) § 28.

(56) V. le § 44.

(57) § 44.

(58) *Ibid.*

(59) § 45 ; pour d'autres utilisations de cette formule, V., à propos de l'art. 1^{er} du 1^{er} Protocole additionnel, Comm. EDH, 12 oct. 1983, *G., S. et M. c/ Autriche*, req. n° 9614/81 ; à propos de l'art. 5 § 1, de la Conv. CEDH, 4 mai 2006, *Ambruszkiewicz c/ Pologne*, § 29.

(60) En ce sens, V. not. J.-F. Renucci, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2007, n° 653.

(61) En ce sens, V. le § 46 de l'arrêt.

(62) Comme elle l'a été, par exemple, dans sa décision sur la recevabilité *Juta Mentzen alias Mencena c/ Lettonie* du 7 déc. 2004, en rattachant, étrangement d'ailleurs, la modification de l'orthographe du nom d'épouse de la requérante sur son passeport (« Mentzen » devenant « Mencena ») à la « protection des droits et libertés d'autrui » expressément visée à l'article 8 § 2 de la Convention.

(63) § 46.

(64) *Ibid.*

(65) *Ibid.*

(66) § 48.

(67) § 47.

(68) § 49.

(69) § 50.

(70) *Ibid.*

(71) Art. 138, al. 2-5°, C. pr. pén.

(72) V. l'art. 138, al. 2 et 3, C. pr. pén. ; outre l'obligation de se présenter périodiquement aux services, associations habilitées ou autorités désignés par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention, la plupart des mesures visées par ce texte sont, peu ou prou, susceptibles de porter atteinte à la vie privée et familiale, dont celle, prévue au 2° du deuxième alinéa (« ne s'absenter de son domicile ou de la résidence fixée par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention qu'aux conditions et pour les motifs déterminés par ce magistrat »), qui peut être exécutée sous le régime du placement sous surveillance électronique.

(73) V. les not. les art. 144-1, 145-1, 145-2, 145-3 et 148-4 C. pr. pén.

(74) V. not. les art. 175-2, 221-1, 221-2 et 221-3 C. pr. pén.

(75) V. not. l'art. 131-36-2 C. pén. (obligations imposées ou pouvant être imposées aux personnes soumises à un suivi socio-judiciaire) et les art. 706-53-5 (obligations pouvant être imposées aux personnes enregistrées dans le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes), 723-30 (obligations pouvant être imposées dans le cadre d'une surveillance judiciaire) et 706-53-19, al. 1, C. pr. pén. (obligations pouvant être imposées dans le cadre d'une surveillance de sûreté).

(76) M. Levinet, *in GACEDH, op. cit.*, p. 584.

(77) Sur les deux aspects, V. les Actes du Colloque, L'avocat dans le droit européen, Bruylant, 2008, et particulièrement la contribution de F. Krenc, La liberté d'expression de l'avocat en dehors du prétoire : l'homme de droit entre droits et devoirs, p. 147 s.

(78) V. CEDH 21 mars 2002, *Nikula c/Finlande*.

(79) Préc.

(80) V. l'arrêt *Saadi c/ Italie*, 28 févr. 2008, *supra*, n° 1.

(81) Crim. 18 juin 2003 ; Bull. crim. n° 127 ; sur cet arrêt, V. not. D. 2004. 1620, note D. Rebut , et cette Revue 2003. 781, obs. Y. Mayaud .

(82) V. l'art. 4 § 3 du Protocole n° 7.

(83) Sur la question, V. C. Karakosta, *Ne bis in idem* : une jurisprudence peu visible pour un droit intangible, RTDH 2007. 25.

(84) Actuels art. L. 213-1 et L. 213-2-1° C. consom.

(85) Bull. crim. n° 248. Dans cet arrêt la Chambre criminelle, sur un moyen relevé d'office, précise que les juges correctionnels « étant saisis de la prévention de tromperie [...] ne

pouvaient, sans ajouter à cette prévention, retenir la qualification criminelle d'empoisonnement comportant des éléments constitutifs distincts, au regard notamment de l'intention coupable essentiellement différente, et qui serait susceptible de poursuites séparées ». La Haute juridiction fait ici, selon toute vraisemblance, implicitement référence au gel de la qualification imposé par l'article 8 de la loi du 1^{er} août 1905, devenu depuis l'art. L. 216-4 C. consom., et, jusqu'à preuve du contraire, ne remet pas en cause sa jurisprudence garantiste relative à l'autorité négative de la chose jugée au pénal sur le pénal (V. *infra*).

(86) R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, Tome 2, Procédure pénale*, 5^e éd., Cujas, 2001, n° 885.

(87) § 86.

(88) § 85.

(89) En se référant à l'« infraction » et non au « fait » (ou aux « faits »), le texte de l'article 4 du Protocole n° 7 est proche de la rédaction des articles 14 § 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Il se distingue toutefois de l'article 54 de la Convention d'application des accords de Schengen (qui vise « les mêmes faits ») et de l'article 20 du statut de la Cour pénale internationale (qui se réfère aux « actes constitutifs de crimes pour lesquels [*l'intéressé*] a déjà été jugé ou acquitté par [*la CPI*] »).

(90) C. Karakosta, étude préc., p. 36 (souligné par l'auteur).

(91) A. Decocq, *Droit pénal général*, A. Colin, 1971, p. 137.

(92) § 72 (dans le même sens, V. aussi CEDH 27 janv. 2005, déc., *Smolickis c/ Lettonie*).

(93) § 76.

(94) § 72 à 78.

(95) § 77.

(96) *Idem*.

(97) *Idem*.

(98) § 78.

(99) *Idem*.

(100) § 86.

(101) § 92.

(102) § 88.

(103) *Idem*.

(104) § 90.

(105) Art. 8 de la loi du 1^{er} août 1905, devenu depuis l'art. L. 216-4 C. consom.

(106) C. Karakosta, étude préc., p. 38.

(107) § 78.

(108) V. le § 29 de cet arrêt (*essential elements*).

(109) V. par ex. CEDH 14 sept. 1999, déc., *Ponsetti et Chesnel*.

(110) V. not. Comm. EDH, 21 oct. 1993, *Alvaro Baragiola c/ Suisse*, req. n° 17265/90 ; CEDH 29 mars 2001, déc., *Ipsilanti c/ Grèce*.

(111) En ce sens, V. par ex. J.-H. Robert, *Droit pénal général*, 6^e éd., PUF, 2005, p. 103.

(112) V. C. Karakosta, étude préc., p. 36 (et la réf. citée à la note 47).

(113) J. Pradel, in J. Pradel et A. Varinard, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Dalloz, 5^e éd., 2006, p. 394 (V. not., déjà, Crim. 25 févr. 1921, S. 1923. 1. 89, note J.-A. Roux).

(114) Envisagée sous cet angle, l'autorité négative de la chose jugée au pénal sur le pénal est le corollaire de l'obligation incombant aux autorités de poursuites de qualifier correctement les faits.

(115) En ce sens, V. not. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, tome 2, Procédure pénale, *op. cit.*, n° 886.

(116) CEDH 20 juill. 2004, *Nikitine c/ Russie*, § 54.

(117) Comme, *a fortiori*, celle des autres hypothèses de qualifications multiples.

(118) En ce sens, V. Y. Mayaud, *Droit pénal général*, 2^e éd., PUF, 2007, n° 165.

(119) M. Danti-Juan, *Droit pénal*, févr. 1993. 2.

(120) M.-L. Rassat, *Traité de procédure pénale*, PUF, 2001, n° 516.

(121) *Ibid.*

(122) *Ibid.*

(123) Souligné par nous.

(124) En ce sens, V., *mutatis mutandis*, F. Sudre, Le recours aux « notions autonomes », in F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1999, p. 125.