

Soulagement à Strasbourg. La troisième conférence sur la réforme de la Cour (18-20 avr. 2012) évite le pire, c'est-à-dire, la victoire de ceux qui auraient aimé détruire les fondamentaux de la garantie européenne des droits [\(1\)](#). La déclaration de Brighton préserve en effet les points clés du droit de recours individuel, même si tout est fait pour souligner une fois de plus l'importance du caractère subsidiaire du mécanisme conventionnel (G. Gonzalez, *Rêveries aquatiques sur le devenir de la Cour européenne des droits de l'homme*, JCP 2012, pp. 943-945). Il est ainsi proposé de diminuer le délai d'introduction des requêtes (il passerait de six à quatre mois) (pt 15 a de la déclaration), d'appliquer de façon plus stricte tous les critères de recevabilité de l'article 35 § 1 (pt 15 b), de supprimer la deuxième « clause de sauvegarde » du nouveau critère de recevabilité (pt 15 c) [\(2\)](#) et, plus généralement, de circonscrire l'action de la Cour en inscrivant au sein du préambule une référence à la doctrine de la marge nationale d'appréciation (pt 12 b).

Un tel résultat n'était guère évident tant le climat qui entourait la préparation de la conférence était délétère. Certains Etats auraient bien voulu couper les ailes de la Cour de Strasbourg, jugée par eux trop puissante, pour ne pas dire envahissante. Ils y furent encouragés par la puissance invitante - le Royaume-Uni - qui déploya une diplomatie agressive menée par David Cameron en personne. Le 25 janvier 2012, au sein même du Palais des droits de l'homme, il prononçait un discours qui avait pour but de réfréner le pouvoir prétorien de la Cour en affirmant qu'elle devait se concentrer sur les graves affaires de violation des droits de l'homme et « ne pas mettre à mal sa propre réputation en contrôlant des décisions nationales qui ne nécessitent pas de l'être [\(3\)](#) ». Si l'attaque est à fleurets mouchetés, tout le monde aura compris ce que le chef du gouvernement britannique fustige est notamment la jurisprudence ayant mis à l'encan la déchéance automatique et absolue du droit de vote des détenus (CEDH, gr. ch., 6 oct. 2005, *Hirst c/ Royaume-Uni* [n° 2], req. n° 74025/01, AJDA 2006. 466, chron. J.-F. Flauss [\(4\)](#) ; RSC 2006. 662, chron. F. Massias [\(5\)](#) ; CEDH 23 nov. 2010, *Greens et M. T. c/ Royaume-Uni*, req. n° 60041/08, D. 2011. 193, obs. J.-F. Renucci ; RSC 2011. 226, obs. J.-P. Marguénaud [\(6\)](#)). Bien que cette jurisprudence fût également appliquée à l'endroit d'autres Etats (CEDH 8 avr. 2010, *Frodl c/ Autriche*, req. n° 20201/04, AJDA 2010. 2362, chron. J.-F. Flauss [\(7\)](#)), le Royaume-Uni n'accepta guère ce qu'il considéra être une atteinte inadmissible à la spécificité de son système pénal.

L'exécutif britannique ne fut pas le seul à monter au créneau, la Chambre des communes lui emboîta le pas quelques semaines plus tard. Le 10 février 2012, elle adoptait une motion par 234 voix contre 22 qui affirmait la primauté du pouvoir législatif britannique en matière de droit de vote des détenus... Dans ce concert de critiques et de rébellions politiques ouvertes, une poignée d'irréductibles fit de la résistance. En effet, trois universitaires signèrent - pour le compte de la Commission britannique pour l'égalité et les droits de l'homme - un rapport particulièrement circonstancié, démontant une à une les critiques politiques et académiques sur les effets de la jurisprudence européenne à l'égard du système juridique britannique (A. Donald, J. Gordon et P. Leach, *The UK and the European Court of Human Rights, Equality and Human Rights Commission, Research report* n° 83, 2012, 219 pages).

L'indépendance académique sera-t-elle *in fine* louée et valorisée au pays qui fêta en grande pompe le jubilé de la reine Elizabeth II ? Les passions politiques - non exemptes d'arrière-pensées politiciennes - finiront-elles par s'adoucir ? Un arrêt de grande chambre devrait à tout le moins participer à l'apaisement. En effet, la Cour opéra une marche arrière étonnante dans une affaire italienne dont le requérant restera décidément dans les annales strasbourgeoises. Alors que la problématique revenait à se demander si la privation du droit de vote de M. Scoppola présentait « les caractères de généralité et d'automatisme énumérés par la grande chambre de la Cour dans l'affaire *Hirst* » (§ 47), la chambre de sept juges, sur ces deux points, n'eut aucune difficulté à démontrer leur existence qui emporta, à l'unanimité, la condamnation de l'Italie (CEDH 18 janv. 2011, *Scoppola c/ Italie* [n° 3], req. n° 126/05, AJDA 2011. 1993, chron. L. Burgorgue-Larsen [\(8\)](#)). C'était sans compter le désaveu de la grande chambre prononcé à 16 voix contre 1, le 22 mai 2012 (*Scoppola c/ Italie* [n° 3], req. n° 126/05) qui absolvait l'Italie d'un arrêt de condamnation, comme si elle voulait lancer un appel d'apaisement aux Etats et plus particulièrement au Royaume-Uni sur cette thématique du droit de vote des détenus. Ce n'est pas la première fois que la Cour use de l'arme prétorienne pour régler des questions de type « politique » (L. Burgorgue-Larsen, *De l'art de changer de cap. Libres propos sur les « nouveaux » revirements de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Mélanges Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, pp. 329-344). Ce n'est pas la première fois non plus que face à des réactions violentes et passionnées - à la limite de l'irrationalité - elle fait marche arrière - l'arrêt *Lautsi* témoignait déjà d'une telle démarche (CEDH 18 mars 2011, *Lautsi et autres c/ Italie*, req. n° 30814/06, AJDA 2011. 594 [\(9\)](#) ; D. 2011. 949, obs. O. Bachelet et 809, édito. F. Rome ; RTD civ. 2011. 303, obs. J.-P. Marguénaud [\(10\)](#)).

Quoi qu'il en soit, il est clair que les temps sont marqués par une recrudescence de la défiance des Etats qui se mêle à une dangereuse fragilisation démocratique pour certains d'entre eux [\(4\)](#). Chose étonnante, le processus n'est pas qu'euro-péen. Le continent latino-américain traverse en effet une crise extrêmement profonde du fait de l'action hostile de pays comme le Venezuela, le Brésil ou encore le Pérou qui ont réussi à faire démissionner le secrétaire exécutif de la Commission interaméricaine, qui ont obtenu une altération des pouvoirs de cette institution clé (pour l'examen des requêtes notamment), qui ont déclaré ouvertement qu'ils n'exécuteront pas certains arrêts de la Cour interaméricaine les concernant et, *last but not least*, qui - pour certains - mettent à exécution l'ultime menace : la dénonciation de la Convention américaine. Il s'agit ici du Venezuela dont la politique judiciaire - marquée par un dénigrement incessant du système interaméricain - vient de prendre une autre tournure. Le gouvernement d'Hugo Chavez réitère dans tous les médias latino-américains, depuis le mois d'avril 2012, qu'il va « sortir du système interaméricain » [\(5\)](#). Une chose est sûre : ces événements confirment avec force que dans la vie des institutions comme dans celle des hommes, rien n'est jamais acquis une fois pour toutes. Les Européens devraient en être plus que jamais conscients.

Cet arrière-fond politique qui gouverne les destinées des cours régionales, et spécialement celle de la Cour de Strasbourg - réel et prégnant -, ne doit pas escamoter son oeuvre jurisprudentielle, toujours imposante. Non seulement elle continue de porter ses fruits dans la grande majorité des Etats - en métamorphosant leur système juridique - mais elle reste également marquée par des avancées magistrales en termes de protection.












Oeuvre jurisprudentielle de la Cour

CEDH 19 janvier 2012, *Popov c/ France*, req. n°s 39472/07 et 39474/07 [\(11\)](#)







CEDH 2 février 2012, *I. M. c/ France*, req. n° 9152/09 [\(12\)](#)

CEDH, gr. ch., 23 février 2012, *Hirsi Jamaa et autres c/ Italie*, req. n° 27765/09

CEDH, gr. ch., 26 juin 2012, *Herrmann c/ Allemagne*, req. n° 9300/07

Prenons l'exemple de la législation sur la chasse afin d'évaluer l'importance des transfigurations systémiques au sein des Etats. Dans quatre Etats membres, la législation ou la jurisprudence ont été modifiées à la suite de l'arrêt *Chassagnou* (CEDH, gr. ch., 29 avr. 1999, *Chassagnou c/ France*, req. n° 25088/94, AJDA 1999. 922 , note F. Priet  et 2000. 526, chron. J.-F. Flauss  ; D. 1999. 163, 389, chron. G. Charollois  et 2000. 141, chron. E. Alfandari  ; RFDA 1999. 451  ; RTD civ. 1999. 913, obs. J.-P. Marguénaud  et 2000. 360, obs. T. Revet ). En France, on sait que la loi Voynet a prévu des aménagements au profit des propriétaires fonciers qui s'opposent à la chasse pour des raisons éthiques ; le Conseil d'Etat prenant acte immédiatement de cette nouvelle donne (CE 9 nov. 2007, *M^{me} Lasgrezas, Association pour la protection des animaux sauvages*, req. n° 296858, Lebon  ; AJDA 2007. 2116  ; RDI 2008. 28, obs. L. Fonbaustier ). En Lituanie, l'article 13 § 2 de la loi sur la chasse a cessé de s'appliquer le 19 mai 2005, à la suite d'un arrêt de la Cour constitutionnelle. Au Luxembourg, après l'adoption des arrêts *Schneider c/ Luxembourg* du 10 juillet 2007 et *Chassagnou*, la loi sur la chasse du 20 juillet 1929 a été abrogée et remplacée par une nouvelle loi, entrée en vigueur le 31 mai 2011, qui prévoit que les propriétaires fonciers opposés à la chasse sur leurs terres peuvent, sous certaines conditions, demander de ne pas faire partie d'une association de chasse. En République tchèque, la Cour constitutionnelle jugeait le 13 décembre 2006 que l'autorité administrative devait décider si des terres pouvaient être incluses dans un district de chasse en soulevant les différents intérêts en jeu à la lumière des principes énoncés dans l'arrêt *Chassagnou*. L'Allemagne n'avait pas, quant à elle, jugé utile de retoucher sa législation sur la chasse, d'autant que, depuis une réforme de 2006, ce domaine relevait des compétences des *Länder*. Les choses vont sans nul doute évoluer après l'arrêt *Herrmann* puisque la grande chambre, saisie sur renvoi à la demande du requérant, condamna l'Allemagne pour la violation de l'article 1^{er} du protocole n° 1 (CEDH, gr. ch., 26 juin 2012, *Herrmann c/ Allemagne*). Alors que le requérant arguait qu'il était moralement réfractaire à l'exercice de la chasse et dénonçait le système allemand qui l'obligeait à adhérer à une association de chasse, le gouvernement soutenait pour sa part que la conscience individuelle du demandeur ne pouvait être un « étalon moral » à l'aune duquel il fallait mesurer l'ordre juridique d'un Etat démocratique comme l'Allemagne. Surtout, il s'évertua à mettre en évidence les différences entre la feue loi Verdeille de 1964 et la réglementation allemande. Le Tribunal de Karlsruhe lui-même - qui avait débouté le requérant - s'était inscrit dans cette approche après un exercice de mise en balance des intérêts dont il est coutumier. Mieux, il le fit en considérant que la réglementation allemande était conforme aux critères *Chassagnou*. On imagine sans peine les remous suscités outre-Rhin par cet arrêt non seulement parce qu'il implique une modification législative d'envergure, mais également parce qu'il met à l'index la jurisprudence de la Cour allemande dont on sait qu'elle se voit, se pense, se veut comme la Cour constitutionnelle leader en Europe.

S'agissant du seuil élevé de protection que la Cour institue, l'arrêt *Hirsi* est sans conteste celui qui démontre qu'elle n'entend pas tergiverser sur l'essentiel : la vie des êtres humains, qui s'assimile très souvent à une question de survie (CEDH, gr. ch., 23 févr. 2012, *Hirsi Jamaa et autres c/ Italie*). Les bouleversements géopolitiques vécus aux pourtours de la Méditerranée comme les conflits incessants aux confins de la Corne de l'Afrique n'en finissent pas d'avoir des répercussions sur le continent européen. Dans le cadre d'une dramatique affaire de migrants érythréens et somaliens interceptés par la marine italienne en haute mer et renvoyés vers la Libye, la Cour pour la première fois de son histoire contentieuse fut amenée à examiner l'applicabilité de l'article 4 du protocole n° 4 à un cas d'éloignement d'étrangers vers un Etat tiers effectué en dehors du territoire national. Elle devait trancher la question de savoir si le transfert des requérants vers la Libye constituait une « expulsion collective d'étrangers ». A l'argument de l'Etat défendeur qui excipait d'un « obstacle logique » (§ 171) pour s'opposer à son applicabilité - le fait que les requérants ne se trouvaient pas sur le territoire italien lors de leur transfert vers la Libye - la Cour rétorqua « que si les affaires examinées jusqu'à présent concernaient des personnes qui se trouvaient déjà, à différents titres, sur le territoire du pays concerné, le libellé de l'article 4 du protocole n° 4 ne faisait pas, en soi, obstacle à son application extra-territoriale » (§ 173 et spéc. § 180). Après une interprétation évolutive de la Convention qui emporta l'applicabilité de cette disposition, la Cour reconnut en l'espèce sa violation dans la mesure où les autorités italiennes avaient pris leur décision de transfert sans apporter la moindre attention à la situation individuelle des personnes concernées. Grand arrêt et grande solution : sera-t-elle mise en oeuvre facilement et de bonne foi ? Si les Etats peuvent légitimement vouloir garder les rênes de certains aspects de leurs spécificités culturelles ou morales, ils doivent dans le même temps être irréprochables sur les valeurs qui les ont amenés, au sortir du second conflit mondial, à se réunir autour de la Convention en adhérant à la philosophie des droits qu'elle institue. Gageons que l'Italie s'en rappelle.

On pourrait continuer longtemps d'égrener la liste des arrêts qui octroient une protection élevée aux requérants ; on se contentera ici de souligner que ce standard exigeant n'a pas épargné la France. Elle était condamnée dans l'affaire *Popov* (CEDH 19 janv. 2012, *Popov c/ France*) qui concernait la rétention administrative d'une famille pendant quinze jours - dont des enfants de 3 mois et 3 ans - dans le centre de rétention de Rouen-Oissel dans l'attente de leur expulsion vers le Kazakhstan. Et de rappeler que toutes les sources internationales imposent aux autorités nationales de prendre les mesures nécessaires pour limiter au maximum la durée de détention des mineurs (§ 99), y compris en bas âge. Depuis cet arrêt retentissant, le Défenseur des droits, Dominique Baudis, ne ménage pas ses efforts pour faire en sorte que tous les centres de rétention administrative de France prennent dûment en compte l'arrêt de la Cour (v. communiqués de presse sur le site du défenseur <http://defenseurdesdroits.fr>). Dans un domaine également sensible, l'arrêt *I. M.* (CEDH 2 févr. 2012, *I. M. c/ France*) condamne le système procédural français de l'asile : le recours devant la Cour nationale du droit d'asile (CNDA) d'une décision de refus de l'Office français de protection des réfugiés et des apatrides n'étant pas suspensif dans le cadre de la procédure prioritaire (§ 156). La jurisprudence de la Cour sur l'article 13 en matière de recours effectif - notamment combiné avec l'article 3 quand l'éloignement du territoire fait encourir au requérant un risque de mauvais traitement - aurait dû alerter les autorités françaises. Rien n'y fit ; ni le Commissaire aux droits de l'homme (lettre du 3 août 2010), ni le Comité des Nations unies contre la torture (observations finales du 20 mai 2010) qui insistaient pour qu'un recours suspensif soit mis en place dans le cadre de cette procédure, ne furent écoutés... La condamnation unanime de la France dans l'arrêt *I. M.* constituera sans nul doute l'ultime aiguillon qui emportera une adaptation législative comme jurisprudentielle en la matière, obligeant Cour de cassation (Civ. 1^{re}, 10 déc. 2009, n° 08-21.101, AJDA 2010. 435  , avis P. Chevalier  ; D. 2010. 20 ; *ibid.* 2009. 2913, édito. F. Rome ; *ibid.* 2010. 1904, obs. A. Gouttenoire et P. Bonfils ; *ibid.* 2868, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; Constitutions 2010. 260, obs. P. Chevalier  ; Rev. crit. DIP 2010. 116, note S. Corneloup ) et Conseil d'Etat (CE 12 juin 2006, *Groupe d'information et de soutien des immigrés [GISTI]*, req. n° 282275, Lebon  ; AJDA 2006. 1246 ), à revoir leur jurisprudence.

Droit à la liberté et à la sûreté

CEDH, gr. ch., 15 mars 2012, *Austin et autres c/ Royaume-Uni*, req. n°s 39692/09, 40713/09 et 41008/09

Afin de déterminer si un individu se trouve « privé de sa liberté » au sens de l'article 5, la jurisprudence européenne a établi qu'il fallait partir de sa situation concrète et prendre en compte un ensemble de critères comme le genre, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure considérée. C'est en utilisant l'ensemble de ces critères que la Cour s'est penchée, pour la première fois de son histoire contentieuse (§ 52), sur la technique du *kettling* : le confinement des foules à l'occasion de grands rassemblements.

Sur le plan des principes, elle affirma qu'« on ne saurait exclure que le recours à des techniques de contention et de contrôle des foules puissent, dans des circonstances particulières, donner lieu à une privation de liberté contraire à l'article 5 § 1 » (§ 60). Cependant, à la suite d'une analyse *in concreto*, elle considéra que l'article 5 ne trouvait pas à s'appliquer au regard « des faits spécifiques et exceptionnels de l'espèce » (§ 68). Il ne faudrait pas que cette jurisprudence inaugure une nouvelle tendance selon laquelle une telle mesure n'équivaut pas à une privation de liberté à partir du moment où elle poursuit un but légitime d'intérêt général, comme le soulignent avec force les juges dissidents Tulkens, Spielmann et Garlicki. Gageons que les circonstances exceptionnelles de l'affaire donnent à l'arrêt le caractère d'un arrêt d'espèce et que les craintes exprimées par les juges dissidents soient dissipées. On saisit l'occasion de cette solution *a minima* pour rappeler que la Grèce, la Suisse, la Turquie et *last but not least* le Royaume-Uni, n'ont pas ratifié le protocole n° 4, ce qui semble aujourd'hui passablement étonnant, pour ne pas dire aberrant au regard de l'importance des droits qu'il consacre. Les conséquences d'une telle politique juridique ne sont pas anodines. Dans l'affaire *Austin*, les requérants ne purent invoquer contre le Royaume-Uni une violation de l'article 2 du protocole n° 4 consacrant la liberté de circulation (§ 55), ce qui aurait été pourtant pertinent quand on sait que tant des manifestants, que de simples passants - qui n'avaient rien à voir avec la manifestation comme telle - furent retenus pendant plusieurs heures sans pouvoir rentrer chez eux, victimes d'une politique sécuritaire radicale.

Droit de vote









CEDH, gr. ch., 15 mars 2012, Sitaropoulos et Giakoumopoulos c/ Grèce, req. n° 42202/07

Un droit consacré à l'échelle constitutionnelle, mais non mis en oeuvre pendant un très long laps de temps est-il vidé de sa substance ? Telle était la problématique posée dans une affaire portée devant la Cour par deux fonctionnaires grecs du Conseil de l'Europe. En tant qu'expatriés, ils contestaient le fait qu'ils ne pouvaient pas voter à distance à l'occasion des élections législatives. En effet, alors que l'article 51 § 4 de la Constitution grecque (adopté en 1975 et précisé en 2001), habilitait le législateur à prévoir les modalités de mise en oeuvre du droit de vote des expatriés, ce dernier ne réussit jamais à trouver une majorité nécessaire pour adopter une telle réglementation. L'arrêt de chambre du 8 juillet 2010 avait conclu à une violation de l'article 3 du protocole n° 1 en invoquant : 1) le fait que la volonté des constituants était dépourvue de valeur normative trente-cinq ans après l'adoption de la Constitution (à la date de l'adoption de l'arrêt de chambre) ; 2) qu'il en découlait un traitement inéquitable à l'égard des Grecs expatriés et 3) qu'une étude comparative concernant 33 Etats parties à la Convention démontrait que la majorité d'entre eux avaient mis en place des modalités pratiques pour assurer l'effectivité du droit de vote des expatriés et que la Grèce se trouvait en deçà du dénominateur commun des Etats membres sur ce point. La grande chambre désavoua à l'unanimité une telle solution : la demande de renvoi activée par le gouvernement grec lui fut donc bénéfique. Sur la base d'une argumentation protéiforme où elle mobilisa tout à la fois le droit international et régional des droits de l'homme (§ 72), divers textes du comité des ministres et de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (§ 73) et le droit comparé des Etats européens (§ 74), elle estima qu'« aucun des instruments juridiques examinés ci-dessus ne permet de conclure que, en l'état actuel du droit, les Etats ont l'obligation de rendre possible l'exercice du droit de vote par les citoyens résidant à l'étranger » (§ 75). Que fit-elle alors du droit constitutionnel grec ? Elle le ramena à sa plus simple expression et mit en exergue, à la suite du gouvernement (§ 56), le fait qu'il n'était que potestatif en soulignant que l'article 51 § 4 était libellé ainsi : « Les modalités d'exercice du droit de vote par les électeurs qui se trouvent en dehors du territoire national peuvent être fixées par une loi ». Si la doctrine de la marge d'appréciation n'apparaît nulle part *expressis verbis* dans l'argumentation de la Cour, sa philosophie n'en a pas moins inspirée la solution de la grande chambre quand elle affirme « qu'il ne lui revient pas d'indiquer aux autorités nationales à quel moment ni de quelle manière elles devraient mettre en oeuvre l'article 51 § 4 de la Constitution » (§ 76). L'affaire était assurément délicate quand on sait que 3 700 000 ressortissants grecs vivent en dehors du territoire contre 11 000 000 vivant en Grèce (§ 56). L'élargissement du corps électoral - à des personnes ne souffrant pas, notamment, de façon frontale des difficultés économiques et sociales du pays - entend clairement être maîtrisé. Si cet élément est légitime et compréhensible, on relèvera toutefois que plus de trente-cinq ans pour trouver une solution consensuelle est un temps démesurément long : de délai raisonnable il n'est à l'évidence plus question. Si le texte conventionnel européen était flanqué d'une disposition comme l'article 2 de la Convention américaine - qui permet à la Cour de San José de déclarer violée la Convention dès qu'un droit qui y est consacré n'est pas mis en oeuvre - qu'aurait fait la Cour européenne ?






Interdiction des discriminations

Le contentieux des discriminations ne cesse de monter en puissance ces dernières années touchant des personnes caractérisées comme faisant partie d'un groupe ou d'une communauté souffrant de façon structurelle - les homosexuels (affaire *Gas et Dubois*) - ou conjoncturelle - les retraités (affaire *Manzanas Martin*), de multiples discriminations. Des situations plus inédites apparaissent devant la Cour de Strasbourg qui ne sont en réalité que les conséquences d'une assimilation importante par les requérants de la vision égalitaire des rapports humains et sociaux. Ainsi, les hommes (affaire *Konstantin Markin*) comme les couples non mariés et non pacés (affaire *Van der Heijden*) entendent bénéficier des droits accordés aux femmes pour les premiers et aux couples mariés ou pacés pour les seconds.

Les discriminations à l'égard des homosexuels

Le contentieux strasbourgeois est marqué par une double tendance, évolutive d'un côté ; prudente de l'autre. La tendance évolutive consiste, depuis de nombreuses années désormais, à sanctionner tout type de législations et/ou de pratiques qui a pour objet de discriminer les homosexuels du fait de leur seule orientation sexuelle (v. par ex. en matière d'autorité parentale, CEDH 21 déc. 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c/ Portugal*, req. n° 33290/96, AJDA 2000. 526, chron. J.-F. Flauss  ; RTD civ. 2000. 313, obs. J. Hauser  ; *ibid.* 433, obs. J.-P. Marguénaud  ; on notera, à titre comparatif, que ce vaste mouvement vers l'égalité réelle vient de trouver une consécration emblématique dans le système interaméricain des droits de l'homme dans l'affaire *Atala Riffo* [CIDH 24 févr. 2012, Fond et réparation, *Atala Riffo et les filles c/ Chili*, série n° 239], où le Chili fut condamné pour avoir refusé d'accorder la garde des enfants à une mère qui avait refait sa vie avec une femme, le refus de la juridiction suprême chilienne s'étant fondé exclusivement sur l'orientation sexuelle de la requérante). La deuxième tendance est incarnée par les affaires *Schalk et Kopf* (CEDH, gr. ch., 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche*, req. n° 30141/04, D. 2011. 1040, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ fam. 2010. 333  ; Constitutions 2010. 557, obs. L. Burgorgue-Larsen  ; RTD civ. 2010. 738, obs. J.-P. Marguénaud  ; *ibid.* 765, obs. J. Hauser ) , *Manenc c/ France* (CEDH, décis., 21 sept. 2010, req. n° 66686/08, AJDA 2011. 889, chron. L. Burgorgue-Larsen ) et *Gas et Dubois* (CEDH 15 mars 2012, *Gas et Dubois c/ France*) qui reflètent la limite posée par la Cour à cette politique jurisprudentielle en matière de mariage et, corrélativement, s'agissant des droits que confère cette institution aux couples hétérosexuels au détriment des couples homosexuels qui n'y ont pas accès dans certains Etats ; la France fait (encore) partie de ceux-là. Ici, la Cour reste prudente en concédant aux Etats une large marge d'appréciation. Pas question de se substituer aux législateurs nationaux sur de telles questions de société.

CEDH 15 mars 2012, Gas et Dubois c/ France, req. n° 25951/07

Dans la très médiatisée affaire *Gas et Dubois* relative à la question de l'adoption par un des partenaires d'un couple homosexuel - qui diffère de l'adoption par un célibataire homosexuel (CEDH, gr. ch., 22 janv. 2008, *E. B. c/ France*, req. n° 43546/02, AJDA 2008. 117  et 978, chron. J.-F. Flauss  ; D. 2008. 2038, obs. E. Royer, note P. Hennion-Jacquet ; *ibid.* 1786, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ fam. 2008. 118, obs. F. Chénédy  ; RDSS 2008. 380, obs. C. Neirinck ; RTD civ. 2008. 249, obs. J.-P. Marguénaud  ; *ibid.* 287, obs. J. Hauser ) - tout le raisonnement de la Cour a consisté à comparer ce qui est comparable - en l'espèce les droits de personnes reliées par un PACS, ce qui était le cas des deux

requérantes. Les arguments présentés par ces dernières ne se sont pas situés sur ce terrain. Les demanderesse se plaignaient du rejet de l'adoption, sollicitée par la première requérante, de l'enfant de sa compagne mis au monde par procréation médicalement assistée ; elles estimaient que le motif pris des conséquences légales d'une telle adoption - c'est-à-dire, le retrait de l'autorité parentale de la mère - constituait un obstacle définitif à l'adoption pour les couples de même sexe (hypothèse dite « l'adoption simple » dans le système français). Tout leur raisonnement consistait à affirmer que, contrairement aux personnes de sexe différent (qui peuvent se marier), elles ne pouvaient contracter mariage et donc bénéficier des dispositions de l'article 365 du code civil à l'instar des couples hétérosexuels. Et d'invoquer une violation de l'article 8 combiné avec l'article 14.

La réponse de la Cour fut teintée de prudence ; elle ne s'aventura guère à remettre en cause le libellé et la portée de l'article 365, à l'instar de ce qu'avait décidé un an et demi auparavant le Conseil constitutionnel statuant dans la même affaire au moyen d'une question prioritaire de constitutionnalité (Cons. const. 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC, AJDA 2011. 705, tribune E. Sagalovitch ; D. 2010. 2744, obs. I. Gallmeister, note F. Chénéde ; *ibid.* 2011. 529, chron. N. Maziau ; *ibid.* 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid.* 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay ; *ibid.* 2298, obs. B. Mallet-Bricout et N. Reboul-Maupin ; AJ fam. 2010. 487, obs. F. Chénéde ; *ibid.* 489, obs. C. Mécarly ; Constitutions 2011. 75, obs. P. Chevalier ; *ibid.* 361, obs. A. Cappello ; RTD civ. 2010. 776, obs. J. Hauser ; *ibid.* 2011. 90, obs. P. Deumier). Même si Jean-Paul Costa dans son opinion concordante fit clairement comprendre qu'il était sans doute temps que le législateur pense à réformer l'article de la discordie, il adhéra à la démarche globale de la Cour marquée par une retenue toute conciliante à l'égard des choix de société qui incombent aux représentants du peuple (6). Tel n'était pourtant pas le sens de l'intervention de cinq types d'associations - dont la FIDH et la Commission internationale des juristes - représentées par le spécialiste internationalement reconnu sur les questions d'orientation sexuelle - le professeur Robert Wintemute pour ne pas le nommer (7). Rien n'y a fait. La Cour resta fidèle à sa démarche empreinte de retenue judiciaire : braquer inutilement les Etats en leur imposant des choix importants de société serait contre-productif. Partant, s'arrimant au dispositif législatif français actuel, elle constata que l'interdiction de l'adoption simple qui est opposée aux personnes reliées par un PACS sur la base de l'article 365 est identique, qu'elles soient hétérosexuelles ou homosexuelles : il n'y a donc pas de différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle des requérantes.

Les discriminations à l'égard des hommes

CEDH, gr. ch., 22 mars 2012, Konstantin Markin c/ Russie, req. n° 30078/06

En déclarant discriminatoire la politique législative russe à l'encontre des hommes dans le cadre de l'armée en matière d'octroi de congés parentaux (violation de l'article 14 combiné avec l'article 8, à 16 voix contre 1), la Cour est audacieuse. Non seulement elle opère un revirement de jurisprudence eu égard à son arrêt *Petrovic* (CEDH 27 mars 1998, *Petrovic c/ Autriche*, req. n° 20458/92, AJDA 1998. 984, chron. J.-F. Flauss ; D. 1999. 141, note J. Mouly et J.-P. Marguénaud ; RDSS 1999. 599, obs. F. Monéger) - qui plus est en l'appliquant aux faits de l'espèce, autrement dit en décidant de ne pas jouer sur le facteur temps pour adoucir la condamnation - mais encore elle le fait en s'attaquant bille en tête à des stéréotypes tenaces au sein de nombreuses sociétés sur le rôle alloué aux hommes et, par ricochet, aux femmes... En effet, en s'attaquant à une double discrimination sur la base du sexe et de la profession (c'est-à-dire, refus d'octroi aux militaires masculins d'un congé parental), la grande chambre veut en finir avec les visions archaïques - on ose dire machistes - qui gouvernent la distribution des rôles entre hommes et femmes. Le § 143 mérite d'être reproduit car il a vocation *in fine* à s'appliquer à tout type d'*a priori* psycho-social : « La Cour [...] conclut que la répartition traditionnelle des rôles entre les sexes dans la société ne peut servir à justifier l'exclusion des hommes, y compris ceux travaillant dans l'armée, du droit au congé parental. La grande chambre considère comme la chambre que les stéréotypes liés au sexe - telle l'idée que ce sont plutôt les femmes qui s'occupent des enfants et plutôt les hommes qui travaillent pour gagner de l'argent - ne peuvent en soi passer pour constituer une justification suffisante de la différence de traitement en cause, pas plus que ne le peuvent des stéréotypes du même ordre fondés sur la race, l'origine, la couleur ou l'orientation sexuelle ». *Dictum* fut, dont on s'aventure à penser qu'il ne manquera pas d'être mobilisé par la Cour dans sa jurisprudence future surtout si on a également l'affirmation selon laquelle il est impossible de renoncer au droit de ne pas faire l'objet d'une discrimination fondée sur le sexe, car « pareille renonciation se heurterait à un intérêt public important » (§ 150)...

Pour arriver à de telles affirmations, elle ne manqua pas d'être inspirée par les réflexions présentées par le Centre des droits de l'homme de l'université de Gand (tiers intervenant, §§ 119-123), comme par l'état actuel du droit qu'elle présenta grâce à un tour d'horizon comparatiste dont elle est coutumière. Identifiant les grands traités de droit international pertinents, rappelant les avancées législatives (directives sur le congé parental) et les innovations jurisprudentielles (CJCE 29 nov. 2001, *Griesmar c/ Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie*, aff. C-366/99, AJDA 2000. 808, chron. H. Chavrier, H. Legal et G. de Bergues ; *ibid.* 2002. 326, chron. C. Lambert, J.-M. Belorgey et S. Gervasoni ; D. 2002. 134, et les obs. ; AJFP 2002. 4, et les obs. ; note P. Boutelet ; *ibid.* 11, note A. Fitte-Duval ; RDSS 2002. 375, obs. F. Muller ; CJUE 30 sept. 2010, *Pedro Manuel Roca Álvarez c/ Sesa Start España ETT SA*, aff. C-104/09, AJDA 2010. 2305, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat) du droit de l'Union, la méthodologie cosmopolitique fut à son comble, avec une nuance de taille toutefois si on prend comme référent l'arrêt *Demir et Baykara* (CEDH, gr. ch., 12 nov. 2008, *Demir et Baykara c/ Turquie*, req. n° 34503/97, AJDA 2009. 872, chron. J.-F. Flauss ; D. 2009. 739, chron. J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; RDT 2009. 288, étude N. Hervieu). La Cour prit soin - comme si elle voulait conjurer d'éventuelles critiques - de rappeler que la Convention sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard des femmes ainsi que l'article 27 de la Charte sociale européenne révisée avaient été ratifiés par la Russie (§§ 49 et 55). Elle fit d'ailleurs de même dans l'importante affaire *Hirsi Jamaa* où elle rappela que la convention de Genève relative au statut des réfugiés de 1951 était ratifiée par l'Italie (*Hirsi Jamaa* préc., § 22). Nouvelle tendance de la Cour soucieuse de ne pas s'attirer les foudres étatiques ou utilisation stratégique de données objectives propres à ces deux espèces ? Il faudra scruter la jurisprudence à venir pour le savoir.

Les discriminations à l'égard des retraités

Le mouvement qui a consisté à socialiser l'article 1^{er} du protocole n° 1 grâce à une astucieuse combinaison avec le principe de non-discrimination de l'article 14 est connu. On sait en effet qu'à partir du moment où l'Etat défendeur met en place une législation prévoyant le versement d'une prestation sociale, elle engendre un « intérêt patrimonial » qui relève du champ d'application de l'article 1^{er} ; partant, elle ne doit pas être versée, refusée ou retirée de façon discriminatoire. C'est l'arrêt *Gaygusuz* - où était en cause une allocation d'urgence pour un chômeur en fin de droits (CEDH 16 sept. 1996, *Gaygusuz c/ Autriche*, req. n° 17371/90, AJDA 1998. 37, chron. J.-F. Flauss ; D. 1998. 438, note J. Mouly et J.-P. Marguénaud ; RFDA 1997. 965, étude F. Sudre) - qui permit à la Cour de commencer à inclure les questions sociales dans le champ conventionnel (v. thèse C. Nivard, *La justiciabilité des droits sociaux. Etude droit conventionnel européen*, Bruylant, 2012). Ainsi, toute prestation sociale, y compris non contributive, c'est-à-dire qui ne dépend pas du versement préalable de cotisations (CEDH, gr. ch., 12 avr. 2006, *Stec et autres c/ Royaume-Uni*, req. n° 65731/01), tombe dans le champ d'application de l'article 1^{er} du protocole n° 1. Les allocations de retraite ne font pas exception, comme le met parfaitement en évidence l'arrêt *Manzanas Martin*.

CEDH 3 avril 2012, Manzanas Martin c/ Espagne, req. n° 17966/10

Quand un pasteur évangélique officie de 1952 à 1991 sans pouvoir toucher de pension de retraite alors que les prêtres catholiques l'ont pu, quant à eux, dès 1977 - et ce avant même la promulgation de la Constitution démocratique du 27 décembre 1978 - on comprend le sentiment d'injustice du requérant, au-delà des difficultés matérielles engendrées par une telle situation. Le sieur Manzananas Martin n'hésita pas à activer le ressort strasbourgeois car, non seulement le Tribunal supérieur de justice de Catalogne avait infirmé une décision ingénieuse de première instance, mais encore le Tribunal constitutionnel avait considéré son recours d'*amparo* comme dépourvu de « contenu constitutionnel »... Le requérant considéra que le refus de lui accorder une pension de retraite portait atteinte au principe de non-discrimination reconnu par l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1^{er} du protocole n° 1. Il estimait plus précisément que la législation interne avait traité de manière différenciée et discriminatoire les pasteurs évangéliques par rapport aux prêtres catholiques, dans la mesure où : 1) ces derniers avaient été inclus plus tôt dans le régime général de la sécurité sociale (1977) et 2) même après l'inclusion très tardive des pasteurs évangéliques dans le régime général de la sécurité sociale (en 1992), ces derniers n'avaient pas eu la possibilité de compléter la période de cotisation minimale requise pour avoir droit à la pension de retraite avec les années antérieures d'activité pastorale, alors que cette possibilité était reconnue aux prêtres catholiques. Si sur le premier point la Cour confirma la large marge d'appréciation reconnue aux Etats « pour introduire de façon progressive la pleine égalité des sujets dans le système des pensions, compte tenu des implications économiques et sociales de l'évolution des systèmes de sécurité sociale, qui doit prendre en compte les particularités de chaque collectif » (§ 53), elle considéra en revanche, s'agissant du second élément, que « le gouvernement n'avait pas justifié les raisons pour lesquelles, une fois ladite intégration effectuée, une différence de traitement entre des situations similaires, fondée uniquement sur des raisons de confession religieuse, avait été maintenue » (§ 55). Partant, c'est à l'unanimité que l'Espagne fut condamnée (et plus précisément les interprétations délivrées par la juridiction suprême catalane comme par le Tribunal constitutionnel), alors que l'interprétation du juge de première instance (juge du travail) fut à l'inverse valorisée par la Cour (§ 51).

Les discriminations à l'égard des couples non mariés et non pacsés

CEDH, gr. ch., 3 avril 2012, Van der Heijden c/ Pays-Bas, req. n° 42857/05

Discutée, la solution de l'arrêt *Van der Heijden* le fut. C'est à 10 voix contre 7 que la Cour déclara la non-violation de l'article 8 et qu'elle considéra qu'il n'y avait pas lieu d'examiner la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8. Et pourtant, toutes les discussions tournèrent autour de la question de savoir si le fait d'imposer à la requérante de témoigner contre son compagnon dans le cadre d'une enquête pénale pour homicide et de lui imposer une sanction d'emprisonnement dans le cas contraire était tout à la fois disproportionné et discriminatoire.

Vivant en couple depuis dix-huit ans sans être mariée ni pacsée et ayant deux enfants de cette vie familiale stable, la requérante estimait avoir souffert d'une ingérence disproportionnée dans sa vie familiale - dont l'existence ne fut pas contestée par le gouvernement - en étant contrainte, sur la base du code de procédure pénal néerlandais, de témoigner contre le père de ses enfants ou, dans l'hypothèse où elle refusait, d'endurer une peine de prison. Si l'article 217 du code de procédure pénale a prévu des exceptions à cette « obligation civique » pour un ensemble important de personnes (c'est-à-dire, les ascendants et descendants par le sang ou par alliance, les collatéraux, frères et soeurs, oncles et tantes, neveux et nièces [et autres] jusqu'au troisième degré de parenté, les conjoints et les partenaires enregistrés comme les ex-conjoints et ex-partenaires enregistrés), elle ne l'a pas fait pour les membres des couples vivant une relation familiale stable. Partant, la requérante qui ne voulut pas témoigner par loyauté à l'égard de son compagnon et pour ne pas faire voler en éclats sa vie familiale, endura treize jours d'emprisonnement (qui aurait pu être renouvelé régulièrement selon le code néerlandais de procédure pénale).

Afin d'examiner la nécessité de l'ingérence, la Cour commença par affirmer de façon particulièrement alambiquée que, « bien que l'absence de communauté de vues ne soit pas en elle-même déterminante, elle milite en faveur de la reconnaissance d'une ample marge d'appréciation en la matière » (§ 61). Il n'en fallait pas plus pour que les juges Tulkens, Vajic, Popovic, Zupancic et Spielmann mettent en avant un problème récurrent qui nourrit régulièrement les réflexions doctrinales, mais également les discussions, qui prennent l'allure de dissensions, entre les juges eux-mêmes (v. cette chronique, AJDA 2011. 1993) : le jeu du consensus européen dans la détermination de la portée de la marge nationale d'appréciation. Ils démontrent en réalité - en se référant notamment à l'autre opinion dissidente signée par les juges andorran (Casadevall) et espagnol (Lopez Guerra) - qu'une majorité d'Etats européens auraient *de facto* dispensé la requérante de témoigner dans pareille situation. Et d'affirmer sans détour que : « Ce constat confirme, une fois de plus, le caractère relatif de l'approche de la Cour quant à l'existence du consensus et, de manière plus générale, soulève la question de l'éventuelle opportunité de le démêler (*disentangle*) de la marge d'appréciation » (8), dans certains types d'affaires » (§ 5 de l'opinion). La critique est rude car elle porte au grand jour et sans détour d'importants problèmes d'interprétation. Ces difficultés sont susceptibles de mettre à mal, à court et moyen termes, la légitimité de la juridiction européenne tout en permettant aux Etats récalcitrants, à la première occasion venue, de contester les audaces ou tout simplement les avancées protectrices de la Cour.




Elle poursuit son raisonnement en développant, sous le seul angle de l'article 8 (alors qu'en réalité tout démontrait qu'elle raisonnait comme si l'article 14 était en jeu), une argumentation ayant pour objet la validation du choix du législateur néerlandais en partant d'une prémisse là encore très durement combattue par les juges dissidents : la mise en jeu de « deux intérêts généraux concurrents » (§ 62) : la poursuite des infractions graves d'un côté et la protection de la vie familiale contre les ingérences de l'Etat de l'autre. A cette approche assimilatrice, les juges dissidents rétorquent que l'on ne peut mettre sur le même plan un droit garanti par l'article 8 § 1 et un intérêt, « qui figure parmi les exceptions à la jouissance du droit déterminées par l'article 8 § 2. Alors que le droit doit être interprété de manière large, les exceptions doivent être interprétées de manière étroite. Il est donc inexact, en l'espèce, de soutenir qu'il s'agit de deux intérêts concurrents qui doivent être mis en balance » (§ 6 de l'opinion). Ces arguments pertinents ne furent point au centre du raisonnement de la grande chambre qui s'en tint à une approche où, une fois de plus, l'esprit de la marge d'appréciation planait : « Tout Etat qui prévoit dans sa législation la possibilité d'une dispense de l'obligation de témoigner peut parfaitement la circonscrire au mariage et au partenariat enregistré. Le législateur est en droit d'accorder un statut spécial au mariage ou au partenariat enregistré et de le refuser à d'autres formes de vie commune de fait » (§ 69).

Justice

Détention provisoire

CEDH 26 janvier 2012, Sagarzazu c/ France, req. n° 29109/09

Que l'on soit un délinquant de piètre envergure ou un terroriste dangereux, la protection conventionnelle vaut pour tous, la théorie des mains propres (*clean hands*) spécifique à la protection diplomatique ne valant pas dans l'univers conventionnel. Les manuels le rappellent à foison en mettant souvent en avant le cas de d'Ilse Koch dite la « chienne de Buckenwald ». Bien qu'ayant été une ancienne gardienne de camp de concentration, cela « ne la prive [...] point des droits et libertés définis dans la Convention » (Com. EDH, 1962, *Ilse Koch c/ RFA*, Rec., n° 8, p. 91). On sait qu'il en va de même des terroristes (par ex., CEDH 17 janv. 2012, *Othman c/ Royaume-Uni*, req. n° 8139/09), notamment ceux affiliés à l'organisation basque espagnole *Euskadi Ta Askatasuna* (ETA) qui doivent pouvoir bénéficier, quand ils sont interpellés et incarcérés, des garanties de l'article 5 § 3 en ne souffrant pas d'un délai indu de détention provisoire. Le contentieux basque continue à intervalles réguliers de nourrir les annales judiciaires européennes (CEDH 30 juin 2009, *Herri Batasuna*

et *Batasuna c/ Espagne*, req. n° 25803/04, AJDA 2009. 1936, chron. J.-F. Flauss  ; CEDH 2 oct. 2008, *Leroy c/ France*, req. n° 36109/03, AJDA 2009. 872, chron. J.-F. Flauss  ; RSC 2009. 124, obs. J. Francillon . L'arrêt *Sagarzazu* allonge la liste en condamnant la France pour avoir détenu le requérant cinq ans et quatre mois en détention provisoire. La Cour ne remit point en cause le point de vue des juridictions françaises qui, au regard de la dangerosité du requérant, avaient décidé son maintien en détention provisoire (§ 37) ; elle ne fut point non plus aveugle aux circonstances particulières de l'affaire : la lutte contre le terrorisme basque qui entraîna une complexité de l'instruction aggravée par le comportement du « détenu prévenu » qui ne voulut pas coopérer avec les autorités judiciaires faisant valoir son droit de rester silencieux (§ 39). Autant d'éléments qui lui permirent de considérer comme normale une partie de la détention provisoire. En revanche, elle contesta une période de deux ans car elle mit en avant le fait que les demandes de prolongation de celle-ci formulées par le procureur général n'avaient qu'une explication : « la charge du rôle de la cour d'assises spécialement composée » (§ 40). Le bât blesse : la France est une fois de plus condamnée pour la lenteur de sa justice consécutive à un engorgement de ses tribunaux qu'aucune réforme du système pénal n'a pour l'instant réussi à juguler...

Présomption d'innocence

On sait que le principe le plus important de la procédure pénale est mentionné au § 2 de l'article 6. Le respect de la présomption d'innocence est en effet fondamental à une administration de la justice sereine et dépassionnée, même si dans de nombreuses affaires où il se trouve confronté aux exigences de la liberté d'informer, il passe très souvent au second plan (v. affaire *Ressiot infra*). En attendant, la Cour, dans l'affaire *Lagardère*, a opté pour une solution étonnante et passablement audacieuse qui met à l'encan l'attitude des juridictions judiciaires françaises.

CEDH 12 avril 2012, *Lagardère c/ France*, req. n° 18851/07

Si évidemment « toute personne » bénéficie de l'obligation de respecter la présomption d'innocence, la jurisprudence a mis en avant la mosaïque de situations qui rend cette affirmation plus complexe qu'il n'y paraît. Ainsi, la Cour est particulièrement sensible à une règle fondamentale du droit pénal, selon laquelle la responsabilité pénale ne survit pas à l'auteur de l'acte délictueux. Or, non seulement cette règle est aussi requise par la présomption d'innocence consacrée à l'article 6 § 2 de la Convention, mais en outre hériter de la culpabilité du défunt n'est pas compatible avec les normes de la justice pénale dans une société régie par la prééminence du droit (CEDH 29 août 1997, *E. L., R. L. et J. O.-L. c/ Suisse*, req. n° 20919/92). En revanche, hériter de l'atteinte à la présomption d'innocence d'un accusé défunt est possible si on en juge par l'affaire *Lagardère* qui permet au fils (Arnaud Lagardère) de l'accusé (Jean-Luc Lagardère, PDG des sociétés *Matra* et *Hachette*), après le décès de celui-ci, de se plaindre d'une atteinte à la présomption d'innocence et d'obtenir une condamnation de la France sur la base de l'article 6 § 2. La présomption d'innocence ferait ainsi partie du patrimoine d'une personne et serait transmissible, pour cause de mort, à ses successeurs, ce qui n'est pas sans soulever des interrogations recueillies *in casu* dans l'opinion partiellement dissidente de la juge Power-Forde.

Liberté d'expression




Un flot d'affaires mettent en évidence des problématiques complexes et particulièrement intéressantes. Parmi celles-ci, on relèvera l'affaire *Gillberg* qui, pour la première fois, pose l'existence d'un droit négatif à la libre expression (CEDH, gr. ch., 3 avr. 2012, *Gillberg c/ Suède*, req. n° 41723/06, § 86). Le principe affirmé, la Cour ne le reconnut point *in casu* s'agissant d'un professeur d'université qui voulait préserver la confidentialité de ses recherches médicales conformément à la promesse qu'il avait faite aux personnes examinées au moment de débiter son étude. Le fruit de ses recherches étant considéré comme la propriété de l'université, la Cour valida l'attitude de celle-ci qui engagea une procédure pénale afin qu'il divulgue ses recherches et qu'elles puissent être à la disposition du public et notamment des autres enseignants.

Le reste du contentieux dévoile des problématiques sans doute plus classiques mais toujours délicates où ce sont tout à la fois des journalistes, des prêtres « mariés » ou encore des *people* - c'est-à-dire des « personnages publics » dans le langage policé de la Cour - qui entendent, respectivement, pouvoir rechercher et publier des informations (affaire *Ressiot*), s'exprimer sur leurs convictions (affaire *Fernandez Martinez*) et se protéger contre des divulgations de photos relevant de la sphère privée (affaire *Von Hannover [n° 2]*).

Journalistes

CEDH 28 juin 2012, *Ressiot et autres c/ France*, req. n° 15054/07

En dépit d'un arsenal législatif de premier ordre, il est difficile en France - comme dans de nombreux pays européens - de faire respecter de façon efficace le principe cardinal de la présomption d'innocence. Il reflète une « course poursuite entre une procédure pénale vouée à la découverte de la vérité et à la protection de l'ordre social et un principe dont la vocation n'a pas réussi toujours à garantir le respect » (R. Badinter, *La présomption d'innocence, histoire et modernité, Mélanges Catala, Litec*, 2001). Il est proclamé solennellement à l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen tandis qu'il est protégé judiciairement par l'article 9, alinéa 1^{er}, du code civil (depuis la loi du 4 janv. 1993) et l'article préliminaire du code de procédure pénale (depuis la loi du 15 juin 2000). A l'échelle européenne, l'article 6 § 2 de la Convention en fait un des piliers du procès équitable tandis que l'article 48 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne le relie clairement aux droits de la défense (art. 48 § 2) (v. C. Lazerges, *La présomption d'innocence en Europe, Archives de politique criminelle*, 2004-1, n° 26, pp. 125-138). En dépit de cette variété normative, il peine à s'ancre dans la réalité judiciaire d'un monde marqué, dans le même temps, par une course effrénée à la vérité où la presse joue évidemment un rôle clé. Du coup, le secret de l'instruction comme le secret professionnel - que l'article 11, alinéa 1^{er}, du code de procédure pénale protège - sont sans cesse bafoués ; la question qui se pose est de savoir par qui... Car si des informations couvertes par le secret sont divulguées, c'est bien parce qu'il y a soit des policiers, soit des membres du corps judiciaire, soit d'autres types de personnes impliquées au plus près par les enquêteurs, qui les divulguent sciemment, en dépit des risques encourus, aux journalistes. Or, on sait que la raison d'être de ces derniers consiste à débiter des informations de caractère général qui sont censées alimenter un débat d'intérêt public, en protégeant *in fine* coûte que coûte, leurs sources. En France, elles firent d'ailleurs l'objet d'une protection accrue avec la loi du 4 janvier 2010. La dialectique est infernale et aucune société démocratique contemporaine n'a trouvé le juste équilibre ainsi que le moyen de faire respecter efficacement la présomption d'innocence.

Dans l'affaire *Ressiot*, les faits de l'espèce démontrent que ce sont des officiers de police de la brigade des stupéfiants qui ont transmis aux journalistes incriminés les informations relatives aux cas de dopage dans l'équipe *Cofidis* dans les années 2004 (§§ 11 et s.). Ces derniers en assurèrent une divulgation d'envergure au regard de l'importance des questions de santé publique soulevées par le dopage dans le cyclisme. Or, le déroulement de l'instruction dévoila également qu'au moment où les procédures pour recel de violation du secret de l'instruction diligentées contre les journalistes de l'Equipe et du Point ont été menées, elles « avaient pour seul but de révéler la provenance des informations relatées par les requérants dans leurs articles. En effet, les démarches entreprises par les enquêteurs précédemment n'avaient pas permis de déterminer l'auteur ou les auteurs d'une éventuelle violation du secret de l'instruction ou du secret professionnel » (§ 122 *in fine*). Entre en scène alors de façon inévitable la protection des sources journalistiques à qui la Cour, depuis l'arrêt *Goodwin* (CEDH 27 mars 1996, *Goodwin c/ Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, req. n° 17488/90, AJDA 1996. 1005, chron. J.-F. Flauss  ; D. 1997. 211, obs. N. Fricero  ; RTD civ. 1996. 1026, obs. J.-P. Marguénaud ) assure une protection maximale. Elle confirme cette donne dans l'affaire *Ressiot* en optant pour un *dictum* dépourvu d'ambiguïté : « Le droit des journalistes de taire leurs sources ne saurait être considéré

comme un simple privilège qui leur serait accordé ou retiré en fonction de la licéité ou de l'illicéité des sources, mais un véritable attribut du droit à l'information, à traiter avec la plus grande circonspection. Cela vaut encore plus en l'espèce, où les requérants traitaient d'un problème de santé publique et ne furent finalement pas condamnés » (§ 124). La France était donc condamnée à l'unanimité pour violation de l'article 10. L'histoire ne dit pas, à tout le moins telle qu'elle est relatée dans l'arrêt de la Cour, si l'enquête interne diligentée par l'IGS (§ 11) a fini par porter ses fruits en sanctionnant *in fine* les auteurs des fuites... au sein des services de police.

CEDH, gr. ch., 7 février 2002, Von Hannover (n° 2) c/ Allemagne, req. n°s 40660/08 et 60641/08

Quand la Cour affirme de façon solennelle que l'affaire *Von Hannover* (n° 2) n'a pas pour objet de « savoir si l'Allemagne a satisfait à ses obligations découlant de l'article 46 de la Convention en ce qui concerne l'exécution de l'arrêt *Von Hannover* » (§ 94) - qu'elle rendait en 2004 - le lecteur n'est pas dupe. S'il est un fait indéniable que le contrôle de l'exécution de ses arrêts incombe au comité des ministres du Conseil de l'Europe, il n'en reste pas moins que la prise de connaissance des arguments - des parties à l'instance (§§ 83-89 pour les requérants et §§ 76-82 pour le gouvernement), comme de celle des tiers intervenants (§§ 90-93) - ainsi que des éléments de la motivation de la grande chambre, démontre le caractère passablement relatif d'une telle assertion. Lisons plutôt le § 114 qui aborde ainsi la problématique : « La Cour relève les modifications apportées à la suite de l'arrêt *Von Hannover* par la Cour fédérale de justice à sa jurisprudence antérieure ». On l'aura compris, le noeud gordien de cette nouvelle affaire concernant la princesse Caroline de Monaco concernait bien en réalité la délicate évaluation de la manière dont les juridictions allemandes avaient pris en compte la nouvelle orientation jurisprudentielle que la Cour européenne avait insufflée à la protection de la vie privée par le détournement du droit à l'image (CEDH 24 juin 2004, *Von Hannover c/ Allemagne*, req. n° 59320/00, AJDA 2004. 1809, chron. J.-F. Flauss ; D. 2005. 340, note J.-L. Halpérin ; *ibid.* 2004. 2538, obs. J.-F. Renucci ; Mélanges Aubert 2005. 441, étude J.-P. Gridel ; RTD civ. 2004. 802, obs. J.-P. Marguénaud). Exercice ô combien délicat quand on sait qu'elle est contrainte de ménager les Etats et leurs juridictions suprêmes et constitutionnelles si elle ne veut pas accroître le niveau et la fréquence des résistances en tout genre qui se manifestent promptement ces dernières années (*v. supra*). A l'unanimité, elle absolvait l'Allemagne d'une condamnation (sur la base de l'art. 8) qui n'aurait pas manqué de déclencher passions et critiques en tout genre. Les demandeurs (Caroline de Monaco et son époux) seront assurément déçus, eux qui avaient entièrement axé leur argumentaire sur le fait que l'Allemagne n'exécutait pas l'arrêt de la Cour européenne (§§ 83-89). Et de mettre à l'index notamment le fait que : « Dans son arrêt *Görgülü*, la Cour constitutionnelle fédérale aurait souligné qu'il fallait éviter une exécution schématique des arrêts de la Cour. La cour d'appel aurait quant à elle clairement observé en l'espèce que l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale de 1999 primait. Quant à la Cour fédérale de justice et la Cour constitutionnelle fédérale, elles contourneraient l'arrêt *Von Hannover* et continueraient à employer la notion de personnalité [absolue] de l'histoire contemporaine, pourtant mise en cause par la Cour, en utilisant les termes "personne de grande notoriété" ou "personne connue du grand public", et - *de facto* - l'élément de l'isolement spatial en recourant désormais à l'expression "moments de détente et de laisser-aller en dehors des obligations de la vie professionnelle ou quotidienne" » (§ 84). La critique est radicale et ne peut pas être plus éloignée des arguments du gouvernement défendeur comme de ceux des tiers intervenants, c'est-à-dire des maisons d'édition allemandes et des associations de défense de la liberté de la presse. De concert, ils mirent en avant le fait que l'arrêt *Von Hannover* avait eu des effets considérables sur le droit de la presse en Allemagne et même en Europe. La défense gouvernementale était explicite : « Jusqu'à l'arrêt *Von Hannover* les juridictions allemandes ont employé la notion, caractérisée par une absence de flexibilité, de "personnalité absolue de l'histoire contemporaine", qui ne bénéficiait que d'une protection réduite en droit allemand. A la suite de l'arrêt *Von Hannover*, la Cour fédérale de justice aurait abandonné ce concept et développé celui de protection [graduée] en vertu duquel il faudrait désormais démontrer pour chaque photo qu'il existe un intérêt de la publier » (§ 78).

Devant des stratégies judiciaires si antagonistes, la Cour consacra de longs développements à faire le point sur les « principes généraux » de sa jurisprudence. Elle rappela en trois temps son interprétation des contours de la vie privée, de la liberté d'expression et, *last but not least*, de la marge nationale d'appréciation accordée aux Etats quand ces deux droits sont en opposition. Et d'affirmer sur ce dernier point un élément capital : « Dans des affaires comme la présente espèce, qui nécessitent une mise en balance du droit au respect de la vie privée et du droit à la liberté d'expression, la Cour considère que l'issue de la requête ne saurait en principe varier selon qu'elle a été portée devant elle, sous l'angle de l'article 8 de la Convention, par la personne faisant l'objet du reportage ou, sous l'angle de l'article 10, par l'éditeur qui l'a publié » (§ 106). Ayant posé l'équivalence de la marge nationale quand ces deux droits sont en jeu, elle rappelle - en jouant à dessein la carte de la pédagogie - les critères de la « mise en balance » : 1) la contribution de la publication à un débat d'intérêt général ; 2) la notoriété de la personne visée et l'objet du reportage ; 3) le comportement antérieur de la personne concernée ; 4) le contenu, la forme et les répercussions de la publication ; et, enfin, 5) les circonstances de la prise des photos.

Ces éléments lui permirent de considérer qu'*in casu*, les juridictions allemandes avaient été irréprochables, non seulement parce qu'elles censuraient deux photos sur trois de la princesse Caroline de Monaco et de son mari, mais encore parce qu'elles l'avaient fait en appliquant les critères de sa propre jurisprudence (§ 125). La photo qui évita la condamnation des juridictions allemandes concernait le couple Von Hannover en vacances d'hiver à Saint Moritz. A ceux qui se posent légitimement la question de savoir en quoi une telle photo pouvait contribuer à un débat d'intérêt général, la réponse se trouve dans le commentaire qui lui est associé. Il concernait en l'espèce la maladie du prince Rainier, considérée par les juridictions allemandes comme un « événement de l'histoire contemporaine ». Le reportage consistait à démontrer qu'alors que le prince était malade, Caroline de Monaco et son mari décidaient de passer des vacances aux sports d'hiver tandis que le prince Albert se trouvait à Salt Lake City, participant aux Jeux olympiques comme membre de l'équipe monégasque de bobsleigh ; seule Stéphanie de Monaco ayant décidé de rester auprès de son père souffrant. Cette technique qui consiste à apprécier la valeur informative d'une photo à la lumière du commentaire l'accompagnant n'est pas jugée inconventionnelle par la Cour (§ 118 ; *v. également*, CEDH 7 déc. 2006, *Österreichischer Rundfunk c/ Autriche*, req. n° 35841/02). Or, les dangers d'un tel procédé - qui peut évidemment être un subterfuge pour arriver à publier des photos volées et dépourvues de caractère d'intérêt général - ne sont pas à ignorer. Ils furent d'ailleurs mis en avant par les requérants qui dénoncèrent l'instrumentalisation par les éditeurs allemands de la jurisprudence de la Cour : il leur suffisait de présenter un commentaire dans lequel une ou plusieurs références à un « événement de l'histoire contemporaine » existait, pour que des photos en elles-mêmes dépourvues d'intérêt puissent être publiées. A cet argument du contournement de la jurisprudence de la Cour, celle-ci rétorqua, marge nationale d'appréciation oblige, qu'il ne lui appartenait pas de se prononcer sur d'éventuelles futures publications de photos des demandeurs ; et de leur faire explicitement comprendre qu'« il leur sera loisible de saisir les juridictions nationales compétentes à cet effet » (§ 119). Le contentieux monégasque devant les juridictions allemandes a encore de beaux jours devant lui.

Prêtres sécularisés

CEDH 15 mai 2012, Fernandez Martinez c/ Espagne, req. n° 56030/07

Quand une opinion dissidente est plus convaincante qu'un arrêt comme tel, cela pose évidemment un problème. C'est le cas dans l'affaire *Fernandez Martinez* où le point de vue argumenté d'Alejandro Saiz Arnaiz, juge *ad hoc* désigné au titre de l'Espagne, professeur reconnu de droit constitutionnel à l'université Pompeu Fabra de Barcelone, emporte spontanément l'engouement. Il conteste en effet l'absence de violation de l'article 8 relatif à la protection de la vie privée et familiale. Le lecteur pourrait alors se demander, à juste titre, pourquoi avoir inséré cette affaire dans les problématiques relatives à la liberté d'expression ? Parce qu'en réalité, en arrière-fond du litige - dont la Cour a affirmé qu'il ne « soulevait aucune question distincte sous l'angle de l'article 14. pris isolément ou combiné avec les articles 8 et 10 » (§ 93). évitant ainsi

d'appliquer aux faits de l'espèce le curseur jurisprudentiel très protecteur de la liberté d'expression - se pose une question importante : celle des rapports que peuvent entretenir des croyants avec leur institution religieuse de référence, en l'espèce un « prêtre sécularisé » avec sa hiérarchie ecclésiastique. La liberté de parole, le droit d'exprimer et/ou de rendre publiques des opinions « minoritaires » dans le champ religieux, est-il reconnu et respecté au sein de l'Eglise catholique, apostolique et romaine ? Le lecteur tranchera... Pour le juge dissident, « tant les organes juridictionnels espagnols que la Cour ont privilégié l'autonomie doctrinale et institutionnelle de l'Eglise au détriment du droit fondamental du requérant ».

Celui-ci, ordonné prêtre en 1961, demanda en 1984 une dispense de célibat : il se mariait civilement un an plus tard avec celle qui lui donna cinq enfants et qui continue de vivre à ses côtés. A partir de 1991, il devint professeur de religion et de morale catholiques dans un établissement public de Murcie sur la base d'un contrat de travail annuel renouvelable. Alors qu'aucune des parties ne conteste le fait que sa situation familiale était connue tant de l'évêque que des parents et des élèves (§ 70), son contrat ne fut point renouvelé pour l'année scolaire 1997-1998 à la suite de la publication en 1996 dans un journal local de son engagement en faveur du « Mouvement pro-célibat optionnel ». La lecture des faits et de leur enchaînement temporel démontre à l'envi que c'est la peur du scandale qui fut à l'origine du non-renouvellement du contrat (v. notamment, §§ 14, 15). En effet, comme le souligne pertinemment le juge dissident « une situation que l'évêché avait à l'origine considérée comme compatible avec l'enseignement de la religion cessa de l'être au moment où elle devint publique ou, plus précisément, lorsqu'elle fit l'objet d'une information journalistique ».

On pourrait rétorquer que l'Eglise catholique impose ses règles d'enseignement comme elle l'entend et, par voie de conséquence, tient également à sa discrétion les enseignants qui se trouvent sous son autorité. A cet argument légitime, on rétorquera que la législation espagnole présente une spécificité eu égard à d'autres Etats où la religion tient une place importante (CEDH 20 oct. 2009, *Lombardi Vallauri c/ Italie*, req. n° 39128/05, AJDA 2010. 215, note F. Laffaille et 997, chron. J.-F. Flauss) : l'autorité ecclésiastique n'est pas l'institution en charge de la nomination et du renouvellement des professeurs de même statut que le requérant ; elles n'en sont que les aiguillons. En l'espèce, « la décision de non-renouvellement a été prise par l'administration publique en charge de l'éducation et non par l'autorité ecclésiastique ». Pour le dire encore différemment et en empruntant à nouveau les propos du professeur Saiz Arnaiz, « l'évêché n'a jamais été, en tout cas formellement, l'employeur du requérant ».

A partir de là, il est aisé de contester la manière dont la Cour européenne affirme au § 85 « qu'en ne renouvelant pas le contrat du requérant, les autorités ecclésiastiques se sont bornées à s'acquitter des obligations qui leur incombent en application du principe d'autonomie religieuse ». Omettant (à dessein ?) le pouvoir formel de nomination et de renouvellement existant entre les mains de l'administration de l'Etat, c'est octroyer une toute-puissance (exagérée ?) à l'Eglise et c'est affaiblir (pour ne pas dire faire disparaître) le test de proportionnalité au profit de l'application de principes canoniques. On se retrouve ainsi dans une situation ubuesque où, alors que le requérant n'a pas « par exemple, nié l'existence de Dieu, ni contesté la divinité du Christ ou la virginité de Marie, ni attaqué la figure du Pape, ce qui aurait pu justifier son licenciement » selon ses propres dires (§ 69), il est licencié pour avoir simplement participé à une manifestation où il n'a pas fait mystère de sa situation de prêtre marié qui était en outre connue de toutes les personnes intéressées (autorités ecclésiastiques, parents, élèves). La marge nationale serait-elle *in casu* le paravent d'une marge ecclésiastique ? Est-ce admissible au XXI^e siècle de ne pas pouvoir, sereinement, discuter certains dogmes de l'Eglise tout en respectant profondément les croyances qu'elle véhicule ? Au Moyen Age, rire était un péché mortel comme l'a brillamment montré Umberto Eco dans *Le nom de la Rose*, dans une oeuvre de fiction il est vrai. Au XXI^e siècle, loin des oeuvres sorties de l'imaginaire éclairé d'un romancier génial, manifester ses convictions en matière de célibat des prêtres c'est, à coup sûr, endurer l'ostracisme religieux et économique (9).

Mots clés :

DROIT ET LIBERTE FONDAMENTAUX * Droit à la vie et à l'intégrité physique * Cour européenne des droits de l'homme * Liberté d'expression * Convention européenne des droits de l'homme * Non-discrimination * Homosexuels * Vie privée **CHASSE** * Réglementation * Association communale de chasse agréée * Convention européenne des droits de l'homme

(1) Elle fut organisée dans le cadre de la présidence du Royaume-Uni du comité des ministres du Conseil de l'Europe. Après les conférences d'Interlaken et d'Izmir, elle avait pour objet de parvenir à un accord entre les ministres des 47 Etats membres du Conseil de l'Europe sur le train de réforme de la Cour.

(2) On lira avec intérêt le rapport de recherche de la Cour intitulé « Le nouveau critère de recevabilité inséré à l'article 35 § 3 b de la Convention : les principes jurisprudentiels deux ans après son adoption », juin 2012, disponible sur <http://www.echr.coe.int>.

(3) « *The Court should be free to deal with the most serious violations of human rights ; [...] it should not undermine its own reputation by going over national decisions where it does not need to* ». Discours disponible sur <http://www.number10.gov.uk/news/european-court-of-human-rights/>

(4) Deux Etats membres du Conseil de l'Europe, également membres de l'Union européenne, la Hongrie et la Roumanie, traversent des moments politiques particulièrement « délicats ». Le premier a déjà modifié sa Constitution, altéré les pouvoirs de la Cour constitutionnelle, mis en place une politique d'ostracisme discriminatoire à l'égard des Roms, tandis que le second est en train de s'attaquer à l'office de la Cour constitutionnelle. Ces événements inquiètent tant la Commission de Venise (rattachée au Conseil de l'Europe) que la Commission et le Parlement européen qui ont, pour l'instant, joué la carte de la diplomatie. L'heure des sanctions politiques sonnera-t-elle un jour alors que les préoccupations immédiates sont au sauvetage de l'Europe économique ?

(5) <http://www.diariodecuba.com/internacional/12229-chavez-venezuela-se-retira-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos>

(6) Opinion concordante de Jean-Paul Costa *in fine* : « En réalité, et ce sera ma dernière remarque, la jurisprudence admet qu'il y a des domaines dans lesquels le législateur national est mieux placé que le juge européen pour changer des institutions qui concernent la famille, les rapports entre les adultes et les enfants, la notion de mariage. Je prends un exemple. La question du mariage homosexuel est un sujet de débat démocratique, dans plusieurs pays d'Europe. C'est largement pour cette raison que la Cour, dans un arrêt récent, a préféré exercer un contrôle restreint sur les choix nationaux [*Schalk et Kopf c/ Autriche*, req. n° 30141/04]. Il me semble que la cohérence de la politique jurisprudentielle commande une démarche aussi réservée dans la présente affaire, même si l'économie de l'article 365 du code civil ne me paraît quère convaincante... Puisse donc le législateur français ne pas se contenter de la non-violation à laquelle nous

avons conclu, et décider, si je puis dire, de revoir la question » (c'est nous qui soulignons).

(7) Professeur au King's College de Londres, sa notoriété sur ces thématiques est internationale. Il a d'ailleurs également participé à la procédure devant la Cour interaméricaine dans l'historique affaire *Atala Riffo* (préc.).

(8) Les juges dissidents citent ici, C. L. Rozakis, « *Through the looking glass : an "insider"'s view of the margin of appreciation* », in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, 2011, p. 536.

(9) Les propos du juge dissident sont éclairants et suffisent à démontrer le caractère on ne peut plus inique d'une telle situation : « Les conséquences pour la vie professionnelle du requérant ont été évidentes : pendant les six années qui le séparaient encore de la retraite au moment de la perte de son emploi de professeur, il a été tantôt au chômage tantôt employé dans un musée, situations très éloignées de l'activité professionnelle qu'il avait exercée toute sa vie, toujours aux côtés de l'Eglise catholique, en tant que prêtre en Amérique latine, recteur du séminaire de Murcie, vicaire épiscopal et, finalement, professeur de religion ».

Copyright 2014 - Dalloz - Tous droits réservés.