

Revue de science criminelle 2004 p. 441

Chronique internationale des droits de l'homme

année 2003

Florence Massias, Professeur à l'Université de Reims

703 arrêts ont été rendus par la Cour européenne des droits de l'homme en 2003, soit 141 de moins qu'en 2002 et 186 de moins qu'en 2001. La production de la Cour rejoint le niveau de l'année 2000 (1). Sur les 548 arrêts se prononçant au fond, 521 constatent au moins une violation.

L'Italie est toujours en tête, avec 108 arrêts sur le fond sur 148, dont 106 retiennent au moins une violation.

94 arrêts concernent la France, dont 7 de règlement amiable, 2 de révision et 2 octroyant une satisfaction équitable. Sur les 83 restant, 76 concluent à une violation au moins. Ce dernier chiffre est en hausse par rapport à 2002 (61) et permet à la France de rejoindre la Turquie à la seconde place, en partageant avec celle-ci 21,6 % du nombre total des arrêts de violation. Les deux pays sont suivis par la Pologne (2), la Roumanie (3) et la Grèce (4).

La France a remplacé l'Italie pour le palmarès du dépassement du délai raisonnable, en matière civile comme en matière pénale. Elle est à l'origine de 56 arrêts (dont 5 règlements amiables) sur les 202 arrêts de la Cour relatifs à la durée de procédures civiles ou administratives (5) ; et de 9 arrêts (dont un règlement amiable) sur les 33 arrêts rendus en matière pénale.

L'Italie est désormais hors de cause de ce chef. Si elle conserve la première place quant au nombre d'arrêts de violations déclarées, elle le doit à des questions du type de celles soulevées dans l'affaire *Immobiliare Saffi* à l'origine d'un arrêt de principe (6).

Quant à la Turquie, elle doit sa position au manque d'indépendance et d'impartialité de la Cour de sûreté de l'Etat, objet de 48 arrêts (dont 2 règlements amiables), dans la ligne des arrêts de principe *Incal* (7) et *Çiraklar* (8).

La baisse du nombre des violations constatées à l'encontre de la Turquie et du chef des articles 3, 5 et 10 notamment provient essentiellement d'un nombre important de règlements amiables, s'agissant encore de questions déjà largement examinées par la Cour européenne.

Ce sont ainsi des questions déjà soumises par le passé à la Cour qui valent aux trois pays de conserver les trois premières places qu'ils occupaient déjà en 2002.

Plus généralement et comme en 2002, la majeure partie du total des arrêts rendus concerne exclusivement des questions déjà traitées. Par exemple, la Roumanie est à nouveau mise en cause par 19 arrêts constatant des violations dans le sillage de la jurisprudence *Brumarescu* (9) et 8 arrêts sont rendus contre la France, dans la ligne de la jurisprudence *Reinhardt* et *Slimane Kaid* (10), *Slimane Kaid* (11), *Voisine* (12), *Adoud et Bosoni* (13) et *Meftah* (14), relative à l'égalité des armes et au principe du contradictoire devant la Cour de cassation (15).

Ces arrêts reprenant une jurisprudence établie et non contestée mis à part, restent environ 25 % d'arrêts que le greffe de la Cour juge utile de signaler particulièrement à notre attention. Ils ne soulèvent pas tous des questions nouvelles : certains reflètent une mauvaise réception de la jurisprudence de la Cour sans qu'il soit toujours possible de savoir s'il s'agit d'une anticipation défailante ou d'une résistance avérée.

Nous commencerons par un bref exposé récapitulatif de la jurisprudence significative en matière pénale, avant de privilégier les deux éléments que les arrêts rendus en 2003 confirment comme constitutifs du noyau sensible de celle-ci : les conditions de détention et la preuve.

RECAPITULATIF SOMMAIRE

En matière pénale, *l'article 2* est à nouveau mis en cause par le comportement d'agents de l'Etat (forces de police, agents secrets ou autres) en Turquie, mais aussi au Royaume-Uni (16). Les arrêts *Aktas* (17) et *Tepe* (18) contre la Turquie et *Finucane* contre le Royaume-Uni sanctionnent des violations procédurales de l'article 2 pour absence d'enquête effective. L'arrêt *Aktas* retient en outre une violation au fond de l'article 2 et de l'article 3, la victime étant morte après avoir été rouée de coups pendant une garde à vue.

Si, la Turquie échappe à un constat de violation de l'article 2 pour le risque encouru par M. *Ocalan* de se voir appliquer la peine de mort, c'est toutefois à la lumière de ce texte que la Cour abordera non plus le risque mais le prononcé de la peine de mort, sur le terrain de l'article 3. Les manquements aux exigences de l'article 6 vont être ici déterminants du constat de violation de l'article 3 envisagé à l'aune de l'article 2 : la peine de mort a été prononcée à l'issue d'une procédure inéquitable, en violation de l'article 6 ; l'article 3 est en même temps enfreint (19).

L'article 3 vaut encore à la Turquie une série de constats de violation pour tortures et mauvais traitements en garde à vue (20). Un arrêt *Kmetty* met aussi en cause la Hongrie. Mais la majeure partie des affaires intéresse la condition des détenus (21).

Les articles 5 et 6 concentrent, comme d'habitude et logiquement, la majorité des affaires en matière pénale. Il est à remarquer qu'une grande partie des violations de l'article 5 sont dues à des particularités des systèmes juridiques des pays dits PECO. A titre d'exemple, la Bulgarie et la Pologne se voient reprocher à plusieurs reprises leurs procédures et garanties lacunaires en matière de détention provisoire (notamment du fait du rôle joué par le Procureur), la violation de l'article 5 paragraphe 1c et/ou paragraphe 4 allant souvent de paire avec le dépassement du délai raisonnable de l'article 5 paragraphe 3. Mais les pays de tradition démocratique plus ancienne ne sont pas pour autant épargnés, comme le Danemark du fait de la garde à vue d'une personne âgée (22), l'Italie, pour des problèmes de calcul de la durée de détentions après condamnation (23), ou l'Espagne mise en cause pour une détention en attente d'extradition (article 5 paragraphe 1f) (24) ou encore l'Allemagne pour une détention relevant du paragraphe 1e (25), ou enfin le Royaume-Uni, qui semble toujours avoir quelques difficultés quand il s'agit de combiner traitement de l'infraction, traitement de la dangerosité et traitement de la maladie (26). La Suisse échappant pour sa part à un constat de violation de l'article 5 paragraphe 1c dans ses paragraphes 1 et 4, pour le refus du tribunal fédéral d'ordonner la libération d'un détenu après l'annulation de l'ordonnance de détention pour défaut de motivation, dans l'affaire *Minjat* (27).

Sur le terrain de l'article 6, *l'accès au juge* met en cause l'Italie (28) pour une immunité parlementaire tandis que l'Allemagne (29) est épargnée pour le jeu d'un privilège de juridiction protégeant les magistrats, la Grèce pour les conséquences d'une prescription de l'action publique sur une action civile (30) s'est vu reprocher une violation, de même que la France pour le refus successif de trois avocats d'assurer la défense du requérant face à l'un de leurs confrères dans l'affaire *Bertuzzi*, la décision d'octroi de l'aide juridictionnelle étant entre temps devenue caduque (31). *L'assistance d'un conseil* a encore été en cause dans l'affaire *Ezeh et Connors* à propos d'une procédure disciplinaire menée à l'encontre d'un détenu (32). Le refus d'accès à un avocat au cours de la période initiale de détention, la surveillance ultérieure des entretiens du requérant avec ses avocats, les restrictions aux visites de ceux-ci et à leur accès au dossier ont conduit la Cour à retenir une violation de l'article 6 dans ses paragraphes 1 et 3b) et c). En revanche, le refus d'accès à un avocat au cours des interrogatoires du requérant avant le procès est l'un des rares griefs soulevés à l'encontre de la Roumanie par l'affaire *Pantea* à n'avoir pas prospéré (33). *L'indépendance et l'impartialité*,

respectées dans l'affaire *Cooper*, par une cour martiale de l'air au Royaume-Uni, ont fait défaut à une Cour martiale de la marine dans l'affaire *Grievés* (34). Les questions relatives à *la preuve*, mettant en cause les 3 paragraphes de l'article 6, sont les plus fréquemment soulevées (35).

L'article 7 reste très en retrait avec seulement 4 arrêts rendus contre l'Estonie, l'Italie, la Turquie et l'Espagne. Deux violations ont été caractérisées. L'une pour application rétroactive du droit pénal : l'arrêt *Veeber* vient limiter l'application de la loi nouvelle à des infractions prétendument continues selon le droit interne (36) ; l'autre au titre de l'insécurité juridique résultant de l'incertitude du requérant, Monsieur *Gabbari Moreno*, quant à la prise en compte d'une réduction de peine prévue par le droit interne après un constat de responsabilité atténuée (37). En revanche, l'article 7 a été déclaré inapplicable dans une affaire où le requérant, Monsieur *Grava* contestait son maintien en détention après la date à laquelle il aurait dû être libéré en vertu d'une remise de peine (38). Le défaut allégué de précision de la loi n'a pas été retenu, la Cour ayant déjà admis au titre de l'article 10 que l'ingérence dans le droit à la liberté d'expression du requérant *Yasar Kemal Gökçeli*, pour disproportionnée qu'elle fût au regard des exigences de la lutte contre le terrorisme, était néanmoins prévue par la loi (39).

L'article 8 est cette année prioritairement mis en cause par la matière pénale, qu'il s'agisse de la phase préparatoire au procès pénal, essentiellement du fait d'investigations policières (perquisitions, écoutes) non prévues par la loi (40) ; ou de l'exécution de la peine : les requérants se plaignent ici de restrictions à leur correspondance, mais aussi à leur vie familiale, durant leur détention.

L'article 10 est invoqué conjointement avec l'article 8 en cas de perquisition chez des journalistes, comme dans l'affaire *Ernst* (41). La perquisition des domiciles et lieux de travail de journalistes en vue de recueillir des éléments de preuve dans le cadre d'une information pénale et la saisie de documents ont donné lieu à un double constat de violation des articles 8 et 10. Avec l'affaire *Roemen et Schmit* c'est une double perquisition, chez un journaliste et chez un avocat, pour identifier les auteurs potentiels d'une violation du secret de l'instruction, qui a violé respectivement les articles 10 et 8. La perquisition chez le journaliste, auteur d'un article relatif à la condamnation d'un ministre pour fraude fiscale a été jugée disproportionnée. La perquisition au cabinet de son avocate aux fins de déceler les sources du journaliste s'est, selon la Cour, répercutée sur les droits garantis à celui-ci par l'article 10 et son caractère disproportionné par rapport au but visé, compte tenu notamment de la célérité avec laquelle elle fut menée, a violé le droit au respect de la vie privée de l'avocate (42).

La Turquie voit encore constater à son encontre une série de violations dues aux sanctions pour incitation à la haine raciale ou religieuse et pour propagande séparatiste (43).

La proportionnalité de sanctions pour outrage ou diffamation à l'encontre de magistrats a fait l'objet d'appréciations nuancées.

Huit mois d'emprisonnement sanctionnant un détenu, Monsieur *Skalka* pour avoir, dans un courrier adressé à un président de juridiction, traité un autre magistrat polonais de « clown irresponsable » et de « crétin » ont été jugés trop sévères (44).

Mais les quatre mois d'emprisonnement avec sursis, prononcés à l'encontre de Monsieur *Lesnik*, n'ont pas paru démesurés pour l'imputation à un magistrat slovaque d'agissements illégaux et d'abus de pouvoirs : non négligeable, cette peine était toutefois au bas de l'échelle des peines applicables (45).

Mesurée également, la condamnation d'un journaliste italien, Monsieur *Perna*, à 1 million cinq cent mille liras (775 euros) d'amende et 60 millions de dommages et intérêts au regard de graves allégations d'abus de pouvoirs à des fins politiques au préjudice du chef du parquet de Palerme (46).

Le travail des policiers doit aussi être protégé : la condamnation à des amendes et dommages

intérêts de réalisateurs d'une émission de télévision au cours de laquelle furent émises des allégations non fondées quant à de prétendues insuffisances policières est pour la Cour proportionnée (47).

Ce sont à la fois des magistrats « gens puissants et sans scrupules », un policier « parvenu provincial » et des gardiens de prisons « fainéants bien nourris » qui faisaient l'objet des attaques d'un détenu, Monsieur *Yankov*, dans le manuscrit d'un livre qu'il était en train d'écrire et qui lui fut confisqué au motif qu'il avait l'intention de le transmettre à ses avocats. La sanction disciplinaire non motivée de 7 jours d'isolement cellulaire pour avoir inséré des remarques « quelque peu insultantes » dans un manuscrit personnel, d'un genre autobiographique, critiquant le système judiciaire et n'ayant pas été diffusé aux autres détenus, témoigne selon la Cour européenne d'un manque de retenue de la part des autorités qui ont dépassé leur marge d'appréciation de la nécessité de sauvegarder l'autorité du pouvoir judiciaire et de protéger la réputation des fonctionnaires (48).

Enfin, les hommes ou femmes politiques doivent assumer leurs idées : « nazi inavoué » constitue un jugement de valeur acceptable, appliqué à l'épouse d'un politicien, éditeur d'un journal d'extrême droite, elle-même politicienne ayant critiqué publiquement la loi autrichienne prohibant les activités liées au national socialisme. La sanction des requérants *Scharsach et News Verlagsgesellschaft* est injustifiée dans son principe même et donc nécessairement disproportionnée (49).

Revenons maintenant sur les éléments les plus significatifs de cette jurisprudence, le nombre des arrêts concernés attestant, si besoin en était, du caractère sensible des deux domaines visés, les conditions de détention et la preuve.

LES CONDITIONS DE DETENTION

L'évolution des exigences de la Cour en faveur d'une élévation des standards de la protection offerte par l'article 3 s'est traduite depuis quelques années et pour ce qui concerne le sort des détenus par une multiplication des décisions de recevabilité et des constats de violation. L'année 2003 confirme cette progression dans deux domaines qui exposent particulièrement la dignité du détenu : celui des régimes de sécurité et celui des soins.

Les régimes de sécurité

La Cour a été appelée à se prononcer sur différentes mesures prises par les autorités internes pour garantir la sécurité de l'exécution de la peine de détenus considérés comme particulièrement dangereux du fait des infractions justifiant leur détention, ou susceptibles de s'évader, ou semant le trouble dans l'ordre pénitentiaire.

Ces mesures de sécurité affectent les conditions de détention de requérants soumis à différentes formes d'isolement telles que l'affectation dans le couloir de la mort, en cause dans une série d'affaires ukrainiennes, la mise à l'écart sur une île du séparatiste kurde Oçalan, l'isolement cellulaire de deux requérants au Pays-Bas ou en application d'une sanction disciplinaire en Bulgarie.

Les affaires ukrainiennes : les conditions de l'isolement dans le couloir de la mort

La Cour a examiné ensemble une série de requêtes, comportant des griefs plus ou moins similaires relatifs à l'article 3 et à l'article 8, émanant d'ukrainiens condamnés à mort. Certains d'entre eux soulevaient des griefs plus particuliers, notamment de violences et brimades provenant de gardiens de prison. Ces allégations se sont heurtées, comme fréquemment, à la question de la preuve, et soit ont été écartées, comme non défendables (50), soit ont permis un constat de violation procédurale pour défaut d'enquête effective (51). Au regard de l'article 8, dans toutes les affaires, la Cour a constaté le manque de base légale (pendant certaines périodes) aux restrictions au droit de recevoir des colis et/ou des visites. Le grief de l'un des requérants, Monsieur *Aliev*, de ne pouvoir entretenir de rapports intimes avec son épouse s'est heurté à un constat de non-violation (52).

Les 6 requérants **Poltoratskiy, Kuznetzov, Khokhlich, Nazarenko, Dankevitch et Aliev**, avaient tous été condamnés à mort et transférés en isolement dans le couloir de la mort. Ce n'est pas tant l'isolement cellulaire en lui-même qui était contesté, certains requérants ayant admis qu'il préféreraient être seuls en cellule, que les conditions de cet enfermement solitaire.

Dans les 6 arrêts rendus le 29 avril 2003 (53), la Cour s'est dit particulièrement préoccupée par le fait que pendant plusieurs mois (plus de 30 pour certains), les détenus sont restés enfermés 24 heures sur 24 dans des cellules individuelles exiguës, privés de la lumière du jour (mais avec la lumière allumée en permanence), de toute activité de plein air ou autres et quasiment sans contacts humains. Certains des requérants se plaignaient en outre de conditions matérielles plus générales qui, n'étant pas spécifiques au régime de sécurité et ne faisant qu'aggraver un constat de violation déjà établi, ne seront pas évoquées ici.

Pour la Cour, une détention « dans des conditions inacceptables de ce type constitue déjà un traitement dégradant ». Traitement dégradant aggravé par le fait que pendant toute une période, les requérants étaient sous le coup d'une sentence de mort. Les difficultés économiques rencontrées par l'Ukraine, le fait que les autorités d'un système en phase de transition, se débattent entre la mise en place d'une nouvelle législation et leurs faibles moyens, sont sans rapport avec certains des griefs tels que par exemple l'aveuglement des fenêtres ou les restrictions aux échanges entre détenus comme avec l'extérieur. Si la Cour n'ignore pas ces difficultés, elle observe que le manque de ressources ne peut justifier ni les conditions matérielles de détention, ni le fait de ne proposer aucune activité aux détenus. Par principe, dit la Cour, dès lors que le seuil de gravité est atteint, en aucun cas les problèmes économiques rencontrés par l'Ukraine ne peuvent justifier de telles conditions de détention. L'impératif de sécurité n'est même pas évoqué. Il prospérera en partie pour justifier l'isolement de M. Ocalan sur une île.

L'affaire Oçalan : l'isolement sur une île, après arrestation et transfert, menotté et yeux bandés

M. Oçalan, contestait en premier lieu les conditions de son arrestation, préalable à son transfert sur l'île d'Imra, sur le terrain de l'article 3. Il les considérait également entachées d'irrégularité au titre de l'article 5.

Nous commencerons par ce dernier aspect, qui pour nous éloigner un peu de notre sujet, donne toute sa dimension à la toile de fonds sécuritaire de l'affaire, dans le contexte de la lutte contre le terrorisme.

L'arrestation

C'est après une arrestation conforme à l'article 5 que M. Oçalan a été détenu et condamné à mort. Selon la Cour : « la livraison d'un fugitif résultant d'une coopération entre Etats, ne constitue pas en tant que telle, une atteinte à la légalité de l'arrestation, donc ne pose pas de problème sous l'angle de l'article 5 » (§ 90).

L'exercice de l'autorité de la Turquie en dehors de son territoire n'entrave en rien cette conclusion. La Cour observe à cet égard que M. Oçalan était *persona non grata* au Kenya, et que les autorités de ce pays ne se sont pas plaintes d'une atteinte à leur souveraineté, cette atteinte n'étant en tout état de cause pas établie « au-delà de tout doute raisonnable ». De plus, l'opération a été menée en partie par les agents turcs et en partie avec les agents kenyans.

Le grief d'extradition déguisée, en référence à l'arrêt *Bozano* (54) n'a pu prospérer : « même une extradition déguisée, sous réserve qu'elle soit issue d'une coopération entre Etats concernés et que l'ordre d'arrestation trouve sa base légale dans un mandat d'amener décerné par les autorités (compétentes) du pays d'origine de l'intéressé, ne saurait être, en tant que telle contraire à la Convention » (§ 91). Le constat de non-violation se fonde en grande partie sur l'appréciation de la proportionnalité qui, au regard des dangers à devenir

des « havres de sécurité pour fugitifs », joue en faveur de « l'intérêt croissant des Nations à voir traduits en justice les délinquants présumés qui fuient à l'étranger », dans un contexte de lutte contre une criminalité « prenant une plus grande ampleur internationale ». La référence à l'arrêt *Soering* n'interdit pas de se demander, si le requérant ne fait pas les frais de la jurisprudence évolutive de la Cour qui joue ici au profit des préoccupations sécuritaires de la communauté internationale pour contrer le terrorisme (55).

Cette arrestation régulière permet donc le transfert de M. Oçalan en Turquie, sa détention dans l'attente de son jugement, puis dans l'attente de l'exécution de la peine de mort prononcée à son encontre.

Le transfert du requérant du Kenya en Turquie, menotté et yeux bandés

Le port des menottes n'enfreint pas l'article 3 : cette mesure de sécurité à l'encontre d'un détenu présumé être le fondateur du PKK, qui risquait de s'enfuir et de causer des blessures et dommages à autrui comme à lui-même est justifié. Le port d'un bandeau sur les yeux est également acceptable. Limité aux périodes où les membres des forces de l'ordre enlevaient leur cagoule, il tendait à éviter l'identification de ceux-ci par M. Oçalan. Celui-ci n'a jamais été interrogé, ni photographié dans cette posture.

Les conditions de détention sur l'île

Elles sont abordées indépendamment de la question de la peine de mort (à la différence des affaires ukrainiennes). Ceci tient sans doute à la façon dont les griefs du requérant ont été formulés. Ces derniers se limitent à contester, sur le terrain de l'article 3, le prononcé de la peine de mort, en tant que peine inhumaine et dégradante. Mais il n'est pas allégué que la perspective de voir la sentence capitale exécutée ait rendu les conditions de détention inhumaines ou dégradantes. Aussi, la Cour peut-elle à la fois admettre que le risque que M. Oçalan soit exécuté était réel (56) entre le 25 novembre 1999 (date de l'arrêt de la Cour de cassation rendant la condamnation définitive) et le 27 décembre 2002 (date de la décision de la Cour constitutionnelle confirmant la validité de la loi abolissant la peine de mort) et écarter toute violation tenant à ce risque sur le terrain de l'article 3 puisque la peine inhumaine et dégradante n'a pas été appliquée. Le requérant n'en a pas été victime de ce point de vue. Les allégations relatives aux conditions de détention visent uniquement l'isolement du requérant sur l'île d'Imrah depuis son arrivée en Turquie.

M. Oçalan est le seul détenu de la prison. Les contacts avec ses avocats sont limités. Les possibilités d'exercice physique réduites. L'accès aux media restreint. Sa santé en serait affectée.

L'absence de tout contact avec d'autres détenus ne pose aucun problème à la Cour qui se contente de rappeler son arrêt *Messina* (57) : « l'interdiction de contacts avec d'autres détenus pour des raisons de sécurité de discipline et de protection ne constitue pas en elle-même une forme de peine ou traitement inhumain » (§ 32 de l'arrêt *Oçalan*). En l'espèce, « la Cour admet d'emblée que la détention du requérant pose d'extraordinaires difficultés aux autorités turques ».

Ces difficultés peuvent être prises en compte, parce que, à la différence des difficultés économiques rencontrées par les autorités ukrainiennes, elles sont largement imputables au requérant. Considéré comme le terroriste le plus dangereux de Turquie, il ne manque ni de gens qui souhaitent sa mort, ni, à l'inverse de personnes prêtes à aider son évasion. A difficultés extraordinaires, mesures extraordinaires : la Cour dit comprendre le choix des autorités turques de détenir seul le requérant, dans le seul établissement existant sur une île loin de la côte. Pourquoi, dans ces conditions, le requérant aurait-il été en outre placé à l'isolement cellulaire ? Le Gouvernement croit pourtant utile de préciser qu'il ne l'a pas été. La Cour, pour sa part, observe que l'isolement de M. Oçalan n'a rien à voir avec un isolement cellulaire ou sensoriel. La cellule est dotée d'équipements qui ne souffrent aucune critique, notamment une fenêtre sur cour. Certes, il n'a accès ni à la télévision, ni au téléphone, mais il reçoit la visite de médecins deux fois par jours et de ses avocats une fois par semaine. Ses

parent peuvent venir le voir sans autres restrictions que les difficultés d'accès à l'île. La Cour se borne à prendre note des recommandations du Comité de prévention de la torture. Celles-ci sont sans grand poids face aux préoccupations du gouvernement et aux nécessités de la lutte contre le terrorisme. Il semble que face au terrorisme, il y ait certains droits fondamentaux plus faciles à respecter que d'autres pour les Etats, ce qui remet en cause, de facto, la distinction entre droits absolus et droits relatifs (58).

Les affaires Van der Ven et Lorsé : l'isolement cellulaire et les fouilles à corps

Exécutant leur peine en quartier de sécurité, Messieurs Van der Ven et Lorsé se plaignaient de fouilles à corps injustifiées. Placé en cellule d'isolement à titre disciplinaire, M. Yankov contestait le rasage de tous ses cheveux.

Ce ne sont pas les conditions matérielles de détention, mais le régime de sécurité draconien imposé aux requérants qui était contesté dans les affaires *Van der Ven* et *Lorsé* (59). Monsieur Van der Ven, soupçonné de préparer une évasion, avait été transféré en quartier de Haute sécurité (EBI). Le régime de sécurité se traduisait par une restriction des contacts avec les autres détenus et le personnel de la prison, et la limitation des visites, aux seuls membres de la famille, à une heure par semaine, sans aucun contact physique autres que deux poignées de mains une fois par mois. La Cour relève ici aussi qu'il n'y a pas eu d'isolement sensoriel ou social complet. L'appréciation du seuil de qualification pour l'applicabilité de l'article 3 renvoie alors à l'application pure et simple du principe de proportionnalité. La Cour admet l'analyse du risque (gravité des crimes commis, risque de récidive et projet d'évasion) par les autorités. Elle note par ailleurs que le requérant, supportant mal l'isolement, présentait des syndromes dépressifs. Elle suit ici l'avis du Comité de prévention contre la torture pour lequel la situation au sein de l'EBI est source de préoccupation. La durée du traitement infligé est un autre élément pertinent. Mais la question des fouilles à corps va éviter à la Cour de prendre clairement parti sur l'incidence du régime d'isolement de sécurité sur la santé du requérant.

Des fouilles de sécurité systématiques, avec inspection rectale, en présence d'agents pénitentiaires, furent infligées au moins une fois par semaine pendant trois ans et demi au requérant, en vertu du régime de sécurité. Elles ne permirent jamais de découvrir quoi que ce fût de compromettant. La Cour pointe ici les faiblesses des justifications avancées par le gouvernement. En l'absence d'impératif de sécurité convaincant, ces fouilles gratuites ne peuvent que susciter les sentiments d'angoisse et d'infériorité du requérant de nature à l'humilier ou le rabaisser. Combinées avec les autres « mesures de sécurité draconiennes » ces « fouilles à corps routinières » s'analysent en un traitement inhumain ou dégradant. Mais il est remarquable que les deux éléments de cette combinaison n'ont rien donné sur le terrain de l'article 8 : la Cour a estimé inutile de revenir sur les fouilles à corps sous l'angle de l'article 8. L'inspection quotidienne de la cellule, la surveillance de la correspondance, des entretiens téléphoniques et des conversations avec les visiteurs, la limitation des contacts humains, pour participer du régime draconien évoqué au titre de l'article 3, n'en ont pas moins été justifiées sur le terrain de l'article 8.

L'affaire Y.F. (60) mérite d'être signalée ici : le requérant et son épouse furent placés en garde à vue. Madame F., l'épouse fut soumise à un examen gynécologique forcé, pratiqué par un gynécologue, abritée d'un seul rideau des policiers restés sur place. En l'absence de toute nécessité médicale, la Cour admet l'argument du gouvernement turc : ce type d'examen peut se révéler utile pour se prémunir contre de fausses accusations de harcèlement sexuel ou de mauvais traitement.

Cette précaution n'étant pas prévue par la loi, la Cour n'aura pas à se prononcer sur la proportionnalité de cette ingérence dans l'intimité de la vie privée protégée par l'article 8.

C'est sur le terrain de l'article 3 que M. Yankov contestait le rasage de son crâne, par les agents de l'administration pénitentiaire (61).

L'affaire Yankov : le rasage du crâne d'un détenu avant son placement en isolement disciplinaire

Constatant que c'est la première fois qu'elle aborde la question de la conformité à l'article 3 du rasage forcé des cheveux d'un détenu, la Cour commence par évoquer sa jurisprudence relative aux menottes et aux fouilles à corps (62).

L'une des caractéristiques particulières du traitement infligé à M. Yankov est qu'il consiste dans la modification forcée de l'apparence d'une personne, ce qui est propre à lui faire ressentir un sentiment d'infériorité. Une autre particularité est que le prisonnier porte pendant un certain temps la marque du traitement qu'il a subi, une marque apparente et immédiatement visible par autrui. Pour la Cour, un tel traitement peut en principe atteindre la dignité de la personne, susciter un sentiment d'infériorité propre à l'humilier. Les circonstances de l'espèce vont permettre à la Cour de constater que le seuil de gravité est effectivement atteint. Rien ne permet d'étayer les allégations du gouvernement pour lequel il s'agirait d'une simple mesure d'hygiène : aucune infestation par une quelconque vermine ou autres. La Cour voit par ailleurs mal pourquoi le placement en isolement justifierait des mesures d'hygiène spécifiques. A supposer même que la tonsure corresponde à une pratique ordinaire lors du placement en cellule d'isolement, elle manque de base légale comme de justification. Mais la Cour ne s'en tient pas à ce seul constat. Ayant observé qu'indépendamment de toute volonté d'humiliation, ce traitement injustifié présente en lui-même l'aspect d'une punition arbitraire et est dès lors de nature à humilier la personne à ses propres yeux, la Cour souligne que le requérant avait toute raison de penser, dans le contexte de la saisie de son manuscrit, que l'objectif était bien de l'humilier en représailles aux remarques insultantes pour les gardiens de prisons figurant dans ses écrits. Enfin, l'âge du requérant (55 ans) et le fait qu'il avait à comparaître en audience publique 9 jours après avoir été rasé, sont encore des éléments pertinents.

Le caractère gratuit de certaines mesures adoptées par les agents de l'administration pénitentiaire au prétexte de sécurité peut mettre en cause le droit des détenus malades à des soins adaptés à leur état de santé, comme nous le montrent malheureusement plusieurs des affaires que nous évoquons maintenant.

Les soins

La Cour a connu sous l'angle de l'article 3 quatre affaires intéressant plus particulièrement le droit des détenus malades à des soins adaptés à leur état de santé. Ce droit a été respecté dans l'affaire *Khokhlich*. Les arrêts *Pantea et McGlinchey* sanctionnent la défaillance des autorités quant à leur obligation de fournir le suivi ou les soins médicaux nécessaires à des détenus atteints de pathologies rendant leur comportement difficilement compatible avec les exigences ordinaires de la détention et peu supportable pour les personnes qui en avaient la charge. L'arrêt *Hénaf* concerne les conditions d'accès aux soins.

L'affaire *Khokhlich* : des soins adaptés à une maladie contractée en prison

L'affaire *Khokhlich* n'a pu conduire à un constat de violation de l'article 3 (63). Les faits témoignent simplement du fait que la prison est propice à certaines maladies, comme la tuberculose. S'agit-il d'un désagrément inhérent à la détention ? Il semble en tous cas que le droit à la santé, qui n'est qu'un dérivé du droit garanti par l'article 3, soit restrictible pour cause de détention. Si la question était examinée sous l'angle de l'article 8, les soins apportés aux maladies imputables à l'enfermement suffiraient à rendre la restriction proportionnée. La Cour paraît admettre que la prison soit dans une certaine mesure pathogène. Les deux griefs du requérant ont été écartés. Sa prétendue contamination par son voisin de cellule n'a pu être établie et les soins qui ont été prodigués ont été considérés comme satisfaisants.

Les affaires *Pantea et McGlinchey* : les défaillances dans le suivi médical

L'arrêt *Pantea* sanctionne le mépris total des autorités pour l'état de santé du requérant (64). La fiche médicale établie lors de l'incarcération de M. Pantea mentionnait qu'il pesait 99 kg et qu'il souffrait, entre autres affections, d'une psychopathie paranoïde. A sa libération, moins

d'un an plus tard, il ne pesait plus que 54 kg. Une bonne partie de ses allégations sur le terrain de l'article 3 n'ont pu être retenues, faute de preuves. Certains éléments incontestables et le biais de « l'obligation positive » de protéger l'intégrité physique des détenus, ont permis de parvenir à un constat de violation, pour des faits qui semblent avoir été délibérément provoqués par les agents de l'administration pénitentiaire en représailles au comportement pénible d'un détenu psychotique, les gardiens n'étant certainement pas formés pour assumer des responsabilités spécifiques face à des détenus nécessitant un régime adapté à leur maladie.

Le requérant placé dans la cellule d'un multirécidiviste fut gravement agressé par ce dernier et un autre co-détenu, alors qu'il se trouvait sous l'entière responsabilité de l'administration pénitentiaire, comme prend soin de le rappeler la Cour. En dépit d'une côte cassée, de multiples ecchymoses, d'une fracture de la pyramide nasale, déjà suffisantes pour caractériser une violation de l'article 3, le requérant fut maintenu menotté dans la même cellule que ses agresseurs sur ordre du commandant adjoint de la prison. Ceci constitue une circonstance aggravante de la violation aux yeux de la Cour, qui en relève trois autres. Le bandage thoracique prescrit pour traiter la fracture ne fut pas appliqué. Une dizaine de jours à peine après cet accident, Monsieur Pantea fut transféré, après un voyage de plusieurs jours dans un wagon pénitentiaire surpeuplé, dans un hôpital neuropsychiatrique situé à 500 km de la prison. Arrivé à destination, le requérant ne bénéficia d'aucun soin chirurgical.

La Cour établit ensuite la responsabilité des autorités de l'Etat quant à ces traitements inhumains et dégradants aggravés. C'est l'absence d'égard à la situation psychiatrique du détenu qui est désignée par la Cour. Les autorités disposaient de tous les éléments pour prévenir l'agression. Elles étaient informées par la fiche d'admission des troubles dont souffrait le requérant. La veille de l'incident encore, un neuropsychiatre avait examiné M. Pantea, décelé une dépression nerveuse avec troubles du comportement et recommandé la mise sous observation. Les autorités pouvaient « raisonnablement prévoir » que l'état psychologique du requérant le rendait « plus vulnérable que le détenu moyen » et pouvait exacerber son irascibilité à l'égard de ces co-détenus. Or rien n'a été fait pour désamorcer cette situation dangereuse, au contraire. Non seulement les conditions de détention n'ont pas été adaptées, mais il semble que tout ait concouru à provoquer les violences. Simple détenu provisoire, Monsieur Pantea a été placé, contrairement aux prescriptions de la législation roumaine, en cellule avec des récidivistes, et plus précisément dans la cellule dite « cellule des détenus dangereux ». Les gardiens présents et informés, n'ont rien fait pour faire cesser l'agression et défendre le requérant. Pour la Cour les autorités ont failli à leur obligation positive. Ce raisonnement en deux temps - établissement du seuil de qualification puis imputation à l'Etat au titre des obligations positives - permet, en réagençant les griefs, de surmonter l'obstacle tenant à la difficulté de prouver la provocation intentionnelle des gardiens. Au-delà des carences des autorités, cette affaire soulève la question plus large, que la Cour a évité d'aborder directement, de la compatibilité de la détention avec certaines maladies. C'est exactement le même type de questions, laissées sans réponse, que soulevait l'affaire *McGlinchey*.

Judith McGlinchey, la mère des requérants était asthmatique et héroïnomane (65). Elle avait à plusieurs reprises exprimé sa volonté de se désintoxiquer. Elle est morte à 54 ans, à peine un mois après son incarcération, alors qu'elle purgeait une peine de quatre mois d'emprisonnement pour vol. Cette condamnation avait été prononcée en dépit d'une proposition alternative de liberté surveillée sous condition de traitement de sa toxicomanie.

L'exposé des faits démontre que c'est bien l'opportunité de cette condamnation qui est en cause, et au-delà, la question de la compatibilité avec la détention de l'état de santé de certains malades. Comme dans l'affaire *Pantea*, et sans se limiter au seul aspect de l'adéquation des soins ou du suivi médical, on peut se demander si les personnels en charge de ces détenus au comportement perturbant, déroutant, voire agressif ont une formation adaptée leur permettant de surmonter des réactions d'exaspération vindicatives à l'encontre des malades. La Cour se contentera d'un examen *a minima*. Elle ne se prononcera pas sur l'opportunité de la détention et elle écartera les allégations des requérants quant aux mesures de rétorsion dont aurait été victime leur mère, faute de preuve d'une intention délibérée des

infirmières.

A son arrivée en prison, la requérante fut placée à l'infirmierie. Le médecin prescrivit un médicament pour soulager le manque. Le deuxième jour de sa détention ce médicament lui fut refusé. Le prétexte, avancé *a posteriori*, d'une chute de tension est accepté par la Cour pour écarter les allégations de la requérante selon laquelle il s'agissait de la punir pour avoir lancé sa tasse de thé à travers la cellule, comme en atteste le registre de l'infirmierie qui mentionne également que Madame McGlinchey a été enfermée dans sa cellule « *for education* ». Elle fut de fait enfermée à deux reprises dans sa cellule à titre de punition. Il lui fut également demandé de nettoyer elle-même son vomi. Les jours suivants, la détenue fut encore victime de crises de vomissements à répétition. Après avoir perdu 7 kilos les premières 48 heures, c'est 20 % de son poids qu'elle perdit les cinq premiers jours. Les anti-vomitifs prescrits n'avaient qu'un effet à court terme. Pourtant le médecin jugea son état stable et estima qu'elle ne présentait pas de signes de déshydratation. Pendant le week-end, le médecin étant absent, elle ne fit l'objet d'aucune surveillance médicale, malgré la dégradation de son état. Ce n'est que le lundi que, s'étant effondrée en crachant du sang, elle fut transférée en urgence à l'hôpital, où elle décédait peu après d'un arrêt cardiaque. La Cour estime que les vomissements de la mère des requérants, son incapacité à garder toute nourriture ou liquide n'ont pas fait l'objet d'un contrôle adéquat. Cette situation, outre qu'elle avait dû causer détresse et souffrance à Judith McGlinchey, comportait surtout des risques graves pour sa santé. La perte de poids aurait dû alerter les autorités du danger auquel elle était exposée. L'interruption de la surveillance pendant le week-end n'est guère admissible dans ces conditions. Faute d'avoir pris des mesures plus efficaces pour traiter la malade, telles que par exemple son transfert à l'hôpital qui aurait permis l'administration de médicaments et de nourriture par intraveineuse, ou d'obtenir une assistance plus éclairée pour surveiller les vomissements, les autorités ont failli à leur obligation de fournir les soins médicaux nécessaires aux détenus et méconnu l'article 3. Par cette conclusion, la Cour ménage les autorités du Royaume-Uni, en évitant de prendre parti sur la preuve comme de remettre en cause le principe même de la condamnation à l'emprisonnement.

Cette modération a conduit le juge Costa à joindre son opinion concordante pour expliquer pourquoi il a personnellement voté pour la violation. Il précise d'abord qu'il ne discerne aucune intention d'humiliation ou de maltraitance chez les autorités judiciaires pénitentiaires ou médicales. Affirmant préserver son jugement de toute émotion tenant au décès de Madame McGlinchey et se défendant de toute « *wisdom of hindsight* », il reprend les éléments éludés par la Cour. Le seuil de gravité des faits s'en trouve ainsi élevé en même temps que le champ d'application de l'article 3 se trouve étendu. Selon Monsieur Costa, la question de l'aptitude à la détention aurait dû être posée, sans qu'il soit pour autant nécessaire d'abaisser le seuil de qualification pour l'applicabilité de l'article 3, ce que le juge n'estime pas souhaitable. A ce dernier égard, le juge français ne sera pas entendu : à la suite des arrêts *Selmouni* (66), puis *Mouisel* (67), la France, avec l'arrêt Hénaf va encore une fois supporter les conséquences de l'abaissement des seuils de qualification de l'article 3.

L'affaire Hénaf : les conditions d'accès aux soins

Le requérant purgeait diverses peines pour vols à main armée et grivèleries (68). Il avait bénéficié de quatre permissions de sortie dont il avait respecté les modalités. Lors d'une cinquième permission, il ne réintégra pas le centre de détention « en temps et en heure ». Il fut condamné de ce chef. A cette occasion, il fut examiné par des experts qui conclurent « qu'il était atteint « au moment des faits » d'un « trouble psychique ayant altéré son discernement » temporairement », puis, un peu curieusement, que « la prison ne pouvait être thérapeutique pour lui, compte tenu de son âge avancé ». Ce n'est pas ce dernier point qui est en débat.

Le détenu était âgé de 75 ans quand un examen médical révéla la présence de ganglions au niveau de la gorge et qu'une opération chirurgicale fut décidée. La veille du jour prévu pour l'intervention, le détenu fut transféré, menotté, à l'hôpital en fourgon cellulaire et conserva

ses menottes le reste de la journée. Durant la nuit, il fut entravé par une chaîne reliant l'une de ses chevilles au montant de son lit d'hôpital. Le matin, le requérant déclara qu'il renonçait à se faire opérer à défaut de conditions d'hospitalisation humaines.

Devant la Cour, Monsieur Hénaf se plaignait des conditions de son hospitalisation à la veille d'une intervention chirurgicale. L'entrave l'avait fait souffrir toute la nuit et conséquemment privé de sommeil. Il contestait exclusivement le fait d'avoir été entravé la nuit. L'exclusion explicite par le requérant de tout grief concernant les menottes et le port d'une chaîne pendant son transfert ne plaide pas en faveur d'une élévation des standards de protection : selon lui, il s'agirait d'une « pratique ancrée dans la routine » qu'il n'entend pas contester « même si cela est anormal et dégradant, dès lors qu'il ne subit qu'une gêne et pas de torture réelle, seulement morale ».

La Cour rappelle toutefois les principes « menottes » établis par sa jurisprudence *Raninen* (69), et leur adaptation dans le contexte du transfert et des soins médicaux en milieu hospitalier par l'arrêt *Mouisel*, il y a moins d'un an. Dans cette dernière affaire cependant, c'est plutôt le port des menottes pendant les soins que pendant le transfert qui avait retenu l'attention de la Cour pour établir le caractère disproportionné de cette mesure de sécurité (§ 47 de l'arrêt *Mouisel*).

Monsieur Hénaf va bénéficier en 2003 d'une nouvelle élévation des standards de l'article 3 quant à l'appréciation de la gravité de la mesure (70). La Cour transpose ici les « principes Selmouni » qui avaient permis de qualifier de torture des faits qui, auparavant auraient certes relevé de l'article 3, mais au titre de la qualification inférieure de traitement inhumain ou dégradant. C'est à nouveau la France (qui ne saurait s'octroyer impunément le titre de patrie des droits de l'homme) qui avec l'affaire *Hénaf* donne l'occasion à la Cour d'abaisser le seuil de qualification, au profit, cette fois, d'une extension du champ de la protection de l'article 3. Comme le dit la Cour : « certains actes autrefois exclus du champ de la protection de l'article 3 pourraient présenter le degré minimum de gravité requis à l'avenir. C'est bien ce qui se produit en l'espèce. Comme dans l'affaire *Mouisel*, la Cour commence par se référer aux normes françaises, et à la circulaire d'application de l'article 803 du Code de procédure pénale, qui recommande de ne pas imposer d'entrave dès lors que les impératifs de sécurité ne le justifient pas. La Cour se prévaut en suite d'une recommandation du CPT, qui demande d'interdire la pratique, en tout état de cause, les questions de sécurité devant rester indifférentes.

En l'espèce, aucun impératif de sécurité ne permet de justifier cette mesure qui apparaît dès lors gratuite. Compte tenu de l'âge du requérant, de son état de santé, de l'absence d'antécédent faisant sérieusement craindre un risque pour la sécurité, des consignes écrites du directeur du centre de détention pour une surveillance normale et non renforcée, du fait que l'hospitalisation intervenait la veille d'une opération chirurgicale, la Cour estime que la mesure d'entrave était disproportionnée, d'autant que deux policiers avaient été spécialement placés en faction devant la chambre du requérant. » (§ 56)

Enfin, deux affaires doivent ici être mentionnées.

La première, l'affaire **Hutchison Reid**, aborde la question, sous l'angle du paragraphe 1er de l'article 5, de la conciliation entre droit à la liberté, droit à un traitement adéquat et dangerosité (71). A cet égard, la détention en hôpital psychiatrique d'un délinquant atteint d'un trouble de la personnalité non curable est justifiée par le risque qu'il ne commette d'autres infractions à caractère sexuel. Peu importe l'absence de perspective de guérison dès lors qu'il bénéficie d'un environnement thérapeutique adéquat. En revanche, il ne saurait être exigé du requérant qu'il rapporte la preuve que son maintien en détention n'est plus justifié et donc irrégulier au sens de l'article 5 paragraphe 1 : c'est aux autorités qu'il incombe de prouver qu'une personne remplit les conditions nécessaires pour être internée. Faire peser sur le requérant la charge de prouver qu'il ne souffre plus d'un trouble mental constitue une violation de l'article 5 paragraphe 4 (§ 73).

La seconde, l'affaire **Pantano**, concerne une présomption de dangerosité justifiant, au titre

de l'article 5 paragraphe 3, la prolongation de la détention provisoire du requérant en vertu des « mesures de précaution » prévues par le code de procédure pénal italien et applicables aux infractions particulièrement graves, dont celles relevant de la criminalité organisée. La Cour a rappelé que les autorités judiciaires nationales doivent veiller à ce que, dans une affaire donnée, la détention provisoire subie par un accusé n'excède pas une durée raisonnable, « en tenant dûment compte du principe de la présomption d'innocence ». Si la persistance de raisons plausibles de soupçonner la personne arrêtée d'avoir commis une infraction est une condition *sine qua non* de la régularité du maintien en détention, au bout d'un certain temps elle ne suffit plus. La lutte contre la criminalité de type mafieux, « ce fléau », peut, dans certains cas, appeler l'adoption de mesures justifiant une dérogation à la règle fixée à l'article 5, visant à protéger, avant tout, la sécurité et l'ordre public, ainsi qu'à prévenir la commission d'autres infractions pénales graves. Dans ce contexte, affirme la Cour, « une présomption légale de dangerosité peut se justifier, en particulier lorsqu'elle n'est pas absolue, mais se prête à être contredite par la preuve du contraire » (§ 69) (72).

LA PREUVE

Avant d'aborder plus précisément la jurisprudence relative à l'administration de la preuve et à la présomption d'innocence, quelques arrêts intéressant la légalité de mesures d'investigation secrètes méritent d'être évoqués.

Les mesures d'investigation secrètes et l'article 8

Les mesures d'investigation policière, telles que les écoutes téléphoniques et les perquisitions peuvent mettre en cause, outre l'article 8, l'article 10 de la Convention, comme nous l'ont montré les arrêts *Ernst et Roemen et Schmit* (73). Nous envisageons ici uniquement les mesures d'investigation secrètes qui, comme dans la plupart des affaires dont la Cour a eu à connaître jusqu'à aujourd'hui, ne répondent pas à l'exigence de légalité. En 2003, des violations ont à nouveau été constatées à l'encontre du Royaume-Uni, mais aussi de l'Espagne et des Pays-Bas.

L'affaire Prado Bugallo : les écoutes téléphoniques

Le requérant, condamné du chef de trafic de stupéfiant et de contrebande contestait la légalité des écoutes qui avaient permis d'établir sa culpabilité (74).

La Cour va estimer qu'effectivement ces écoutes n'étaient pas suffisamment prévisibles. La loi espagnole de 1998, venue préciser les modalités de contrôle de la mise sur écoutes téléphoniques constitue un indéniable progrès (75). Cependant, les garanties qu'elle instaure restent insuffisantes : elles ne répondent pas à toutes les conditions exigées par la jurisprudence européenne (76) pour éviter les abus, « Il en va ainsi de la nature des infractions pouvant donner lieu aux écoutes, de la fixation d'une limite à la durée d'exécution de la mesure, et des conditions d'établissement des procès-verbaux de synthèse consignnant les conversations interceptées ». Témoigne de ces insuffisances la jurisprudence des juridictions supérieures espagnoles qui se sont attachées à définir une série de garanties supplémentaires. La Cour ne se prononce pas sur la « qualité » de cette jurisprudence, au sens européen du terme : « à supposer même qu'elle puisse combler les lacunes de la loi au sens formel, elle est intervenue après les ordonnances du juge d'instruction décrétant la mise sur écoutes... dès lors elle ne peut entrer en ligne de compte dans la présente affaire ».

L'affaire M.M. : l'enregistrement de conversations téléphoniques

Le requérant, avocat, fut reconnu coupable d'attentats à la pudeur sur l'épouse d'un client, grâce à l'enregistrement par cette dernière de plusieurs de leurs conversations téléphoniques. Avec l'autorisation du procureur, les policiers avaient effectué le branchement d'un magnétophone sur le téléphone de la victime et suggéré d'orienter la conversation sur le sujet des avances dont elle était l'objet. Pour la Cour, la responsabilité de l'Etat est engagée : le procureur et la police ont agi dans l'exercice de leurs fonctions officielles ; la police avait conçu le plan et joué un rôle crucial dans son exécution. Ce type d'interception demandait, à

l'époque des faits, une enquête judiciaire préliminaire et une décision du juge d'instruction. Faute d'avoir respecté ces deux conditions, l'ingérence n'était pas prévue par la loi (77).

L'affaire Perry : l'identification par des caméras de sécurité

Le Royaume-Uni se trouve à nouveau mis en cause par trois arrêts, pour l'interception de conversation au moyen d'un dispositif installé dans des lieux privés. Le constat de violation pour non-respect du droit interne est sans surprise et le greffe de la Cour n'a pas cru devoir signaler plus particulièrement à notre attention les arrêts *Hewitson* (78), *Chalkley* (79) et *Lewis* (80). En revanche, l'affaire *Perry* est un peu plus originale (81). La Cour sanctionne le détournement d'un système de vidéo surveillance installé dans un poste de police. Le requérant, soupçonné de multiples vols à main armée contre des chauffeurs de taxi avait omis à plusieurs reprises de se présenter aux séances d'identification auxquelles il avait été convoqué. Un officier supérieur de police donna alors l'autorisation de le filmer en secret. Le requérant fut transféré d'une prison (où il était détenu pour autre cause) et conduit au poste de police après avoir été informé qu'une séance d'identification était prévue. Il refusa d'y participer. Or, pendant qu'il attendait, il était filmé par une caméra de surveillance placée dans une zone dans laquelle allaient et venaient des policiers et d'autres suspects. Un technicien avait réglé la caméra de façon à avoir un cadrage bien net du requérant. Au montage, les plans le représentant au milieu d'autres figurants furent insérés dans un film. Le requérant put alors être identifié formellement par deux témoins parmi plusieurs autres auxquels le film avait été présenté.

La Cour retient d'abord l'applicabilité de l'article 8. Peu importe que le requérant ait été filmé dans un local de garde à vue (custody suite), par une caméra visible par lui. Le stratagème employé par la police ne correspondait pas à l'usage normal de ce type de caméra. L'enregistrement et le montage peuvent, selon la Cour, s'analyser comme une collecte de données personnelles concernant le requérant, imprévisible et opérée à son insu.

Quant à la justification de l'ingérence, la Cour relève que le droit anglais encadre très précisément les opérations de surveillance policière et les parades d'identification. En cas de refus de ces dernières, il prévoit la possibilité de filmer, mais avec le consentement de la personne et, entre autres garanties précises, l'assistance d'un avocat. Les exigences du droit anglais ayant été bafouées par la police, l'ingérence dans la vie privée de Monsieur Perry n'était pas prévue par la loi et la Cour arrête ici son examen. Quant à savoir si le procédé illégal a affecté la loyauté de la procédure, c'est sur le terrain de l'article 6 que cette question aurait pu être examinée si la décision sur la recevabilité n'avait pas limité à l'article 8 le contrôle de la Cour.

Avec les affaires *Dowsett* et *Edwards* et *Lewis*, c'est sous l'angle de l'article 6 que d'autres mesures de surveillance secrète vont être examinées au titre de l'équité de la procédure, du principe du contradictoire et de l'égalité des armes.

L'administration de la preuve au regard des articles 6 paragraphe 1, 6 paragraphe 3 et 3
La Cour a eu à connaître du refus par le juge d'admettre les preuves demandées par l'accusé ; du refus par le ministère public de produire ses preuves ; et du rôle des témoins.

Les affaires *Perna* et *Papageorgiu* : la pertinence de la preuve

L'admissibilité des preuves, écrites ou par témoins, relève au premier chef du droit interne, comme la Cour l'a rappelé dans l'affaire *Perna* (82). Pour prêter à critique sous l'angle de l'article 6, le rejet de demandes de production de preuves doit concerner des preuves utiles. A cet égard, les deux arrêts, *Perna* et *Papageorgiu*, se référant à la jurisprudence *Vidal*, précisent qu'en particulier, « il revient en principe aux juridictions nationales d'apprécier les éléments rassemblés par elles et la pertinence de ceux dont les accusés souhaitent la production (...) » (83).

Dans l'affaire *Perna*, la Cour se range à l'avis des juridictions du fond quant à l'inutilité des

preuves dont la production était demandée par le requérant pour se défendre dans une procédure en diffamation intentée à son encontre par le chef du parquet de Palerme (84). Ni le dépôt au dossier de la procédure de deux articles de presse, ni l'audition du magistrat plaignant, qui tendaient à prouver la réalité de faits dépourvus de portée diffamatoire, n'auraient pu établir un manquement du plaignant aux principes d'impartialité, d'indépendance, d'objectivité et de probité inhérente à ses fonctions. La Cour relève en outre que le requérant avait soutenu que le contenu de ses allégations à l'encontre du magistrat relevait de jugements critiques, non susceptibles de preuve.

En revanche, les preuves dont Monsieur *Papageorgiu* avait demandé en vain la production étaient bien pertinentes (85). Pour la Cour, l'original de chèques et de pages de calendrier de l'ordinateur de la banque qui se prétendait victime d'une escroquerie imputable au requérant constituaient des éléments de preuve essentiels qui auraient dû être produits et discutés de manière adéquate à l'audience. Dans cette dernière affaire, la Cour observait qu'elle n'avait pas exactement à faire à une question de dissimulation de preuve. Elle a été confrontée, si ce n'est à une dissimulation au sens strict, tout au moins à la non-divulgaration de preuves par le ministère public à l'occasion de deux affaires anglaises.

Les affaires *Dowsett et Edwards et Lewis* : la non divulgation de preuves pertinentes par les autorités de poursuite

Après avoir été condamné pour meurtre, Monsieur *Dowsett* apprit que les autorités de poursuite n'avaient pas communiqué de nombreux éléments qui auraient pu, selon lui, étayer ses moyens de défense. Il s'en plaignit à l'autorité compétente pour instruire les plaintes dirigées contre la police et il réitéra ses allégations dans le recours qu'il forma devant la cour d'appel contre la décision de première instance. Peu avant l'audience, certaines des pièces qui avaient été tenues secrètes furent alors divulguées, tandis qu'une immunité d'intérêt public était opposée par la poursuite pour justifier la non divulgation des autres. Le recours du requérant fut rejeté (86).

Monsieur *Edwards* comme Monsieur *Lewis* ont été reconnus coupables et condamnés à la suite d'enquêtes menées à l'aide d'agents infiltrés. Dans les deux cas, un juge avait accueilli la requête du ministère public en vue de la non divulgation de certains éléments de preuve.

La Cour reprend les principes généraux dégagés par les arrêts *Edwards* (87) et *Rowe et Davis* (88) d'une part et *Jasper* (89) d'autre part : l'article 6 paragraphe 1 exige que les autorités de poursuite communiquent à la défense toutes les preuves pertinentes en leur possession. Ce principe n'est pas absolu dans la mesure où des intérêts concurrents peuvent être mis en balance avec le droit de l'accusé à la divulgation des preuves.

Toutefois, concernant spécifiquement les circonstances de l'affaire *Dowsett*, la Cour rappelle que l'équité de la procédure et le principe de l'égalité des armes s'opposent à ce que ce soit l'autorité de poursuite qui évalue le poids des intérêts en concurrence. Seul le juge est compétent pour le faire. Si l'on s'en tient aux enseignements de l'arrêt *Edwards* (1992), le contrôle exercé par le juge d'appel aurait pu remédier aux insuffisances de la première instance à cet égard, puisqu'il aurait pu tenir compte du fait que les preuves avaient été révélées tardivement. Toutefois, se référant à l'affaire *Rowe et Davis*, la Cour affirme que l'espèce doit ici être distinguée de celle de l'affaire *Edwards*, « dans cette dernière, en effet, la procédure d'appel permit de remédier aux défauts qui avaient entaché celle de première instance car à ce stade la défense avait reçu la plupart des informations manquantes et la Cour d'appel eut la possibilité d'apprécier à la lumière d'arguments détaillés et pertinents présentés par la défense l'impact des nouveaux éléments sur la solidité de la condamnation ». Dans la présente affaire le juge d'appel n'a eu connaissance que d'une partie des preuves, les autorités de poursuite persistant à opposer des impératifs d'intérêt général à la divulgation des autres. Certes, le requérant aurait pu demander à la Cour d'appel d'examiner les éléments non divulgués, mais le contrôle que celle-ci aurait pu alors exercer n'aurait pas permis de « corriger les déficiences du procès initial ». Il semble en réalité que comme dans l'affaire *Rowe et Davis*, la Cour ait pris prétexte d'une différence de situation assez négligeable (du reste sa motivation est plutôt elliptique à cet égard) pour faire évoluer sa jurisprudence *Edwards* et

tenir compte des opinions dissidentes émises à l'époque par les juges Pettiti et de Meyer. Le juge de première instance se voit accorder un rôle déterminant pour assurer l'équité du procès. Tandis que la Cour d'appel effectue son appréciation *ex post facto* et « peut même avoir été influencée sans en être consciente, par le verdict de culpabilité rendu par le jury et avoir ainsi sous-estimé les preuves non divulguées », « le juge de première instance aurait été en mesure de contrôler la nécessité d'une divulgation tout au long du procès, évaluant ainsi l'importance des preuves dissimulées à un stade où de nouvelles questions surgissaient, où il eût été possible, en contre-interrogeant les témoins clés, d'entamer sérieusement la crédibilité de ceux-ci, et où il était toujours loisible à la défense de structurer son argumentation de diverses manières et de faire porter l'accent sur tel aspect plutôt que sur tel autre » (90).

Avec les affaires *Edwards et Lewis* (91), il y a bien eu contrôle par un juge du bien-fondé de la non communication de preuves et de leur pertinence, mais c'est le caractère unilatéral de ce contrôle qui était remis en cause au regard de la particularité de ces espèces.

Seule la divulgation des preuves gardées secrètes, en vertu d'une immunité d'intérêt public, par l'autorité de poursuite aurait permis au juge d'apprécier le rôle qu'avaient effectivement joué les agents infiltrés dans un trafic d'héroïne et un trafic de faux billets. Ces agents s'étaient-ils limités à faciliter la réunion des preuves à charge ayant permis d'établir la culpabilité des requérant ou avaient-ils tendu un guet-apens (92) aux requérants comme ces derniers le prétendaient ? En droit anglais, la provocation n'est pas un moyen de défense, mais une poursuite fondée sur un piège est un « *abuse of the court's process* » et le juge devra alors suspendre la poursuite (93). Les circonstances de l'espèce se distinguent de celles entourant l'affaire *Jasper* (94). La Cour avait alors écarté la violation parce que la poursuite ne s'était pas prévaluée des éléments non divulgués. Elle ne peut plus ici se satisfaire qu'un juge avec la connaissance complète des enjeux du procès ait été chargé d'établir la balance entre l'intérêt public à la confidentialité et le besoin du requérant de connaître la preuve. En l'espèce, les éléments gardés secrets sont directement liés à l'infiltration et donc directement pertinents pour la défense des requérants. Les représentants de la défense ayant été privés de la possibilité de soutenir l'existence d'une provocation devant le juge, la Cour constate que le respect de l'égalité des armes et du contradictoire n'a pas été respecté et que la procédure n'a pas été assortie des garanties aptes à protéger les intérêts des accusés.

Les affaires *Sigurthor Arnarsson*, *Rachdad* et *Hulki Günes* : l'audition des témoins

Nous mentionnons simplement pour mémoire l'arrêt *Sigurthor Arnarsson* qui dépasse la seule question de l'audition des témoins. C'est sur le terrain du droit à un procès équitable que la Cour s'est placée pour retenir une violation de l'article 6. Le requérant, acquitté en première instance fut condamné sur appel du ministère public, après la seule audition par la Cour suprême des plaidoiries du ministère public et de l'avocat du requérant, à l'exclusion de l'intéressé lui-même comme des 20 témoins entendus par les premiers juges. Après avoir observé que la Cour suprême ne jugeait pas seulement en droit mais était compétente pour apprécier les faits, la Cour européenne relève qu'au vu de la complexité des faits et des contradictions et incohérences des témoignages, la Cour suprême ne pouvait se prononcer équitablement sans entendre certains témoins. Elle note en outre, mais il ne s'agit plus de preuve de la culpabilité, que l'audition du requérant aurait permis de décider de la peine en meilleure connaissance de cause (95).

L'affaire *Rachdad* (96) conduit la Cour à revenir accessoirement sur les procédures par défaut et sur opposition. Le requérant se plaignait d'avoir été condamné, d'abord par défaut puis sur opposition, sur le fondement exclusif de déclarations de témoins qu'il n'a pu à aucun stade de la procédure ni interroger ni faire interroger. La Cour rappelle premièrement que pour être justifié, le défaut de confrontation doit être dû à l'impossibilité de localiser le témoin, après recherche active de celui-ci par les autorités. Deuxièmement, « le témoignage litigieux ne peut en tout état de cause constituer le seul élément sur lequel repose la condamnation ». La Cour observe ensuite que malgré des diligences effectives, les témoins n'ont pas comparu, soit qu'il n'aient pas été trouvés, soit qu'ils n'aient pas déféré à leur citation. Les difficultés rencontrées pour localiser les témoins lors d'une procédure sur opposition menée sept ans

après les faits est peut-être en partie imputable au requérant, qui a provoqué sa condamnation par défaut. Cette circonstance ne saurait être déterminante : « les garanties de l'article 6 ont la même pertinence que l'accusé soit jugé après renvoi devant les juges du fond ou que ceux-ci soient saisis sur opposition. » (§ 25)

L'arrêt *Hulki Günes* (97) présente l'intérêt particulier de relier le constat de violation de l'article 6 à celui précédemment établi de l'article 3. Le requérant avait été arrêté par trois gendarmes. Les gendarmes obtinrent ses aveux au cours d'un interrogatoire dont il ressortit avec plusieurs lésions et ecchymoses constatées par un examen médical. La Cour retient, malgré les dénégations du gouvernement, que la condamnation du requérant s'était fondée de manière déterminante sur les déclarations des gendarmes, recueillies lors de l'instruction, puis sur commission rogatoire lors du procès, en l'absence tant du requérant que de son conseil. Elle se prononce aussi sur les conditions dans lesquelles les gendarmes l'ayant identifié ont obtenu ses aveux, conditions qui, tient-elle à rappeler, l'ont conduite à conclure à la violation de l'article 3. Elle observe que « la législation turque ne semble attacher aux aveux obtenus pendant les interrogatoires mais contestés devant le juge aucune conséquence déterminante pour les perspectives de la défense ». Puis, ayant pris soin de rappeler « qu'il ne lui incombe pas d'examiner *in abstracto* la question de l'admissibilité des preuves en droit pénal », la Cour « juge regrettable qu'en l'espèce la cour de sûreté de l'Etat ne se soit pas prononcée au préalable sur cette question avant de procéder à l'examen au fond de l'affaire. Il est clair qu'un tel examen préliminaire aurait mis les juridictions nationales en mesure de sanctionner des méthodes illicites employées pour l'obtention de preuves à charge » (§ 91).

L'obtention de l'aveu par la violence met non seulement en doute la fiabilité de la preuve, comme le montre l'arrêt *Hulki Günes*, mais revient aussi à faire supporter la charge de la preuve au suspect et pourrait mettre en cause le paragraphe 2 de l'article 6.

La présomption d'innocence

L'article 6 paragraphe 2 est intéressé au premier chef. Les arrêts *Yasar Kemal Gökçeli, Baars, O. et Hammern* reviennent sur la distinction qu'il convient d'établir entre soupçons plausibles et déclaration de culpabilité. Les arrêts *Y. et Ringvold* concernent les liens entre responsabilité civile et responsabilité pénale.

Les articles 3 et 8 ont été invoqués avec succès par une requérante à propos d'une présomption pesant sur la victime dans l'affaire *M. C.*

Les affaires *Yasar Kemal Gökçeli, Baars, O. et Hammern* : soupçons plausibles et déclaration de culpabilité

Les solutions retenues sont classiques.

L'arrêt *Yasar Kemal Gökçeli* (98) n'appelle de ce point de vue pas grand commentaire. La jurisprudence de la Cour nous a déjà donné l'occasion d'observer que l'article 6 paragraphe 2 devait bien faire une place aux soupçons plausibles permettant des mesures provisoires en attente et en amont de la décision de culpabilité fondée sur une preuve établie légalement au-delà de tout doute raisonnable (99). Le constat de non-violation était prévisible, dès lors que l'ordonnance, rendue en référé, de saisie provisoire d'un livre en vue d'une procédure pénale ultérieure, se bornait, de l'avis de la Cour européenne, et malgré certains termes employés, à décrire un « état de suspicion » et ne renfermait pas de constat de culpabilité ; la procédure ultérieure intentée contre le requérant ne révélant pas plus de préjugement.

L'arrêt *Baars*, pour reprendre les principes posés en 1987 par l'arrêt *Lutz*, suscite quelques interrogations, même si, à la différence de ce précédent, il constate une violation de l'article 6 paragraphe 2 (100). Les poursuites des chefs de faux et de complicité de corruption de fonctionnaire menées contre le requérant avaient été abandonnées au motif que l'intéressé n'avait pas été jugé dans un délai raisonnable. Au cours d'une procédure séparée le requérant fut entendu comme témoin et le fonctionnaire en cause fut pour sa part reconnu coupable. Les demandes de Monsieur Baars en remboursement de ses frais et en indemnisation pour sa

détention provisoire furent rejetées. La Cour relève que ce refus se fonde sur plus que des soupçons, sur un véritable constat de culpabilité, alors que celle-ci n'a pas été légalement établie et, qu'au surplus, ce constat se réfère à une procédure au cours de laquelle le requérant, simple témoin, n'avait pas bénéficié de la protection de l'article 6. La Cour maintient donc que lorsque les poursuites ne se sont pas soldées par un constat relatif à la culpabilité pour la retenir ou pour l'écarter), les soupçons plausibles peuvent persister et être valablement pris en compte. Elle maintient une distinction, sur la pertinence de laquelle on peut s'interroger, selon que la mise hors de cause résulte du seul écoulement du temps, auquel cas il est difficile de savoir si les poursuites et la détention provisoire ont causé un préjudice à la personne ayant bénéficié de la prescription ; ou d'une décision relative à l'établissement des faits, auquel cas soit la culpabilité a été établie, les soupçons ayant été transformés en preuve au-delà de tout doute raisonnable, soit ces soupçons sont effacés (101).

Les arrêts *Hammern et O.* (102) confirment qu'une décision d'acquittement efface définitivement tous les soupçons plausibles qui avaient pu fonder les poursuites.

Ces deux arrêts soulèvent des questions similaires. Nous nous référons à l'arrêt *O.* Les deux requérants avaient fait l'objet de poursuites du chef d'abus sexuels sur mineur (sur sa fille, pour Monsieur O., sur plusieurs mineurs alors qu'il était assistant dans un jardin d'enfants pour Monsieur Hammern). Acquittés, ils intentèrent une action en réparation pour le préjudice causé par la procédure pénale. L'octroi d'une indemnisation leur fut refusé au motif qu'ils n'avaient pas démontré qu'il était probable qu'ils n'avaient pas commis les actes pour lesquels ils avaient été acquittés. Ce seul exposé des faits nous renvoie à des affaires autrichiennes bien connues : le constat de violation était inéluctable. La Cour commence par justifier de l'applicabilité de l'article 6 paragraphe 2, en renvoyant à ses arrêts *Sekanina* (103), *Rushiti* (104) et *Lamanna* (105). Elle reprend en fait les trois critères classiques de la matière pénale - qui rendent applicable l'article 6 dans sa branche pénale, mais en les adaptant à la garantie du paragraphe 2 : qualification des procédures en droit interne, nature de ces procédures puis nature et sévérité de la « sanction ». Elle ajoute que, conformément à sa jurisprudence *Allenet de Ribemont* (106), la garantie peut s'étendre au-delà des procédures pénales relatives à la détermination de la culpabilité.

Elle précise ici que si l'action en réparation ne donne pas lieu à une accusation en matière pénale, la question est de savoir si la procédure suivie était suffisamment reliée au procès pénal. Elle relève ainsi un certain nombre d'éléments : la procédure est prévue par un texte du code de procédure pénale ; ce texte établit lui-même un lien entre les deux procédures ; il prévoit notamment que la demande doit être portée devant la même juridiction, identiquement composée si possible et dans un délai de trois mois. La Cour relève qu'en plus, l'indemnisation portait sur un dommage engageant la responsabilité de l'Etat et non d'une partie privée, ce qui serait un élément de poids pour déterminer l'applicabilité de l'article 6 paragraphe 2. Du point de vue de la responsabilité de l'Etat, la question qui se posait pour l'action en réparation empiétait largement sur celle du procès pénal. Ainsi, même si le requérant n'a pas fait l'objet d'une « accusation en matière pénale », les conditions d'obtention de l'indemnité sont liées à la question de la responsabilité pénale d'une manière telle que l'article 6 paragraphe 2 est applicable (§ 38). Dès lors que pour refuser l'indemnisation, la Haute Cour a considéré qu'il était probable que les enfants avaient bien été victimes d'abus sexuels commis par les requérants, l'article 6 paragraphe 2 a été violé.

L'octroi d'une réparation aux victimes après acquittement : les affaires *Ringvold et Y.* Les affaires *Ringvold et Y.* (107) vont montrer qu'en réalité un seul critère est déterminant de l'applicabilité de l'article 6 paragraphe 2 : il suffit, indépendamment des autres indices de proximité entre procédure pénale et action en réparation, que la décision relative à l'indemnisation contienne une affirmation imputant au défendeur une responsabilité pénale.

La question de l'applicabilité de l'article 6 paragraphe 2 se posait un peu différemment à propos de l'octroi d'une réparation aux victimes des requérants après l'acquittement de ceux-ci à l'issue de poursuites du chef d'infractions sexuelles.

Dans les deux affaires, la Cour met en oeuvre les mêmes critères que ceux retenus par les arrêts *O. et Hammern*. La plupart devraient plutôt jouer en faveur du caractère civil de la procédure et marquer un faible degré de proximité avec la procédure ayant conduit à l'acquiescement. Du reste, dans l'affaire *Ringvold*, son examen conduit la Cour à conclure en même temps à l'inapplicabilité de l'article 6 paragraphe 2 et à la non-violation. Les deux arrêts relèvent que l'action en réparation est régie par les dispositions du code de procédure civile, que la Cour suprême a qualifié la demande de civile. Ils constatent ensuite que l'issue de la procédure pénale n'est pas déterminante pour la contestation civile ; que le droit de la victime à demander réparation est indépendant de l'acquiescement ou de l'établissement de la culpabilité ; que l'appréciation par les juges de la question de la réparation se fonde sur des critères et des niveaux de preuve qui diffèrent largement de ceux applicables en matière pénale. Quant aux éléments « mixtes », indiquant un chevauchement, tel le fait qu'un acte susceptible de donner lieu à une action au civil renvoie également aux éléments constitutifs objectifs d'une infraction ou le fait que les éléments de preuve du procès ont été utilisés pour statuer sur les conséquences civile, ils sont insuffisants pour identifier une « accusation en matière pénale ». L'interprétation est purement téléologique, la Cour justifiant ainsi son appréciation : « dans le cas contraire, l'article 6 paragraphe 2 aurait l'effet indésirable de compromettre les possibilités qui s'offrent à la victime de demander réparation, ce dont il résulterait une restriction arbitraire et disproportionnée à son droit d'accès à un tribunal ».

Enfin, le niveau de preuve requis diffère selon qu'il s'agit de retenir la culpabilité au pénal ou la responsabilité au civil. C'est là, qu'au regard des circonstances propres à chaque espèce, les constats des deux arrêts ne pourront que diverger. Pour retenir la responsabilité civile de Monsieur Ringvold, les juges n'ont pas remis en cause les motifs de la décision d'acquiescement mettant le requérant hors de cause : la Cour constate en même temps que « *Article 6 paragraph 2 was not applicable to the proceedings relating to the compensation claim against the applicant and that this provision has therefore not been violated in the present case* » (§ 13 de l'arrêt *Ringvold*). En revanche, pour justifier de l'obligation de réparer de Monsieur Y., la Cour d'appel, en affirmant qu'il « était manifestement probable que [le requérant avait] commis les infractions à l'encontre de Madame T. », a « employé un langage outrepassant les limites s'imposant à une juridiction civile, jetant ainsi un doute sur la justesse (correctness) de l'acquiescement. » (§ 46 de l'arrêt Y.). Ce langage a créé le lien suffisant avec la procédure criminelle initiale : l'article 6 paragraphe 2 est applicable et violé. La distinction qu'établit la Cour au regard des circonstances spécifiques à chaque espèce n'est pas totalement convaincante, comme le soulève le juge Costa, dans la seule opinion dissidente exprimée sous l'arrêt *Ringvold*. La seule différence paraît purement formelle. Les juges de la Cour suprême ont simplement pris des précautions oratoires en affirmant que la décision avait été prise indépendamment de la décision intervenue en matière criminelle et qu'elle ne remettait pas en cause l'acquiescement. Il avait pourtant été affirmé qu'il était clair qu'un abus sexuel avait été commis et que Monsieur Ringvold était « *the abuser* ». Si, comme le dit le Juge Costa, le souci des juridictions internes pour l'intérêt des victimes est nécessaire, il ne saurait suffire à légitimer l'atteinte portée à la présomption d'innocence : « *Just as revenge is not justice, compassion is no ground for circumventing justice* ».

La question de l'équilibre entre les droits de la victime et ceux de la personne poursuivie nous conduit à revenir sur la prescription pour signaler l'affaire **Anagnostopoulos** (108). Le requérant se plaignait de la prescription, imputable au comportement des autorités de poursuite, ayant mis un terme à une procédure menée du chef de faux, dans laquelle il était partie civile. La Cour rappelle que la Convention ne garantit pas un droit à des poursuites pénales comme telles. Elle convient qu'il était loisible au requérant d'introduire en même temps que sa plainte, ou même plus tard, une action en indemnisation devant les juridictions civiles, auquel cas nul problème d'accès à un tribunal ne serait posé. Toutefois « la Cour estime que lorsque l'ordre juridique interne offre un recours au justiciable, tel le dépôt d'une plainte avec une constitution de partie civile, l'Etat a l'obligation de veiller à ce que celui-ci jouisse des garanties fondamentales de l'article 6 ». En l'espèce, la Cour observe que « l'on ne saurait exiger d'un justiciable d'attendre que sa créance soit prescrite par la faute des

autorités judiciaires et d'introduire par la suite une action devant les juridictions civiles afin de solliciter à nouveau la somme symbolique qu'il avait réclamée devant les juridictions pénales » pour conclure que le droit d'accès à un tribunal a été enfreint.

L'affaire M. C. : présomption de responsabilité pesant sur la victime

Cette affaire (109), qui mériterait un commentaire plus détaillé, nous renvoie aux arrêts *C.R. et S.W.* (110) et *X et Y* (111). Elle concerne les obligations positives des Etats en matière de protection contre le viol et permet à nouveau à la Cour d'appliquer sa jurisprudence évolutive en la matière, par référence au droit comparé des Etats-membres et à la jurisprudence du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie. La définition du viol et de ses éléments constitutifs est au coeur des questions posées à la Cour sur le terrain des articles 3 et 8 : la violence est-elle un élément nécessaire, ou une simple atteinte au consentement suffit-elle ? En termes de preuve, cette question revient à se demander si pour démontrer qu'elle n'était pas consentante, la victime doit prouver qu'elle a opposé une résistance active à son agresseur, comme s'en plaignait la requérante devant la Cour européenne. La Cour doit ainsi aborder la question de la preuve du point de vue de la victime. Elle considère que, bien qu'en pratique il peut être parfois difficile de prouver l'absence de consentement en l'absence de preuves directes du viol, telles des traces de violence ou des témoins directs, les autorités doivent prendre en compte tous les faits et se prononcer après avoir envisagé l'ensemble des circonstances. L'enquête et ses conclusions devraient être axées sur l'absence de consentement, ce qui n'a pas été le cas en l'espèce. La Cour estime que cette défaillance est due au fait que les autorités ont accordé trop d'importance à l'exigence d'une preuve « directe » du viol. Cette approche restrictive a élevé en pratique la « résistance » au statut d'élément constitutif de l'infraction. (§ 182)

La Cour ajoute que trop peu de poids a été accordé à la vulnérabilité d'une victime âgée de 14 ans. Aussi, « sans exprimer d'opinion sur la culpabilité de P. et A. », la Cour conclut que « l'effectivité de l'enquête et en particulier l'approche de l'enquêteur et des procureurs en l'espèce sont restés en-deçà des exigences inhérentes aux obligations positives des Etats - considérées à la lumière des standards modernes en droit comparé et international - de mettre en place et d'appliquer effectivement un système de droit pénal punissant toutes les formes de viols ou d'abus sexuels » (§ 185).

La Cour se livre ici à un exercice difficile : confrontée en quelque sorte à « l'envers » de la présomption d'innocence, c'est en restreignant celle-ci, au détriment des personnes suspectées de viol, qu'elle prétend assurer une protection effective aux victimes, en vertu de sa « jurisprudence évolutive ».

Cet arrêt illustre bien « l'évolution » de la jurisprudence de la Cour en 2003. Si l'on peut se réjouir que la protection offerte par l'article 3 soit étendue et espérer qu'un jour l'emprisonnement soit désigné en tant que tel comme peine dégradante, la confirmation de la tendance à un recul de la sécurité juridique au profit d'impératifs supérieurs doit être surveillée. Que les standards de protection des personnes poursuivies soient abaissés au profit et au nom de l'élévation des standards de protection des victimes participe de la fonction de la Cour qui doit pondérer les valeurs protégées par des garanties conventionnelles concurrentes. Que sa jurisprudence évolutive puisse jouer au détriment des garanties conventionnelles, en abaissant les standards de protection au profit d'impératifs dictés par les politiques sécuritaires des Etats membres (fussent-elles largement ou unanimement partagées en Europe) serait plus discutable.

Mots clés :

DROIT ET LIBERTE FONDAMENTAUX * Cour européenne des droits de l'homme * Synthèse annuelle

(1) A huit arrêts près : 695 en 2000.

(2) 44 arrêts représentant 6,25 % du total des arrêts constatant au moins une violation.

(3) 24 arrêts représentant 3,41 %.

(4) 23 arrêts représentant 3,27 %.

(5) Sur les 56 arrêts qui concernent également la Pologne, 2 sont de radiation et 20 de règlement amiable.

(6) *Immobiliare Saffi*, arrêt du 28 juillet 1999. En 2003, 123 arrêts (dont 29 règlements amiables et 3 radiations) traitent de la même question : l'impossibilité pour des propriétaires de récupérer leurs biens en raison de l'échelonnement du concours de la force publique pour l'exécution d'ordonnance d'expulsion.

(7) *Incal*, arrêt du 9 juin 1998.

(8) *Çiraklar*, arrêt du 28 octobre 1998.

(9) *Brumarescu*, arrêt du 28 octobre 1995.

(10) *Reinhardt et Slimane Kaïd*, arrêt du 31 mars 1998.

(11) *Slimane Kaïd*, arrêt du 25 janvier 2000.

(12) *Voisine*, arrêt du 8 février 2000.

(13) *Adoud et Bosoni*, arrêt du 27 février 2001.

(14) *Meftah*, arrêt du 26 juillet 2002.

(15) Il s'agit des arrêts *Mc Gee* du 7 janvier 2003, *Richen et Gaucher* du 23 janvier 2003, *Pascolini* du 26 juin 2003, *Fontaine et Bertin* du 8 juillet 2003, *Duriez-Costes* du 7 octobre 2000, *Gaucher* du 9 octobre 2003, *Lilly* du 14 octobre 2003, *Slimane Kaïd* du 27 novembre 2003 et enfin *Hager* constatant un règlement amiable du 9 octobre 2003. Les griefs de non communication du rapport du conseiller rapporteur, de non communication des observations de l'avocat général, à des demandeurs représentés ou non, ainsi que la présence au délibéré de l'avocat général sont soulevés conjointement ou isolément selon les affaires.

(16) *Finucane*, arrêt du 1er juillet 2003, sélectionné pour publication au Rec. Vol. VIII.

(17) *Aktas*, arrêt du 24 avril 2003, extraits sélectionnés pour publication au Rec. Vol. V.

(18) *Tepe*, arrêt du 9 mai 2003.

(19) *Oçalan*, arrêt du 12 mars 2003, voir *infra* II en ce qui concerne les conditions de détention.

(20) Voir l'arrêt *Aktas*, précité et les arrêts *Hulki Günes* du 17 juin 2003, *Ayşe Tepe* du 22 juillet 2003, *Esen* du 22 juillet 2003, *Yaz* du 22 juillet 2003, *Elci et autres* du 13 novembre 2003, et *Zeynep Avci* du 6 février 2003 (non-violation concernant une allégation de viol en garde à vue. Il faut signaler en revanche un constat de violation de l'article 8 par l'arrêt *Y. F. c/ Turquie* du 22 juillet 2003 pour un examen gynécologique forcé de la femme du requérant pendant sa garde à vue).

(21) Voir *infra*, II.

(22) *Vasileva*, arrêt du 25 septembre 2003.

(23) Arrêt *Grava* du 10 juillet 2003, commenté dans cette revue 2004-1, p. 170 et s. ; et

arrêt *Pezone* du 18 décembre 2003.

(24) *Raf c/ Espagne*, arrêt du 17 juin 2003.

(25) *Herz c/ Allemagne*, arrêt du 12 juin 2003.

(26) Arrêts *Von Bulöw et Wynne*, des 7 et 16 octobre 2003, cf. cette revue 2004-1, pp. 165 et s. , et également *Hutchison Reid*, arrêt du 20 février 2003, sélectionné pour publication au Rec. Vol. IV, V. *infra*.

(27) Arrêt *Minjat* du 28 octobre 2003.

(28) Arrêts *Cordova 1 et 2*, du 30 janvier 2003, sélectionnés pour publication au Recueil CEDH 2003-I, commentés dans une précédente chronique . L'Italie s'est encore vu reprocher le défaut d'accès effectif à un tribunal pour contester un régime spécial de détention avec l'arrêt *Ganci* du 30 octobre 2003, sélectionné pour publication au Recueil (volume à définir).

(29) Arrêt *Ernst* du 15 juillet 2003, constat de non-violation pour le refus d'engager une procédure pénale sur la base d'une plainte avec constitution de partie civile en raison du privilège de juridiction dont bénéficient les magistrats.

(30) Arrêt *Anagnostopoulos c/ Grèce*, du 3 avril 2003, à rapprocher des arrêts *Y., O., Hammern et Ringvold c/ Norvège*, du 11 février 2003, voir *infra* III.

(31) Arrêt *Bertuzzi* du 13 février 2003, sélectionné pour publication au Rec. Vol. VIII.

(32) *Ezeh et Connors c/ R.U.*, arrêt de Grande Chambre du 9 octobre 2003, sélectionné pour publication au Rec. Vol. X. Cette affaire intéresse aussi l'applicabilité de l'article 6 et l'arrêt a été commenté à ce titre dans cette revue 2004-1, p. 173 et s.

(33) *Pantea c/ Roumanie*, arrêt du 3 juin 2003, qui a retenu par ailleurs les violations procédurales et au fond de l'article 3, deux violations de l'article 5 § 1, une violation de l'article 5 § 3, une violation de l'article 5 § 4, de l'article 5 § 5, de l'article 6 § 1 (délai raisonnable). Aucune violation de l'article 8 n'a en revanche été constatée pour le refus d'autoriser une femme à rendre visite à son époux détenu et de prétendues ingérences dans la correspondance de ce dernier.

(34) Arrêts *Cooper et Grieves c/ Royaume-Uni* du 16 décembre 2003.

(35) Voir *infra* III.

(36) *Veeber c/ Estonie 2*, arrêt du 21 janvier 2003, sélectionné pour publication au Recueil CEDH 2003-I.

(37) Arrêt *Gabbari Moreno c/ Espagne* du 22 juillet 2003, pour un commentaire détaillé V. cette Revue 2004-1 .

(38) Arrêt *Grava c/ Italie* du, pour un commentaire détaillé V. cette Revue 2004-1 préc.

(39) *Yamar Kemal Gökçeli c/ Turquie*, arrêt du 4 mars 2003.

(40) Voir *infra* III.

(41) *Ernst et autres c/ Belgique*, préc.

(42) *Roemen et Schmit c/ Luxembourg*, arrêt du 25 février 2003, sélectionné pour publication au Recueil CEDH 2003-IV.

(43) C.S.Y. arrêt du 4 mars 2003 ; *Yasar Kemal Gökçeli*, arrêt du 4 mars 2003, préc. ; *Karkin*,

arrêt du 23 septembre 2003 ; *Kizilyaprak*, arrêt du 2 octobre 2003 ; *Muslum Gündüz*, arrêt du 4 décembre 2003, sélectionné pour publication au Recueil (volume non défini à l'heure où nous publions).

(44) *Skalka c/ Pologne*, arrêt du 27 mai 2003.

(45) *Lesnik c/ Slovaquie*, arrêt du 11 mars 2003, sélectionné pour publication, Rec. Vol. IV.

(46) *Perna c/ Italie*, arrêt du 6 mai 2003, sélectionné pour publication au Recueil, CEDH 2003-V.

(47) *Pedersen et Baadsgaard c/ Danemark*, arrêt du 19 juin 2003.

(48) *Yankov c/ Bulgarie*, arrêt du 11 décembre 2003, voir également *infra* II.

(49) *Scharsach et News Verlagsgesellschaft c/ Autriche*, arrêt du 13 novembre 2003, sélectionné pour publication au Recueil, 2003, volume non défini à l'heure où nous publions.

(50) Affaire *Aliev*.

(51) Affaires *Poltoratskiy et Kuznetzov*.

(52) Affaire *Aliev*.

(53) Arrêt *Poltoratskiy* sélectionné pour publication, Rec. Vol. V.

(54) *Bozano c/ France*, arrêt du 18 décembre 1986.

(55) La Cour relève par ailleurs plus loin que 7 mandats d'arrêt avaient été délivrés par la Turquie et qu'Interpol avait émis un avis de recherche « bulletin rouge », à l'encontre du requérant, présumé instigateur d'actes de terrorisme ayant entraîné la mort de plusieurs personnes.

(56) Cela, malgré le moratoire de 1984 sur l'exécution de la peine de mort en Turquie et la mesure provisoire de sursis à l'exécution du requérant, ordonnée par la Cour européenne (en application de l'article 39 de la Convention), du fait de la notoriété du requérant, de la gravité des crimes pour lesquels il fut condamné et de la controverse politique entourant l'opportunité de son exécution.

(57) *Messina c/ Italie*, arrêt du 26 février 1993.

(58) Il devient beaucoup plus difficile de limiter la garantie de l'article 6 que d'abaisser le seuil d'exigences de l'article 3.

(59) Les griefs et la réponse de la Cour sont identiques dans les deux affaires. Nous nous référons à l'arrêt *Van der Ven*, rendu en français le 4 février 2003.

(60) *Y.F. c/ Turquie*, arrêt du 22 juillet 2003, sélectionné pour publication, Rec. Vol. IX.

(61) *Yankov c/ Bulgarie*, arrêt du 11 décembre 2003.

(62) Elle renvoie notamment à son tout récent arrêt *Van der Ven*, préc.

(63) *Khokhlich c/ Ukraine*, arrêt du 29 avril 2003.

(64) *Pantea c/ Roumanie*, arrêt du 3 juin 2003, extraits sélectionnés pour publication, Rec. Vol. VI.

(65) *McGlinchey c/ Royaume-Uni*, arrêt du 29 avril 2003, sélectionné pour publication, Rec.

vol. V.

(66) *Selmouni c/ France*, arrêt du 28 juillet 1999.

(67) *Mouisel c/ France*, arrêt du 14 novembre 2002.

(68) *Hénaf c/ France*, arrêt du 27 novembre 2003, sélectionné pour publication, Rec. vol à définir.

(69) *Raninen c/ Finlande*, arrêt du 16 décembre 1997.

(70) Avec l'arrêt *Mouisel*, la Cour avait déjà élevé ses exigences pour dire que « la santé du détenu fait désormais partie des facteurs à prendre en compte dans les modalités de l'exécution de la peine privative de liberté, notamment en ce qui concerne la durée du maintien en détention (§ 43).

(71) *Hutchison Reid c/ Royaume-Uni*, arrêt du 20 février 2003, sélectionné pour publication, Rec. vol. IV.

(72) *Pantano c/ Italie*, arrêt du 6 novembre 2003.

(73) Voir *supra* I.

(74) *Prado Bugallo c/ Espagne*, arrêt du 18 février 2003.

(75) Cette loi n° 4/1988 du 25 mai 1998 est intervenue depuis les faits ayant donné lieu à un constat de violation de l'article 8 par l'arrêt *Valenzuela Contreras* du 30 juillet 1998.

(76) Notamment dans les arrêts *Kruslin et Huvig*, précise la Cour (arrêts rendus contre la France le 24 avril 1990).

(77) *M. M. c/ Pays-Bas*, arrêt du 8 avril 2003.

(78) Arrêt du 27 mai 2003.

(79) Arrêt du 12 juin 2003.

(80) Arrêts du 25 novembre 2003.

(81) *Perry c/ Royaume-Uni*, arrêt du 17 juillet 2003, sélectionné pour publication, Rec. vol. IX.

(82) *Perna c/ Italie*, préc.

(83) *Vidal c/ Belgique*, arrêt du 22 avril 1992.

(84) Voir *supra*, à propos de l'article 10.

(85) *Papageorgiou c/ Grèce*, arrêt du 9 mai 2003, extraits sélectionnés pour publication, Rec. vol. VI.

(86) *Dowsett c/ Royaume-Uni*, arrêt du 24 juin 2003, sélectionné pour publication, Rec. vol. VII.

(87) *Edwards c/ Royaume-Uni*, arrêt du 16 décembre 1992.

(88) *Rowe et Davis c/ Royaume-Uni*, arrêt du 16 février 2000.

(89) *Jasper c/ Royaume-Uni*, arrêt du 16 février 2000.

(90) § 65 de l'arrêt *Rowe et Davis*, repris au § 48 de l'arrêt *Dowsett*.

(91) *Edwards et Lewis*, arrêt du 22 juillet 2003.

(92) *Entrapment*.

(93) Le juge a également la possibilité d'exclure la preuve.

(94) *Jasper c/ Royaume-Uni*, arrêt du 16 février 2000, préc.

(95) *Sigurthor Arnarsson c/ Islande*, arrêt du 15 juillet 2003.

(96) *Rachdad c/ France*, arrêt du 13 novembre 2003.

(97) *Hulki Günes c/ Turquie*, arrêt du 19 juin 2003, extraits sélectionnés pour publication, Rec. vol. VII.

(98) *Yasar Kemal Gökçeli c/ Turquie*, arrêt du 4 mars 2003.

(99) V. F. Massias, jurisprudence 2001 relative à la présomption d'innocence, chronique internationale droits de l'homme, cette revue 2002-2, pp. 408 et s., spéc. p. 415 .

(100) *Baars c/ Pays-Bas*, arrêt du 28 octobre 2003. Sur les effets de la prescription sur les droits de la partie civile, voir l'arrêt *Anagnostopoulos, infra*.

(101) Ceci devrait engager à une réflexion sur la portée de la prescription. Entre les pays qui ignorent la prescription, ceux qui en font un instrument de bonne administration de la justice, au profit du respect du délai raisonnable, de la fiabilité des preuves, de la paix social ou du droit à l'oubli, la porte est ouverte à une voie médiane d'une prescription sous condition.

(102) Arrêts *Hammern et O. c/ Norvège* du 11 février 2003, arrêt O sélectionné pour publication, Rec. vol. II.

(103) *Sekanina c/ Autriche*, arrêt du 25 août 1993.

(104) *Rushiti c/ Autriche*, arrêt du 21 mars 2000.

(105) *Lamanna c/ Autriche*, arrêt du 10 juillet 2001. Dans ces dernières affaires toutefois, les choses se présentaient légèrement différemment. L'arrêt *Sekanina* sanctionnait plutôt une atteinte à l'autorité de la chose jugée : comme dans la présente affaire, c'était bien une procédure séparée de celle ayant conduit à l'acquittement qui avait refusé l'indemnisation, mais ses motifs remettaient en cause l'appréciation des faits retenue à l'issue de la première procédure. Pour les affaires *Rushiti et Lamanna*, c'était la même juridiction qui avait d'abord acquitté, puis refusé l'indemnisation.

Sur l'ensemble de ces affaires, V. F. Massias, cette revue 2002, préc. note 99.

(106) *Allenet de Ribemont c/ France*, arrêt du 10 février 1995.

(107) Arrêts rendus contre la Norvège le 11 février 2003, *Ringvold*, sélectionné pour publication, Rec. vol. II.

(108) *Anagnostopoulos c/ Grèce*, arrêt du 3 avril 2003.

(109) *M. C. c/ Bulgarie*, arrêt du 4 décembre 2003, sélectionné pour publication, Rec. vol. à définir.

(110) *C.R. et S.W. c/ Royaume-Uni*, arrêts du 22 novembre 1995.

(111) *X. et Y. c/ Pays-Bas*, arrêt du 26 mars 1985.

Revue de science criminelle © Editions Dalloz 2009