

JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME POUR LES ANNÉES 2009 ET 2010

David Gilles

Volume 23, numéro 1, 2010

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1068413ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1068413ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (imprimé)

2561-6994 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Gilles, D. (2010). JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME POUR LES ANNÉES 2009 ET 2010. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 23(1), 157–194. <https://doi.org/10.7202/1068413ar>

JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME POUR LES ANNÉES 2009 ET 2010

DAVID GILLES*

La Cour européenne des droits de l'homme poursuit son développement et ses réformes structurelles et procédurales¹. Les années 2009 et 2010 sont marquantes puisqu'elles soulignent le 50^e anniversaire de la Cour, le 60^e anniversaire de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*², et l'entrée en vigueur de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*³ qui a acquis avec le *Traité de Lisbonne*⁴ une valeur juridique contraignante. Ces deux années ont été riches en matière d'arrêts marquants mais aussi de fortes réformes. De plus en plus active sur certains terrains - même si c'est de manière incidente, comme en matière d'environnement - la *Charte* reste la clé de voûte en matière de procédure judiciaire et de libertés fondamentales, à l'échelle des 47 États membres⁵. Le 1^{er} juin 2010 est entré en vigueur le *Protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention*⁶, qui vise à garantir l'optimisation technique du traitement des requêtes et de leur filtrage, afin de permettre une meilleure efficacité⁷. Il introduit notamment un nouveau critère de recevabilité (l'existence d'un « préjudice important ») et innove en instituant une nouvelle formation judiciaire - le juge unique - pour les affaires irrecevables. Comme le soulignait le président de la Cour lors de l'entrée solennelle de l'année 2010, les années 2009 et 2010 constituaient un examen de passage et de maturité sensible pour la Cour. En 2009, la situation n'était pas très satisfaisante :

* Professeur de droit à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. L'auteur tient à remercier Mélanie Laroche, étudiante au baccalauréat en droit à l'Université de Sherbrooke, Sabrina Gauthier, étudiante au programme droit/MBA à l'Université de Sherbrooke, Me Frederick Doucet (LL.B.) et Simon Labayle, doctorant en droit à l'Université de Sherbrooke/Aix-Marseille III pour leurs collaborations à cette chronique. L'auteur peut être rejoint à l'adresse suivante : <david.gilles@usherbrooke.ca>.

¹ En 2009 et 2010, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu un nombre de décisions en légère progression par rapport aux années précédentes. En 2009, 18 arrêts ont été prononcés en formation de Grande Chambre. En 2010, 23 nouvelles affaires (concernant 31 requêtes) ont été déférées à cette dernière. Les arrêts les plus importants concernent un tiers environ des affaires traitées par la Cour ; Pour un aperçu général de son activité, voir le site de l'institution <<http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Reports+and+Statistics/Statistics/Statistical+information+by+year/>>.

² *Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, S.T.E. 5 (entrée en vigueur : 3 septembre 1953) [*Convention*].

³ CE, *Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*, [2000] J.O. C 364/01 [*Charte*].

⁴ *Traité de Lisbonne*, 13 décembre 2007, UE 2007/C 306/01 (entrée en vigueur : 1^{er} décembre 2009).

⁵ Durant ces deux années, la disposition de la *Convention* ayant donné lieu au plus grand nombre de violations est l'article 6. Suivent, assez classiquement, l'article 5 (droit à la liberté et à la sûreté) et l'article 3 (interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants) de la *Convention*. La Turquie, la Russie, la Pologne, la Roumanie figurent dans le peloton de tête des États les plus souvent impliqués.

⁶ *Protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention*, 13 mai 2004, S.T.E. 194.

⁷ Sur ces réformes, voir entre autres, Johan Callewaert, « Le(s) nouveau(x) visage(s) de la Convention européenne des droits de l'homme » (2010) 174 *Revue de droit européen* 293.

depuis dix ans, les différentes tentatives de réformer le système n'avaient pu aboutir ; le Protocole 14 n'était toujours pas entré en vigueur, bloquant le processus de réforme, par exemple la mise en oeuvre du rapport du Comité des Sages ; la situation des juges, dépourvus de pension et sans protection sociale, était anormale.⁸

Fin 2010, un certain satisfecit peut-être dressé au profit de la juridiction et des États membres. Ainsi, début 2010, la Cour avait déjà adopté, par exemple, plus de 2 000 décisions selon la procédure de juge unique ; les premiers arrêts rendus par des comités de trois juges ont été adoptés le 1er décembre [2009]. Plus important encore : le vote par la Douma d'Etat de la Fédération de Russie, le 15 janvier [2010], puis par le Conseil de la Fédération, avant-hier, de la loi autorisant la ratification du Protocole 14 a ouvert la voie à son entrée en vigueur dans toutes ses dispositions et à l'égard des quarante-sept États membres.⁹

On ne peut que constater, à la suite du président de la Cour, l'engorgement mécanique de la juridiction, en raison du fait que les justiciables tendent de plus en plus à la saisir, y compris dans des domaines nouveaux ou très sensibles. La tentation existe même de recourir à « Strasbourg » pour servir d'arbitre ultime, toutes les fois que les acteurs de la vie politique ou de la société, ou des relations internationales, se trouvent dans l'embarras ou ont du mal à trancher un conflit. A mon avis, la Cour n'a probablement pas été créée pour résoudre tous les problèmes, et je vous laisse méditer sur l'excès d'honneur qui nous est ainsi fait : ne s'agit-il pas, souvent, d'un cadeau empoisonné ? Cadeau d'ailleurs difficile à refuser, sous peine d'encourir le reproche de la fuite ou du déni de justice... En tout cas, mieux vaut l'excès d'honneur que l'indignité.¹⁰

Au travers de cette jurisprudence, les juges strasbourgeois poursuivent néanmoins leurs actions en faveur de la réalisation effective des droits garantis par la *Convention*. Moins active qu'en 2008 en matière d'immigration, le Palais des droits de l'homme continue d'être le creuset d'innovation jurisprudentielle en matière de liberté de religion, de défense des droits procéduraux, des grands principes de la justice pénale et du procès équitable ou de liberté d'expression.

I. Interprétation de la *Convention* au regard des conventions internationales

Les affaires *Stephens c. Malte (no 1)*¹¹, *Peraldi c. France*¹², et *Miroşubovs et autres c. Lettonie*¹³ clarifient les possibilités de juridiction extraterritoriale des États contractants, en visant notamment à définir généralement la notion d'« abus du droit

⁸ Jean-Paul Costa, « Audience solennelle de la Cour européenne des droits de l'Homme à l'occasion de l'ouverture de l'année judiciaire » dans *Dialogues entre juges*, Strasbourg, CEDH, Conseil de l'Europe, 2010, p. 33 [Costa].

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.* à la p. 35.

¹¹ *Stephens c. Malte (no 1)*, n° 11956/07 (21 avril 2009).

¹² *Peraldi c. France* (déc.), n° 2096/05 (7 avril 2009).

¹³ *Miroşubovs et autres c. Lettonie*, n° 798/05 (15 septembre 2009).

de recours ». Visant essentiellement à éviter la pluralité de procédures internationales relatives à la même affaire, la Cour précise, à l'occasion de la seconde affaire, que la règle de l'article 35 § 2 b) de la Convention s'applique nonobstant la date d'introduction de ces procédures. Elle pose, également, les bases et les principes fondamentaux de la notion d'abus du droit de recours dans la dernière affaire. À l'occasion des affaires *Šilih c. Slovénie*¹⁴, *Galić c. Pays-Bas*¹⁵, et *Blagojević c. Pays-Bas*¹⁶ la Cour précise le champ de sa compétence *ratione temporis* et *ratione personae*. Elle se déclare notamment incompétente *ratione personae*¹⁷ pour connaître des actes du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY). Elle soutient notamment qu'elle ne peut entraver l'accomplissement effectif par le Conseil de sécurité de sa mission, dans l'intérêt de la paix et de la sécurité. Les dispositions régissant l'organisation et la procédure du TPIY visent précisément à offrir aux accusés toutes les garanties requises.

II. Droit à la vie

La Cour, dans l'arrêt *Branko Tomašić et autres c. Croatie*¹⁸, délimite de manière plus large les mesures préventives à prendre par l'État pour protéger la vie des personnes contre le risque découlant d'actes de particuliers. On le sait, les citoyens sont de plus en plus enclins à engager la responsabilité des États au regard des diverses mesures (condamnation, contrôle, emprisonnement, récidives...) qui peuvent avoir une conséquence tragique pour des tiers à la première situation juridique. En l'espèce, suite à sa libération, un homme tua son ancienne compagne et leur enfant puis se suicida. Il avait auparavant été condamné à cinq mois de prison et astreint à un traitement psychiatrique pour menaces de mort à l'encontre de ceux-ci. En découle une requête fondée sur deux articles de la *Convention* : l'article 2, qui garantit le *Droit à la vie*, et l'article 13, qui garantit le *Droit à un recours effectif*. Concernant la violation alléguée de l'article 2 de la *Convention*, la requête était fondée sur deux motifs particuliers. D'abord sur celui, évident, que l'État n'aurait pas su remplir son obligation positive d'empêcher la mort de la femme et de l'enfant. Ensuite, le second argument consiste dans le motif que celui-ci n'avait pas non plus été capable de mener les investigations nécessaires pour établir une éventuelle responsabilité de ses agents dans cet évènement tragique¹⁹. La juridiction strasbourgeoise souligne que l'article 2 de la *Convention*

involves a primary duty on the State to secure the right to life by putting in place effective criminal-law provisions to deter the commission of offences against the person backed up by law-enforcement machinery for the

¹⁴ *Šilih c. Slovénie* [GC], n° 71463/01 (9 avril 2009).

¹⁵ *Galić c. Pays-Bas* (déc.), n° 22617/07 (9 juin 2009).

¹⁶ *Blagojević c. Pays-Bas* (déc.), n° 49032/07 (9 juin 2009).

¹⁷ En étendant notamment aux juridictions internationales la jurisprudence *Behrami c. France* (déc.) [GC], n° 71412/01 (2 mai 2007).

¹⁸ *Branko Tomašić et autres c. Croatie*, n° 46598/06 (15 janvier 2009) [*Branko Tomašić*].

¹⁹ *Ibid.* au para. 29.

*prevention, suppression and punishment of breaches of such provisions*²⁰.

Cette obligation doit également être combinée dans certaines circonstances à

*a positive obligation on the authorities to take preventive operational measures to protect an individual whose life is at risk from the criminal acts of another individual*²¹.

En l'espèce, elle remarque que l'existence d'une menace pour la vie ne pouvait faire de doute, suite à la condamnation de cinq mois d'emprisonnement²². L'État croate n'ayant pas assuré son obligation de contrôle de suivi de traitement imposé durant la détention, il privait de justification la libération du détenu²³. En l'absence de traitement psychiatrique adapté, ce dernier représentait toujours une menace pour sa femme et leur enfant, la Cour conclut à une violation de l'article 2 de la *Convention*.

Enfin, dans l'affaire *Lütfi Demirci et autres c. Turquie*²⁴, la question du suicide d'un proche sous antidépresseurs durant son service militaire est posée. Durant son service militaire, M. Atalay Demirci a subi plusieurs examens médicaux et psychologiques. Se plaignant d'avoir de mauvais souvenirs d'enfance, un diagnostic médical a révélé un « état d'anxiété et de *parasomnia* » qui a justifié la prescription d'antidépresseurs. Il se suicide à l'aide de son arme de service lors d'une garde. Les requérants plaident que les autorités militaires n'auraient pas dû armer le jeune homme compte tenu de ses antécédents psychologiques²⁵. Ces derniers invoquent que l'article 2 de la *Convention* a été violé puisque, selon eux, le « médicament prescrit était de nature à mener au suicide ». Ils ajoutent que M. Demirci aurait dû être placé sous surveillance²⁶. La Cour souligne alors que

l'Etat [a] l'obligation positive de prendre préventivement toutes les mesures nécessaires pour protéger l'individu dont la vie est menacée par les agissements criminels d'autrui (*Osman c. Royaume-Uni* [GC], 28 octobre 1998, § 115, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VIII) ou même par ses propres agissements lorsque cette personne est à la charge des autorités. [...] Pareille réglementation doit exiger l'adoption de mesures d'ordre pratique visant la protection effective des appelés qui pourraient se voir exposés aux dangers inhérents à la vie militaire et prévoir des procédures adéquates permettant de déterminer les défaillances ainsi que les fautes qui pourraient être commises en la matière par les responsables à différents échelons²⁷.

²⁰ *Ibid.* au para. 49.

²¹ *Ibid.* au para. 50.

²² *Ibid.* aux para. 52-53.

²³ *Ibid.* aux para. 56-58.

²⁴ *Lütfi Demirci et autres c. Turquie*, n° 28809/05 (2 mars 2010), n° 128 [*Lütfi Demirci*].

²⁵ *Ibid.* au para 21.

²⁶ *ibid.* au para 22.

²⁷ *Ibid.* aux para. 30-31. Toutefois, la Cour ne partage pas l'avis des requérants selon lequel le médicament peut mener au suicide, soulignant que « les troubles psychologiques du requérant n'étaient pas liés au service militaire et qu'ils ne découlaient pas non plus d'un traitement avilissant dont il aurait fait l'objet de la part d'autres soldats ou de ses supérieurs hiérarchiques », tel que cité au para 34.

In fine, la Cour conclut qu'il y a violation de l'article 2 puisque les autorités militaires n'ont pas pris toutes les mesures préventives pour protéger M. Demirci contre ses propres agissements en refusant son affectation à la cantine et en ne le dispensant pas « de tâches liées au maniement d'armes, ou même l'empêcher d'avoir tout accès à celles-ci »²⁸.

III. Bioéthique

En matière de bioéthique, si la Cour ne pose pas d'avancée majeure dans sa récente jurisprudence, elle maintient une actualisation factuelle de ses principes à l'évolution des techniques médicales et un renforcement des principes de gouvernance médicale. Ainsi, la Cour, dans l'arrêt *G.N. et autres c. Italie*²⁹, condamne l'État en raison d'une différence de traitement fondée sur une pathologie. Visant le volet procédural de l'article 2 de la Convention européenne, combiné à l'article 14, la juridiction strasbourgeoise condamne l'impossibilité pour les thalassémiques, infectés par le VIH ou le virus de l'hépatite C suite à une administration de sang ou de produits sanguins infectés par les structures sanitaires publiques, de bénéficier des règlements à l'amiable proposés par le ministère de la Santé aux hémophiles contaminés.

Face aux mêmes préoccupations médicales et juridiques, dans l'arrêt *Oyal c. Turquie*³⁰ la Cour se penche sur l'infection d'un enfant par le VIH lors d'une transfusion sanguine dans un hôpital de l'État. Les requérants ont d'abord déposé une plainte au ministère public d'Izmir où ils alléguaient que l'organisme public leur ont fourni du sang contaminé et que le Ministère de la Santé a été négligent dans les examens préalables requis selon la législation interne. Ils ont également demandé que des poursuites pénales soient engagées contre les responsables, les médecins et les techniciens de laboratoire impliqués dans la transfusion³¹. Face au refus des autorités administratives et pénales de poursuivre les acteurs de cet incident³², les requérants allèguent que le droit à la vie prévu à l'article 2 de la *Convention* a été violé³³. La Cour conclut que les indemnisations étaient loin d'être satisfaisantes, la procédure d'indemnisation violant notamment l'article 2 de la *Convention*³⁴.

*[T]he most appropriate remedy in the circumstances would have been to have ordered the defendants, in addition to the payment of non-pecuniary damages, to pay for the treatment and medication expenses of the first applicant during his lifetime*³⁵.

Autre affaire en matière de bioéthique, l'affaire *K.H. et autres c. Slovaquie*

²⁸ *Lütfi Demirci*, supra note 18 au para 36.

²⁹ *G.N. et autres c. Italie* n° 43134/05 (1er décembre 2009).

³⁰ *Oyal c. Turquie*, n° 4864/05 (23 mars 2010), n° 128 au para. 3 [*Oyal*].

³¹ *Ibid.* au para. 11.

³² *Ibid.* au para. 16.

³³ *Ibid.* au para. 49.

³⁴ *Ibid.* au para. 71.

³⁵ *Ibid.* au para. 72.

met de l'avant les questions de discrimination et de gouvernance administrative en matière de santé. Au regard de la gouvernance au sein des systèmes de santé, la Cour a l'occasion de s'exprimer positivement sur l'impossibilité pour huit femmes d'origine rom d'obtenir des photocopies de leur dossier médical dans les hôpitaux où elles auraient été stérilisées à leur insu lors d'accouchements³⁶. De même, les juges strasbourgeois estiment qu'un détenu dont l'état de santé pose menace à sa vie puisse faire vérifier à l'extérieur de la prison qu'il reçoit un traitement médical adéquat, notamment par l'envoi de document à un médecin détaché de la prison. Refusant de faire une différence entre malades détenus et malades en liberté, la Cour estime que le contrôle par le médecin de la prison de cette correspondance constitue une violation de la *Convention*³⁷.

L'affaire *A, B et C c. Irlande*³⁸ met en évidence un problème crucial dans toutes les sociétés démocratiques occidentales, à savoir, les incidences que peut avoir une interdiction d'avortement sur la vie des patientes. Depuis 1983, le huitième amendement de la constitution irlandaise protège le droit à la vie de l'enfant à naître³⁹. En l'occurrence, les requérantes - qui se sont trouvées dans l'obligation d'avorter en Angleterre puisque l'Irlande interdit cet acte - se plaignent de la mise en danger de leur vie et de leur santé. Elles soutiennent en outre que cette interdiction, plus couteuse, leur avaient valu des sentiments d'opprobre et d'humiliation. L'argumentation de la Cour repose fortement sur l'analyse de la jurisprudence interne ainsi que de l'information mise à disposition des femmes sur la possibilité d'avorter à l'étranger⁴⁰. La Cour souligne que le fait d'aller avorter à l'étranger ait pu « représenté une épreuve tant physique que psychologique pour chacune des requérantes »⁴¹.

Les deux premières requérantes soutiennent qu'il y a violation de l'article 8 de la *Convention* et donc qu'il y a ingérence de l'État dans le respect de leur vie privée⁴². La Cour soutient que c'est l'État irlandais qui a juridiction sur son territoire pour interdire l'avortement⁴³. Elle considère que le fait que les femmes irlandaises aient accès à l'avortement dans d'autres pays, lorsqu'il s'agit d'une interruption pour la santé ou le bien-être, crée un équilibre entre le droit des femmes à leur vie privée et le droit à la vie de l'enfant à naître, et ainsi constate l'absence de violation de l'article 8 en l'espèce⁴⁴.

Pour ce qui est de la troisième requérante, la Cour a analysé différemment la situation puisque les vies de la femme et de l'enfant à naître étaient impliquées. La requérante avait donc droit de subir les traitements requis en Irlande. En l'espèce, faute d'avoir adopté des dispositions législatives ou réglementaires instituant une procédure accessible et effective (...), les autorités ont méconnu leur obligation

³⁶ *K.H. et autres c. Slovaquie*, n° 32881/04 (28 avril 2009).

³⁷ *Szuluk c. Royaume-Uni*, n° 36936/05 (2 juin 2009).

³⁸ *A, B et C c. Irlande*, n° 25579/05 (16 décembre 2010), n° 136 [A, B, C].

³⁹ *Ibid.* au para. 36.

⁴⁰ *Ibid.* aux para. 56-62.

⁴¹ *Ibid.* au para. 163.

⁴² *Ibid.* au para 3.

⁴³ *Ibid.* au para 241.

⁴⁴ *Ibid.* au para 213.

positive d'assurer à l'intéressée un respect de sa vie privée⁴⁵.

Bien que la loi lui permettait de subir l'intervention en sol irlandais, les informations et les procédures n'étaient pas clairement codifiées, laissant planer un doute pour les médecins qui pratiqueraient l'intervention et le risque de poursuite sur la base de la loi de 1861. Constatant la violation de l'article 8 par l'Irlande⁴⁶, la juridiction strasbourgeoise, loin de considérer que l'Article 8 consacre un droit à l'avortement⁴⁷, considère néanmoins que lorsque celui-ci est permis, des balises claires doivent être élaborées afin d'assurer aux femmes et praticiens des conditions d'admissibilité et des procédures légales pour pouvoir procéder à l'avortement.

IV. Détentions, sûretés et prohibition de la torture

Au regard de l'article 3 de la *Convention* (interdiction de la torture), les juges strasbourgeois ont étendu de manière notable leur jurisprudence. Dans l'affaire *Güveç c. Turquie*⁴⁸ le requérant est un ressortissant turc résidant en Belgique : Oktay Güveç. Il fut arrêté le 30 septembre 1995 alors qu'il vivait en Turquie et était âgé de 15 ans. Des soupçons sur une éventuelle appartenance au Parti des travailleurs du Kurdistan (PKK) pesaient sur lui et sa mise en détention jusqu'à l'ouverture d'un procès pénal fut ordonnée par la Cour de sûreté de l'État d'Istanbul le 12 octobre 1995. Il fut condamné à 8 ans et 4 mois d'emprisonnement en mai 1997 pour appartenance à une organisation illégale. Ce jugement fut confirmé par la Cour de cassation en mai 2002. Il n'avait pas reçu l'assistance d'un avocat, ni au cours de ce procès, ni au cours de la plupart des audiences auxquelles il n'avait lui-même pas toujours pu assister. En août 2002, il fut indiqué par un médecin qu'Oktay Güveç souffrait de troubles psychiques qui l'avaient poussé à commettre deux tentatives de suicide, et que ses conditions d'emprisonnement n'étaient pas adaptées à son état de santé. Pour la première fois, la Cour a estimé que l'emprisonnement d'un mineur dans une prison pour adultes, dans ces conditions, est considéré comme un traitement inhumain et dégradant⁴⁹. La détention de plus de cinq ans, en violation du droit interne, a résulté en de graves troubles physiques et psychiques ayant provoqué trois tentatives de suicide. Le requérant estime que sa détention avec des adultes est la cause principale de ses souffrances psychologiques. Il déplore aussi le fait d'avoir été jugé par la Cour de sûreté de l'Etat et non par une juridiction spécialisée pour les mineurs⁵⁰.

Au regard de la violation de l'article 3 de la *Convention*, la décision des juges strasbourgeois est sans ambiguïté :

Having regard to the applicant's age, the length of his detention in prison together with adults, the failure of the authorities to provide adequate medical care for his psychological problems, and, finally, the failure to take

⁴⁵ *Ibid.* au para. 267.

⁴⁶ *Ibid.* au para 253.

⁴⁷ *Ibid.* au para 214.

⁴⁸ *Güveç c. Turquie*, n° 70337/01 (20 janvier 2009) [*Güveç*].

⁴⁹ *Ibid.* au para 58.

⁵⁰ *Ibid.* au para. 65.

*steps with a view to preventing his repeated attempts to commit suicide, the Court entertains no doubts that the applicant was subjected to inhuman and degrading treatment*⁵¹.

La Cour mentionne certains problèmes récurrents du système judiciaire turc, notamment face à l'impossibilité de contester la détention provisoire ce qui a entraîné déjà plusieurs condamnations de la Turquie, sur la base de l'article 5 § 3 et 4⁵². Fort logiquement, la Cour constate *in fine* la violation de l'article 6§1 et § 3 de la *Convention*, le requérant n'ayant pu assister à de nombreuses audiences des deux procès qui lui ont été intentés.

*The Court reiterates that the right of an accused under Article 6 of the Convention to participate effectively in his or her criminal trial generally includes not only the right to be present, but also to hear and follow the proceedings*⁵³.

Dans l'affaire *Khider c. France*⁵⁴, les transferts multiples d'un lieu de détention à l'autre sont remis en question lorsqu'accompagnés d'isolement et de fouilles corporelles intégrales régulières. Le ressortissant français Cyril Khider était ainsi détenu dans diverses prisons françaises depuis le 27 août 2001. Sa condamnation portait à l'origine sur la spectaculaire tentative d'évasion de la prison de Fresnes par son frère, à laquelle il avait activement participé le 27 mai 2001. Sur les fondements des articles 3 et 8 de la *Convention*, le requérant se plaint à la fois du traitement qui lui a été infligé, mais également de l'absence d'un recours effectif pour contester les mesures de transfert répétés, de prolongation de mise à l'isolement ainsi que de fouilles intégrales auxquelles il a été soumis⁵⁵.

Soulignant que l'article 3 « ne prévoit pas de restriction » et que l'article 15 § 2 « ne souffre nulle dérogation »⁵⁶, elle examine au regard de cette disposition - en renvoyant fréquemment aux observations du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains et dégradants - les transfèrements⁵⁷, le maintien à l'isolement⁵⁸ et les fouilles corporelles⁵⁹. Elle constate finalement que « les conditions de détention du requérant, (...) s'analysent, par leur effet combiné et répétitif, en un traitement inhumain et dégradant au sens de l'article 3 »⁶⁰. Il en est de même sous l'angle de l'article 13 (droit au recours effectif). La Cour estime en effet que Cyril Khider n'a pas bénéficié d'un recours effectif pour contester le régime de détention particulier auquel il avait été soumis⁶¹. Plusieurs autres comportements étatiques mènent à des condamnations ou à des analyses poussées de la Cour. Il en est ainsi des mesures sévères et humiliantes – une cage

⁵¹ *Ibid.* au para. 98.

⁵² *Ibid.* aux para. 109-110 et 112-113.

⁵³ *Ibid.* au para. 123.

⁵⁴ *Khider c. France*, n° 39364/05 (9 juillet 2009) [*Khider*].

⁵⁵ *Ibid.* au para. 134.

⁵⁶ *Ibid.* au para. 99.

⁵⁷ *Ibid.* aux para. 108-112.

⁵⁸ *Ibid.* aux para. 113-122.

⁵⁹ *Ibid.* aux para. 123-126.

⁶⁰ *Ibid.* au para 133.

⁶¹ *Ibid.* aux para. 143-144.

métallique en l'espèce –, imposées à des accusés dans une salle d'audience qui sont considérées comme des violations de l'article 3 (*Ramichvili et Kokhreidze c. Géorgie*⁶²), ou des comportements des forces policières face à une manifestation pacifique (*Samiüt Karabulut c. Turquie*⁶³). La première affaire met en cause deux personnes accusées d'extorsions de fonds pour avoir accepté une somme d'argent d'un parlementaire proche du pouvoir en échange de la non diffusion d'un film le mettant en cause. Ayant connu des conditions de détention insalubre et de promiscuité extrêmes, la Cour constate que les deux détenus ont subi des traitements inhumains et dégradants⁶⁴. Les juges strasbourgeois rappellent que

*the State must ensure that a person is detained in conditions which are compatible with respect for human dignity, that the manner and method of the execution of the measure do not subject the individual to distress or hardship of an intensity exceeding the unavoidable level of suffering inherent in detention and that, given the practical demands of imprisonment, the person's health and well-being are adequately secured*⁶⁵.

Plus originale, l'analyse s'étend aux conditions de comparution dans la salle d'audience, constatant là-encore la violation de l'article 3 de la *Convention*.

*[T]he applicants' status as public figures, the lack of earlier convictions and their orderly behaviour during the criminal proceedings, the Government have failed to provide any justification for their being placed in a caged dock during the public hearings and the use of "special forces" in the courthouse*⁶⁶.

De manière éclatante, deux affaires mettant en cause l'Allemagne, en 2009 et 2010, ont obligé la Cour à examiner les comportements de cet État au regard des questions de détention de sûreté et de torture. Dans l'affaire *M. c. Allemagne*⁶⁷, la Cour a traité de la détention de sûreté⁶⁸ au travers de la prolongation illimitée de cette mesure au terme de la peine. Faisant suite à de multiples peines de prison fermes ainsi qu'à des placements du requérant dans des hôpitaux psychiatriques, le tribunal régional de Marburg le condamna finalement à cinq ans d'emprisonnement ainsi qu'à un placement en détention de sûreté⁶⁹. Cette détention sera enterrinée par plusieurs cours, également par la Cour constitutionnelle fédérale qui considéra que l'article du code pénal duquel découlait cette mise en détention de sûreté était compatible avec la Loi fondamentale allemande⁷⁰. Fondant sa cause sur les témoignages de nombreux universitaires - qui considéraient la détention de sûreté et la suppression du délai

⁶² *Ramichvili et Kokhreidze c. Géorgie*, n° 1704/06 (27 janvier 2009) [*Ramichvili et Kokhreidze*].

⁶³ *Samiüt Karabulut c. Turquie*, n° 16999/04 (27 janvier 2009).

⁶⁴ *Ramichvili et Kokhreidze*, *supra* note 62 aux para. 88 et 92.

⁶⁵ *Ibid.* au para. 79.

⁶⁶ *Ibid.* au para. 110.

⁶⁷ *M. c. Allemagne*, n° 19359/04 (17 décembre 2009) [*M. c. Allemagne*].

⁶⁸ Également précisé dans l'affaire *Guiorgui Nikolaïchvili c. Géorgie* n° 37048/04 (13 janvier 2009) [*Guiorgui Nikolaïchvili*], où la juridiction strasbourgeoise - sans exclure la possibilité pour les autorités de recourir à certains stratagèmes pour lutter plus efficacement contre des activités criminelles - considère que l'arrestation d'un témoin en vue de faire pression sur son frère ne peut se justifier.

⁶⁹ *M. c. Allemagne*, *supra* note 67 au para. 12.

⁷⁰ *Ibid.* au para. 27.

maximal de dix ans applicable lorsque cette mesure est ordonnée pour la première fois - le requérant juge cette suppression comme contraire à la Constitution⁷¹, et il conteste essentiellement sa détention au regard de l'article 5 de la *Convention* (droit à la liberté et à la sûreté). La Cour souligne les exigences très strictes, largement balisées par sa jurisprudence, quant à la comptabilité entre la détention de sûreté et le cadre de l'article 5⁷². La détention d'une personne doit permettre aux États contractants d'empêcher une infraction concrète et déterminée⁷³. En l'espèce, elle souligne que le lien de causalité entre la commission d'une infraction, la condamnation qui en découle, et l'extension de la détention de sûreté fait défaut. Les infractions potentielles dont l'existence avérée aurait pu justifier cette détention ne sont en l'occurrence pas aussi précises que l'exige la jurisprudence de la Cour⁷⁴. Le caractère rétroactif de la détention de sûreté est également analysé. Le requérant considérant que son droit à ne pas se voir infliger une peine plus lourde que celle qui était applicable à l'époque où il a commis l'infraction a été violé⁷⁵. Réaffirmant les principes fondateurs de l'ordre juridique européen, elle souligne que :

The guarantee enshrined in Article 7, which is an essential element of the rule of law, occupies a prominent place in the Convention system of protection, as is underlined by the fact that no derogation from it is permissible under Article 15 of the Convention in time of war or other public emergency. It should be construed and applied, as follows from its object and purpose, in such a way as to provide effective safeguards against arbitrary prosecution, conviction and punishment [...]. Article 7 embodies, inter alia, the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty (nullum crimen, nulla poena sine lege). While it prohibits in particular the retrospective application of the criminal law to an accused's disadvantage [...] or extending the scope of existing offences to acts which previously were not criminal offences, it also lays down the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused's detriment, for instance by analogy [...].

*119. When speaking of "law" Article 7 alludes to the very same concept as that to which the Convention refers elsewhere when using that term, a concept which implies qualitative requirements, including those of accessibility and foreseeability [...]. These qualitative requirements must be satisfied as regards both the definition of an offence and the penalty the offence in question carries [...]. An individual must know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it, what acts and omissions will make him criminally liable and what penalty will be imposed for the act committed and/or omission [...]*⁷⁶.

Suite à une interprétation grammaticale et contextuelle de l'article 7⁷⁷ (pas de peine sans loi), les juges strasbourgeois rappellent la distinction à faire entre la peine

⁷¹ *Ibid.* au para. 82.

⁷² *Ibid.* au para. 86.

⁷³ *Ibid.* au para. 102.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.* au para. 106.

⁷⁶ *Ibid.* aux para. 117-119.

et son exécution au regard de cette disposition.

Both the Commission and the Court in their case-law have drawn a distinction between a measure that constitutes in substance a “penalty” and a measure that concerns the “execution” or “enforcement” of the “penalty”. In consequence, where the nature and purpose of a measure relates to the remission of a sentence or a change in a regime for early release, this does not form part of the “penalty” within the meaning of Article 7 [...] ⁷⁸.

Elle estime donc, à cet égard, que la prolongation de la détention de sûreté du requérant constitue une peine supplémentaire prononcée contre lui rétroactivement, en vertu d'une loi entrée en vigueur après que le requérant eut commis une infraction ⁷⁹, violant ainsi l'esprit et la lettre de l'article 7.

Sur le fondement de l'article 3, la Grande Chambre a été amenée en 2010, dans l'affaire *Gäfgen c. Allemagne*⁸⁰, à cristalliser les comportements licites en matière d'arrestation et d'enquête. Sa décision, en demi-teinte⁸¹, est à lire en résonance avec l'affaire *Brusco c. France*⁸². Dans le cadre d'un enlèvement et d'un meurtre, le requérant s'est vu menacer par un policier de « vives souffrances ». Le requérant aurait été menacé d'enfermement et de sévices sexuels par ses compagnons de cellule. Le policier l'aurait frappé de la main plusieurs fois à la poitrine et l'aurait secoué de sorte que sa tête aurait heurté le mur en une occasion⁸³. Le requérant plaide qu'il y a violation des articles 3 et 6 de la *Convention* et de l'article 136(a) du Code de procédure pénale puisqu'il a été soumis à la torture lors de l'interrogatoire et insiste sur le fait qu'il est toujours victime de cette violation. Il demande que les poursuites soient abandonnées, que l'on ne donne pas foi aux propos qu'il a tenus lors de l'interrogatoire et que l'ensemble des éléments de preuve ne soit pas utilisé lors de la procédure pénale⁸⁴. La Grande Chambre conclut que l'« affaire a été suffisamment grave pour être qualifiée de traitement inhumain prohibé par l'article 3, mais n'a pas

⁷⁷ « The concept of “penalty” in Article 7 is autonomous in scope. To render the protection afforded by Article 7 effective the Court must remain free to go behind appearances and assess for itself whether a particular measure amounts in substance to a “penalty” within the meaning of this provision [...]. The wording of Article 7 paragraph 1, second sentence, indicates that the starting-point in any assessment of the existence of a penalty is whether the measure in question is imposed following conviction for a “criminal offence”. Other relevant factors are the characterisation of the measure under domestic law, its nature and purpose, the procedures involved in its making and implementation, and its severity [...]. The severity of the measure is not, however, in itself decisive, since, for instance, many non-penal measures of a preventive nature may have a substantial impact on the person concerned », *M. c. Allemagne*, *supra* note 67 au para 120.

⁷⁸ *Ibid.* au para. 121.

⁷⁹ *Ibid.* au para. 135.

⁸⁰ *Gäfgen c. Allemagne* [GC], n° 22978/05 (1er juin 2010), n° 131 [*Gäfgen c. Allemagne*].

⁸¹ Voir Marie-Aude Beernaert, « La Cour Européenne des droits de l'Homme en demi-teinte sur les limites de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants » (2011) 86 *Revue Trimestrielle des droits de l'homme*, 359.

⁸² *Brusco c. France*, n° 1466/07 (14 octobre 2010). Voir aussi Didier Guérin, « Flexibilité du droit européen : arrêts Brusco c/ France et Gäfgen c/ Allemagne » (2010) 43 *Recueil Dalloz Sirey*, 2850.

⁸³ *Gäfgen c. Allemagne*, *supra* note 80 au para. 15.

⁸⁴ *Ibid.* aux para. 24-25.

eu le niveau de cruauté requis pour atteindre le seuil de la torture⁸⁵ ». La Cour rappelle que l'interdiction des mauvais traitements vaut indépendamment des agissements de la personne concernée ou de la motivation des autorités. La torture ou un traitement inhumain ou dégradant ne peuvent être infligés même lorsque la vie d'un individu se trouve en péril⁸⁶.

La Grande Chambre fixe les conséquences de telles menaces et insiste sur le caractère effectif de la réparation consécutive à de tels comportements, en excluant la simple indemnité. Pour que la réparation soit suffisante, les autorités de l'État doivent mener une enquête approfondie et effective pouvant conduire à l'identification et à la punition des responsables. Deuxièmement, le requérant doit, le cas échéant, percevoir une compensation. En effet, si les autorités pouvaient se borner à réagir en cas de mauvais traitements délibérés infligés par des agents de l'État en accordant une simple indemnité, sans s'employer à poursuivre et punir les responsables, les agents de l'État pourraient dans certains cas enfreindre les droits des personnes soumises à leur contrôle pratiquement en toute impunité. L'interdiction légale absolue de la torture et des traitements inhumains ou dégradants serait dépourvue d'effet utile en dépit de son importance fondamentale⁸⁷.

Au regard de la violation de l'article 6 de la *Convention* (droit au procès équitable) la Cour rappelle que le droit de garder le silence et le principe prohibant l'auto-incrimination sont des normes généralement reconnues et qu'en ce qui concerne l'utilisation au procès de preuves matérielles que des mauvais traitements contraires à l'article 3 avaient directement permis de recueillir, la Cour a estimé que des éléments matériels à charge rassemblés au moyen d'actes de violence, du moins si ces actes pouvaient être qualifiés de torture, ne devaient jamais, quelle qu'en fût la valeur probante, être invoqués pour prouver la culpabilité de la personne qui en avait été victime. Toute autre conclusion ne ferait que légitimer indirectement le type de conduite moralement répréhensible.⁸⁸

La juridiction européenne souligne qu'elle ne s'est jamais prononcée antérieurement sur « la question de savoir si l'utilisation de pareilles preuves privera toujours un procès de caractère équitable, quelles que soient les autres circonstances de la cause⁸⁹ », considérant que les États parties à la *Convention* ne font pas consensus quant à la règle d'exclusion⁹⁰. Il existe alors une confrontation de droits, tels l'exclusion de preuves matérielles, l'équité d'un procès pénal ou la sauvegarde effective de l'interdiction absolue énoncée à l'article 3. En l'espèce, la Cour estime que les preuves matérielles litigieuses n'étaient pas nécessaires et n'ont pas servi à prouver la culpabilité ou à établir la peine. Ainsi, la chaîne de causalité entre, d'une part, les méthodes d'enquête prohibées et, d'autre part, le verdict de culpabilité et la peine qui ont frappé le requérant a été rompue en ce qui concerne les preuves

⁸⁵ *Ibid.* au para. 108.

⁸⁶ *Ibid.* au para. 107.

⁸⁷ *Ibid.* aux para. 118-119.

⁸⁸ *Ibid.* aux para. 167-168.

⁸⁹ *Ibid.* au para. 173.

⁹⁰ *Ibid.* au para. 174.

matérielles litigieuses⁹¹.

Comme la Cour conclut que les éléments de preuves matérielles n'ont pas influencé le verdict de culpabilité et la peine du requérant, il n'y a donc pas eu de violation des l'articles 3 et 6 § 1de la *Convention*⁹².

Enfin, dans l'affaire *Guiorgui Nikolaïchvili*⁹³, le frère du requérant est accusé de divers crimes, le requérant lui-même étant déclaré « recherché » par la police géorgienne. À la suite de ces accusations, les avocats du requérant demandèrent au Ministère de l'intérieur de faire enlever les photographies du requérant des postes de police qui les avaient affichées. En réponse, le Ministère de l'intérieur déclara que seul le frère du requérant était effectivement recherché, mais le requérant fut néanmoins arrêté alors qu'il se présentait en qualité de témoin devant le bureau du procureur⁹⁴. Le requérant invoqua alors les violations des articles 5, 6 et 8 de la *Convention*. Au regard de l'article 5(1), la Cour constate la violation, par la Géorgie, de la *Convention*. Elle se penche ensuite sur la violation alléguée du § 3 de ce même article, et considère que

*by failing to address the specific facts of the applicant's case and to consider alternative non-custodial pre-trial measures, the authorities, using a stereotyped formula, paraphrasing the terms of the Code of Criminal Procedure (...) imposed pre-trial detention upon the applicant for reasons which cannot be regarded as "sufficient" or "relevant"*⁹⁵.

Constatant sur cette base une nouvelle violation par l'État Géorgien, elle ajoute à propos de l'article 5 § 4, que

*[t]he judicial review of 24 January 2005 was not therefore of an adversarial nature. The principle of equality of arms was equally undermined ; [...] even the form of the decision – a template in which the findings had been already pre-printed – suggests that the domestic court did not carry out a proper judicial review of the applicant's detention*⁹⁶.

In fine, sous l'optique de l'article 8 de la *Convention*, la juridiction strasbourgeoise constate que

*the applicant was neither an accused nor a suspect in the murder case and, consequently, could not have been designated as a "wanted" person [...] once disclosures of a private nature inconsistent with Article 8 of the Convention have taken place, the positive obligation inherent in ensuring respect for private life entails an obligation to carry out effective inquiries in order to rectify the matter as far as possible*⁹⁷.

⁹¹ *Ibid.* au para. 180.

⁹² *Ibid.* aux para. 187-188.

⁹³ *Guiorgui Nikolaïchvili*, *supra* note 68.

⁹⁴ *Ibid.* au para. 18.

⁹⁵ *Ibid.* au para. 79.

⁹⁶ *Ibid.* aux para. 94-95.

⁹⁷ *Ibid.* aux para. 128-130.

V. Environnement

Deux affaires donnent l'occasion à la Cour de statuer sur les pouvoirs juridiques d'associations protégeant l'environnement. Dans *L'Érablière A.S.B.L. c. Belgique*⁹⁸, au regard d'un recours formé par une association locale de défense de l'environnement visant l'annulation d'un permis d'urbanisme. Les juges strasbourgeois considèrent que le recours de celle-ci défend l'intérêt général et ne peut donc être assimilé à une *actio popularis* illégitime⁹⁹, compte tenu de la nature de l'acte attaqué, de la qualité de l'association et du but matériellement et géographiquement limité de celle-ci.

[L]e « droit à un tribunal », dont le droit d'accès constitue un aspect particulier, n'est pas absolu et se prête à des limitations implicitement admises, notamment quant aux conditions de recevabilité d'un recours, car il appelle de par sa nature même une réglementation par l'État, lequel jouit à cet égard d'une certaine marge d'appréciation. Toutefois, ces limitations ne sauraient restreindre l'accès ouvert à un justiciable d'une manière ou à un point tels que son droit à un tribunal s'en trouve atteint dans sa substance même ; enfin, elles ne se concilient avec l'article 6 § 1 que si elles tendent à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé¹⁰⁰.

Dans l'affaire *Tebieti Mühafize Cemiyeti et Israfilov c. Azerbaïdjan*¹⁰¹, il est question de dissolution judiciaire d'une association de défense de l'environnement pour non-respect de ses propres statuts. La juridiction du Palais des droits de l'homme estime que les autorités ne doivent pas intervenir dans le fonctionnement interne d'une association au point de veiller à l'observation de chacune des formalités prévues par ses statuts. L'arrêt se trouve actuellement devant la Grande Chambre.

Autre acteur de l'environnement, les armateurs pétroliers - ou plus exactement leurs employés - voient leurs actions examinées par les juges européens sous l'angle pénal¹⁰². Dans l'affaire *Mangouras c. Espagne*¹⁰³, le requérant était le capitaine du bateau *Prestige*, contenant 70 000 tonnes de fuel qui, suite à une avarie, a vu le contenu de ses cuves se déverser dans l'Océan Atlantique¹⁰⁴. Cet événement a eu des conséquences écologiques sur la faune et la flore maritime durant de longs mois¹⁰⁵. Les juges soulignent que certains éléments de preuve du dossier portent à croire que le requérant a eu un comportement fautif à plusieurs égards, notamment en ce qu'il n'avait pas suffisamment coopéré avec les autorités portuaires lorsque celles-ci avaient tenté de remorquer le navire, attitude pouvant être constitutive du délit

⁹⁸ *L'Érablière A.S.B.L. c. Belgique*, n° 49230/07 (24 février 2009) [Érablière A.S.B.L.].

⁹⁹ Voir François Voeffray, « L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales » (2004) 76 *Brit. Y.B. Int'l L.* 561.

¹⁰⁰ *Érablière A.S.B.L.*, *supra* note 98 au para. 35.

¹⁰¹ *Tebieti Mühafize Cemiyeti et Israfilov c. Azerbaïdjan*, n° 37083/03 (8 octobre 2009).

¹⁰² Jean-Pierre Marguénaud, « L'adaptation des garanties procédurales européennes aux exigences de la répression des délits contre l'environnement » (2009) 1 *Revue de science criminelle et de droit comparé*, 180.

¹⁰³ *Mangouras c. Espagne* [GC], n° 12050/04 (28 septembre 2010) no 133, [*Mangouras*].

¹⁰⁴ *Ibid.* au para. 14.

¹⁰⁵ *Ibid.* au para. 16.

d'atteinte aux ressources naturelles et à l'environnement ainsi que de l'infraction de désobéissance aux autorités administratives¹⁰⁶.

Le requérant – emblématique ici de l'importante puissance maritime grecque¹⁰⁷ – soutient que le montant élevé de la caution qui lui a été demandé suite à cet événement viole l'article 5 § 3 de la *Convention* puisque les tribunaux n'ont pas tenu compte de sa situation personnelle lors de la fixation du montant de la caution. La Cour rappelle que la caution sert à assurer l'éventuelle non-réparation du préjudice, mais également la présence de l'accusé à la Cour¹⁰⁸. Cette décision prend place dans un contexte de lutte contre les pollutions maritimes, où les acteurs de tels actes se jouent souvent des normes nationales et internationales. La juridiction strasbourgeoise doit donc déterminer si la situation revêt un caractère « exceptionnel » pouvant justifier le montant aussi élevé de la caution¹⁰⁹, tel que l'ont allégué les instances inférieures. La Cour insiste sur le fait qu'elle ne saurait ignorer la préoccupation croissante et légitime qui existe tant au niveau européen qu'international à l'égard des délits contre l'environnement. En témoignent notamment les pouvoirs et les obligations des Etats en matière de lutte contre les pollutions maritimes ainsi que la volonté unanime tant des Etats que des organisations européennes et internationales d'en identifier les responsables, d'assurer leur présence lors du procès et, le cas échéant, de les sanctionner¹¹⁰.

Justifiant le recours croissant au droit pénal dans de telles situations, la Cour souhaite prendre en compte ces nouvelles réalités dans l'interprétation des exigences de l'article 5 § 3 dans ce domaine.

Elle considère en effet que le niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales implique, parallèlement et inéluctablement, une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. Aussi n'est-il pas exclu que, dans une situation comme celle de la présente affaire, le milieu professionnel dans lequel se situe l'activité en cause doive entrer en ligne de compte dans la détermination du montant de la caution afin que cette mesure puisse demeurer efficace¹¹¹.

Intégrant ainsi son interprétation dans le cadre plus vaste des comportements et des obligations des armateurs en matière de protection de l'environnement, la Cour rappelle que les faits de la présente affaire – où était en cause une pollution maritime d'une rare ampleur ayant provoqué d'énormes dégâts environnementaux – revêtent un caractère exceptionnel et ont des conséquences très importantes sur le plan de la

¹⁰⁶ *Ibid.* au para. 17.

¹⁰⁷ Voir Patrick Chaumette, « Le capitaine d'un pétrolier, gardien de la protection de l'environnement. Quel prestige ? » (2009) 15-2, *Neptunus*, 1-12.

¹⁰⁸ Mangouras, *supra* note 103 au para. 78. Les éléments à prendre en compte dans la fixation du montant de la caution sont « la nature du délit, la peine encourue, l'intérêt juridique protégé, la situation sociale et les antécédents judiciaires du prévenu, ainsi que toute autre circonstance pouvant le conduire à vouloir se soustraire à l'autorité judiciaire », tel que cité au para. 82.

¹⁰⁹ *Ibid.* au para. 83.

¹¹⁰ *Ibid.* au para. 86.

¹¹¹ *Ibid.* au para. 87.

responsabilité tant pénale que civile. Dans un tel contexte, il n'est guère étonnant que les autorités judiciaires adaptent le montant de la caution au niveau des responsabilités encourues, de telle sorte que les responsables n'aient pas intérêt à se dérober à la justice en abandonnant la caution. Autrement dit, il faut se demander si, dans le contexte de la présente affaire, où sont en cause d'importants enjeux financiers, une caution qui aurait été fixée en tenant compte des seules ressources du requérant aurait suffi à assurer sa comparution à l'audience, laquelle demeure le but principal de la caution¹¹².

L'effet utile de la législation interne est encore une fois souligné ici, en s'appuyant sur la jurisprudence du Tribunal international du droit de la mer. Les juges strasbourgeois, constatant le respect de la *Convention*, soulignent ainsi que le seul fait que ce versement a été effectué par l'assureur de l'armateur tend à confirmer que c'est à bon droit que les tribunaux espagnols, en se référant à son « milieu professionnel », ont implicitement estimé que le requérant avait des liens avec des personnes appelées à servir de cautions¹¹³.

VI. Procès équitable

Si la posture de la Cour est somme toute classique en matière de droit au procès équitable dans les affaires mettant en cause les associations de protection de l'environnement, elle opère en Grande Chambre - bien que restant modérée¹¹⁴ - un fort revirement à l'occasion de l'affaire *Micallef c. Malte*. Elle considère désormais qu'il ne suffit plus de considérer automatiquement les procédures d'injonction comme déterminantes pour des droits et obligations de caractère civil, essentiellement pour des questions de politique judiciaire¹¹⁵. De plus la Cour clarifie les conditions dont le respect seront désormais nécessaires pour conclure à l'applicabilité de l'article 6.

¹¹² *Ibid.* au para. 88.

¹¹³ *Ibid.* au para. 90.

¹¹⁴ « Toutefois, la Cour admet que dans des cas exceptionnels – par exemple lorsque l'effectivité de la mesure sollicitée dépend de la rapidité du processus décisionnel – il peut se révéler impossible de respecter dans l'immédiat toutes les exigences prévues à l'article 6. Ainsi, dans certaines hypothèses précises, tandis que l'indépendance et l'impartialité du tribunal ou du juge concerné constituent des garanties inaliénables qu'il est indispensable de respecter dans pareille procédure, d'autres garanties procédurales peuvent ne s'appliquer que dans la mesure où le permettent la nature et le but de la procédure provisoire considérée. En cas de procédure ultérieure devant la Cour, c'est au Gouvernement qu'il incombera d'établir, eu égard au but de la procédure en cause dans une affaire donnée, qu'une ou plusieurs garanties procédurales particulières ne pouvaient être appliquées sans compromettre indûment la réalisation des objectifs visés par la mesure provisoire en question » ; *Micallef c. Malte* [GC], n° 17056/06 (15 octobre 2009), au para. 85 [*Micallef*].

¹¹⁵ « L'exclusion des mesures provisoires du champ d'application de l'article 6 a été jusqu'à présent justifiée par le fait qu'en principe, elles ne permettent pas de décider de contestations sur des droits et obligations de caractère civil. Toutefois, alors que de nombreux Etats contractants doivent faire face à des arriérés considérables en raison de la surcharge de leurs systèmes judiciaires, ce qui conduit à des procédures excessivement longues, la décision prise par un juge dans une procédure d'injonction tient lieu bien souvent de décision sur le fond pendant un délai assez long, voire définitivement dans des situations exceptionnelles. Il s'ensuit que, dans bien des cas, la procédure provisoire et la procédure au principal portent sur les mêmes "droits ou obligations de caractère civil" et produisent les mêmes effets à long terme ou permanents », *ibid.* au para. 79.

Premièrement, le droit en jeu tant dans la procédure au principal que dans la procédure d'injonction doit être « de caractère civil » au sens autonome que revêt cette notion dans le cadre de l'article 6 de la *Convention*.

Deuxièmement, la nature, l'objet et le but de la mesure provisoire, ainsi que ses effets sur le droit en question, doivent être examinés de près. Chaque fois que l'on peut considérer qu'une mesure est déterminante pour le droit ou l'obligation de caractère civil en jeu, quelle que soit la durée pendant laquelle elle a été en vigueur, l'article 6 trouvera à s'appliquer¹¹⁶.

Elle applique ainsi la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes qui considère quant à elle que « les mesures provisoires doivent s'entourer des garanties d'équité de la procédure, notamment le droit d'être entendu¹¹⁷ ».

La Cour observe qu'il existe un large consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe quant à l'applicabilité de l'article 6 aux mesures provisoires, y compris les injonctions, puisqu'ils prévoient implicitement ou explicitement des dispositions en ce sens. La Cour considère donc qu'il y a lieu de modifier la jurisprudence. Certes, il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi qu'elle ne s'écarte pas sans motif valable de ses précédents ; toutefois, si elle devait faillir à maintenir une approche dynamique et évolutive, pareille attitude risquerait de faire obstacle à toute réforme ou amélioration. Il ne faut pas oublier que la *Convention* a pour but de « protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs¹¹⁸ ».

Constatant qu'à titre exceptionnel, il est parfois impossible de respecter toutes les exigences prévues à l'article 6, la Cour laisse une certaine marge d'appréciation aux États ainsi qu'à une possible évolution postérieure de sa jurisprudence.

Dans l'affaire *Kart c. Turquie*¹¹⁹, la Grande Chambre est amenée à examiner la contestation par un député d'une décision de suspension des poursuites pénales engagées à son encontre. Agissant à front renversé, le député en question, qui bénéficie de l'immunité parlementaire, déplore le retard pris dans les poursuites pénales qui le visaient. La Cour estime qu'en se présentant pour un mandat législatif le requérant était conscient d'adhérer à un statut particulier de nature à retarder l'aboutissement des poursuites pénales qui le visaient. De même savait-il, compte tenu du statut auquel il adhérerait, qu'il ne pourrait renoncer à son inviolabilité ni obtenir, par la seule manifestation de sa volonté, la levée de celle-ci. Ainsi, si le délai inhérent à la procédure parlementaire est de nature à affecter le droit du requérant à voir sa cause entendue par un tribunal en retardant l'exercice, il ne porte pas pour autant atteinte, en l'espèce, à la substance même de ce droit. La Cour souligne la singularité de cette requête, considérant les faits sur lesquels elle est fondée, et

¹¹⁶ *Ibid.* aux para. 84-85.

¹¹⁷ *Ibid.* au para. 78.

¹¹⁸ *Ibid.* aux para. 80-81.

¹¹⁹ *Kart c. Turquie* [GC], n° 8917/05 (3 décembre 2009) [*Kart*].

constate que « pour la première fois, la Cour doit connaître de circonstances dans lesquelles c'est le bénéficiaire d'une inviolabilité parlementaire qui se plaint de ne pouvoir être jugé »¹²⁰. Elle remarque qu'il existe une marge d'appréciation dont les États bénéficient en matière de droit d'accès au tribunal, dans les limites du but légitime et du rapport de proportionnalité entre les moyens et le but visé¹²¹. En l'occurrence, avant même de déterminer si la réglementation turque en la matière peut être considérée comme appropriée et entrant dans le cadre de cette marge d'appréciation, la Cour exprime une double réticence. D'abord quant au fait d'opposer de manière absolue l'immunité parlementaire à l'article 6 § 1 de la *Convention*

[o]n ne peut, pour autant, de façon générale, considérer l'immunité parlementaire comme une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal tel que le consacre l'article 6 § 1. De même que ce droit est inhérent à la garantie d'un procès équitable assurée par cet article, certaines restrictions doivent être considérées comme lui étant inhérentes¹²².

Sa réticence se prolonge à l'idée de juger de la conformité d'un pan entier du système juridique turc à la lumière de la *Convention*¹²³. Cherchant le juste équilibre entre intérêt général - que constitue la préservation de l'intégrité du Parlement - et « l'intérêt individuel du requérant¹²⁴ », la Cour cherche une certaine hiérarchisation entre droits et principes. Elle ne peut occulter le préjudice lié à l'incertitude juridique subie par le requérant¹²⁵, à laquelle elle doit nécessairement se livrer. Elle considère toutefois que « l'invocabilité n'est pas un attribut personnel à la disposition du député, mais un attribut rattaché à son statut, raison pour laquelle elle ne peut faire l'objet d'une renonciation »¹²⁶. Considérant que le requérant ne pouvait ignorer les conséquences de son élection sur les poursuites pénales dont il était l'objet¹²⁷, elle estime que la « protection de l'honneur et de la réputation du requérant est assurée par le respect du principe de la présomption d'innocence »¹²⁸, concluant alors à l'absence de violation de l'article 6 § 1 de la *Convention*.

La question de la motivation d'arrêt dans un procès par jury est toujours une question sensible au regard de la gouvernance judiciaire. Les juges strasbourgeois ont eu à envisager cette question à travers le prisme du droit au procès équitable. Dans l'affaire *Taxquet c. Belgique*¹²⁹, le requérant alléguait une violation de l'article 6 § 1 et de l'article 6 § 3(d) à raison du défaut de motivation de l'arrêt de la cour d'assises et de l'impossibilité d'interroger ou de faire interroger un témoin anonyme. Cette affaire démontre qu'il est difficile de voir réaliser les conditions les plus minimales du procès pénal devant certaines juridictions européennes, notamment dans un contexte de

¹²⁰ *Ibid.* au para. 66.

¹²¹ *Ibid.* au para. 79.

¹²² *Ibid.* au para. 80.

¹²³ *Ibid.* au para. 85.

¹²⁴ *Ibid.* au para. 93.

¹²⁵ *Ibid.* au para. 104.

¹²⁶ *Ibid.* au para. 97.

¹²⁷ *Ibid.* au para. 106.

¹²⁸ *Ibid.* au para. 110.

¹²⁹ *Taxquet c. Belgique* [GC], n° 926/05 (16 novembre 2010) n° 135, [*Taxquet*].

principe de sécurité et de lutte contre le terrorisme. En l'espèce, le requérant, ainsi que sept autres personnes, ont été accusés - suite à une dénonciation anonyme - d'assassinat d'un ministre d'État et de tentative d'assassinat de la compagne de ce dernier¹³⁰. Le requérant n'a pas remis d'acte de défense puisque selon lui, il ne connaissait pas les éléments de charge retenus contre lui. La cour d'assises a refusé de répondre à la requête visant à faire témoigner anonymement la personne ayant fourni les informations¹³¹. La Cour rappelle que « l'absence de motivation d'un arrêt, qui résultait de ce que la culpabilité d'un requérant avait été déterminée par un jury populaire, n'était pas, en soi, contraire à la *Convention* »¹³², soulignant qu'en raison de la gravité de la peine encourue, le droit au procès équitable devait être assuré au plus haut degré¹³³. Or, en l'occurrence, la Cour souligne que « ni l'acte d'accusation ni les questions posées au jury [- laconiques et identiques pour tous les accusés -] ne comportaient des informations suffisantes quant à son implication dans la commission des infractions qui lui étaient reprochées »¹³⁴. Le requérant ne pouvait ainsi, par ces questions et l'évocation des circonstances concrètes et particulières, comprendre le verdict de condamnation.

Ainsi, le requérant n'était pas en mesure, notamment, de différencier de façon certaine l'implication de chacun des coaccusés dans la commission de l'infraction; de comprendre quel rôle précis, pour le jury, il avait joué par rapport à ses coaccusés; de comprendre pourquoi la qualification d'assassinat avait été retenue plutôt que celle de meurtre; de déterminer quels avaient été les éléments qui avaient permis au jury de conclure que deux des coaccusés avaient eu une participation limitée dans les faits reprochés, entraînant une peine moins lourde; et d'appréhender pourquoi la circonstance aggravante de préméditation avait été retenue à son encontre¹³⁵.

La Cour conclut alors, à l'unanimité, à la violation de l'article 6 § 1 de la *Convention*.

Dans l'affaire *Medvedyev et autres c. France*¹³⁶, la Grande chambre a eu l'occasion de se pencher sur les implications judiciaires de la lutte contre les stupéfiants dans les eaux internationales. En l'espèce, l'Office Central de Répression du Trafic Illicite de Stupéfiants (« OCRTIS ») a demandé et obtenu du Ministre des affaires cambodgien l'autorisation d'intercepter un cargo, immatriculé au Cambodge, qui avait été désigné par les forces américaines, espagnoles et grecques contre le trafic de stupéfiants¹³⁷. Après un abordage musclé, le navire a été remorqué jusqu'aux côtes françaises, les requérants comparaisant à leur arrivée devant un juge d'instruction¹³⁸. Les requérants ont fait valoir devant la chambre d'instruction de la cour d'appel de Rennes que les autorités françaises étaient incompétentes pour arraisonner le navire

¹³⁰ *Ibid.* au para. 10.

¹³¹ *Ibid.* au para. 14.

¹³² *Ibid.* au para. 89.

¹³³ *Ibid.* au para. 93.

¹³⁴ *Ibid.* au para. 94.

¹³⁵ *Ibid.* au para. 97.

¹³⁶ *Medvedyev et autres c. France* [GC], n° 3394/03 (29 mars 2010) n° 128 [*Medvedyev*].

¹³⁷ *Ibid.* au para. 9.

¹³⁸ *Ibid.* aux para. 13-19.

cambodgien. La juridiction française souligna que la France avait compétence pour intervenir afin de faire respecter les normes internationales puisque l'article 108 de la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*¹³⁹ sur le « Trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes » permet à un État de « demander la coopération d'autres États pour mettre fin à ce trafic »¹⁴⁰. La Cour de cassation a fait valoir par la suite que les mesures prises étaient conformes à l'article 17 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*¹⁴¹. Les requérants prétendent, devant la juridiction du Palais des droits de l'homme, que les droits de l'article 5 § 1 de la *Convention* ont été violés puisqu'ils ont été privés de leur liberté arbitrairement¹⁴². Au delà des faits en l'espèce, la Cour souligne trois éléments d'importance. Tout d'abord, elle relève que les juridictions inférieures se sont basées sur des conventions internationales, telles que l'article 108 de la *Convention de Montego Bay* et la *Convention de Vienne*, auxquelles le Cambodge ne prend pas part¹⁴³. Elle considère alors que le Gouvernement n'établit pas qu'il y aurait, depuis, une pratique constante des États de nature à établir l'existence d'une norme de droit international coutumier qui conférerait une autorisation générale d'intervention à tout État ayant de sérieuses raisons de penser qu'un navire battant pavillon d'un autre État se livre au trafic de stupéfiants¹⁴⁴.

Deuxièmement, elle rappelle qu'il « est essentiel que les conditions de la privation de liberté en vertu du droit interne et/ou du droit international soient clairement définies et que la loi elle-même soit prévisible dans son application, de façon à remplir le critère de “légalité” »¹⁴⁵. Concluant que les normes juridiques en l'espèce étaient insuffisantes¹⁴⁶, elle souligne du point de vue normatif un élément important visant à ce que « [l]es notes verbales constituent une source de droit international susceptible d'être qualifiée de traité ou d'accord lorsqu'elles constatent un consentement entre les autorités concernées »¹⁴⁷. Imprévisible et insuffisamment précise, la note ne constituait ainsi qu'« un accord entre les deux États susceptible de représenter un droit “clairement défini” au sens de la jurisprudence de la Cour »¹⁴⁸. Ainsi, la détention des requérants n'était pas conforme à l'article 5 § 1 de la *Convention*¹⁴⁹.

Enfin, la Grande Chambre a eu à se pencher sur une affaire de procédure civile fondée sur des éléments d'espèce proches d'anecdotes picrocholines, mais qui lui permettent de rappeler ce qui doit être entendu par impartialité. Dans l'affaire

¹³⁹ *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, 10 décembre 1982, 1834 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur : 16 novembre 1994) [*Convention de Montego Bay*].

¹⁴⁰ *Ibid.* au para. 22.

¹⁴¹ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980) [*Convention de Vienne*].

¹⁴² *Ibid.* au para. 38.

¹⁴³ *Ibid.* au para. 83.

¹⁴⁴ *Ibid.* au para. 85.

¹⁴⁵ *Ibid.* au para. 80.

¹⁴⁶ *Ibid.* aux para. 41 et 92.

¹⁴⁷ *Ibid.* aux para. 41 et 92.

¹⁴⁸ *Ibid.* aux para. 99 et 100.

¹⁴⁹ *Ibid.* au para. 103.

*Micallef c. Malte*¹⁵⁰, Madame M., ressortissante maltaise, vivait au dessus de l'appartement de Monsieur F. Ce dernier sollicita une injonction dans le but de lui interdire d'étendre son linge au dessus de la cour de son appartement. Suite à une audience consacrée à cette requête, le juge présidant la formation - sans en avertir Madame M. - modifia la date initialement prévue pour l'audience suivante. Celle-ci n'y assistant pas, une injonction définitive fut rendue en faveur de Monsieur F¹⁵¹. Madame M. engagea par la suite une procédure devant le tribunal civil visant à la déclaration de la nullité de l'injonction. Plusieurs procédures furent alors engagées de part et d'autre, faisant apparaître certains conflits d'intérêts au regard de la composition de certaines juridictions et des intérêts de Monsieur F. et de ses avocats¹⁵². Le requérant, Monsieur Joseph Micallef, frère de Madame M. décédée entre temps, remet l'impartialité de la Cour d'appel en cause et considère que le droit au procès équitable n'a pas été respecté. Le requérant dénonce essentiellement le lien de parenté qui unit le *Chief Justice* et deux avocats de la partie adverse. La Cour rappelle que

[l]'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris et peut s'apprécier de diverses manières. [...] [A]ux fins de l'article 6 § 1, l'impartialité doit s'apprécier selon une démarche subjective, en tenant compte de la conviction personnelle et du comportement de tel juge, c'est-à-dire du point de savoir si celui-ci a fait preuve de parti pris ou préjugé personnel dans tel cas, et aussi selon une démarche objective consistant à déterminer si le tribunal offrait, notamment à travers sa composition, des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime quant à son impartialité¹⁵³.

La Cour distingue donc deux démarches pour déterminer l'impartialité d'une cour, l'une *objective* et l'autre *subjective*. La seconde « consiste à se demander si, indépendamment de la conduite personnelle du juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier »¹⁵⁴. Relevant qu'« en la matière, même les apparences peuvent revêtir de l'importance », elle affirme qu'il en va ainsi de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables »¹⁵⁵. Sur le fondement de ces considérations, la juridiction strasbourgeoise dénonce certaines faiblesses imputables au droit organique maltais.

A l'instar de la chambre, la Grande Chambre ne peut que constater que le droit maltais tel qu'il existait à l'époque des faits était déficient. Dès lors, la Grande Chambre, comme la chambre, considère que le droit ne fournissait pas en lui-même des garanties adaptées en matière d'impartialité subjective et objective¹⁵⁶.

N'étant pas convaincue « qu'il existe suffisamment d'éléments indiquant que

¹⁵⁰ *Micallef, supra* note 114.

¹⁵¹ *Ibid.* aux para. 12-14.

¹⁵² *Ibid.* aux para. 16-20.

¹⁵³ *Ibid.* au para. 93.

¹⁵⁴ *Ibid.* au para. 96.

¹⁵⁵ *Ibid.* au para. 98.

¹⁵⁶ *Ibid.* au para. 100.

le Chief Justice ait fait montre de préventions personnelles »¹⁵⁷ la Cour analyse objectivement la décision maltaise. Selon elle, concluant à la violation de l'article 6 § 1 de la *Convention*, il résulte de celle-ci que « la composition du tribunal n'était pas de nature à garantir son impartialité et n'a pas satisfait aux exigences de la *Convention* en matière d'impartialité objective »¹⁵⁸.

VII. Immigration et droit d'asile

Les questions d'immigration connaissent depuis plusieurs années un fort développement dans le contentieux de la Cour européenne des Droits de l'Homme. Au regard des réalités de plus en plus dures et prégnantes de l'immigration dans le concert européen, la cour a estimé pour la première fois en 2009 que l'expulsion d'un étranger peut constituer une peine dans la mesure où elle remplace la privation de liberté à laquelle l'accusé a été condamné¹⁵⁹. Si alors la peine est considérée comme plus lourde que celle encourue pour l'infraction, il y a violation de l'article 7 de la *Convention*.

Au regard de ces questions, une autre affaire peut être évoquée brièvement. Dans l'affaire *A. et autres c. Royaume-Uni*¹⁶⁰, la Cour a eu à juger de l'institution d'un pouvoir de détention étendu applicable aux étrangers soupçonnés d'être des terroristes internationaux par le gouvernement britannique, suite aux attentats du 11 septembre 2001. Leur expulsion ne pouvait avoir lieu en raison des mauvais traitements qu'ils risquaient de subir dans leur pays d'origine. Ces instruments, garantie de sécurité, amenèrent le gouvernement à demander un avis de dérogation à l'article 5 § 1 de part l'article 15 de la *Convention* (dérogation en cas d'urgence). Soulignant que les États disposaient en la matière d'une large marge d'appréciation, les juges strasbourgeois considèrent qu'on ne peut obliger les États à attendre qu'un désastre survienne pour prendre des mesures propres à le conjurer. Toutefois, la Cour considère que les mesures dérogoires, opérant une discrimination injustifiée entre les nationaux et les étrangers, se trouvaient disproportionnées en l'espèce.

VIII. Légalité des délits et des peines

La Cour - en formation solennelle - a eu l'occasion de se prononcer sur l'effectivité du principe *ne bis in idem* en 2009 dans l'affaire *Sergueï Zolotoukhine c. Russie*¹⁶¹, en s'attachant particulièrement à clarifier ses propres évolutions¹⁶². Sergueï Aleksandrovich Zolotoukhine a été condamné suite à l'intrusion d'une amie au sein de quartiers militaires desquels l'accès était interdit. Suite à son arrestation, en état

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ *Ibid.* au para. 104.

¹⁵⁹ *Gurguchiani c. Espagne*, n° 16012/06 (15 décembre 2009).

¹⁶⁰ *A. et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 3455/05 (19 février 2009).

¹⁶¹ *Sergueï Zolotoukhine c. Russie* [GC], n° 14939/03 (10 fév. 2009) [*Sergueï Zolotoukhine*].

¹⁶² Hanspeter Mock, « Ne bis in idem : Strasbourg tranche en faveur de l'identité des faits » (2009) 79 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 867.

d'ébriété, il injurie, bouscule et menace un commandant. Il fut enfin reconnu coupable de menace de recours à la violence contre un agent public sur le fondement de l'article 318 § 15 du Code criminel de la Russie¹⁶³. Saisie sur le fondement d'une violation de l'article 7 § 1 de la *Convention*, la juridiction strasbourgeoise se doit de déterminer si l'intéressé a « été accusé d'une infraction pénale qui était essentiellement la même que l'infraction administrative pour laquelle il avait été condamné »¹⁶⁴. Dans le prolongement de sa jurisprudence, mais en prenant une certaine distance critique au regard de sa propre réflexion, elle remarque que la diversité des approches adoptées pour vérifier si l'infraction pour laquelle un requérant a été poursuivi était en fait la même que celle pour laquelle il avait déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif est source d'une insécurité juridique incompatible avec ce droit fondamental qu'est le droit de ne pas être poursuivi deux fois pour la même infraction¹⁶⁵.

La cour profite de cette occasion pour « harmoniser l'interprétation de la notion de “même infraction”, rendant la cristallisation des droits plus effective, en renvoyant à une image proche de l'arbre vivant de la jurisprudence canadienne »¹⁶⁶. Elle considère ainsi que l'approche qui privilégie la qualification juridique des deux infractions est trop restrictive des droits de la personne, car si la Cour s'en tient au constat que l'intéressé a été poursuivi pour des infractions ayant une qualification juridique différente, elle risque d'affaiblir la garantie consacrée par l'article 4 du Protocole n° 7 et non de la rendre concrète et effective comme le requiert la *Convention*¹⁶⁷.

La juridiction européenne se refuse alors à limiter son analyse à la seule qualification juridique des infractions commises par A. Zolotoukhine. Elle vise au contraire la substance même des infractions, déterminant si celles-ci pouvaient être regroupées en une seule, ou bien si elles doivent être distinguées les unes des autres comme l'ont estimé les juridictions nationales russes. Sans unité de temps ou de lieu entre les trois événements à l'origine des moments délictueux, la Cour constate toutefois que des faits identiques constituaient l'élément central de l'accusation portée en vertu de l'article 213 du code pénal, à savoir une atteinte à l'ordre public [...] [par conséquent] les faits des deux infractions représentent le seul point de comparaison et l'argument du Gouvernement selon lequel elles étaient différentes de par la gravité de la peine qu'elles emportaient est donc sans pertinence pour l'examen auquel il y a lieu de se livrer¹⁶⁸.

Les faits à l'origine de la procédure administrative et de la procédure pénale sont ainsi, aux yeux de la Cour, les mêmes, il n'y avait donc pas lieu d'en faire découler deux condamnations différentes.

¹⁶³ *Sergueï Zolotoukhine*, *supra* note 161 au para. 24.

¹⁶⁴ *Ibid.* au para. 48.

¹⁶⁵ *Ibid.* au para. 78.

¹⁶⁶ Et rappeler par la même occasion que « la Convention doit être interprétée et appliquée d'une manière qui en rende les garanties concrètes et effectives, et non pas théoriques et illusoire. Par ailleurs, c'est un instrument vivant qui doit être interprété à la lumière des conditions actuelles », *ibid.* au para. 80.

¹⁶⁷ *Ibid.* au para. 81.

¹⁶⁸ *Ibid.* au para. 97.

A contrario, dans l'affaire *Gardel c. France*¹⁶⁹, la Cour considère que l'inscription d'un condamné à un fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles (FIJAIS), pour une durée maximale de trente ans à compter de l'expiration de la peine d'emprisonnement, ne s'analyse pas comme une peine.

[L]a Cour rappelle que la notion de « peine » de l'article 7 revêt une portée autonome, la Cour demeurant libre d'aller au-delà des apparences et appréciant elle-même si une mesure particulière s'analyse au fond en une « peine » au sens de cette clause. Le libellé de l'article 7 § 1, seconde phrase, indique que la base de toute appréciation de l'existence d'une peine consiste à déterminer si la mesure en question est imposée à la suite d'une condamnation pour une « infraction ». D'autres éléments peuvent être estimés pertinents à cet égard : la qualification de la mesure en droit interne, sa nature et son but, les procédures associées à son adoption et à son exécution, ainsi que sa gravité¹⁷⁰.

Ainsi, si cette mesure préventive prend place dans une loi entrée en vigueur après la condamnation de l'accusé, le principe de non rétroactivité n'a pas à s'appliquer¹⁷¹.

Susceptible d'une lecture critique, car elle semble prendre à contre-pied sa jurisprudence traditionnelle¹⁷², la décision *Kononov c. Lettonie*¹⁷³ porte sur l'accomplissement de crimes de guerre durant la seconde guerre mondiale pour lesquels le requérant, Vassili Kononov, a été condamné. Cette condamnation du 30 avril 2004, s'appuyait sur l'article 68 § 3 du Code pénal de 1961 de la République socialiste soviétique de Lettonie. C'est le principe *nulla poena sine lege* qui se trouve au cœur des débats, ainsi que la volonté de la Cour strasbourgeoise de ne pas laisser subsister d'impunité suite aux violations du droit à la vie. Le requérant a participé à un massacre de villageois durant la seconde guerre mondiale. L'enjeu principal porte sur le statut des villageois décédés. Ils seront considérés soit comme des combattants, soit comme des civils participant aux hostilités - distinction primordiale puisqu' « en 1944, la distinction entre combattant et civils [...] était l'un des fondements des lois et coutumes de la guerre »¹⁷⁴. La Cour estime que les mauvais traitements, les blessures et la mort infligés aux villageois sont constitutifs d'un crime de guerre. La juridiction strasbourgeoise a considéré que les villageois étaient des personnes hors de combat et, à ce titre, protégées par le *jus in bello* tel qu'il existait en 1944. La Cour souligne que même la réflexion la plus superficielle du requérant aurait indiqué à l'intéressé qu'à tout le moins les actes en cause risquaient d'enfreindre les lois et coutumes de la guerre telles qu'elles étaient interprétées à l'époque et, spécialement, d'être jugés constitutifs de crimes de guerre pour lesquels, en sa qualité de commandant, il pourrait voir sa responsabilité pénale individuelle engagée¹⁷⁵.

¹⁶⁹ *Gardel c. France*, n° 16428/05 (17 décembre 2009) [*Gardel*].

¹⁷⁰ *Ibid.* au para. 40.

¹⁷¹ *Ibid.* au para. 46.

¹⁷² Voir Emmanuelle Decaux, « De l'imprévisibilité de la jurisprudence européenne en matière de droit humanitaire » (2011) 86 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 343.

¹⁷³ *Kononov c. Lettonie* [GC], n° 36376/04 (17 mai 2010) no 130 [*Kononov*].

¹⁷⁴ *Ibid.* au para. 203.

¹⁷⁵ *Ibid.* au para. 238.

En l'espèce, la Lettonie n'a ainsi pas enfreint l'article 7 de la *Convention* européenne des droits de l'Homme.

IX. Liberté de religion

La première avancée marquée de la Cour en cette matière consiste dans l'affirmation des mécanismes de reconnaissance ou d'enregistrement d'entités religieuses. Dans l'arrêt *Kimlya et autres c. Russie*¹⁷⁶ se pose la question de la longue période d'attente imposée par la loi aux groupes religieux « émergents », tels que l'Église de scientologie – par opposition aux groupes religieux intégrés à une structure ecclésiale hiérarchique – désireux d'acquérir la personnalité juridique. En l'espèce, deux adeptes de l'Église de scientologie se sont vu refuser l'enregistrement de celle-ci après une longue procédure et contestent la législation russe, qui distingue les groupes religieux. S'appuyant sur différents rapports du *Monitoring Committee* du Conseil de l'Europe¹⁷⁷ et prolongeant sa jurisprudence récente dans l'affaire *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and Others*, la Cour souligne qu'

[i]n the instant case the Russian Government did not identify any “pressing social need” which the impugned restriction served or any “relevant” and “sufficient” reasons which could justify the lengthy waiting period that a religious organisation had to endure prior to obtaining legal personality. [...] The Court pointed out that “having never existed, the association did not have time to take any action” and that, in any event, the authorities would not have been powerless since a “court could order that the association be dissolved if... its functioning proved to be contrary to law, morality or public order” (see Sidiropoulos and Others, cited above, § 46). [...] By contrast, at no point in the proceedings in the present case has it been alleged that the applicants – either as individuals or as the religious group – engaged or intended to engage in any unlawful activities or pursued any aims other than worship, teaching, practice and observance of their beliefs. The ground for refusing registration was purely formal and

¹⁷⁶ *Kimlya et autres c. Russie*, n° 76836/01 et 32782/03 (1er octobre 2009) [*Kimlya*].

¹⁷⁷ Celui-ci constatait en 1998 : « *The new law on freedom of conscience and on religious associations entered into force on 1 October 1997, after having been revised following a presidential veto of the first version. While the law does provide adequate protection for an individual's right to profess or not to profess the religion of his choice, it contains some other provisions which seem to be inconsistent with international standards and with Russia's international treaty obligations. In particular, the law establishes two categories of religious associations: the more privileged 'religious organisations' and the less privileged 'religious groups'. Religious groups, unlike religious organisations, do not have the status of a legal person, and do not enjoy the rights associated with this status, such as owning property, concluding contracts, and hiring employees. In addition, they are explicitly barred from operating schools or inviting foreign guests to Russia. Religious organisations have these rights, but to be recognised as such must be either classified as a 'traditional' religion or must have existed as a registered religious group on Russian territory for at least 15 years, the latter to be certified by the local authorities. In fact, with the entry into force of this law, a third category of religious associations was created: religious groups registered with the authorities on that day (for less than 15 years) who already enjoy the status of a legal person may keep this status and the associated rights, provided they re-register every year with the authorities. These provisions may lead to discriminatory treatment especially of non-traditional religions, thus undermining the principle of religious equality before the law. A revision of some of these provisions may be called for to ensure compliance with Council of Europe standards. [...]* », *ibid.* au para. 65.

unconnected with their actual functioning. [...] The Court also observes in this connection that the contested provision of the Religions Act only targeted base-level religious communities that could not show either their presence in a given Russian region or their affiliation with a centralised religious organisation. It appears therefore that only those newly emerging religious groups that did not form part of a strictly hierarchical church structure were affected by the "fifteen-year rule". The Government did not offer any justification for such differential treatment¹⁷⁸.

Ce faisant, le gouvernement russe a violé la liberté de religion garantie par la Charte.

L'affaire *Mirojubovs et autres*¹⁷⁹ concernait l'annulation de la reconnaissance des organes d'une paroisse et l'enregistrement d'un groupement rival provenant de ladite paroisse par une institution étatique. Les requérants alléguaient en particulier que la manière dont les autorités nationales étaient intervenues dans un conflit interne concernant leur communauté religieuse avait enfreint leur droit à la liberté de religion au sens de l'article 9 de la *Convention* ainsi que les articles 8 et 11 (liberté de réunion et d'association). L'innovation de la juridiction strasbourgeoise consiste ici à appliquer sa portée jurisprudentielle classique relative aux conflits au sein d'une communauté religieuse dans une situation où il s'agit d'une religion dépourvue d'organisation hiérarchique interne et fonctionnant sous la forme d'entités complètement indépendantes¹⁸⁰. Rappelant les grands principes qui doivent guider

¹⁷⁸ *Ibid.* aux para. 100-101.

¹⁷⁹ *Mirojubovs et autres c. Lettonie*, n° 798/05 (15 septembre 2009) [*Mirojubovs*].

¹⁸⁰ L'historique rappelé par la Cour est particulièrement riche et mérite d'être souligné ici, à titre informatif : « La confession vieille-orthodoxe est née du grand schisme de l'Église orthodoxe russe au milieu du dix-septième siècle. Une partie du clergé et des fidèles russes, menée par l'archiprêtre Avvakoum (*протоиерей Аввакум*), refusa d'accepter les réformes liturgiques initiées par le patriarche Nikon à partir de 1652. Les anciens livres liturgiques et leurs adeptes furent condamnés par l'Église orthodoxe au concile de Moscou de 1666, consommant ainsi le schisme et ouvrant la voie à une série de persécutions contre les personnes attachées aux anciens usages. 9. Les adeptes de la confession vieille-orthodoxe sont plus communément appelés « vieux-croyants » (*староверы* en russe, *vecicibnieki* en letton) ou « vieux-ritualistes » (*старобрядцы* en russe). Leurs différences principales avec l'Église orthodoxe ne se situent pas sur le plan proprement théologique ou dogmatique, mais plutôt sur le plan liturgique et celui de l'orthopraxie (l'orthographe du nom de Jésus, la manière de faire le signe de la croix, le baptême par triple immersion, le libellé de certaines prières, le rejet du chant polyphonique, certains interdits et prescriptions vestimentaires et alimentaires, etc.) 10. Malgré ces éléments communs, tous les vieux-croyants se divisent en deux grandes branches, très différentes entre elles. La première branche, historiquement la plus ancienne, s'appelle les *popovtsy* (*поповцы* en russe, littéralement « les prêtres »). Il s'agit des vieux-croyants qui, en s'assurant la succession apostolique par une chaîne de consécration épiscopales, ont conservé un mode de vie ecclésiale essentiellement identique à celui de l'Église orthodoxe. Les *popovtsy* possèdent leur propre hiérarchie institutionnelle (il existe actuellement deux grandes hiérarchies avec un archevêque à la tête de chacune, ainsi que plusieurs hiérarchies plus petites), leur propre épiscopat, les sept sacrements (y compris l'Eucharistie et la prêtrise) et des communautés de vie monastique. 11. La deuxième branche, les *bespopovtsy* (*беспоповцы*, littéralement « les sans-prêtres ») s'est progressivement formée dans certaines régions au cours de la première moitié du dix-huitième siècle, après le décès des prêtres qui s'étaient ralliés à la cause des vieux-croyants et en l'absence d'un évêque qui pourrait ordonner de nouveaux prêtres à leur place. Dans la perspective eschatologique des *bespopovtsy*, une telle extinction sacramentelle était perçue comme un phénomène normal de la fin des temps. N'ayant pas de prêtres, les *bespopovtsy* ne célèbrent pas l'Eucharistie et donc ne communient pas. Ils ne possèdent aucune hiérarchie ecclésiastique ; chaque communauté locale est en principe indépendante des autres [nos

l'interprétation de la liberté de religion, la Cour souligne qu'afin de déterminer le sens des expressions et formules contenues dans la Convention, elle s'inspire essentiellement des règles d'interprétation établies par les articles 31 à 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. En particulier, en vertu de l'article 31 § 1 de la Convention de Vienne, elle doit établir le sens ordinaire à attribuer aux termes dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de la disposition dont ils sont tirés. La Cour considère donc que la notion d'« abus », au sens de l'article 35 § 3 de la Convention, doit être comprise dans son sens ordinaire retenu par la théorie générale du droit – à savoir le fait, par le titulaire d'un droit, de le mettre en œuvre en dehors de sa finalité d'une manière préjudiciable. Dans sa jurisprudence constante, la Cour a fait recours à cette notion notamment dans deux cas de figure, tout en soulignant qu'il s'agit d'une mesure procédurale exceptionnelle¹⁸¹.

En l'espèce, l'impossibilité d'une approche uniforme pour toutes les confessions religieuses oblige la Cour à insister sur l'obligation pour les autorités de motiver avec un soin particulier les décisions tranchant un conflit interne à une communauté religieuse. Elle relève deux principes qui doivent, en autres, gouverner l'analyse d'une telle situation :

[d]ans une société démocratique, où plusieurs religions ou plusieurs branches d'une même religion coexistent au sein d'une même population, il peut se révéler nécessaire d'assortir cette liberté de limitations propres à concilier les intérêts des divers groupes et à assurer le respect des convictions de chacun. Toutefois, dans l'exercice de son pouvoir de réglementation en la matière et dans sa relation avec les divers religions, cultes et croyances, l'État se doit d'être neutre et impartial ; il y va du maintien du pluralisme et du bon fonctionnement de la démocratie (*Eglise métropolitaine de Bessarabie et autres*, précité, §§ 115-116). D'autre part, l'article 9 de la Convention ne peut guère être conçu comme susceptible de diminuer le rôle d'une foi ou d'une Eglise auxquelles adhère historiquement et culturellement la population d'un pays défini [...].

Sauf dans des cas très exceptionnels, le droit à la liberté de religion tel que l'entend la Convention exclut toute appréciation de la part de l'État sur la légitimité des croyances religieuses ou sur les modalités d'expression de celles-ci. De même, des mesures de l'État favorisant un dirigeant d'une communauté religieuse divisée ou visant à contraindre la communauté,

soulignements]. La direction spirituelle de la communauté est généralement assurée par des hommes laïcs élus par les fidèles et spécialement formés et bénis, appelés « maîtres spirituels » (*духовные наставники*) ; ceux-ci assurent la prédication, dirigent les assemblées dominicales, administrent les baptêmes, entendent les confessions, célèbrent les mariages et les funérailles. Ils sont habituellement désignés par le titre de « père », à l'instar des prêtres. 12. A la suite de nombreuses scissions survenues au cours de l'histoire, les deux branches des vieux-croyants se subdivisent en plusieurs obédiences (*согласия*, littéralement « concordés ») ; chez les *bespopovtsy*, celles-ci peuvent encore se subdiviser en mouvances (*толки*). Sauf quelques rares exceptions, les différentes obédiences ne se reconnaissent pas mutuellement. 13. Depuis 1800, il existe également un courant appelé *yedinovertsy* (*единоверцы*). Il s'agit de vieux-croyants qui ont consenti à devenir membres de l'Église orthodoxe russe tout en gardant l'usage du vieux rite. Les paroisses des *yedinovertsy* font dès lors partie intégrante de l'Église orthodoxe, mais elles sont autorisées à célébrer d'après les textes liturgiques antérieurs à 1666 », *Ibid.* aux para. 9-12.

¹⁸¹ *Ibid.* au para. 62.

contre ses propres souhaits, à se placer sous une direction unique constituent également une atteinte à la liberté de religion. Dans une société démocratique, l'État n'a pas besoin de prendre des mesures pour garantir que les communautés religieuses soient ou demeurent placées sous une direction unique. En effet, le rôle des autorités dans un tel cas n'est pas d'enrayer la cause des tensions en éliminant le pluralisme, mais de s'assurer que des groupes opposés l'un à l'autre se tolèrent [...].¹⁸² (nos soulignements)

La liberté d'expression académique, chère à la tradition universitaire européenne¹⁸³, a été mise en jeu dans l'affaire *Lombardi Vallauri c. Italie*¹⁸⁴. Le contexte est celui d'une université confessionnelle, où un professeur contractuel souhaitait candidater à une permanence à la faculté de droit de l'Université catholique du Sacré-Cœur de Milan. Celle-ci a refusé de prendre en compte sa candidature à la suite d'un rapport de la Congrégation pour l'éducation catholique, instance du Saint-Siège, qui indiquait que « certaines positions du requérant "s'oppos[ai]ent nettement à la doctrine catholique" et que, "dans le respect de la vérité, du bien des étudiants et de celui de l'Université [même]" », l'intéressé devait cesser d'enseigner dans cette université¹⁸⁵ ». Suite à l'examen de la procédure de recrutement de la faculté, ainsi que des différentes possibilités de contrôle juridictionnel, la Cour a conclu que lorsqu'il a décidé d'écarter la candidature du requérant, le Conseil de faculté n'a pas indiqué à l'intéressé, ni même évalué, dans quelle mesure les opinions prétendument hétérodoxes qui lui étaient reprochées se reflétaient dans son activité d'enseignement et comment, de ce fait, elles étaient susceptibles de porter atteinte à l'intérêt de l'Université consistant à dispenser un enseignement inspiré de ses convictions religieuses propres. Ensuite, d'une manière plus générale, la Cour remarque que la teneur même de ces « positions » est restée totalement inconnue. La seule mention à cet égard figure dans la lettre de la Congrégation (dont la partie pertinente est citée dans la lettre envoyée par le président de l'Université au doyen de la faculté de droit), et vise certaines positions de M. Lombardi Vallauri qui « s'opposent nettement à la doctrine catholique ». La Cour ne peut manquer de relever le caractère vague et incertain d'une telle indication et de constater que la décision du Conseil de faculté n'est étayée par aucune autre motivation que la simple référence au refus d'agrément du Saint-Siège, refus dont le contenu est resté secret. Ce constat n'est en rien diminué par l'entretien entre le requérant et un interlocuteur de la Congrégation, cet entretien ayant eu lieu de façon informelle, sans qu'aucun compte-rendu officiel ne soit dressé¹⁸⁶.

Ainsi, l'intérêt de l'Université à dispenser un engagement inspiré de la doctrine catholique ne peut s'étendre en l'espèce jusqu'à porter atteinte à la substance même des garanties procédurales inhérentes à l'article 10 de la *Convention* (liberté

¹⁸² *Ibid.* au para. 80.

¹⁸³ Franck Lafaille, « La liberté académique doit-elle passer sous les fourches caudines des universités confessionnelles ? À propos de la décision de la CEDH *Lombardi Vallauri* » (2010) 4 *Actualité jur. dr. admin.* 215.

¹⁸⁴ *Lombardi Vallauri c. Italie*, n° 39128/05 (20 octobre 2009) [*Lombardi Vallauri*].

¹⁸⁵ *Ibid.* au para. 6.

¹⁸⁶ *Ibid.* aux para. 47 à 49.

d'expression), l'atteinte portée au droit du requérant à la liberté d'expression n'étant pas « nécessaire dans une société démocratique »¹⁸⁷.

La décision sur la recevabilité de l'affaire *Appel-Irrgang et autres c. Allemagne*¹⁸⁸ a permis à la juridiction strasbourgeoise de souligner un concept de plus en plus crucial pour les sociétés démocratiques : le principe de neutralité. La juridiction a balisé dans cette décision les principes du devoir de neutralité de l'État dans le domaine de l'enseignement scolaire au regard d'un cas d'espèce où il était introduit un cours d'éthique obligatoire à tous les élèves de l'enseignement secondaire public dans le *Land* de Berlin. Cette situation rappelle, de manière évidente, le contexte québécois et l'introduction d'un cours similaire dans le parcours éducatif des jeunes québécois. Toutefois, dans le contexte du *Land* de Berlin, aucune dispense n'était possible pour ceux qui fréquentaient sur une base volontaire et dans leur établissement des cours de religion dispensés par des représentants de communautés et groupes religieux ou philosophiques. La Cour, se fondant notamment sur l'arrêt *Folgerø et autres c. Norvège*¹⁸⁹, en profite pour rappeler les grands principes qui doivent guider la Cour sur ces questions, qu'elle aura l'occasion de reprendre en 2011 dans l'affaire *Lautsi*¹⁹⁰.

Elle souligne en particulier que la définition et l'aménagement du programme des études relèvent en principe de la compétence des États contractants qui doivent cependant veiller à ce que les informations ou connaissances figurant au programme scolaire soient diffusées de manière objective, critique et pluraliste, permettant aux élèves de développer un sens critique à l'égard du fait religieux dans une atmosphère sereine, préservée de tout prosélytisme intempestif. Il leur est notamment interdit de poursuivre un but d'endoctrinement qui pourrait être considéré comme ne respectant pas les convictions religieuses et philosophiques des parents auxquels il appartient en priorité d'assurer l'éducation et l'enseignement de leurs enfants. Là se place la limite à ne pas dépasser.

La Cour note que les requérants soutiennent pour l'essentiel que le cours d'éthique n'est pas neutre et heurte leurs convictions religieuses du fait de son caractère laïque¹⁹¹.

En l'espèce, la Cour estime que le cours d'éthique que la première requérante est tenue de fréquenter est un cours neutre qui n'accorde aucun poids particulier à une religion ou croyance déterminée mais dont l'objectif est de transmettre une base de valeurs communes aux élèves et d'éduquer ceux-ci à s'ouvrir à des personnes adhérant à d'autres croyances que la leur. La Cour note aussi, comme l'a rappelé la Cour constitutionnelle fédérale, que si, d'après le plan cadre des études, on attend de l'enseignant qu'il acquière son propre point de vue relatif aux questions éthiques abordées dans le cours et qu'il le transmette aux élèves de manière crédible, une quelconque influence illicite sur ceux-ci est prohibée. En ce qui concerne

¹⁸⁷ *Ibid.* au para. 56.

¹⁸⁸ *Appel-Irrgang et autres c. Allemagne* (déc.), n° 45216/07 (6 octobre 2009) [*Appel-Irrgang*].

¹⁸⁹ *Folgerø et autres c. Norvège* [GC], n° 15472/02, § 84, [2007] VIII C.E.D.H.

¹⁹⁰ *Lautsi et autres c. Italie* [GC], n° 30814/06 (18 mars 2011).

¹⁹¹ *Appel-Irrgang*, *supra* note 188.

l'enseignement du cours d'éthique dans la pratique, elle constate que les requérants n'ont pas fait valoir que les connaissances transmises dans ce cours pendant l'année scolaire 2006-2007 n'avaient pas respecté leurs convictions religieuses et revêtaient un but d'endoctrinement¹⁹².

A contrario, l'arrêt *Sinan Işık c. Turquie*¹⁹³ vise, dans une perspective différente, à protéger l'aspect négatif de la liberté de religion et de conscience soit le droit pour l'individu à garder le silence sur ses convictions. Le requérant se plaignait notamment de la mention de la religion sur la carte d'identité, document public d'usage fréquent dans la vie quotidienne. La notion de conviction religieuse est à cette occasion soulignée et éclairée de manière marquante. Elle souligne qu'à cet égard, la thèse du Gouvernement selon laquelle la mention litigieuse ne pouvait être interprétée comme une mesure contraignant tout citoyen turc à divulguer ses croyances et convictions religieuses ne saurait être suivie par la Cour. Il s'agit là du droit de ne pas divulguer sa religion ou sa conviction, qui relève du for intérieur de chacun. Ce droit est inhérent à la notion de la liberté de religion et de conscience. À interpréter l'article 9 comme autorisant n'importe quelle sorte de coercition visant à extérioriser sa religion ou conviction, on toucherait à la substance même de la liberté qu'il entend garantir¹⁹⁴.

Selon la Cour, lorsque les cartes d'identité comportent une case consacrée à la religion, le fait de laisser celle-ci vide a inévitablement une connotation spécifique. Les titulaires d'une carte d'identité sans information concernant la religion se distingueraient, contre leur gré et en vertu d'une ingérence des autorités publiques, de ceux qui ont une carte d'identité sur laquelle figurent leurs convictions religieuses.

[D]ans une société démocratique où l'État est l'ultime garant du pluralisme, y compris du pluralisme religieux, le rôle des autorités ne consiste pas à prendre des mesures qui peuvent privilégier une des interprétations de la religion au détriment des autres, ou qui visent à contraindre une communauté divisée ou une partie de celle-ci à se placer, contre son gré, sous une direction unique [...]. Le devoir de neutralité et d'impartialité de l'État, tel que défini dans sa jurisprudence, est incompatible avec un quelconque pouvoir d'appréciation par l'État de la légitimité des croyances religieuses, et ce devoir impose à celui-ci de s'assurer que des groupes opposés l'un à l'autre, fussent-ils issus d'un même groupe, se tolèrent¹⁹⁵.

L'attitude consistant à demander qu'aucune mention ne figure sur les cartes d'identité a un lien étroit avec les convictions les plus profondes de l'individu. Dès lors, la divulgation d'un des aspects les plus intimes de l'individu est toujours en jeu. La Cour, au regard de la manifestation par le citoyen de ses croyances religieuses à travers le port de tenue vestimentaire, souligne dans l'affaire *Ahmet Arslan et autres c. Turquie*¹⁹⁶ que le respect de la neutralité à l'égard de croyances peut primer sur le libre exercice du droit de manifester sa religion.

¹⁹² *Ibid.*

¹⁹³ *Sinan Işık c. Turquie*, n° 21924/05 (2 février 2010) [*Sinan*].

¹⁹⁴ *Ibid.* au para. 42.

¹⁹⁵ *Ibid.* au para. 45.

¹⁹⁶ *Ahmet Arslan et autres c. Turquie*, n° 41135/98 (23 février 2010).

Soulignons enfin l'affaire *Lautsi c. Italie*¹⁹⁷ qui donne pour la première fois à la juridiction des droits de l'homme l'occasion de se pencher sur la question de l'exposition dans un lieu public d'un symbole religieux - un crucifix en l'occurrence - dans les salles de classe d'une école publique¹⁹⁸. Cette affaire a toutefois été portée devant la Grande chambre en 2011 et nous en ferons l'analyse complète dans notre prochaine chronique. En chambre, la Cour conclut essentiellement que l'exposition obligatoire d'un symbole d'une confession donnée dans l'exercice de la fonction publique relativement à des situations spécifiques relève du contrôle gouvernemental. La présence d'un tel symbole dans les salles de classe restreint le droit des enfants scolarisés de croire ou de ne pas croire et restreint le droit des parents d'éduquer leurs enfants selon leurs convictions. Il en est de même avec l'affaire *Bayatyan c. Arménie*¹⁹⁹ qui a donné lieu à une décision en Grande Chambre en 2011 qui fera l'objet d'une analyse complète dans notre prochaine chronique. Il est question de la confrontation entre obligation de service militaire et liberté de religion. En l'espèce, il s'agissait d'un objecteur de conscience, témoin de Jéhovah, condamné à une peine de deux ans et demi de prison pour refus d'effectuer son service militaire. Évoquons *in fine* sommairement l'arrêt *Jakóbski c. Pologne*²⁰⁰ qui développe la jurisprudence sur le régime alimentaire en prison motivé par des croyances religieuses. Il s'agit d'une affaire concernant le refus des autorités pénitentiaires d'assurer un régime végétarien à un bouddhiste, en dépit des règles diététiques prescrites par sa religion.

X. Liberté d'expression

Si la jurisprudence de la juridiction strasbourgeoise est critiquée par la doctrine en ce début d'année 2011²⁰¹, la Cour a statué en 2009 et 2010 en matière de liberté d'expression au travers de différents nouveaux médias et de différents acteurs. La Cour a également abordé certains problèmes soulevés par Internet en tant que nouveau média : la question de la publication de ses archives par un quotidien sur son site Internet qui l'expose, sans limite dans le temps, à des actions en diffamation. La Cour examine ces questions pour la première fois dans son arrêt *Times Newspapers Ltd c. Royaume-Uni*²⁰² et conclut en l'espèce à une non-violation. Elle affirme néanmoins que lorsqu'une action en diffamation est engagée après un long laps de temps elle peut, même en l'absence de circonstances exceptionnelles, donner lieu à une atteinte disproportionnée à la liberté de la presse au regard de l'article 10.

¹⁹⁷ *Lautsi c. Italie*, n° 30814/06 (3 novembre 2009).

¹⁹⁸ Voir Cécile Mathieu, Serge Gutwirth et Paul de Hert, « Liberté religieuse : vers un devoir de neutralité de l'État dans l'enseignement public ? » (2010) 169 J. Trib. Droit Eur. 134; Clément Benelbaz, « Les crucifix dans les écoles : évolutions de la jurisprudence européenne » (2011) 6 Droit administratif 38; Gérard Gonzalez, « L'école publique comme sanctuaire laïque selon la Cour Européenne des Droits de l'Homme » (2010) 82 Revue trimestrielle des droits de l'homme 467.

¹⁹⁹ *Bayatyan c. Arménie*, n° 23459/03 (27 octobre 2009).

²⁰⁰ *Jakóbski c. Pologne* [GC], n° 18429/06 (7 décembre 2010).

²⁰¹ Notamment au regard de la décision *RTBF contre Belgique*, n° 50084/06 (29 mars 2011). Voir aussi Marlène Trézéguet, « Les exceptions à la liberté d'expression doivent être encadrées par la loi et non par la jurisprudence » (2011) 71 Revue Lamy droit de l'immatériel 43.

²⁰² *Times Newspapers Ltd (n°s 1 et 2) c. Royaume-Uni*, n°s 3002/03 et 23676/03 (10 mars 2009).

Dans l'affaire *Társaság a Szabadságjogokért c. Hongrie*²⁰³, la Cour reconnaît un rôle spécifique aux ONG, étendant la protection accordée à la presse aux activités de celles-ci. S'appuyant sur les arrêts clés en la matière que sont les arrêts Leander et Godwin, la juridiction strasbourgeoise considère qu'il serait fatal pour la liberté d'expression en politique que les personnages publics puissent censurer la presse et le débat public au nom de leurs droits de la personnalité, en alléguant que leurs opinions sur des sujets publics sont liées à leur personne et constituent dès lors des données privées ne pouvant être divulguées sans leur consentement. De l'avis de la Cour, ces considérations sont inaptes à justifier l'ingérence incriminée en l'espèce. La Cour considère que les obstacles dressés pour restreindre l'accès à des informations d'intérêt public risquent de décourager ceux qui travaillent dans les médias ou dans des domaines connexes de mener des investigations sur certains sujets d'intérêt public. En conséquence, ils pourraient être moins à même de jouer leur indispensable rôle de « chien de garde », et leur aptitude à fournir des informations précises et fiables pourrait s'en trouver amoindrie²⁰⁴.

L'accès aux sources pour les organismes de presse, les ONG et les individus devient des éléments cruciaux de la jurisprudence de la Cour. Dans l'affaire *Kenedi c. Hongrie*²⁰⁵, celle-ci souligne que l'accès à des sources de documentation originales - en l'espèce des documents relatifs aux services secrets hongrois du temps du bloc de l'est - est un élément essentiel, pour peu qu'il participe à un objectif légitime.

Finalement, c'est encore l'affaire *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (no 2)*²⁰⁶, qui amène la Grande Chambre à statuer sur l'obligation positive de l'État suisse découlant de l'article 10. Cette affaire, qui a fait l'objet d'une analyse dans une précédente chronique²⁰⁷, portait sur l'interdiction de diffuser un spot publicitaire. Malgré la condamnation de la Suisse suite à la violation de la liberté d'expression, celle-ci a maintenu l'interdiction ce qui lui vaut une nouvelle condamnation.

XI. Liberté de réunion et d'association

Cette année, des cas de dissolution d'associations ou de partis politiques ont fait l'objet de requêtes devant la Cour. L'affaire *Herri Batasuna et Batasuna c. Espagne*²⁰⁸ visait la dissolution de partis politiques liés à une organisation terroriste. Au regard du contexte de violence et de terrorisme qui existe depuis plus de trente ans dans le pays basque et qui est condamné par l'ensemble des autres partis politiques, cette affaire met aux prises l'État espagnol et deux partis politiques basques, *Herri*

²⁰³ *Társaság a Szabadságjogokért c. Hongrie*, n° 37374/05 (14 avril 2009) [*Társaság*].

²⁰⁴ *Ibid.* aux para. 37-38.

²⁰⁵ *Kenedi c. Hongrie*, n° 31475/05 (26 mai 2009).

²⁰⁶ *Verein Gegen Tierfabriken (VgT) c. Suisse* [GC], n° 32772/02 (30 juin 2009).

²⁰⁷ David Gilles et Mirentxu Aguerre, « Panorama de la jurisprudence 2007 de la CEDH » (2007) 20-2 RQDI 265.

²⁰⁸ *Herri Batasuna et Batasuna c. Espagne*, n° 25803/04 et 25817/04 (30 juin 2009) [*Herri Batasuna et Batasuna*].

Batasuna et *Batasuna*. Ces deux derniers virent leur dissolution prononcée par une décision du Tribunal suprême espagnol du 27 septembre 2003, fondée sur la loi organique 6/2002 sur les partis politiques (LOPP) datant du 30 août 2002. Les requérants contestèrent cette décision devant la juridiction strasbourgeoise sur les fondements des articles 10 et 11 de la *Convention*. Juridiquement, les deux requérants se plaignent du caractère non accessible et non prévisible de la LOPP, étant donné son caractère de loi *ad hoc*, ainsi que de l'application rétroactive de ladite loi et de l'absence de but légitime, la dissolution ayant eu pour objectif d'éliminer le débat politique au Pays basque. Ils estiment que la mesure prise à leur encontre ne peut être considérée nécessaire dans une société démocratique et la jugent contraire au principe de proportionnalité²⁰⁹.

La Cour européenne est alors amenée à développer une réflexion intéressante sur l'appréciation qu'il convient d'avoir du concept de *société démocratique*, et sur l'attitude qu'un État peut légalement adopter dans la cadre de la lutte contre le terrorisme, prolongeant la réflexion des juridictions espagnoles. Sur le fondement de l'article 11 de la *Convention*, la Cour, tout comme les parties, reconnaît l'évidente ingérence que comporte la décision du Tribunal suprême espagnol de dissoudre les partis politiques *Herri Batasuna* et *Batasuna*. Toutefois, elle estime que cette ingérence correspondait à un besoin social et impérieux et était proportionnée au but visé.

Il en résulte que la dissolution peut être considérée comme « nécessaire dans une société démocratique », notamment pour le maintien de la sûreté publique, la défense de l'ordre et la protection des droits et libertés d'autrui, au sens de l'article 11 § 2²¹⁰.

Soulignant la marge d'appréciation réduite dont disposent les États en cette matière, la Cour souligne ainsi le caractère indispensable de la protection de cette liberté au sein d'une société démocratique, notamment à l'égard du lien viscéral qu'elle entretient avec le pluralisme sans lequel la démocratie n'est pas envisageable²¹¹. Relevant la collusion que les deux partis entretiennent avec l'organisation terroriste²¹², la juridiction strasbourgeoise considère alors que les droits garantis par l'article 11 §1 de la *Convention* ne s'appliquent pas à *Herri Batasuna*, ni à *Batasuna*, dans la mesure où un parti politique dont les responsables incitent à recourir à la violence, ou proposent un projet politique qui ne respecte pas une ou plusieurs règles de la démocratie ou qui vise la destruction de celle-ci ainsi que la méconnaissance des droits et libertés qu'elle reconnaît, ne peut se prévaloir de la protection de la *Convention* contre les sanctions infligées pour ces motifs²¹³.

Au regard de la liberté de manifestation, la question palestinienne s'invite dans le débat européen dans le contexte difficile de la défense des droits de l'homme

²⁰⁹ *Ibid.* au para. 51.

²¹⁰ *Ibid.* au para. 94.

²¹¹ *Ibid.* au para. 76.

²¹² *ibid.* au para. 85.

²¹³ *Ibid.* au para. 90.

en Turquie. Dans l'affaire de *Samüt Karabulut c. Turquie*²¹⁴, le requérant, Samüt Karabulut, participa à une manifestation afin de protester contre les opérations d'Israël en Palestine. Au cours de celle-ci il fut selon lui arrêté violemment. Il engagea alors une action contre les responsables policiers mais les juridictions internes refusèrent d'instruire celle-ci. Il invoque devant la juridiction strasbourgeoise les violations des articles 3, 5, 10, 11. La Cour indique dans un premier temps que « *the police intervention and the subsequent arrest of the applicant constituted, in itself, an interference with the applicant's rights under Article 11 of the Convention* »²¹⁵. Constatant qu'en l'espèce la manifestation n'avait pas reçu d'autorisation et était de ce fait illégale²¹⁶, elle remarque toutefois que le Gouvernement turc n'a pas démontré que ses participants causaient un danger pour l'ordre public, violant ainsi l'article 11. « *[T]he police intervention against the demonstration was disproportionate and was not necessary for preventing disorder and protecting public safety within the meaning of the second paragraph of Article 11 of the Convention* »²¹⁷.

De même, constatant une corrélation entre les rapports médicaux sur l'état du requérant dressés juste après les faits et ses allégations, et en l'absence de preuve de résistance du requérant, la juridiction strasbourgeoise conclut à la violation de l'article 3 de la *Convention*.

XII. Discrimination

À nouveau l'Europe de l'Est se trouve au cœur des débats au sujet des questions de discrimination, notamment des populations roms. Dans l'affaire *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine*²¹⁸ le débat juridique portait sur l'impossibilité faite aux requérants, l'un rom et l'autre juif, de se porter candidats aux élections à la Chambre des peuples et aux élections à la présidence de l'État dès lors qu'ils ne déclarent appartenir à aucun des peuples constituants (soit les Bosniaques, les Croates et les Serbes). Les deux requérants sont M. Sejdić, le contrôleur rom de la mission de l'OSCE en Bosnie-Herzégovine, et M. Finci, l'ambassadeur de Bosnie-Herzégovine en Suisse. La problématique s'est nouée autour de certaines dispositions de la Constitution de Bosnie-Herzégovine. Celle-ci est par nature atypique, dans la mesure où elle a été rédigée et adoptée sans qu'aient été appliquées les procédures qui auraient pu lui conférer une légitimité démocratique. Négociée et publiée dans une langue étrangère, l'anglais, elle représente l'unique cas de Constitution n'ayant jamais été officiellement publiée dans les langues officielles du pays concerné²¹⁹.

Les peuples bosniaque, croate, et serbe, sont qualifiés dans son préambule de

²¹⁴ *Samüt Karabulut c. Turquie*, n° 16999/04 (27 janvier 2009) [*Samüt Karabulut*].

²¹⁵ *Ibid.* au para. 31.

²¹⁶ *Ibid.* au para. 34.

²¹⁷ *Ibid.* au para. 38.

²¹⁸ *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine* [GC], n°s 27996/06 et 34836/06 (22 décembre 2009) [*Sejdić et Finci*].

²¹⁹ *Ibid.* au para. 6.

peuple constituant, et bénéficient à cet égard d'un certain nombre d'arrangements, voire de privilèges, dans le partage du pouvoir au sein de cet État.

Concernant d'abord la recevabilité de cette requête, la juridiction strasbourgeoise constate qu'eu égard à leur participation active à la vie publique, il serait tout à fait naturel que les requérants envisagent réellement de se présenter aux élections à la Chambre des peuples ou à la présidence de l'État. Ils peuvent dès lors se prétendre victimes de la discrimination qu'ils allèguent²²⁰.

La disposition excluant les requérants de la Chambre des peuples - après ratification par la Bosnie-Herzégovine de la *Convention* et du Protocole n° 1 - ne repose pas, selon les juges strasbourgeois, sur une justification objective et raisonnable²²¹. Elle se trouve donc contraire à l'article 14 de la *Convention* (interdiction de discrimination) combiné avec l'article 3 du Protocole no 1. La juridiction expose d'abord à cet égard la façon dont il convient d'appréhender la notion de discrimination au regard de sa jurisprudence. A ses yeux, « la discrimination consiste à traiter de manière différente sans justification objective et raisonnable des personnes placées dans des situations comparables », et « un traitement différencié est dépourvu de « justification objective et raisonnable » lorsqu'il ne poursuit pas un « but légitime » ou qu'il n'existe pas un « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »²²². Elle affirme que « la discrimination raciale constitue une forme de discrimination particulièrement odieuse qui, compte tenu de la dangerosité de ses conséquences, exige une vigilance spéciale et une réaction vigoureuse de la part des autorités »²²³. Il découle de ce constat très net que « lorsqu'une différence de traitement est fondée sur la race, la couleur ou l'origine ethnique, la notion de justification objective et raisonnable doit être interprétée de manière aussi stricte que possible »²²⁴.

Les juges strasbourgeois ont également eu l'occasion d'appliquer à cette occasion l'article 1 du Protocole n° 12 qui pose une interdiction générale de la discrimination²²⁵. Ils sont amenés à considérer alors que ces dispositions constitutionnelles doivent être considérées comme discriminatoires, la Cour estimant qu'aucune distinction pertinente ne peut être établie entre la Chambre des peuples et la présidence de Bosnie-Herzégovine. Elle affirme que les dispositions constitutionnelles en vertu desquelles les requérants ne peuvent se porter candidats aux élections à la présidence doivent elles aussi être considérées comme discriminatoires et comme emportant violation de l'article 1 du Protocole n° 12, la Cour estimant qu'à cet égard aucune distinction pertinente ne peut être établie entre la Chambre des peuples et la présidence de Bosnie-Herzégovine²²⁶.

La juridiction strasbourgeoise s'est également penchée sur les effets du

²²⁰ *Ibid* au para. 29.

²²¹ *Ibid* au para. 50.

²²² *Ibid* au para. 42.

²²³ *Ibid* au para. 43.

²²⁴ *Ibid* au para. 44.

²²⁵ *Ibid* au para. 53.

²²⁶ *Ibid* au para. 56.

mariage rom - en matière de pension de réversion - dans l'affaire *Muñoz Díaz c. Espagne*²²⁷. Elle considère alors que les États signataires doivent conserver une certaine cohérence. Ainsi, l'État espagnol, après avoir attribué à la requérante un livret de famille, le statut de famille nombreuse, une assistance en matière de santé, et après avoir perçu les cotisations à la sécurité sociale pendant plus de dix-neuf ans, ne peut refuser de reconnaître désormais les effets du mariage rom en matière de pension de réversion. En l'espèce, la requérante et Monsieur D. s'étaient mariés conformément aux coutumes et aux traditions culturelles roms. A la mort du mari, sa veuve demanda à bénéficier d'une pension de réversion qui lui fut refusée par l'Institut national de sécurité sociale, car « [la requérante] n'est pas et n'a jamais été l'épouse de la personne décédée avant la date de son décès »²²⁸. Sur le fondement de l'article 14, la requérante conteste la décision prise par les différents tribunaux espagnols basée sur l'estimation que l'union entre la requérante et Monsieur D. ne pouvait être qualifiée que d'une union de fait au regard du droit espagnol.

La Cour souligne que la bonne foi de la requérante quant à sa croyance en la réalité - position proche de l'analyse de la Cour suprême du Canada - de son mariage ne peut être mise en doute dans la mesure où « les autorités espagnoles lui ont délivré plusieurs documents officiels attestant de sa qualité d'épouse de Monsieur D. »²²⁹. Elle relève donc à cet égard une violation de l'article 14 de la *Convention*²³⁰. Elle profite de cette occasion pour affirmer solennellement que la vulnérabilité des Roms, du fait qu'ils constituent une minorité, implique d'accorder une attention spéciale à leurs besoins et à leur mode de vie propre, tant dans le cadre réglementaire valable en matière d'aménagement que lors de la prise de décision dans des cas particuliers²³¹.

En revanche, au regard de l'argument de la requérante selon lequel la législation de l'État espagnol portait atteinte à son droit de se marier et de fonder une famille, la Cour rejette l'argument en considérant que dans la mesure où le mariage civil est ouvert aux Roms dans les mêmes conditions d'égalité qu'aux personnes n'appartenant pas à la communauté rom, « et que de ce fait, la différence de traitement à l'égard de certaines minorités religieuses ayant passé un accord avec l'État espagnol » répond à des motifs que le législateur doit prendre en compte, et qui relèvent, comme le Gouvernement le souligne, de sa marge d'appréciation²³².

Encore au sujet de l'union maritale, mais de personnes de même sexe cette fois-ci, la Cour des droits de l'homme est amenée, dans l'affaire *Schalk et Kopf c. Autriche*²³³, à se pencher sur les allégations d'une discrimination alléguée en matière de mariage.

Les requérants, un couple homosexuel, faisant une demande pour se marier, ont vu rejetée leur demande aux motifs que l'article 44 du Code civil (*Allgemeines*

²²⁷ *Muñoz Díaz c. Espagne*, n° 49151/07 (8 décembre 2009) [*Muñoz Díaz*].

²²⁸ *Ibid.* au para. 12.

²²⁹ *Ibid.* au para. 56.

²³⁰ *Ibid.* au para. 70.

²³¹ *Ibid.* au para. 66.

²³² *Ibid.* au para. 80.

²³³ *Schalk et Kopf c. Autriche*, n° 30141/04 (24 juin 2010) no 131, [*Schalk et Kopf*].

Bürgerliches Gesetzbuch) prévoit que seules des personnes de sexe opposé peuvent se marier²³⁴. Toutefois, le gouvernement a créé, en janvier 2010, une loi sur le partenariat enregistré permettant aux couples homosexuels d'obtenir un statut juridique proche de celui conféré aux personnes mariées. Ce dernier stipule que le recours des requérants n'a plus raison d'être²³⁵. Les requérants allèguent que le fait de leur refuser le mariage constitue une violation à l'article 12 de la *Convention*²³⁶.

Les requérants plaident que ce libellé [article 12] n'implique pas nécessairement qu'un homme ne puisse épouser qu'une femme et *vice versa*. La Cour observe que, pris isolément, le texte de l'article 12 peut s'interpréter comme n'excluant pas le mariage entre deux hommes ou entre deux femmes²³⁷.

En se référant au contexte historique, qui tend à interpréter le mariage comme l'union de personnes de sexe différent²³⁸, la juridiction strasbourgeoise rappelle que l'incapacité pour un couple de concevoir un enfant n'est pas un empêchement au mariage²³⁹. Les requérants soutiennent qu'il ne faut pas interpréter littéralement l'article 12 de la *Convention* (droit au mariage), mais que la *Convention* est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui²⁴⁰. La Cour, au contraire, souligne qu'il n'existe pas de consensus européen sur la question du mariage homosexuel. A l'heure actuelle, seuls six États contractants sur quarante-sept autorisent le mariage entre partenaires de même sexe²⁴¹.

La Cour souligne que « le mariage possède des connotations sociales et culturelles profondément enracinées susceptibles de différer notablement d'une société à une autre. Elle rappelle qu'elle ne doit pas se hâter de substituer sa propre appréciation à celle des autorités nationales, qui sont les mieux placées pour apprécier les besoins de la société et y répondre »²⁴². La Cour considère que « l'article 12 n'impose pas aux États contractants l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels, l'article 14 combiné avec l'article 8, dont le but et la portée sont plus généraux, ne saurait être compris comme imposant une telle obligation »²⁴³. La Cour rappelle « les États demeurent libres, tant au regard de l'article 12 qu'au titre de l'article 14 combiné avec l'article 8, de n'ouvrir le mariage qu'aux couples hétérosexuels »²⁴⁴. La Cour conclut donc qu'il n'y a pas eu de violation aux articles 8, 12, 14 de la *Convention*²⁴⁵.

²³⁴ *Ibid.* au para. 9.

²³⁵ *Ibid.* au para. 35.

²³⁶ *Ibid.* au para. 38.

²³⁷ *Ibid.* au para. 38.

²³⁸ *Ibid.* au para. 55.

²³⁹ *Ibid.* au para. 56.

²⁴⁰ *Ibid.* au para. 57.

²⁴¹ *Ibid.* au para. 58.

²⁴² *Ibid.* au para. 62.

²⁴³ *Ibid.* au para. 101.

²⁴⁴ *Ibid.* au para. 108.

²⁴⁵ *Ibid.* au para. 110.

D'autres arrêts que ceux évoqués dans le présent article ont bien évidemment été marquants en 2009-2010 et l'un d'entre eux se doit d'être évoqué. Il s'agit de l'arrêt *Medvedyev et autres c. France*²⁴⁶, qui, s'il possède une résonance très française puisqu'il traite du statut du juge d'instruction, connaîtra un développement aux incidences lourdes pour les ordonnancements juridiques des États membres. Dynamique en matière d'environnement, de liberté de religion – moins marquante que par le passé en matière d'immigration – la Cour européenne a su, durant ces deux années, donner certaines inflexions riches de promesses dans sa jurisprudence. Elle semble d'ailleurs déjà les mettre en œuvre en ce début 2011, notamment en matière de religion²⁴⁷.

Dernière année complète du mandat du juge Costa à sa tête, l'année 2010 montre une ouverture et la volonté de dialogue forte entre les juges européens et les juges nationaux. Affirmant que la *Convention* appartient à ces derniers, le juge Costa souligne que si la place des traités peut varier dans la hiérarchie des normes selon les pays. La Convention, instrument multilatéral de garantie collective des droits, tient une place spécifique. Les juges nationaux doivent l'interpréter, l'appliquer, la faire prévaloir sur des règles ou des pratiques incompatibles. Plus ils le feront et moins notre Cour aura à intervenir, sauf pour être cet ultime rempart qu'avaient conçu les Pères fondateurs²⁴⁸.

Se désengageant symboliquement du cœur de la dynamique jurisprudentielle européenne, la Cour n'en reste pas moins le métronome de l'évolution des droits fondamentaux à l'échelle du continent européen. Il est toutefois difficile de faire connaître la partition aux acteurs citoyens de cet immense ensemble. Si les différents solistes des recours individuels se trompent parfois de note en saisissant la juridiction en trop grand nombre et sans fondement, ils contribuent alors tous à un jeu *ad moderato* des droits fondamentaux.

Il faut que les citoyens, les justiciables, sachent que si sont en jeu pour eux les droits tirés de la Convention – et ceux-là seuls – ils disposent de six mois pour saisir la Cour de Strasbourg après avoir épuisé toutes les voies de recours internes, mais que celle-ci n'est pas une quatrième instance et ne peut dès lors rejurer le procès, ou annuler l'arrêt. Il faut un effort de tous, y compris les ONG, les Barreaux, le monde académique, pour sans cesse rappeler que le droit de recours est un droit, mais qu'il ne peut ouvrir toutes les espérances et couvrir toutes les activités et tous les aspects de la vie des êtres humains que nous cherchons à garantir²⁴⁹.

²⁴⁶ *Medvedyev et autres c. France*, n° 3394/03 (29 mars 2010).

²⁴⁷ *Association Les Témoins de Jehovah c. France* (déc.), n° 8916/05 (30 juin 2011) et *Boychev et autres c. Bulgarie*, n° 77185/01 (27 janvier 2011).

²⁴⁸ Jean-Paul Costa, « Discours de Jean-Paul Costa, Président de la CEDH », dans *Dialogues entre juges*, Strasbourg, CEDH, Conseil de l'Europe, 2010, p. 5.

²⁴⁹ Costa, *supra* note 8 à la p. 36.