



Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme en matière pénale

Les quatre saisons de la Cour : automne-hiver 2007-2008 1er octobre 2007 – 31 mars 2008

François Fourment, Élodie Derlon, Cédric Michalski, Laurent Mortet, Yannick Prat

DANS **REVUE INTERNATIONALE DE DROIT PÉNAL 2008/1 Vol. 79**, PAGES 199 À 238
ÉDITIONS **ÉRÈS**

ISSN 0223-5404

ISBN 9782749209197

DOI 10.3917/ridp.791.0199

Date de mise en ligne : 14/11/2008

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2008-1-page-199?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour érès.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme en matière pénale

Les quatre saisons de la Cour : automne-hiver 2007-2008

1^{er} octobre 2007 – 31 mars 2008

François FOURMENT / Élodie DERLON / Cédric MICHALSKI /
Laurent MORTET et Yannick PRAT*

I- / L'infraction

A) La « matière pénale »

_ CEDH, sect. II, 4 mars 2008, *Hüseyin Turan c. Turquie* (req. n° 11529/02)

Nature pénale d'une amende administrative pour non déclaration d'emploi conformément à la loi sur la sécurité sociale

Solution : *Violation de l'article 6 § 1^{er}* (5 voix c. 2). La Cour rappelle sa jurisprudence sur les critères de qualification de la notion autonome de « matière pénale », les « *critères Engel* » (§ 17). L'amende infligée au requérant a une nature pénale puisqu'elle est fondée sur des dispositions juridiques générales et qu'elle ne tend pas à une réparation pécuniaire, mais à un objectif à la fois préventif et répressif (§ 19). Peu importe la légèreté de cette amende (§ 20), le requérant a fait l'objet « d'une accusation en matière pénale ».

Observation : La solution ne fait que confirmer la jurisprudence bien établie de la Cour selon laquelle les critères de la nature de l'infraction et de la gravité de la sanction pour déterminer la nature pénale d'une accusation sont totalement alternatifs. (É. D.)

* Direction de François Fourment (Maître de conférences à la Faculté de Droit de Nancy (France), Directeur de l'Institut de Sciences Criminelles, Unité de recherche du Centre de Recherche de Droit Privé, Francois.Fourment@univ-nancy2.fr) avec la collaboration de: Élodie Derlon, Cédric Michalski, Laurent Mortet et Yannick Prat, Dctorants de l'Institut

B) La responsabilité pénale

Autour des infractions de presse

_ CEDH, sect. I, 11 octobre 2007, *Kanellopoulou c. Grèce* (req. n° 28504/05, opinion séparée)

Caractère disproportionné d'une condamnation pénale d'une patiente extériorisant avec violence ses souffrances contre son médecin

Faits : Une patiente souffrant de graves séquelles après plusieurs opérations critique vigoureusement son médecin dans la presse. Celle-ci est condamnée à cinq mois d'emprisonnement avec sursis par les juridictions grecques.

Solution : *Violation de l'article 10* (5 voix c. 2). La Cour rappelle tout d'abord que la proportionnalité d'une atteinte au droit à l'exercice de la liberté d'expression se mesure eu égard à « *la nature et la lourdeur des sanctions infligées* » (§ 32). Elle note ensuite que la publication des propos de la patiente pouvait avoir « *des conséquences négatives sur l'image professionnelle du Dr X* » (§ 38), mais que le règlement de l'affaire par les voies civiles aurait été « *suffisant pour la protection de la réputation du médecin incriminé* » (*ibid.*). Ce faisant, elle s'étonne de la lourdeur de la peine d'emprisonnement prononcée à l'égard d'une personne ne faisant qu'extérioriser sa souffrance et de la confusion faite par les juridictions entre « *les intentions de la requérante et la presse à sensation* » qui, elle, voulait nuire au Dr X (§ 39). Ce faisant, elle conclut à la violation de l'article 10.

Observations : La souffrance doit-elle permettre à une « victime » d'épancher sans limite son ressentiment à l'égard de son « bourreau » ? Si cet arrêt ne saurait conférer à la souffrance le caractère d'excuse absolutoire, la Cour souligne la nécessité d'en tenir compte avant d'envisager et de prononcer la sanction. Concernant le mode d'action, la Cour consacre la voie civile comme suffisante pour réparer le dommage. Cette conception a de quoi dérouter vu la violence des propos tenus et du caractère apparemment plus dissuasif d'une sanction pénale éventuelle. De même, la publicité plus large d'une audience pénale a l'avantage de permettre de « réparer » aux yeux du public l'atteinte dont il a été témoin. S'il est encore un peu tôt pour déduire un glissement automatique des actions en réparation des atteintes à l'honneur et à la considération vers le civil, cet arrêt ouvre en tous les cas la voie à pareil basculement. La distinction faite entre les intentions de la presse et celle de la requérante relève en revanche d'un bon sens absolu : la presse à sensation ayant une tendance récurrente à « mettre en scène » certaines affaires à des fins polémiques et mercantiles, cette pratique et les conséquences qui en découlent ne sauraient être assumées par d'autres qu'elle-même. (Y. P.)

_ CEDH, Gde Ch., 22 octobre 2007, Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France (req. n^{os} 21279/02 et 36448/02, opinions séparées)

Condamnation d'un écrivain et de son éditeur pour diffamation et d'un quotidien pour reproduction des passages jugés diffamatoires

Faits : Un écrivain publie un ouvrage sur un parti politique et son président. Certains passages sont jugés diffamatoires et aboutissent à la condamnation de l'écrivain et de sa maison d'édition par les juridictions nationales. Un quotidien publie ensuite une pétition dans laquelle il conteste le caractère diffamatoire des passages susvisés et les reproduit. Il est à son tour condamné pour diffamation.

Solution : *Non-violation de l'article 10* (13 voix c. 4). _ Concernant l'écrivain et son éditeur, la Cour rappelle qu'un roman est une œuvre artistique rentrant dans le champ protecteur de l'article 10 (§ 47). Entrant dans le champ d'un débat politique d'intérêt général, la Cour note que le roman « *s'inscrit ainsi dans un débat d'intérêt général et relève de l'expression politique et militante* » (§ 48) et que la marge d'appréciation dont disposait l'État pour apprécier la nécessité de l'ingérence et de la sanction était « *particulièrement restreinte* » (*ibid.*). Quand bien même les propos tenus le seraient par des personnages de fiction, la Cour estime que l'écrivain reste soumis à des « *devoirs et responsabilités* » inhérents à l'article 10 (§ 51). Dès lors, considérant que le roman mêlait réalité et fiction (§ 54), la Cour met à la charge de l'auteur une obligation de se distancier des propos tenus ou d'apporter la preuve qu'il a effectué des « *vérifications minimales* » pour échapper à la sanction (§ 55). Le défaut de mesure de l'auteur et le caractère modéré des sanctions prononcées par les juridictions conduit à un constat de non-violation de l'article 10. _ Concernant le quotidien, la Cour considère que la presse est également soumise à des « *devoirs et responsabilités* » et à des « *bornes qu'elle ne doit pas franchir* » en fournissant des informations « *fiabiles et précises* » (§ 67). Ainsi, il doit exister des « *motifs spécifiques* » pour dispenser les médias d'effectuer des vérifications concernant les informations publiées (*ibid.*). La retranscription d'allégations jugées antérieurement comme diffamatoires n'échappe pas à cette règle et conduit à la justification de la condamnation – au demeurant modérée – par les juridictions nationales (§ 68).

Observations : La liberté d'expression en matière de débat politique d'intérêt général est particulièrement étendue. La Cour rappelle toutefois qu'elle n'est pas absolue. D'une part, le romancier ne peut s'exonérer de toute responsabilité au motif que les propos qu'il écrit sont prononcés par un personnage de fiction. Cette analyse est sans appel tant le risque d'un contournement de la loi par un artifice de cette nature serait grand. D'autre part, la condamnation du quotidien pour avoir reproduit les propos jugés diffamatoires ne semble pas plus prêter le flanc à la critique. Il aurait certes été peu admissible qu'un journal soit condamné pour avoir jugé du bien-fondé de la décision de justice ou de la qualité de l'ouvrage. Il

est toutefois logique qu'une reproduction textuelle des passages déjà jugés comme diffamatoires ne le soit guère plus. La tolérance de telles pratiques conduirait non seulement à multiplier le préjudice subi par les « victimes » – en autorisant en toute impunité la répétition des propos diffamatoires pour en convaincre l'opinion – mais également à vider les décisions de justice nationales et l'article 10 § 2 de leur sens et de leur portée. (Y. P.)

– CEDH, sect. III, 21 février 2008, *Yalciner c. Turquie* (req. n° 64116/00)

Condamnation d'un homme politique pour propagande contre l'intégrité et l'unité de l'État turc

Faits : Un homme politique prononce un discours public dans lequel il critique fortement la passivité des forces de l'ordre à l'égard de certains combattants de la liberté kurdes – qu'elles regarderaient mourir – et appelle ces derniers à s'organiser pour résister. Le requérant est condamné par les tribunaux nationaux pour propagande contre l'intégrité territoriale de l'État et l'unité indivisible de la nation turque à une peine d'emprisonnement d'un an et un mois et à une faible amende. En appel la peine d'emprisonnement est assortie du sursis.

Solution : *Violation de l'article 10* (unanimité). La Cour considère que le requérant « *faisait appel à des actions politiques* » (§ 46), « *exprimait une certaine estime pour la lutte armée* » (*ibid.*) et ne s'était pas « *désolidarisé du recours à la violence* » (*ibid.*), même s'il n'avait pas « *appelé ouvertement à l'usage de la force et de la violence comme moyens d'action* » (*ibid.*). Ainsi, la condamnation, en raison d'un risque pour la paix sociale, répondait à un « *besoin social impérieux* » (§ 47) et était justifiée par des motifs suffisants. Toutefois, la Cour note que la sanction prononcée avait contraint le requérant à « *vivre dans la clandestinité* » (§ 49) pour ne pas purger sa peine puis à s'autocensurer pour éviter la révocation du sursis. Elle conclut donc que la sanction n'était pas « *proportionnée aux buts visés* » (*ibid.*), et n'était pas « *nécessaire dans une société démocratique* » (*ibid.*).

Observations : Le contrôle exercé par la Cour en matière de liberté d'expression est ici classique. Elle distingue traditionnellement entre un discours appelant à la haine ou à la violence et un discours exprimant simplement une opinion ou un jugement de valeur. Ce faisant, elle en déduit si les propos sont susceptibles d'être sanctionnés ou relèvent de la libre expression des idées. Dans un second temps, le contrôle *in concreto* porte sur la nature des peines prononcées et leur impact réel sur la situation du requérant. Ce raisonnement conduit à proscrire le plus possible les peines d'emprisonnement, jugées disproportionnées, dans le cadre de l'article 10. (Y. P.)

_ CEDH, sect. III, 31 janvier 2008, *Albayrak c. Turquie* (req. n° 38406/97)

Sanction disciplinaire abusive d'un magistrat qui avait regardé des programmes et lu des publications émanant du PKK (Parti des travailleurs du Kurdistan).

Faits : Un magistrat prend connaissance de certains programmes et certaines revues en lien avec le PKK. Il est sanctionné et transféré dans une autre juridiction.

Solution : *Violation de l'article 10* (unanimité). La Cour examine le comportement concret du juge et considère que le gouvernement turc n'apporte aucune preuve d'un manque d'impartialité du juge en rapport avec les faits qui lui étaient reprochés (§ 46). Elle estime que les autorités turques ont confondu les pensées des personnes diffusant ces programmes et les opinions personnelles du juge (§ 48). Ainsi, la sanction ne reposait sur aucune base factuelle et n'était donc pas nécessaire (§ 49).

Observations : L'article 10 confère le droit d'exprimer ses opinions et pensées mais également le droit de recevoir les informations de son choix. La Cour conclut logiquement à la violation de l'article 10 : sauf à en abuser, la jouissance d'un droit garanti par la Convention ne saurait être utilisée pour réprimer les individus. (Y. P.)

_ CEDH, sect. I, 15 novembre 2007, *Pfeifer c. Autriche* (req. n° 12556/03, opinions séparées)

Défaut de protection de la réputation d'une personne accusée publiquement d'avoir causé la mort d'un tiers

Faits : Un journaliste publie un article critiquant un professeur qui avait lui-même, dans un autre article, banalisé les crimes commis par le régime nazi. Le professeur est poursuivi pour ses propos et se suicide avant l'ouverture de son procès. Un hebdomadaire accuse ensuite le requérant d'avoir provoqué le suicide du professeur et d'avoir lancé une chasse à l'homme. Le requérant engage des poursuites pour diffamation mais les juridictions autrichiennes estiment que les propos incriminés ne font que refléter un jugement de valeur et le déboutent.

Solution : *Violation de l'article 10* (5 voix c. 2). La Cour considère qu'imputer à un individu un rôle dans le suicide d'une autre personne et de s'être livré à une chasse à l'homme est une affirmation susceptible de preuve (§ 47). Ainsi, une affirmation d'une pareille gravité devait nécessairement reposer sur des faits ce qui n'était pas le cas en l'espèce (§ 48). Les juridictions autrichiennes n'ont donc pas exactement apprécié les faits en estimant que les propos tenus étaient des jugements de valeur insusceptibles de preuve et auraient dû protéger la réputation du requérant. Cette erreur entraîne violation de l'article 10.

Observations : Quand bien même la critique admise à l'égard d'un journaliste, dans le cadre d'un débat d'un intérêt général, est plus étendue que la critique à l'égard d'une personne privée, celle-ci ne saurait se caractériser par une atteinte illimitée à sa réputation. La Cour choisit ici de privilégier la protection de la réputation d'un individu au détriment de la liberté d'expression en relevant que l'hebdomadaire a imputé un comportement criminel au requérant. Le juge Schäffer, dans son opinion dissidente, justifie la solution des juridictions autrichiennes en arguant que le requérant avait lui-même pris part au débat public et devait dès lors assumer les conséquences et éventuelles critiques qu'impliquait sa participation selon l'adage *volenti non fit injuria*. S'il est exact qu'une prise de position publique sur un sujet polémique risque d'entraîner une réplique des autres participants, la simple expression de sa pensée ne saurait être analysée comme le consentement préalable d'une victime à être livrée à toute invective infâmante. (Y. P.)

II-/ Le procès

A) Le droit à la liberté et la privation de liberté avant jugement

1°) La régularité de la privation de liberté

a) Le droit d'être privé de liberté « selon les voies légales »

L'article 5 § 1^{er} impose qu'une privation de liberté s'effectue « *selon les voies légales* ». La privation de liberté doit d'abord avoir une base légale en droit interne, qu'elle soit de droit écrit ou de droit non écrit. Elle impose également que cette base présente une certaine qualité, notamment qu'elle soit accessible et prévisible.

– CEDH, sect. II, 4 mars 2008, *Marturana c. Italie* (req. n° 63154/00)

Ordonnance de placement en détention provisoire conventionnelle malgré l'annulation ultérieure par le juge interne

Faits : Suite à son extradition en Italie, le requérant est placé en détention provisoire. Un an et sept mois plus tard, l'ordonnance fondant la privation de liberté est annulée en raison de l'absence de notification.

Solution : *Non violation de l'article 5 § 1^{er}* (unanimité). L'article 5 § 1^{er} renvoie directement au droit interne en exigeant que la privation de liberté soit exécutée « *selon les voies légales* ». C'est pourquoi la Cour s'autorise à vérifier le respect du droit interne dont la violation entraîne par ricochet celle de la Convention. *A priori*, l'annulation par le juge national de l'ordonnance pour défaut de notification constate une violation du droit interne et donc de la Convention. Cet arrêt n'adopte pas cette solution distinguant selon les causes d'annulation. Ainsi, si le titre de détention annulé est « *manifestement invalide* » (§ 78), par exemple pour un défaut de compétence, alors il y a violation de la Convention. La Cour intègre également dans cette hypothèse l'annulation fondée sur un point de droit qui

constitue « une irrégularité grave et manifeste » de la Convention (§ 79). En l'espèce, la juridiction qui a prononcé l'annulation était compétente et la cause de l'annulation ne constitue pas au regard de la jurisprudence de la Cour une irrégularité de la Convention. Dès lors la violation du droit interne relevée par le juge national ne constitue pas une violation de la Convention.

Observations : Cette solution adoptée par la Cour revient à distinguer les violations du droit interne relevées par le juge national qui ont abouti à une annulation de celles qui ne le sont pas. Dans la première hypothèse, il n'y a pas violation de la Convention, sauf le cas du titre de détention manifestement invalide. Dans la seconde, il y a violation de la Convention. Cette distinction pourrait s'avérer sans importance dès lors que la violation du droit interne est censurée dans les deux cas. Toutefois, lorsque l'irrégularité du droit interne entraîne la violation de la Convention, elle entraîne le bénéfice du droit à la réparation prévue par l'article 5 § 5. À l'inverse, lorsque l'irrégularité interne n'entraîne pas de violation de la Convention, l'article 5 § 5 est inapplicable. Dans une hypothèse proche, dans laquelle les autorités n'avaient pas respecté le délai de notification de la décision de privation de liberté, sans que cette irrégularité entraîne l'annulation de la décision, la Cour a reconnu une violation de l'article 5 § 1^{er}, rendant applicable l'article 5 § 5 (CEDH, sect. III, *Voskuil c. Pays-Bas*, 22 novembre 2007, req. n° 64752/01). (L. M.)

b) Le droit de ne pas être privé de liberté arbitrairement

La privation de liberté, même légale, ne peut être régulière si elle constitue une privation de liberté arbitraire. Elle entraîne alors une violation de l'article 5 § 1^{er}.

— **CEDH, Gde Ch., 29 janvier 2008, Saadi c. Royaume-Uni** (req. n° 13229/03, opinion séparée)

Définition de la privation de liberté arbitraire

Faits : L'étranger, demandeur d'asile, est placé dans un centre de rétention durant sept jours.

Solution : *Non violation de l'article 5 § 1^{er}.* La Cour considère que la rétention qui a duré sept jours n'excède pas une durée raisonnable (§ 80). Si elle affirme depuis longtemps qu'une détention arbitraire ne peut jamais passer pour régulière, elle rappelle dans cette décision les quatre critères dégagés par sa jurisprudence qui permettent d'apprécier l'arbitraire d'une détention. D'abord, les autorités ne doivent pas agir de mauvaise foi ou user de tromperies. Ensuite, le placement en privation de liberté et son exécution doivent correspondre au but du cas de privation de liberté employé. Il doit aussi exister un lien entre le motif de la privation de liberté et le lieu et le régime de détention (§ 69). Ces trois critères sont généraux à l'ensemble des cas de privation de liberté. Le quatrième critère, qui réside dans l'appréciation de la nécessité et de la proportionnalité de la privation de liberté, est en revanche d'intensité variable. La nécessité impose

d'employer la privation de liberté comme dernier recours, lorsque les mesures moins contraignantes sont insuffisantes. La Cour s'octroie le contrôle de la nécessité des privations de liberté prévues aux alinéas b) (détention pour insoumission à une ordonnance rendue par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi), d) (détention d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée ou afin de le traduire devant l'autorité compétente) et e) (détention d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond) de l'article 5 § 1^{er} (§ 70). Quant aux cas de privation de liberté prévus aux alinéas b) et f) (détention d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours), la Cour en contrôle la proportionnalité, la durée de la détention devant être raisonnable au regard de but poursuivi (§§ 70 & 73). En revanche, la Cour rappelle que la nécessité et la proportionnalité de la privation de liberté après condamnation, prévue à l'article 5 § 1^{er}-a), relèvent de l'appréciation des autorités nationales (§ 71).

Observations : L'intérêt de cet arrêt dépasse le simple cas d'espèce. Il réalise en effet une véritable synthèse de la jurisprudence antérieure de la Cour. Cette synthèse de la Grande Chambre permet de clarifier sa jurisprudence. Cependant, elle ne fixe pas la jurisprudence de la Cour. Celle-ci vient en effet de s'approprier le contrôle de la nécessité et de proportionnalité du placement en détention provisoire (v. *infra* CEDH, sect. IV, 18 mars 2008, *Ladent c. Pologne*, req. n° 11036/03). (L. M.)

– **CEDH, sect. IV, 18 mars 2008, *Ladent c. Pologne*** (req. n° 11036/03, en anglais)

Un placement en détention provisoire disproportionné

Faits : Le requérant est accusé d'avoir commis une diffamation. Il est placé en détention provisoire. Une semaine plus tard, l'individu est remis en liberté.

Solution : *Violation de l'article 5 § 1^{er}* (unanimité). La Cour constate que la juridiction interne qui a prononcé la détention provisoire n'a jamais envisagé de mesure alternative à la détention provisoire (§ 56). Elle remarque que l'infraction commise était minime, simplement punie d'une peine d'amende ou d'une peine restrictive de droit (§ 56). La Cour critique également la pertinence du motif avancé pour la détention, à savoir empêcher la requérante d'échapper à la justice (§ 56). En conséquence, elle estime que le placement en détention provisoire est disproportionné (§ 56).

Observations : Cette décision est d'importance. La Cour exerce sur la décision de placement en détention provisoire un contrôle de proportionnalité, et ce de manière expresse. Dans le domaine de l'article 5 § 1^{er}-c), la Cour avait déjà exercé un contrôle de proportionnalité en refusant que l'infraction de tapage

nocturne, simple contravention punie d'une peine d'amende, justifie une arrestation, sans toutefois se référer au principe (CEDH, sect. III, 19 mai 2004, *R.L. et M.-J.D. c. France*, req. 44568/98). Ce contrôle est désormais clairement affirmé et la Cour devra en préciser la portée. En l'espèce, la pertinence du motif invoqué, l'absence de recherche de mesure alternative et la nature de l'infraction sont les critères employés pour apprécier cette proportionnalité. La Cour s'appuie sur un arrêt récent de la Grande Chambre (v. *supra*, CEDH, Gde Ch., 29 janvier 2008, *Saadi c. Royaume-Uni*, req. n° 13229/03). Pourtant, celui-ci ne visait aucunement les cas de privation de liberté prévus à l'article 5 § 1^{er}-c) quant au principe de proportionnalité. Ce contrôle de la proportionnalité inclut celui de la nécessité. La nécessité de la privation de liberté, au sens de la Convention, impose en effet que la privation de liberté soit employée en dernier recours, lorsque les mesures alternatives moins contraignantes sont insuffisantes. Or, en l'espèce, l'absence de recherche par le juge national des alternatives est un des éléments employés pour conclure à la disproportion. (L. M.)

_ **CEDH, sect. I, 24 janvier 2008, *Riad et Idiab c. Belgique*** (req. n°s 29787/03 & 29810/03)

Contournement d'une décision de remise en liberté et inadaptation du lieu de privation de liberté

Faits : Les deux requérants étrangers sont interdits d'entrée sur le territoire belge. Ils sont placés en zone de transit dans l'enceinte de l'aéroport Bruxelles-National. Suite à une tentative d'évasion, ils sont transférés dans un centre fermé à Bruges. Les juridictions belges compétentes prononcent la remise en liberté des requérants. En exécution de ces décisions, les autorités belges procèdent au transfert des requérants du centre fermé à la zone de transit de l'aéroport Bruxelles-National.

Solution : _ *Violation de l'article 5 § 1^{er}* (unanimité). La Cour doit d'abord déterminer si le maintien en zone de transit constitue une privation de liberté et non une restriction à la liberté d'aller et venir qui relèverait alors du quatrième protocole additionnel. La contrainte exercée en zone de transit est moindre que celle exercée dans un centre de rétention, notamment parce que l'étranger peut librement quitter le territoire belge. Eu égard cependant à la durée du maintien (pendant quinze jours pour l'un, onze pour l'autre) et aux circonstances particulières (le maintien intervenait après des décisions de remise en liberté et un mois après l'arrivée des étrangers sur le territoire belge), la Cour estime que le maintien en zone de transit constitue bien une privation de liberté (§ 68). La Cour apprécie ensuite ce qui semble être une pratique des autorités, à savoir le placement en zone de transit de l'étranger qui a obtenu sa libération d'un centre fermé. Elle considère que les autorités n'ont pas appliqué de « *bonne foi* » (§ 76) la législation et leur reproche d'avoir « *sciemment outrepassé [leurs] pouvoirs* » (§ 76). C'est donc le contournement volontaire de la décision de remise en liberté

qui est censuré. La Cour relève également une violation de l'article 5 § 1^{er} au titre de l'inadaptation du lieu de privation de liberté. La Cour rappelle en effet qu'« un lien doit exister entre, d'une part, le motif invoqué pour la privation de liberté autorisée, et, de l'autre, le lieu et le régime de détention » (§ 77). La Cour constate que les requérants étaient « livrés à eux-mêmes, sans accompagnement humanitaire et social d'aucune sorte » (§ 77). Ils n'avaient pas été informés, ou tardivement, de l'existence d'une structure pouvant les accueillir à l'intérieur de la zone internationale (§ 77). _ *Violation de l'article 3 (unanimité)*. Ce sont les conditions matérielles de détention qui ont constitué un traitement inhumain et dégradant. La Cour emploie les mêmes éléments que ceux ayant servi à caractériser l'inadaptation du lieu de privation de liberté : absence d'accompagnement adéquat et absence d'information sur l'existence d'une structure adaptée à l'intérieur de la zone (§ 101). Au final, la Cour estime « *inacceptable que quiconque puisse être détenu dans des conditions impliquant une absence totale de prise en charge de ses besoins essentiels* » (§ 106).

Observations : La Cour a développé le principe de loyauté au cours de l'arrestation (CEDH, sect. III, 5 février 2002, *Conka c. Belgique*, req. n° 51564/99) comme lors de l'exécution de la privation de liberté (CEDH, ch., 18 décembre 1986, *Bozani c. France*, req. n° 9990/82). Cet arrêt étend ce principe à l'application de la décision de libération. Il opère également un lien entre l'article 5 et l'article 3 concernant les conditions matérielles de détention. Les mêmes éléments sont employés pour constater l'inadaptation du lieu de détention et l'existence d'un traitement inhumain et dégradant. L'inadaptation du lieu de détention a d'ailleurs été relevée d'office par la Cour. Il apparaît que des conditions matérielles de détention qui violent l'article 3 de la Convention violent en conséquence l'article 5. En revanche, un lieu de privation de liberté peut être inadéquat au regard de l'article 5 sans que le seuil de gravité propre à l'article 3 soit franchi (CEDH, sect. III, 16 mai 2002, *D. G. c. Irlande*, req. n° 39474/98). (L. M.)

_ CEDH, sect. IV, 12 février 2008, *Pankiewicz c. Pologne* (req. n° 34151/04, en anglais)

Détention temporaire d'un aliéné dans un établissement pénitentiaire

Faits : Le requérant, déclaré irresponsable pénalement, est interné afin de suivre un traitement psychiatrique. En attendant une place dans un établissement hospitalier spécialisé, il est placé dans un centre de détention ordinaire pendant deux mois et vingt-cinq jours.

Solution : *Violation de l'article 5 § 1^{er} (unanimité)*. Le requérant est privé de liberté au titre de l'article 5 § 1^{er}-e), en raison de ses troubles mentaux. Ce cas de privation de liberté implique en conséquence une détention dans un établissement médical spécialisé. Certes, la Cour admet que la privation de

liberté soit exécutée temporairement dans un établissement pénitentiaire, dans l'attente de trouver une place dans un établissement approprié (§ 44). En revanche, elle estime que la détention de deux mois et vingt-cinq jours en établissement pénitentiaire a une durée excessive et viole la Convention (§ 45).

Observations : Le raisonnement employé par la Cour est désormais classique. L'intérêt de cette décision réside plutôt dans le délai censuré, particulièrement court. D'autant plus que la Cour raisonne *in abstracto*, sans considération pour les particularités de l'espèce. La Cour avait déjà censuré la détention provisoire d'un aliéné en établissement pénitentiaire d'une durée de quinze mois (CEDH, sect. II, 11 mai 2004, *Morsink c. Pays-Bas*, req. n° 48865/99), huit mois (CEDH, sect. IV, 6 novembre 2007, *Mocarska c. Pologne*, req. n° 26917/05), ou encore six mois (CEDH, sect. II, 11 mai 2004, *Brand c. Pays-Bas*, req. n° 49902/99). En matière d'éducation surveillée, la Cour a également précisé qu'une privation de liberté temporaire en établissement pénitentiaire durant une période de deux mois violait la Convention (CEDH, sect. III, 16 mai 2002, *D.G. c. Irlande*, req. n° 39474/98). (L. M.)

c) L'existence de raisons plausibles de soupçonner que la personne privée de liberté a commis une infraction

La garde à vue et la détention provisoire, prévues à l'article 5 § 1^{er}-c), sont soumises à l'existence de « *raisons plausibles de soupçonner* [que l'individu] *a commis une infraction* ». À défaut, il y a violation de l'article 5 § 1^{er}. C'est une condition particulière de la régularité de ces détentions.

– CEDH, sect. IV, 6 novembre 2007, *Stepuleac c. Moldova* (req. n° 8207/06, en anglais)

Détention fondée sur la simple identification de l'auteur présumé par la victime sans vérification des autorités

Faits : Le requérant, soupçonné de chantage, est arrêté et placé en détention provisoire. Relâché, il fait l'objet d'une nouvelle arrestation pour des faits similaires.

Solution : *Violation de l'article 5 § 1^{er}* (unanimité). La détention policière et la détention provisoire sont permises en vertu de l'article 5 § 1^{er}-c) lorsqu'il existe des « *raisons plausibles de soupçonner* [que l'individu] *a commis une infraction* ». En l'espèce, l'arrestation et la détention de l'individu étaient fondées sur l'identification directe du requérant par la victime. Pourtant, le ministère public n'a effectué aucune vérification sur les faits de base de l'affaire (§ 72). L'identification du requérant ne figurait d'ailleurs pas dans la plainte initiale de la victime. Aucun élément n'indiquait à quel moment l'identification avait été réalisée (§ 71). La seconde arrestation et la seconde détention souffraient des mêmes insuffisances. Aucune vérification préalable n'a été entreprise (§ 76). L'une des deux plaintes fondant l'arrestation était même fabriquée, tandis que l'autre était le résultat de

l'influence directe de l'agent qui avait enregistré la première plainte. Il n'existait aucune raison plausible de soupçonner que le requérant avait commis une infraction.

Observations : Plusieurs éléments dans cette affaire tendent à démontrer que la détention du requérant visait en réalité à le contraindre à céder son entreprise. Le requérant invoquait directement cette hypothèse (§ 66). La Cour reconnaît que des éléments viennent à l'appui de cette thèse (§ 72). Elle relève même que les circonstances de l'affaire créent la troublante impression que la requérante était particulièrement visée (§ 79). La combinaison des articles 5 et 18 de la Convention permet de censurer une privation de liberté détournée de sa finalité. Elle a d'ailleurs déjà été employée par la Cour concernant une détention provisoire utilisée en réalité pour intimider la requérante et la contraindre à réaliser une opération économique (CEDH, sect. I, 19 mai 2004, *Goussinski c. Russie*, req. n° 70276/01). Sans doute la Cour considère-t-elle ne pas avoir suffisamment d'éléments pour tenir une telle conclusion. Elle se permet en revanche de laisser planer le doute. (L. M.)

2°) Le droit d'être informé dans le plus court délai des raisons de sa privation de liberté

_ CEDH, Gde Ch., 29 janvier 2008, *Saadi c. Royaume-Uni* (req. n° 13229/03, opinion séparée)

Information des motifs de la privation de liberté donnée soixante-seize heures après le début de la privation de liberté

Faits : Demandeur d'asile, l'étranger est placé dans un centre de rétention. Il n'a été informé des motifs de sa rétention que soixante-seize heures après son arrestation, par l'intermédiaire de son avocat.

Solution : *Violation de l'article 5 § 2* (unanimité). La Cour estime ce délai excessif au regard de la Convention (§ 85) qui exige que l'information soit donnée dans le plus court délai. (L. M.)

3°) Le droit d'être aussitôt traduit devant un juge et le droit d'être jugé dans un délai raisonnable ou d'être libéré pendant la procédure

L'article 5 § 3 impose que le suspect soit traduit aussitôt devant un juge et jugé dans un délai raisonnable ou libéré pendant la procédure. La durée de la garde à vue sans contrôle judiciaire ainsi que la durée de la détention provisoire doivent en conséquence être limitées.

_ CEDH, sect. I, 8 novembre 2007, *Lelièvre c. Belgique* (req. n° 11287/03, opinions séparées)

Absence d'examen des alternatives à la détention provisoire durant le maintien en détention

Faits : Le requérant est placé en détention provisoire pendant sept ans, dix mois, et huit jours. Il conteste la durée de la détention provisoire.

Solution : *Violation de l'article 5 § 3*. Classiquement, la Cour rappelle que le caractère raisonnable de la durée d'une détention provisoire s'apprécie *in concreto* (§ 89). Elle rappelle ses critères principaux d'appréciation : la pertinence des motifs invoqués par le juge national pour justifier le maintien en détention et la célérité des autorités à mener la procédure. La Cour estime que les motifs de la détention sont restés pertinents tout au long de la procédure (§ 96). Elle note une certaine carence dans la conduite de la procédure par les autorités (§ 107). Le principal motif de violation réside toutefois dans l'absence de recherche par les juges des alternatives à la détention provisoire (§ 108). Cette absence de prise en compte, que ce soit à la demande du requérant ou d'office, est sanctionnée (§ 98). Elle retire toute pertinence aux motifs du maintien en détention (§ 102).

Observations : La Cour développe son contrôle de la nécessité de la privation de liberté. Ce principe impose que la privation de liberté soit utilisée en dernier recours, lorsque des mesures moins contraignantes sont insuffisantes. La Cour contrôle ce principe au stade du placement en isolement sanitaire (CEDH, sect. II, 25 janvier 2005, *Enhorn c. Suède*, req. n° 56529/00), en dégrisement (CEDH, sect. II, 4 avril 2000, *Witold Litwa c. Pologne*, req. n° 26629/95) ou encore en détention provisoire (v. *supra*, CEDH, sect. IV, 18 mars 2008, *Ladent c. Pologne*, req. n° 11036/03). La Cour a également introduit ce contrôle concernant le maintien en détention provisoire. Elle recherche alors si le juge interne a procédé à l'examen des alternatives à la détention pour apprécier le caractère raisonnable de la durée de la détention provisoire. La Cour a déjà employé à plusieurs reprises cet élément (CEDH, sect. IV, 8 novembre 2005, *Khudoyorov c. Russie*, req. n° 6847/02 – CEDH, sect. IV, 15 février 2005, *Sulaoja c. Estonie*, req. n° 55939/00 – CEDH, sect. IV, 21 décembre 2000, *Jablonski c. Pologne*, req. n° 33492/96). Toutefois, celui-ci n'était alors qu'un élément parmi d'autres permettant de conclure au dépassement de la durée raisonnable. L'arrêt ici commenté insiste particulièrement sur ce critère, motivation principale de la violation, développé dans une subdivision propre, isolé des autres critères classiques. La Cour affirme d'ailleurs que la recherche des alternatives doit être opérée même d'office, indépendamment des demandes de l'intéressé. La portée de l'appréciation de ce critère reste toutefois à déterminer. Dans toutes les décisions où ce critère est apparu, le juge national n'a jamais recherché d'alternative à la détention. Verra-t-on dans l'avenir la Cour contrôler la

pertinence des motifs invoqués par le juge pour écarter les alternatives à la détention ? De plus, si le critère de la recherche des alternatives à la détention est particulièrement mis en avant dans cette décision, c'est dans le contexte particulier d'une détention provisoire exceptionnellement longue. (L. M.)

4°) Le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de la détention

_ CEDH, sect. I, 11 octobre 2007, *Nasrulloev c. Turquie* (req. n° 656/06, en anglais)

Détention extraditionnelle de trois ans sans contrôle juridictionnel

Faits : Le requérant est resté pendant trois ans sous écrou extraditionnel en Russie.

Solution : *Violation de l'article 5 § 4* (unanimité). Durant les trois années de sa détention, le requérant n'a pu bénéficier d'un recours pour contrôler la légalité de sa détention. Si une action, à l'applicabilité en droit interne d'ailleurs incertaine, a bien été engagée, le requérant n'en maîtrisait pas l'initiative. (L. M.)

5°) Les obligations procédurales issues de l'article 5

La Cour a imposé des obligations procédurales dans le domaine de la privation de liberté. Elle fonde ces développements sur l'article 5 pris dans son ensemble.

_ CEDH, sect. III, 10 janvier 2008, *Varanova et autres c. Turquie* (req. nos 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 & 16073/90, en anglais, opinion séparée)

Absence d'enquête effective suite à la disparition de personnes alors privées de liberté

Faits : Suite aux opérations militaires turques à Chypre en 1974, plusieurs chypriotes grecs, des combattants et un civil, ont disparu. D'après les requérants, les disparus étaient captifs des forces turques au moment de leur disparition. La Turquie soutenait pour sa part que les disparus étaient morts au cours des combats. Mis à part pour un disparu dont la dépouille a été retrouvée et identifiée, il n'était pas possible de déterminer avec certitude si les disparus étaient toujours détenus ou morts.

Solution : *Violation de l'article 5*. Ce n'est pas sur un plan substantiel mais sur le plan procédural que la Cour européenne établit un constat de violation. Elle estime qu'il y a eu violation continue de la disposition pour défaut d'enquête effective sur les disparitions. Sans affirmer que les individus étaient détenus au cours de leur disparition, dès lors qu'il y avait une plainte défendable (« *arguable* ») fondée sur la détention des personnes au moment de leur disparition, l'État doit effectuer une enquête (§ 145).

Observations : À l'image de sa jurisprudence sous l'angle de l'article 3, la Cour impose des obligations processuelles au sein de l'article 5. Dans une décision

précédente (CEDH, ch., 25 mai 1998, *Kurt c. Turquie*, req. n° 24276/94. – V. pour une affaire similaire récente CEDH, sect. I, 20 mars 2008, *Aziyevy c. Russie*, req. n° 77626/01), elle a imposé que les États prennent des mesures pour éviter toute disparition des personnes détenues, notamment par l'emploi de formalités de contrôle. L'absence d'enquête effective avait également été relevée dans cette affaire. La décision ici commentée renforce cette garantie. Seule l'absence d'enquête effective suffit à caractériser une violation de la Convention, pour des faits remontant à 1974, durant un conflit armé, en dehors du territoire de l'État défendeur. La Cour estime d'ailleurs que la violation est continue. (L. M.)

B) Le procès pénal équitable

1°) Les actes d'enquête

_ CEDH, sect. III, 25 octobre 2007, *van Vondel c. Pays-Bas* (req. n° 38258/03, en anglais, opinion séparée)

Enregistrement de conversations téléphoniques par un particulier grâce à des moyens techniques fournis par la police

Faits : Le requérant, un ancien policier, est reconnu coupable de parjure devant une commission d'enquête parlementaire et de tentative d'intimidation d'un témoin potentiel, à savoir son ancien informateur. Les juridictions internes s'appuient sur des conversations téléphoniques entre l'intéressé et l'informateur en question, enregistrées par ce dernier au moyen de dispositifs fournis par la police.

Solution : *Violation de l'article 8* (unanimité). L'enregistrement de conversations téléphoniques privées, par un particulier et pour un usage privé, ne constitue pas en lui-même une violation de l'article 8. Le raisonnement est cependant différent dès lors que cet enregistrement constitue un élément d'une enquête officielle et a été réalisé grâce à l'aide et à l'assistance technique des autorités publiques, qui ont d'ailleurs, à une occasion au moins, donné des instructions spécifiques au particulier quant à la nature des informations qu'il devait obtenir du requérant : la contribution des autorités a donc été cruciale. Or, c'est là un moyen pour elles d'échapper à leurs responsabilités en ayant recours à des agents privés (§ 49). Les autorités peuvent aider un particulier à se constituer une preuve au moyen d'un enregistrement ; mais cette assistance doit être encadrée par la loi afin d'éviter tout acte arbitraire (§ 53). Tel n'est pas le cas en l'espèce, s'agissant d'une enquête parlementaire qui ne prévoit pas l'utilisation de ce moyen : l'ingérence est donc illicite car non prévue par la loi (§ 54).

Observations : L'esprit plutôt que la lettre, la réalité des faits sous leur apparence : le critère tenant au caractère « crucial » de l'intervention des autorités est donc pertinent, comme le souligne le juge Myjer dans son opinion séparée. La question fondamentale est finalement celle-ci : l'enregistrement aurait-il pu être effectué sans l'aide des autorités ? (C. M.)

– CEDH, Gde Ch., 5 février 2008, *Ramanaukas c. Lituanie* (req. n° 74420/01)

Prohibition des provocations policières à l'infraction

Faits : Un procureur accepte un pot-de-vin d'un agent infiltré du service de police anti-corruption du ministère de l'Intérieur utilisant des méthodes très insistantes, en contrepartie de son engagement à tenter d'obtenir l'acquittement d'une tierce personne. Le procureur est condamné.

Solution : *Violation de l'article 6 § 1^{er}* (unanimité). La Cour ne considère pas les méthodes d'investigation spéciales, en particulier l'infiltration, comme contraires au droit à un procès équitable. Toutefois, en raison du risque de provocations policières engendré par celles-ci, il lui paraît « *essentiel d'en cantonner l'usage dans des limites claires* » (§ 51). Une limite claire est celle de la prohibition des provocations policières, car ces procédés privent « *ab initio et définitivement l'accusé d'un procès équitable* » (§ 54). La Cour prend soin de définir la provocation policière : « *Il y a provocation policière lorsque les agents impliqués – membres des forces de l'ordre ou personnes intervenant à leur demande – ne se limitent pas à examiner d'une manière purement passive l'activité délictueuse, mais exercent sur la personne qui en fait l'objet une influence de nature à l'inciter à commettre une infraction qu'autrement elle n'aurait pas commise, pour en rendre possible la constatation, c'est-à-dire en apporter la preuve et la poursuivre* » (§ 55). Dès lors que les allégations de provocations policières de l'accusé ne sont pas dépourvues de toute vraisemblance, la preuve de l'absence de provocation pèse sur l'accusation (§ 70).

Observations : La distinction entre provocation à la preuve, tolérée, et provocation à l'infraction, rejetée, est classique dans la jurisprudence de la Cour. L'intérêt de cet arrêt, rendu en Grande Chambre, est de donner à la Cour l'occasion de rappeler solennellement ses « principes généraux en la matière » (§§ 49 & s.), précédents jurisprudentiels compris (depuis l'arrêt fondateur de cette jurisprudence rendu dans l'affaire *Teixeira de Castro c. Portugal* : CEDH, 9 juin 1998, req. n° 25829/94). (F. F.)

– CEDH, sect. IV, 16 octobre 2007, *Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c. Autriche* (req. n° 74336/01, opinion séparée)

Protection du secret professionnel au bénéfice simultané d'un avocat et de son client

Faits : Le premier requérant est avocat, et propriétaire et directeur général de la seconde requérante, une holding qui est l'unique propriétaire d'une société soupçonnée d'un commerce illégal de médicaments. Une perquisition a lieu au siège de la société, qui est aussi le cabinet de l'avocat : un groupe de policiers saisit des documents tandis qu'un autre copie des fichiers informatiques sur des disquettes.

Solution : _ *Violation de l'article 8 pour le premier requérant* (unanimité). L'ingérence dans la vie privée des requérants est prévue par la loi (§ 54) et poursuit le but légitime de la prévention des infractions pénales (§ 55). La nécessité de l'ingérence s'apprécie selon que « *la perquisition a été opérée en vertu d'un mandat décerné par un juge et reposant sur des motifs plausibles de soupçonner l'intéressé, si le mandat était d'une portée raisonnable et – dans le cas du cabinet d'un avocat – si la perquisition a été opérée en présence d'un observateur indépendant afin que des documents couverts par le secret professionnel ne soient pas soustraits* » (§ 57). Ce dernier critère fonde le constat de violation s'agissant des données électroniques. Car, d'abord, le membre de l'ordre des avocats n'a pu surveiller simultanément la saisie des documents et des données électroniques ; ensuite, le rapport de perquisition n'a pas été établi au terme de la perquisition mais seulement plus tard le même jour ; enfin, ni l'avocat ni le représentant de son ordre ne semblent avoir été informés des résultats de la perquisition (§ 63). _ *Violation de l'article 8 pour la seconde requérante* (4 voix c. 3). La violation est étendue à la société cliente de l'avocat, car « *le secret professionnel auquel est tenu un avocat sert aussi à protéger le client* » (§ 67).

Observations : Dans leur opinion dissidente commune, les juges Bratza, Casadevall et Mijovi_ contestent l'extension de la violation au profit de la société cliente : en effet, rien n'indique que des données relatives aux filiales de cette société, dont l'avocat est conseiller juridique, aient été effectivement saisies. Cette critique est contestable, car ce n'est pas l'avocat qui est protégé mais le secret professionnel en lui-même. Si l'avocat peut être seul en son cabinet, il faut être nécessairement deux pour partager un secret. Dès lors, protéger ce secret conduit à protéger à la fois celui qui le livre et celui qui le recueille. La solution pourrait être étendue à la source du journaliste, puisque ce dernier se voit reconnaître le bénéfice d'un secret « quasi-professionnel » (v. *infra* CEDH, sect. II, 27 novembre 2007, *Tillack c. Belgique*, req. n° 20477/05). (C. M.)

_ CEDH, sect. II, 9 octobre 2007, *Saoud c. France* (req. n° 9375/02, opinion séparée)

_ CEDH, sect. III, 24 janvier 2008, *Milan c. France* (req. n° 7549/03)

Arrestations violente et meurtrière

Faits : Ces deux affaires portent sur la force employée par des policiers pour arrêter des individus : un forcené schizophrène qui violente des membres de sa famille (*Saoud*) et un individu soupçonné de menaces de mort liées à une entreprise terroriste (*Milan*). Ces deux individus résistent. L'un des deux décède après avoir été maintenu immobile ventre contre terre pendant trente-cinq minutes (*Saoud*).

Solutions : _ *Non violation des articles 2 (Saoud) et 3 (Milan ; unanimité) sur la seule arrestation.* L'usage de la force a été rendu nécessaire par la violence exercée par le forcené contre sa famille et les policiers (Saoud, §§ 91 & s.) ou par la forte résistance du suspect (Milan, § 62). _ *Violation de l'article 2 sur le décès postérieur du forcené (Saoud ; unanimité).* Les autorités ont l'obligation de protéger la vie et la santé de tout individu placé sous leur contrainte (§ 98), ce qui n'a pas été le cas ici puisque le forcené n'a pas été soigné (§ 101) et qu'il a été maintenu pendant trente-cinq minutes en position de « *decubitus ventral* », connue pour sa dangerosité (§ 102). La Cour déplore d'ailleurs « *qu'aucune directive précise n'ait été prise par les autorités françaises à l'égard de ce type de technique d'immobilisation* » (§ 103). (C. M.)

– CEDH, **sect. IV, 2 octobre 2007, Fahriye Çalışkan c. Turquie** (req. n° 40516/98)

Traitement avilissant infligé à une femme seule dans un commissariat

Faits : La requérante est convoquée dans un commissariat. Selon elle, un commissaire se précipite vers elle, l'injurie, la secoue, lui tire les cheveux, la frappe sur la tête, lui pince les bras et enfin lui crache au visage. Selon le Gouvernement, la requérante agresse verbalement puis gifle le commissaire ; elle veut ensuite quitter les lieux et doit y être ramenée de force par des policiers.

Solution : *Violation matérielle de l'article 3 (unanimité).* Les blessures sont établies à partir de quatre certificats médicaux (§§ 40 & 41). Quatre éléments sont ensuite retenus dans l'examen de la nécessité et de la proportionnalité de la force employée : le sexe féminin de la victime, son absence de prédisposition à la violence, le fait qu'elle se soit trouvée seule dans un commissariat, convoquée pour un simple problème associatif (§ 43). Le policier aurait donc dû faire preuve de retenue, au lieu d'infliger un « *traitement avilissant, propre à inspirer des sentiments de peur et de vulnérabilité disproportionnés et qui ne pouvait, par conséquent, correspondre à un usage de la force rendu strictement nécessaire* » (§ 43).

Observations : La Cour retient la qualification de traitement « avilissant », dont la jurisprudence future dira si elle se distingue – en nature ou intensité – du traitement « dégradant ». Il est par ailleurs rare que la Cour trouve à appliquer dans son raisonnement le critère du sexe de la victime (en plus de son état de santé ou de son âge, par ex.). Ici, cet élément n'est pas décisif à lui seul et ne permet donc pas de confirmer l'existence d'un « sexe faible » par nature : un homme aurait sans doute été autant impressionné dans des circonstances identiques. « Et je sais même sur ce fait / Bon nombre d'hommes qui sont femmes », aurait pu ajouter Jean de la Fontaine (*Les Femmes et le Secret*). (C. M.)

_ CEDH, sect. I, 24 janvier 2008, *Maslova et Nalbandov c. Russie* (req. n° 839/02, en anglais)

Coups, suffocation, chocs électriques et viol en garde à vue

Faits : – La première requérante est convoquée dans un commissariat. Les policiers la frappent, la violent, la forcent à pratiquer une fellation, lui placent sur le visage un masque à gaz dont ils coupent l'arrivée d'air jusqu'à suffocation et lui infligent des décharges électriques au moyen de câbles fixés à ses boucles d'oreilles. Elle finit par rédiger des aveux, d'une main si tremblante qu'elle s'y reprend à deux fois. Autorisée à se rendre aux toilettes, elle tente de s'y sectionner les veines du poignet. – Durant sa garde à vue, le second requérant est frappé à coups de poing et de pied. Les policiers tentent de l'étrangler avec son écharpe. Ils lui ordonnent d'aller chercher de la nourriture, de l'alcool et des cigarettes et l'expulsent du commissariat à son retour. – Les quatre agents sont poursuivis mais bénéficient d'un non-lieu en raison d'un vice de procédure rendant les preuves inadmissibles.

Solution : _ *Violation matérielle de l'article 3 pour la première requérante* (unanimité). Quant à la preuve, les faits sont établis par un faisceau d'éléments éloquentes et non équivoques : expertises gynécologiques et graphologiques, certificats médicaux. L'inculpation des policiers montre que les autorités elles-mêmes jugent les preuves crédibles (§ 101). En outre, le Gouvernement ne fournit aucune explication convaincante pour réfuter les allégations de la requérante (§ 104). Quant à la qualification, le viol d'un détenu par un agent de l'État est une forme particulièrement grave et odieuse de mauvais traitement, compte tenu de la facilité avec laquelle l'agresseur peut abuser de la vulnérabilité de sa victime et de sa fragilité. De plus, le viol laisse de profondes cicatrices mentales (« *deep psychological scars* »), dont la victime ne se relève pas (« *do not respond to the passage of time* ») aussi rapidement que dans d'autres cas de violence physique et mentale. Enfin, la victime subit la souffrance physique de la pénétration forcée, qui lui laisse un sentiment d'humiliation (« *feeling debased* ») et de viol autant physique qu'émotionnel (§ 107). Il s'agit d'un cas de torture (§ 108). – *Violation matérielle de l'article 3 pour le second requérant* (unanimité). Quant à la preuve, le récit du requérant est convaincant, cohérent et corroboré par les éléments de preuve versés au dossier devant les juridictions nationales (§ 122). En outre, les autorités n'ont pas communiqué à la Cour l'ensemble du dossier de l'enquête, document qu'elle estime décisif pour l'établissement des faits (§§ 120 & 121 ; ce manquement fonde également une violation de l'article 38 § 1 a), v. §§ 128 à 131). Quant à la qualification, la durée des sévices et leurs effets physiques et mentaux conduisent à retenir la qualification de traitement inhumain et dégradant (§ 125). – *Violation procédurale de l'article 3 pour les deux requérants* (unanimité). Les autorités agissent d'abord avec diligence et promptitude aux fins de l'identification et de la punition des

auteurs (§ 93). Le non-lieu n'est prononcé qu'en raison de vices de procédure, que les autorités n'expliquent pas et qui sont le signe de leur incompétence manifeste (§ 97). L'enquête n'est donc pas effective (§§ 97 & 117).

Observations : Cet arrêt illustre parfaitement le raisonnement de la Cour, tant au plan matériel que procédural. La Cour retient d'ailleurs deux qualifications différentes, et de gravité différente. Ainsi, le viol semble emporter dans tous les cas qualification de torture, tandis que des attouchements sexuels – subis par un homme, du moins – caractérisent un traitement inhumain et dégradant (CEDH, sect. IV, 8 janvier 2008, *Ayaz c. Turquie* [req. n° 44132/98] : §§ 16 & 44). (C. M.)

2°) Le droit à un tribunal

– CEDH, sect. II, 9 octobre 2007, *Saoud c. France* (req. n° 93375/02)

Droit d'accès à un tribunal et impossibilité matérielle pour un avocat désigné par l'aide juridictionnelle de déposer un mémoire ampliatif et décision d'irrecevabilité de la Cour de cassation

Solution : *Violation de l'article 6 § 1^{er}* (unanimité). Le recours devant le premier président de la Cour de cassation contre une décision de rejet de l'aide juridictionnelle constitue une garantie substantielle du procès équitable (§ 135). La notification tardive de la décision accordant l'aide juridictionnelle à l'avocat désigné et l'impossibilité matérielle de déposer un mémoire ampliatif qui en résulte, a privé la requérante de sa chance de voir sa cause défendue par un professionnel du droit (§ 136). (É. D.)

– CEDH, sect. III, 25 mars 2008, *Gaga c. Roumanie* (req. n° 1562/02)

Droit de prendre part à l'audience du tribunal et condamnation par contumace

Faits : Le requérant a été condamné par contumace sans avoir eu l'opportunité de se défendre en raison d'une erreur de notification de la citation à comparaître.

Solution : *Violation de l'article 6* (unanimité). La Cour dégage de l'objet et du but de l'article 6 pris dans son ensemble la « *faculté pour l'accusé de prendre part à l'audience* » du tribunal (§ 49). Il y a « *déni de justice* » (§ 50) lorsqu'un accusé condamné par contumace ne peut obtenir ultérieurement qu'une juridiction statue à nouveau, après l'avoir entendu, sur le bien-fondé de l'accusation en fait comme en droit, « *alors qu'il n'est pas établi qu'il a renoncé* [de manière non équivoque ; § 57] *à son droit de comparaître et de se défendre, ou qu'il a eu l'intention de se soustraire à la justice* » (§ 50).

Observations : La solution de la Cour est classique. (F. F.)

3°) *Un tribunal indépendant et impartial*

CEDH, Gde Ch., 22 octobre 2007, Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France (req. nos 21279/02 & 36448/02)

Impartialité des magistrats d'une cour d'appel ayant précédemment siégé dans une formation d'appel pour une affaire connexe

Faits : M. Otchovosky, éditeur, et M. Lindon, auteur de l'ouvrage *Le procès de Jean-Marie Le Pen* sont reconnus coupables respectivement de délit de diffamation et de complicité de ce délit. M. July, directeur du journal *Libération*, publie une pétition retranscrivant les passages du livre considérés diffamatoires et dont les multiples signataires dénie le caractère diffamatoire alors que ces passages ont déjà été jugés comme tels par un tribunal correctionnel, jugement qui sera confirmé par la suite en appel. M. July est à son tour condamné du chef du délit de diffamation ; le jugement est confirmé en appel. Deux des trois magistrats qui composent la formation de la cour d'appel ont siégé dans la formation d'appel qui a précédemment condamné les deux premiers requérants.

Solution : *Non violation de l'article 6 § 1^{er} (unanimité)*. La Cour rappelle que l'impartialité du juge doit s'apprécier selon une démarche subjective, essayant de déterminer la conviction personnelle de tel juge dans une affaire particulière, et aussi une démarche objective amenant à s'assurer qu'il offrirait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime (§ 75). S'agissant de la première démarche, le requérant n'apporte pas la preuve que les deux magistrats en cause se soient sentis personnellement visés par l'article incriminé. Il a été condamné pour avoir publié un texte à caractère diffamatoire, acte pour lequel les juges se sont bornés à apprécier sa bonne ou sa mauvaise foi, et non pas pour avoir publié un texte dénonçant la condamnation des deux premiers requérants pour diffamation ou critiquant les deux magistrats en question (§ 76). S'agissant de la seconde démarche, les craintes du requérant sont légitimes puisque deux des magistrats qui l'ont condamné ont déjà statué sur les mêmes propos diffamatoires. Cependant, si ces deux affaires sont connexes, leurs objets et les « accusés » ne sont pas les mêmes, et le premier arrêt rendu en la cause des deux premiers requérants ne préjuge pas quant à la culpabilité du troisième requérant. L'arrêt condamnant M. July renvoie certes au premier arrêt rendu quant au caractère diffamatoire de certains passages du livre publié, mais les juges ne pouvaient que tenir compte de l'autorité de la chose jugée sur ce point, « *tandis que le problème de la bonne foi ou de la mauvaise foi du troisième requérant, responsable de la publication d'une pétition approuvant cet ouvrage et critiquant la condamnation des deux premiers requérants, restait, lui, entier et n'avait pas été préjugé par le premier arrêt* » (§ 79).

Observations : La motivation de la Cour est conforme à sa jurisprudence sur l'impartialité objective, le fait qu'un magistrat connaisse une affaire avant le

procès n'implique pas un degré de préjugé empêchant qu'il soit impartial au moment du jugement sur le fond. La complexité de l'affaire tient dans la difficulté d'apprécier si les deux magistrats en question avaient déjà préjugé au fond. En effet, la jurisprudence traditionnelle de la Cour concerne le cas où un juge est intervenu précédemment d'une quelconque manière dans la procédure avant son jugement au fond. Ce n'est pas le cas ici, puisqu'il s'agit de deux affaires connexes : les juges se sont déjà prononcés sur le caractère délictueux des mêmes faits ; les mêmes propos sont diffusés et jugés diffamatoires. Certes, l'appréciation de la bonne ou de la mauvaise foi est une question indépendante dans chaque affaire puisque les accusés ne sont pas les mêmes, ainsi que le souligne la Cour. Cependant, en droit pénal français, l'élément intentionnel du délit de diffamation est présumé et il appartient à l'auteur de prouver sa bonne foi. Ainsi, il est difficile de considérer que ces deux affaires n'ont pas le même objet puisque l'élément matériel du délit est le même et que les juges n'ont pas à rechercher l'intention délictueuse des requérants, celle-ci étant présumée. (É. D.)

4°) *L'égalité des armes*

— CEDH, sect. III, 4 octobre 2007, *Corcuff c. France* (req. n°16290/04)

Présence de l'avocat général en charge des poursuites lors de la séance d'information des jurés la veille des débats devant la cour d'assises d'appel.

Solution : *Non violation de l'article 6 § 1^{er}* (unanimité). La Cour rappelle que le principe de l'égalité des armes constitue un aspect de la notion plus large de procès équitable et requiert « *que chaque partie se voie offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire* » (§ 31). La séance d'information des jurés est restée neutre : essentiellement technique, elle vise uniquement à informer les jurés du déroulement de la procédure devant la cour d'assises, et non à aborder les circonstances spécifiques d'une affaire ou la personnalité d'un accusé. Le président de la cour d'assises assure la neutralité des débats, et la présence à la fois d'un représentant du ministère public et d'un membre du barreau, même s'il ne s'agit pas du défenseur de l'accusé, ménage « *un juste équilibre* » sur les informations délivrées aux jurés. Leur présence est opportune puisqu'ils sont les mieux placés pour répondre aux questions générales des jurés. Le représentant du ministère public n'a pas bénéficié d'un « *avantage réel* » par rapport au requérant quant à l'exercice du droit de récusation des jurés, puisque la séance d'information ne lui a pas permis de se forger une opinion sur la personnalité des jurés et qu'il ne savait pas à ce moment lesquels d'entre eux seraient finalement tirés au sort (§ 32).

Observations : La Cour regarde, conformément à sa jurisprudence, si l'éventuelle rupture de l'égalité des armes a pu produire des effets dans le procès pris en son

entier. À cet égard, la Cour maintient implicitement que les droits des parties peuvent ne pas être égaux de manière absolument symétrique, puisque la présence de l'avocat général partie au procès et l'absence de l'avocat de l'accusé à la séance d'information des jurés, ne sont pas sources d'un déséquilibre significatif dans les droits des parties. On peut regretter que la Cour n'ait pas examiné ce problème sous l'angle de l'impartialité subjective des jurés. (É. D.)

5°) La présomption d'innocence

_ CEDH, sect. III, 4 mars 2008, *Samoila et Cionca c. Roumanie* (req. n° 33065/03)

_ CEDH, sect. III, 25 mars 2008, *Vitan c. Roumanie* (req. n° 42084/02)

Droit de ne pas être présenté publiquement comme coupable par un représentant de l'État avant que la culpabilité ait été définitivement établie

Faits : _ Dans l'affaire *Samoila et Cionca*, les requérants, fonctionnaires de police, ont été présentés publiquement comme coupables d'incitation à de faux témoignages et de corruption par le procureur et le commandant de la police au cours d'une interview diffusée au journal télévisé d'une chaîne locale. Par ailleurs, en appel, les requérants ont été présentés devant la juridiction en habits pénitentiaires spécifiques aux personnes condamnées. _ Dans l'affaire *Vitan*, le procureur chargé de l'enquête contre le requérant a affirmé qu'il était coupable de trafic d'influence lors d'une conférence de presse.

Solutions : *Violation de l'article 6 § 2* (unanimité). Dans les deux affaires, la Cour rappelle que la présomption d'innocence « exige qu'aucun représentant de l'État ne déclare qu'une personne est coupable d'une infraction avant que sa culpabilité n'ait été établie par un tribunal » (*Samoila et Cionca*, § 91 ; *Vitan*, § 69). _ Dans l'affaire *Samoila et Cionca*, les propos du procureur encourageaient le public à croire en la culpabilité du requérant, préjugant de l'appréciation des faits par les juges compétents (§ 95). Quant à la déclaration du commandant de la police, elle désignait les requérants « sans nuance ni réserve » (§ 98). La Cour voit par ailleurs dans la présentation des accusés en habits pénitentiaires spécifiques aux personnes condamnées, un élément « susceptible de renforcer au sein de l'opinion publique l'impression de culpabilité des requérants » (§ 100). _ Dans l'affaire *Vitan*, la Cour relève que le procureur « n'a pas nuancé ses propos ni pris le soin de les situer dans le contexte de la procédure pendante contre le requérant » (§ 70).

Observations : Ces deux arrêts rendus à quelques semaines d'intervalle par la même section de la Cour contre le même État défendeur procèdent d'une application de la jurisprudence « *Allenet de Ribemont c. France* » (CEDH, 10 février 1995, req. n° 15175/89). Ils n'en sont pas moins complémentaires. Dans son arrêt *Vitan*, au détour d'une analyse de la situation de fait, la Cour relève que la conférence de presse du procureur date de décembre 2000, là où la culpabilité

du requérant n'a été établie qu'en mai 2002, « *date de l'arrêt définitif* » (§ 70). Seule la condamnation définitive, le cas échéant en appel après une première condamnation, comme ici, fait cesser ce droit de ne pas être présenté publiquement comme coupable. Dans l'arrêt *Samoila et Cionca*, la force de l'image dans le droit à ne pas être présenté publiquement comme coupable est soulignée par la circonstance de comparution des accusés en appel, donc toujours présumés innocents, dans les habits pénitentiaires dévolus aux condamnés. Un regret peut toutefois être exprimé quant à l'analyse de la Cour. Le droit de ne pas être présenté publiquement comme coupable y paraît protéger les personnes mises en cause de l'opinion publique. Dans l'affaire *Samoila et Cionca* par exemple, la Cour estime que la comparution des accusés en habits pénitentiaires de condamnés « *était susceptible de renforcer au sein de l'opinion publique l'impression de culpabilité des requérants* » (§ 100). Mais en l'occurrence, c'est presque avant tout devant leurs juges que le renforcement de l'impression de culpabilité des requérants était à craindre. Le droit de ne pas être présenté publiquement comme coupable est un corollaire de la présomption d'innocence. Ce droit doit donc tout autant être garanti devant le tribunal que devant l'opinion publique. (F. F.)

6°) Le droit de bénéficier du temps et des facilités nécessaires pour préparer sa défense

_ CEDH, sect. III, 15 novembre 2007, *Galstyan c. Arménie* (req. n° 26986/03, en anglais)

Temps et facilités pour préparer sa défense en cas de procédure de jugement rapide

Faits : Le requérant est arrêté à la fin d'une manifestation intervenue suite aux élections présidentielles. Après un passage de quelques heures au commissariat, il est présenté à un juge pour une audience de cinq minutes et condamné des chefs de « blocage de la circulation » et « fortes nuisances sonores » à trois jours de détention administrative.

Solution : _ *Non violation de l'article 6 § 1^{er}* (unanimité). Le caractère bref de l'audience n'empêche pas au requérant de présenter sa défense. _ *Violation de l'article 6 § 3-b) combiné avec l'article 6 § 1^{er}* (unanimité). Le fait de refuser l'assistance d'un avocat ne signifie pas que le requérant n'a pas besoin du temps et des facilités nécessaires pour préparer sa défense (§ 86). Durant les quelques heures de sa détention provisoire, le requérant était au commissariat, interrogé et fouillé, ou conduit au tribunal. Il n'a pas eu de contact avec le monde extérieur. Dans ces circonstances, le requérant n'a pu ni prendre suffisamment connaissance de l'accusation dirigée contre lui, ni apprécier les preuves à charge, et de ce fait élaborer sa défense devant le juge (§ 87). (É. D.)

7°) Le droit de se défendre soi-même ou d'être assisté par un avocat

_ CEDH, sect. II, 27 novembre 2007, *Zagaria c. Italie* (n° 58295/00)

Écoute d'une conversation téléphonique par un surveillant entre un accusé et son avocat pendant l'audience de la cour d'assises se déroulant par vidéoconférence

Solution : Violation de l'article 6 § 3-c) combiné avec article 6 § 1^{er} (unanimité). Les informations données pendant cette conversation ne concernaient pas le bien-fondé de l'accusation. Cependant, le fait que le surveillant ne reçoive aucune sanction disciplinaire pour avoir violé son obligation de confidentialité (l'écoute de la conversation et son résumé ont été adressés dans un rapport confidentiel à la direction du centre pénitentiaire), implique que le requérant redoute raisonnablement que d'autres conversations soient écoutées et donc hésite « *avant d'aborder des questions susceptibles de revêtir une importance capitale pour l'accusation* » (§ 35).

Observations : La motivation de la Cour est ambiguë puisque la violation ne semble pas fondée sur l'atteinte portée aux droits de la défense par l'écoute de la conversation téléphonique, mais sur une atteinte susceptible de se produire à l'avenir. Cette rédaction laisse à penser que l'atteinte est subordonnée à la nature des informations échangées entre l'accusé et son avocat, même pendant le procès, et qu'une sanction disciplinaire du surveillant aurait permis d'éviter la violation de l'article 6 § 3-c). À cet égard, la décision affaiblit la force du principe de confidentialité des entretiens entre un accusé et son avocat. (É. D.)

III-/ La peine

A) La peine privative de liberté

1°) Les conditions de détention

_ CEDH, sect. V, 25 octobre 2007, *Yakovenko c. Ukraine* (req. n° 15825/06, en anglais)

_ CEDH, sect. V, 14 février 2008, *Dorokhov c. Russie* (req. n° 66802/01, en anglais)

_ CEDH, sect. I, 27 mars 2008, *Sukhovoy c. Russie* (req. n° 63955/00, en anglais)

_ CEDH, sect. I, 27 mars 2008, *Korobov et autres c. Russie* (req. n° 67086/01, en anglais)

Surpeuplement en cellule

_ Le surpeuplement sévère (« *severely overcrowded* ») en cellule, impliquant pour le détenu de vivre et de dormir dans un espace restreint sans intimité constitue en soi un traitement inhumain et dégradant. Dans ces affaires, les espaces personnels dont bénéficient les requérants sont de : 2 mètres carrés (*Dorokhov*, § 57, cellule de 30 mètres carré peuplée de 25 détenus) ; 1.5 mètres carrés

(*Yakovenko*, § 83, cellule de 15 mètres carrés peuplées de 10 détenus) ; 2.2 mètres carrés (*Korobov*, § 23) ; 1.28 à 2.45 mètres carrés (*Sukhovoy*, § 28).

– Le surpeuplement en cellule peut être compensé par une liberté de mouvement en journée à l'extérieur de la cellule (*Dorokhov*, § 56). Dans ces affaires, une heure d'exercice par jour (*Dorokhov*, § 57 ; *Korobov*, § 24) ou deux heures (*Sukhovoy*, § 29) et la possibilité de se rendre aux douches une fois par semaine (*Korobov*, § 24 ; *Sukhovoy*, § 29), sont des éléments insuffisants pour atténuer les effets négatifs du surpeuplement sur la santé physique et mentale des requérants. (É. D.)

– **CEDH, sect. V, 7 mars 2008, *Kostadinov c. Bulgarie*** (req. n° 55712/00, en anglais)

– **CEDH, sect. V, 6 mars 2008, *Gavazov c. Bulgarie*** (req. n° 54659/00, en anglais)

Conditions matérielles de détention

Dans ces affaires, les conditions matérielles de détention suivantes constituent un traitement inhumain et dégradant : absence ou insuffisance d'air et de lumière naturelle, hygiène inadéquate, présence de parasites et de rongeurs (*Kostadinov*), manque d'exercice physique, nourriture malsaine, absence de rapport avec le monde extérieur (possibilité de lire des livres ou des journaux, d'écouter la radio ou de regarder la télévision, s'entretenir seul avec son avocat selon sa propre initiative, droit de recevoir et d'envoyer du courrier) (*Kostadinov*). (É. D.)

– **CEDH, sect. II, 4 mars 2008, *Cavallo c. Italie*** (req. n° 9786/03)

– **CEDH, sect. II, 27 mars 2008, *Guidi c. Italie*** (req. n° 28320/02)

Fouilles répétées et surveillance de détenus placés en régime de haute sécurité

Faits : Les requérants sont placés en régime spécial de détention, respectivement depuis 10 ans (*Cavallo*) et 17 ans (*Guidi*). Ce régime impose notamment des fouilles corporelles répétées, la constante prise de vue de leur cellule au moyen de caméras à circuit fermé et des restrictions de visites familiales et de correspondance.

Solutions : *Non violation de l'article 3* (unanimité). Le critère pour déterminer si une application prolongée d'un régime de restriction constitue un traitement inhumain et dégradant n'est pas la durée de ce régime mais la justification pertinente de sa prolongation (*Cavallo*, § 26 ; *Guidi*, § 33). La Cour note que l'application prolongée du régime de détention n'a pas causé d'effets physiques ou mentaux contraires à l'article 3 (*Cavallo*, § 28 ; *Guidi*, § 34). Concernant les fouilles corporelles, celles-ci peuvent s'avérer nécessaire pour la sécurité, y compris celle du détenu. Les requérants n'établissent pas la preuve que ces

fouilles ne respectent pas certaines modalités permettant de ne pas dépasser le niveau de souffrance et d'humiliation inhérent à cette pratique (*Cavallo*, § 31 ; *Guidi*, §§ 36-37). La Cour reste muette sur la vidéosurveillance permanente des détenus.

Observations : Cette solution, sévère, est conforme à la jurisprudence traditionnelle de la Cour sur le régime de haute sécurité en détention et trouve sa justification dans la nécessité d'assurer la sécurité des personnes présentes dans le cadre de la détention et du détenu concerné lui-même. Cependant, il est permis de se demander si un trop grand déséquilibre n'existe pas entre l'impératif de sécurité et les droits des détenus. Il est en effet difficile de concevoir, comme l'affirme la Cour, que l'application d'un régime aussi draconien impliquant en plus des fouilles corporelles régulières et des prises de vue par caméra permanente, pendant une période de plus de 10 ans, n'ait eu aucun effet sur la santé physique et mentale des requérants. (É. D.)

_ CEDH, sect. V, 25 janvier 2008, *Yakovenko c. Ukraine* (req. n° 15825/06, en anglais)

_ CEDH, sect. I, 17 janvier 2008, *Pilcic c. Croatie* (req. n° 33138/06, en anglais)

_ CEDH, sect. I, 7 février 2008, *Mechenkov c. Russie* (req. n° 35421/05, en anglais)

Conditions de détention inadaptées à des détenus malades

_ L'absence de surveillance médicale nécessaire pour diagnostiquer rapidement et traiter au mieux la maladie du détenu s'analyse en un traitement inhumain et dégradant (*Yakovenko et Pilcic*). Dans la première affaire (*Yakovenko*), les autorités pénitentiaires ont communiqué au requérant les résultats de son test HIV positif deux mois après en avoir pris connaissance (§ 92). Par suite, il n'a reçu aucun traitement et n'a pas eu de suivi médical pour prévenir les infections (§ 93). De plus, le requérant était transféré chaque mois dans un dépôt central, lequel ne disposait pas de personnel médical (§ 95) et d'où il était difficile de faire venir une ambulance, qui de toute façon ne disposait pas de l'équipement médical approprié à la maladie du requérant (§ 97). Dans la seconde affaire (*Pilcic*), le requérant traité contre la tuberculose, n'a pas eu de contrôle sanguin régulier pour prévenir le risque de contraction d'une hépatite C, alors que les autorités pénitentiaires connaissaient le risque de dommage au foie causé par ce traitement (§ 105). Le diagnostic de l'hépatite C du requérant n'a pas été effectué dans un délai raisonnable puisque onze mois se sont écoulés entre la première fois où cette maladie a été mentionnée sur son dossier médical et la date à laquelle ce diagnostic s'est confirmé (§ 106). Par suite, le requérant n'a reçu aucun traitement (§ 108) et n'a pas consulté de spécialistes (§ 109).

Le refus d'hospitalisation sous des conditions normales d'un détenu peut constituer un traitement inhumain et dégradant. L'hospitalisation d'un détenu en vue d'une opération chirurgicale présente des dangers pour la sécurité et nécessite de ce fait un certain temps d'organisation (§ 41). Depuis la date de l'avis médical déclarant cette opération non urgente, mais nécessaire, une durée de quatre ans s'est écoulée pendant laquelle aucune mesure en ce sens n'a été prise par les autorités pénitentiaires. (É. D.)

CEDH, sect. IV, 18 décembre 2007, Dybeku c. Albanie (req. n° 41153/06, en anglais)

Conditions de détention inadaptées à un détenu souffrant de troubles mentaux

Faits : Le requérant, détenu en prison de haute sécurité, souffre de schizophrénie paranoïde. Il purge une peine de réclusion criminelle à perpétuité et partage sa cellule avec des codétenus en bonne santé. Traité comme un détenu ordinaire, le personnel pénitentiaire lui fournit un traitement médicamenteux analogue à celui prescrit antérieurement par son médecin, et le requérant est admis à l'hôpital carcéral lorsque son état de santé s'aggrave.

Solution : *Violation de l'article 3* (unanimité). L'état de santé du requérant s'est dégradé depuis son admission en détention. Les personnes atteintes de troubles mentaux, caractérisées par des sentiments d'infériorité et d'impuissance doivent faire l'objet d'un contrôle accru de la part des autorités pénitentiaires (§ 47). Ces détenus sont plus vulnérables que les détenus ordinaires, en l'espèce, en traitant le requérant comme un détenu ordinaire, les autorités n'ont pas respecté les recommandations du Conseil de l'Europe relatives au traitement des détenus atteints de troubles mentaux, auxquelles la Cour manifeste son attachement (§ 48). Les autorités n'apportent pas la preuve que le régime de détention est compatible avec les antécédents psychiatriques du requérant et les hospitalisations carcérales ne peuvent pas constituer une solution au vu de sa condamnation à perpétuité (§ 49). La Cour ajoute « *néanmoins* » que ces insuffisances dans la prise en charge de l'état de santé du requérant auraient pu être palliées, même en l'absence d'un budget financier supplémentaire (§ 50). Elle conclut que l'accumulation des conditions de détention totalement inadaptées à l'état de santé du requérant et les conséquences néfastes sur sa santé et son bien être qui en résultent, s'analyse en un traitement inhumain et dégradant (§ 51).

Observations : La Cour adopte des motifs assez contradictoires : après avoir énoncé clairement que les hospitalisations ponctuelles du requérant ne pouvaient pas constituer des soins satisfaisants du fait du caractère perpétuel de sa condamnation, elle semble « se rattraper » en précisant que les insuffisances de ses soins auraient pu trouver une solution dans le cadre de sa détention.

Finalement, la solution « botte en touche » sur le délicat problème de la compatibilité d'une détention à perpétuité avec l'état de santé d'un détenu souffrant d'une maladie mentale telle que la schizophrénie paranoïde et laisse un flou sur les obligations de soins précises des autorités pénitentiaires face à un détenu souffrant d'une maladie mentale aussi grave. (É. D.)

2°) Les droits du détenu

– CEDH, Gde Ch., 4 décembre 2007, *Dickson c. Royaume-Uni* (req. n° 44362/04, opinions séparées)

Refus d'une demande d'insémination artificielle présentée par un détenu en vue de concevoir un enfant

Faits : Tandis qu'il purge une peine de réclusion à perpétuité pour meurtre (aménageable au plus tôt en 2009), un détenu rencontre puis épouse une autre détenue (libérée ultérieurement). Leur demande d'insémination artificielle est rejetée.

Solution : *Violation de l'article 8* (12 voix c. 5). De façon liminaire, la Cour pose le principe selon lequel « les personnes en détention conservent leurs droits garantis par la Convention, de sorte que toute restriction à ces droits doit être justifiée dans une affaire donnée. Cette justification peut tenir notamment aux conséquences nécessaires et inévitables de la détention [...] ou [...] à un lien suffisant entre la restriction et la situation du détenu en question. Elle ne saurait toutefois se fonder uniquement sur des arguments tenant à ce qui pourrait heurter l'opinion publique » (§ 68). La Cour retient ensuite trois arguments. D'abord, si « l'incapacité de concevoir des enfants peut être une conséquence de la détention, elle n'est pas inévitable puisque nul ne prétend que le fait d'accueillir la demande d'insémination artificielle impliquerait une charge importante en matière de sécurité ou sur les plans administratif ou financier pour l'État » (§ 74). Ensuite, « tout en admettant que la punition reste un des buts de la détention, la Cour souligne aussi que les politiques pénales en Europe évoluent et accordent une importance croissante à l'objectif de réinsertion de la détention, en particulier vers la fin d'une longue peine d'emprisonnement » (§ 75). Enfin, le souci du bien-être de l'enfant « ne peut aller jusqu'à empêcher les parents qui le désirent de concevoir un enfant dans des circonstances telles que celles de l'espèce, d'autant que la seconde requérante était en liberté et pouvait, jusqu'à la libération de son mari, prendre soin de l'enfant éventuellement conçu » (§ 76).

Observations : La privation de liberté et rien d'autre... Et, chose rare sous la plume de la Cour, la reconnaissance de la réinsertion – ici, par la possibilité de fonder une famille – comme l'un des objectifs de la peine, à l'exclusion donc de toute politique pénale démagogique. La formule est heureuse mais la solution, discutée. Au sein de la Cour, d'abord, puisque sa quatrième section a précédemment conclu à une non violation de l'article 8 par quatre voix contre trois

(CEDH, sect. IV, 18 avril 2006, *Dickson et Dickson c. Royaume-Uni* [req. n° 44362/04, opinions séparées]). Au sein de la Grande Chambre, ensuite, puisque l'arrêt donne lieu à une opinion dissidente commune aux cinq juges qui n'ont pas voté en sa faveur, dans laquelle sont pertinemment posés, et le problème du droit aux visites conjugales, et « *la question de savoir si toutes les combinaisons de couples imaginables (par exemple, un homme en prison et une femme en liberté, une femme en prison et un homme en liberté, un couple homosexuel avec l'un des partenaires en prison et l'autre en liberté) pouvaient présenter une demande d'insémination artificielle pour détenus.* » Prenons cependant acte de l'inexistence d'un quelconque « chromosome du crime » et gageons que cet arrêt portera ses fruits, aussi bien pour les détenus que pour les personnes libres. (C. M.)

– **CEDH, sect. II, 15 janvier 2008, *Bagarella c. Italie*** (req. n° 15625/04)

Huit années et demie de restrictions aux visites familiales pour un condamné dangereux

Faits : Condamné à perpétuité pour meurtres et association de malfaiteurs de type mafieux, le requérant voit les visites avec sa famille limitées par plusieurs arrêtés du ministre de la Justice, pendant une période totale de huit années et demie.

Solution : – *Non violation de l'article 8* (unanimité). D'une part, « *compte tenu de la nature spécifique du phénomène de la criminalité organisée, notamment de type mafieux, et du fait que bien souvent les visites familiales ont été le moyen de transmission d'ordres et d'instructions vers l'extérieur, les restrictions, certes importantes, aux visites et les contrôles qui en accompagnent le déroulement ne sauraient passer pour disproportionnées par rapport aux buts légitimes poursuivis* » (§ 41). D'autre part, le seul écoulement du temps de restriction des visites n'emporte pas violation de l'article 8, d'autant moins lorsque des éléments concrets tenant à la dangerosité de l'individu ont été pris en compte lors de chaque prolongation des restrictions (§ 42). (C. M.)

– **CEDH, sect. I, 6 décembre 2007, *Lind c. Russie*** (req. n° 25664/05, en anglais, opinion séparée)

Une minute au téléphone pour dire adieu à son père mourant

Faits : Un individu de nationalité russo-néerlandaise, détenu en Russie, demande à être libéré pendant quelques jours afin de se rendre aux Pays-Bas, pour rendre visite à son père, atteint d'un cancer en phase terminale, dont l'euthanasie doit avoir lieu à la fin du mois. Sa demande est rejetée au motif qu'il pourrait prendre la fuite. La veille de l'euthanasie, le détenu est autorisé à téléphoner à son père, mais en russe uniquement. La conversation est interrompue par l'administration pénitentiaire au bout d'une minute.

Solution : *Violation de l'article 8* (unanimité). Le refus n'est pas assez grave pour tomber sous le coup de l'article 3 : c'est donc l'article 8 qui doit être utilisé (§ 88),

texte qui ne prévoit aucune obligation générale de libérer un détenu afin qu'il puisse rendre visite à un proche malade ou mourant. Il incombe à l'État de démontrer l'existence d'un besoin social impérieux propre à justifier l'ingérence (§ 94). Ici, le refus est prévu par la loi russe et poursuit le but légitime de protection de la sûreté publique et de prévention des infractions pénales (§ 93). À ce titre, les craintes des autorités sont fondées et leur refus relève de leur marge d'appréciation, quoique l'État néerlandais ait proposé son assistance à trois reprises (§ 97). Cependant, compte tenu du caractère exceptionnel des faits (la date du décès était certaine) et des fortes considérations humanitaires qu'ils impliquaient, les autorités auraient dû examiner minutieusement la demande, avec une attention particulière (§ 96). Ainsi auraient-elles dû trouver un autre moyen (« *alternative opportunity* ») permettant au requérant de dire adieu à son père (§ 98), vu qu'il était irréaliste de penser que ce dernier puisse se déplacer (§ 96). Or, une conversation d'une minute et dans une langue que le père du requérant comprenait mal ne constitue pas un moyen significatif d'adieu (« *meaningful opportunity* »), d'autant moins que les autorités n'ont fourni aucune explication quant à l'interruption de la conversation (§ 98). Elles ont donc failli à leur obligation de protéger la vie familiale du détenu (§ 99).

Observations : Une affaire exceptionnelle dans les faits, comme le souligne la Cour, et qui aurait donc pu mériter un constat de violation fondé sur l'article 3. Par comparaison, la disparition d'une personne et la façon dont les autorités traitent les demandes de sa famille suffisent à caractériser un traitement inhumain. Dans les deux cas, les autorités savent et peuvent, mais n'agissent pas : le régime juridique devrait donc être identique. Une affaire exceptionnelle vaut bien un arrêt d'espèce. (C. M.)

3°) *La peine perpétuelle*

_ CEDH, Gde Ch., 12 février 2008, *Kafkaris c. Chypre* (req. n° 21906/04, opinions séparées)

Espoir de libération et incertitudes sur la durée d'une peine perpétuelle

Faits : Auteur d'un assassinat, le requérant est condamné à une peine de réclusion perpétuelle automatique. C'est d'abord le principe même de la peine perpétuelle qu'il conteste devant la Cour sous l'angle de l'article 3. En outre, un règlement pénitentiaire, en vigueur lors de sa condamnation, prévoyait que la « *réclusion criminelle à perpétuité s'entend d'un emprisonnement de vingt ans* ». Ce règlement pénitentiaire a été ultérieurement annulé durant l'exécution de sa peine. Le requérant conteste la détention effectuée au-delà de vingt ans, sur les fondements des articles 5 § 1^{er} et 7 de la Convention.

Solution : _ *Non violation de l'article 3.* La Cour rappelle que la Convention n'exclut pas par principe le prononcé d'une peine perpétuelle. En revanche, une peine perpétuelle incompressible « [peut] soulever une question sous l'angle de

l'article 3 » (§ 97). Il convient en conséquence de rechercher « *si l'on peut dire qu'un détenu condamné à perpétuité a des chances d'être libéré* » (§ 98). C'est un raisonnement désormais classique. L'existence d'un mécanisme de libération conditionnelle apparaît alors comme un critère déterminant (§ 99). En l'occurrence, si aucun système de libération conditionnelle n'existait, la Constitution autorisait le Président de la République à remettre, suspendre ou commuer une peine. Cette simple voie de droit suffit pour la Cour, même si elle reconnaît que cette possibilité relevait « *exclusivement du pouvoir discrétionnaire du Président* » (§ 103) et que la procédure existante présentait « *des lacunes* » (§ 105). Le requérant invoquait également l'article 3 à propos de l'anéantissement de ses espoirs de libération anticipée du fait de l'annulation du règlement pénitentiaire. La Cour note que cette annulation est survenue six ans avant l'éventuelle libération et n'a donc pas atteint le seuil de souffrance nécessaire au déclenchement de l'article 3. _ *Non violation de l'article 5 § 1^{er}*. Le requérant estime que la partie de sa détention supérieure à vingt ans ne repose sur aucun fondement. La Cour écarte toutefois l'argument, la décision de condamnation initiale prévoyant explicitement que la peine perpétuelle se poursuivrait au-delà de la période de vingt ans, malgré le règlement pénitentiaire alors en vigueur. Cette affirmation initiale suffit à fonder la réclusion sur le cas de l'article 5 § 1^{er}-a), la détention après condamnation (§ 119). _ *Violation de l'article 7*. Le requérant estime que l'abrogation du règlement pénitentiaire durant l'exécution de sa peine aboutit à une application rétroactive d'une loi de pénalité plus sévère, puisque la limitation à vingt ans de la peine perpétuelle disparaît. La Cour rejette cette solution, se contentant de rappeler qu'on ne pouvait avec certitude affirmer que la peine perpétuelle s'entendait alors comme durant vingt ans (§ 149). La jurisprudence pénale écartait la limitation des vingt ans (§ 147) et le Code pénal lui-même utilisait les termes de peine perpétuelle. En pratique, les autorités administratives et exécutives appliquaient le règlement (§ 146). La Cour retient une violation de l'article 7 en raison du manque de qualité de la loi (§ 150). Le requérant invoquait également une violation de l'article 7 du fait de l'application rétroactive d'une nouvelle loi pénitentiaire rendant plus rigoureuse l'octroi des remises de peine. La Cour écarte la violation en rappelant que l'application des peines relève « *du pouvoir qu'ont les États membres de décider de leur politique criminelle* » (§ 151).

Observations : Cet arrêt rappelle que la matière de l'aménagement des peines échappe à un contrôle poussé de la Cour européenne des droits de l'Homme. Cette position est cependant critiquable lorsque l'aménagement éventuel de la peine est le critère unique permettant de valider la peine perpétuelle au regard de l'article 3 de la Convention. En l'espèce, quant à la procédure d'abord, la Cour se contente d'un aménagement ne présentant pas toutes les garanties. Quant au fond ensuite, elle se contente d'un aménagement abandonné à l'arbitraire de

l'exécutif. Plus précisément, la libération du requérant était visiblement soumise à la dénonciation du commanditaire de son crime (v. l'opinion partiellement dissidente du juge Borrego Borrego, § 9). Ce dernier point est d'ailleurs éludé par la Cour. (L. M.)

B) Les autres peines

(néant)

IV- / La garantie des droits

A) L'effectivité des droits

_ CEDH, sect. III, 14 février 2008, *Hussain c. Roumanie* (req. n° 12338/02)

Absence d'enquête sur de mauvais traitements infligés par des particuliers à un particulier

Faits : Le requérant porte plainte à trois reprises contre des particuliers pour des menaces et des coups. Il est à chaque fois procédé à des compléments d'enquête, qui n'aboutissent pas.

Solution : *Violation de l'article 3* (unanimité). L'obligation pour les autorités de mener une enquête officielle effective sur des allégations de violation de l'article 3 ne peut en principe pas être limitée aux seuls cas de mauvais traitements infligés par des agents de l'État (§ 70). La tolérance des autorités envers de tels actes ne pourrait que miner la confiance du public dans le principe de la légalité et son adhésion à l'État de droit (§ 71). Ici, le gouvernement ne fournit aucune information ou document démontrant que des enquêtes ont été menées avec diligence et que les autorités judiciaires se sont prononcées à leur sujet (§ 74). L'État a donc manqué à son obligation positive d'enquête (§ 75).

Observations : Il s'agit là d'un exemple d'application à la fois horizontale et verticale de l'article 3 : horizontalement, tout individu doit être protégé dans ses rapports interpersonnels ; verticalement, cette protection est à la charge de l'État. Rien d'étonnant, dès lors, à ce que la Cour impose la même exigence d'effectivité à toutes les enquêtes, quelle que soit la qualité du suspect : agent de l'État ou non. (C. M.)

_ CEDH, sect. IV, 27 novembre 2007, *Brecknell c. Royaume-Uni* (req. n° 32457/04, en anglais)

Enquête menée par le corps d'origine du policier suspecté

Faits : L'époux de la requérante est tué dans un attentat perpétré par des terroristes loyalistes dans un bar d'Irlande du Nord. Un membre de la Police royale de l'Ulster (RUC) est soupçonné de complicité mais les poursuites sont abandonnées. Vingt-quatre ans après les faits, les déclarations d'un ancien policier relancent l'affaire, mais il refuse de témoigner en justice alors que le processus de révision arrive à son terme, qu'il n'y a plus de pistes réalistes à

suivre et que les preuves sont insuffisantes pour lancer de nouvelles poursuites. La requérante allègue que l'enquête menée sur ces révélations viole l'article 2.

Solution : *Violation de l'article 2* (unanimité). La Cour examine successivement les caractères de l'enquête. a) Sur l'indépendance, les premières recherches sont menées, pendant une durée considérable, par le corps auquel appartiennent les policiers soupçonnés : l'enquête n'est donc pas indépendante (§ 76). b) Sur l'accessibilité à la famille et le contrôle public, la police fait de réels efforts pour rencontrer les familles et correspond avec les représentants des requérants ; si seul un petit nombre de renseignements est transmis, cela n'est pas dû à une volonté d'empêcher tout contact ou obscurcir les choses, mais à un manque de résultats concrets : l'enquête est accessible et contrôlable (§ 77). c) Sur la promptitude et la diligence raisonnable, l'enquête est ouverte sans délai excessif ; la lenteur de son rythme n'est pas dû à une intention de faire durer les choses ni d'user de faux-fuyants, mais à l'absence de pistes solides ainsi qu'au nombre considérable d'affaires examinées alors : l'enquête est donc prompte et diligente (§ 78). d) Sur l'effectivité, il n'y a pas d'oubli important puisque les témoins-clés sont entendus et les preuves, rassemblées : les autorités ne sont donc responsables d'aucune négligence coupable, mauvaise foi manifeste ou manque de volonté (§§ 79 à 81).

Observations : Sur l'indépendance de l'enquête, il suffit à la Cour de constater que le RUC est remplacé par un autre organisme, institutionnellement distinct mais « *nécessairement* » composé des mêmes agents (§ 76). Sans doute est-ce là une limite de l'approche, alternativement *in abstracto* (analyse abstraite du contexte administratif ou hiérarchique) et *in concreto* (analyse concrète des actes d'enquête). Par comparaison, l'impartialité d'un tribunal (art. 6 § 1^{er}) s'apprécie selon des critères cumulativement objectifs et subjectifs : mais il est vrai que les policiers offrent *a priori* moins de garanties statutaires que les magistrats. Il est également frappant de constater que la Cour s'attache surtout à rechercher toute mauvaise volonté de l'État (ou faux-fuyants, négligence coupable, mauvaise foi manifeste : ces expressions peuvent être vues comme synonymes). Toute violation procédurale de l'article 3 requiert donc un élément matériel (l'ineffectivité de l'enquête) et un élément intentionnel (la volonté d'obstruction de l'État, par action ou inaction). À l'impossible, nul n'est tenu ; au possible, l'État s'oblige. (C. M.)

_ CEDH, sect. V, 20 décembre 2007, *Nikolova et Velichkova c. Bulgarie* (req. n° 7888/03, en anglais)

Trois ans d'emprisonnement avec sursis pour des brutalités policières ayant entraîné la mort

Faits : Un suspect décède peu après son arrestation. Plus de sept ans après les faits, les policiers sont reconnus coupables et condamnés à trois ans d'emprisonnement avec sursis.

Solution : _ *Violation procédurale de l'article 2* (unanimité). Quant à l'enquête, d'une part, la première partie de la procédure est rapide et utile, mais elle cesse dès que le dossier est transmis aux juridictions militaires et ne reprend, deux ans et demi plus tard, que sur l'insistance des proches de la victime ; les suspects – qui auraient dû être suspendus de leurs fonctions pendant l'enquête (§ 63) – sont condamnés plus de sept ans après leurs actes et la longueur de la procédure sert d'argument à la juridiction pour prononcer le sursis : la lenteur de la procédure est donc inadéquate (§ 59). Quant à la peine, d'autre part, les mauvais traitements entraînant la mort ne peuvent être exclusivement sanctionnés par des dommages-intérêts au profit des proches de la victime, car cela aboutirait à une impunité virtuelle (« *virtual impunity* ») des agents de l'État et multiplierait donc les risques d'abus (§ 55) : la réparation pécuniaire n'est que l'une des mesures nécessaires (§ 56). La Cour exerce donc un certain pouvoir de contrôle et intervient en cas de disproportion manifeste (« *manifest disproportion* ») entre la gravité de l'acte et la peine infligée (§ 62). À ce titre, sont retenus le choix de la peine minimale (trois ans d'emprisonnement alors que le maximum prévu était de douze ans), la décision de l'assortir du sursis et l'absence de sanction disciplinaire à l'encontre des coupables : la peine est inefficace (§ 63). _ *Violation matérielle de l'article 2* (unanimité). La force utilisée pour arrêter la victime est jugée non nécessaire (§ 68).

Observations : Les critères jurisprudentiels de la sanction efficace se précisent et s'articulent autour de la « disproportion manifeste ». Qu'il doive s'agir d'une peine (au sens pénal) et non d'une simple réparation pécuniaire (au sens civil), qui, quand elle est infligée à des agents publics, doit être assortie d'une révocation disciplinaire : cela est acquis. Reste que la Cour demeure muette sur la nature, le quantum et les modalités d'exécution de la peine : une forte amende, une très longue peine d'emprisonnement assortie du sursis ou, à l'inverse, une courte peine ferme suffirait-elle ? Rien n'est moins sûr... La Cour complètera probablement l'analyse dans ses arrêts futurs. (C. M.)

B) La presse, « *chien de garde* » de la démocratie

_ CEDH, sect. III, 29 novembre 2007, *Hummatov c. Azerbaïdjan* (req. n^{os} 9852/03 & 13413/04, en anglais)

Procès tenu dans une prison de haute sécurité, lointaine et difficilement accessible au public et à la presse

Faits : Un condamné obtient la révision de son procès. L'audience a lieu dans la prison de haute sécurité où il est détenu.

Solution : *Violation de l'article 6 § 1^{er}* (unanimité). Si la présence du public au procès n'a pas été formellement exclue (§ 143), le gouvernement n'a fourni aucun élément susceptible de prouver que le public et les médias ont été informés des dates et lieux des audiences (§§ 144 & 146). Celles-ci ont eu lieu dans une prison située loin de la capitale, dans une contrée déserte et difficilement accessible ; or, les autorités n'ont mis en place ni un service régulier de transport, ni un service de navette entre la capitale et la prison alors que, pour assister aux audiences, il était nécessaire de recourir à des moyens de transport coûteux, si bien que ceux qui souhaitaient assister au procès n'ont pu être que découragés (§ 147). En outre, les autorités n'ont adopté aucune mesure de compensation propre à contrebalancer l'effet négatif que l'organisation du procès dans l'espace clos et isolé de la prison a produit sur la publicité du procès (§ 149). Enfin, les autorités n'ont invoqué aucun élément, tel un risque lié à la sécurité, de nature à justifier cette absence de publicité de la procédure (§ 150). Faute de publicité, le requérant n'a donc pas bénéficié d'un procès équitable (§ 152).

Observations : La publicité doit être effective. La présence du public doit ainsi être réelle (accès au lieu) ou virtuelle (accès à l'information par l'intermédiaire de la presse), si bien que cette présence doit d'abord être possible. L'État doit donc favoriser la publicité et non pas seulement l'empêcher de façon injustifiée (y compris par des mesures simplement dissuasives) : l'obligation positive gagne en vigueur. À ce titre, l'analyse de la Cour est des plus concrètes et poussées, signe de l'attachement des juges au droit du public de recevoir des informations. (C. M.)

_ CEDH, sect. III, 22 novembre 2007, *Voskuil c. Pays-Bas* (req. n^o 64752/01, en anglais, opinion séparée)

_ CEDH, sect. II, 27 novembre 2007, *Tillack c. Belgique* (req. n^o 20477/05)

Contraintes exercées sur des journalistes refusant de révéler l'identité de leurs sources

Faits : _ Dans l'affaire *Voskuil*, un journaliste cite les propos d'un policier anonyme qui met en cause les méthodes utilisées par la police dans le cadre d'une enquête pénale dirigée contre trois individus soupçonnés de trafic d'armes. Enjoint par un tribunal de révéler l'identité de sa source, le journaliste refuse. Il est placé en détention, puis libéré deux semaines plus tard, son article n'étant

pas jugé plausible. Les poursuites à son encontre sont finalement abandonnées. _ Dans l'affaire *Tillack*, un journaliste est soupçonné d'avoir corrompu un fonctionnaire pour obtenir des informations. Le domicile et le bureau du journaliste sont perquisitionnés. La quasi-totalité de ses documents et instruments de travail sont saisis et mis sous scellés. Le journaliste n'obtient pas la mainlevée des mesures de saisie.

Solutions : *Violation de l'article 10* (unanimité). _ S'agissant de l'arrêt *Voskuil*, la détention est une ingérence (§ 49) prévue par la loi (§ 53), qui poursuit le but légitime de la prévention du crime (§ 56). Mais les deux motifs invoqués par les juridictions nationales pour placer le requérant en détention (§ 66) ne sont pas jugés suffisants (§ 72). D'une part, la non-divulgence de l'identité de la source n'a pas empêché l'examen au fond des charges retenues contre les trois individus suspectés de trafic d'armes, puisque cette information a été remplacée par les dépositions d'autres témoins : les prévenus ont donc bénéficié d'un procès équitable (§ 67). D'autre part, et bien que la Cour ne puisse établir si les allégations du requérant sont vraies ou fausses (§ 69), le public a le droit d'être informé lorsqu'une autorité publique recourt à des méthodes illégales, cette question relevant de l'intérêt général (§ 70) : or, la détention du journaliste constitue une méthode radicale propre à décourager les personnes détenant des informations exactes et précises au sujet de méfaits de se manifester à l'avenir et de communiquer leurs renseignements à la presse (§ 71). _ S'agissant de l'arrêt *Tillack*, la perquisition et la saisie sont des ingérences (§ 56) prévues par la loi nationale (§ 58), qui poursuivent les buts légitimes de la défense de l'ordre public et la prévention des infractions pénales, d'empêcher la divulgation d'informations confidentielles et de protéger la réputation d'autrui (§ 59). Les soupçons de corruption de la part du journaliste sont ici fondés sur de simples rumeurs : la perquisition n'est donc justifiée par aucun impératif prépondérant d'intérêt public (§ 63). Car « *le droit des journalistes de taire leurs sources ne saurait être considéré comme un simple privilège qui leur serait accordé ou retiré en fonction de la licéité ou de l'illicéité des sources, mais un véritable attribut du droit à l'information, à traiter avec la plus grande circonspection* », surtout quand le journaliste est soupçonné sur le fondement de vagues rumeurs non étayées (§ 65). En outre, la saisie opérée par les autorités est d'une grande ampleur (« *seize caisses de documents, deux boîtes d'archives, deux ordinateurs, quatre téléphones portables et un meuble métallique* ») et ne donne lieu à aucun inventaire (§ 66). Partant, « *les motifs invoqués par les juridictions nationales peuvent certes passer pour "pertinents", ils ne peuvent être jugés "suffisants" pour justifier les perquisitions incriminées* » (§ 67) : l'ingérence est jugée disproportionnée (§ 68).

Observations : Protéger l'information revient à protéger le public dans son droit à recevoir des informations. Le journaliste apparaît donc comme le pivot de la

liberté d'expression, puisque lui seul connaît l'identité de ses sources. C'est bien la fonction sociale de la presse qui est en jeu : d'où le principe, pressenti dans les arrêts antérieurs mais jamais formulé aussi clairement que dans l'arrêt *Tillack*, selon lequel le journaliste doit être protégé à raison de sa profession et non de sa personne. La presse est le « chien de garde » de la démocratie et le journaliste en est l'avocat, qui bénéficie donc d'un secret comparable au secret professionnel de l'avocat. La jurisprudence semble également se diriger vers une protection de la source elle-même : découverte puis condamnée, la personne qui a livré les informations illicites pourrait probablement arguer d'une violation de l'article 10 à son profit personnel (v. *supra*, CEDH, sect. IV, 16 octobre 2007, *Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c. Autriche*, req. n° 74336/01 ; *infra*, CEDH, Gde Ch., 12 février 2008, *Guja c. Moldova*, req. n° 14277/04). La jurisprudence de la Cour tend vers une illicéité de principe des mesures de contrainte ayant pour but la découverte de l'identité des sources : quels que soient leur gravité ou leur fondement juridique (recel de violation d'un secret dans la jurisprudence antérieure ou, innovation de l'arrêt *Tillack*, corruption). Mais si la liberté d'expression est une chose, la liberté de « bonne expression » en est une autre. Dans l'arrêt *Volkuis*, la véracité ou la fausseté de l'information litigieuse paraît indifférente dès lors qu'elle porte sur une question d'intérêt général. (C. M.)

— CEDH, Gde Ch., 10 décembre 2007, *Stoll c. Suisse* (req. n° 69698/01, opinions séparées)

Publication d'informations de nature confidentielle

Faits : Un journaliste d'un hebdomadaire zurichois publie des extraits du rapport émanant de l'ambassadeur suisse aux États-Unis ayant trait à la stratégie à adopter par le gouvernement suisse dans les négociations menées notamment entre le Congrès juif mondial et les banques suisses au sujet de l'indemnisation due aux victimes de l'Holocauste pour les avoirs en déshérence sur les comptes bancaires suisses. Il est condamné au paiement d'une amende de 476 euros pour avoir publié, en violation des dispositions du code pénal, ces « débats officiels secrets ».

Solution : *Non violation de l'article 10* (12 voix c. 5). La Cour relève d'emblée que la liberté de la presse « s'avère d'autant plus importante dans des circonstances dans lesquelles les activités et les décisions étatiques, en raison de leur nature confidentielle ou secrète, échappent au contrôle démocratique ou judiciaire » (§ 110). En matière de diffusion d'informations de nature confidentielle, pour déterminer si l'ingérence dans la liberté d'expression est nécessaire, la Cour retient quatre éléments (§ 112) : les intérêts en présence (dont l'intérêt du public à la publication de l'information ; §§ 117 & s.), le contrôle exercé par les juridictions nationales, le comportement du requérant et la proportionnalité de la sanction (en l'occurrence une amende de 476 euros pour contravention, que la Cour qualifie de « *relativement faible* » ; § 157). Le comportement du requérant

s'entend à la fois de la manière dont il est entré en possession de l'information et de la forme de la publication. S'agissant de l'entrée en possession de l'information, la Cour estime que « *l'absence de comportement illicite du requérant n'est pas nécessairement déterminante* » (§ 114), puisqu'il appartient d'abord aux États d'organiser leurs services et de former leurs agents de manière à ce qu'aucune « fuite » ne sorte (§ 143). Mais de la forme de la publication – des articles au contenu réducteur et tronqué, un vocabulaire tendant à prêter à l'ambassadeur des intentions antisémites, une mise en page ne correspondant pas au sérieux du sujet – la Cour conclut que le journaliste « *a eu comme intention première non pas tant d'informer le public sur une question d'intérêt général mais de faire du rapport de l'ambassadeur [...] un sujet de scandale inutile* » (§ 151). À l'examen de ces quatre éléments, la Cour conclut que la condamnation du requérant reste proportionnée (§ 162) au but légitime visé (empêcher la divulgation d'informations confidentielles ; § 56).

Observations : On se prend à espérer qu'une même information publiée dans une forme correspondant davantage au sérieux du sujet eût valu un constat de violation de l'article 10 de la Convention. Et on aurait tort, car la faiblesse de l'amende a aussi joué un rôle non négligeable dans la solution de la Cour et, surtout, la Cour omet – à dessein ? – de restituer à l'article son sens premier : stigmatiser cet ambassadeur en mettant des termes de son rapport en exergue. À cet effet, le choix éditorial eût alors dû paraître tout à fait idoine. (F. F.)

__ CEDH, Gde Ch., 12 février 2008, Guja c. Moldova (req. n° 14277/04)

Le fonctionnaire, « chien de garde » de la démocratie ?

Faits : Le directeur du service de presse du parquet général moldave communique à un journal – qui les publie – deux lettres reçues par le parquet général révélant des ingérences de très hautes personnalités politiques moldaves dans le cours de la justice pénale. Le directeur est révoqué.

Solution : *Violation de l'article 10* (unanimité). La liberté d'expression s'applique également à la sphère professionnelle, fonctionnaires compris, même s'ils ont un devoir particulier de loyauté, de réserve et de discrétion (§ 70). Toutefois, la Cour estime que la dénonciation par des agents publics de conduites ou d'actes illicites constatés sur leur lieu de travail « *doit être protégé dans certaines circonstances* » (§ 72). Ces circonstances renvoient à la proportionnalité de l'atteinte portée à la liberté d'expression d'un fonctionnaire dans un pareil cas. Les facteurs à prendre en compte pour apprécier cette proportionnalité sont au nombre de cinq. En premier lieu, le point de savoir si le fonctionnaire dispose ou non d'autres moyens pour procéder à la divulgation. À cet égard, la Cour souligne que le fonctionnaire doit d'abord agir auprès de son supérieur ou d'une autorité ou instance compétente, « *la divulgation au public ne [devant] être envisagée qu'en dernier ressort, en cas d'impossibilité manifeste d'agir autrement* » (§ 73).

Le deuxième facteur est l'intérêt public présenté par les informations divulguées (§ 74). La Cour estime ici que les lettres divulguées avaient un rapport avec des questions « *telles que la séparation des pouvoirs, l'abus de fonctions de la part de personnalités politiques de haut rang et l'attitude du gouvernement à l'égard des brutalités policières* » (§ 88). Les trois autres facteurs, que la Cour n'a pas spécialement eu à examiner dans cette affaire sont : l'authenticité des informations divulguées (§ 75), la motivation du salarié (§ 77, c'est-à-dire sa bonne foi : §§ 92 & s.) et la sévérité de la sanction (§ 78). L'atteinte portée au droit à la liberté d'expression du requérant, en particulier son droit de communiquer des informations, a été disproportionnée (§ 97).

Observations : Cet arrêt fonde, dans certaines circonstances, le droit du fonctionnaire ou du salarié de divulguer, au besoin à la presse, des inconduites ou actes illicites constatés par lui sur son lieu de travail. Puisque ce sont la nature et la gravité des actes illicites qui justifient leur divulgation, ce droit du fonctionnaire pourrait se nover en devoir. Le fonctionnaire – en particulier – apparaîtra alors comme le premier « chien de garde » de la démocratie. N'est-il pas le premier niveau de l'application de la loi, et donc le premier garant de l'égalité des citoyens devant la loi ? (F. F.)