

Doctrines

Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (1^{er} janvier - 30 juin 2019), par F. Krenc 801

Jurisprudence

■ Droit pénal - Tentative de meurtre - Élément fautif - Notion
Cass., 6 novembre 2019 810

■ Impôts - Taxe sur la valeur ajoutée - Amende - Pouvoir de remise (article 9 de l'arrêt du Régent n° 78 du 18 mars 1831) - Tarif légal - Réduction en deçà - Pouvoir du juge - Droit d'accès à un tribunal
Cass., 17 janvier 2019, observations de F. Koning 812

■ Acte notarié - Action en délivrance d'une copie - Article 23 de la loi du 25 ventôse an XI - Interdiction au notaire de communiquer à d'autres qu'aux personnes intéressées en nom direct, sauf ordonnance du président du tribunal - Demande de condamnation en cas de refus du notaire - Article 1372 du Code judiciaire - Qualité requise
Civ. Bruxelles fr. (prés.), 19 novembre 2018, observations de D. Sterckx 815

Chronique

Classement sans suite et opportunité des poursuites : à quand la fin du soupçon ?

Bureau de dépôt : Louvain 1
Hebdomadaire, sauf juillet et août
ISSN 0021-812X
P301031

Journal des tribunaux

http://jt.larcier.be
30 novembre 2019 - 138^e année
32 - N° 6793
Georges-Albert Dal, rédacteur en chef

Doctrines

Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (1^{er} janvier - 30 juin 2019)

Le premier semestre de cette année 2019 a indubitablement été marqué par le premier avis consultatif rendu par la Cour sous l'empire du Protocole n° 16 ainsi que par le premier arrêt « en manquement » prononcé sur la base du dispositif mis en place, il y a quelques années déjà, par le Protocole n° 14. Au-delà de ces deux « premières », la présente chronique s'attache à cerner les principaux enseignements jurisprudentiels du semestre écoulé, en portant une attention particulière sur les arrêts et décisions d'irrecevabilité concernant ou intéressant la Belgique.

1 Avis consultatif (Protocole n° 16)

Gestation pour autrui. — Le Protocole n° 16 donne une forme nouvelle et concrète au dialogue entre juges nationaux et juges européens, en permettant aux plus hautes juridictions d'un État partie à la Convention, « dans le cadre d'une affaire pendante devant [elles] », de saisir la Cour d'une demande d'« avis consultatif »¹. Pareille demande ne peut concerner que « des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles »².

Le mécanisme ainsi mis en place par le Protocole n° 16 est doublement novateur. D'une part, la Cour ne se prononce pas aux termes d'un arrêt juridiquement obligatoire à l'égard de l'État concerné ; le juge européen est ici appelé à rendre un « avis » qui, formellement, n'est pas contraignant³. D'autre part, dans le cadre de cette procédure consultative, la Cour n'intervient pas *ex post*, à l'issue de l'épuisement de toutes les voies de recours internes ; son office s'exerce alors même que l'affaire est toujours pendante au niveau national.

Ce Protocole n° 16⁴, qui constitue un protocole optionnel, est entré en vigueur le 1^{er} août 2018 à l'égard des seuls États qui l'ont ratifié. À ce jour, ces États sont au nombre de treize. Pour l'heure, la Belgique ne figure pas parmi ces États.

La première saisine de la Cour sur la base du Protocole n° 16 est intervenue en octobre 2018, à la suite d'une demande formée par la Cour de cassation de France. L'avis de la Cour était fortement attendu. Il s'agissait de voir comment la Cour allait appréhender son nouvel office consultatif. Mais l'attente était également nourrie par l'objet même de la demande d'avis, qui concernait le sujet hautement sensible de la gestation pour autrui (« GPA »).

La Cour s'est prononcée le 10 avril 2019 en formation de grande chambre. Ce premier avis s'efforce, dans un premier temps, de baliser l'office consultatif de la Cour. Celle-ci énonce que le but de cette nouvelle procédure consultative consiste « dans un délai aussi rapide que possible, [à] fournir à la juridiction qui a procédé à la demande une orientation lui permettant de garantir le respect des droits de la Convention lorsqu'elle jugera le litige en instance »⁵. La Cour entend pré-

(1) Article 1^{er}, § 2, du Protocole n° 16.

(2) Article 1^{er}, § 1^{er}, du Protocole n° 16.

(3) Article 5 du Protocole n° 16.

(4) Sur ce Protocole, voy. dans la littérature récente, F. TULKENS, « La Cour européenne des droits de l'homme et les avis consultatifs », *Cah. dr. eur.*, 2018, p. 653 ; F. ELENS-PASSOS, « À propos du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme », in *Libertés, (l)égalité, humanité - Mélanges offerts à Jean Spreutels*, Bruylant, Bruxelles, 2018, p. 221.

(5) C.E.D.H., gr. ch., 10 avril 2019, avis consultatif « relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de

Actualités récentes en droit civil immobilier

Aurélien VANDEBURGIE et Manuela von KUEGELGEN coordinateurs

NICOLAS BERNARD, PIERRE-YVES ERNEUX, RACHEL SABBABH, ARIANNE SALVÉ, HUGUES SIMON, NICOLAS VAN DAMME

Sous la coordination de : Aurélien Vandeburgie, Manuela von Kuegelgen

Les conséquences de la réforme du droit de la copropriété sur les ensembles immobiliers ; la division en volumes, dans une perspective de fraude à la loi ; le partage ; la co-location et la co-acquisition,...

> UB³

210 p. • 58,00 € • Édition 2019

www.larcier.com

orders@larcier.com

Lefebvre Sarrut Belgium s.a.

Boulevard Baudouin 1^{er}, 25 • B-1348 Louvain-la-Neuve

Tél. 0800/39 067 – Fax 0800/39 068

ciser qu'elle « n'est compétente ni pour se livrer à une analyse des faits, ni pour apprécier le bien-fondé des points de vue des parties relativement à l'interprétation du droit interne à la lumière du droit de la Convention, ni pour se prononcer sur l'issue de la procédure »⁶.

Ces balises posées, la Cour se concentre ensuite sur l'objet de sa saisine. En l'occurrence, celle-ci s'inscrit à la suite de l'arrêt *Mennesson c. France* du 26 juin 2014⁷. À l'origine de cette affaire était le refus de reconnaître, en France, le lien de filiation entre un couple de ressortissants français et deux enfants nées en Californie d'une gestation pour autrui. Ces enfants ont été conçues avec les gamètes du père d'intention et d'une tierce donneuse, la mère d'intention n'étant pas la mère biologique.

Saisie par ces enfants et leurs parents d'intention, la Cour avait conclu le 26 juin 2014 à la violation de l'article 8 de la Convention, non point au regard du droit des requérants au respect de leur « vie familiale » mais sous l'angle du droit des (seules) enfants au respect de leur (seule) « vie privée ». La Cour a estimé que s'« il est concevable que la France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire », il reste que « les effets de la non-reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises : ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté ». Pour la Cour, « cette analyse prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant ». En effet, « on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance »⁸.

À la suite de ce constat de violation dressé par la Cour, la Cour de cassation française fut de nouveau saisie aux fins du « réexamen » de cette affaire⁹. C'est dans le cadre de ce réexamen qu'intervint la demande d'avis consultatif de la Cour de cassation française. S'interrogeant plus spécialement sur le lien de filiation entre les enfants et la mère d'intention, la Cour de cassation réunie en assemblée plénière décida, par un arrêt du 5 octobre 2018¹⁰, de poser les deux questions¹¹ suivantes aux juges de Strasbourg :

« 1. En refusant de transcrire sur les registres de l'état civil l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui en ce qu'il désigne comme étant sa mère légale la mère d'intention, alors que la transcription de l'acte a été admise en tant qu'il désigne le père d'intention, père biologique de l'enfant, un État partie excède-t-il la marge d'appréciation dont il dispose au regard de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ? À cet égard, y a-t-il lieu de distinguer selon que l'enfant est conçu ou non avec les gamètes de la mère d'intention ? »

» 2. Dans l'hypothèse d'une réponse positive à l'une des deux questions précédentes, la possibilité pour la mère d'intention d'adopter l'enfant de son conjoint, père biologique, ce qui constitue un mode d'établissement de la filiation à son égard, permet-elle de respecter les exigences de l'article 8 de la Convention ? ».

Dans sa réponse à la première question, la Cour européenne rappelle sa jurisprudence issue de son précédent arrêt *Mennesson*, selon laquelle « l'article 8 de la Convention demande que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance du lien entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et le père d'intention lorsqu'il est le père biologique »¹². Se concentrant cette fois sur le cas de la mère d'intention lorsque celle-ci n'est pas, comme dans le cas d'espèce, la mère biologique, la Cour se fonde sur l'intérêt supérieur de l'enfant et indique sans ambages que « le droit au respect de la vie privée, au sens de l'article 8 de la Convention, d'un enfant né à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui, requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la "mère légale" »¹³. La Cour de préciser que cette interprétation de l'article 8 de la Convention vaut *a fortiori* lorsque l'enfant né d'une gestation pour autrui a été conçu avec les gamètes de la mère d'intention¹⁴.

Il restait à savoir — tel était l'objet de la seconde question posée à la Cour en cas de réponse positive à la première — si le droit au respect de la vie privée de l'enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger requiert que la reconnaissance de ce lien de filiation s'opère par la transcription sur les registres de l'état civil de l'acte de naissance légalement établi à l'étranger ou si cette reconnaissance peut s'accommoder d'autres moyens, comme notamment l'adoption de l'enfant par la mère d'intention. Sur ce point, la Cour valorise la marge d'appréciation étatique qu'elle avait pourtant sensiblement relativisée lors de sa réponse à la première question. En effet, souligne la Cour, « l'identité de l'individu est moins directement en jeu lorsqu'il s'agit non du principe même de l'établissement ou de la reconnaissance de sa filiation mais des moyens à mettre en œuvre à cette fin »¹⁵. Or, on ne pourrait affirmer sur le fondement de la Convention que « les États parties soient tenus d'opter pour la transcription des actes de naissance légalement établis à l'étranger »¹⁶. Partant, « vu la marge d'appréciation dont disposent les États s'agissant du choix des moyens, d'autres voies que la transcription, notamment l'adoption par la mère d'intention, peuvent être acceptables »¹⁷. C'est à la condition, toutefois, que « les modalités prévues par le droit interne garantissent l'effectivité et la célérité de leur mise en œuvre, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant »¹⁸.

Au final, il y a tout lieu de se réjouir de cette « première »¹⁹. Pour trois motifs, au moins. Premièrement, cet avis révèle un souci manifeste de clarté et de concision, ce qui en facilite la lecture et la compréhension. Deuxièmement, cet avis a été rendu dans un délai relativement bref (six mois après la demande d'avis), ce qui renforce l'efficacité et la crédibilité du mécanisme. Espérons à cet égard que la grande chambre — qui, pour rappel, est seule compétente pour délivrer un avis consultatif²⁰ — soit capable de tenir ce rythme si les saisines consultatives viennent à se multiplier. Enfin, on ne peut manquer d'observer que cet avis a été rendu à l'unanimité des juges composant la grande chambre — une telle unanimité est rare au sein de cette formation suprême de jugement composée de dix-sept juges — et qu'il n'est assorti — faut-il le souligner également — d'aucune opinion séparée²¹, ce qui est indubitablement de nature à accroître son autorité.

Certes, cet avis rendu par la Cour n'est point contraignant. Il ne s'agit que d'un « avis ». On conçoit mal cependant que la Cour de cassation française s'en écarte, d'autant qu'elle a elle-même pris l'initiative de

filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention », § 34.

(6) *Ibidem*, § 25.

(7) Voy. F. KRENC et S. VAN DROO-GHENBROECK, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (1^{er} janvier-30 juin 2014) », *J.T.*, 2014, pp. 673-674.

(8) C.E.D.H., 26 juin 2014, arrêt *Mennesson c. France*, §§ 99-100.

(9) Sur le fondement des articles L. 452-1 et suivants du Code français de l'organisation judiciaire (institués par la loi française n° 2016-1547 du 18 novembre 2016). À cet égard, la législation française se distingue de la législation belge (voy. les

articles 442bis et suivants du Code d'instruction criminelle) en ce que la première, à la différence de la seconde, ne réserve plus aux seules procédures pénales les possibilités de réexamen consécutif à un arrêt de la Cour européenne constatant une violation de la Convention.

(10) Cass. Fr., ass. plén., 5 octobre 2018, n° 10-19.053.

(11) Qui s'apparentent à de véritables questions « préjudicielles ».

(12) C.E.D.H., gr. ch., 10 avril 2019, avis consultatif, § 35.

(13) *Ibidem*, § 46.

(14) *Ibidem*, § 47.

(15) *Ibidem*, § 51.

(16) *Ibidem*, § 50.

(17) *Ibidem*, § 55.

(18) *Ibidem*.

(19) Pour des commentaires, voy. F. SUDRE et A. GOUTTENORE, « L'avis constructif de la Cour européenne des droits de l'homme à propos de la maternité d'intention », *J.C.P.*, éd. G., 2019, n° 20, p. 551 ; D. SZYMCAK, « Répondre et rassurer : quelques enseignements à propos du premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2019, p. 955 ; H. FULCHIRON, « Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue exemplaire ? », *D.*, 2019, n° 7820, p. 1084 ; L. LAVRYSEN, « The mountain gave birth to a mouse : the first Advisory Opinion under Protocol n° 16 », *Strasbourg Observers*, 24 avril 2019 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Le renforcement de l'interaction entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation française en matière de filiation de l'enfant né d'une GPA », *Rev. trim. dr. civ.*, 2019, n° 2, p. 286 ; L. MARGUET, « Quand la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation tissent les liens : filiation, mère d'intention et enfant né d'une GPA à l'étranger », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, 2019 en ligne le 11 juin 2019.

(20) Article 2 du Protocole n° 16.

(21) De telles opinions sont autorisées par l'article 4, § 2, du Protocole n° 16.

consulter les juges de Strasbourg. Du reste, un tel avis participe de l'œuvre interprétative de la Cour et a vocation à s'inscrire naturellement dans la jurisprudence contraignante de la Cour que cette dernière vient tantôt rappeler, tantôt affiner, tantôt anticiper. C'est dire aussi qu'en raison de son autorité naturelle, l'avis ne pourrait être ignoré par les autorités et juridictions des autres États parties. La Cour ne dit d'ailleurs pas autre chose lorsqu'elle souligne que l'« intérêt » de ces avis « est également de fournir aux juridictions nationales des orientations sur des questions de principe relatives à la Convention applicables dans des cas similaires »²².

Depuis lors, la Cour a été saisie en août dernier d'une deuxième demande d'avis. Celle-ci émane de la Cour constitutionnelle arménienne, qui s'interroge sur la conventionnalité d'une disposition incriminant le « renversement de l'ordre constitutionnel » au regard de l'article 7 de la Convention consacrant le principe de légalité en matière pénale. Cette demande d'avis ayant été acceptée par le collège de cinq juges, la grande chambre sera donc amenée à rendre un nouvel avis prochainement.

2 Recours en manquement (article 46, §§ 4 et 5, de la Convention)

Inexécution d'un précédent arrêt de la Cour. — Outre le premier avis consultatif, la période recensée a également été marquée par le premier arrêt « en manquement » rendu par la Cour. Cette procédure est régie par l'article 46, § 4, de la Convention, libellé comme suit : « Lorsque le Comité des ministres estime qu'une Haute Partie contractante refuse de se conformer à un arrêt définitif dans un litige auquel elle est partie, il peut, après avoir mis en demeure cette partie et par décision prise par un vote à la majorité des deux tiers des représentants ayant le droit de siéger au Comité, saisir la Cour de la question du respect par cette Partie de son obligation au regard du paragraphe 1^{er} ».

Cette procédure en manquement — dont l'initiative revient au seul Comité des ministres — a été introduite par le Protocole n° 14 additionnel à la Convention, entré en vigueur le 1^{er} juin 2010. À l'époque, son introduction fut âprement discutée²³. La Cour elle-même avait officiellement fait savoir qu'elle n'y était « pas favorable »²⁴. Ses concepteurs comptaient, pour leur part, sur son effet dissuasif²⁵, précisant que ce mécanisme ne devrait être activé que « dans des situations exceptionnelles »²⁶. Avec le recul, on ne peut dire que le Comité des ministres en ait abusé. Intervenue en décembre 2017, la première saisine de la Cour sur la base de l'article 46, § 4, a donné lieu à un arrêt de la grande chambre du 29 mai 2019, qui retient présentement l'attention²⁷.

Par cette première procédure en manquement, le Comité des ministres dénonçait l'inexécution par l'Azerbaïdjan d'un arrêt rendu le 22 mai 2014 dans une affaire *Mammadov*. Dans cet arrêt, la Cour avait conclu à la violation de l'article 5, § 1^{er}, c), de la Convention en raison de l'arrestation et de la détention du requérant en l'absence de soupçons plausibles mais aussi à la violation de l'article 18 — prohibant le « détournement de pouvoir »²⁸ — combiné avec l'article 5 de la Convention, dès lors que le but réel de la privation de liberté du requé-

rant — un opposant politique de premier plan — consistait à réduire celui-ci au silence.

Cette première procédure en manquement a été, tout d'abord, l'occasion pour la Cour de rappeler les obligations incombant aux États au titre de l'exécution de ses arrêts, ainsi que de circonscrire le rôle dévolu au Comité des ministres dans sa mission de surveillance.

Ainsi, la Cour répète que l'État reconnu responsable par la Cour d'une violation de la Convention « est tenu (...) de prendre des mesures individuelles et/ou, le cas échéant, générales dans son ordre juridique interne, afin de mettre un terme à la violation constatée par la Cour et d'en effacer les conséquences, l'objectif étant de placer le requérant, autant que possible, dans une situation équivalente à celle dans laquelle il se trouverait s'il n'y avait pas eu manquement aux exigences de la Convention »²⁹. Se voit ainsi réaffirmé le principe de la *restitutio in integrum*.

La Cour rappelle néanmoins que « ses arrêts ont un caractère déclaratoire pour l'essentiel »³⁰ et que « l'État défendeur reste libre en principe, sous le contrôle du Comité des ministres, de choisir les moyens de s'acquitter des obligations qui lui incombent au titre de l'article 46, § 1^{er}, de la Convention »³¹. Si la Cour a pu, dans certaines affaires, indiquer les mesures que l'État devait adopter pour se conformer à ses arrêts, elle tient néanmoins à souligner que « compte tenu de la variété des moyens disponibles pour parvenir à la *restitutio in integrum* », « le Comité des ministres est mieux placé qu'elle pour déterminer précisément les mesures à prendre »³². Sur ce point, le juge Wojtyczek marque son profond désaccord. Dans une opinion séparée, le juge polonais fait valoir que « le fait de déterminer les conséquences juridiques d'une violation du droit est au cœur même de la fonction judiciaire ». Aussi, « pour que la Cour européenne des droits de l'homme soit une vraie cour, il faut qu'elle ait le pouvoir d'établir les conséquences juridiques de ses arrêts »³³. Le juge Wojtyczek relaie de la sorte une revendication émise de longue date par une partie de la doctrine³⁴.

Quoi qu'il en soit, pour déterminer si, dans le cas d'espèce, il y a bien eu un manquement de l'Azerbaïdjan, la Cour se devait de circonscrire avec précision les obligations incombant à cet État sur la base de l'arrêt du 22 mai 2014. Aux yeux de la Cour, cet arrêt exigeait concrètement de l'Azerbaïdjan « de lever ou d'annuler les accusations qui ont été estimées abusives par la Cour et de mettre un terme à la détention provisoire de M. Mammadov »³⁵.

Sous cet angle, se posait la question de l'éventuelle incidence de la libération de M. Mammadov, intervenue en août 2018, soit postérieurement à l'introduction, en décembre 2017, du recours en manquement par le Comité des ministres. Selon la Cour, cette libération demeure sans incidence sur son examen. La Cour observe que le Comité des ministres « n'a pas décidé de mettre fin à la procédure [en manquement] » à la suite de cette libération en sorte qu'« elle demeure saisie de l'affaire qui a été portée devant elle »³⁶. En outre, la Cour souligne que pour déterminer s'il y a eu un manquement, elle ne doit pas se placer au moment où elle statue, mais qu'il lui revient de prendre en considération la situation existant au moment de sa saisine par le Comité des ministres³⁷.

Dans ces circonstances, la Cour a estimé à l'unanimité des juges de la grande chambre qu'en ne libérant pas M. Mammadov à la suite de l'arrêt du 22 mai 2014, malgré les appels répétés du Comité des ministres, « l'Azerbaïdjan a manqué à l'obligation qui lui incombait au titre de l'article 46, § 1^{er}, [de la Convention] de se conformer à [cet arrêt] »³⁸.

(22) C.E.D.H., gr. ch., 10 avril 2019, avis consultatif, § 26.

(23) Voy. F. KRENC et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le Protocole n° 14 : "cauténer sur une jambe de bois" ou véritable "garantie de l'efficacité à long terme de la Cour européenne des droits de l'homme" ? », *J.T.*, 2010, pp. 498-499.

(24) Réponse de la Cour européenne des droits de l'homme au Rapport d'activités intérimaire du Comité directeur pour les droits de l'homme (10 février 2004, CDDH-GDR(2004)001 Rév.), § 31.

(25) « La simple existence d'une telle

procédure de recours en manquement et la menace d'y avoir recours devraient avoir un nouvel effet incitatif efficace quant à l'exécution des arrêts de la Cour » (rapport explicatif du Protocole n° 14, § 100).

(26) Rapport explicatif du Protocole n° 14, § 100.

(27) Voy. également E. DECAUX, « Coup d'arrêt à Bakou », *Rev. trim. dr. h.*, 2019, pp. 997-1017.

(28) Sur cette disposition, voy. C.E.D.H., gr. ch., 28 novembre 2017, *Merabishvili c. Géorgie*.

(29) C.E.D.H., gr. ch., 29 mai 2019, arrêt rendu dans le cadre de la procé-

dure fondée sur l'article 46, § 4, dans l'affaire *Ilgar Mammadov c. Azerbaïdjan* (requête n° 15172/13), § 150. Voy. aussi § 191.

(30) *Ibidem*, § 148. Voy. aussi § 182.

(31) *Ibidem*, § 153.

(32) *Ibidem*, § 155.

(33) Opinion concordante du juge Wojtyczek, § 8.

(34) Voy. notamment E. LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme - Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1999, ainsi que G. COHEN-JONATHAN,

« Quelques considérations sur la réparation accordée aux victimes d'une violation de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire - Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 109 et s.

(35) C.E.D.H., gr. ch., 29 mai 2019, gr. ch., arrêt rendu dans le cadre de la procédure fondée sur l'article 46, § 4, précité, § 192.

(36) *Ibidem*, § 145.

(37) *Ibidem*, §§ 169-171 et § 216.

(38) *Ibidem*, § 218.

L'unanimité de la grande chambre n'est cependant qu'apparente. Si tous les juges s'accordent sur le constat de manquement, des divergences profondes apparaissent à l'examen des opinions séparées assortissant l'arrêt en manquement. Dans l'une de ces opinions, la juge Motoc n'hésite d'ailleurs pas à suggérer « une réflexion sur la légitimité de la Cour »³⁹.

En réalité, deux objections nous paraissent devoir retenir prioritairement l'attention. Il faut bien reconnaître qu'elles ne sont pas totalement dénuées de pertinence.

La première objection procède de ce que l'arrêt *Mammadov* du 22 mai 2014 dont il a été constaté l'inexécution, a été suivi d'un deuxième arrêt *Mammadov* rendu par la Cour le 16 novembre 2017. Le premier arrêt du 22 octobre 2014 concernait la phase d'instruction de la procédure pénale initiée contre M. Mammadov, tandis que le deuxième arrêt du 16 novembre 2017 portait sur la phase de jugement. Dans ce deuxième arrêt, la Cour s'est attelée à déterminer si, « considérée dans son ensemble, la procédure pénale menée contre le requérant a revêtu un caractère équitable, conforme aux exigences de l'article 6 de la Convention »⁴⁰. La Cour a estimé que tel n'avait pas été le cas et a conclu à la violation de cette disposition. Dans la mesure où ce deuxième arrêt *Mammadov* considère implicitement que les défaillances relevées dans le premier arrêt du 22 octobre 2014 ne compromettaient pas automatiquement le caractère équitable du procès du requérant, la Cour ne vient-elle pas, dans son arrêt en manquement, contester cette prémisse lorsqu'elle affirme que « le constat de violation de l'article 18 combiné avec l'article 5 de la Convention que la Cour a formulé dans le premier arrêt *Mammadov* a eu pour effet de vicier toute mesure ayant résulté des accusations portées [contre M. Mammadov] »⁴¹ ? Six juges de la grande chambre y voient là une « contradiction » dans le chef de la Cour⁴².

La deuxième critique n'est pas moins fondamentale. Ces six mêmes juges reprochent au Comité des ministres d'avoir porté atteinte à l'indépendance des juges nationaux et européens. À l'indépendance des juridictions nationales tout d'abord, en exigeant la libération de M. Mammadov, alors même que la procédure pénale était encore pendante au niveau interne⁴³. À l'indépendance de la Cour ensuite, en prenant position sur la procédure pénale en cours, alors que celle-ci était au cœur même d'une deuxième requête portée à Strasbourg⁴⁴.

Le moins que l'on puisse écrire est que l'arrêt rendu par la Cour au terme de cette première procédure en manquement illustre les difficultés inhérentes à ce mécanisme. Est-ce qu'il en montre également les limites ? Toujours est-il qu'il ressort assez nettement de ce premier arrêt en manquement la volonté de la Cour de ne point contrarier l'action du Comité des ministres dont elle s'attache au contraire à valoriser le rôle sur le terrain du suivi l'exécution de ses arrêts. À plusieurs reprises, la Cour a mis en exergue « l'équilibre institutionnel que la Convention prévoit entre la Cour et le Comité des ministres »⁴⁵.

elle ne cadre guère avec l'indépendance du pouvoir judiciaire » (§ 17). Dans son arrêt du 29 mai 2019, la Cour anticipe cette objection et y répond comme suit : « dans la mesure où pourrait se poser la question de savoir s'il était approprié que le Comité des ministres demandât la libération de M. Mammadov dès le début de la procédure d'exécution, avant l'achèvement de la procédure interne, la Cour indique avoir déjà conclu que son constat de violation de l'article 18 combiné avec l'article 5, formulé dans le premier arrêt *Mammadov*, avait eu pour effet de vicier la procédure pénale qui a suivi (...). Il était donc logique de chercher à obtenir d'urgence la libération de M. Mammadov (...) À supposer même qu'aux fins de la *resitutio in integrum* il suffisait d'attendre que la procédure nationale subséquente remédiât aux problèmes relevés dans l'arrêt, la Cour observe

3 Délai de six mois pour saisir la Cour (article 35, § 1^{er} de la Convention)

Exercice d'un recours inefficace. Forclusion du droit d'agir devant la Cour. — Aux termes de l'article 35, § 1^{er}, de la Convention, le délai utile pour saisir la Cour est de six mois « à partir de la date de la décision interne définitive ». Notons que ce délai sera réduit à quatre mois lorsque le Protocole n° 15 entrera en vigueur⁴⁶.

La « décision interne définitive » est celle qui statue sur le dernier recours que le requérant était tenu d'« épuiser » en application de la condition — prescrite par ce même article 35, § 1^{er} — relative à l'épuisement des voies de recours internes⁴⁷. Un lien étroit unit donc le délai de six mois et la règle de l'épuisement des voies de recours internes⁴⁸. Il importe de rappeler que seuls les recours véritablement « effectifs » — au sens de l'article 13 de la Convention — doivent être « épuisés »⁴⁹. Il s'ensuit que l'exercice par le justiciable, même de bonne foi, d'un recours inefficace — parce que celui-ci s'avère, en réalité, impuissant à redresser, dans l'ordre interne, la violation alléguée de la Convention — peut emporter des conséquences irrémédiables et même dramatiques, en ce qu'il peut conduire à la forclusion du droit de recours individuel devant la Cour en raison de la méconnaissance du délai de six mois⁵⁰.

La décision d'irrecevabilité rendue le 12 février 2019 dans l'affaire *Chaâban c. Belgique* en constitue une cruelle illustration. Cette affaire concerne le décès d'un détenu. Dénonçant les circonstances dans lesquelles ce décès est survenu au sein de l'établissement pénitentiaire, les parents, frères et sœur du défunt — les requérants devant la Cour — se constituèrent parties civiles entre les mains d'un juge d'instruction. Au terme de la phase d'instruction, deux médecins furent renvoyés devant le tribunal correctionnel. Celui-ci condamna les deux médecins. Cette condamnation fut cependant réformée par la juridiction d'appel, qui prononça l'acquittement des deux médecins et se déclara subséquemment incompétente pour connaître des demandes civiles des requérants. Ceux-ci déposèrent une déclaration de pourvoi en cassation, tandis que le ministère public s'abstint de tout pourvoi. Une ordonnance de la Cour de cassation prononça la non-admission du pourvoi des requérants en raison du non-respect des conditions prescrites par l'article 429, alinéa 4, du Code d'instruction criminelle.

Devant la Cour, le gouvernement belge soulevait une exception tirée du non-épuisement des voies de recours internes, au motif que les requérants n'ont pas agi en responsabilité contre l'État sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil. La Cour a rejeté cette exception. Elle a estimé qu'en déposant une plainte avec constitution de partie civile et en poursuivant de la sorte la voie pénale, « les requérants ont épuisé les recours qui leur étaient ouverts en vertu du Code d'instruction criminelle »⁵¹ et que « les requérants n'étaient pas tenus d'introduire un recours sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil puisqu'une telle procédure n'aurait pu aboutir qu'à l'octroi d'une indemnité »⁵².

(39) Opinion concordante de la juge Motoc, §§ 1^{er} et 6.

(40) C.E.D.H., 16 novembre 2017, arrêt *Ilgar Mammadov c. Azerbaïdjan* (n° 2), § 202.

(41) C.E.D.H., gr. ch., 29 mai 2019, arrêt rendu dans le cadre de la procédure fondée sur l'article 46, § 4, précité, § 189.

(42) Opinion concordante commune aux juges Yudkivska, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek, Dedov, Motoc, Polackova et Hüseyinov, § 11.

(43) Dans leur opinion commune, les juges Yudkivska, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek, Dedov, Motoc, Polackova et Hüseyinov estiment que « le Comité des ministres s'est en fait immiscé dans la procédure judiciaire nationale en cours en insistant pour que M. Mammadov fût immédiatement libéré et en mettant en doute l'équité de la procédure en question. Nous considérons qu'une telle ingérence ne doit pas être permise, car

que ladite procédure n'a pas abouti à ce résultat » (§ 208).

(44) Pour les six juges « dissidents », « on peut considérer que le Comité des ministres, en déclarant expressément que la procédure pénale nationale contre M. Mammadov était viciée, s'est immiscé dans l'affaire qui était pendante devant la Cour européenne des droits de l'homme. Nous estimons que, dans des situations semblables, le Comité des ministres devrait s'abstenir d'exprimer un avis susceptible de peser sur le dénouement d'une affaire en cours et de prendre position sur des questions relevant de l'examen de la Cour » (§ 19).

(45) C.E.D.H., gr. ch., 29 mai 2019, arrêt rendu dans le cadre de la procédure fondée sur l'article 46, § 4, précité, § 182.

(46) À la différence du Protocole n° 16, le Protocole n° 15 est un protocole additionnel à la Convention et

nécessite la ratification de tous les États parties à la Convention pour pouvoir entrer en vigueur. À ce jour les instruments de ratification de la Bosnie-Herzégovine et de l'Italie n'ont toujours pas été déposés.

(47) Voy. notamment C.E.D.H., gr. ch., 19 décembre 2017, arrêt *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal*, § 131.

(48) C.E.D.H., 7 octobre 2008, décision (rec.) *Nenkov c. Bulgarie*.

(49) Sur les « étroites affinités » entre l'article 35, § 1^{er}, et l'article 13 de la Convention, voy. C.E.D.H., gr. ch., 29 mars 2006, arrêt *Scordino c. Italie* (n° 1), §§ 140-142.

(50) Voy. par exemple C.E.D.H., 22 mai 2003, décision (rec.) *Kembouche c. Belgique*.

(51) C.E.D.H., 12 février 2019, décision (rec.) *Chaâban e.a. c. Belgique*, § 31.

(52) *Ibidem*, § 29.

Toutefois, examinant d'office sa compétence *ratione temporis*, qui est « d'ordre public »⁵³, la Cour a jugé la requête tardive et partant irrecevable aux motifs suivants : « en droit belge, en l'absence de pourvoi introduit par le ministère public, le pourvoi en cassation introduit par les requérants ne permettait que l'éventuelle allocation de dommages et intérêts et non la punition des responsables et ne constituait dès lors pas un recours à épuiser dont il devrait être tenu compte pour le calcul du délai de six mois. Ceci amène la Cour à considérer que le délai de six mois a commencé à courir dès qu'il était clair que le ministère public ne se pourvoierait pas en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel (...), c'est-à-dire à l'expiration du délai dont le ministère public disposait pour ce faire. En l'espèce, en application de l'article 433 du Code d'instruction criminelle, le ministère public disposait d'un délai de quinze jours à compter du prononcé de l'arrêt de la cour d'appel pour se pourvoir en cassation (...). Le délai de six mois a dès lors commencé à courir le lendemain du quinzième jour suivant le prononcé de l'arrêt de la cour d'appel, soit le 15 mars 2016. La requête ayant été introduite le 23 septembre 2016, elle est tardive »⁵⁴.

Ce verdict d'irrecevabilité, qui procède d'une application rigoureuse des règles gouvernant la saisine de la Cour⁵⁵, frappe par son impitoyable dureté pour les requérants. Quoi qu'on puisse en penser, l'on ne peut que rendre les plaideurs extrêmement attentifs au lien infrangible qui unit la règle de l'épuisement des voies de recours internes et la règle du délai de six mois.

Par conséquent, le justiciable doit être doublement attentif. D'un côté, en vertu de la règle de l'épuisement des voies de recours internes et du principe de subsidiarité qui la gouverne, il doit, avant de se rendre à Strasbourg, user de toutes les possibilités qu'offre le système juridique de l'État concerné afin de prévenir ou de réparer la violation alléguée. Faute de quoi, sa requête sera déclarée irrecevable. Parallèlement, il convient d'avoir constamment à l'esprit le délai de six mois qui commence à courir dès l'instant où le dernier recours effectif a été tranché. L'exercice d'un recours « inefficace » expose le requérant à un risque sérieux de forclusion de son droit de recours individuel devant la Cour.

4 Prohibition de la torture, des peines et traitements inhumains ou dégradants (article 3 de la Convention)

Les constats de violation de l'article 3 de la Convention tendent à se multiplier et, hélas, à se banaliser. Il n'est pas moins préoccupant d'observer que ces constats concernent des États fondateurs et pionniers du Conseil de l'Europe : la France, l'Italie mais encore la Belgique.

« **Jungle** » de Calais. Mineur étranger non accompagné. — Alors qu'est célébré cette année le trentième anniversaire de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, il importe de souligner qu'« eu égard au caractère fondamental des droits garantis par l'article 3 [de la Convention] et à la vulnérabilité particulière des enfants, les pouvoirs publics ont l'obligation, inhérente à leur mission, de protéger ceux-ci contre des mauvais traitements »⁵⁶.

S'agissant plus particulièrement de la condition des enfants étrangers, l'arrêt *Khan c. France* du 28 février 2019 vient rappeler que « dans les affaires relatives à l'accueil d'étrangers mineurs, accompagnés ou non accompagnés, il convient de garder à l'esprit que la situation d'ex-

trême vulnérabilité de l'enfant est déterminante et prédomine sur la qualité d'étranger en séjour illégal »⁵⁷. Confirmant l'arrêt *Rahimi c. Grèce* du 5 avril 2011, la Cour réitère l'obligation incombant aux États parties de la Convention de « protéger » et de « prendre en charge » les enfants étrangers non accompagnés, même en situation irrégulière, car ceux-ci relèvent de « la catégorie des personnes les plus vulnérables de la société »⁵⁸.

Dans le cas d'espèce, la France a été condamnée en raison du « traitement dégradant » subi par un jeune enfant afghan de douze ans totalement livré à lui-même dans la lande de Calais pendant plusieurs mois, sans aucune prise en charge par les autorités françaises. Si la Cour se dit « consciente de la complexité de la tâche des autorités internes, eu égard en particulier au nombre de personnes présentes sur la lande à l'époque des faits de la cause, ainsi qu'à la difficulté d'identifier les mineurs isolés parmi eux et de définir et mettre en place des modalités d'accueil adaptées à leur situation alors qu'ils n'étaient pas toujours demandeurs d'une prise en charge »⁵⁹, la Cour relève cependant que « le requérant (...) vécu durant plusieurs mois dans le bidonville de la lande de Calais, dans un environnement totalement inadapté à sa condition d'enfant, que ce soit en termes de sécurité, de logement, d'hygiène ou d'accès à la nourriture et aux soins, et dans une précarité inacceptable au regard de son jeune âge »⁶⁰. Selon la Cour, le défaut de prise en charge du requérant, « déjà extrêmement problématique avant le démantèlement de la zone sud de la lande » intervenu en février 2016, l'était plus encore à la suite de cette opération, en raison de la destruction de la cabane dans laquelle il vivait et de la dégradation générale des conditions de vie sur le site⁶¹.

Conditions de détention. Grève du personnel pénitentiaire. — Les conditions de détention dans nos établissements pénitentiaires suscitent un important contentieux interne qui conduit à des condamnations, souvent très fermes, des atteintes portées à la dignité des détenus⁶². Ces condamnations donnent écho à la jurisprudence de la Cour et singulièrement à ses arrêts ayant constaté la violation par notre État de l'article 3 de la Convention⁶³.

Par son arrêt *Clasens c. Belgique* du 28 mai 2019, la Cour dresse un nouveau constat de violation. À la différence des précédentes affaires « belges » dans lesquelles elle a conclu à la violation de l'article 3, la Cour était ici appelée à connaître des conditions de détention résultant d'un mouvement de grève d'agents pénitentiaires. En l'espèce, la grève en cause était celle survenue à la prison d'Iltre au printemps de l'année 2016, laquelle s'inscrivait dans un mouvement plus large qui concernait l'ensemble des établissements pénitentiaires francophones du Royaume.

S'appuyant sur les constats opérés par le Comité européen pour la prévention de la torture (CPT), la Cour a relevé en l'occurrence que « pendant toute la durée de la grève, soit pendant près de deux mois, le requérant n'a eu accès à aucune activité extérieure à sa cellule, a été confiné dans sa cellule 24 h sur 24, à l'exception d'une sortie d'une heure tous les trois jours dans la cour de promenade, et n'a eu accès aux douches qu'une à deux fois par semaine, sans possibilité de s'approvisionner en produits d'hygiène dont la distribution avait été interrompue »⁶⁴.

La Cour ne s'est pas arrêtée à ces constats. Elle a stigmatisé « les conséquences » découlant de l'absence d'un service minimum garanti en cas d'action collective du personnel pénitentiaire : « à ces conditions matérielles de détention se sont ajoutées les conséquences résultant de l'absence d'encadrement de la continuité des missions des agents pénitentiaires en période de grève, à savoir que les détenus se sont retrouvés tributaires du refus d'un grand nombre d'agents péniten-

(53) Voy. C.E.D.H., gr. ch., 20 mars 2018, arrêt *Radomilja e.a. c. Croatie*, § 138.

(54) C.E.D.H., 12 février 2019, décision (rec.) *Chaaban e.a. c. Belgique*, §§ 35-38.

(55) Voy. F. KRENC, « La saisine de la Cour européenne des droits de l'homme », in P. MARTENS (dir.), *Saisir le Conseil d'État et la Cour européenne des droits de l'homme*, coll. CUP, n° 139, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 167-168.

(56) Voy. notamment C.E.D.H., gr.

ch., 28 janvier 2014, arrêt *O'Keefe c. Irlande*, § 146.

(57) C.E.D.H., 28 février 2019, arrêt *Khan c. France*, § 74.

(58) *Ibidem*, §§ 74, 88 et 92.

(59) *Ibidem*, § 91.

(60) *Ibidem*, § 93.

(61) *Ibidem*, § 86.

(62) Voy. entre autres Civ. Bruxelles, réf., 10 septembre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 459 ; Civ. Brabant wallon, réf., 12 décembre 2014, *J.L.M.B.*, 2015, p. 285, confirmé par Bruxelles, 17 mars 2016, *J.T.*, 2016, p. 297 ;

Liège, 23 novembre 2016, *J.L.M.B.*, 2017, p. 1375. Voy. aussi à la suite d'actions initiées par l'O.B.F.G., Civ.

Liège, 9 octobre 2018, *J.L.M.B.*,

2018, p. 1917 ; Civ. Bruxelles,

9 janvier 2019, *J.L.M.B.*, 2019,

p. 414.

(63) Voy. C.E.D.H., 25 novembre 2014, arrêt *Vasilescu c. Belgique*, dans lequel « la Cour constate que les problèmes découlant de la surpopulation carcérale en Belgique ainsi que les problèmes d'hygiène et de vétusté des établissements revêtent ap-

paremment un caractère structurel et ne concernent pas uniquement la situation personnelle du requérant » (§ 73). Voy. aussi C.E.D.H., 16 mai 2017, arrêt *Sylla et Nollomont c. Belgique*. Sur cette jurisprudence, voy. S. BERBUTO et M. NÈVE, « La justice s'arrête-t-elle encore aujourd'hui aux portes du pénitencier ? », in *Actualités en droit pénitentiaire - Questions choisies*, Limal, Anthemis, 2019, spécialement pp. 24-32.

(64) C.E.D.H., 28 mai 2019, arrêt *Clasens c. Belgique*, § 35.

taires de travailler, réduits à accepter l'irrégularité et la précarité des services minimums, sans savoir quand la grève prendrait fin et donc sans perspective de voir la situation s'améliorer, privés de quasiment tout contact avec le monde extérieur, qu'il s'agisse de l'usage du téléphone, des visites familiales ou des rencontres avec leurs avocats »⁶⁵.

On rappellera que le CPT n'avait pas manqué d'interpeller, à plusieurs reprises, nos autorités afin que fût mis en place un service minimum permettant de garantir le respect des droits élémentaires des détenus lors des mouvements sociaux engagés par le personnel pénitentiaire. Fait exceptionnel : le CPT avait été amené à adopter, le 13 juillet 2017, une « déclaration publique » « [appelant] les autorités belges et l'ensemble des parties prenantes, notamment les partenaires sociaux, à assumer une fois pour toute leurs responsabilités et à trouver rapidement une solution appropriée afin de résoudre un problème d'une gravité exceptionnelle qui n'a pas lieu d'être dans un État membre du Conseil de l'Europe »⁶⁶. Depuis lors, la loi du 23 mars 2019 concernant l'organisation des services pénitentiaires et le statut du personnel pénitentiaire est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2019⁶⁷. Ses articles 15 à 20 visent à garantir « la continuité du service pénitentiaire durant une grève ».

À cet égard, il est notable que l'arrêt *Clasens* n'entend aucunement mettre en balance le droit des détenus à des conditions de détention conformes à la dignité humaine, consacré par l'article 3 de la Convention, avec le droit de grève des agents pénitentiaires, protégé parallèlement par l'article 11 de la Convention. La Cour confirme de la sorte le caractère absolu de l'article 3, lequel ne peut être tempéré au nom de la protection due à un autre droit fondamental qui peut, pour sa part, faire l'objet de restrictions tendant notamment à « la protection des droits et libertés d'autrui »⁶⁸.

Internement. Obstacle linguistique. — L'article 3 de la Convention requiert-il que les soins devant être administrés à une personne internée soient prodigués dans une langue que le patient parle ou, à tout le moins, comprend ? Qu'en est-il lorsque cette langue est, de surcroît, l'une des langues nationales de l'État concerné ? Telles étaient les questions posées par l'affaire *Rooman c. Belgique*.

Dans son arrêt du 31 janvier 2019, la grande chambre de la Cour répond que « le fait pour un patient d'être soigné par un personnel parlant sa langue, fût-elle langue officielle de l'État, n'est pas un élément reconnu du droit visé par l'article 3, ou par une autre disposition de la Convention, notamment pour ce qui est de l'administration de soins appropriés aux personnes privées de leur liberté. Vu les obstacles linguistiques rencontrés par les autorités médicales, la Cour doit rechercher si, parallèlement à d'autres facteurs, des mesures nécessaires et raisonnables ont été prises pour assurer une communication favorisant l'administration effective du traitement approprié. En matière de traitement psychiatrique en relation avec l'article 3, l'élément purement linguistique pourrait s'avérer décisif s'agissant de la disponibilité ou de l'administration de soins appropriés, mais uniquement en l'absence d'autres éléments permettant de compenser le défaut de communication, et surtout, sous réserve de la coopération de la personne concernée »⁶⁹.

Dans l'affaire *Rooman*, le requérant, d'origine germanophone, est interné depuis 2004 au sein de l'établissement de défense sociale de Paifve. Devant la Cour, il se plaignait de ne pas recevoir en langue al-

lemande — seule langue qu'il comprend — les soins psychologiques et psychiatriques nécessités par son état. Par seize voix contre une, la grande chambre a conclu à la violation de l'article 3 de la Convention faute d'une prise en charge thérapeutique adéquate du requérant pendant quelque treize années⁷⁰, en raison de l'absence de soins dispensés en langue allemande.

Avec la vice-présidente Angelika Nussberger, on peut s'interroger sur le raisonnement tenu par la grande chambre. Celui-ci peut en effet sembler « contradictoire » : « d'un côté, la grande chambre affirme qu'il n'existe pas de droit à un traitement psychiatrique dans une langue donnée (...) ; de l'autre, elle conclut à la violation de l'article 3 de la Convention, au motif que "[l']obstacle linguistique a été l'unique facteur limitant l'accès effectif du requérant aux soins normalement disponibles" ». Comme le relève la juge allemande, « si on conclut à la violation de l'article 3 parce qu'un certain traitement n'est pas prodigué, comment peut-on dire qu'il n'existe pas de droit à ce traitement ? »⁷¹. Certes, la grande chambre indique que « l'élément purement linguistique pourrait s'avérer décisif » au regard de l'article 3 de la Convention, « mais uniquement en l'absence d'autres éléments permettant de compenser le défaut de communication, et surtout, sous réserve de la coopération de la personne concernée »⁷². Toutefois — ainsi que l'observe ici encore la vice-présidente Nussberger — la Cour « ne dit pas quels seraient ces autres éléments ni dans quelles conditions l'élément linguistique ne serait pas décisif »⁷³.

Peine de perpétuité. Perspective de libération. — Dans la ligne de ses précédents arrêts *Vinter*⁷⁴, *Murray*⁷⁵ et *Hutchinson*⁷⁶, la Cour réaffirme dans son arrêt *Marcello Viola c. Italie* (n° 2) du 13 juin 2019 que « la dignité humaine, qui se trouve au cœur même du système mis en place par la Convention, empêche de priver une personne de sa liberté par la contrainte sans œuvrer en même temps à sa réinsertion et sans lui fournir une chance de recouvrer un jour cette liberté »⁷⁷. La Cour insiste sur « la fonction de resocialisation » de la peine, laquelle « vise, en dernier ressort, à empêcher la récidive et à protéger la société »⁷⁸.

Dans le cas d'espèce, il a été jugé que la présomption irréfutable de dangerosité du requérant découlant de son absence de collaboration avec la justice a emporté violation de l'article 3 de la Convention, en ce qu'elle prive le requérant de toute perspective réaliste d'élargissement. La Cour a toutefois tenu à préciser que « la possibilité de réexamen de la réclusion à perpétuité implique la possibilité pour le condamné de demander un élargissement, mais pas forcément d'obtenir sa libération s'il constitue toujours un danger pour la société »⁷⁹.

5 Droit à la liberté (article 5 de la Convention)

Privation de liberté « préventive » de courte durée. — La précédente chronique⁸⁰ s'était attardée sur l'arrêt *S. v. et A. c. Danemark* du 22 octobre 2018, qui a admis que des privations de liberté « purement préventives »⁸¹ de courte durée, sans présentation à un juge, pouvaient être tenues pour compatibles avec l'article 5 de la Convention⁸². Cet arrêt *S. v. et A. a*, du reste, été cité par le président

(65) *Ibidem*, § 36.

(66) Déclaration publique relative à la Belgique, CPT/Inf (2017) 18. Voy. à ce sujet O. NEDERLANDT, « Absence de service minimum garanti en période de grève dans nos prisons : la Belgique mérite-t-elle sa place au Conseil de l'Europe ? », *Rev. trim. dr. h.*, 2018, pp. 299-302. Voy. également C. CRUCIFIX et A. GILOT, « Grève dans les prisons : pour l'instauration d'un service minimum en Belgique », *Rev. trim. dr. h.*, 2017, pp. 295-306.

(67) *M.B.*, 11 avril 2019.

(68) On rappellera que l'article 11 — dont il peut être déduit le droit de grève (C.E.D.H., 21 avril 2009, arrêt *Ernerji Yapi-Yol Sen c. Turquie*) — autorise des « ingérences » dans les

droits qu'il consacre, pourvu qu'elles soient « prévues par la loi », poursuivent un des buts légitimes visés par l'article 11, § 2, et soient proportionnées. Voy. I. FICHER et C. GUILLAIN, « Du difficile équilibre entre le respect des droits fondamentaux des détenus et le droit à l'action collective des agents pénitentiaires », in F. KRENC (dir.), *Droit de grève : actualités et questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 87-124.

(69) C.E.D.H., gr. ch., 31 janvier 2019, arrêt *Rooman c. Belgique*, § 151.

(70) La Cour estime en revanche que le seuil de gravité posé par l'article 3 de la Convention n'a pas été franchi pour la période postérieure au mois d'août 2017, soit après le prononcé,

par une chambre de la Cour, d'un premier arrêt concluant à la violation de l'article 3 de la Convention (arrêt du 18 juillet 2017). « Ainsi, si l'on peut reprocher aux autorités d'avoir considérablement tardé à prendre des mesures visant à assurer au requérant des soins adéquats, retard qui a amené la Cour à conclure à la violation de l'article 3 pour la période allant du début 2004 au mois d'août 2017 (...), il apparaît qu'elles ont en revanche manifesté une volonté réelle de remédier à la situation après l'arrêt de la chambre, en engageant des mesures concrètes » (gr. ch., 31 janvier 2019, arrêt *Rooman c. Belgique*, § 166).

(71) Opinion en partie dissidente de la juge Nussberger, § 5.

(72) C.E.D.H., gr. ch., 31 janvier 2019, arrêt *Rooman c. Belgique*, § 151.

(73) Opinion en partie dissidente de la juge Nussberger, § 7.

(74) C.E.D.H., gr. ch., 9 juillet 2013, arrêt *Vinter e.a. c. Royaume-Uni*.

(75) C.E.D.H., gr. ch., 26 avril 2016, arrêt *Murray c. Pays-Bas*.

(76) C.E.D.H., gr. ch., 17 janvier 2017, arrêt *Hutchinson c. Royaume-Uni*.

(77) C.E.D.H., 13 juin 2019, arrêt *Marcello Viola c. Italie* (n° 2), § 136.

(78) *Ibidem*, § 130.

(79) *Ibidem*, § 144.

(80) *J.T.*, 2019, pp. 331-332.

(81) En dehors de toute accusation pénale.

(82) C.E.D.H., gr. ch., 22 octobre

Guido Raimondi lors de l'ouverture solennelle de l'année judiciaire 2019, au titre des arrêts les plus marquants de l'année écoulée.

Au cours de la période recensée, la Cour a fait application de cette nouvelle ligne jurisprudentielle dans une affaire en cause *Eiseman-Renyard et autres c. Royaume-Uni*. Un comité de trois juges de la Cour y a rejeté, pour défaut manifeste de fondement, huit requêtes de personnes qui se plaignaient toutes d'avoir été privées de liberté préventivement par les autorités britanniques pour une brève durée (entre deux et cinq heures) au seul motif qu'elles étaient soupçonnées de vouloir perturber le cours des festivités entourant le mariage du Prince William et de Kate Middleton, célébré au printemps de l'année 2011.

Si la Cour mobilise la jurisprudence *S., V. et A.* à l'appui de sa décision, il convient de souligner qu'en réalité, cette jurisprudence doit, elle-même, beaucoup à l'arrêt de la Cour suprême du 15 février 2017 rendu dans la présente affaire *Eiseman-Renyard*. Cet arrêt, par lequel la Cour suprême s'est expressément distanciée de la jurisprudence strasbourgeoise de l'époque, a en effet joué un rôle déterminant dans la nouvelle approche consacrée par l'arrêt *S., V. et A.*

Cette décision *Eiseman-Renyard* confirme, au besoin, que la jurisprudence *S., V. et A.* est désormais bien établie. Celle-ci ne continue pas moins de susciter de profondes interrogations quant à la protection due à la liberté.

Internement. Exigence d'un parcours thérapeutique adéquat et individualisé. — Alors que la Cour peut être critiquée, parfois durement, en raison de lignes jurisprudentielles jugées trop frileuses voire trop restrictives des droits des personnes, l'enseignement de l'arrêt *Rooman c. Belgique* rendu par la grande chambre mérite d'être cité en contre-exemple.

Celui-ci porte sur l'article 5, § 1^{er}, e), de la Convention, qui dispose que « nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales (...) e) s'il s'agit de la détention régulière (...) d'un aliéné (...) ».

Appelée à poser les premières balises interprétatives de cette disposition, la Cour estima originairement que l'internement d'une personne était régulier s'il se déroulait dans un « établissement approprié ». Pour la Cour, la question relative à l'adéquation du traitement demeurait étrangère à cette disposition, la Cour considérant que « le droit d'un patient à un traitement adapté à son état ne saurait se déduire en tant que tel de l'article 5, § 1^{er}, e) »⁸³.

Au fil du temps, la jurisprudence de la Cour a graduellement évolué, au point que cette lecture restrictive de l'article 5, § 1^{er}, e), s'avère aujourd'hui surannée. L'arrêt *Rooman c. Belgique* rendu par la grande chambre le 31 janvier 2019 ponctue cette évolution en formation de grande chambre. Pour la Cour, il convient désormais de « reconnaître expressément, outre la fonction sociale de protection, la fonction thérapeutique du but visé par l'article 5, § 1^{er}, e) »⁸⁴. Autrement dit, « la privation de liberté visée à l'article 5, § 1^{er}, e), a une double fonction : d'une part une fonction sociale de protection, d'autre part une fonction thérapeutique liée à l'intérêt individuel pour la personne aliénée de bénéficier d'une thérapie ou d'un parcours de soins appropriés et individualisés »⁸⁵. Il s'agit dès lors de s'assurer de l'existence de pareille « prise en charge thérapeutique appropriée et individualisée »⁸⁶ de la personne internée, l'objectif étant — la Cour le rappelle⁸⁷ — celui d'une « amélioration de [son] état de santé » et partant d'une « diminution de sa dangerosité », avec à terme « la perspective d'une libération ».

Sur la base de ces principes, la Cour a conclu, dans cette affaire *Rooman*, à la violation de l'article 5, § 1^{er}, e) (voy. *supra* n° 4 à propos du constat de violation de l'article 3). Interné depuis 2004 au sein de l'établissement de défense sociale de Paifve, le requérant, d'origine

germanophone, se plaignait de ne pas pouvoir bénéficier, en langue allemande, des soins psychologiques et psychiatriques nécessités par son état⁸⁸. Si « l'article 5, § 1^{er}, e), ne garantit pas le droit pour la personne internée à bénéficier de soins dans sa langue »⁸⁹, la Cour a cependant jugé « préoccupant » que « dans les circonstances de la présente affaire, les autorités chargées du cas du requérant ont négligé, voire ignoré, le rôle évident que joue en matière de santé mentale le dialogue entre le patient et le thérapeute, dans une langue commune à l'un et à l'autre »⁹⁰. Ainsi, « malgré les constats répétés des autorités médicales et des autorités de défense sociale quant à l'importance pour le requérant de recevoir un traitement psychiatrique en langue allemande afin d'avoir une chance d'évoluer et de se réinsérer, il n'a pas été pris de mesures pour mettre en place un tel traitement » pendant environ treize ans⁹¹. Aux yeux de la Cour, « le défaut de prise en charge thérapeutique du requérant semble d'autant plus injustifiable que celui-ci était capable de communiquer dans une langue qui est l'une des langues officielles de la Belgique : surmonter un problème lié à l'emploi de cette langue ne paraît donc pas irréaliste »⁹².

6 Droit à un procès équitable (article 6 de la Convention)

Défaut d'accès à un avocat. Appréciation globale de l'équité de la procédure. — L'arrêt *Salduz c. Turquie* du 27 novembre 2008 — qui peut de toute évidence être rangé parmi les « grands arrêts » de la Cour — a érigé le droit à l'assistance d'un avocat dès les premières auditions d'un suspect en composante cardinale du droit à un procès équitable.

Au fil d'arrêts successifs rendus par la grande chambre, la Cour a considérablement tempéré — d'aucuns diront détricoté — cette jurisprudence. Dans ses arrêts *Ibrahim c. Royaume-Uni*⁹³ et, plus récemment, *Beuze c. Belgique*⁹⁴, la Cour a ainsi indiqué que l'absence de « raisons impérieuses » susceptibles de justifier une restriction à l'accès à un avocat n'entraîne pas automatiquement une violation de l'article 6 de la Convention. En l'absence de telles raisons, il y a lieu, selon la Cour, de procéder à une appréciation globale de l'équité de la procédure, cette appréciation globale pouvant alors conduire à un constat de non-violation de l'article 6.

Contestable et critiquée⁹⁵, cette approche paraît néanmoins aujourd'hui bien ancrée dans la jurisprudence de la Cour, ainsi qu'en atteste le récent arrêt *Doyle c. Irlande* du 23 mai 2019. La Cour y a considéré que l'admission d'aveux opérés sans l'assistance d'un avocat lors de la phase antérieure au procès du requérant n'a pas constitué une violation du droit de celui-ci à un procès équitable, alors même qu'aucune raison impérieuse ne justifiait pareille restriction et que, plus encore, ces aveux ont constitué un élément central de la condamnation du requérant. À l'appui du constat de non-violation, plusieurs éléments ont été mis en exergue. La Cour a, entre autres⁹⁶, relevé que les aveux ne semblaient pas avoir été obtenus par la menace ou par la contrainte, que de solides considérations d'intérêt public justifiaient la poursuite du requérant qui était accusé de meurtre, et que les interrogatoires du requérant avaient été filmés et ensuite diffusés aux juges et au jury.

Au-delà de la seule problématique de l'assistance par un avocat lors de la phase préliminaire de la procédure pénale, cet arrêt *Doyle* confirme la montée en puissance du critère de l'« équité globale de la procédure », qui tend désormais à irriguer l'ensemble de la jurispru-

2018, arrêt *S., V. et A. c. Danemark*.
(83) C.E.D.H., 24 octobre 1979, arrêt *Winterwerp c. Pays-Bas*, § 51.
(84) C.E.D.H., gr. ch., 31 janvier 2019, arrêt *Rooman c. Belgique*, § 205.
(85) *Ibidem*, § 210.
(86) *Ibidem*, § 226.
(87) *Ibidem*, § 222.
(88) Cette affaire doit dès lors être distinguée de celles concernant le maintien prolongé d'internés dans les

annexes psychiatriques de prisons, pour lesquelles la Cour a rendu un arrêt « pilote » (C.E.D.H., 6 septembre 2016, arrêt *W.D. c. Belgique*).
(89) C.E.D.H., gr. ch., 31 janvier 2019, arrêt *Rooman c. Belgique*, § 230.
(90) *Ibidem*, § 237.
(91) *Ibidem*, § 241.
(92) *Ibidem*, § 241.
(93) C.E.D.H., gr. ch., 13 septembre 2016, arrêt *Ibrahim e.a. c. Royaume-*

Uni, obs. F. KRENC et S. VAN DROO-GHENBROECK, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (1^{er} juillet-31 décembre 2016) », *J.T.*, 2017, pp. 478-479.
(94) C.E.D.H., gr. ch., 9 novembre 2018, arrêt *Beuze c. Belgique*, obs. F. KRENC, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (1^{er} juillet-31 décembre 2018) », *J.T.*, 2019,

pp. 335-336.
(95) Voy. M.-A. BEERNAERT, « Droit d'accès à un avocat et relativité toujours plus grande des garanties du droit à un procès équitable », *Rev. trim. dr. h.*, 2019, pp. 519-528 ; O. MICHIELS, « L'arrêt *Beuze c. Belgique*, une regrettable contre-révolution ? », *J.T.*, 2019, pp. 283-285.
(96) C.E.D.H., 23 mai 2019, arrêt *Doyle c. Irlande*, §§ 85-103.

dence « pénale » de la Cour, en dépit des critiques que ce critère appelle⁹⁷.

7 Droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance (article 8 de la Convention)

Imposition d'un test ADN en vue d'établir un lien de filiation. — Jugé que le fait d'ordonner la réalisation d'un test ADN sur une personne en vue d'établir sa paternité à l'égard d'une autre qui sollicite en justice pareille mesure afin de connaître son identité, n'est pas contraire au droit au respect de la vie privée de la première⁹⁸.

Protection de l'environnement. — Bien que « ni l'article 8 ni aucune autre disposition de la Convention ne garantissent spécifiquement une protection générale de l'environnement en tant que tel »⁹⁹, la Cour poursuit son œuvre de « construction »¹⁰⁰ d'un droit à un environnement sain¹⁰¹.

L'affaire *Cordella et autres c. Italie* concerne les émissions nocives émanant du site sidérurgique d'Ilva, situé à Tarente dans les Pouilles. Quelque cent quatre-vingts personnes se sont tournées vers la Cour de Strasbourg pour mettre en cause, sur le terrain de la Convention, la responsabilité de l'Italie en raison de l'insuffisance des mesures prises par les autorités publiques italiennes pour protéger la santé des riverains et leur environnement.

L'arrêt rendu par la Cour le 24 janvier 2019 confirme qu'outre des obligations négatives d'abstention, les États peuvent se voir imposer des obligations positives d'action, relevant à la fois de la protection¹⁰² et de l'information¹⁰³ des riverains. En l'occurrence, la Cour a conclu à la violation de l'article 8 de la Convention en « [constatant] la prolongation d'une situation de pollution environnementale mettant en danger la santé des requérants et, plus généralement, celle de l'ensemble de la population résidant dans les zones à risque, laquelle reste, en l'état actuel, privée d'informations quant au déroulement de l'assainissement du territoire concerné, notamment pour ce qui est des délais de mise en œuvre des travaux y afférents »¹⁰⁴.

Ne s'arrêtant pas à ces seuls constats et posant les germes, pour reprendre la formule de Séverine Nadaud et de Jean-Pierre Marguénau, d'un « droit à la dépollution »¹⁰⁵, la Cour souligne le caractère « primordial » et « urgent » de « travaux d'assainissement » et n'hésite pas à appeler à l'exécution « dans les plus brefs délais » du « plan environnemental approuvé par les autorités nationales, et contenant l'in-

dication des mesures et actions nécessaires à assurer la protection environnementale et sanitaire de la population »¹⁰⁶.

Protection de l'héritage culturel. — Bien plus décevante est la décision d'irrecevabilité rendue dans l'affaire *Ahunbay et autres c. Turquie*. La Cour y énonce qu'il ne peut être déduit de l'article 8 ni d'une aucune autre disposition de la Convention « un droit individuel universel à la protection de tel ou de tel héritage culturel »¹⁰⁷. Si « la prise de conscience progressive des valeurs liées à la conservation de l'héritage culturel et à l'accès à ce dernier peut passer pour avoir abouti à un certain cadre juridique international »¹⁰⁸ et si « la Cour est prête à considérer qu'il existe une communauté de vue européenne et internationale sur la nécessité de protéger le droit d'accès à l'héritage culturel »¹⁰⁹, la Cour relève toutefois que « cette protection vise généralement les situations et des réglementations portant sur le droit des minorités de jouir librement de leur propre culture ainsi que sur le droit des peuples autochtones de conserver, contrôler et protéger leur héritage culturel »¹¹⁰.

Ces attendus, qui ne cherchent pas à valoriser la Convention européenne révisée pour la protection du patrimoine archéologique, peuvent décevoir par leur caractère catégorique¹¹¹. Le lecteur se consolera peut-être en observant qu'elles ne sont pas l'expression d'une position unanime de la Cour, cette décision d'irrecevabilité — concluant à l'inexistence du droit revendiqué par les requérants — ayant été rendue à la majorité des sept juges composant la chambre saisie de l'affaire.

8 Liberté d'expression (article 10 de la Convention)

Limites à la liberté d'expression. Sportif professionnel. — Aussi étendue soit-elle, la liberté d'expression n'est pas sans limites¹¹². Pour preuve : la Cour a jugé irrecevable, pour défaut manifestement de fondement, la requête introduite par l'ancien footballeur croate, Josip Simunic, sanctionné par une amende de 3.300 EUR pour avoir célébré la qualification de son pays à la coupe du monde organisée en 2014 au Brésil, en proférant des cris à connotation fasciste à l'adresse de ses supporters. Prenant en considération le caractère relativement modique de la sanction infligée ainsi que le contexte dans lequel les paroles litigieuses furent prononcées, la Cour a considéré que les juridictions croates ont ménagé un « juste équilibre » entre, d'une part, le droit à la liberté d'expression du requérant et, d'autre part, l'intérêt de la société à promouvoir la tolérance et le respect mutuel lors de manifestations sportives ainsi qu'à lutter contre la discrimination à travers le sport¹¹³.

(97) Voy. l'opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque sous l'arrêt *Murtazaliyeva c. Russie* du 18 décembre 2018, qui objecte que « le critère de l'équité globale est par nature subjectif et donc extrêmement malléable. Cette caractéristique le rend très difficile à appliquer par la Cour d'une manière un tant soit peu prévisible. Pour la même raison, ce critère est particulièrement peu adapté pour orienter les juridictions internes lorsqu'elles doivent apprécier le respect des exigences de la Convention ».

(98) C.E.D.H., 29 janvier 2019, arrêt *Mifsud c. Malte*, §§ 66-78. Comp. a contrario avec C.E.D.H., 6 décembre 2011, arrêt *Iyilik c. Turquie*, à propos du refus de pratiquer un test ADN à la demande du requérant qui contestait sa paternité (constat de non-violation de l'article 8 en raison de l'intérêt supérieur de l'enfant putatif de voir sa filiation maintenue).

(99) C.E.D.H., 24 janvier 2019, arrêt *Cordella e.a. c. Italie*, § 100.

(100) F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 14^e éd., PUF, Paris, 2019, p. 745.

(101) Voy antérieurement le remarquable arrêt *Tatar c. Roumanie* du 27 janvier 2009, où la Cour a conclu à la violation de l'article 8 en raison du manquement des autorités roumaines à protéger le droit à un « environnement sain et protégé » d'individus vivant à proximité d'une mine d'extraction d'or. Voy., plus largement, C. Cournil et C. Colard-Fabregoule (dir.), *Changements environnementaux globaux et droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

(102) Voy. C.E.D.H., 9 décembre 1994, arrêt *Lopez Ostra c. Espagne*, à propos de nuisances causées par une station d'épuration.

(103) Voy. C.E.D.H., 19 février 1998, arrêt *Guerra e.a. c. Italie*, quant à l'insuffisance des informations données par les autorités italiennes s'agissant des risques encourus et des mesures à prendre en cas d'accident dans une usine chimique classée à haut risque.

(104) C.E.D.H., 24 janvier 2019, arrêt *Cordella e.a. c. Italie*, § 172.

(105) S. NADAUD et J.-P. MARGUÉNAUD, « La consécration européenne du droit à la dépollution », *D.*, 2019, p. 674.

(106) C.E.D.H., 24 janvier 2019, arrêt *Cordella e.a. c. Italie*, § 182.

(107) C.E.D.H., 29 janvier 2019, décision (rec.) *Ahunbay e.a. c. Turquie*, § 25.

(108) *Ibidem*, § 22.

(109) *Ibidem*, § 23.

(110) *Ibidem*, § 23 ainsi que § 24.

(111) Cette position contraste avec la prudence terminologique dont la Cour peut faire preuve en d'autres domaines. Voy. pour ne prendre qu'un exemple, C.E.D.H., gr. ch., 15 mars 2018, arrêt *Naït-Liman c. Suisse*, § 220 : « la Cour n'exclut pas, s'agissant d'un domaine dynamique, qu'il puisse connaître des développements à l'avenir. Dès lors, et bien qu'elle conclue à la non-violation de l'article 6, § 1^{er}, en l'espèce, la Cour invite les États parties à la Convention

à tenir compte dans leur ordre juridique de toute évolution favorisant la mise en œuvre effective du droit à réparation pour des actes de torture, tout en examinant avec vigilance toute requête de cette nature afin d'y déceler, le cas échéant, les éléments qui feraient obligation à leurs juridictions de se déclarer compétentes pour l'examiner ».

(112) Voy., à propos de propos négationnistes tenus lors d'une interview donnée à une chaîne de télévision suédoise, C.E.D.H., 8 janvier 2019, décision (rec.) *Williamson c. Allemagne*.

(113) C.E.D.H., 22 janvier 2019, décision (rec.) *Simunic c. Croatie*, § 48. Comp. à propos de chants antisémites et homophobes de supporters de football : Cour belge d'arbitrage pour le sport (C.B.A.S.), sentence du 22 juillet 2019 rendue dans l'affaire 147/19, disponible sur le site www.bas-cbas.be.

9 Droit à un recours effectif (article 13 de la Convention)

Respect de la dignité humaine du détenu. Grève du personnel pénitentiaire. — Dans l'affaire *Clasens* précitée (*supra* n° 4), la présidente du tribunal de première instance du Brabant wallon avait condamné l'État belge à mettre en place, sous peine d'astreinte, plusieurs mesures visant à assurer à l'égard du requérant le respect de l'article 3 de la Convention lors de la grève du personnel pénitentiaire survenue à la prison d'Iltre en avril 2016¹¹⁴. Relevant que la situation du requérant ne s'était guère améliorée nonobstant cette injonction, la Cour a conclu à la violation de l'article 13 combiné avec l'article 3 de la Convention. En réalité, « c'est l'absence d'encadrement de la continuité des missions des agents pénitentiaires en période de grève qui est à l'origine de l'ineffectivité du recours et a compromis l'exécution de la décision judiciaire favorable prononcée par le juge judiciaire ».

Procédure de vérification des pouvoirs. — Dans l'affaire *G.K. c. Belgique*, la requérante dénonçait l'absence d'un « recours effectif » qui lui eût permis de faire constater l'irrégularité de sa démission de son mandat de sénatrice, alors que cette démission était, à son estime, entachée d'une contrainte ayant vicié son consentement. En l'espèce, la régularité de cette démission fut appréciée par le Sénat dans le cadre de la procédure de vérification des pouvoirs de ses membres. Ancrée dans la Constitution en son article 48, cette procédure est, en règle, exclusive de tout contrôle juridictionnel, ce que confirma, du reste, le juge des référés saisi par la requérante, qui se déclara sans juridiction pour connaître du litige.

Dans son arrêt du 21 mai 2019, la Cour s'est toutefois abstenue de statuer sur le grief de la requérante pris de l'absence d'un « recours effectif ». La Cour s'est limitée à constater la violation du droit garanti par l'article 3 du Premier Protocole additionnel (*infra* n° 11)¹¹⁵.

Cela étant, la Cour sera prochainement amenée à connaître de cette question, cette fois en formation de grande chambre, à l'occasion de l'affaire *Mugemango c. Belgique* qui sera plaidée le 4 décembre prochain¹¹⁶. Au cœur de cette requête est notamment la question de l'« effectivité » des voies de recours offertes en droit belge dans le cadre du contentieux postélectoral¹¹⁷.

10 Droit à l'instruction (article 2 du Premier Protocole additionnel)

Utilisation d'internet en milieu carcéral en vue de poursuivre des études supérieures. — La Cour a développé, sur le terrain de l'article 10 de la Convention, une jurisprudence qui tend à devenir consistante à propos du droit des détenus d'accéder à internet¹¹⁸.

L'affaire *Arslan et Bingöl c. Turquie* a conduit la Cour à se prononcer sur cette question non pas sous l'angle traditionnel de l'article 10 de la Convention mais à l'aune de l'article 2 du Premier Protocole additionnel consacrant le droit à l'instruction. Était en cause l'impossibilité pour des détenus d'utiliser un ordinateur et d'accéder à internet, alors que ces outils leur étaient indispensables pour pouvoir poursuivre leurs études supérieures. Soulignant « l'importance de l'éducation en

prison »¹¹⁹, la Cour a transposé sur le terrain de l'article 2 du Premier Protocole additionnel les enseignements consacrés par sa jurisprudence relative à l'article 10 de la Convention. Ainsi, si des considérations de sécurité peuvent justifier des restrictions à l'usage d'un ordinateur et d'internet par un détenu, encore faut-il procéder, dans le cas concret, à une analyse des risques liés à pareil usage. Or, tel n'a pas été le cas en l'espèce : « les juridictions nationales n'ont procédé à aucune analyse détaillée des risques pour la sécurité » ; « elles n'ont pas rempli, d'une part, leur tâche consistant à mettre en balance les différents intérêts en jeu dans la présente affaire et, d'autre part, leur obligation d'empêcher tout abus de la part de l'administration »¹²⁰. Le droit à l'instruction des requérants s'en est dès lors trouvé violé.

11 Droit à des élections libres (article 3 du Premier Protocole additionnel)

Contestation de la démission d'un mandat parlementaire. — Dans l'affaire *G.K. c. Belgique*, la requérante se plaignait d'avoir été amenée à démissionner contre son gré de son mandat de sénatrice. Elle faisait état d'une contrainte exercée par d'autres mandataires qui, selon la requérante, l'auraient forcée à signer une lettre de démission. En dépit des vives contestations de la requérante, cette démission fut entérinée par le Sénat lors de la vérification des pouvoirs de son successeur. Le recours que la requérante avait préalablement exercé devant le juge des référés s'était soldé par un échec, le juge des référés ayant considéré qu'il était sans juridiction pour connaître du litige.

Dans son arrêt du 21 mai 2019¹²¹, la Cour confirme tout d'abord que si l'article 3 du Premier Protocole additionnel consacre « le droit de se porter candidat à des élections », il « ne se limite pas » à ce seul droit ; il protège également le droit du candidat, une fois élu, « d'exercer son mandat »¹²².

Ensuite, quant au fond, la Cour refuse de se prononcer sur la régularité de la démission de la requérante au regard du droit belge comme sur la réalité de la contrainte prétendument exercée. Mettant ces questions de côté, elle exerce un contrôle de nature procédurale axé exclusivement sur le « processus décisionnel » ayant conduit à la validation de la démission de la requérante. À cet égard, elle note que « le pouvoir autonome d'appréciation du Sénat n'était pas circonscrit par les dispositions du droit interne à un niveau suffisant de précision »¹²³ et que « la procédure devant le Sénat n'a pas présenté des garanties procédurales contre l'arbitraire »¹²⁴. Ainsi, la Cour relève notamment l'absence d'audition de la requérante tant par le bureau que par l'assemblée elle-même, ainsi que la participation au processus de décision de mandataires « directement mis en cause par la requérante comme ayant participé à la contrainte » que celle-ci dénonçait¹²⁵. En conclusion, « la démission de la requérante de son mandat de sénatrice a été acceptée par le Sénat sans qu'elle eût bénéficié de garanties procédurales contre l'arbitraire, ce qui a porté atteinte à la substance même de ses droits garantis par l'article 3 du Protocole n° 1 »¹²⁶. Cet arrêt a été rendu à une majorité de six voix contre une, la juge monégasque Mourou-Vikström ayant fait part de sa dissidence dans une opinion séparée jointe à l'arrêt.

Au-delà du cas d'espèce, cet arrêt illustre, une fois de plus¹²⁷, l'extraordinaire expansion du contrôle procédural pratiqué par la Cour¹²⁸.

(114) Civ. Brabant wallon, réf., 3 mai 2016, *J.L.M.B.*, 2016, p. 964. Cette ordonnance fut, en substance, confirmée en degré d'appel, sauf que le montant des astreintes fut réduit.

(115) Voy. T. GAUDIN, « À propos de l'arrêt *G.K. c. Belgique* et de la vérification des pouvoirs : reculer pour mieux sauter ? », *Rev. trim. dr. h.*, 2019, pp. 979-995.

(116) Requête 310/15. Cette affaire a été déferée à la grande chambre à la suite du dessaisissement décidé par la chambre initialement saisie (article 30 de la Convention).

(117) Voy. C.E.D.H., 2 mars 2010, arrêt *Grosaru c. Roumanie*.

(118) C.E.D.H., 19 janvier 2016, arrêt *Kalda c. Estonie* ; 17 janvier 2017, arrêt *Jankovskis c. Lituanie*.

(119) C.E.D.H., 18 juin 2019, arrêt *Mehmet Resit Arslan et Orhan Bingöl c. Turquie*, § 69.

(120) *Ibidem*.

(121) Sur cet arrêt, voy. également J. CLARENNE, « *G.K. v. Belgium* : Post-electoral Disputes of a Political Nature Once Again in the Spotlight », *Strasbourg Observers*, 6 juin 2019.

(122) C.E.D.H., 21 mai 2019, arrêt

G.K. c. Belgique, § 50. Voy. antérieurement C.E.D.H., 24 mai 2016, arrêt *Paunovic et Milivojevic c. Serbie*, § 58.

(123) C.E.D.H., 21 mai 2019, arrêt *G.K. c. Belgique*, § 59.

(124) *Ibidem*, § 61.

(125) *Ibidem*, §§ 61-63.

(126) *Ibidem*, § 64.

(127) Voy. par exemple, pour une illustration significative sur le terrain de l'article 10 de la Convention, C.E.D.H., gr. ch., 17 mai 2016, arrêt *Karacsony e.a. c. Hongrie*, obs. F. KRENC et S. VAN DROOGHEN-

BROECK, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (1^{er} janvier-30 juin 2016) », *J.T.*, 2016, p. 765.

(128) Voy., dans la littérature récente, E. BREMS et J. GERARDS (dir.), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, Cambridge University Press, 2017 ; T. KLEINLEIN, « The Procedural Approach of the European Court of Human Rights : Between Subsidiarity and Dynamic Evolution », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 68, 2019, pp. 91-110 ; P. POPELIER,

S'abstenant d'apprécier le bien-fondé de la mesure litigieuse, le juge de Strasbourg s'attache à évaluer l'équité du « processus » ayant conduit à son adoption¹²⁹. Ainsi est-il frappant de relever que cette approche conduit à importer les garanties procédurales de l'article 6 de la Convention (proclamant le droit à un procès équitable) au sein d'une disposition consacrant un droit substantiel (l'article 3 du Premier Protocole additionnel)¹³⁰. Ceci est d'autant plus remarquable en l'espèce que l'article 6 de la Convention est *a priori* inapplicable au contentieux

en cause, le droit de se porter candidat à une élection et de conserver son mandat étant, en effet, un droit de caractère politique et non un droit de caractère « civil » au sens de l'article 6 de la Convention¹³¹.

Frédéric KRENC

Avocat au barreau de Bruxelles

Maître de conférences invité à l'Université catholique de Louvain
Chargé d'enseignement à l'Université Saint-Louis - Bruxelles

« Procedural rationality review after *Animal Defenders International* : a constructively critical approach », *European Constitutional Law Review*, 2019, pp. 272-293.

(129) Voy. F. KRENC, « L'acceptabilité des arrêts de la Cour européenne des

droits de l'homme par les États parties à la Convention : un défi permanent », *Rev. trim. dr. h.*, à paraître.

(130) Voy. à cet égard M.-A. BEERNAERT et F. KRENC, *Le droit à un procès équitable dans la jurisprudence*

de la Cour européenne des droits de l'homme, Limal, Anthemis, 2019, pp. 27-30 (« la diffusion du procès équitable par le jeu de la procéduralisation des droits substantiels »).

(131) C.E.D.H., 21 octobre 1997, arrêt *Pierre-Bloch c. France*, §§ 49-52.

Pour une relativisation de l'inapplicabilité de l'article 6 de la Convention en pareil cas, voy. M.-A. BEERNAERT et F. KRENC, *Le droit à un procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 54-56.

Jurisprudence

DROIT PÉNAL

- Tentative de meurtre
- Élément fautif
- Notion

Cass., 6 novembre 2019

Siège : B. Dejemeppe (prés. et rapp.), Fr. Roggen, T. Konsek, Fr. Lugentz et Fr. Stévenart Meeûs.

Plaid. : MM^{es} D. de Béco, S. Lambert et S. Berbuto.

(F.B. c. J.H. et B.L.).

La tentative de meurtre suppose que l'auteur ait sciemment eu l'intention de tuer. Les éléments de volonté et de connaissance exigés par la loi consistent en l'adoption volontaire et en connaissance de cause du comportement interdit, étant entendu que, s'agissant d'une conséquence constitutive de l'infraction, l'auteur a voulu causer cette conséquence ou était conscient que celle-ci adviendrait dans le cours normal des événements.

Constitution. Le demandeur reproche à l'arrêt d'appliquer la notion de dol éventuel pour le déclarer coupable de la prévention de tentative de meurtre alors que la théorie du dol éventuel n'a pas vocation à s'appliquer en matière de tentative de crime ou de délit.

Le moyen soulève la question du recours à la notion de dol éventuel pour caractériser l'élément fautif de l'infraction consistant en un comportement délibéré et en connaissance de cause (dol général) ou en une intention spéciale (dol spécial).

Aux termes de l'article 393 du Code pénal, le meurtre est l'homicide commis avec l'intention de donner la mort. Cette incrimination requiert donc un dol spécial, à savoir l'intention de donner la mort.

Pour qu'il y ait tentative punissable, il est exigé, dans le chef de l'auteur, la résolution de commettre un crime ou un délit qui se soit manifestée par des actes extérieurs qui forment un commencement d'exécution de ce crime ou de ce délit, et qui n'ont été suspendus ou n'ont manqué leur effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur (article 51 C. pén.).

Suivant la doctrine, la notion de dol éventuel ne peut être appliquée en matière de tentative.

J.J. Haus considérerait déjà à propos du dol éventuel que « dans aucun cas, on ne peut admettre une tentative du crime que l'agent a voulu éventuellement mais qui n'a pas eu lieu » (J.-J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. I, Gand, Hoste, 1879, réédité par Swinnen, 1977, p. 327, n° 433bis). Cet auteur ajoute qu'« en effet, le dol éventuel suppose que l'agent a eu le dessein de commettre une infraction déterminée, mais que l'action a eu pour résultat un mal qui a dépassé le but du délinquant. Il faut donc que ce mal ait été causé, pour que l'agent puisse être puni comme s'il l'avait déterminément voulu » (*ibidem*).

Dans le même sens, C. Hennau et J. Verhaegen excluent l'application du dol éventuel à la tentative en considérant que l'agent ne se verra imputer une tentative que si l'acte réalisant au moins un commencement d'exécution a été accompli dans l'intention directe de consommer une infraction déterminée, en ce sens que l'acceptation de la réalisation éventuelle de l'infraction ne suffirait pas à fonder la responsabilité de l'agent (C. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 172-173 et 297).

D. Kiganahe fait valoir également que dans le cadre de la tentative, la résolution criminelle doit être déterminée et porter sur une infraction précise ; ce serait injuste de rattacher la tentative à un résultat dont il n'est pas prouvé qu'il a été voulu (D. KIGANAHE, « Réflexions autour du "commencement" de la tentative punissable en droit pénal », in *Liber amicorum J. du Jardin*, Malines, Kluwer, 2001, p. 221).

F. Kuty estime également que la seule acceptation de l'éventualité de la réalisation de l'infraction ne suffit pas à caractériser la tentative (F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. II, *L'infraction pénale*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 313).

Enfin, en se fondant sur de nombreux auteurs dont ceux précités, A. Delannay conclut qu'à la suite de J.-J. Haus, ce n'est pas une certaine doctrine mais bien une doctrine unanime qui s'est prononcée en faveur de l'exclusion du dol éventuel en tant qu'élément moral de la tentative punissable (A. DELANNAY, « Tentative et dol éventuel : une occasion manquée de « déminer un colis piégé » », note sous Cass., 8 novembre 2017, et Liège, 13 mars 2017, *R.D.P.C.*, 2018, p. 356).

Mais plus fondamentalement, je me pose la question de la pertinence du recours à la notion de dol éventuel en droit pénal, que ce soit dans le cadre de la tentative punissable ou pour l'infraction consommée. Il s'agit en fait d'examiner dans quelle mesure une conséquence constitutive d'une infraction

Conclusions

Conclusions de l'avocat général Vandermeersch

L'arrêt déclare le demandeur coupable notamment de tentative de meurtre à l'encontre de J.H. et le condamne à une peine d'emprisonnement de cinq ans avec un sursis probatoire d'une durée de cinq ans pour la période qui excède la durée de la détention préventive subie.

Le moyen est pris de la violation des articles 51 et 393 du Code pénal et 149 de la