

La liberté et la vie au cœur du dissensus

L'activité de Françoise Tulkens comme juge à la Cour Européenne des droits de l'homme est, depuis de nombreuses années, débordante. Pour lui rendre hommage, impossible de ne pas faire un choix. Celui que nous avons privilégié a consisté à sélectionner, de manière aléatoire, parmi des décisions produites pour l'essentiel entre 2007 et 2012, une quarantaine d'opinions dissidentes isolées ou communes, en cherchant à relever les motifs substantiels ou les enjeux humains de sa dissidence. Les quelques réflexions proposées ici ne rendent donc hommage qu'à la pointe radicale du travail de Françoise Tulkens, lorsqu'elle affiche un dissensus courageux et argumenté pour défendre des principes auxquels elle croit. C'est là, nous semble-t-il, une des facettes de sa personnalité qui, de sa carrière universitaire à sa fonction de juge, ne s'est jamais démentie.

Deux fils rouges ont retenu notre attention. Le premier met en lumière la culture pénale et criminologique de Françoise Tulkens, sa résistance face au « tout pénal » et ses réserves à l'égard de la privation de liberté. Le second souligne le souci constant de faire droit à une vision dynamique et vivante des droits de l'homme dont le respect doit toujours se penser dans leur rapport à la vie réelle.

Le droit pénal et la privation de liberté : des remèdes ultimes

De sa culture pénale, Françoise Tulkens garde une distance face à la fascination contemporaine pour la réponse pénale ainsi qu'au recours à son instrument privilégié, la privation de liberté. Des positions de principe sont rappelées, toujours solidement argumentées. Utiliser le pénal avec mesure : il est difficile de ne pas mentionner ici le point de vue exprimé dans l'opinion concordante mais séparée dans l'affaire *M.C. c. Bulgarie* (4 mars 2004) : « je pense que l'intervention pénale doit rester, en théorie comme en pratique, un remède ultime, une intervention subsidiaire, et que son usage, même dans le champ des obligations positives, doit faire l'objet d'une certaine retenue. Quant au postulat que la voie pénale serait, en tout état de cause, la plus efficace en termes de prévention, les observations contenues dans le Rapport sur la décriminalisation du Comité européen pour les problèmes criminels montrent bien que l'efficacité de la prévention générale fondée sur le droit pénal dépend de nombreux facteurs et que celui-ci n'est pas la seule façon de prévenir les comportements indésirables ». Le rappel est important à une époque où la tentation pénale s'accroît et où les droits de l'homme oscillent entre fonctions épée et bouclier du droit pénal.

Dans le même fil, plusieurs opinions dissidentes de Françoise Tulkens (et consorts) mettent en évidence une conscience aiguë du caractère pénible de la privation de liberté qui doit rester l'exception. Contre la Cour qui parfois semble ne pas réaliser combien peuvent souffrir les personnes qui en sont victimes, elle dénonce avec vigueur le caractère trop souvent inhumain et dégradant des pratiques d'enfermement qui devraient, au nom des principes même défendus par la Cour, être évitées. C'est le cas, par exemple, dans l'affaire *Kafkaris c. Chypre* (12 février 2008) qui pose la question des peines perpétuelles. Là où la Cour accepte que le requérant, qui fait l'objet d'une condamnation à perpétuité, ait la certitude de rester emprisonné toute sa vie, Françoise Tulkens marque son désaccord : « sauf à ne pas regarder la réalité en face, une peine d'emprisonnement à perpétuité, sans espoir de libération, atteint le seuil de gravité requis par l'article 3 de la Convention et constitue un traitement inhumain et dégradant ». Elle ajoute, suivant l'opinion du juge Bratza, que « le moment est venu pour la Cour de dire clairement que le prononcé d'une peine perpétuelle incompressible, même si c'est à l'encontre de délinquants adultes, est en principe incompatible avec l'article 3 de la

Convention ». C'est encore le cas en matière de détention préventive, dispositif à propos duquel Françoise Tulkens rappelle que la liberté est la règle et la détention l'exception, un message que la Cour doit impérativement transmettre aux Etats : « Liberty is the rule and detention the exception. That is the message which the Court should be giving in the efforts they pursue, by various means, to limit pre-trial detention, which is a problematic issue in all criminal justice systems in Europe » (*affaire Mooren c. Allemagne*, 9 juillet 2009). Le principe est fondamental et ni la sévérité de la peine, ni la faible durée de la détention ne justifient une dérogation (*affaire Galuashvili c. Georgia*, 17 juillet 2008).

C'est toujours le même souci qui amène Françoise Tulkens à se montrer stricte dans l'interprétation de l'article 5 de la Convention, lequel « consacre un droit fondamental de l'homme, à savoir la protection de l'individu contre les atteintes arbitraires de l'Etat ». Ceci l'amène à s'opposer à une privation de liberté irrégulière qui serait justifiée par des motifs d'opportunité ou d'efficacité. Ainsi, dans l'affaire *Saadi c. Royaume-Uni* (29 janvier 2008), là où la Cour estime que n'est pas contraire à l'article 5 le fait d'avoir privé de liberté un demandeur d'asile et de le maintenir en centre de rétention dans le but « d'accélérer le traitement de sa demande d'asile » et le traitement d'autres demandes en attente, Françoise Tulkens rappelle qu'« en aucun cas, la fin ne peut justifier les moyens et qu'aucune personne, aucun être humain ne peut être utilisé comme un moyen en vue d'une fin ». De même, dans l'affaire *Adamov c. Suisse* (28 novembre 2011), elle insiste sur le fait que les intérêts de la coopération entre les Etats dans la lutte contre la criminalité internationale ne peuvent prévaloir sur une interprétation stricte de l'article 5, qui énumère de façon limitative les cas de privation de liberté et dont la raison d'être est la protection contre l'arbitraire ».

Les droits de l'homme : un texte dans la vie

Le deuxième fil rouge renvoie à un autre souci qui, à travers l'échantillonnage aléatoire d'arrêts réalisés, nous semble caractéristique de la posture de Françoise Tulkens. Il s'agit de privilégier une conception « vivante » des droits de l'homme dont la lecture doit toujours se faire en regard de leur inscription dans une réalité vécue. Dans une première série d'arrêts, un accent critique est mis sur le formalisme selon lequel la majorité de la Cour évalue les situations portées à sa connaissance et qui aboutit parfois à ne reconnaître des droits qu'à des humains artificiels. Ainsi, Françoise Tulkens critique le *modus operandi* de la majorité dans l'affaire *Gäfgen c. Allemagne* (1^{er} juin 2010) qui « consiste à compartimenter, disséquer et analyser les diverses phases du procès pénal séparément. Une telle approche n'est pas seulement formaliste ; elle est aussi irréaliste dès lors qu'elle ne prend pas en compte le contexte concret dans lequel sont conduits les procès pénaux ni la dynamique qui entre en jeu dans toute procédure pénale ».

L'exigence absolue de la protection de la vie constitue un autre exemple de la rigoureuse faveur que Françoise Tulkens accorde à la vie réelle des individus plutôt qu'à leur mort légitimée par les concepts mous de la Cour ou par les concepts durs de la loi nationale. Un exemple de chaque cas de figure (mou et dur) suffira. Dans le premier exemple, on constate que le formalisme des concepts mous conduit à n'accorder de droits qu'aux morts. Ainsi en est-il de la vie des personnes malades soumises à une expulsion, la jurisprudence de la Cour (*N. c. Royaume-Uni*, 27 mai 2008) considère que le fait qu'en cas d'expulsion, un humain connaîtrait une réduction significative de son espérance de vie, n'est pas en soi suffisant pour emporter violation de l'article 3 : il faut « des considérations humanitaires *encore plus impérieuses* et que la personne soit à un *stade ultime* de la maladie, proche de la mort, pour que l'éloignement puisse (...) emporter violation de l'article 3 de la Convention » (*Yoh-Ekale*

Mwanje c. Belgique, 20 décembre 2011). Françoise Tulkens, dans son opinion partiellement dissidente, disqualifie la différence entre une personne qui est sur son lit de mort et celle dont on sait qu'elle est condamnée à bref délai : cette différence « nous paraît infime en termes d'humanité. Nous espérons que la Cour puisse revoir sa jurisprudence sur ce point ». Le second exemple vise le formalisme des concepts durs (autrement dit des limites juridiques objectives) qui ne conduit pas moins à des décisions absurdes : l'affaire *Horoz c. Turquie* (31 mars 2009) nous apprend que la loi turque ne reconnaît qu'aux condamnés la libération pour raisons médicales. M. Horoz, mourant et reconnu par la médecine dans un état incompatible avec l'incarcération, n'est pas libérable et ne sera pas libéré, en vertu de la loi. Françoise Tulkens considère comme « paradoxal, sinon extrêmement formaliste, de soutenir, comme l'a fait la cour de sûreté d'Ankara, que la demande de libération provisoire pour raison de santé était prévue pour les « condamnés » et non pour les personnes en détention provisoire (...) Nous pensons qu'il était non seulement « souhaitable » de libérer [M. Horoz], mais impératif de le faire au regard de l'exigence absolue du droit de protéger la vie garanti par l'article 2».

Une deuxième série d'arrêts, qu'il importerait également de remettre dans leur contexte, touche plus particulièrement à l'article 10 portant sur les droits à la liberté d'expression. La particularité est que cet article comprend deux versants: l'un affirme l'étendue des droits et l'autre, les limites qu'impose leur exercice. Françoise Tulkens souligne à partir de ce constat (*Lindon et consorts c. France*, 22 octobre 2007) un principe général auquel elle se réfère : face à une situation de conflit entre la liberté d'expression (article 10 de la Convention) et le droit à la réputation (article 8), la démarche de la Cour devrait être celle de « la pondération des intérêts afin de vérifier si un juste point d'équilibre a été atteint entre les droits et les libertés en conflit ». C'est effectivement là que git le problème. Dans l'affaire *Lindon*, elle constate qu'aucune des juridictions françaises ne s'est livrée à ce type d'analyse. A leur suite, la Cour a également négligé de le faire, omettant de tenir compte du fait que les textes incriminés entraient dans le cadre de la littérature et que dans ce cas, la jurisprudence de la Cour admettait une plus grande tolérance.

L'importance du contexte dans la détermination de ce *point d'équilibre* se retrouve dans l'affaire *Barata Montara da Corta et Patricio Pereira c. Portugal* (11 janvier 2011) : les requérants, deux militants politiques, sont condamnés pour diffamation par un médecin pour des accusations faites au cours d'une conférence de presse. La Cour suit la même voie et considère que, par cette condamnation, l'ingérence dans le droit des requérants n'est pas disproportionnée par rapport aux faits. L'opinion dissidente de Françoise Tulkens fait d'abord remarquer qu'il s'agit d'un *débat politique* et qu'à plusieurs reprises la Cour a décidé que dans ce cas, la tolérance devait être plus grande. Elle rappelle en plus que les organes politiques du Conseil de l'Europe avaient invité les Etats membres à décriminaliser la diffamation. Il y aurait là, dit-elle, une manière de renforcer la liberté d'expression qui « constitue un des éléments clefs de la démocratie ».

Dans une situation inverse (*Aksu v. Turquie*, 27 juillet 2010), des particuliers, eux-mêmes gitans, accusent le ministère de la Culture de leur pays d'avoir publié et diffusé le livre *The Gypsies of Turkey*, dans lequel l'auteur donne une image nettement dévalorisante de leur groupe ethnique. La Cour décide qu'il n'y a pas eu violation de l'article 14 qui interdit la discrimination, du fait que l'œuvre concernée a été considérée comme « scientifique ». Dans son avis divergeant, Françoise Tulkens souligne l'existence d'une erreur majeure : celle d'isoler ces textes retenus qui ont été « disculpés », sans les resituer dans le contexte plus général qui entretient, à propos d'un groupe social reconnu comme particulièrement fragile,

des stéréotypes stigmatisants. Entendus dans ce sens, un tel ouvrage constitue une violation à l'article 14 de la Convention qui interdit toute forme de discrimination.

L'analyse des arrêts aurait pu faire ressortir d'autres facettes de la pensée pratique et de la pratique de la pensée de Françoise Tulkens. Les trois facettes sélectionnées nous semblent essentielles et complémentaires. Elle soulignent dans le chef de Françoise Tulkens, une fidélité et un souci : une fidélité sans concessions, chaque fois qu'il est nécessaire d'en rappeler les termes, à des principes et des convictions ; un souci constant d'unir le droit à la vie et à la liberté au lieu de l'isoler dans un confortable surplomb.

Yves Cartuyvels
Christian Debuyst
Françoise Digneffe
Dan Kaminski