

Doctrines

Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (1^{er} juillet - 31 décembre 2018), par F. Krenc 329

Jurisprudence

■ Prescription extinctive - Action publique - Sécurité routière - Prolongation du délai de prescription d'un à deux ans (articles 25 et 26, loi du 6 mars 2018 relative à l'amélioration de la sécurité routière) - Rétroactivité - Discrimination Cour constitutionnelle, 4 avril 2019, note de C.Y. 340

■ Conseil d'État - Référé (extrême urgence) - Fondement légal de la demande de suspension - Incidence de la qualification de l'opération litigieuse - Marché public de travaux - Notion - Contrat de bail portant sur un immeuble à construire selon les exigences du pouvoir adjudicateur - Principes du droit européen primaire de la concurrence - Principes d'égalité et de transparence - Négociation entre l'autorité et plusieurs opérateurs économiques - Respect de l'égalité « procédurale » C.E., VI, réf., 23 octobre 2018 341

Chronique

Tribune libre - Parallèlement - Échos - Communiqués - Dates retenues.

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

Journal des tribunaux

http://jt.larcier.be
4 mai 2019 - 138^e année
17 - N° 6771
Georges-Albert Dal, rédacteur en chef

Doctrines

Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

(1^{er} juillet - 31 décembre 2018)

La Convention européenne des droits de l'homme « est destinée à sauvegarder et promouvoir les idéaux et valeurs d'une société démocratique régie par le principe de la primauté du droit » (*Navalny*). Vigie de ces idéaux et de ces valeurs, la Cour européenne des droits de l'homme veille à ce que l'indépendance de la justice soit préservée (*Denisov et Ramos Nunes de Carvalho e Sá*). Soucieuse du pluralisme et de la tolérance, elle incite au respect des convictions religieuses des justiciables au sein du prétoire (*Lachiri*). Attentive au respect « concret et effectif » des garanties du procès équitable, elle n'hésite pas à condamner un État en cas de manquement à ces garanties dans le cadre d'une procédure arbitrale se déroulant sur son territoire (*Mutu et Pechstein*). Parallèlement, elle admet que des privations de liberté « purement préventives » puissent être ordonnées en dehors de toute accusation pénale, sans présentation à un juge (*S, V et A*), que des restrictions à l'assistance d'un avocat puissent être opérées, même en l'absence de « raisons impérieuses » susceptibles de les justifier (*Beuze*), ou encore que des condamnations pénales puissent être prononcées en raison de déclarations susceptibles de heurter les convictions religieuses d'autrui (*E.S.*).

Introduction

Délitement des valeurs démocratiques, déliquescence de l'État de droit, déclin de nos libertés, retour des souverainismes et des replis identitaires, résurgence du racisme, de la xénophobie et de l'antisémitisme, recrudescence des phénomènes de violence... Les mots — autant que les maux — ne manquent pas pour décrire l'état de nos sociétés contemporaines.

Reconnaissons-le : ces constats ne datent pas d'hier. Leur récurrence conduit même à une certaine forme de banalisation, voire de résignation. Au fond, pourquoi y aurait-il lieu aujourd'hui de s'alarmer davantage qu'hier ? L'Europe des droits de l'homme serait-elle, cette fois, en train de sombrer véritablement ? Ou les diagnostics posés en entrée, délibérément alarmistes, participent-ils d'une surenchère catastrophiste ?

Sans verser dans le pessimisme, il y a de quoi, à tout le moins, se montrer préoccupé. On en veut pour preuve (objective), au niveau de l'Union européenne, l'activation inédite à l'égard de la Pologne¹, tout d'abord, et de la Hongrie², ensuite, de la procédure inscrite à l'article 7, § 1^{er}, du Traité sur l'Union européenne visant à faire constater par le Conseil l'existence d'un « risque clair de violation grave » des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée. La Commission a, du reste, introduit à l'automne dernier un recours en manquement contre le même État polonais, en raison de dispositions jugées attentatoires à l'indépendance de la justice³.

Du côté de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après la Cour), l'on pointe les condamnations tout aussi exceptionnelles⁴ récemment prononcées à l'égard de l'Azerbaïdjan, de la Russie



CODE ÉLECTORAL
À jour au 1^{er} avril 2019
Élections fédérales, régionales et européennes

Ce Code reprend les principales règles juridiques qui encadrent l'organisation des élections fédérales, régionales et européennes, à l'exclusion donc des élections communales et provinciales.

> Code essentiel
Édition 2019 – 252 p. – 25,00 €
www.larcier.com

orders@larcier.com
ELS Belgium s.a.
Boulevard Baudouin 1^{er}, 25 • B-1348 Louvain-la-Neuve
Tél. 0800/39 067 – Fax 0800/39 068

(1) Proposition de la Commission du 20 décembre 2017.
(2) Résolution du Parlement européen du 12 septembre 2018.
(3) Recours introduit le 2 octobre 2018 ; affaire C-619/18.
(4) Car fondées sur l'article 18 de la Convention européenne des droits de l'homme interdisant le détournement.

et de la Turquie en raison de mesures visant tantôt à « étouffer le pluralisme politique »⁵, tantôt à « réduire au silence » des défenseurs des droits de l'homme, notamment des avocats⁶.

Et la Belgique ? L'État de droit y est-il réellement menacé sinon bafoué, comme beaucoup nous l'assurent ? Afin de répondre à cette question, on ne peut mieux faire que de se tourner vers Strasbourg. La Cour présente cet avantage unique d'offrir un regard externe sur des situations internes. C'est là la force de son contrôle. Ainsi, notre État a été précisément appelé, le 24 avril dernier, à répondre en audience publique devant la grande chambre de la Cour, du refus répété de ses autorités de se conformer à des décisions de justice leur enjoignant de délivrer un visa à des ressortissants syriens exposés à un risque avéré de traitements contraires à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après la Convention)⁷. Le verdict de la Cour constitue un indicateur précieux de la santé de notre régime démocratique.

Outre ces vives préoccupations quant au respect par les États de leurs propres engagements au titre de la Convention, le second semestre de l'année 2018 a également été marqué par l'entrée en vigueur, le 1^{er} août 2018, du Protocole n° 16⁸. Selon le président de la Cour, Guido Raimondi, il s'agit d'« une étape fondamentale dans l'histoire de la Convention »⁹. Baptisé le « protocole du dialogue »¹⁰, ce Protocole — qui demeure optionnel pour les États — dote la Cour d'une nouvelle compétence consultative. Il permet aux plus hautes juridictions nationales d'adresser à la Cour des demandes d'« avis consultatifs » sur des questions relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés inscrits dans la Convention¹¹. La Belgique l'a signé le 8 novembre dernier et semble bien engagée dans le processus tendant à sa ratification. La première saisine consultative de la Cour n'a, en tout cas, guère tardé. Le 16 octobre 2018, la Cour a en effet reçu une première demande émanant de la Cour de cassation de France. Cette demande ayant été acceptée le 3 décembre par le collège de cinq juges de la grande chambre, celle-ci y a répondu ce 10 avril aux termes d'un avis qui sera analysé dans la prochaine chronique.

1 Radiation de la requête (article 37 de la Convention)

Déclaration unilatérale du gouvernement. — C'est une Cour divisée qui, au début de l'été dernier, a rayé de son rôle la requête *Ahkim c. Belgique*¹². En l'occurrence, un fonctionnaire de police se plaignait de violences infligées par son supérieur hiérarchique. Il en dénonçait, de surcroît, le caractère raciste. Au terme de la procédure pénale, le supérieur hiérarchique fut condamné. Les faits de violence furent jugés

établis mais le motif raciste fut écarté. Le requérant s'est alors tourné vers la Cour en invoquant la violation des articles 3, 13 et 14 de la Convention.

En cours de procédure devant la Cour, le gouvernement belge a formulé une « déclaration unilatérale » aux termes de laquelle il reconnaissait expressément les violations alléguées de la Convention et proposait une indemnisation. Jugeant l'indemnisation insuffisante, le requérant a sollicité la poursuite de la procédure devant la Cour.

Aux termes d'une décision du 10 juillet 2018, la Cour a décidé, eu égard à la teneur de cette déclaration unilatérale du gouvernement, de rayer la requête du rôle en application de l'article 37, § 1^{er}, c), de la Convention¹³. La Cour a considéré que « dans certaines circonstances, il peut être indiqué de rayer une requête du rôle en vertu de l'article 37, § 1^{er}, c), sur la base d'une déclaration unilatérale du gouvernement défendeur même si le requérant souhaite que l'examen de l'affaire se poursuive »¹⁴. Lorsqu'elle procède de la sorte, la Cour a préalablement égard au caractère exprès de la reconnaissance, par le gouvernement, de la violation de la Convention et à l'octroi d'un redressement adéquat à la victime, ce redressement prenant généralement la forme d'une indemnisation. La Cour s'assure par ailleurs de l'existence d'une « jurisprudence claire et abondante » sur les questions qui se trouvent au cœur de la requête¹⁵ afin de ne pas laisser celles-ci sans réponse.

On ne peut manquer d'observer que les décisions de radiation à la suite de déclarations unilatérales du gouvernement belge tendent à devenir de plus en plus fréquentes¹⁶.

À cet égard, il n'est pas dénué d'intérêt de souligner que le mécanisme de réouverture des procédures pénales à la suite d'un arrêt de condamnation rendu par la Cour¹⁷ a été aménagé pour être élargi aux décisions par lesquelles la Cour décide de rayer l'affaire du rôle consécutivement à une déclaration unilatérale du gouvernement¹⁸.

2 Droit à la vie (article 2 de la Convention)

Assassinat d'un journaliste. Effectivité de l'enquête. — Par son arrêt *Mazepa et autres c. Russie*, la Cour a stigmatisé les lacunes de l'enquête menée par les autorités russes concernant l'assassinat, en 2006, de la célèbre journaliste Anna Politkovskaïa¹⁹. La Cour a jugé que la Russie a manqué à ses obligations procédurales au titre de l'article 2 de la Convention²⁰ au motif que, si des personnes directement impliquées dans l'assassinat ont bien été identifiées et ensuite condamnées, les autorités russes n'ont cependant pas mis en œuvre des mesures

ment de pouvoir.

(5) C.E.D.H., gr. ch., 15 novembre 2018, arrêt *Navalnyy c. Russie*, § 175 ; 20 novembre 2018, arrêt *Demirtas c. Turquie* (n° 2), § 273.

(6) C.E.D.H., 20 septembre 2018, arrêt *Aliyev c. Azerbaïdjan*, § 215.

(7) *Affaire M.N. et autres c. Belgique*, requête n° 3599/18.

(8) À la suite du dépôt du dixième instrument de ratification par la France.

(9) Discours du président Raimondi prononcé le 25 janvier 2019 lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour.

(10) Discours du président Spielmann prononcé le 16 mai 2013 devant le Comité des ministres (123^e session).

(11) Sur ce protocole, voy. notamment L.-A. SICILIANOS, « L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme — À propos du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2014, pp. 9 et s. ; V. BERGER, « Le Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme ou l'institutionnalisation du

dialogue des juges », *Gazette du Palais*, 27 juin 2015, n° 178, p. 8. Voy., plus récemment, 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, 2019, pp. 221 et s.

(12) C.E.D.H., 10 juillet 2018, décision *Ahkim c. Belgique*. La décision mentionne en effet qu'elle a été prise à la majorité. Soulignons que le partage des voix est exclusivement précisé dans les arrêts rendus sur le fond, lesquels peuvent faire l'objet d'opinions séparées (article 45, § 2, de la Convention), à la différence des décisions d'irrecevabilité ou de radiation.

(13) Cet article 37, § 1^{er}, dispose qu'« à tout moment de la procédure, la Cour peut décider de rayer une requête du rôle lorsque les circonstances permettent de conclure a) que le requérant n'entend plus la maintenir ; ou b) que le litige a été résolu ; ou c) que, pour tout autre motif dont la Cour constate l'existence, il ne se justifie plus de poursuivre l'examen de la requête ».

(14) C.E.D.H., 10 juillet 2018, déci-

sion *Ahkim c. Belgique*, § 11.

(15) L'article 37, § 1^{er}, in fine de la Convention précise en effet que « la Cour poursuit l'examen de la requête si le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses protocoles l'exige ». Dans le cas d'espèce, la Cour a fixé les lignes de sa jurisprudence notamment à l'occasion de l'affaire *Bouyid c. Belgique* (gr. ch., 28 septembre 2015) et, s'agissant plus spécialement de l'interdiction de comportements racistes, dans l'affaire *Turan Cakir c. Belgique* (arrêt du 10 mars 2009).

(16) Outre la décision *Ahkim*, voy. pour la seule période recensée, 13 décembre 2018, décision *Jacobs et Haesbrouck c. Belgique* ; 4 décembre 2018, décision *Prisacaru c. Belgique* ; 10 juillet 2018, décision *Basra c. Belgique*. Sur cette procédure, voy. C. DUBOIS-HAMDI et E. PENNINCKX, *La procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme et le Comité des ministres*, coll. « Pratique du droit », n° 69, Kluwer, 2016, spécialement pp. 281 et s.

(17) Tel qu'il est prévu aux articles 442bis et suivants du code

d'instruction criminelle. Sur ce dispositif, voy. F. KRENC, « La réouverture de la procédure interne à la suite d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme », in S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, Larcier, coll. « Grands arrêts », Bruxelles, 2014, pp. 337-352.

(18) Cette modification est intervenue par la loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice (*M.B.*, 19 février 2016).

(19) C.E.D.H., 17 juillet 2018, arrêt *Mazepa et autres c. Russie*.

(20) Au-delà de l'obligation substantielle qu'il prescrit, l'article 2 de la Convention impose en effet des obligations procédurales aux États : il s'agit de « mettre en place un système judiciaire efficace et indépendant permettant d'établir la cause du meurtre d'un individu et de punir les coupables » (voy. parmi d'autres C.E.D.H., gr. ch., 24 octobre 2002, arrêt *Mastromatteo c. Italie*, § 89).

d'enquête adéquates afin d'identifier le ou les commanditaires du meurtre. Or, « l'enquête sur l'assassinat commandité d'une personnalité publique ne peut être considérée comme suffisante (...) si des mesures d'enquête réelles et sérieuses ne sont pas prises afin d'identifier l'auteur moral de l'infraction, c'est-à-dire le ou les commanditaires de l'homicide. L'examen par les autorités nationales d'une affaire portant sur un assassinat commandité doit aller au-delà de l'identification d'un tueur à gages »²¹. Mettant par ailleurs en exergue la qualité de journaliste de la victime, la Cour a ajouté que « lorsque la victime d'un homicide est journaliste, il est de la plus haute importance de vérifier s'il existe un lien entre ce crime et son activité professionnelle »²².

3 Interdiction de l'esclavage et du travail forcé (article 4 de la Convention)

Prostitution. — Le renvoi de l'affaire *S.M. c. Croatie* devant la grande chambre de la Cour doit être souligné. L'affaire concerne une ressortissante croate qui se plaint d'avoir été contrainte de se prostituer. Par un arrêt du 19 juillet 2018, une chambre de la Cour a conclu, par six voix contre une, à la violation de l'article 4 de la Convention au motif que, bien qu'il existât en Croatie un cadre juridique adéquat pour réprimer les faits dénoncés par la requérante, l'enquête conduite par les autorités croates en l'espèce a été entachée de plusieurs carences. L'intérêt de cet arrêt réside en ce qu'il affirme pour la première fois que la traite d'êtres humains ainsi que l'exploitation de la prostitution relèvent du champ d'application de l'article 4 de la Convention. Tant la circonstance que la requérante est une ressortissante de l'État défendeur que le fait que l'affaire ne présente pas de dimension internationale ont été jugés indifférents²³. La chambre s'est, à cet égard, appuyée sur la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains qui, en son article 2, vise « toutes les formes de traite des êtres humains, qu'elles soient nationales ou transnationales ». Il appartient à présent à la grande chambre de statuer par un arrêt de principe, que l'on espère pouvoir ranger aux côtés de l'exemplaire arrêt *Siliadin c. France*²⁴ dans la liste des « grands arrêts » de la Cour relatifs à l'article 4.

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

Privation de liberté préventive de courte durée sans présentation à un juge. — L'article 5, § 1^{er}, c), de la Convention permet de priver un individu de liberté « s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction (...) ».

Dans l'affaire *S, V et A c. Danemark*, la Cour était amenée à trancher les questions suivantes. Une privation de liberté « purement préventive », opérée en dehors de toute accusation pénale dans un souci de maintien de l'ordre, est-elle compatible avec les exigences de l'article 5, § 1^{er}, c), de la Convention ? Dans l'affirmative, peut-il être fait abstraction de l'exigence posée par cette même disposition, selon laquelle les autorités doivent avoir pour but, lorsqu'elles privent un individu de sa liberté, de le conduire devant l'autorité judiciaire compétente ?

Les faits de l'espèce concernaient l'arrestation par la police de Copenhague de trois hooligans danois en marge du match international ayant opposé, le 10 octobre 2009, leur pays à la Suède. Ces trois « supporters » furent privés de liberté quelques heures avant ce match, au motif que la police les soupçonnait de projeter des affrontements violents entre supporters dans le centre-ville. Quelque sept heures après leur arrestation, une fois le risque de pareils affrontements dissipé, ils furent libérés. À aucun moment, ils ne furent accusés d'avoir commis une quelconque infraction pénale ni conduits devant un juge.

Réunie en grande chambre, la Cour a décidé de « clarifier » et d'« adapter » sa jurisprudence²⁵. Ayant particulièrement à l'esprit de « nombreux cas où des rencontres de football ou d'autres manifestations de masse, sportives ou non, ont donné lieu à des violences au cours des dernières décennies en Europe »²⁶, elle s'est déclarée « soucieuse d'interpréter et d'appliquer la Convention d'une manière qui tienne dûment compte des difficultés constatées tout en assurant une protection effective des droits de l'homme »²⁷.

Tout d'abord, la Cour pose que « pour que les policiers ne se trouvent pas dans l'impossibilité pratique d'accomplir leur devoir de maintien de l'ordre et de protection du public, il faut en principe qu'ils puissent en vertu du paragraphe 1^{er}, c), de cet article procéder à des privations de liberté hors du cadre d'une procédure pénale, sous réserve qu'ils respectent le principe de protection de l'individu contre l'arbitraire qui sous-tend l'article 5 »²⁸. La possibilité de priver un individu de liberté à titre purement préventif, en dehors de toute accusation pénale, se voit ainsi confirmée en son principe.

Ensuite, la Cour estime que l'exigence posée à ce même article 5, § 1^{er}, c), selon laquelle les autorités doivent avoir pour but, lorsqu'elles privent un individu de sa liberté, de le conduire devant l'autorité judiciaire compétente, ne doit pas faire obstacle à une brève privation de liberté. Pour la Cour, une interprétation trop stricte de l'exigence tenant à ce but « aurait pour conséquence malheureuse d'exclure toute sorte de privation de liberté préventive de courte durée (...) lorsque le but ne serait pas de traduire les personnes arrêtées devant un juge mais plutôt de les relâcher rapidement, dès que le risque aurait été écarté »²⁹. Aussi, cela « risquerait d'avoir pour effet une prolongation inutile de la privation de liberté »³⁰ et mettrait la police dans l'impossibilité pratique d'accomplir son devoir de maintien de l'ordre et de protection du public³¹. En vérité, « l'exigence selon laquelle [la privation de liberté] doit viser à conduire la personne devant l'autorité judiciaire compétente est implicitement subordonnée à la condition que la cause de la rétention se prolonge assez longtemps pour que la personne puisse être conduite devant un juge »³².

La Cour tempère néanmoins cette « souplesse »³³ dans l'interprétation de l'article 5, § 1^{er}, c) par l'énoncé de plusieurs « garanties importantes »³⁴. La première tient en ce que la privation de liberté doit être « régulière »³⁵, « c'est-à-dire conforme aux règles de fond et de forme du droit national »³⁶. La deuxième réside en ce que l'infraction dont la privation de liberté vise à empêcher la commission, doit être « concrète et déterminée », « en particulier quant au lieu et au moment de sa commission et quant à ses victimes potentielles »³⁷. Troisièmement, il faut que les autorités soient en possession d'éléments de nature à convaincre un observateur objectif que la personne privée de liberté aurait, selon toute probabilité, participé à la commission de cette infraction « concrète et déterminée » s'il n'en avait pas été empêché par la privation de liberté dont il a fait l'objet³⁸. Enfin, il y a lieu de respecter le principe de nécessité : « il faut que des mesures moins sévères aient été envisagées et jugées insuffisantes pour sauvegarder l'intérêt privé ou public exigeant la détention »³⁹. Aussi, « la privation de liberté doit cesser dès que le risque est passé, ce qui impose de contrôler la situation, la durée de la privation de liberté étant aussi un facteur pertinent »⁴⁰.

(21) C.E.D.H., 17 juillet 2018, arrêt *Mazepa et autres c. Russie*, § 75 (traduction libre).

(22) *Ibidem*, § 73 (traduction libre). La Cour s'appuie ici sur une recommandation du Comité des ministres (2016)4 sur la protection du journalisme et la sécurité des journalistes et autres acteurs des médias.

(23) C.E.D.H., 19 juillet 2018, arrêt *S.M. c. Croatie*, § 54.

(24) C.E.D.H., 26 juillet 2005, arrêt *Siliadin c. France*, à propos de l'esclavage domestique.

(25) C.E.D.H., gr. ch., 22 octobre 2018, arrêt *S, V et A c. Danemark*, § 137. Voy. aussi § 95.

(26) *Ibidem*, § 94.

(27) *Ibidem*, § 95.

(28) *Ibidem*, § 116.

(29) *Ibidem*, § 121.

(30) *Ibidem*, § 122.

(31) *Ibidem*, §§ 123-124 et § 126 *in fine*.

(32) *Ibidem*, § 125.

(33) Ce mot apparaît à maintes reprises dans l'arrêt : §§ 118, 120, 126, 127, 137 et 141.

(34) *Ibidem*, § 127.

(35) *Ibidem*, § 127.

(36) *Ibidem*, § 148.

(37) *Ibidem*, §§ 127 et 156.

(38) *Ibidem*, §§ 127, 158 et 160.

(39) *Ibidem*, § 161. Le principe de nécessité découle du principe de proportionnalité : une mesure limitative d'un droit fondamental — en l'occurrence le droit à la liberté — n'est admissible que s'il n'existe pas une autre mesure qui, tout aussi efficace pour parvenir à l'objectif poursuivi, est cependant moins préjudiciable pour le droit en cause.

(40) *Ibidem*, § 161.

Dans le cas d'espèce, la Cour a jugé « établi que la privation de liberté des requérants pouvait raisonnablement être considérée comme nécessaire pour les empêcher de déclencher ou de continuer de déclencher des actes de hooliganisme », dans la mesure où « des mesures moins sévères n'auraient pas suffi »⁴¹. Elle a également souligné que « les requérants ont été remis en liberté dès que le risque imminent avait été écarté, que leur rétention n'a pas été plus longue que nécessaire pour les empêcher de continuer à agir de manière à déclencher une rixe de hooligans (...) et que cette appréciation du risque a été suffisamment réévaluée au fil des heures »⁴². Dans ces conditions, l'article 5, § 1^{er}, c), de la Convention n'a pas été violé dans le chef des trois requérants.

De toute évidence, plusieurs voix⁴³ ne manqueront pas de déplorer un assouplissement dangereux des exigences posées par l'article 5, § 1^{er}, c), quand ils ne dénonceront pas une réécriture de cette même disposition par la Cour.

En toute hypothèse, l'approche solennisée par la grande chambre traduit la volonté manifeste de la Cour de lâcher quelque peu du lest à l'égard des autorités qui, lors de « manifestations de masse », se voient confrontées à l'obligation concurrente — elle-même prescrite par la Convention sur le fondement des articles 2⁴⁴, 3⁴⁵ et 8⁴⁶ — de protéger la vie et l'intégrité des personnes. Dans le même temps, la Cour rappelle que la privation de liberté est une mesure extrême qui ne peut être ordonnée que lorsque d'autres mesures moins attentatoires ont été envisagées avant d'être jugées impuissantes à juguler le danger imminent que les autorités cherchent à obvier. En somme, la Cour recherche un point d'équilibre.

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

Arbitrage. Tribunal arbitral du sport. — La soumission d'une juridiction arbitrale aux exigences de l'article 6 de la Convention est une question qui, depuis toujours⁴⁷, alimente la controverse⁴⁸. Il a pu être soutenu que la justice arbitrale échappait à l'emprise de l'article 6 au motif que la Convention ne s'adresse qu'aux États et qu'elle ne peut partant régir la justice « privée »⁴⁹.

La Cour a, de nouveau, été amenée à connaître de cette controverse à l'occasion d'une affaire *Mutu et Pechstein c. Suisse*. Particulièrement attendu, l'arrêt concerne des procédures conduites devant le Tribunal arbitral du sport (TAS), siégeant à Lausanne. Les requérants sont des sportifs professionnels dont les recours formés devant le TAS ont été rejetés et qui ont, par la suite, été déboutés par le Tribunal fédéral suisse de leurs recours tendant à l'annulation des sentences rendues par le TAS à leur égard.

Dans son arrêt du 2 octobre 2018, devenu définitif dans l'intervalle⁵⁰, la Cour tranche une première question d'importance : la Suisse est-elle responsable, devant la Cour, des éventuels manquements survenus au cours d'une procédure conduite devant le TAS ? La Cour répond par l'affirmative, aux termes d'une motivation qui appelle l'approbation. Certes, « le TAS n'est ni un tribunal étatique ni une autre institution de droit public suisse, mais une entité émanant du [Conseil international de l'arbitrage en matière de sport], c'est-à-dire d'une fondation de droit privé »⁵¹. Néanmoins, « si les autorités d'un État contractant approuvent, formellement ou tacitement, les actes des particuliers violant dans le chef d'autres particuliers soumis à sa juridiction les droits garantis par la Convention, la responsabilité dudit État peut se trouver engagée au regard de la Convention »⁵². Il en va d'autant plus ainsi en l'espèce que le Tribunal fédéral suisse a été invité à exercer un contrôle sur les sentences rendues par le TAS et qu'à cette occasion, il a rejeté les recours des requérants.

Après avoir tranché cette question préliminaire d'importance, la Cour confirme la légitimité de la justice arbitrale : « les clauses contractuelles d'arbitrage ne se heurtent pas, en principe, à la Convention »⁵³. Prenant en considération « le cas spécifique de l'arbitrage sportif », la Cour ajoute même qu'« il y a un intérêt certain à ce que les différends qui naissent dans le cadre du sport professionnel, notamment ceux qui comportent une dimension internationale, puissent être soumis à une juridiction spécialisée qui soit à même de statuer de manière rapide et économique »⁵⁴.

Si elle n'est pas, en soi, contraire à la Convention, la justice arbitrale, en l'occurrence celle du sport, échappe-t-elle — en tout ou en partie — au respect des exigences de l'article 6 de la Convention ? Confirmant sa ligne jurisprudentielle antérieure, la Cour opère une distinction entre l'arbitrage « forcé », d'une part, et l'arbitrage « volontaire », d'autre part⁵⁵. Lorsque l'arbitrage est « forcé », « en ce sens que l'arbitrage est imposé par la loi » (la « loi » est ici entendue dans un sens large)⁵⁶, le tribunal arbitral doit impérativement présenter toutes les garanties de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention⁵⁷. Lorsque l'arbitrage est « volontaire » car « librement consenti », « il ne se pose guère de problème sur le terrain de l'article 6 » : « en souscrivant une clause d'arbitrage, les parties renoncent volontairement à certains droits garantis par la Convention »⁵⁸. Encore faut-il s'assurer de ce que pareille renonciation réputée « volontaire » soit véritablement libre mais aussi éclairée et non équivoque et qu'elle ne heurte aucun intérêt public important⁵⁹. C'est ici que jaillissent habituellement les discussions en matière d'arbitrage dans le domaine du sport.

Dans le cas de Mme Pechstein, la Cour estime qu'il s'agissait d'un arbitrage « forcé » (celle-ci était tenue d'accepter la juridiction du TAS pour pouvoir participer aux compétitions sportives)⁶⁰. Dans le cas de M. Mutu, la Cour accepte de considérer l'arbitrage comme « volontaire » (en ce qu'il résultait d'une convention conclue entre l'intéressé et son club), mais la Cour juge que la renonciation de M. Mutu n'était pas « sans équivoque » dès lors que celui-ci avait expressément revendiqué, devant le TAS, son droit à être jugé par un tri-

(41) *Ibidem*, § 169.

(42) *Ibidem*, § 172.

(43) Voy. déjà, au sein même de la Cour, l'opinion en partie dissidente commune aux juges De Gaetano et Wojtyczek : « La majorité affirme avec insistance qu'il faut interpréter avec souplesse l'article 5, § 1^{er}, c), (...). Nous trouvons cela sidérant. Il y a dans la culture juridique européenne un principe communément admis selon lequel les dispositions qui garantissent la liberté personnelle sont d'interprétation stricte et littérale ».

(44) Voy. C.E.D.H., gr. ch., 28 octobre 1998, arrêt *Osman c. Royaume-Uni*, § 115 : « la première phrase de l'article 2, § 1^{er}, astreint l'État non seulement à s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et irrégulière mais aussi à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction ».

(45) Voy. C.E.D.H., gr. ch., 28 janvier 2014, arrêt *O'Keefe c. Irlande*,

§ 144 : « combinée avec l'article 3, l'obligation que l'article 1 de la Convention impose aux Hautes Parties contractantes de garantir à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés consacrés par la Convention leur commande de prendre des mesures propres à empêcher que lesdites personnes ne soient soumises à des tortures ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants, même administrés par des particuliers ».

(46) Voy. C.E.D.H., 5 mars 2009, arrêt *Sandra Jankovic c. Croatie*, § 45 : « au regard de l'article 8 les États ont le devoir de protéger l'intégrité physique et morale des personnes à l'égard d'autres individus » (traduction libre).

(47) Voy. A. CAMBI FAVRE-BULLE, G.A. DAL, G. FLECHEUX, P. LAMBERT et A. MOURRE, *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme*, coll. « Droit et justice », n° 31, Nemesis-Bruylant, Bruxelles, 2001.

(48) Voy. pour une analyse récente, J. VAN COMPERNOLLE, « L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme : une décision en clair-obscur de la Cour européenne », obs. sous C.E.D.H., décision *Tabbane c. Suisse*, 24 mars 2016, *Rev. trim. dr. h.*, 2018, pp. 199-212.

(49) C'est ce que décida la Cour de cassation de France en 2001 dans son célèbre arrêt *Cubic* : l'article 6 de la Convention « qui ne concerne que les États et les juridictions étatiques, est sans application en (...) matière [d'arbitrage] » (Cass. fr., 20 février 2001, *Cubic Défense Systems c. Chambre de commerce internationale*, *Revue de l'arbitrage*, 2001, p. 511).

(50) L'arrêt a été prononcé par une chambre de sept juges. La demande, par Mme Pechstein, de renvoi de cette affaire devant la grande chambre a été rejetée le 4 février 2019, en sorte que l'arrêt du 2 octobre 2018 est définitif.

(51) C.E.D.H., 2 octobre 2018, arrêt

Mutu et Pechstein c. Suisse, § 65.

(52) *Ibidem*, § 64.

(53) *Ibidem*, § 94.

(54) *Ibidem*, § 98.

(55) *Ibidem*, § 95.

(56) Il peut s'agir notamment d'un arbitrage imposé par le règlement d'une fédération (§ 115). Relève également de l'arbitrage « forcé » le cas où un individu est contraint de recourir à un arbitrage en vertu d'une clause qu'il n'a pas contractée (C.E.D.H., 28 octobre 2010, arrêt *Suda c. République tchèque*, §§ 50 et 51).

(57) *Ibidem*, § 95.

(58) *Ibidem*, § 96. Voy., dans la jurisprudence de la Cour, C.E.D.H., 16 décembre 2003, décision *Transado - Transportes Fluviais do Sado c. Portugal* ; 1^{er} mars 2016, décision *Tabbane c. Suisse*.

(59) *Ibidem*, § 96.

(60) C.E.D.H., 2 octobre 2018, arrêt *Mutu et Pechstein c. Suisse*, § 115.

bunal indépendant et impartial⁶¹. Il en découle que, dans l'un comme dans l'autre cas, les procédures d'arbitrage devaient offrir aux requérants les garanties de l'article 6 de la Convention⁶².

Devant la Cour, Mme Pechstein et M. Mutu contestaient tous deux l'indépendance et l'impartialité du TAS. Sur ce point, la Cour écarte les objections liées au financement du TAS⁶³ et, avec davantage de nuances, celles relatives à la désignation des arbitres⁶⁴, pour axer plus concrètement son contrôle sur l'indépendance et l'impartialité des arbitres ayant statué dans l'affaire des requérants. Au terme de son examen, la Cour conclut qu'il n'y a pas de raison objective de douter de l'indépendance et de l'impartialité des membres du panel arbitral ayant connu du cas des requérants⁶⁵.

En revanche, la Cour conclut, dans le seul cas de Mme Pechstein, à la violation de l'article 6 de la Convention en raison de l'absence de débats publics devant le TAS. La requérante avait, en effet, expressément sollicité la tenue de débats publics, ce qui lui fut refusé, alors qu'existait une controverse quant aux faits à la base de la sanction disciplinaire qui lui fut infligée⁶⁶.

Assurément, l'arrêt *Mutu et Pechstein* est riche de multiples enseignements. On retiendra qu'au final, il condamne la Suisse en raison d'un manquement par le TAS (une « émanation d'une fondation de droit privé ») à l'article 6, § 1^{er}, de la Convention. Cette condamnation mérite, à elle seule, d'être relevée. L'arrêt confirme que l'article 6 de la Convention s'applique à l'arbitrage, même si le recours à celui-ci peut emporter une renonciation à certaines garanties. Encore faut-il — comme l'a rappelé la Cour — que pareille renonciation soit parfaitement libre et non équivoque et qu'elle ne heurte aucun intérêt public important. Et c'est de manière tout aussi convaincante que l'arrêt décide que la responsabilité des États parties à la Convention reste engagée lorsque ceux-ci favorisent ou tolèrent tacitement l'épanouissement, sur leur territoire, d'une justice « privée » qui méconnaîtrait l'article 6 de la Convention⁶⁷.

En définitive, on ne soulignera jamais assez que ce qui importe, est moins la réponse à la question de savoir si l'article 6 trouve à s'appliquer à la procédure arbitrale, que le respect « concret et effectif » des garanties du procès équitable. Un tribunal digne de ce nom, qu'il soit étatique ou arbitral, ne peut prétendre rendre la justice s'il est incapable d'offrir les garanties qui sont consubstantielles à la fonction de juger et au premier rang desquelles figurent l'indépendance et l'impartialité. Être investi d'une fonction juridictionnelle implique une responsabilité ainsi qu'une éthique. Sous cet angle, il n'y a pas lieu de vouer la justice arbitrale aux gémonies en sacrifiant par opposition la justice étatique. Pour preuve : cette dernière est quotidiennement sanctionnée à Strasbourg en raison de manquements, parfois criants, aux exigences du procès équitable. Pour le dire tout uniment, l'essentiel est que le justiciable bénéficie, devant le tribunal arbitral comme devant le tribunal étatique, des garanties fondamentales du procès,

que ce soit sur le fondement de l'article 6 de la Convention ou sur une autre base.

Droit d'accès à un tribunal. Perte de l'intérêt à agir devant le Conseil d'État. — Dans un arrêt *Ronald Vermeulen c. Belgique* du 17 juillet 2018, la Cour a jugé que le rejet, par le Conseil d'État, d'un recours en annulation en raison de la perte d'intérêt du requérant a emporté violation de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention en ce que celui-ci garantit le droit d'accès à un tribunal⁶⁸.

En l'occurrence, le requérant avait contesté devant la haute juridiction administrative la décision par laquelle il ne fut pas admis au sein d'une réserve de recrutement. Il forma contre cette décision une demande de suspension et un recours en annulation, le 28 janvier 2002. Quelques mois plus tard, le 4 juin 2002, la validité de la liste de réserve de recrutement expira. Le 13 novembre 2002, le Conseil d'État rejeta la demande de suspension, faute de moyens sérieux. Par un arrêt du 5 juillet 2005, le Conseil d'État déclara le recours en annulation du requérant irrecevable au motif que celui-ci ne disposait plus d'un intérêt à agir, dans la mesure où la validité de la liste de réserve de recrutement avait entretemps expiré.

Pour les juges de Strasbourg, si la condition tenant à l'existence d'un intérêt poursuivait assurément un but légitime⁶⁹, le constat, par le Conseil d'État, de la perte d'un intérêt à agir dans les circonstances de l'espèce a emporté des effets disproportionnés sur le droit d'accès du requérant à un tribunal. Ainsi, la Cour constate qu'« au moment de l'introduction du recours en annulation, la liste de réserve était toujours valide et il n'est pas contesté (...) que le requérant avait donc, à ce moment-là, un intérêt actuel au sens de l'article 19, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État ». En réalité, souligne la Cour, « c'est (...) en raison de la durée de la procédure devant le Conseil d'État que le requérant a perdu cet intérêt »⁷⁰. Or, « le Conseil d'État ne s'est à aucun moment interrogé sur les causes de la perte d'intérêt du requérant, en particulier sur l'impact qu'avait pu avoir la durée de la procédure à cet égard »⁷¹. La Cour d'observer en outre que le Conseil d'État s'est prononcé sur la demande de suspension de la décision litigieuse sans tenir compte de l'expiration de la validité de la liste de réserve de recrutement⁷².

Ce que le juge européen stigmatise, n'est donc point la condition légale d'« intérêt » prescrite par l'article 19, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, mais c'est son appréhension par la haute juridiction administrative dans les circonstances concrètes de l'espèce⁷³.

L'œil averti aura relevé que l'arrêt de la Cour européenne est, pour sa part, intervenu plus de douze ans après sa saisine en janvier 2006. Quoi qu'il en soit, le Conseil d'État n'a pas tardé à prendre la mesure de cet arrêt. Par un arrêt *Van Dooren*, n° 243.406, du 15 janvier 2019, la section du contentieux administratif réunie en assemblée générale a, en effet, expressément considéré que son interprétation de la notion d'« intérêt » ne pouvait avoir pour conséquence de porter atteinte à la substance même du droit d'accès de chacun à un tribunal. Il s'agit,

(61) *Ibidem*, §§ 120-122.

(62) *Ibidem*, §§ 115 et 123. On ne voit guère, à l'analyse, comment le TAS pourrait désormais être exempté du respect de l'article 6. Lorsque le sportif n'a pas d'autre choix que d'accepter la juridiction du TAS (cas *Pechstein*) ou lorsque, nonobstant un arbitrage réputé « volontaire », il entend néanmoins bénéficier, devant le TAS, des garanties du procès équitable (cas *Mutu*), l'article 6 trouve à s'appliquer et doit être observé. En réalité, le seul cas où le TAS pourrait échapper au prescrit de l'article 6, est celui du sportif qui accepterait délibérément, et en connaissance de cause, d'être jugé par un tribunal ne répondant pas aux garanties de l'article 6, et notamment d'être jugé par un tribunal manquant d'indépendance et/ou partial...

(63) Lucide, « la Cour relève que les juridictions étatiques sont toujours financées par le budget de l'État et considère qu'on ne peut pas déduire de cette circonstance un manque d'indépendance et d'impartialité de ces juridictions dans les litiges oppo-

sant des justiciables à l'État. Par analogie, on ne saurait déduire un manque d'indépendance et d'impartialité du TAS en raison exclusive-ment de son mode de financement » (§ 151).

(64) *Ibidem*, §§ 152-157.

(65) *Ibidem*, § 159 et § 165.

(66) *Ibidem*, §§ 178-184. En revanche, le grief pris du défaut d'audience publique devant le Tribunal fédéral suisse a été rejeté au motif que son contrôle était limité à des « questions juridiques hautement techniques qui ne comportaient aucun examen de faits éventuellement susceptible d'exiger la tenue d'une audience publique » (§ 187).

(67) La Cour l'a rappelé dans une décision *Novak* : « la Convention ne se contente pas d'astreindre les autorités des États contractants à respecter les droits et libertés qu'elle consacre ; elle implique aussi qu'il leur faut, pour en assurer la jouissance, en empêcher ou corriger la violation. L'obligation d'assurer un exercice efficace des droits énoncés par la Convention peut donc comporter

pour un État des obligations positives dans un certain nombre de domaines, et ces obligations peuvent impliquer l'adoption de mesures même en ce qui concerne les relations d'individus entre eux » (C.E.D.H., 13 novembre 2003, décision *Novak c. République tchèque*).

(68) *J.T.*, 2018, p. 775, obs.

D. LAGASSE, « L'excès de formalisme du Conseil d'État à nouveau sanctionné à Strasbourg ».

(69) C.E.D.H., 17 juillet 2018, arrêt

Ronald Vermeulen c. Belgique, § 47 où « la Cour observe que l'exigence d'un intérêt comme élément de recevabilité du recours en annulation devant le Conseil d'État est à mettre en relation avec la finalité du contentieux objectif qui est de faire disparaître de l'ordre juridique les actes administratifs irréguliers tout en évitant l'action populaire (...). Un des objectifs poursuivis par cette condition de recevabilité est ainsi d'empêcher que l'action des autorités administratives puisse être remise en cause abusivement sous peine de conduire à une potentielle paralysie

de l'action des pouvoirs publics. Un autre objectif est de prévenir l'engorgement de la haute juridiction administrative ».

(70) *Ibidem*, § 51.

(71) *Ibidem*, § 52.

(72) *Ibidem*, § 51.

(73) La Cour européenne s'est référée à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, laquelle — citant elle-même la jurisprudence européenne — avait déjà indiqué dans un arrêt n° 109/2010 du 30 novembre 2010 que « le Conseil d'État doit (...) veiller à ce que la condition de l'intérêt ne soit pas appliquée de manière restrictive ou formaliste » (cons. B.4.3). Le juge constitutionnel avait, du reste, estimé dans un arrêt n° 117/99 du 10 novembre 1999 que les articles 19 et 24 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, interprétés en ce sens que le fonctionnaire qui attaque une nomination perd son intérêt au recours lorsqu'il est mis à la retraite au cours de la procédure, violait les articles 10 et 11 de la Constitution.

pour le juge administratif, de « [tirer] enseignement de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 17 juillet 2018, en cause de *Vermeulen c. la Belgique* ».

Indépendance de la justice. — Socle du procès équitable, l'indépendance de la justice⁽⁷⁴⁾ est au cœur de l'État de droit. Elle « est l'une des valeurs les plus importantes qui sous-tendent le bon fonctionnement des démocraties »⁽⁷⁵⁾. Fondamentalement liée au principe de la séparation des pouvoirs, l'indépendance confère au juge sa légitimité à trancher les causes dont il est saisi en même temps qu'elle assoit l'autorité des décisions qu'il est amené à rendre. Elle fonde la confiance du justiciable qui voit dans cette indépendance une garantie contre l'arbitraire. Le juge est ce tiers extérieur aux parties et au litige qui lui est soumis et dont la préoccupation exclusive — pour ne pas dire l'obsession — est d'appliquer le droit dans le respect du contradictoire et de l'égalité entre les parties.

Dans sa jurisprudence, la Cour ne définit pas l'indépendance, mais elle livre plusieurs critères permettant de s'assurer qu'un tribunal présente cette garantie. Ainsi, il convient, selon la Cour, de « prendre en compte, notamment, le mode de désignation et la durée du mandat de ses membres, l'existence d'une protection contre les pressions extérieures et le point de savoir s'il y a ou non apparence d'indépendance »⁽⁷⁶⁾.

L'indépendance de la justice constitue aujourd'hui une préoccupation majeure au sein du Conseil de l'Europe comme au sein de l'Union européenne. Elle retient de plus en plus l'attention des juges de Strasbourg comme celle des juges de Luxembourg⁽⁷⁷⁾. Au cours de la période recensée, la Cour européenne des droits de l'homme a été amenée à se prononcer tantôt sur le mode de nomination des magistrats, tantôt sur les poursuites disciplinaires dont ils peuvent être l'objet.

L'affaire *Thiam c. France* concerne le premier cas de figure. Était en cause le pouvoir de nomination des magistrats en France par le Président de la République. Le requérant soutenait que les juridictions qui l'avaient jugé, ne pouvaient être réputées indépendantes pour connaître de la procédure pénale le concernant, dans la mesure où le Président Nicolas Sarkozy, alors en exercice, s'était constitué partie civile dans le cadre de cette procédure, alors qu'il disposait du pouvoir de désignation des magistrats. La Cour a écarté le grief du requérant. Certes, elle concède que « la situation de partie demanderesse à un litige d'une personnalité ayant un rôle institutionnel dans le déroulement de la carrière des juges est susceptible de créer un doute légitime sur l'indépendance et l'impartialité de ceux-ci »⁽⁷⁸⁾. Pour autant, ces doutes ne s'avèrent pas objectivement justifiés. La Cour souligne qu'en France, l'inamovibilité des juges est constitutionnellement garantie et que « les magistrats du siège ne sont pas placés sous la subordination du ministère de la justice et ne subissent aucune pression ou instruction dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle »⁽⁷⁹⁾. Pour autant, sa jurisprudence selon laquelle « la seule nomination de magistrats par un membre de l'exécutif ne crée pas (...) une dépendance si, une fois nommés, ces magistrats ne reçoivent ni pressions ni instructions dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles »⁽⁸⁰⁾, la Cour valorise le rôle et les « prérogatives » du Conseil supérieur de la magistrature français dans le processus de nomination des magistrats. Celui-ci est appelé à émettre tantôt des « avis conformes », tantôt des « propositions »⁽⁸¹⁾. Aussi, « la signature par le Président de la République des décrets de nomination des nouveaux juges ou de leur promotion ou de leur nomination à une nouvelle fonction (...) consacre formellement l'aboutissement du processus de ces décisions et n'implique pas, en tant que telle, une atteinte à l'indépendance de ceux

qu'elles concernent »⁽⁸²⁾. La circonstance qu'à l'époque des faits, le Président de la République présidait le Conseil supérieur de la magistrature — tel n'est plus le cas aujourd'hui — n'est pas suffisante, aux yeux de la Cour, pour établir un manque d'indépendance. Le requérant n'a pas avancé d'« élément concret de nature à démontrer qu'il pouvait avoir la crainte objectivement justifiée que les juges [qui l'ont jugé et condamné] se trouvaient sous l'influence du Président de la République »⁽⁸³⁾. La Cour de relever que l'affaire du requérant « ne présentait aucun lien avec les fonctions politiques de M. Sarkozy » et que celui-ci n'avait, par sa constitution de partie civile, « ni déclenché l'action publique, ni fourni d'élément destiné à établir la culpabilité du requérant »⁽⁸⁴⁾.

Les arrêts *Denisov c. Ukraine* et *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal*, tranchées l'une et l'autre par la grande chambre, concernent des poursuites disciplinaires exercées à l'encontre de magistrats.

L'arrêt *Denisov* du 25 septembre 2018 porte, plus précisément, sur la révocation du requérant de sa fonction de président de la cour administrative d'appel de Kyiv. La grande chambre y réitère en substance les constats préalablement opérés par la Cour dans son arrêt *Oleksandr Volkov c. Ukraine* du 9 janvier 2013. Elle stigmatise la composition du Conseil supérieur de la magistrature ukrainien, lorsque celui-ci est appelé à statuer au disciplinaire. Elle relève que lorsqu'il s'est agi de statuer sur le sort du requérant, le Conseil supérieur de la magistrature était composé d'une minorité de juges, alors que, faisant siennes les prescriptions de la Charte européenne sur le statut des juges, elle juge nécessaire qu'un nombre important des membres de l'organe disciplinaire soient eux-mêmes magistrats⁽⁸⁵⁾. En outre, le nombre de juges élus par leurs pairs au sein du Conseil supérieur de la magistrature était limité, la majorité des membres de cet organe n'y travaillait pas à temps plein et le procureur général en était membre de droit⁽⁸⁶⁾. La Cour observe encore qu'un des membres ayant siégé au sein du Conseil supérieur de la magistrature a joué un rôle préalable et déterminant dans l'instruction préliminaire du dossier et dans la proposition de révocation du requérant⁽⁸⁷⁾. Compte tenu de ce que le contrôle exercé par la Cour administrative supérieure sur la décision de révocation prise par le Conseil supérieur de la magistrature s'est avéré insuffisant⁽⁸⁸⁾ et que les juges de cette Cour sont eux aussi soumis aux pouvoirs particulièrement larges du Conseil supérieur de la magistrature, dont la composition et le fonctionnement sont problématiques⁽⁸⁹⁾, la Cour conclut que la révocation du requérant n'a pas été décidée au terme d'un examen indépendant et impartial.

Rendu quelques semaines plus tard, l'arrêt *Ramos Nunes de Carvalho e Sá* du 6 novembre 2018 confirme l'importance d'un contrôle juridictionnel suffisant sur les mesures disciplinaires prises à l'encontre d'un juge. En effet, « lorsqu'un État membre engage une telle procédure disciplinaire, ce qui est en jeu c'est la confiance du public dans le fonctionnement et l'indépendance du pouvoir judiciaire, confiance qui, dans un État démocratique, garantit l'existence même de l'État de droit »⁽⁹⁰⁾.

Les conditions tenant à l'étendue du contrôle de « pleine juridiction » que doit pouvoir pratiquer le « tribunal » saisi d'une contestation d'une sanction disciplinaire, sont précisées ci-après.

Compétence de « pleine juridiction ». — La Cour admet depuis son premier arrêt *Le Compte* du 23 juin 1981 que des autorités disciplinaires ou administratives, qui ne sont pas des tribunaux au sens classique du droit interne, ne sont pas tenues de rencontrer toutes les exigences de l'article 6 de la Convention — alors même que cette disposition est applicable à la procédure en cause — pour autant que les

(74) Voy. F. KRENC et F. TULKENS, « L'indépendance du juge. Retour aux fondements d'une garantie essentielle d'une société démocratique », in *Liber amicorum Guido Raimondi*, 2019, à paraître.
(75) C.E.D.H., 9 janvier 2013, arrêt *Oleksandr Volkov c. Ukraine*, § 199.
(76) Voy. spécialement au cours de la période recensée, C.E.D.H., gr. ch., 6 novembre 2018, arrêt *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal*, § 144 ; gr. ch., 25 septembre 2018, arrêt *Denisov c. Ukraine*, § 60.
(77) Voy. à cet égard l'important arrêt *LM* du 25 juillet 2018 (aff. C-216/18

PPU). La Cour de justice, réunie en grande chambre, y a jugé qu'un manque d'indépendance des juridictions nationales d'un État membre pouvait justifier une exception au principe de reconnaissance mutuelle et, en particulier, fonder un refus d'exécution d'un mandat d'arrêt européen (sur cet arrêt, voy. C. RIZCALLAH, « Arrêt LM : risque de violation du droit fondamental à un tribunal indépendant et exécution d'un mandat d'arrêt européen », *Journ. dr. eur.*, 2018, n° 9, p. 348). Voy. aussi l'ordonnance rendue le 19 octobre 2018, par laquelle la

vice-présidente de la Cour, Mme Rosario Silva de Lapuerta, a ordonné la suspension de l'application des dispositions de la nouvelle loi polonaise sur la Cour suprême relatives à l'abaissement de l'âge de départ à la retraite des juges (ordonnance, 19 octobre 2018, *Commission c. Pologne*, aff. C-619/18 R).
(78) C.E.D.H., 18 octobre 2018, arrêt *Thiam c. France*, § 85.
(79) *Ibidem*, § 78.
(80) *Ibidem*, § 80.
(81) *Ibidem*, § 81.
(82) *Ibidem*, § 82.
(83) *Ibidem*, § 84.

(84) *Ibidem*, § 84.
(85) C.E.D.H., gr. ch., 25 septembre 2018, arrêt *Denisov c. Ukraine*, § 70.
(86) *Ibidem*, § 70.
(87) *Ibidem*, § 71.
(88) La Cour administrative supérieure ne disposait pas du pouvoir d'annuler les sanctions disciplinaires litigieuses et de prendre les mesures nécessaires au rétablissement de la légalité (*ibidem*, §§ 74-75).
(89) *Ibidem*, § 79.
(90) C.E.D.H., gr. ch., 6 novembre 2018, arrêt *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal*, § 196.

décisions de ces autorités puissent faire l'objet d'un contrôle de « pleine juridiction » par un « tribunal » réunissant, pour sa part, toutes les qualités requises par cet article 6⁹¹.

En somme, la Cour énonce une alternative⁹² : soit l'autorité disciplinaire ou administrative satisfait elle-même aux exigences de l'article 6 — dans ce cas, le contrôle de « pleine juridiction » n'est point requis — ; soit ladite autorité ne répond pas à ces exigences mais elle est alors potentiellement soumise au contrôle d'un « tribunal » doté d'une compétence de « pleine juridiction », ce tribunal étant, par l'étendue de ses pouvoirs, à même de purger le(s) vice(s) affectant le premier stade de la procédure.

Mais que faut-il précisément entendre par « pleine juridiction » ? Selon un enseignement classique de la Cour, il s'agit du « pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise, rendue par l'organe inférieur »⁹³. L'organe judiciaire de « pleine juridiction » « doit notamment avoir compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi »⁹⁴.

Cette notion de « pleine juridiction » se révèle toutefois particulièrement difficile à appréhender en pratique. L'ambiguïté provient de l'usage par la Cour du verbe « réformer », lequel laisse *a priori* entendre qu'un pouvoir de substitution serait exigé dans le chef du tribunal.

L'arrêt *s.a. Patronale hypothécaire c. Belgique* du 17 juillet 2018 confirme qu'il n'en est rien⁹⁵. Saisie dans le cadre d'une affaire relative au refus d'agrément d'un établissement de crédit, la Cour a unanimement jugé que le contrôle exercé, dans le cas d'espèce, par le Conseil d'État sur la décision de refus prise par l'ancienne C.B.F.A. était « d'une portée suffisante au regard de l'article 6 de la Convention »⁹⁶. La Cour a expressément souligné que « le rôle de l'article 6 n'est pas de garantir l'accès à un tribunal qui puisse substituer son opinion à celle de l'autorité administrative »⁹⁷. Aussi, « le fait que la compétence du Conseil d'État se limitait, dans les circonstances particulières de l'espèce, à l'annulation des décisions litigieuses et non pas à leur réformation n'est pas un problème en soi au regard de l'article 6 de la Convention »⁹⁸. Le recours pour excès de pouvoir répond donc, en principe, à l'exigence de « pleine juridiction » requise par l'article 6. « En principe », ajoutons-nous, car la Cour, prudente, a ponctué sa motivation en précisant que sa conclusion « ne préjuge pas de la décision de la Cour dans d'autres affaires soulevant un grief similaire »⁹⁹.

Alors qu'on pouvait penser que les contours de la notion de « pleine juridiction » se voyaient de la sorte tracés de manière plus nette, l'arrêt *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal*, rendu par la grande chambre de la Cour le 6 novembre dernier, ravive les doutes et les controverses. Comme précisé ci-avant, l'affaire concerne des sanctions disciplinaires infligées à une magistrate. Dans cet arrêt, la Cour indique — pour la première fois — que « le contrôle d'une décision imposant une sanction disciplinaire diffère du contrôle d'une décision administrative ne comportant pas un tel aspect punitif »¹⁰⁰, et elle enseigne que le contrôle de « pleine juridiction » doit se révéler « suffisamment poussé » lorsque des points de fait capitaux demeurent contestés par la personne sanctionnée disciplinairement¹⁰¹. C'est que, pour la Cour, « dans le contexte particulier d'une procédure disciplinaire les points de fait revêtent, à l'égal des questions juridiques, une importance déterminante pour l'issue d'une procédure relative à des

« droits et obligations de caractère civil »¹⁰². Dans le cas d'espèce, la Cour stigmatise les lacunes du contrôle opéré par la Cour suprême portugaise sur les décisions prises par le Conseil supérieur de la magistrature à l'égard de la requérante dans la mesure où la Cour suprême s'est déclarée incompétente pour procéder à un réexamen des faits, pourtant contestés par la requérante, laquelle n'avait, du reste, pas pu bénéficier d'une audience, ni devant le Conseil supérieur de la magistrature (autorité disciplinaire), ni devant la Cour suprême (juridiction de contrôle). La conjonction de ces deux éléments (insuffisance du contrôle juridictionnel, d'une part, et absence d'audience, d'autre part) fonde le constat de violation de l'article 6 de la Convention auquel la Cour parvient en l'espèce¹⁰³.

L'approche suivie par la Cour a suscité une vive critique de la part de ses membres les plus éminents. Emmenés par le président Raimondi et la vice-présidente Nussberger, six des dix-sept juges composant la grande chambre ont en effet pris la plume pour dénoncer, aux termes d'une opinion séparée commune, ce qu'ils considèrent être un « écart mal avisé par rapport à la jurisprudence établie de la Cour »¹⁰⁴. Ces juges objectent que le contrôle de « pleine juridiction » implique « de vérifier la décision et non de réexaminer l'affaire »¹⁰⁵. Autrement dit, « les juges contrôlent les actes administratifs mais n'assument pas un rôle d'autorité administrative »¹⁰⁶. Ils soutiennent l'approche classique de la Cour selon laquelle « l'accès à une instance jouissant de la plénitude de juridiction est suffisant dès lors que celle-ci procède à un examen de l'affaire, mais pas nécessairement à un réexamen, notamment quant aux faits et aux éléments de preuve sur lesquels s'est fondée l'autorité administrative »¹⁰⁷. Or, en laissant entendre que la « pleine juridiction » requiert, en matière disciplinaire, un réexamen des faits, l'arrêt *Ramos Nunes de Carvalho e Sá* « risque fort d'être source de confusion et d'incertitude »¹⁰⁸. On ne peut guère donner tort à ces juges lorsqu'ils soulignent que cette nouvelle approche de la Cour est source d'« insécurité juridique » en ce qu'elle n'est guère limpide, en particulier pour les juridictions nationales, lesquelles sont pourtant priées d'exercer leur contrôle dans le respect des exigences de l'article 6, telles qu'interprétées par la Cour¹⁰⁹. De nouvelles clarifications sont espérées.

Droit à l'assistance d'un avocat en matière pénale. — Les termes de l'arrêt *Saldaz c. Turquie* du 27 novembre 2008 sont bien connus : « pour que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6, § 1^{er}, demeure suffisamment concret et effectif (...), il faut, en règle générale, que l'accès à un avocat soit consenti dès le premier interrogatoire d'un suspect par la police, sauf à démontrer, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, qu'il existe des raisons impérieuses de restreindre ce droit. Même lorsque des raisons impérieuses peuvent exceptionnellement justifier le refus de l'accès à un avocat, pareille restriction — quelle que soit sa justification — ne doit pas indûment préjudicier aux droits découlant pour l'accusé de l'article 6 (...) »¹¹⁰. Cette jurisprudence a — on le sait — contraint notre État à modifier sa législation¹¹¹.

L'affaire *Beuze c. Belgique*, déferée à la grande chambre, concernait des restrictions à l'accès à un avocat survenues avant le prononcé de l'arrêt *Saldaz*. Il n'est guère douteux qu'à l'époque, la législation belge se situait en deçà des standards strasbourgeois. Au-delà du cas d'espèce, cette affaire constituait une nouvelle occasion pour la Cour de clarifier sa jurisprudence *Saldaz* qui, en l'espace de quelque dix années, a connu d'importants prolongements¹¹². L'arrêt *Beuze* para-

(91) C.E.D.H., 23 juin 1981, arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, § 51.

(92) C.E.D.H., 10 février 1983, arrêt *Albert et Le Compte c. Belgique*, § 29.

(93) Voy., pour la matière « pénale », C.E.D.H., 23 octobre 1995, arrêt *Gradinger c. Autriche*, § 44 ; 23 octobre 1995, arrêt *Palaoro c. Autriche*, § 43. Voy., en ce qui concerne la matière « civile », C.E.D.H., 18 juillet 2006, arrêt *Cosson c. France*, § 22.

(94) C.E.D.H., 4 mars 2004, arrêt *Silvester's Horeca Service c. Belgique*, § 27 ; 7 juin 2012, arrêt *Segame s.a. c. France*, § 55.

(95) Voy. déjà C.E.D.H., 29 octobre

2009, arrêt *Chaudet c. France*, §§ 37-38 où la Cour était déjà parvenue à une telle conclusion à propos du contrôle de légalité opéré par le Conseil d'État de France.

(96) C.E.D.H., 17 juillet 2018, arrêt *s.a. Patronale hypothécaire c. Belgique*, § 50.

(97) *Ibidem*, § 47.

(98) *Ibidem*, § 48.

(99) *Ibidem*, § 50.

(100) C.E.D.H., gr. ch., 6 novembre 2018, arrêt *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal*, § 196. La Cour ajoute que « cette considération vaut *a fortiori* pour des procédures disciplinaires dirigées contre des juges, ceux-ci devant jouir du respect nécessaire à l'exercice de leurs

fonctions ».

(101) *Ibidem*, § 206.

(102) *Ibidem*, § 203.

(103) *Ibidem*, §§ 199-215.

(104) Opinion concordante commune aux juges Raimondi, Nussberger, Jäderblom, Mose, Polackova et Koskelo, point 3.

(105) *Ibidem*, point 20.

(106) *Ibidem*, point 6.

(107) *Ibidem*, point 18.

(108) *Ibidem*, point 3.

(109) *Ibidem*, voy. surtout points 34-35, 37, 40 et 42.

(110) C.E.D.H., gr. ch., 27 novembre

2008, arrêt *Saldaz c. Turquie*, § 55.

(111) Voy. la loi du 13 août 2011 modifiant le Code d'instruction criminelle et la loi du 20 juillet 1990 re-

lative à la détention préventive afin de conférer des droits, dont celui de consulter un avocat et d'être assistée par lui, à toute personne auditionnée et à toute personne privée de liberté, ainsi que la loi du 21 novembre 2016 relative à certains droits des personnes soumises à un interrogatoire. (112) Voy., entre autres, C.E.D.H., 13 octobre 2009, arrêt *Dayanan c. Turquie* ; 14 octobre 2010, arrêt *Brusco c. France* ; 9 avril 2015, arrêt *A.T. c. Luxembourg* ; gr. ch., 20 octobre 2015, arrêt *Dvorski c. Croatie* ; gr. ch., 13 septembre 2016, arrêt *Ibrahim c. Royaume-Uni* ; gr. ch., 12 mai 2017, arrêt *Simeonovi c. Bulgarie*.

chève en quelque sorte l'œuvre prétorienne de la Cour en ce domaine¹¹³.

L'arrêt confirme tout d'abord que le droit à l'assistance d'un avocat est applicable dès l'instant où il existe une « accusation en matière pénale » au sens autonome conféré à cette notion, soit dès qu'« une personne est officiellement inculpée par les autorités compétentes ou que les actes effectués par celles-ci en raison des soupçons qui pèsent contre elle ont des répercussions importantes sur sa situation »¹¹⁴. De ce droit à l'assistance découle, d'une part, la possibilité pour la personne « accusée » de « pouvoir entrer en contact avec son avocat dès sa privation de liberté. Cela implique que le suspect puisse consulter son avocat préalablement à un interrogatoire (...), voire en l'absence d'un interrogatoire »¹¹⁵. Le droit à l'assistance de l'avocat implique, d'autre part, « la présence physique de [celui-ci] durant les auditions initiales menées par la police et durant les interrogatoires ultérieurs menés au cours de la procédure antérieure à la phase de jugement »¹¹⁶. Le droit à l'assistance de l'avocat ne se limite cependant pas aux seules auditions. Il s'étend aux autres actes d'enquête, telles qu'une parade d'identification ou une reconstitution des faits¹¹⁷.

L'intérêt de l'arrêt *Beuze* est de dissiper les incertitudes nées de l'arrêt *Ibrahim c. Royaume-Uni* du 13 septembre 2016. Dans ce dernier arrêt, la Cour avait souligné que le critère des « raisons impérieuses » susceptibles de justifier une restriction à l'assistance par un avocat est un « critère strict », les restrictions à l'accès à un avocat n'étant « permises que dans des cas exceptionnels » et devant « être de nature temporaire et (...) reposer sur une appréciation individuelle des circonstances particulières du cas d'espèce ». Mais cet arrêt *Ibrahim* précisait surtout — et c'est en cela qu'il a emporté des critiques¹¹⁸ — que l'absence de pareilles « raisons impérieuses » ne conduit pas automatiquement à une violation de l'article 6 de la Convention. En l'absence de telles raisons, il y a lieu d'apprécier globalement l'équité de la procédure. Certes, l'arrêt *Ibrahim* indique que ce contrôle doit être « très strict » dès lors que des « raisons impérieuses » susceptibles de justifier une restriction à l'accès à l'avocat font défaut. Il reste que la jurisprudence *Saldut* se voyait notablement assouplie, dans la mesure où la Cour autorise l'utilisation de déclarations faites sans l'assistance d'un avocat, même en l'absence de raisons impérieuses justifiant une telle restriction, dès lors que l'admission de ces déclarations n'a pas porté atteinte à l'« équité globale » de la procédure¹¹⁹.

La question posée par l'affaire *Beuze* consistait à savoir si cette jurisprudence *Ibrahim* englobe également le cas où la restriction à l'accès à un avocat résulte d'une défaillance systémique de la législation interne. L'arrêt *Beuze* apporte une réponse affirmative à cette question. Ainsi, lorsqu'un individu a été privé de l'assistance d'un avocat lors de la phase préalable au procès en raison des lacunes de la législation interne¹²⁰, cette restriction n'emporte pas en soi violation de l'article 6. Il convient, ici aussi, d'évaluer l'équité de la procédure dans son ensemble¹²¹. Ce contrôle, martèle la Cour, doit être « très strict »¹²² : « en l'absence de raisons impérieuses, la Cour doit évaluer l'équité du procès en opérant un contrôle très strict : une telle absence pèse lourdement dans la balance lorsqu'il s'agit d'apprécier globalement l'équité du procès et elle peut faire pencher la balance en faveur d'un constat de violation. C'est alors au gouvernement défendeur qu'il incombe d'expliquer de façon convaincante pourquoi, à titre exceptionnel et au vu des circonstances particulières du cas d'espèce, la restriction à l'accès à un avocat n'a pas porté une atteinte irrémédiable à l'équité globale du procès »¹²³. C'est ici que se situe l'apport de l'arrêt *Beuze*.

Dans le cas d'espèce, il a été conclu, à l'unanimité des dix-sept juges composant la grande chambre, à la violation des articles 6, §§ 1^{er} et 3, c), de la Convention dès lors que le requérant n'a pu bénéficier de l'assistance d'un avocat à des moments cruciaux avant son jugement et que « la procédure (...), considérée dans son ensemble, n'a pas permis de remédier [à ces] lacunes »¹²⁴.

Droit d'entendre un témoin à décharge. — À l'occasion d'une affaire *Murtazaliyeva c. Russie*, la Cour a jugé « utile » de « clarifier les principes généraux régissant l'audition des témoins à décharge tels qu'ils sont formulés dans sa jurisprudence relative à l'article 6, §§ 1^{er} et 3, d), de la Convention »¹²⁵.

Afin de déterminer si le rejet d'une demande formée par la défense d'entendre un témoin à décharge viole cette disposition, l'arrêt *Murtazaliyeva* fixe désormais un « critère à trois branches »¹²⁶.

Concrètement, ce nouveau « critère » requiert l'examen de trois questions¹²⁷. Premièrement, « la demande d'audition de témoin était-elle suffisamment motivée et pertinente au regard de l'objet de l'accusation ? ». Deuxièmement, « les juridictions internes ont-elles examiné la pertinence que pouvait avoir la déposition et motivé par des raisons suffisantes leur décision de ne pas auditionner le témoin au procès ? ». Troisièmement, « la décision des juridictions internes de ne pas auditionner le témoin a-t-elle nui à l'équité globale du procès ? ».

Concernant la première « branche », la Cour précise que la « pertinence » de la déposition à décharge ne s'apprécie pas seulement au regard de sa seule « capacité à influencer sur l'issue du litige ». Ce critère englobe aussi les demandes de la défense tendant à l'audition de « témoins dont on peut raisonnablement attendre qu'ils renforcent la position de la défense »¹²⁸.

S'agissant de la deuxième « branche », la Cour indique que « les juridictions internes ne sont pas censées donner une réponse détaillée à chaque demande formulée (...) par la défense ». En réalité, « le raisonnement des juridictions doit correspondre aux motifs avancés par la défense, c'est-à-dire qu'il doit être aussi étoffé et détaillé qu'eux ». Ainsi, « plus les arguments formulés par la défense seront solides et fondés, plus le juge interne devra opérer un contrôle minutieux et exposer un raisonnement convaincant s'il entend rejeter la demande de la défense tendant à l'audition d'un témoin »¹²⁹.

Enfin, la troisième et ultime « branche » postule une appréciation globale de l'équité du procès. Selon la Cour, cet examen ultime — qui irrigue désormais l'ensemble de la jurisprudence de la Cour relative à l'article 6 en matière pénale — « permet d'empêcher que le critère en trois branches proposé ne devienne excessivement rigide et mécanique dans son application ». Ainsi, « si les conclusions tirées au terme des deux premières branches seront généralement très révélatrices quant à savoir si la procédure a été équitable, il ne peut être exclu que dans certains cas, certes exceptionnels, des considérations d'équité pourront justifier une conclusion contraire »¹³⁰.

On ne peut s'empêcher d'opérer ici un rapprochement avec l'arrêt *Beuze*, commenté plus haut, en ce que ces deux arrêts de la grande chambre valorisent sensiblement le concept d'« équité globale » de la procédure. Or, ce concept se caractérise par son indétermination intrinsèque¹³¹. Il n'offre guère de prévisibilité et laisse, en particulier, les juridictions nationales sans repères clairs¹³².

(113) 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, p. 283. (114) C.E.D.H., gr. ch., 9 novembre 2018, arrêt *Beuze* c. Belgique, §§ 119 et 124. (115) *Ibidem*, § 133. (116) *Ibidem*, § 134. (117) *Ibidem*, § 135 et la jurisprudence citée par la Cour. (118) Voy. F. KRENC et S. VAN DROO-

GHEBROECK, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (1^{er} juillet — 31 décembre 2016) », *J.T.*, 2017, pp. 478-479. Voy. aussi L. MILANO, « La lutte contre le terrorisme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : la sécurité au prix de la liberté ? », *R.D.L.F.*, 2017, chr. n° 24. (119) Voy. C. MACQ, « Accès différé à l'assistance d'un avocat : la Cour confirme et précise sa jurisprudence », *Rev. trim. dr. h.*, 2017, pp. 421-435. (120) Une telle restriction pourra dif-

ficilement être considérée comme justifiée par des « raisons impérieuses » dès lors qu'étant de portée générale et obligatoire, elle n'est généralement pas précédée d'« une appréciation individuelle des circonstances particulières du cas d'espèce » au sens précité de la jurisprudence *Ibrahim*. (121) C.E.D.H., gr. ch., 9 novembre 2018, arrêt *Beuze* c. Belgique, §§ 144-145. (122) Voy. sur cette exigence, outre le § 145, les §§ 165, 179, 193 et 194. (123) *Ibidem*, § 145. (124) *Ibidem*, § 193.

(125) C.E.D.H., gr. ch., 18 décembre 2018, arrêt *Murtazaliyeva c. Russie*, § 152. (126) *Ibidem*, § 158. (127) Voy. le § 158. (128) *Ibidem*, § 160. (129) *Ibidem*, §§ 164-166. (130) *Ibidem*, §§ 167-168. (131) En effet, le concept d'« équité globale » est vide de tout contenu. (132) Voy. en ce sens l'opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque qui objecte que le critère d'« équité globale » « est par nature subjectif et donc extrêmement malléable ».

6 Liberté de pensée, de conscience et de religion (article 9 de la Convention)

Port de signes religieux dans le prétoire. — Un arrêt *Hamidovic c. Bosnie-Herzégovine* du 5 décembre 2017 avait jugé contraire à l'article 9 de la Convention l'imposition d'une amende, convertie ensuite en une peine d'emprisonnement, infligée à un justiciable de confession musulmane pour avoir refusé de retirer sa calotte dans la salle d'audience au sein de laquelle il comparait en qualité de témoin¹³³.

Au cours de la période recensée, la Cour s'est prononcée, cette fois, sur le cas d'une justiciable belge, partie civile dans le cadre d'une affaire pénale, qui fut exclue de la salle d'audience de la chambre des mises en accusation de Bruxelles au motif qu'elle portait le foulard islamique (*hijab*). Pour refuser à la requérante l'accès au prétoire, la chambre des mises en accusation prit appui sur l'article 759 du Code judiciaire qui dispose que « celui qui assiste aux audiences se tient découvert, dans le respect et le silence ; tout ce que le juge ordonne pour le maintien de l'ordre est exécuté ponctuellement et à l'instant ».

Dans son arrêt du 18 septembre 2018, en cause *Lachiri c. Belgique*¹³⁴, la Cour de Strasbourg a constaté sans peine que l'exclusion de la requérante a consisté en une « ingérence » dans la liberté de celle-ci de manifester sa religion¹³⁵. La Cour n'a pas examiné plus avant si cette ingérence était « prévue par la loi »¹³⁶ car elle a estimé que sa nécessité ne se trouvait pas, en tout état de cause, établie¹³⁷. On ne peut toutefois s'empêcher de relever que la prévisibilité de l'ingérence litigieuse était pour le moins douteuse. Il suffit d'observer — avec les juges Vucinic et Gritco — qu'en cette affaire, la Cour de cassation avait, pour sa part, autorisé la requérante à comparaître devant elle voilée, montrant là implicitement¹³⁸ mais certainement que l'interprétation retenue par la chambre des mises en accusation était, à tout le moins, discutable¹³⁹.

Quoi qu'il en soit, la Cour européenne a observé que l'exclusion de la requérante de la salle d'audience n'était pas motivée par la « sauvegarde des valeurs laïques et démocratiques »¹⁴⁰ ni par la « la préservation de la neutralité de l'espace public »¹⁴¹. En réalité, l'objectif visé tenait exclusivement à la « protection de l'ordre »¹⁴². Or, de ce point de vue, « il ne ressort pas des faits de l'affaire que la façon dont la requérante s'est comportée lors de son entrée en salle d'audience ait été irrespectueuse ou ait constitué ou risqué de constituer une menace pour le bon déroulement de l'audience »¹⁴³. Partant, la Cour a conclu, par six voix contre une¹⁴⁴, à la violation de l'article 9 de la Convention.

À l'appui de sa conclusion, l'arrêt *Lachiri* souligne que « la requérante est une simple citoyenne ; elle n'est pas représentante de l'État dans l'exercice d'une fonction publique et ne peut donc être soumise, en raison d'un statut officiel, à une obligation de discrétion dans l'expression publique de ses convictions religieuses »¹⁴⁵. En effet, le justi-

ciaire n'est pas le juge. Seul celui-ci est astreint, sur le fondement même de la Convention (article 6), à un devoir d'impartialité, sous une dimension subjective mais aussi objective, ce qui recouvre les « apparences ». Et c'est cette même impartialité qui commande au juge de rendre la justice sans avoir égard aux convictions religieuses, philosophiques ou politiques du justiciable qui comparaît devant lui.

Pour autant, la Cour ne manque pas d'instiller le doute lorsqu'elle précise — ce qu'elle ne fit pas dans l'arrêt *Hamidovic* — qu'elle « ne saurait (...) considérer [que le tribunal est] un lieu public similaire à une voie ou une place publique. Un tribunal est en effet un établissement "public" dans lequel le respect de la neutralité à l'égard des croyances peut primer sur le libre exercice du droit de manifester sa religion, à l'instar des établissements d'enseignement publics »¹⁴⁶. On se rappellera aussi que l'arrêt *Hamidovic* avait énoncé que « le fait d'ordonner à un témoin d'ôter un symbole à caractère religieux peut (...) se justifier dans certains cas »¹⁴⁷. Mais la Cour s'était abstenue de préciser ces « cas », de même que, dans l'arrêt *Lachiri*, elle reste évasive sur les conséquences à tirer, sous l'angle de la liberté de manifester sa religion, de ce que le tribunal est un « établissement public ». Prudente, la Cour entend sans doute laisser la porte ouverte à de possibles restrictions, sans en dire davantage pour l'instant.

Instinctivement, une question vient à l'esprit : qu'en est-il des avocats ? L'enseignement des juges de Strasbourg peut-il leur être transposé et, en particulier, serait-il susceptible de remettre en cause l'interdiction qui leur est signifiée de porter, devant les juridictions, un signe distinctif d'origine religieuse, philosophique ou politique¹⁴⁸ ? Doit-on considérer qu'en pareils cas, la liberté de l'avocat de manifester sa pensée, ses opinions et ses convictions politiques, philosophiques et religieuses, garantie par les articles 9 et 10 de la Convention, cède invariablement devant un principe jugé supérieur ? Relançant le débat¹⁴⁹, l'arrêt *Lachiri* invite à une réflexion approfondie et sereine sur cette question.

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

Protection des convictions religieuses. — L'arrêt *E.S. c. Autriche* du 25 octobre 2018 ravive, pour sa part, les controverses autour de la protection due à la liberté d'expression lorsque la religion est en cause¹⁵⁰. La Cour y a jugé compatible avec la liberté d'expression la condamnation pénale d'une ressortissante autrichienne à une amende de 480 EUR pour avoir accusé Mahomet de « pédophilie ».

Si « ceux qui choisissent d'exercer la liberté de manifester leur religion conformément à l'article 9 de la Convention (...) ne peuvent raisonnablement s'attendre à le faire à l'abri de toute critique » et « doivent tolérer et accepter le rejet par autrui de leurs croyances religieuses et

(133) Voy. F. KRENC et S. VAN DROOGHENBROECK, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (1^{er} juillet - 31 décembre 2017) », *J.T.*, 2018, p. 494. Pour un commentaire approfondi, voy. S. OUALD-CHAIB, « *Hamidovic c. Bosnie-Herzégovine* : l'interdiction de couvrir chef religieux dans les prétoires viole l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme », *J.T.*, 2018, pp. 401 et s.

(134) Voy. X. DELGRANGE et D. KOUSSENS, « Quelles laïcités en salle d'audience ? », *Rev. trim. dr. h.*, 2019, pp. 447-475.

(135) C.E.D.H., 18 septembre 2018, arrêt *Lachiri c. Belgique*, § 32.

(136) Pour rappel, l'ingérence doit, pour être licite, être « prévue par la loi », poursuivre un des buts listés à l'article 9, § 2, et se révéler nécessaire à la poursuite de ce(s) but(s).

(137) Voy. leur opinion concordante commune émise sous l'arrêt.

(138) La Cour de cassation ne se pro-

nonça pas sur la question tenant au respect des droits fondamentaux de la requérante, dans la mesure où le pourvoi formé par celle-ci fut jugé irrecevable au motif que « l'arrêt attaqué [de la chambre des mises en accusation] n'est pas de ceux contre lesquels la loi autorise un pourvoi immédiat ».

(139) D'autant que cette lecture de l'article 759 du code judiciaire est source potentielle de discrimination « indirecte » dans la mesure où l'interdiction ne concerne, en fait, que le seul port de signes couvrant la tête... Rappelons que la discrimination dite « indirecte » vise les situations où, sans justification objective et raisonnable, une norme ou une pratique a priori neutre est, en réalité, susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour une catégorie de personnes porteuses d'une caractéristique déterminée.

(140) C.E.D.H., 18 septembre 2018, arrêt *Lachiri c. Belgique*, § 37.

(141) *Ibidem*, § 46.

(142) *Ibidem*, § 38.

(143) *Ibidem*, § 46.

(144) Voy. l'opinion dissidente de la juge monégasque Mourou-Vikström.

(145) C.E.D.H., 18 septembre 2018, arrêt *Lachiri c. Belgique*, § 44.

(146) *Ibidem*, § 45. Rappelons que la Cour a déjà « validé » l'interdiction du port du voile opposée à une institutrice d'une école primaire publique suisse (décision *Dahlab c. Suisse* du 15 février 2001), à une étudiante de l'université d'Istanbul (arrêt *Leyla Sahin c. Turquie* du 10 novembre 2005), à un professeur de cette même université (décision *Kurtulmus c. Turquie* du 24 janvier 2006) ou encore aux élèves d'un collège public français (arrêts *Dogru c. France* et *Kervanci c. France* du 4 décembre 2008). Comp. toutefois avec C.E.D.H., gr. ch., 18 mars 2011, arrêt *Lautsi c. Italie*, à propos de la présence du crucifix dans les salles de classe d'une école publique italienne (voy. notamment sur cet arrêt, F. KRENC, « Le crucifix porté à

Strasbourg », *J.L.M.B.*, 2011, pp. 1718 et s.).

(147) C.E.D.H., 5 décembre 2017, arrêt *Hamidovic c. Bosnie-Herzégovine*, § 41.

(148) Voy. en ce sens l'article 1.4 du Code de déontologie de l'avocat de l'O.B.F.G.

(149) Voy. à cet égard S. VAN DROOGHENBROECK, « L'avocat et les signes convictionnels. Quelques réflexions à la lumière du droit européen des droits de l'homme », in *Pourquoi Antigone ? Mélanges offerts à Edouard Jakhian*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 503-529. Comp. P. LEGROS et D. RAMET, « Considérations sur la neutralité du costume de l'avocat », in *Libertés, (l')égalité, humanité - Mélanges offerts à Jean Spreutels*, Bruylant, Bruxelles, 2019, pp. 1307-1326.

(150) Voy. la vive critique de G. HAARSCHER, « Le blasphémateur sous les fourches caudines des juges de Strasbourg », *Rev. trim. dr. h.*, 2019, pp. 505-517.

même la propagation par autrui de doctrines hostiles à leur foi »¹⁵¹, la Cour rappelle cependant que la liberté d'expression comprend, selon les termes mêmes de l'article 10, § 2, de la Convention, des « devoirs et responsabilités ». Ainsi, « lorsque des déclarations outrepassent les limites d'un rejet critique des convictions religieuses d'autrui et sont susceptibles d'inciter à l'intolérance religieuse (...), un État peut légitimement les considérer comme incompatibles avec le respect de la liberté de pensée, de conscience et de religion, et prendre des mesures restrictives proportionnées »¹⁵².

À la lueur de ces principes, la Cour a estimé qu'en considérant les déclarations de la requérante comme ayant outrepassé les limites admissibles d'un débat objectif, et en les qualifiant d'attaque abusive contre le prophète de l'islam risquant d'engendrer des préjugés et de menacer la paix religieuse, les juridictions nationales ont avancé des motifs « pertinents et suffisants » à l'appui de leur condamnation¹⁵³.

Cet arrêt — devenu définitif en raison du rejet de la demande de la requérante tendant au renvoi de l'affaire devant la grande chambre — renoue avec la très controversée jurisprudence *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*¹⁵⁴. Pour rappel, la Cour avait estimé en cette affaire que l'article 10 de la Convention n'avait pas été violé par la saisie suivie de la confiscation du film « Das Liebeskonzil » (« Le concile d'amour »), tiré de la pièce satirique d'Oskar Panizza. La Cour avait, en substance, entériné la position des juridictions autrichiennes qui avaient vu dans ce film¹⁵⁵ « une attaque injurieuse contre la religion catholique romaine »¹⁵⁶.

L'arrêt *E.S.* peut par ailleurs être rapproché de l'arrêt *I.A. c. Turquie* rendu en 2005¹⁵⁷. Dans cet arrêt, tout aussi contestable et contesté¹⁵⁸, la condamnation pénale d'un éditeur d'un ouvrage contenant certains passages jugés blasphématoires par les juridictions turques, fut jugée compatible avec la liberté d'expression. À l'appui de sa conclusion, la Cour fit valoir que certains passages de cet ouvrage constituaient « une attaque injurieuse contre la personne du prophète de l'islam », des personnes de confession musulmane ayant pu « légitimement se sentir attaqué[es] de manière injustifiée et offensante »¹⁵⁹.

Pourtant, la Cour paraissait s'être écartée de ces lignes jurisprudentielles en adoptant une posture plus libérale. Dans un récent arrêt *Sekmadienis c. Lituanie* du 30 janvier 2018, la Cour a en effet considéré qu'une amende infligée à une société de vêtements pour avoir mené une campagne publicitaire parodiant des personnages de la religion catholique était contraire à l'article 10 de la Convention¹⁶⁰.

Sans doute serait-il heureux qu'exerçant sa fonction régulatrice¹⁶¹, la grande chambre circoncrive, à l'occasion d'une affaire future, les contours de la liberté d'expression lorsque son exercice vise les religions¹⁶². La Cour répète à l'envi que la liberté d'expression vaut pour les propos qui « heurtent, choquent ou inquiètent »¹⁶³. Qu'en est-il exactement lorsque sont en cause des convictions religieuses¹⁶⁴ ? N'oublions pas que l'arrêt *Handyside*¹⁶⁵, qui consacra cet attendu devenu fameux, fit triompher, dans le cas d'espèce, les exigences de la morale au détriment de la liberté d'expression...

« Performance » dans un lieu de culte. — Moins discutable est la conclusion de violation de l'article 10 de la Convention intervenue dans l'affaire *Mariya Alekhina et autres c. Russie*. Les requérantes, trois membres du groupe punk *Pussy Riot*, avaient été condamnées à d'importantes peines d'emprisonnement (un an et onze mois) pour avoir interprété une de leurs compositions dans la cathédrale du Christ-Sauveur à Moscou. Pour la Cour, si la « performance » des requérantes peut être considérée comme ayant manqué aux règles de bienséance dans un lieu de culte, il n'y eut, dans leur chef, ni violence, ni incitation à la violence, à la haine ou à l'intolérance¹⁶⁶. L'« exceptionnelle gravité » des sanctions prononcées à l'égard des requérantes a, par ailleurs, particulièrement interpellé la Cour¹⁶⁷.

Critiques envers un juge. — S'il y a lieu de préserver l'indépendance de la justice, les juges ne sont pas, pour autant, immunisés de la critique. L'arrêt *Morice c. France* du 23 avril 2015 avait déjà posé qu'« en dehors de l'hypothèse d'attaques gravement préjudiciables dénuées de fondement sérieux, (...) les magistrats peuvent faire, en tant que tels, l'objet de critiques personnelles dans des limites admissibles, et non pas uniquement de façon théorique et générale »¹⁶⁸. L'arrêt *Narodni List D.D. c. Croatie* du 8 novembre 2018 confirme cette ligne jurisprudentielle. Il ne s'agit pas d'interdire la critique de la justice ni même d'un juge en particulier, d'autant que l'organisation et le fonctionnement de la justice constituent un sujet d'intérêt général. Cette critique peut même emprunter la forme caustique dès lors qu'elle ne vire pas à l'insulte¹⁶⁹.

8 Liberté de réunion et d'association (article 11 de la Convention)

Manifestations non autorisées. Devoir de tolérance. — L'arrêt *Navalnyy c. Russie* confirme qu'« une situation illégale telle que l'organisation d'une manifestation sans autorisation préalable ne justifie pas nécessairement une ingérence dans l'exercice par une personne de son droit à la liberté de réunion. Notamment, en l'absence d'actes de violence de la part de manifestants non autorisés, il faut que les pouvoirs publics fassent preuve d'une certaine tolérance à l'égard des rassemblements pacifiques pour que la liberté de réunion garantie par l'article 11 de la Convention ne soit pas vidée de sa substance »¹⁷⁰. Ainsi, « l'absence d'autorisation préalable et l'illégalité consécutive de l'action ne donnent pas carte blanche aux autorités, lesquelles demeurent limitées par l'exigence de proportionnalité découlant de l'article 11 »¹⁷¹. Par ailleurs, lorsqu'une sanction administrative est infligée à un participant à une manifestation, fût-elle non autorisée, et que cette sanction revêt, en raison de sa nature ou de ses effets, un caractère « pénal » au sens de la Convention¹⁷², une « justification

(151) C.E.D.H., 25 octobre 2018, arrêt *E.S. c. Autriche*, § 42 (traduction libre).

(152) *Ibidem*, § 43.

(153) *Ibidem*, § 57.

(154) C.E.D.H., 20 novembre 1994, arrêt *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*.

(155) Dieu y était présenté comme un idiot sénile et impotent, le Christ comme un crétin et Marie comme une dévergondée.

(156) On observera que tant dans l'affaire *E.S.* que dans l'affaire *Otto-Preminger-Institut*, était en cause une condamnation pénale fondée sur l'article 188 du code pénal autrichien qui réprime le « dénigrement de doctrines religieuses ».

(157) C.E.D.H., 13 septembre 2005, arrêt *I.A. c. Turquie*.

(158) Voy. l'opinion dissidente commune aux juges Costa, Cabral Barreto et Jungwiert, émise sous cet arrêt.

(159) C.E.D.H., 13 septembre 2005, arrêt *I.A. c. Turquie*, § 29. Les passages litigieux de cet ouvrage étaient

les suivants : « (...) Le messenger de Dieu rompa le jeûne par un rapport sexuel, après le dîner et avant la prière. Mohammed n'interdisait pas le rapport sexuel avec une personne morte ou un animal vivant ».

(160) C.E.D.H., 30 janvier 2018, arrêt *Sekmadienis c. Lituanie*. Voy. F. KRENC, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (1^{er} janvier - 30 juin 2018) », *J.T.*, 2018, pp. 907-908.

(161) Voy. H. SURREL, « La grande chambre joue-t-elle son rôle régulateur dans la détermination des limites de la liberté d'expression ? », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits - Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, LexisNexis, Paris, 2018, pp. 751-759.

(162) Les questions ne manquent pas. La ligne de démarcation entre l'admissible et l'interdit repose-t-elle sur l'incitation à l'intolérance religieuse ? La distinction « faits »-« jugements de valeur » est-elle réellement pertinente

lorsqu'il s'agit de religion ? Une distinction doit-elle être faite selon que l'expression litigieuse est émise dans un espace public ouvert à tous (rue, par exemple) ou dans un lieu certes public mais dont l'accès suppose une démarche davantage volontaire (cinéma, théâtre ou salle de conférence) ? Dans quelle mesure convient-il d'avoir égard au caractère « majoritaire » ou « minoritaire » de la religion visée (comparer sur ce point l'arrêt *Otto-Preminger-Institut* et l'arrêt *Sekmadienis*) ? Enfin, le recours à l'arme pénale est-il adéquat pour sanctionner les propos susceptibles d'heurter les convictions religieuses d'autrui ? Il y a là autant de questions qui mériteraient des éclaircissements.

(163) C.E.D.H., 7 décembre 1976, arrêt *Handyside c. Royaume-Uni*, § 49.

(164) Faut-il d'ailleurs opérer une distinction selon que sont en cause des convictions religieuses ou des convictions politiques ?

(165) Étaient en cause la saisie, la

confiscation ainsi que la destruction de la matrice et de centaines d'exemplaires du « petit livre rouge à l'usage des écoliers ».

(166) C.E.D.H., 17 juillet 2018, arrêt *Mariya Alekhina et autres c. Russie*, § 227.

(167) *Ibidem*, § 229.

(168) C.E.D.H., gr. ch., 23 avril 2015, arrêt *Morice c. France*, §§ 128 et 131.

(169) C.E.D.H., 8 novembre 2018, arrêt *Narodni List D.D. c. Croatie*, § 69.

(170) C.E.D.H., gr. ch., 15 novembre 2018, arrêt *Navalnyy c. Russie*, § 143.

(171) *Ibidem*, § 128.

(172) Pour savoir si une sanction revêt un caractère « pénal » au sens de la Convention, notamment au regard de son article 6, il y a lieu de mobiliser les trois critères dits « Engel » (du nom de l'arrêt de la Cour rendu contre les Pays-Bas le 8 juin 1976). Outre « la qualification juridique de l'infraction en droit interne », il

particulière » s'impose¹⁷³. Pour la Cour, « une manifestation pacifique ne devrait pas, en principe, être cause de menace de sanctions pénales et notamment de privations de liberté »¹⁷⁴.

9 Interdiction de la discrimination (article 14 de la Convention)

Application contraignante de la *charia*. — L'arrêt *Refah Partisi c. Turquie* du 13 février 2003 avait décrété « l'incompatibilité de la *charia* avec les principes fondamentaux de la démocratie, tels qu'ils résultent de la Convention ». C'est que, selon la Cour, « il est difficile à la fois de se déclarer respectueux de la démocratie et des droits de l'homme et de soutenir un régime fondé sur la *charia*, qui se démarque nettement des valeurs de la Convention, notamment eu égard à ses règles de droit pénal et de procédure pénale, à la place qu'il réserve aux femmes dans l'ordre juridique et à son intervention dans tous les domaines de la vie privée et publique conformément aux normes religieuses »¹⁷⁵.

Loin de concerner la dissolution d'un parti politique, comme ce fut le cas dans l'affaire *Refah Partisi*, l'affaire *Molla Sali c. Grèce* concernait l'application de la *charia* en Thrace occidentale. En l'espèce, le mari de la requérante, membre de la communauté musulmane de Thrace, avait établi devant notaire un testament aux termes duquel il léguait la totalité de ses biens à son épouse. Las, au décès du testateur, ce testament fut privé d'effet, la Cour de cassation grecque considérant que la loi applicable à la succession du défunt était non pas le droit civil grec mais le droit successoral musulman, lequel s'appliquait spécifiquement aux ressortissants grecs de confession musulmane, nonobstant leur volonté contraire. À la suite de l'invalidation du testament de son mari, la requérante fut privée des trois quarts des biens que celui-ci lui avait légués.

Dans son arrêt du 19 décembre 2018, la Cour, statuant en formation de grande chambre, a unanimement conclu à la violation de la Convention. Elle a constaté, plus précisément, une violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à celle-ci (qui garantit le droit au respect des biens). Pour la Cour, la différence de traitement subie par la requérante en tant que bénéficiaire d'un testament établi conformément au droit civil par un testateur de confession musulmane, par rapport à une bénéficiaire d'un testament établi conformément au droit civil par un testateur n'étant pas de confession musulmane, est constitutive d'une discrimination fondée sur la religion du testateur.

En soutien de ce constat, la Cour a énoncé que « la liberté de religion n'astreint pas les États contractants à créer un cadre juridique déterminé pour accorder aux communautés religieuses un statut spécial impliquant des privilèges particuliers. Néanmoins, un État qui a créé un tel statut doit veiller à ce que les critères pour que ce groupe bénéficie de ce statut soient appliqués d'une manière non discriminatoire »¹⁷⁶. Or, selon la Cour, « rien ne permet de dire qu'un testateur de confession musulmane ayant établi un testament conformément au code civil renonce automatiquement à son droit, ou à celui de ses bénéficiaires, de ne pas faire l'objet d'une discrimination fondée sur sa religion »¹⁷⁷. De surcroît, « refuser aux membres d'une minorité religieuse le droit d'opter volontairement pour le droit commun et d'en jouir non seulement aboutit à un traitement discriminatoire, mais constitue également une atteinte à un droit d'importance capitale dans le domaine de la protection des minorités, à savoir le droit de libre identification ». Ce droit implique le « droit de choisir de ne pas être traité comme une per-

sonne appartenant à une minorité »¹⁷⁸. À cela s'ajoute « le fait que la Grèce est le seul pays en Europe qui, jusqu'à l'époque des faits, appliquait la *charia* à une partie de ses citoyens contre leur volonté. Cela est d'autant plus problématique que dans le cas d'espèce cette application a provoqué une situation préjudiciable pour les droits individuels d'une veuve qui avait hérité de son mari selon les règles de droit civil, mais qui s'est par la suite trouvée dans une situation juridique que ni elle ni son mari n'avaient voulue »¹⁷⁹.

10 Limitation de l'usage des restrictions aux droits (article 18 de la Convention)

En énonçant que « les restrictions qui, aux termes de la présente Convention, sont apportées aux droits et libertés ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues », l'article 18 de la Convention prohibe le « détournement de pouvoir »¹⁸⁰. Force est de constater que les cas dans lesquels la Cour conclut à une violation de cette disposition, tendent à devenir de plus en plus fréquents.

Étouffement du pluralisme politique. — En quelques jours à peine, la Cour a conclu, à deux reprises, à la violation de cet article 18, à l'égard de la Russie, tout d'abord, et de la Turquie, ensuite.

Dans son arrêt *Navalnyy c. Russie* du 15 novembre 2018, la grande chambre de la Cour a jugé que certaines des arrestations dont le requérant — figure de proue de l'opposition en Russie — avait fait l'objet, « poursuivaient un but inavoué, contraire à l'article 18 de la Convention, à savoir celui d'étouffer le pluralisme politique »¹⁸¹.

Un constat substantiellement identique fut dressé, quelques jours plus tard, par une chambre de la deuxième section dans l'arrêt *Demirtas c. Turquie* (n° 2) : « il est établi au-delà de tout doute raisonnable que les prolongations de la privation de liberté de l'intéressé, notamment pendant deux campagnes critiques, à savoir le référendum et l'élection présidentielle, poursuivaient un but inavoué prédominant, à savoir celui d'étouffer le pluralisme et de limiter le libre jeu du débat politique »¹⁸². Sitôt ce verdict prononcé, le président Erdogan a fait savoir que les arrêts de la Cour ne sont pas contraignants et qu'il entendait bien « contre-attaquer »¹⁸³. Le dernier mot reviendra *in fine* à la grande chambre de la Cour, qui sera amenée à rejuger cette affaire à la suite de son renvoi.

Mesures visant à réduire un avocat au silence. — Dans un arrêt *Aliyev c. Azerbaïdjan* du 20 septembre 2018, il a été jugé que des mesures frappant un avocat actif dans la défense des droits fondamentaux (placement en détention, perquisition de son domicile et de son cabinet, saisie de documents relatifs à des procédures initiées au nom de clients devant la Cour) visaient, en réalité, à le réduire au silence et à le punir, ainsi qu'à l'empêcher de poursuivre ses activités. Constatant que ces mesures ne poursuivaient aucun des buts légitimes prévus par la Convention, il a été conclu, ici aussi, à la violation de l'article 18 de la Convention¹⁸⁴.

La Cour ne s'est toutefois pas arrêtée à ce constat. Relevant que le cas du requérant est loin d'être isolé et qu'il s'inscrit dans une « tendance troublante » à l'arrestation et à la détention arbitraires de personnes critiques du gouvernement, de militants de la société civile et de défenseurs des droits de l'homme, la Cour a instantanément appelé le gouvernement azéri à adopter des mesures générales afin de protéger ces personnes, en veillant tout particulièrement à ce qu'elles ne soient plus l'objet de poursuites en représailles à leurs engagements¹⁸⁵.

convient aussi et surtout de prendre en considération « la nature de l'infraction et la nature et le degré de gravité de la sanction que risquait de subir l'intéressé ».

(173) C.E.D.H., gr. ch., 15 novembre 2018, arrêt *Navalnyy c. Russie*, § 145.

(174) *Ibidem*.

(175) C.E.D.H., gr. ch., 13 février 2003, arrêt *Refah Partisi c. Turquie*, § 123. Voy. sur cet arrêt M. LEVINET, « L'incompatibilité entre l'État théocratique et la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. fr. dr. const.*, 2004, pp. 207-221.

(176) C.E.D.H., gr. ch., 19 décembre 2018, arrêt *Molla Sali c. Grèce*, § 155.

(177) *Ibidem*, § 156.

(178) *Ibidem*, § 157.

(179) *Ibidem*, § 158.

(180) *Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*, Martinus Nijhoff, La Haye, 1977, vol. IV, pp. 258-259.

(181) C.E.D.H., gr. ch., 15 novembre 2018, arrêt *Navalnyy c. Russie*,

§ 175.

(182) C.E.D.H., 20 novembre 2018, arrêt *Demirtas c. Turquie* (n° 2), § 273.

(183) A.F.P., 20 novembre 2018.

(184) C.E.D.H., 20 septembre 2018, arrêt *Aliyev c. Azerbaïdjan*, § 215.

(185) *Ibidem*, §§ 223-228.

En guise de conclusion

À l'heure où l'idéal démocratique se voit soumis, un peu partout en Europe, à de rudes épreuves, la Cour tente de montrer le cap. Néanmoins, ses juges restent la cible de violentes critiques. Évacuons celles qui remettent en cause la légitimité de la Cour. Celle-ci a été voulue et mise en place par les États eux-mêmes au sortir de la Seconde guerre mondiale ; ce sont ces États qui l'ont investie de sa mission juridictionnelle et de cette fonction d'interprète authentique de la Convention¹⁸⁶. Mais gardons-nous, plus encore, de donner crédit aux critiques, hélas de plus en plus fréquentes, qui participent de la désinformation, en ce qu'elles reposent sur une lecture fallacieuse des arrêts et décisions de la Cour¹⁸⁷. Ces charges sont plus perfides. Guidées par une évidente malhonnêteté intellectuelle, elles traduisent une volonté de décrédibiliser l'institution aux yeux de l'opinion publique.

Il faut le marteler une fois encore : la Cour assume une mission indispensable, celle — pour emprunter l'expression d'Antoine

Garapon¹⁸⁸ — de « gardienne des promesses ». En l'occurrence, ces promesses ne sont rien d'autres que les engagements définis par les États, résolument décidés en 1950 à sceller un pacte commun pour les droits et libertés afin de prévenir le retour de régimes totalitaires. En ce sens, les arrêts de condamnation rendus par la Cour sont autant de signaux d'alerte dont il y a lieu de tenir compte impérativement et urgemment. Par le caractère à la fois ultime et externe de son contrôle, la Cour est là pour sonner le tocsin face aux mesures qui menacent la pérennité de l'idéal démocratique européen. Ceci afin d'éviter de devoir, demain, sonner le glas.

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

(186) Article 32, § 1^{er}, de la Convention : « La compétence de la Cour s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses protocoles (...) ».

(187) Voy. à cet égard la mise au

point de Mustapha Afroukh à la suite de réactions suscitées par l'arrêt *E.S.* analysé ci-dessus (« Non, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas reconnu l'existence d'un délit de blasphème ! », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2018, chron.

n° 23) ainsi que le recadrage de Nicolas Hervieu quant à la portée de l'arrêt *Molla Sali*, également évoqué dans ces colonnes (« Non, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas érigé la *charia* en droit de l'homme ! », www.lefigaro.fr,

28 décembre 2018).

(188) A. GARAPON, *Le gardien des promesses, Justice et démocratie*, préface de P. RICOEUR, Odile Jacob, Paris, 1996.

Jurisprudence

PRESCRIPTION EXTINCTIVE

- Action publique
- Sécurité routière
- Prolongation du délai de prescription d'un à deux ans (articles 25 et 26, loi du 6 mars 2018 relative à l'amélioration de la sécurité routière)
- Rétroactivité
- Discrimination

Cour constitutionnelle, 4 avril 2019

Siég. : A. Alen (prés.), F. Daoût, J.-P. Snappe, T. Merckx-VanGoey, T. Giet, R. Leysen et M. Pâques

Plaid. : MM^{es} J. Sucaet, E. Jacobowitz et A. Poppe.

(Arrêt n° 54/2019).

En instaurant rétroactivement la prolongation du délai de prescription, les dispositions en cause ont pour conséquence de faire renaître les actions publiques qui (...) étaient définitivement prescrites sur la base de l'ancienne loi, au cours de la période comprise entre le 15 février 2018 et le 15 mars 2018.

Elles portent ainsi atteinte, sans qu'il puisse exister une justification raisonnable, à la garantie de sécurité juridique qui est visée par la prescription et qui implique, en matière pénale, que l'auteur d'une infraction ne peut plus être poursuivi ni jugé après l'écoulement d'un certain délai depuis que les faits se sont produits.

(Extraits)

Par jugement du 24 mai 2018 en cause du ministère public contre J.M. (...), le Tribunal de première instance de Flandre orientale, division Gand, a posé les questions préjudicielles suivantes :

1. L'article 26, alinéa 1^{er}, de la loi du 6 mars 2018 relative à l'amélioration de la sécurité routière, combiné avec l'article 25, 1^o, de cette même loi et avec l'article 3 du Code judiciaire, viole-t-il les dispositions relatives aux droits et libertés fondamentaux garantis par le titre II de la Constitution (notamment les articles 10, 11 et 13 de la Constitution) et l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce que cette disposition, en particulier en raison de l'ajout du membre de phrase « cette loi entre en vigueur le 15 février 2018 », instaure une entrée en vigueur rétroactive de la prescription ?

2. L'article 26, alinéa 1^{er}, de la loi du 6 mars 2018 relative à l'amélioration de la sécurité routière, combiné avec l'article 25, 1^o, de cette même loi et avec l'article 3 du Code judiciaire, viole-t-il les dispositions relatives aux droits et libertés fondamentaux garantis par le titre II de la Constitution (notamment les articles 10, 11 et 13 de la Constitution) et l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce que cette disposition, en particulier en raison de l'ajout du membre de phrase « cette loi entre en vigueur le 15 février 2018 », crée une différence de traitement entre les faits qui auraient été atteints de prescription durant la période comprise entre la date rétroactive de l'entrée en vigueur de la loi du 6 mars 2018, à savoir le 15 février 2018, et la date de publication de cette même loi au *Moniteur belge*, à savoir le 15 mars 2018, puisque l'action publique n'est plus éteinte et renaît, d'une part, et les faits qui auraient déjà été définitivement prescrits avant le 15 février 2018, d'autre part ?

[...]

B.6. L'entrée en vigueur immédiate d'une loi qui prolonge le délai de prescription de l'action publique doit (...) être distinguée d'une prolongation instaurée avec effet rétroactif.

En effet, en instaurant rétroactivement la prolongation du délai de prescription, les dispositions en cause ont pour conséquence de