

Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme 328f2



Par

Joël

ANDRIANTIMBAZOVINA
Agrégé des facultés de droit, professeur à la faculté de droit de l'université Toulouse 1 – Capitole, doyen honoraire de la faculté de droit, de sciences politiques et de gestion de La Rochelle, Institut de recherche en droit européen, international et comparé – Centre d'excellence Jean Monnet

L'essentiel

Cette livraison analyse les conditions de recevabilité des requêtes portant sur des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la convention européenne des droits de l'Homme, sur la compatibilité avec le droit à un procès équitable de la constitution de partie civile du président de la République, sur la privation de liberté préventive pour lutter contre le hooliganisme et sur la compatibilité avec la liberté d'expression du délit de dénigrement des doctrines religieuses.

PLAN

I. PROCÉDURE DEVANT LA COUR

EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME...p. 28

A. L'accès à la Cour européenne des droits de l'Homme p. 28

B. L'instance devant la Cour européenne des droits de l'Homme (néant)

C. Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme (néant)

II. LES DROITS PROCÉDURAUXp. 29

A. Le droit à un procès équitable p. 29

B. Le droit à un recours effectif..... (néant)

C. Les grands principes de la loi pénale (néant)

III. LES DROITS SUBSTANTIELSp. 31

I. PROCÉDURE DEVANT LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

A. L'accès à la Cour européenne des droits de l'Homme

Irrecevabilité d'une requête individuelle portant sur un massacre perpétré par des soldats britanniques en Malaisie en 1948 335m0

L'essentiel La décision *Chong et a. c/ Royaume-Uni* rappelle et précise les conditions de recevabilité d'une requête portant sur des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la convention européenne des droits de l'Homme.

CEDH, déc., 4 oct. 2018, n° 29753/16, Chong et a. c/ Royaume-Uni, Linos-Alexandre Sicilianos, prés.

Note

Il arrive que des requérants demandent à la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) de juger des faits antérieurs à son entrée en vigueur, à savoir le 3 septembre 1953, et donc de lui demander de trancher des questions qui ont une dimension historique (Flauss J.-F., « L'Histoire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », RTDH 2006, n° 65, p. 5-21).

Ce type de requête se heurte au principe de non-rétroactivité des traités. En effet, si les articles 34 et 35 de la

convention européenne des droits de l'Homme (convention) ne prévoient pas l'irrecevabilité *ratione temporis* dans la liste des conditions de recevabilité des requêtes déposées devant la CEDH, si l'article 59 de la convention ne précise pas à partir de quand son entrée en vigueur produit des effets juridiques concernant chaque État adhérent, il ressort d'un principe général du droit international codifié à l'article 28 de la convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités que : « À moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, les dispositions d'un traité ne lient pas une partie en ce qui concerne un acte ou fait antérieur à la date d'entrée en vigueur de ce traité au regard de cette partie ou une situation qui avait cessé d'exister à cette date ». La commission européenne des droits de l'Homme (Comm. EDH, déc., 9 juin 1958, n° 214/56, De Becker, Ann. Conv., Vol. II, p. 231) et la CEDH (par ex. CEDH, gde ch., 8 mars 2006, n° 59532/00, Blečić, § 70 ; CEDH, gde ch., 9 avr. 2009, n° 71463/01, Šilih c/ Slovénie, § 140 ; CEDH, gde ch., 18 sept. 2009, nos 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90,

16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 et 16073/90, Varnava et a. c/ Turquie, § 130) appliquent ce principe de non-rétroactivité des traités ; les effets juridiques de la convention et de ses protocoles sont limités aux faits postérieurs à l'entrée en vigueur de ces textes à l'égard de l'État défendeur.

L'application du principe de non-rétroactivité des traités n'est cependant pas simple car la Cour peut étendre sa compétence *ratione temporis* à des faits antérieurs à la date d'entrée en vigueur de la convention dans les cas où les faits de l'affaire sont susceptibles de provoquer une violation continue de la convention ultérieure à cette date (par ex. CEDH, gde ch., 18 sept. 2009, n^{os} 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 et 16073/90, Varnava et a. c/ Turquie, préc.). Cet assouplissement concerne l'obligation étatique de mener une enquête effective conforme à l'article 2 de la convention particulièrement dans le cas de « morts historiques », cette obligation ayant acquis un « caractère distinct et autonome » (CEDH, gde ch., 21 oct. 2013, n^{os} 55508/07 et 29520/09, Janowiec et a. c/ Russie, § 132 : à propos du massacre de Katyn en avril et mai 1940 commis par le NKVD).

L'affaire *Chong c/ Royaume-Uni* qui a donné lieu à une décision d'irrecevabilité de la Cour, le 4 octobre 2018, concerne le massacre commis par des soldats britanniques appartenant à la Scots Guards les 11 et 12 décembre 1948 dans le village de Batang Kali, en Malaisie. Appelée à mener une opération contre une insurrection communiste, une patrouille de la Scots Guards avait tué 24 hommes. D'après les témoignages de villageois survivants, ces victimes non-armées avaient été séparées des femmes et des enfants avant d'être exécutées de sang-froid.

Malgré la certitude du manquement à l'obligation d'enquête effective, la Cour déclare l'irrecevabilité de la requête en utilisant les critères fixés par l'arrêt *Šilih c/ Slovénie* du 9 avril 2009 et précisés par l'arrêt *Janowiec et a. c/ Russie* du 21 octobre 2013. L'obligation d'enquête effective s'applique s'il existe « un lien véritable » entre les faits à l'origine des décès historiques et l'entrée en vigueur de la convention. L'existence de ce lien véritable est établie si le délai entre les faits à l'origine des décès et l'entrée en vigueur de la convention est inférieur à

10 ans et si la majeure partie de l'enquête a été conduite ou aurait dû être conduite après l'entrée en vigueur de la convention.

Pour calculer ces délais, la jurisprudence a établi une « date critique » : celle-ci est unique pour les États qui ont reconnu le droit de recours individuel en même temps que la ratification de la convention. Elle est double pour les États qui ont reconnu le droit de recours individuel ultérieurement à la ratification de la convention. La Cour doit donc choisir la « date critique » entre deux dates. La date d'entrée en vigueur de la convention à l'égard du Royaume-Uni étant le 3 septembre 1953 et la date de reconnaissance du droit de recours individuel par le Royaume-Uni étant le 13 janvier 1966, la Cour considère, au vu d'une jurisprudence constante, que la date critique est celle de l'octroi du droit de recours individuel.

Sur cette base, en l'espèce, elle juge que les 18 années qui séparent les faits litigieux (1948) et la date critique (1966) rompent tout lien véritable entre ces faits et l'entrée en vigueur de la convention (§ 84 à 90).

Une exception au critère du « lien véritable » permet de retenir la compétence de la Cour afin de protéger les valeurs qui sous-tendent les valeurs de la convention dans le cas où des situations extraordinaires le commandent. Ce critère des « valeurs de la convention » est rempli si l'événement litigieux a une dimension dépassant un délit pénal ordinaire et équivalant à la négation des fondements de la convention. Sont visés les crimes graves de droit international comme les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le crime de génocide. Malgré l'imprescriptibilité de ces crimes, la Cour considère néanmoins que ce critère des « valeurs de la convention » n'est pas applicable aux événements survenus avant l'adoption de la convention, le 4 novembre 1950, car ce n'est qu'à partir de cette date que la convention existe en tant que traité international des droits de l'Homme (§ 91).

Ces éléments eurent été suffisants pour motiver la décision de la Cour. On peut regretter qu'elle reproche aux requérants un manque de diligence (§ 93) alors que les éléments de preuves véritables ne sont apparus que courant 1969-1970 et qu'avant cette période, les requérants n'avaient que des récits même si ceux-ci sont confirmés par ces preuves.

(...)

II. LES DROITS PROCÉDURAUX

A. Le droit à un procès équitable

Un brevet de conventionnalité partiel accordé à la constitution de partie civile du président de la République ^{335m1}

L'essentiel L'arrêt *Thiam c/ France* considère que la constitution de partie civile de Nicolas Sarkozy, alors président de la République, dans la procédure pénale ne viole pas le droit du requérant à un procès équitable. Mais il estime que la participation du président de la République

à une procédure peut ouvrir un doute légitime concernant l'indépendance et l'impartialité des juges.

CEDH, 18 oct. 2018, n^o 80018/12, *Thiam c/ France*, Angelika Nußberger, prés.

Note

La constitution de partie civile du président de la République dans une procédure pénale alors même qu'il bénéficie d'une immunité constitutionnelle le protégeant de toute action contre lui durant son mandat (art. 67 de la Constitution) a embarrassé les juridictions judiciaires comme elle a été débattue par la doctrine (v. not. Rousseau D., « Sur la possibilité pour le président de la République de se constituer partie civile », *Gaz. Pal.* 5 juill. 2012, n° J0303, p. 6 ; Beaud O., « Président et partie civile : une compatibilité problématique ? », *D.* 2012, p. 1916).

Dans une affaire d'escroquerie à la carte bancaire qui a frappé de nombreuses personnes, le président de la République de l'époque, M. Nicolas Sarkozy, figurant parmi les victimes, s'était constitué partie civile. Le tribunal de grande instance de Nanterre a condamné l'auteur de l'infraction à un an d'emprisonnement et à indemniser les victimes. Concernant spécifiquement Nicolas Sarkozy, sur la base de l'article 67 de la Constitution, dans son jugement du 7 juillet 2009, le tribunal s'est sursoit à statuer sur sa demande jusqu'à l'expiration d'un délai d'un mois après la fin de son mandat de président de la République. En appel, ce jugement sera infirmé par la cour d'appel de Versailles dans un arrêt du 8 janvier 2010. Dans son arrêt du 15 juin 2012 (Cass. ass. plén., 15 juin 2012, n° 10-85678), l'assemblée plénière de la Cour de cassation considère que le président de la République peut se constituer partie civile conformément à l'article 2 du Code de procédure pénale lorsqu'il est victime d'une infraction et qu'une telle action n'est pas incompatible avec l'article 6 de la convention européenne des droits de l'Homme (convention).

En tranchant ainsi l'affaire, la Cour de cassation n'a pas épuisé toutes les questions relatives à la compatibilité de cette action offensive du président de la République avec les composantes du droit à un procès équitable.

Sous l'angle de la convention, dès lors que le président de la République joue un rôle institutionnel dans la procédure de nomination des juges, la reconnaissance en sa faveur du droit d'action en justice contre un justiciable soulève des questions concernant l'égalité des armes et concernant l'indépendance et l'impartialité des juges.

Saisie par le condamné la Cour européenne des droits de l'Homme n'a constaté ni une violation du principe de l'égalité des armes ni une violation de l'indépendance et l'impartialité du tribunal.

Au préalable, on est frappé par les soins avec lesquels la Cour renvoie implicitement à la subsidiarité. Elle rappelle que « c'est au premier chef aux autorités nationales, notamment aux cours et tribunaux qu'il incombe d'interpréter la législation nationale ainsi que de décider des questions de constitutionnalité (...) qu'il n'est pas question [sic] d'imposer aux États un modèle constitutionnel donné réglant d'une manière ou d'une autre les rapports et l'interaction entre les différents pouvoirs étatiques » (§ 62). On doit surtout retenir que « le choix du législateur français de permettre au Président de la République d'agir en justice au cours de son mandat ne saurait ainsi constituer en soi un objet de contestation devant la Cour » (§ 62). De même, à propos de l'indépendance et l'impartialité des magistrats du parquet, elle a cantonné sa fameuse jurisprudence *Moulin* (CEDH, 23 nov. 2010, n° 37104/06, *Moulin c/ France*) à l'application de l'article 5, paragraphe 3, de la

convention concernant le contrôle des mesures de privation de liberté et refuse de prendre position sur le débat interne français relatif au statut des magistrats du parquet (§ 70). Autrement dit, on ne doit pas attendre de la Cour une solution pour corriger « l'asymétrie du statut pénal du Président » (v. Beaud O., « Président et partie civile : une compatibilité problématique ? », préc.).

Sur le fond, on est tout aussi frappé par le caractère purement concret du contrôle exercé par la Cour. Elle ne s'est pas prononcée de façon abstraite sur la compatibilité avec l'article 6 de la convention de l'action pénale du président de la République ; elle a statué sur la base d'une analyse concrète du dossier.

Ainsi, au grief du déséquilibre né de la protection dont bénéficie le président de la République contre toute action d'utilisation abusive de la constitution de partie civile, la Cour répond que, en l'espèce Nicolas Sarkozy n'avait pas déclenché l'action publique et que le requérant ne pouvait entamer une action contre ce dernier puisqu'il n'était bénéficiaire ni d'un non-lieu ni d'une relaxe. De même, au grief du déséquilibre créé par l'absence de confrontation avec le président de la République, la Cour s'appuie sur l'interdiction constitutionnelle de requérir un témoignage du président et ajoute que la nature de l'affaire et les preuves disponibles ne nécessitaient pas l'audition de Nicolas Sarkozy. Enfin, la Cour insiste sur l'absence d'indices dans le dossier qui démontrerait des agissements du ministère public s'apparentant à une pression sur le juge pénal ou à un affaiblissement de la défense du requérant. Au contraire ce dernier a bénéficié pleinement du principe du contradictoire.

Quant au grief de manquement d'indépendance et d'impartialité du tribunal qui a jugé le requérant, la Cour note également que le procès ne fait apparaître un seul élément contraire à l'impartialité du tribunal.

À propos de l'indépendance, même si le président de la République nomme les magistrats, la Cour considère que le droit français offre des garanties d'indépendance suffisantes à travers la durée du mandat, l'inamovibilité et l'intervention du Conseil supérieur de la magistrature, organe indépendant du pouvoir exécutif, dans le déroulement de la carrière, la mutation, la promotion, la nomination des juges du siège. De même également, le Conseil supérieur de la magistrature statuant comme conseil de discipline offre une garantie juridictionnelle à toute sanction prononcée contre les juges. Même si à l'époque des faits, le président de la République était président du Conseil supérieur de la magistrature, la Cour estime que le requérant n'avait fourni aucun élément concret tendant à démontrer une influence de Nicolas Sarkozy sur les juges. Comme on le sait, la présidence du Conseil supérieur de la magistrature est transférée au premier président de la Cour de cassation par la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008. Au moment où la Cour de cassation statuait, il n'y avait plus matière à s'inquiéter d'une influence même apparente du président de la République sur le tribunal.

Malgré le constat de non-violation de l'article 6 de la convention, en statuant ainsi la Cour est bien consciente que l'actuel statut pénal du président de la République continue de soulever des questions au regard de l'article 6, paragraphe 1, de la convention. Elle « estime nécessaire

de rappeler 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 » (§ 85).

Le pouvoir de révision de la Constitution a le champ libre pour lever ce doute.

(...)

III. LES DROITS SUBSTANTIELS

La création prétorienne d'une privation préventive de liberté en dehors d'une procédure pénale fondée sur le second volet de l'article 5, paragraphe 1, c) de la convention ^{335m2}

L'essentiel L'arrêt *S., V. et a. c/ Danemark* assouplit sa jurisprudence sur la privation de liberté en créant une privation préventive de liberté en dehors d'une procédure pénale en matière de lutte contre le hooliganisme.

CEDH, gde ch., 22 oct. 2018, n^{os} 35553/12, 36678/12 et 36711/12, S., V. et A. c/ Danemark, Guido Raimondi, prés. : Dalloz actualité, 8 nov. 2018, obs. Gœtz D.

Note

Pour reprendre une expression des juges Gaetano et Wojtyczek dans leur opinion en partie dissidente, l'arrêt *S., V. et a. c/ Danemark* est « sidérant ». Voici en effet une Cour des droits de l'Homme qui effectue un revirement de jurisprudence pour restreindre la liberté individuelle à rebours de sa mission de « sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales » selon le préambule de la convention européenne des droits de l'Homme (convention), et sa vocation de « conscience de l'Europe » selon l'intitulé de l'ouvrage du cinquantième anniversaire de la Cour européenne des droits de l'Homme (*La conscience de l'Europe. 50 ans de la Cour européenne des droits de l'homme*, Ed. du Conseil de l'Europe, 2010). La sidération est d'autant plus grande que l'arrêt a été rendu en grande chambre à une écrasante majorité de 15 voix contre 2.

La Cour devait statuer sur la demande de trois spectateurs de football arrêtés par la police danoise lors d'une bagarre avant un match international opposant le Danemark et la Suède en 2009. Ils étaient soupçonnés d'être des éléments actifs de la préparation et du déclenchement de rixes de hooligans. Leur arrestation a été effectuée en dehors du cadre d'une procédure pénale sur la base des dispositions de la loi sur la police. L'article 5 de cette loi dispose : « 1. La police doit écarter tout risque de trouble à l'ordre public et tout danger pour la sécurité des personnes et la sûreté publique.

2. Afin d'écarter le risque ou le danger visés au paragraphe 1 ci-dessus, la police peut prendre des mesures à l'égard de tout individu causant un tel danger. À cette fin, elle peut : i. donner des ordres, ii. procéder à des palpations de sécurité et examiner les vêtements des individus et les objets dont ceux-ci sont en possession, y compris

leur véhicule, lorsqu'il est présumé qu'ils détiennent des objets destinés à troubler l'ordre public ou à mettre en danger la sécurité des personnes ou la sûreté publique ; et iii. confisquer des objets aux intéressés.

3. Lorsque les mesures moins intrusives visées au paragraphe 2 ci-dessus sont jugées insuffisantes pour éviter un risque ou un danger, la police peut, si nécessaire, retenir la ou les personnes causant le risque ou le danger. La privation de liberté doit être aussi brève et modérée (*skånsom*) que possible et, si possible, ne pas durer plus de six heures.

4. La police peut pénétrer dans des lieux normalement inaccessibles en l'absence de mandat d'un juge si cela est nécessaire pour écarter un danger visé au paragraphe 1 ci-dessus. »

Comme on le voit, le paragraphe 3 de l'article 5 de la loi citée limite la privation de liberté à 6 heures maximum. Le dépassement de cette durée est exceptionnellement possible en cas d'arrestation d'un trop grand nombre de personnes ; dans ce cas les opérations de transfert au poste de police et de vérification d'identité rendent impossible le respect de la règle des 6 heures.

Alors même que la condition d'exception à cette règle des 6 heures n'était pas remplie concernant les requérants, ceux-ci ont été retenus pendant plus de 7 heures car la police a préféré attendre qu'il n'y ait plus de risque d'attroupements et de bagarres avant de les relâcher.

Bien que le dépassement de la règle des 6 heures ne soit pas important, l'affaire soulève des questions complexes sous l'angle de l'article 5 de la convention. Les requérants et le gouvernement défendeur s'opposaient d'abord sur l'applicabilité même dudit article. Les requérants estimaient que la privation de liberté qui les touchait ne relevait ni de l'alinéa b) ni de l'alinéa c) du paragraphe 1^{er} de l'article 5 alors que le gouvernement considérait qu'elle était justifiée par ces deux alinéas.

Selon ces dispositions : « Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales : (...)

b) s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi ;

c) 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 ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci (...) ».

La Cour a jugé que la privation de liberté ne relevait pas de l'article 5, paragraphe 1 b), de la convention. En revanche, elle déclare l'applicabilité du deuxième volet de l'alinéa c) de l'article 5, paragraphe 1, qui concerne le cas où « il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci ». Elle va aller plus loin en créant de toute pièces sur la base de ce deuxième volet de l'alinéa c) de l'article 5, paragraphe 1, « un motif distinct de privation de liberté, indépendant du premier volet » (§ 137). Ce faisant la Cour rompt avec une jurisprudence qui exclut clairement toute détention préventive en dehors d'une procédure pénale (CEDH, 22 févr. 1989, n° 11152/84, Ciulla c/ Italie, § 38-41, A 148) y compris dans le cadre de la lutte contre le hooliganisme (CEDH, 7 mars 2013, n° 15598/08, Ostendorf c/ Allemagne, § 82). À noter d'ailleurs que, dans l'affaire *Ostendorf*, le gouvernement allemand pressait la Cour d'opérer un revirement de jurisprudence dans le sens d'une interprétation de l'article 5, paragraphe 1 c), en faveur d'une garde à vue préventive dans les circonstances comme celle de la lutte contre le hooliganisme.

La grande chambre de la Cour a franchi le pas dans l'affaire *S., V. et a. c/ Danemark*.

On pourrait comprendre la volonté de la Cour de faciliter la tâche des États et des autorités de police dans la lutte contre un fléau source de violences comme le hooliganisme. On pourrait aussi adhérer au pragmatisme de la Cour européenne des droits de l'Homme tendant à trouver un équilibre entre le souci de préservation et de prévention de l'ordre public et de la sûreté publique, mais on ne peut approuver sa démarche sous l'angle des méthodes d'interprétation de la convention.

La lecture de l'arrêt montre bien que la Cour annonce sa volonté d'effectuer un revirement de jurisprudence et justifie *a posteriori* les raisons de ce revirement.

En accord avec les juges Gaetano et Wojtyczek, on peut regretter que la Cour ait porté un coup de canif aux méthodes d'interprétation des traités relatifs aux droits de l'Homme pour justifier son revirement.

L'on sait que les dispositions qui restreignent les droits et les libertés doivent être interprétées strictement. Or, en l'espèce, la Cour interprète avec souplesse les dispositions de l'alinéa c) de l'article 5, paragraphe 1, afin de « ne pas empêcher la police de remplir ses devoirs de maintien de l'ordre et de protection du public » (§ 123). On peut s'étonner de lire dans un arrêt de la Cour qu'une disposition de garantie de la liberté et de la sûreté puisse être assimilée à un obstacle à la mission de la police.

Certes, dans le même paragraphe 123, la Cour ajoute qu'une telle souplesse est de mise sous réserve du respect par la police de la protection de l'individu contre l'arbitraire. En vérité, on peut s'inquiéter de l'installation dans la jurisprudence de la Cour d'une doctrine privilégiant « la marge d'appréciation de la police dans l'adoption des

décisions opérationnelles » (§ 123 ; v. à cet égard CEDH, gde ch., 15 mars 2012, n° 39692/09, Austin c/ Royaume-Uni : JCP G 2012, act. 455, obs. Sudre F.).

Tout aussi contestable est l'exhumation des travaux préparatoires de l'article 5, paragraphe 1, pour justifier une interprétation souple de l'alinéa c) de cet article. S'il est bien sûr dans l'attribution de la Cour d'exploiter les travaux préparatoires pour interpréter la convention, il est pour le moins curieux de le faire pour restreindre une liberté aussi importante que la liberté individuelle, cela d'autant que les travaux préparatoires constituent comme l'écrivent justement les juges Gaetano et Wojtyczek « un moyen subsidiaire d'interprétation des traités ».

Par ailleurs, l'exploitation *a posteriori* de la jurisprudence *Lawless* pour justifier une interprétation de l'alinéa c) de l'article 5, paragraphe 1, de la convention en faveur d'une reconnaissance de la détention préventive en dehors de la procédure pénale est loin d'être convaincante. Ainsi, peut-on sérieusement asseoir un revirement restreignant une liberté sur une motivation aussi fragile que celle figurant au § 107 : « La jurisprudence *Lawless* selon laquelle une privation de liberté préventive peut être autorisée au titre de l'alinéa c) même si elle est imposée hors du cadre d'une procédure pénale, paraît admise *implicitement* dans plusieurs arrêts et décisions ultérieurs » (nous soulignons) ? Ajoutons pour terminer que l'on peut s'interroger aussi sur la solidité d'un revirement fondé en grande partie sur certains arrêts relatifs à la lutte contre le terrorisme (not. CEDH, 29 nov. 1988, nos 11209/84 et s., Brogan et a. c/ Royaume-Uni, A-145-b) alors qu'il s'agit de lutter contre le hooliganisme. Certes cette lutte doit être menée mais on ne saurait la mettre au même niveau que la lutte contre le terrorisme.

L'observateur est frappé aussi par la tendance lourde de la Cour en faveur du principe de subsidiarité et particulièrement en s'inspirant avec insistance de la position des juridictions nationales. En l'espèce, la référence appuyée à la jurisprudence de la Cour suprême du Royaume-Uni et aux arrêts et jugements des juridictions danoises est éloquente.

Pour tenter d'atténuer les conséquences du revirement de jurisprudence effectué, la Cour instaure des garde-fous : la privation de liberté doit être régulière, l'infraction doit être concrète et déterminée, les autorités doivent être en mesure de produire des faits ou renseignements propres à convaincre un observateur objectif que l'intéressé aurait selon toute probabilité participé à la commission de l'infraction concrète et déterminée s'il n'en avait pas été empêché par la privation de liberté dont il a fait l'objet.

Il est exigé également des forces de police de démontrer qu'elles ont envisagé des mesures moins sévères et que celles-ci s'avèrent insuffisantes pour sauvegarder l'intérêt privé ou public exigeant la détention (§ 161).

Ces garde-fous s'avèrent insuffisants face à la régression que constitue l'intégration forcée par voie jurisprudentielle d'une privation préventive de liberté dans l'article 5, paragraphe 1 c).

L'observateur extérieur s'inquiète de voir parfois la conscience de l'Europe céder face à l'ambiance générale de la recherche de l'ordre à tout prix.

La condamnation d'une personne à payer une amende pour dénigrement de doctrines religieuses ne viole pas la liberté d'expression 335m3

L'essentiel L'arrêt *E.S. c/ Autriche* confirme une jurisprudence qui laisse une marge d'appréciation aux États pour sanctionner le dénigrement des doctrines religieuses sans emporter violation de la liberté d'expression.

CEDH, 25 oct. 2018, n° 38450/12, *E.S. c/ Autriche*, Angelika Nußberger, prés. : <http://libertescherries.blogspot.com/2018/11/la-cour-europeenne-nest-pas-charlie.html>, obs. Letteron R. ; Afroukh M., « Non, la Cour européenne des droits de l'Homme n'a pas reconnu l'existence d'un délit de blasphème ! », RDLF 2018, chron., n° 23 ? www.revuedlf.com

Note

La requérante, M^{me} E. S a été condamnée par une juridiction autrichienne à payer une amende de 480 € pour dénigrement de doctrines religieuses. Lors de séminaires organisés par le Parti de la liberté Autrichien (FPÖ) intitulés « Informations de base sur l'Islam », elle évoqua le mariage du prophète Mahomet avec une petite fille de 6 ans et le fait que ce mariage aurait été consommé lorsque la petite Aïcha avait neuf ans. Elle déclara alors que Mahomet « aimait le faire avec des enfants » et demandait à haute voix : « Un homme de cinquante-six ans avec une fille de six ans (...) De quoi s'agit-il, si ce n'est de pédophilie ? » La cour d'appel de Vienne et la Cour suprême ont débouté la requérante des recours déposés devant elles.

Devant la Cour européenne des droits de l'Homme, la requérante a invoqué l'article 10 de la convention européenne des droits de l'Homme (convention) en arguant que les juridictions nationales n'avaient pas pris en compte sa liberté d'expression.

La Cour a déclaré que l'Autriche n'a pas violé l'article 10 de la convention. Certes, sa position se situe dans la droite ligne d'une jurisprudence bien connue (not. CEDH, 20 sept. 1994, n° 13470/87, *Otto-Preminger-Institut c/ Autriche*, Série A – n° 295-A ; CEDH, 13 sept. 2005, n° 42571/98, *I.A. c/ Turquie*, Rec. 2005-VIII), mais à la différence des arrêts précédents rendus à une majorité étriquée, la chambre qui a statué dans l'affaire *E.S. c/ Autriche* s'est prononcée à l'unanimité.

Malgré cette unanimité de la chambre, l'arrêt *E.S.*, à l'instar de la jurisprudence dans la suite de laquelle il s'inscrit, n'est pas à l'abri de la critique et continue de faire l'objet d'appréciations diverses. S'il est exact que la Cour

européenne des droits de l'Homme n'a pas reconnu l'existence d'un délit de blasphème dans son arrêt *E.S.*, il n'est pas néanmoins inexact de soutenir qu'elle ne condamne pas systématiquement le délit de blasphème.

Certes, la Cour estime que la revendication de la liberté de religion ne met pas les croyants à l'abri des critiques et des rejets par autrui de leur religion ; les croyants doivent tolérer et accepter ces critiques (§ 42). Mais, elle considère que « l'absence d'une conception européenne uniforme des exigences de la protection des droits d'autrui en cas d'atteinte à leurs convictions religieuses élargit la marge d'appréciation des États contractants pour réglementer la liberté d'expression dans les affaires susceptibles de porter atteinte à des convictions personnelles dans le domaine de la morale ou de la religion ([v. CEDH, 20 sept. 1994, n° 13470/87, préc., § 50 ; CEDH, 25 nov. 1996, n° 17419/90, *Wingrove*, § 58 ; CEDH, 13 sept. 2005, n° 42571/98, préc., § 25 ; CEDH, 31 janv. 2006, n° 64016/00, § 44, et CEDH, 2 mai 2006, n° 50692/99, *Aydın Tatlav*, § 24, préc.]). Non seulement ils jouissent d'une large marge d'appréciation à cet égard. En vertu de l'article 9 de la convention, ils ont également l'obligation positive d'assurer la coexistence pacifique de toutes les religions et de celles n'appartenant pas à un groupe religieux en assurant la tolérance mutuelle » (§ 44).

Si l'on peut comprendre le sens de cette obligation positive, il est plus discutable qu'elle aille jusqu'à la limitation excessive de la liberté d'expression à travers l'infraction de dénigrement des doctrines religieuses comme dans la législation autrichienne.

À l'heure où certains États membre du Conseil de l'Europe comme l'Irlande abroge le délit de blasphème, à l'heure où en dehors du Conseil de l'Europe, par exemple au Pakistan, on constate le caractère moyenâgeux du délit de blasphème, on ne saurait encourager les États adhérents à la convention à se servir du délit de dénigrement des doctrines religieuses comme moyen d'assurer la coexistence pacifique entre les religions au détriment de la liberté d'expression. Quand on connaît les tentatives de certaines organisations non gouvernementales et de certains États de faire reconnaître au niveau international un délit de diffamation des religions, une cour supranationale de protection des droits de l'Homme ne saurait développer une jurisprudence qui permettrait de limiter de façon excessive la liberté d'expression dès que des croyants se plaignent d'une atteinte à leur sentiment religieux.