



# Revue Point de vue

**Master 2 Droit des libertés de l'UFR Droit  
de l'Université de Caen Normandie**

— édition 2022/2023

Les présentes contributions sont la propriété intellectuelle de leurs auteurs, qui sont seuls engagés par leurs écrits. Ni l'Université de Caen Normandie ni l'Institut international des droits de l'homme et de la Paix ne sauraient en être tenus pour responsables.

## Avant propos

Le Master Droit des libertés de la Faculté de droit de l'Université Caen Normandie,

et L'Institut international des droits de l'homme et de la Paix,

S'associent depuis octobre 2020 pour une série de « Points de vue » exclusifs sur des affaires récentes qui ont fait ou auraient dû faire la « une » de la presse juridique spécialisée dans le domaine des droits et des libertés.



Le Master Droit des libertés, qui a vu son nom évoluer au fil des années, est une création du siècle dernier. La Faculté de droit de l'Université de Caen, grâce à la volonté du Professeur Constance Grewe, a créé ce Master dès 1991. Il s'agissait alors d'un Diplôme d'études approfondies (DEA) mention Droits fondamentaux. Orienté exclusivement sur la Recherche, il a été complété en 1995 par un Diplôme d'études supérieures spécialisées (DESS) mention Contentieux et pratique des droits fondamentaux. Les évolutions réglementaires ont conduit à une fusion de ces deux diplômes, devenu le Master Contentieux des droits fondamentaux, puis le Master Droit des libertés. Les étudiants inscrits en 2020-2021 en 2e année de Master sont donc les héritiers d'une tradition caennaise désormais fortement ancrée dans le paysage universitaire.

L'Université s'est par ailleurs impliquée dans la création d'une association Loi 1901, cofondée avec notamment la Région Normandie et le Barreau de Caen : l'Institut international des droits de l'homme et de la Paix. L'Institut, qui a vu le jour en 2008, a toujours travaillé de concert avec l'Université et le Master, à travers des projets communs qui se sont construits au fil du temps. Ces liens étroits se traduisent par le fait que le Secrétaire général de l'Institut, en charge de la cohérence scientifique de ses activités, a toujours été l'un des codirecteurs du Master ; les deux Directeurs qui se sont succédés à la tête de l'Institut sont tous deux diplômés du Master.

Il est apparu utile pour tous – étudiants, université et institut – de renforcer encore ce partenariat. L'idée, qui a germé lors d'un Conseil scientifique de l'Institut, a été d'inviter les étudiants à rédiger, dans un format imposé et un laps de temps réduit, une Note d'actualité sur une décision de justice qui viendra alimenter la réflexion autour des droits et libertés. Les décisions pouvaient émaner de juridictions très diverses, et porter sur des sujets variés. Lorsque l'étudiant y consent, ces Notes ont vocation à être publiées, ce qui permet aux intéressés de se faire connaître sur internet par la qualité de leurs travaux. L'Institut a accepté d'héberger ces notes sur son site, en assurant ainsi une large diffusion.

L'ensemble de ces Notes ont été rassemblées dans le présent Recueil. Le choix a été fait de les présenter dans l'ordre alphabétique des étudiants auteurs des textes, et non dans l'ordre chronologique des décisions commentées.

Les CoDirectrices du Master, Mesdames Agnès Cerf et Catherine-Amélie Chassin, tiennent à remercier l'ensemble des étudiants pour leur travail, qui leur a imposé de travailler dans l'urgence nonobstant les impératifs de leur vie personnelle : les sujets étaient en effet attribués aléatoirement, avec toujours un laps de temps de quelques jours seulement, et sans qu'aucun retard ne soit toléré. Les étudiants ont dû, ainsi, se confronter aux impératifs d'une vie professionnelle, qui se conjugue parfois difficilement avec la vie privée et familiale. De ce point de vue, ces travaux ont participé à la préparation des étudiants à la vie professionnelle qui les attend, que ce soit à court terme pour ceux qui entreront dans la vie active dès leur diplôme, ou à plus long terme pour ceux qui se destinent à une carrière d'enseignant-chercheur. La vie d'un enseignant-chercheur passe, aussi, par des écrits dans un format imposé et des délais contraints.

Les CoDirectrices du Master tiennent également à remercier non moins chaleureusement le Directeur de l'Institut international des droits de l'Homme et de la paix, Monsieur Jonas Bochet, qui s'est montré particulièrement enthousiaste. Tant lui que son équipe ont été réactifs et ont assuré la diffusion de ces écrits.

Agnès Cerf et Catherine-Amélie Chassin  
Caen, le 21 septembre 2023

## Sommaire

Jeanne LAURENT « La censure de la pierre angulaire du droit douanier par le Conseil constitutionnel : un appel à réforme lancé au Parlement » sur décision 2022-1010 QPC du 22 septembre 2022

Louis ANFRAY « La Cour européenne des droits de l'Homme : un pas de plus vers le droit au suicide assisté » sur Cour EDH, 4 octobre 2022, Mortier c. Belgique, 78017/17

Juliette BERTHAULT « Droit de la nationalité et indépendance algérienne : une harmonisation complexe » sur Cour EDH, 13 octobre 2022, Zeggai c. France, 12456/19

Juliette FOULON « Une nouvelle confrontation de la gestation pour autrui avec les droits fondamentaux des enfants et des parents d'intention » sur Cass. Civ. 1ère, 21 septembre 2022, 20-18.687

Lisa REVEILLARD « Port de signes religieux au travail : les précisions de la Cour de justice de l'Union européenne » sur CJUE, 13 octobre 2022, L.F., C-344/20

Clara ETOUNGOU NGONO « Femen : « (Ne) Couvrez (pas) ce sein (politique) que je (...) saurais voir » sur Cour EDH, 13 octobre 2022, Bouton c. France, 22636/19

Hugo LECOQ « L'absence de rupture d'égalité quant à la rémunération des avocats de l'aide juridictionnelle » sur CE, 17 octobre 2022, ADDE, 443289

Agathe WYZGOLIK « Protection du secret des sources des journalistes : le Conseil constitutionnel tranche en faveur du secret de l'enquête et de l'instruction » sur Cons. const., décision 2022-1021 QPC du 28 octobre 2022, Marie P\*

Marion DANGUY « Pas d'évolution pour les droits des tiers en matière de saisie pénale lors d'une information judiciaire » sur Cons. const., décision 2022-1020 QPC du 28 octobre 2022, Célia C\*

Théo BARIL « La carence injustifiée selon la Cour européenne des droits de l'Homme des autorités françaises dans le suivi d'une enfant placée » sur Cour EDH, 3 novembre 2022, Loste c. France, n° 59227/12

Lucile LENOURY « L'obligation vaccinale face à la pandémie : la Cour européenne des droits de l'Homme ne se prononce toujours pas sur le fond » sur Cour EDH, déc., 6 octobre 2022, Thevenon c. France, 46061/21

Anaïs PERIER « L'abdication de la Cour européenne des droits de l'Homme en matière de sanctions disciplinaires » sur Cour EDH, 3 novembre 2022, Dahan c. France, 32314/14

Zoé PRÉEL « Précisions sur les conditions de validité d'une perquisition nocturne autorisée par anticipation » sur Cass. Crim. 15 novembre 2022, 21-87.295

Lucile PIRAUBE « Réaffirmation de l'application des principes de laïcité et de neutralité au salarié chargé d'une mission de service public » sur Cass. Soc., 19 octobre 2022, 21-12.370

Charline LEBRASSEUR « L'application rigoureuse des conditions légales de la légitime défense aux dépens d'une victime de violences conjugales » sur Cass. Crim. 26 octobre 2022, Alexandra Richard, 21-86.419

Elisa JEANNE « Restreindre la liberté des salariés de sexe masculin dans leur façon de se coiffer : la Cour de cassation sanctionne pour discrimination fondée sur le sexe » sur Cass. Soc., 23 novembre 2022, 21-14.060

Héloïse SCHREINER « Enregistrement et diffusion des audiences de la loi pour la confiance en l'institution judiciaire : refus de renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) pour défaut de caractère sérieux » sur CE, 29 novembre 2022, Conseil national des Barreaux et autres, 464593

Charlotte GIRARD « Le principe de non refoulement : vers une protection absolue de l'Union européenne » sur CJUE, 22 novembre 2022, C-69/21

Nathanaël TINARD « Le Discours d'un Droit : la privation d'être entendu pour le demandeur d'asile vulnérable devant l'Office français de protection des réfugiés et apatrides » sur Conseil d'État, 18 Novembre 2022, OFPRA, 459513



## Point de vue

**Jeanne LAURENT**

« La censure de la pierre angulaire du droit douanier par le Conseil constitutionnel : un appel à réforme lancé au Parlement »

**Affaire :** Conseil constitutionnel, décision 2022-1010 QPC du 22 septembre 2022

### I - Textes

- Constitution française révisée, 4 novembre 1958
- Article 60 Code des douanes, 1<sup>er</sup> janvier 1949
- Article 2 et 4 Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, 26 août 1789

### II - Contexte

Il convient dans un premier temps de faire un point sur l'état du droit douanier applicable au moment des faits.

Ce droit repose sur des prérogatives exorbitantes de droit commun. En effet, n'ayant pourtant pas la qualification d'officier de police judiciaire, les douaniers n'ont, dans la lettre de l'article 60 du Code des douanes, aucune condition à respecter pour procéder à leurs inspections. Leurs contrôles peuvent être réalisés en toutes circonstances, sur tout le territoire, sans justification, sans contrôle effectif de l'autorité judiciaire. Il est important de souligner que si ce texte, jamais réformé depuis son entrée en vigueur en 1948, ne prévoit pas de possibles recours à la force ni de retenue forcée des citoyens contrôlés, le pouvoir discrétionnaire qu'il offre aux agents des douanes est considérable.

Il n'est donc pas étonnant que des dépassements liés au non-respect de garanties procédurales interviennent fréquemment. On pourrait parfois même voir une certaine protection de la part des juridictions de première instance et des Cours d'appel. Pour ne citer qu'un exemple, la Cour de cassation a été amenée à casser un arrêt de la Cour d'appel de Grenoble validant la fouille d'un véhicule libre de son occupant ayant nécessité la casse d'une vitre (Cass. crim. 23 février 2022, n°21-85.050).

L'élément principal empêchant l'évolution de ce texte est probablement lié au fait que la lutte contre la fraude est un objectif de valeur constitutionnelle, outil consistant en des orientations assignées au législateur. De plus, la loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 a réaffirmé la nécessité de renforcer ce but. Il est évident que le rôle des douaniers n'est pas à sous-estimer. Pour autant, cet objectif ne doit pas devenir un moyen de limiter démesurément les droits et libertés des citoyens.

Dès 1996, la chambre criminelle précisa, concernant la durée des contrôles, qu'ils ne pouvaient dépasser la durée « strictement nécessaire » à ceux-ci (Cass. crim. 6 mai 1996, n°96-80.686). C'est donc sans surprise, après que la Cour de cassation a clairement affirmé la nécessité de réformer le texte en soulevant, sur le fondement de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, l'absence de garanties posées par la loi (Cass. crim. 23 février 2022, n°21-85.050), qu'intervient la présente décision.

D'autre part, dès 1993, la Cour européenne des droits de l'Homme avait jugé les visites et saisies douanières françaises inconventionnelles, estimant que les conditions prévues par la loi « apparaissaient trop lâches et lacunaires pour que les ingérences dans les droits du requérant fussent étroitement proportionnées au but légitime recherché » (Cour EDH, Funke c. France – 10828/84, 25 février 1993 §57).

On peut dire qu'il était temps que le droit positif évolue. Au regard de toutes ces considérations, l'article 60 du Code des douanes est-il conforme aux droits et libertés que la Constitution garantit ?

### **III - Analyse**

Contrôlé le 10 février 2020 au niveau d'un péage autoroutier, M. Mounir transportait, à bord de son véhicule, 47 000€. Les douaniers ont procédé à un contrôle pendant plus de trois heures. Ses droits ne lui ont pas été notifiés et l'autorité judiciaire, gardienne des droits et libertés individuelles, n'a pas été avisée. Dans le cadre d'une procédure pour délit de blanchiment, le tribunal correctionnel de Bourges a transmis à la Cour de cassation une question prioritaire de constitutionnalité (ci-après QPC) portant sur l'article 60 du Code des douanes à l'origine du contrôle, et cette dernière a estimé que les conditions de saisine du Conseil constitutionnel étaient réunies (Cass. crim. 22 juin 2022, n°22-90.008).

Selon le requérant, l'article en cause porte atteinte à la liberté individuelle, à la liberté d'aller et de venir, au droit au respect de la vie privée et aux droits de la défense. Qualifiant ce texte de « fossile », il précise que sans conditions textuelles claires entourant les pouvoirs de contrôle des douaniers, il est sans équivalent dans le droit commun et revient à ce que des contrôles discriminatoires soit de facto réalisés.

Le gouvernement souligne quant à lui l'importance de l'objectif de valeur constitutionnelle de lutte contre la fraude. En outre, il estime que les lacunes de la loi ont été comblées par les juridictions nationales. En réalité, au regard de leur caractère jurisprudentiel, les conditions posées par ces dernières sont loin d'être satisfaisantes face à un tel pouvoir.

Le Conseil, après avoir entendu ces arguments, conclut à l'inconstitutionnalité de l'article 60 du code de douanes. Le législateur n'aurait selon lui pas opéré une conciliation équilibrée entre l'objectif de valeur constitutionnel de recherche des auteurs d'infraction et le nécessaire respect de la liberté d'aller et de venir et du droit au respect de la vie privée. Le Conseil constitutionnel fait donc primer la protection des libertés : la réalisation des buts nécessaires à la sauvegarde de l'ordre public ne doit pas se faire aux dépens des libertés.

### **IV - Portée**

En transmettant la QPC dans cette affaire, la Cour de cassation a changé sa position. En effet, elle avait considéré, dans un premier temps, que la question de la constitutionnalité de l'article 60 du code des douanes n'était pas sérieuse, elle avait refusé de la transmettre (Cass. crim. 13 juin 2012, n°12-90.025). Elle s'était appuyée, comme le gouvernement dans cette affaire, sur le fait qu'aucune mesure coercitive n'intervenait et que les conditions ajoutées par la jurisprudence permettaient une réponse sans disproportion aux objectifs de valeur constitutionnelle.

En l'espèce, la Cour estime que les pouvoirs des douaniers sont trop importants. Cela est particulièrement vrai si l'on compare avec les dispositions de l'article 78-2 du Code de procédure pénale détaillant les conditions qui entourent un contrôle d'identité réalisé par les officiers de police judiciaire.

Déjà rappelés à l'ordre par la Cour de justice de l'Union européenne lorsque celle-ci affirma, en réponse à une question préjudicielle, que réprimer la fraude ne devait pas impliquer de tourner le dos aux principes même de l'État de droit (CJUE, 2 juin 2016, Aff : C-81/15), la France est désormais contrainte par le Conseil constitutionnel de faire évoluer sa législation. L'importance de cet arrêt est liée à l'ouverture d'une brèche au sein d'un système focalisé sur la sécurité. La présente décision du Conseil constitutionnel permettra d'enclencher un changement textuel effectif.

En abrogeant l'article 60 du Code des douanes, le Conseil constitutionnel impose au législateur de fixer des limites aux pouvoirs des agents des douanes au détriment de l'objectif de lutte contre la fraude. Il propose notamment que les lieux des contrôles soient encadrés

et que les agents des douanes justifient leurs interventions par des raisons plausibles de soupçonner la commission d'une infraction. Il y a fort à parier que le Parlement s'inspirera du Code de procédure pénale et donc des conditions imposées aux officiers de police judiciaire.

Comme il n'est pas rare qu'il le fasse, le Conseil impose ici un calendrier au législateur. Ce dernier devra modifier le texte dans l'année qui suit, avant le 1<sup>er</sup> septembre 2023. Le débat apparut suite à la décision de censure différée du régime des gardes à vue refait surface. Est-il bien cohérent de laisser en vigueur un texte inconstitutionnel ? Pour reprendre les mots de Didier Rebut, même si le report des abrogations est un compromis nécessaire, il crée une situation ubuesque. Les recours seront probablement nombreux si le Parlement attend réellement un an avant de modifier le texte.

Note publiée sur le site Internet de l'Institut international des droits de l'Homme  
et de la paix le 25 octobre 2022 : [www.2idhp.eu](http://www.2idhp.eu)



## Point de vue

**Louis ANFRAY**

« La Cour européenne des droits de l'Homme : un pas de plus vers le droit au suicide assisté »

**Affaire :** Cour EDH, 4 octobre 2022, Mortier c. Belgique, 78017/17

### I - Textes

- Loi belge du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie
- Convention Européenne des Droits de l'Homme, articles 2, 8 et 13

### II - Contexte

Alors que le débat sur le suicide assisté vient d'être relancé en France, la Belgique l'a quant à elle dépénalisé depuis la Loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie. Cette loi pose des conditions de fond pour qu'un médecin pratiquant cet acte ne soit pas poursuivi pour assassinat. Il faut que la personne ait consenti de manière volontaire, réfléchie, répétée et sans pression extérieure. Elle doit être dans une situation médicale sans issue et faire état d'une souffrance physique ou psychique. Des conditions procédurales doivent aussi être respectées comme l'obligation de voir deux médecins indépendants. Si la mort du patient n'intervient pas dans un bref délai : un troisième médecin doit être vu et un délai de deux mois devra s'écouler entre la décision écrite et l'euthanasie. Enfin, une Commission fédérale sera chargée de vérifier d'office, a posteriori, si le suicide assisté a été pratiqué conformément à la loi.

Cette législation belge s'inscrit dans un contexte européen controversé. Seuls quelques Etats européens ont dépénalisé le suicide assisté, comme les Pays-Bas ou plus récemment l'Espagne. Par ailleurs, aucun texte ne le réglemente tant sur le plan européen qu'international. En revanche, l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme (Convention EDH), protégeant le droit à la vie, trouve à s'appliquer. La Cour européenne des droits de l'Homme (Cour EDH) a donc fait appel à sa propre jurisprudence sur la fin de vie. Deux positions essentielles de la Cour EDH sont récurrentes sur ce domaine. Depuis un arrêt de 2011 (Cour EDH, 20 juin 2011, Haas c. Suisse, n° 31322/07, §55), elle constate qu'aucun consensus européen n'existe concernant la fin de vie, ainsi elle laisse aux Etats une large marge d'appréciation. Aussi, constamment depuis un arrêt de 2002 (Cour EDH, 26 avril 2002, Pretty c. Royaume-Uni, n° 2346/02, §40), la Cour EDH se refuse à déduire de l'article 2 de la Convention EDH un droit à mourir.

Une précision importante reste à apporter, l'utilisation du terme euthanasie par la Cour EDH est maladroit, celui-ci correspond à la mise à mort sans consentement. Evoquer le suicide assisté est alors plus cohérent.

### III - Analyse

Souffrant de dépression chronique depuis une quarantaine d'années, la mère du requérant souhaite mettre fin à ses jours. Aucun traitement ne semble efficace. Après avoir été suivie par un médecin traitant et avoir vu deux psychologues, il est mis fin à sa vie le 19 avril 2012. Tout au long de la procédure, la mère du requérant a seulement envoyé une lettre à ses enfants.

Le requérant argue devant la Cour EDH la violation par la Belgique des obligations positives et procédurales découlant de l'article 2 de la convention EDH et la violation de l'article 8 de ce même texte. Selon lui, la loi relative à l'euthanasie n'apporte des garanties qu'illusoire puisque elles n'auraient pas été respectées en l'espèce. Par ailleurs, l'obligation d'enquête

découlant de l'article 2 n'aurait pas été respectée, notamment, la composition de la Commission ne permettrait pas de garantir son impartialité ; le président de la Commission étant le médecin traitant de la mère du requérant. Le requérant évoque une atteinte au droit à la vie privée et familiale du fait qu'il n'a pas participé à la procédure.

Le gouvernement soutient que, même si de l'article 2 ne découle pas un droit à mourir, les Etats peuvent légaliser le suicide assisté si celui-ci est assorti de garanties suffisantes. Au regard de l'article 8, le gouvernement allègue que la loi relative à l'euthanasie permet, au contraire, une protection supplémentaire à l'autonomie personnelle.

Dans un premier temps, la Cour EDH choisit de ne pas discuter sur l'existence d'un droit au suicide assisté. Elle étudie en effet, pour la première fois, si un suicide assisté qui a été pratiqué est compatible avec la convention EDH. Pour se faire, en application de sa jurisprudence antérieure (Cour EDH, *Boso c. Italie*, n° 50490/99, 5 septembre 2002) elle considère qu'il découle des obligations positives à l'égard des Etats de protéger la vie. Cependant, la Cour EDH rappelle que cette obligation doit être conciliée avec l'article 8 qui protège l'autonomie personnelle et la dignité de la personne humaine (Cour EDH, 15 juin 2015, *Lambert et autres c. France*, n° 46043/14, §142). Ainsi, la Cour EDH, en rappelant qu'un droit à mourir ne découle pas de l'article 2, établit que la dépénalisation du suicide assisté est compatible avec la Convention EDH s'il est encadré « par la mise en place de garanties adéquates et suffisantes visant à éviter les abus » (§139). En appliquant ces principes à l'espèce, la Cour EDH déclare alors la loi belge conforme à la convention EDH.

Dans un second temps, au regard des obligations procédurales, la Cour EDH établit une violation. Elle rappelle les critères d'une enquête effective qu'elle a elle-même dégagée (Cour EDH, 25 juin 2019, *Nicolae Virgiliu Tanase c. Roumanie*, n° 41720/13). La Cour EDH constate que la composition de la Commission ne permet pas un gage d'impartialité ; un membre de la Commission pouvant effectivement se prononcer sur un suicide assisté qu'il a lui-même pratiqué.

Concernant la violation de l'article 8, la Cour EDH considère que la législation belge, qui exclut la famille du processus, ne viole pas la convention. En effet, la loi prévoit uniquement une obligation pour le médecin de s'entretenir avec les proches du patient, après le consentement de ce dernier. La Cour EDH, après une mise en balance entre l'autonomie personnelle et la vie familiale, établit que cette obligation est suffisante.

#### **IV - Portée**

En concluant à une non-violation partielle de l'article 2, la Cour EDH fait une avancée majeure pour le droit au suicide assisté. Certains Etats européens pourront donc envisager de le dépénaliser. Par ailleurs, la Cour EDH nous présente un réel mode d'emploi à utiliser. Pour se faire elle précise notamment que les garanties nécessaires doivent être renforcées face à une personne souffrant de troubles psychiques et lorsque le décès n'arrive pas à court terme (§138). Aussi, à plusieurs reprises, elle insiste sur le choix belge de ne faire qu'un contrôle a posteriori : le contrôle des garanties doit être plus rigoureux (§145, §171). Elle laisse donc entendre qu'un contrôle a priori serait préférable. La juge Elósegi fait d'ailleurs remarquer dans son opinion partiellement dissidente cette spécificité belge. Un contrôle a priori serait plus protecteur et permettrait une meilleure effectivité des garanties. A quoi bon constater une irrégularité une fois la mort donnée ?

Malgré tout, cette décision soulève de nombreuses interrogations. Les circonstances de l'espèce étant très particulières ; une relation mère-fils plus que compliquée, la Cour EDH considère que l'avis de la famille n'est pas nécessaire dans la procédure du suicide assisté. Cependant, comment négliger la présence d'un fils dans un tel procédé ? Effectivement, la juge Elósegi explique que l'exclusion du rôle de la famille dans ces cas peut sérieusement être remise en question (§25 à §28 de l'opinion partiellement dissidente de la juge Elósegi).

Ces questions, certes toutes justifiées, ne doivent pas faire oublier l'impérieuse nécessité de reconnaître un droit à mourir dans la dignité. La Cour EDH évoque le droit à l'autonomie

personnelle, pour autant elle limite la portée de celui-ci. Il semble pourtant que le consentement de la personne soit la seule limite à l'autonomie de personne (Cour EDH, 17 février 2005, K.A. et A.D c. Belgique, n°42758/98 et 45558/99). Mutatis mutandis, ce raisonnement pourrait appuyer la reconnaissance d'un droit à mourir dans la dignité.

Note publiée sur le site Internet de l'Institut international des droits de l'Homme  
et de la paix le 2 novembre 2022 : [www.2idhp.eu](http://www.2idhp.eu)



## Point de vue

**Juliette BERTHAULT**

« Droit de la nationalité et indépendance algérienne : une harmonisation complexe »

**Affaire :** Cour EDH, 13 octobre 2022, Zeggai c. France, 12456/19

### I - Textes

- Convention Européenne des Droits de l'Homme art. 8 et 14 (ci-après Convention EDH)
- Code de la Nationalité, art. 23, 44 et 52 (en vigueur à la date des faits)
- Art. 21-16, 21-17, 24 et 24-1 du Code civil
- Art. 2 de l'ordonnance n°62-825 du 21 juillet 1962
- Bulletin officiel du ministère de l'Intérieur, n°2017-2, p. 32

### II - Contexte

En 1962, l'Etat français doit tirer les conséquences de l'indépendance de l'Algérie concernant l'attribution de sa nationalité. Une distinction avait déjà été opérée et est rappelée dans l'art. 2 de l'Ordonnance du 21 juillet 1962. Les personnes nées sous le statut civil de droit local, qui avaient la nationalité française devaient, pour la conserver effectuer une déclaration de reconnaissance de nationalité française avant 1967. Les personnes quant à elles, nées sous le régime du droit commun français après 1962 resteraient françaises, à moins de former une requête spéciale pour y renoncer.

Ainsi, la personne relevant du statut de droit local, née avant le 1er janvier 1963 en France métropolitaine ou en Algérie (du temps où celle-ci constituait un territoire français) a été française jusqu'à cette date, et n'a plus la nationalité française si elle n'effectue pas cette déclaration. D'autres moyens sont mis en place pour obtenir la nationalité française pour les personnes dans cette situation, comme la naturalisation et la réintégration. De plus, une note du bulletin officiel du ministère de l'Intérieur (n°2017-2) avertit les préfets sur la délicatesse à porter au traitement des dossiers d'enfants nés de parents algériens avant 1962.

### III - Analyse

Aîné d'une fratrie, M. Zeggai, né français en 1956 sur le territoire français d'Algérie, s'est vu refuser la délivrance d'un certificat de nationalité française à plusieurs reprises, au motif qu'il ne détenait pas la nationalité française et ce, malgré la délivrance en 2005 d'une carte nationale d'identité française et d'une carte d'électeur. L'Etat justifie ce refus en ce que les parents du requérant relevaient en 1962 du statut civil de droit local et qu'aucun d'eux n'avait fait une déclaration de reconnaissance de nationalité française comme le permettait l'article 2 de l'Ordonnance de 1962. M. Zeggai, mineur à l'époque, a suivi la condition de ses parents. Le reste de sa fratrie, née après 1963, bénéficie du droit commun de la nationalité française par application du double ius soli aux enfants d'étrangers (art. 44 du Code de la Nationalité, devenu art. 21-7 du Code civil).

Ayant été débouté sur le plan interne, le requérant introduit sa requête devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme (ci-après Cour EDH). Il s'estime injustement "défrancisé" par le refus que lui oppose l'Etat de lui octroyer la nationalité française sous les mêmes conditions que ses frères et sœurs, alors qu'il est né, comme eux, sur le territoire français. Il considère que la passivité procédurale de ses parents n'aurait pas dû se répercuter sur lui. Au près de la Cour, le requérant s'appuie sur l'interdiction de discrimination (art. 14 Convention EDH), combiné avec le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 Convention EDH). Il affirme être victime d'une double discrimination due à sa naissance en

1956 : au sein même de sa fratrie ainsi qu'entre les personnes relevant du droit civil local et celles relevant du droit commun français. A l'appui de sa requête, M. Zeggai avance qu'il n'a pas pu bénéficier de l'article 52 du Code de la Nationalité en raison de l'abrogation de celui-ci en 1973 – durant sa minorité – article qui permettait aux enfants mineurs dans la même situation que lui de réclamer la nationalité française par déclaration s'ils avaient leur résidence habituelle en France depuis au moins cinq ans.

Le gouvernement français estime qu'il n'y a pas de différence de traitement car la question de la nationalité n'a pas eu à se poser de la même façon pour sa fratrie que pour lui et il ne peut pas être sujet aux dispositions concernant les enfants nés après le 1er janvier 1963. Le défendeur argue que s'il avait été admis que l'article 44 du Code de la Nationalité soit invocable à l'appui des prétentions du requérant, l'intérêt des dispositions de l'ordonnance de 1962 serait remis en cause. Le gouvernement rappelle que le requérant, mineur au moment de l'abrogation de l'article 52 du Code de la Nationalité, aurait eu la possibilité de s'en prévaloir. Pour l'exécutif, cette différence de traitement suit un but légitime puisqu'elle est justifiée par le caractère temporaire de la disposition de l'ordonnance de 1962. Celle-ci s'appliquant aux personnes soumises au droit civil local, on trouve une proportion entre les moyens utilisés et le but visé. Il rappelle que le requérant, déjà informé à ce sujet, est légitime à la procédure de réintégration des articles 24 et 24-1 du Code civil.

La Cour EDH reçoit partiellement la requête. Elle relève au §53 de l'arrêt que « les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement ». La Cour reconnaît la différence de traitement, sur la base des articles 14 et 8 combinés de la Convention EDH. Elle relève cependant que la différence repose sur une justification objective et raisonnable qui est qu'au jour du transfert de souveraineté, l'unité familiale devait être préservée dans le contexte particulier de l'accession de l'Algérie à son indépendance, et le requérant, alors âgé de six ans, suivait la condition de ses parents.

#### **IV - Portée**

La Cour vient pour la première fois se prononcer sur l'attribution de la nationalité française d'un ressortissant algérien qui s'estime lésé sur le fondement d'une discrimination liée à sa naissance. La France tente d'instaurer un cadre juridique favorable au traitement des dossiers des personnes se trouvant dans une situation analogue à celle de M.Zeggai.

Néanmoins, il arrive que des procédures de réintégration soient refusées au motif que les conditions des articles 21-16 du Code civil ne soient pas remplies (par exemple, TA Nantes, 12 juillet 2022, n°2007770). Les conditions de naissance en Algérie avant le 1er janvier 1963 ; d'un parent lui-même né en Algérie ; de minorité au moment de l'indépendance et de résidence régulière et habituelle en France, doivent être réunies. Ces conditions de la réintégration sont entendues strictement, il ne peut pas s'agir d'un autre motif, comme le motif de santé (CE, 18 janvier 1993, Ministre de la solidarité c. Mlle Arab, n°110311).

La Cour au §65 a conscience que le requérant perçoit qu'il y a "une négation rétroactive d'un élément de son identité", ce qui expliquerait pourquoi il ne recourt pas à la procédure de réintégration. Lors même que la Cour admet au §67 que la délivrance des documents d'identité par la France est une "circonstance regrettable", elle tient un raisonnement pusillanime car l'affaire touche au droit de la nationalité, l'un des cœurs même de la souveraineté des États. Effectivement, la Cour justifie sa décision de recevabilité partielle en s'appuyant sur la marge nationale d'appréciation de la France. Ce maintien de la différenciation au sein d'une même fratrie est paradoxal puisque l'argument premier des législations applicables en 1962 était précisément de maintenir l'unité des familles. La Cour de Strasbourg fait preuve d'un manque d'audace, elle n'incite pas à la régularisation de la situation des personnes nées en territoire métropolitain d'Algérie avant l'indépendance qui souhaitent recouvrer la nationalité française.

Note publiée sur le site Internet de l'Institut international des droits de l'Homme et de la paix le 8 novembre 2022 : [www.2idhp.eu](http://www.2idhp.eu)



## Point de vue

**Juliette FOULON**

« Une nouvelle confrontation de la gestation pour autrui avec les droits fondamentaux des enfants et des parents d'intention »

**Affaire :** Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 septembre 2022, 20-18.687

### I - Textes

- Code civil, Article 16-7
- Code civil, Article 373-2-6
- Code civil, Article 378-1
- Convention européenne des droits de l'Homme, art. 8 et 14

### II - Contexte

L'épineux sujet de la gestation pour autrui (ci après « GPA ») agite depuis longtemps la jurisprudence française. Cette dernière fait pourtant l'objet, depuis la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, d'une stricte prohibition posée par l'article 16-7 du code civil selon lequel « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle. ». La Cour de cassation se retrouve de plus en plus face à des situations complexes, certains français, désireux d'avoir des enfants, ayant recours à la GPA à l'étranger malgré la prohibition posée. Reconnaître ces enfants reviendrait à violer l'article 16-7 du code civil, mais une non-reconnaissance les condamnerait à être des enfants évincés de la société. Dès lors, il s'agit pour la jurisprudence française de ménager un équilibre entre l'ordre public et l'intérêt supérieur de l'enfant, notion influant sur la filiation, mais notion indéfinie offrant aux magistrats une certaine liberté d'appréciation (pour exemple, un spécialiste de la convention de La Haye, M. Bill Hilton, souligne que « l'intérêt de l'enfant, c'est un morceau de caoutchouc ; le juge tire dessus pour lui donner la forme qu'il souhaite »).

À la suite d'une condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme (ci après « Cour EDH »), la Cour de cassation a atténué cette interdiction et a admis la retranscription des actes de naissance issus d'une GPA à l'étranger (CourEDH, 26 juin 2014, Mennesson c/ France, requête n°65192/11).

Malgré tout, un nouvel obstacle a vu le jour : celui de l'autorité parentale de la mère porteuse, qui peut être un frein à l'adoption par le conjoint du parent biologique. En effet, l'article 378-1 du code civil autorise le retrait de l'autorité parentale par le juge civil pour divers motifs (mauvais traitements, consommation d'alcool ou de stupéfiants, conduite notoire, comportements délictueux, défaut de soin ou manque de direction), si le parent met manifestement en danger la santé, la sécurité ou la moralité de l'enfant. Dès lors, comment cette condition doit-elle être interprétée ? Est-elle remplie en présence d'un enfant né d'une GPA à l'étranger, élevé en France par son père et son conjoint, dont la mère porteuse, de fait, s'est désintéressé, ne lui apportant aucun soin ni direction ?

### III - Analyse

Le père biologique de jumeaux, nés en Inde à la suite d'une GPA, se pourvoit en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel de Lyon du 9 juin 2020 rejetant sa demande de retrait de l'autorité parentale de la mère biologique sur ses deux enfants, cette dernière ayant, selon une déclaration du 30 juillet 2010 effectuée en Inde, renoncé à tous ses droits parentaux sur les deux enfants. Dès lors, pour le père biologique, ce refus du retrait de l'autorité parentale interdirait aux enfants d'être adoptés par son conjoint, leur interdirait de constituer une vraie

famille et constituerait une atteinte à leur vie privée et familiale discriminatoire, puisque fondée sur la naissance, en violation des articles 8 et 14 de la CEDH.

La Cour de cassation écarte les différents griefs tirés de la méconnaissance, non seulement des articles 373-2-6 et 378-1 du code civil, mais aussi des articles 8 et 14 de la CEDH, et confirme le raisonnement de la cour d'appel en tout point, que ce soit sur le volet interne ou européen.

Concernant le droit interne, la cour d'appel rappelle tout d'abord les termes de l'article 378-1, alinéa premier, du code civil et constate « qu'un défaut de soins ou un manque de direction ne peut justifier le retrait de l'autorité parentale que s'il met en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant. », ce danger devant être manifeste et démontré par le requérant. Ensuite, les juges du fond soulignent, à juste titre, que l'ensemble des pièces communiquées démontrait que les enfants « étaient équilibrés, heureux et parfaitement pris en charge. ». Effectivement, la cour d'appel a constaté le défaut de soins en relevant que la mère porteuse était absente de leur vie, mais rien ne démontrait que cette absence était source de danger pour eux, susceptible de justifier, au regard de l'intérêt supérieur des enfants, le retrait de l'autorité parentale de la mère porteuse.

Concernant le grief fondé sur le droit européen, les juges du fond ont légalement justifié leur décision en estimant que l'article 8 de la CEDH, d'une part, n'impose aucune adoption même s'il y a des liens d'affection et, d'autre part, admet que l'adoption des enfants par le conjoint du père demeure ouverte, sous réserve, notamment, que la déclaration du 30 juillet 2010, par laquelle la mère a renoncé à ses droits parentaux, soit déclarée valide et conforme avec l'intérêt de l'enfant. De ce fait, pour la Cour, aucune disproportion de l'atteinte au droit au respect de la vie privée ne peut être caractérisée dès lors que la voie de l'adoption était ouverte au conjoint du père biologique. Enfin, la cour d'appel n'a pas non plus violé l'article 14 de la CEDH, posant une interdiction de toute discrimination, dès lors que les conditions légales du retrait de l'autorité parentale, telles que posées par l'article 378-1 du code civil, s'appliquent indifféremment à tous les enfants, sans distinction aucune fondée sur la naissance.

#### **IV - Portée**

La décision commentée s'inscrit dans la continuité d'une jurisprudence veillant à un strict contrôle de la GPA (pour exemple, Civ. 1re, 13 septembre 2013, n°12-18.315). De même, elle ne remet pas en cause la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 sur la bioéthique, limitant la transcription d'un acte d'état civil étranger au seul parent biologique, pour les enfants nés de GPA ; le conjoint du parent biologique pouvant quant à lui engager une procédure d'adoption.

Dès lors, cet arrêt peut sans doute témoigner d'une certaine sévérité pour le demandeur, mais il reste conforme à l'article 378-1 du code civil ; en effet, le danger pour l'enfant exigé par ce texte est d'ordre physique, et non juridique : il est bien évident que la mère porteuse, dans une telle situation, ne peut pas s'occuper de l'enfant, mais il n'est pas pour autant en danger.

Ainsi, la juridiction propose une solution au refus du retrait de l'autorité parentale : l'adoption. Solution déjà avancée par la Cour de cassation (Civ. 1re, 5 juillet 2017, n° 16-16.455) et acceptée (Civ. 1re, 4 novembre 2020, n°19-15.739), et qui semble s'inscrire dans la continuité de la loi n° 2022-219 du 21 février 2022 visant à réformer l'adoption. Cette dernière ouvre l'adoption aux couples liés par un pacte civil de solidarité et aux concubins, et valorise l'adoption simple. Une avancée qui est à saluer mais qui posera sûrement des problèmes concrets, augmentant le nombre de candidats à l'adoption et donc les délais d'attente pour accueillir un enfant.

Alors même que d'autres pays ont légalisé la pratique de la GPA, le principe en France reste, comme vu précédemment, celui de la prohibition. De ce fait, la Cour ne peut donner aucune indication sur une possible reconnaissance généralisée de la GPA réalisée à

l'étranger en violation de l'ordre public français, à laquelle une partie des parlementaires reste hostile (pour exemple, la proposition de loi constitutionnelle du 7 juillet 2022, visant à proscrire le recours à la GPA).

Enfin, il apparaît surprenant que la mère porteuse, sans doute contrainte d'accepter la GPA en raison de sa grande précarité, se voit reprocher, par le demandeur, un désintérêt pour ses enfants à l'appui d'une demande de retrait de l'autorité parentale, alors que ce dernier est lui-même à l'origine de ce désintérêt, par la GPA qu'il a sollicitée.

Note publiée sur le site Internet de l'Institut international des droits de l'Homme et de la paix le 16 novembre 2022 : [www.2idhp.eu](http://www.2idhp.eu)



## Point de vue

**Lisa REVEILLARD**

« Port de signes religieux au travail : les précisions de la Cour de justice de l'Union européenne »

**Affaire :** CJUE, 13 octobre 2022, L.F., C-344/20

### I - Textes

- Directive 2000/78/CE du Conseil : articles 1, 2 et 8
- Loi Belge du 10/05/2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination (loi générale anti-discrimination)
- Traité de fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) : article 19
- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE) : articles 10, 16, 21 et 52
- Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CEDH) : article 9

### II - Contexte

La directive de l'Union Européenne 2000/78/CE (ci-après « directive ») tend à imposer un cadre général de lutte contre les discriminations au travail, fondées notamment sur la religion ou sur les convictions. La directive couvre aussi bien la discrimination directe (différence de traitement fondée sur une caractéristique précise) que la discrimination indirecte (disposition, critère ou pratique apparemment neutre, mais susceptible de produire un effet défavorable pour des personnes particulières).

Par le passé, la CJUE a déjà été amenée à traiter de la question sensible du port du voile islamique en entreprise. Elle avait ainsi estimé dans ses arrêts de 2017 « G4S Secure Solutions » (points 30 et 32) et « Bougnaoui et ADDH » (point 35 et 36) que l'interdiction par un règlement intérieur du port de signe religieux au travail ne constituait pas, en soi, une discrimination directe. Néanmoins, face aux nombreuses questions d'interprétation de la directive restées en suspens, la CJUE a été saisie d'un nouveau renvoi préjudiciel.

### III - Analyse

En l'espèce, il est question d'un différend opposant L.F., citoyenne belge portant le voile islamique, à S.C.R.L., société privée. En 2018, cette dernière a rejeté la candidature à un stage de L.F., car celle-ci a indiqué qu'elle refuserait de retirer son voile pour se conformer à la politique de neutralité promue au sein de S.C.R.L. et inscrite dans son règlement intérieur. Considérant que S.C.R.L. a violé les dispositions de la loi générale anti-discrimination, L.F. saisit les premiers juges.

Trois questions préjudicielles ont été soulevées par le Tribunal du travail de Bruxelles. Tout d'abord, il interroge la Cour sur le point de savoir si les termes « religion ou convictions » figurant à l'article 1er de ladite directive doivent être interprétés comme les deux facettes d'un même critère, ou au contraire comme deux critères distincts. Deuxièmement, il demande à la Cour si une disposition interdisant le port d'un signe ou d'un vêtement connoté, telle que celle contenue dans le règlement de travail de S.C.R.L., constitue une discrimination directe fondée sur la religion au sens de la directive. Enfin, la dernière question vise à clarifier la marge d'appréciation dont disposent les États dans la transposition de la directive.

Sur la première question, la CJUE indique que les termes « religion ou convictions » doivent s'analyser comme les deux facettes « d'un même et unique motif de discrimination », recouvrant tant les convictions religieuses que philosophiques ou spirituelles. Pour parvenir

à ce raisonnement, la Cour s'appuie notamment sur le TFUE et la CDFUE qui usent d'une terminologie équivalente, et sur la Cour Européenne des droits de l'Homme (ci-après « Cour EDH ») qui fait notamment de la liberté de religion « l'une des assises d'une société démocratique ».

Sur la deuxième question, la CJUE déroule un argumentaire en plusieurs étapes. En se fondant sur sa jurisprudence antérieure, la Cour estime d'abord qu'une disposition d'un règlement intérieur interdisant aux travailleurs de manifester de quelque manière que ce soit leurs convictions religieuses ne saurait constituer une discrimination directe, dès lors que cette disposition est appliquée « de manière générale et indifférenciée » (point 34). Autrement dit, elle ne doit pas viser de religion en particulier. Néanmoins, une telle disposition serait susceptible de constituer une discrimination indirecte s'il est établi « que l'obligation en apparence neutre qu'elle contient aboutit, en fait, à un désavantage particulier pour les personnes adhérant à une religion ou à des convictions données » (point 37). Toutefois, la Cour poursuit qu'une telle différence de traitement ne serait pas constitutive d'une discrimination indirecte si elle est objectivement justifiée par un objectif légitime et si les moyens de réaliser cet objectif sont « appropriés et nécessaires » (point 38).

Dès lors, la marge d'appréciation laissée aux États dans la transposition de la directive communautaire ne saurait aller jusqu'à leur permettre de scinder le motif de discrimination susvisé. La Cour estime en effet qu'une approche segmentée de ce motif ne serait pas gage d'une protection plus favorable des justiciables, portant alors atteinte à l'effet utile de la directive.

Ces éclaircissements à l'esprit, il appartiendra au tribunal du travail de Bruxelles de les appliquer aux faits de l'espèce.

#### **IV - Portée**

Face à la sensibilité croissante que suscite la question du port de signes religieux au travail dans la société européenne, plusieurs arrêts successifs ont permis à la CJUE de construire sa jurisprudence sur le sujet.

Dans sa décision de 2017 « G4S Secure Solutions » précitée, la Cour avait déjà estimé que la clause d'un règlement intérieur interdisant le port de signe religieux n'était pas en soi constitutive d'une discrimination directe fondée sur la religion. Elle avait en revanche considéré qu'elle constituait une discrimination indirecte, laquelle pouvait toutefois être justifiée par la volonté de l'employeur d'afficher une politique de neutralité à l'égard de la clientèle et du public. Dès lors, une telle clause ne saurait s'appliquer qu'aux salariés en contact avec ces derniers. Mais, dans son arrêt de 2021 « Wabe et MH Müller Handel », la Cour a admis un nouveau motif pouvant justifier une clause de neutralité : la volonté de prévenir les conflits sociaux au sein de l'entreprise (points 63 et 75). Cela signifie que, dorénavant, une telle clause peut valablement viser l'ensemble des travailleurs. La CJUE (comme la Cour EDH avant elle) reconnaît en outre aux juridictions nationales une marge d'appréciation dans la conciliation des droits et intérêts en cause, et ce au nom du respect de leurs traditions nationales.

Il convient de rappeler que dans le cadre du renvoi préjudiciel, la Cour ne tranche pas le litige qui lui est soumis, mais fournit une décision de principe devant servir de référence aux États-membres. Aux vues des indications apportées, le Tribunal bruxellois devra opérer un contrôle de proportionnalité entre le but visé par l'interdiction et les moyens employés par l'entreprise pour l'atteindre. Il devra trancher plusieurs questions : L.F. a-t-elle subi une discrimination (directe ou indirecte) ? Dans le cas d'une discrimination indirecte, celle-ci était-elle justifiée par un objectif légitime de neutralité ? Les moyens de réaliser cet objectif étaient-ils appropriés et nécessaires ?

En définitive, il semble qu'en affinant son analyse, la CJUE fasse un pas de plus vers la liberté religieuse. En effet, il est intéressant de noter que la Cour observe que la poursuite, certes légitime, des objectifs de neutralité et de prévention des conflits sociaux ne suffit pas à fonder une différence de traitement indirectement fondée sur la religion (point 41). La CJUE

affirme par ailleurs que rien ne s'oppose à ce que, lors de la mise en balance des intérêts en cause, la juridiction nationale accorde « une plus grande importance à ceux de la religion ou des convictions qu'à ceux résultant, notamment, de la liberté d'entreprendre », laquelle est pourtant reconnue à l'article 16 de la CDFUE (point 52).

Ainsi, la CJUE rend ici un arrêt équilibré, qui tente de concilier les intérêts du salarié avec ceux de l'entreprise.

Note publiée sur le site Internet de l'Institut international des droits de l'Homme et de la paix le 22 novembre 2022 : [www.2idhp.eu](http://www.2idhp.eu)



## Point de vue

**Clara ETOUNGOU NGONO**

« Femen : « (Ne) Couvrez (pas) ce sein (politique) que je (...) saurais voir » »

**Affaire :** Cour EDH, 13 octobre 2022, Bouton c. France, 22636/19

### I - Textes

- Convention Européenne des Droits de l'Homme (ci-après Convention EDH) : articles 10, 7, 9
- Code Pénal : article 222-32

### II - Contexte

L'article 10 de la Convention EDH garantit la liberté d'expression, tout en autorisant malgré tout des ingérences de l'Etat. Ces ingérences doivent être prévues par la loi et « nécessaires, dans une société démocratique, (notamment) à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui ». L'article 7 de la Convention prévoit le principe de légalité criminelle qui, selon la Cour Européenne des Droits de l'Homme (ci-après CEDH), impose que les textes d'incrimination soient rédigés en termes clairs et précis (CEDH 1996, *Cantoni contre France*). La liberté de pensée, de conscience et de religion est consacrée par l'article 9 de la Convention. Au regard de ces textes, une militante Femen qui manifeste poitrine dénudée peut-elle être condamnée pour délit d'exhibition sexuelle incriminé par l'article 222-32 du code pénal français disposant que : « L'exhibition sexuelle imposée à la vue d'autrui dans un lieu accessible aux regards du public est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. » ?

### III - Analyse

Une militante du mouvement des Femen manifeste poitrine dénudée dans une église. Elle mime un avortement à l'aide d'un foie de bœuf pour dénoncer la position de l'Église à ce sujet. Elle est condamnée pour délit d'exhibition sexuelle à un mois d'emprisonnement avec sursis et à 2000 € en réparation du préjudice subi par l'église. Le moyen tiré d'une violation de la liberté d'expression est écarté au motif que l'atteinte à cette dernière devait être conciliée avec la protection des droits d'autrui (ici la liberté de religion). La chambre criminelle a en outre refusé de renvoyer une question prioritaire de constitutionnalité invoquant l'absence de précision de l'article 222-32 du code pénal, base des poursuites.

La militante saisit la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Elle soutient notamment que sa condamnation pénale était contraire à l'article 10 de la Convention EDH. Elle prétend que l'ingérence de l'État n'était pas « prévue par la loi », au sens du second paragraphe de l'article 10, en raison de l'absence de clarté et prévisibilité des dispositions du code pénal et que sa condamnation n'était pas « nécessaire dans une société démocratique » ni proportionnée au but allégué par le gouvernement français. Elle estime que le caractère politique de son action aurait dû être pris en compte. Le gouvernement prétend que les trois conditions prévues par le § 2 de l'article 10 sont remplies : l'ingérence serait prévue par la loi, car la jurisprudence a précisé le délit en cause, elle poursuivrait un but légitime : « la nécessité de protéger la morale, l'ordre public et les droits d'autrui » et la condamnation était nécessaire dans une société démocratique car elle ne visait pas les idées défendues par la requérante, mais le délit d'exhibition sexuelle.

La CEDH constate qu'il y a bien eu ingérence dans la liberté d'expression de la requérante, car selon sa jurisprudence, les idées ou les opinions peuvent s'exprimer au travers de

conduites ou de comportements et que la nudité en public peut être considérée comme l'une des formes de la liberté d'expression. Puis la Cour examine les conditions du second paragraphe de l'article 10. Elle considère que la première (« prévue par la loi ») est remplie grâce à l'apport de la jurisprudence et la faculté de consulter un avocat spécialisé. La deuxième condition, « un but légitime » à l'ingérence, est aussi respectée (ici la protection de la morale et des droits d'autrui, la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales). Elle considère en revanche que la dernière condition (« nécessaire dans une société démocratique ») fait défaut. La CEDH rappelle que la liberté d'expression vaut aussi (et surtout) pour les idées « qui heurtent, choquent ou inquiètent », et que l'ingérence doit répondre à un « besoin social impérieux ». Le juge interne doit s'assurer de la proportionnalité de l'ingérence avec le but légitime poursuivi. La Cour conclut à la violation de l'article 10 en se basant sur deux motifs essentiels. D'une part, le juge interne n'avait pas à mettre en balance deux libertés, car la requérante a été sanctionnée pour s'être dénudée en public, et non pour avoir porté atteinte à la liberté de conscience et de religion d'autrui, et il aurait dû tenir compte des mobiles s'inscrivant dans un débat d'intérêt général (ici l'avortement et le droit des femmes de disposer de leur corps). D'autre part, une peine d'emprisonnement, y compris avec sursis, ne peut sanctionner la liberté d'expression que dans des circonstances exceptionnelles, notamment lorsque d'autres droits fondamentaux ont été gravement atteints. La peine n'était donc pas en l'espèce, « nécessaire dans une société démocratique ».

La Cour écarte ensuite le grief d'atteinte à l'article 7 de la Convention reposant sur l'imprécision et l'interprétation extensive du délit d'exhibition sexuelle, car en raison du constat de la violation de l'article 10, il n'y a pas lieu de l'examiner.

#### **IV - Portée**

Si cet arrêt est la première occasion pour la Cour de se prononcer sur les actions militantes des Femén, elle ne fait que reprendre sa jurisprudence relative à la liberté d'expression politique, à l'égard de laquelle elle est particulièrement protectrice. Elle avait déjà précisé dans l'arrêt de grande chambre *Perinçek* contre Suisse de 2014 que « l'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place à des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou de questions d'intérêt général ». Dans l'arrêt *Baldassi* contre France de 2020, elle avait estimé qu'une ingérence de l'État dans ce cas doit être justifiée par des faits graves liés à l'expression d'idées politiques relevant de « l'appel à la violence, à la haine ou à l'intolérance ».

La jurisprudence française avait déjà atténué son appréciation des actes militants des Femén. La chambre criminelle a admis que l'exhibition sexuelle pouvait être justifiée par la liberté d'expression dans un arrêt du 26 février 2020 (Cass. crim., 26 févr. 2020, n° 19-81827). Si la Cour de Cassation persiste à considérer que le délit d'exhibition sexuelle est constitué quand bien même « l'intention exprimée par son auteur est dénuée de toute connotation sexuelle », elle estime qu'une appréciation in concreto des actes militants des Femén est nécessaire. La liberté d'expression politique peut ainsi être un fait justificatif de ce délit.

L'arrêt *Bouton* est donc une confirmation de la protection de la liberté d'expression politique par la CEDH. Cependant, cette protection n'est pas absolue et les actions militantes des Femén ne sont pas à l'abri d'une potentielle ingérence dans le cadre de l'article 10 § 2 de la Convention. En effet, la Cour s'appuie aussi sur la sévérité de la sanction pour justifier son constat de violation. Une sanction plus légère n'aurait potentiellement pas mené à la condamnation de l'État français. La Cour semble donc rejoindre la nouvelle position des juges français quant à une appréciation in concreto des actes militants des Femén.

On peut regretter que la Cour ne se soit pas prononcée sur la violation de l'article 7 de la Convention EDH. Un doute persiste sur la rédaction du délit d'exhibition sexuelle du code pénal français en des termes suffisamment clairs et précis tel qu'exige cet article. En effet, l'article 222-32 du code pénal n'est pas plus précis que l'ancienne rédaction du harcèlement sexuel, censuré par le Conseil constitutionnel (Décision n° 2012-240 QPC).

Note publiée sur le site Internet de l'Institut international des droits de l'Homme et de la paix le 29 novembre 2022 : [www.2idhp.eu](http://www.2idhp.eu)



## Point de vue

**Hugo LECOQ**

« L'absence de rupture d'égalité quant à la rémunération des avocats de l'aide juridictionnelle »

**Affaire :** CE, 17 octobre 2022, ADDE, 443289

### I - Textes

- Constitution du 4 octobre 1958, article 34 et 55
- Convention Européenne des droits de l'homme, art. 6 paragraphe 1
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 14
- Loi n°91-647 du 10 juillet 1991, art. 27, 37
- Décret n°2020-1717 du 28 décembre 2020, art. 93

### II - Contexte

La différence de traitement intervenant dans le cadre de l'aide juridictionnelle, fondée sur la cause d'extinction de l'instance amène-t-elle une rupture d'égalité entre les avocats, telle est la question posée dans l'arrêt « ADDE » du Conseil d'État (ci-après CE) du 17 octobre 2022.

L'aide juridictionnelle est un mécanisme mis en place par la loi du 10 juillet 1991 qui permet la prise en charge, par l'État, des frais liés à une procédure juridictionnelle ou à une procédure non-juridictionnelle. Cette aide est destinée aux personnes voulant faire valoir leurs droits devant une juridiction, mais qui ne possèdent pas les moyens financiers nécessaires à la mise en œuvre d'une telle procédure.

Cette aide répond à un barème déterminé par l'état en fonction du contentieux. Parmi les frais pris en charge on trouve notamment la rémunération des avocats. Dans un arrêt du 3 novembre 2016 (n°378190), le CE indique que l'aide juridictionnelle n'a pas vocation à couvrir tous les frais engagés par les avocats, laissant à ceux-ci une partie des coûts liés à la mise en œuvre de l'aide juridictionnelle. À travers cet arrêt, il apparaît que l'aide juridictionnelle n'a pas pour vocation d'indemniser la totalité des frais avancés par les avocats mais d'assurer une rémunération minimale de ce dernier. Cette rétribution accorde une juste compensation pour l'avocat intervenant dans le cadre de ce mécanisme. Il est à noter qu'il est loisible à ces derniers de refuser la rétribution qui leur est proposé dans le cadre de l'aide juridictionnelle.

Pour mieux appréhender la question amenée par l'arrêt du 17 octobre 2022, il est important de comprendre que la différence de traitement est une discrimination, mais qu'elle est légitime en ce qu'elle est prévue par la loi, n'est pas disproportionnée et est justifiée. C'est une entorse au principe d'égalité.

Dans cet arrêt, l'association Avocats pour la défense des droits des étrangers introduit devant le CE une demande d'annulation pour excès de pouvoir de la décision implicite de rejet, née du silence gardé du garde des Sceaux, quant à la demande d'abrogation du dernier alinéa de l'article 111 du décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991.

### III - Analyse

Le moyen principalement avancé par les requérants est que la disposition litigieuse amène une rupture d'égalité entre les avocats de l'aide juridictionnelle. L'article 111, devenu l'article 93 du décret du 28 décembre 2020, créerait une différence de traitement pour les avocats apportant leur concours aux bénéficiaires de l'aide juridictionnelle, et ce, en fonction de

la cause d'extinction de l'instance. Ainsi, l'avocat pourra seulement bénéficier « d'une rétribution n'excédant pas la moitié de celle fixée par le barème applicable en aide totale sans autre imputation à ce titre » (§2) si l'extinction de l'instance est due à un non-lieu. À contrario, si l'instance est éteinte par une autre cause qu'un non-lieu à statuer, l'avocat pourra prétendre à la rétribution qui lui est due, sans se voir appliquer une rétribution minorée à 50 % de celle fixée par le barème.

En l'espèce, le CE reconnaît l'existence d'une différence de traitement, mais il estime qu'elle n'est manifestement pas disproportionnée. De ce fait, il considère qu'il n'y a pas de rupture d'égalité entre les avocats intervenant dans le cadre de l'aide juridictionnelle. La haute juridiction reprend d'ailleurs l'attendu de principe de l'arrêt CE Mme Duvignères du 18 décembre 2002 (n°233618) au considérant 4. Cet attendu était déjà posé, d'une manière moins explicite dans l'arrêt CE Denoyez et Chorques de 1974 (n°88032). De ce fait, le CE marque la possibilité pour le législateur de traiter de manière différente des avocats intervenant dans le cadre de l'aide juridictionnelle, en justifiant cela par la différence de situation entre les diverses affaires concernées.

De plus, le CE souligne l'existence de l'article 37 de la loi du 10 juillet 1991 qui met en place un mécanisme permettant à l'avocat de renoncer à percevoir la part contributive de l'État et de poursuivre la partie tenue aux dépens du versement de ce qui lui est dû au titre de la rétribution. Le CE, entre l'absence de rupture d'égalité et l'existence du mécanisme de l'article 37 considère que la différence de traitement issue de l'article 93 n'est pas disproportionnée.

Le CE considère également que les dispositions contestées sont sans incidence sur le droit des justiciables à bénéficier de l'aide juridictionnelle ce qui permet d'écarter les articles 6 paragraphe 1 de la Convention Européenne des droits de l'Homme ainsi que l'article 14 du pacte international des droits civils et politiques. En application de l'arrêt d'Assemblée Roujansky du 23 novembre 1984, le CE écarte l'application de l'article 10 de la déclaration universelle des droits de l'Homme (Ci-après DUDH). La DUDH n'est pas applicable, car c'est une résolution de l'assemblée générale des Nations Unies et non un traité. Or selon la jurisprudence CE Gisti et Fapil de 2012 (n°322326), seuls les traités internationaux ratifiés dans le cadre de l'article 55 peuvent être appliqués en droit interne.

#### **IV - Portée**

Le CE innove statuant sur la possible rupture d'égalité entre les avocats intervenant dans le cadre de l'aide juridictionnelle. Néanmoins, déjà dans un avis du 18 janvier 2017 (n°399893), le CE avait statué sur la mise en œuvre des articles 93 et 37, (anciennement article 111 du décret du 19 décembre 1991), démontrant la complexité de cette différence de traitement. Il considère dans cet avis qu'il faudrait faire une mise en œuvre complémentaire des deux articles.

Les Cours administratives d'appel (ci-après CAA) se sont d'ailleurs prononcées à de multiples reprises sur l'application des articles 93 et 37 (par exemple, CAA Nantes, 2 octobre 2020, N°20NT00103). Une jurisprudence constante de la juridiction administrative s'observe quant à la possibilité de traiter différemment ces avocats. La requête du 17 octobre 2022 est une source potentielle de danger pour la jurisprudence existante, car si le CE considérait qu'il y avait effectivement une rupture d'égalité alors la jurisprudence existante aurait été vouée à disparaître, au même titre que la disposition litigieuse. Par conséquent, le CE considère qu'il n'y avait pas de rupture d'égalité afin de préserver l'article 93 et la jurisprudence liée à ce dernier.

Par ailleurs, une contradiction semble se dessiner entre cette décision du CE d'octobre 2022 et l'avis du CE du 18 janvier 2017 (n°399893). En effet, dans son arrêt, la cour semble prétendre que l'article 37 est une alternative à l'application de l'article 93 et que ce dernier est le seul motif justifiant la différence de traitement qui n'est pas manifestement disproportionnée. Même si la justification du CE est légère pour considérer l'absence de rupture d'égalité, il faut s'interroger sur la portée de cet arrêt. Il vient contredire l'avis de 2017 et toute la

jurisprudence qui en découle, notamment celle des CAA qui ont de manière constante appliqué l'avis du 18 janvier 2017 (n°16MA01254, n°20NT02854, n°20NT00103). L'approche de l'avis de 2017 et des CAA semble plus pertinente en ce qu'elle donne une véritable complémentarité aux textes régissant la rémunération des avocats intervenant dans le cadre de l'aide juridictionnelle. La question est donc de savoir si cet arrêt est un revirement de jurisprudence par rapport à l'avis du CE du 18 janvier 2017 ou si le CE s'est simplement appuyé sur l'article 37 pour éviter à la jurisprudence antérieure de disparaître en cas de reconnaissance d'une rupture d'égalité entre les avocats de l'aide juridictionnelle.

Note publiée sur le site Internet de l'Institut international des droits de l'Homme  
et de la paix le 7 décembre 2022 : [www.2idhp.eu](http://www.2idhp.eu)



## Point de vue

### Agathe WYZGOLIK

« Protection du secret des sources des journalistes : le Conseil constitutionnel tranche en faveur du secret de l'enquête et de l'instruction »

**Affaire :** Cons. const., décision 2022-1021 QPC du 28 octobre 2022, Marie P\*

#### I - Textes

- Code de procédure pénale (CPP) : articles 1, 11, 60-1, 100-5, 170, 171 et 173
- Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen : articles 2, 9 et 16
- Loi sur la liberté de la presse de 1881 : article 2

#### II - Contexte

La protection des sources des journalistes a été consacrée pour la première fois par une loi de 2010 qui a inscrit cette protection à l'article 2 de la loi de 1881 sur la presse. L'article 2 alinéa 3 de cette loi n'autorise une atteinte à ce secret qu'à de strictes conditions et il précise d'ailleurs que « cette atteinte ne peut en aucun cas consister en une obligation pour le journaliste de révéler ses sources. » Plus spécialement, les articles 60-1 et 100-5 du CPP interdisent de verser au dossier d'enquête ou d'instruction des éléments obtenus par le biais de réquisitions ou d'interceptions de correspondances obtenus en violation du secret des sources, et ceci à peine de nullité.

Durant l'instruction, l'article 170 du CPP prévoit qu'il est possible de demander à la chambre de l'instruction l'annulation d'un acte ou d'une pièce de procédure irrégulière. L'article 173 poursuit en disposant que cette juridiction ne peut être saisie que par le juge d'instruction, le procureur, le mis en examen, la partie civile ou le témoin assisté. Un journaliste tiers à la procédure ne peut donc pas agir pour demander l'annulation d'une pièce portant atteinte aux sources journalistiques. Cette exclusion des tiers est justifiée par la protection d'un autre secret : le secret de l'enquête et de l'instruction, qui tend à préserver la présomption d'innocence et la bonne administration de la justice, et qui est consacré par l'article 11 du CPP.

Ces deux secrets sont extrêmement difficiles à allier et c'est de cette conciliation que le Conseil constitutionnel a été saisi par la voie d'une question prioritaire de constitutionnalité.

#### III - Analyse

Madame Marie P., journaliste, conteste la présence dans un dossier d'instruction de documents couverts par le secret des sources journalistiques et souhaite en demander l'annulation. Cependant, elle va se heurter à un problème de recevabilité en ce qu'elle n'est pas partie à la procédure pénale dont l'acte découle. La requérante soulève une question prioritaire de constitutionnalité jugée sérieuse par la Cour de cassation et renvoyée au Conseil constitutionnel.

La requérante allègue une violation du droit à un recours effectif, du droit au respect de la vie privée et de la liberté d'expression en ce que les dispositions contestées ne permettent pas à un journaliste, qui n'est pas partie à la procédure, de présenter une requête en nullité d'un acte d'investigation ayant été accompli en violation du secret de ses sources. De plus aucune autre voie de droit n'est ouverte pour permettre la contestation de cet acte litigieux. Selon la requérante, cela instaurerait une rupture d'égalité entre le journaliste partie à la procédure ou témoin assisté et celui qui ne l'est pas.

Le Conseil constitutionnel rappelle en premier lieu la jurisprudence constante de la Cour de cassation selon laquelle un tiers à la procédure, y compris un journaliste, ne peut pas demander l'annulation d'un acte qui aurait été accompli en violation du secret des sources. La limitation des personnes pouvant contester la régularité d'un acte d'investigation se justifie par la protection du secret de l'enquête et de l'instruction et poursuit des objectifs de valeur constitutionnelle que sont la prévention des atteintes à l'ordre public, la recherche des auteurs d'infractions, le droit au respect de la vie privée ainsi que la présomption d'innocence.

En ce qui concerne le droit à un recours juridictionnel effectif, le Conseil constitutionnel atteste de l'ouverture d'autres voies de droit que celles offertes par les articles 170 et 173 du code de procédure pénale pour permettre à la requérante de déclencher une action contre les actes pris en violation du secret des sources des journalistes. La requérante a d'une part la possibilité, si la violation du secret des sources est constitutive d'une infraction, d'engager l'action publique à raison de cette violation et d'autre part, à défaut, celle d'engager la responsabilité de l'État.

Les Neuf Sages jugent dès lors que le législateur n'a pas méconnu le droit à un recours juridictionnel effectif pas plus que les autres droits invoqués par la requérante, ainsi les dispositions attaquées sont déclarées conformes à la Constitution.

#### **IV - Portée**

Par cette décision, le Conseil constitutionnel a tranché en faveur de la protection du secret de l'enquête et de l'instruction, aux dépens de la protection du secret des sources des journalistes. Il rappelle ainsi la primauté du secret de l'enquête et de l'instruction, qu'il justifie par la préservation d'objectifs à valeur constitutionnelle.

Concernant la question de la recevabilité pour demander la nullité d'un acte d'investigation, il convient de dire qu'elle a fait l'objet de revirements à répétition, la jurisprudence semble néanmoins s'être stabilisée à l'occasion de deux arrêts du 7 septembre 2021 dans lesquels la Cour de cassation semble faire primer l'intérêt à agir. Cependant, même si l'intérêt à agir semble primer, ce n'est pas la seule condition pour que la requête soit recevable, il faut également avoir qualité à agir, qualité qu'un tiers à la procédure ne possède pas, ce qui était tout le problème en l'espèce. En effet, la journaliste est totalement étrangère à la procédure, elle n'a pas qualité à agir ce qui explique pourquoi son recours en nullité sur le fondement de la procédure prévue à l'article 170 ne peut pas être recevable.

Cela étant, la décision n'est pas exempte de critique. Le Conseil constitutionnel estime que la journaliste dispose d'autres voies de droit. Or, la constitution de partie civile devant le juge pénal se solderait par l'obtention de dommages et intérêts, mais ne permettrait pas d'annuler les actes d'investigation pris en violation du secret de ses sources. En outre l'article 6-1 du code de procédure pénale est un obstacle à une telle action car la violation du secret des sources doit avoir été préalablement constatée par une décision définitive. On peut donc se poser la question de l'effectivité de cette voie de droit et il en va de même pour l'action en responsabilité contre l'État à propos de laquelle le Conseil constitutionnel ne donne pas plus d'informations.

Se pose désormais la question de la conventionnalité de la situation. La requérante ayant mentionné son souhait de porter l'affaire devant la Cour européenne des droits de l'homme, il convient de se demander si cette dernière choisira également de faire primer le secret de l'enquête et de l'instruction sur celui du secret des sources des journalistes, solution qui, au vu de la jurisprudence de la Cour concernant la liberté d'expression semble a priori peu envisageable. En effet depuis l'arrêt Handyside de 1976, la Cour est très protectrice en la matière, estimant que « la protection des sources journalistiques est l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse ». Néanmoins, la Cour européenne protège aussi le secret de l'enquête et de l'instruction, consacré par l'arrêt Bédat contre Suisse du 29 mars 2016. Elle considère que le secret de l'enquête et de l'instruction permet de protéger des intérêts qui découlent des articles 6 et 8 de la Convention en ce que le secret de l'enquête et de l'instruction permet d'une part de garantir l'impartialité des juges et donc de veiller

à la bonne administration de la justice et d'autre part, permet de garantir le respect de la présomption d'innocence et la vie privée des personnes concernées par une procédure pénale.

Note publiée sur le site Internet de l'Institut international des droits de l'Homme et de la paix le 14 décembre 2022 : [www.2idhp.eu](http://www.2idhp.eu)



## Point de vue

**Marion DANGUY**

« Pas d'évolution pour les droits des tiers en matière de saisie pénale lors d'une information judiciaire »

**Affaire :** Cons. const., décision 2022-1020 QPC du 28 octobre 2022, Célia C\*

### I - Textes

- Code de procédure pénale (article 99 al. 6)
- Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 (articles 2, 9 et 16)

### II - Contexte

Au cours d'une enquête policière ou d'une instruction, le Code de procédure pénale (CPP) permet de saisir, donc de placer sous main de justice tout bien, y compris s'il appartient à un tiers à la procédure. Se pose alors la question des droits du tiers concerné, notamment la faculté d'avoir communication des pièces du dossier afin de contester la saisie. En phase de jugement, la communication des procès-verbaux en lien avec la saisie est possible devant le tribunal correctionnel (article 479 al. 2 CPP) mais aussi devant la cour d'assises depuis la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 (article 373 al. 3 CPP). En phase d'instruction, le tiers peut demander la restitution du bien saisi au juge d'instruction, mais, n'étant pas partie à la procédure, ne peut pas contester la régularité des actes de saisie durant cette phase, comme rappelé par la Cour de cassation (Crim. 2 juill. 1992, n°91-85.065). Il peut seulement contester les motifs du refus de restitution. Il se heurte toutefois à l'article 99 CPP alinéa 6 dans sa rédaction actuelle issue de la loi n°2019-222 du 23 mars 2019, selon lequel « il ne peut prétendre à la mise à sa disposition de la procédure ». Cette disposition rend difficile l'exercice du recours et soulève des questionnements du point de vue du droit au recours juridictionnel effectif garanti par l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC). Le Conseil constitutionnel (Conseil) a été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) sur ce sujet et a conclu que l'accès à la procédure n'est pas un droit absolu.

### III. - Analyse

Initialement, la requérante demandait la restitution de biens saisis lors d'une information judiciaire pour chefs d'infractions à la législation sur les stupéfiants. La restitution lui a été refusée par le juge d'instruction. Elle a alors interjeté appel de l'ordonnance de refus. Suite à la confirmation de l'ordonnance, elle a présenté, à l'occasion de son pourvoi, une QPC jugée sérieuse (Crim. 27 juill. 2022, n°22-80.770). En se voyant opposer un refus, elle a soutenu ne pas pouvoir exercer correctement un recours juridictionnel effectif et a mis en cause l'article 99 al. 6 CPP. Ce texte méconnaîtrait le droit à un procès équitable et le principe du contradictoire garantis par l'article 16 DDHC en ce qu'il n'autorise pas le tiers à une information judiciaire à avoir accès aux actes de procédure relatifs à la saisie de ses biens.

Le Conseil décompose l'argumentaire de la requérante et le réfute. Il centre sa QPC sur le droit à un recours effectif et expose les droits prévus au profit des tiers par l'article discuté, notamment celui de contester la décision strictement motivée de refus de restitution et celui d'être entendu par la chambre de l'instruction. Ensuite, il recourt aux objectifs à valeur constitutionnelle (OVC) de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions pour faire primer le secret de l'enquête et de l'instruction (article 11 CPP) face à l'article 16 DDHC. Compte tenu des OVC, il estime que le législateur a correctement mis en balance les droits du tiers à l'information judiciaire et les droits au respect de la vie privée et à la présomption d'innocence (articles 2 et 9 DDHC) des parties. Enfin, il procède

à une lecture interprétative de l'alinéa 6 en estimant que celui-ci n'a « ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à ce que la chambre de l'instruction puisse (...) communiquer au tiers appelant certaines pièces du dossier se rapportant à la saisie ». Le Conseil rappelle que le tiers peut parfois avoir accès aux pièces concernant la saisie de ses biens, soit par mise à disposition par la chambre de l'instruction, ce que l'article 99 n'interdit pas, soit en phase de jugement (articles 373 et 479 CPP). Le Conseil déclare l'article 99 al. 6 CPP conforme à l'article 16 DDHC.

#### **IV. - Portée**

Si de prime abord la décision du Conseil semble restrictive, ce dernier cherche seulement à renforcer les droits des parties. La QPC a été qualifiée de « progrès » pour l'État de droit par Jean-Louis DEBRÉ dans un discours du 4 décembre 2009. Par son biais, le Conseil démontre sa volonté de concilier les droits et libertés constitutionnels en jeu. Pour ce faire, il utilise souvent les OVC que nous retrouvons régulièrement dans sa jurisprudence depuis leur création en 1982 (Cons. const., décision 82-141 DC du 27 juill. 1982). Ce sont des objectifs d'intérêt général assignés au législateur dont celui-ci doit tenir compte lors de l'édiction de ses normes. Ils permettent au Conseil de justifier la limitation ou l'accroissement de la protection offerte par un droit ou une liberté constitutionnel. Il en a par exemple fait l'utilisation en 2011 afin de restreindre l'étendue des droits d'accès au dossier de l'avocat d'une personne gardée à vue (Cons. const., décision 2011-191/194/195/196/197 QPC du 18 novembre 2011, cons. 29). La protection du secret de l'enquête et de l'instruction avait déjà été mobilisée en 2018 (Cons. const., décision 2017-693 QPC du 2 mars 2018, cons. 8). Plus récemment, en 2022, ce même secret de l'enquête a été invoqué pour refuser d'accorder au tiers journaliste la contestation des actes accomplis en violation du secret des sources journalistiques (Cons. const., décision n° 2022-1021 QPC du 28 octobre 2022, cons. 13). Ces décisions mettent en lumière deux points : l'importance du mécanisme de l'OVC dans la protection des droits et libertés et la place mineure du tiers face aux parties dans une procédure. Puisqu'il apparaît que l'étendue des droits d'accès à la procédure est malléable selon la qualité de la personne à l'origine de la demande et le moment de la procédure, le Conseil a pu aisément limiter par deux décisions du 28 octobre 2022, les possibilités d'intervention du tiers en recourant aux OVC de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions.

Grâce à la conciliation faite entre les droits du tiers et le principe du secret de l'enquête et de l'instruction, le Conseil entend rendre plus effectifs le droit à la vie privée et le principe de la présomption d'innocence. Cette solution se rapproche de la position de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) qui entend aujourd'hui explicitement protéger le secret de l'enquête et de l'instruction (Cour EDH, 29 mars 2016, *Bédat c. Suisse* 56925/08, § 7.3) mais aussi sa finalité, la présomption d'innocence (article 6 § 2 CEDH) et la vie privée des parties. Ce dispositif est certes défavorable aux tiers, mais participe à protéger plus amplement les parties à une procédure.

Cependant, en énumérant les diverses possibilités pour le tiers d'obtenir une mise à sa disposition de la procédure, le Conseil rappelle qu'il dispose, malgré tout, d'un cadre juridique satisfaisant pour faire valoir ses droits. Il fait à nouveau preuve de logique en distinguant le suspect et la victime du tiers. Le Conseil est donc le gardien des libertés de tous, mais principalement des parties à une procédure, aux dépens du tiers, à juste titre.

Note publiée sur le site Internet de l'Institut international des droits de l'Homme et de la paix le 21 décembre 2022 : [www.2idhp.eu](http://www.2idhp.eu)



## Point de vue

**Théo BARIL**

« La carence injustifiée selon la Cour européenne des droits de l'Homme des autorités françaises dans le suivi d'une enfant placée »

**Affaire :** Cour EDH, 3 novembre 2022, *Loste c. France*, n° 59227/12

### I - Textes

- Loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances sur l'État, les départements, les communes et les établissements publics
- Convention Européenne des Droits de l'Homme, articles 3, 9 et 13

### II - Contexte

Depuis la refonte du régime de la prescription quadriennale initiée par la Loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances sur l'État, les départements, les communes et les établissements publics, le créancier dispose de quatre ans pour engager une action en responsabilité contre l'État, les départements, communes et établissements publics, le point de départ du délai de prescription commence au 1er janvier de l'année qui suit la survenance du fait générateur du dommage. De plus, le Conseil d'État a précisé « que le point de départ de la prescription est la date à laquelle la victime est en mesure de connaître l'origine de ce dommage ou du moins de disposer d'indications suffisantes selon lesquelles ce dommage pourrait être imputable du fait de l'administration » (Conseil d'État, 11 juillet 2008, n° 306140).

Concernant les normes procédurales, il convient de rappeler que la Cour européenne des droits de l'Homme (Cour EDH) mène une lutte sans relâche contre le formalisme excessif, comme rappelé récemment dans l'affaire *Xavier Lucas* (Cour EDH, 9 juin 2022, *Xavier Lucas c/ France*, n° 15567/20, §57). De ce fait, la Cour EDH bataille contre l'application trop rigoureuse des normes procédurales ayant pour effet de nuire à la garantie d'un droit « concret et effectif » (Cour EDH, 5 avril 2018, *Zubac c/ Croatie*, n° 40160/12, §97). Cette jurisprudence constante accorde une grande importance aux circonstances de l'espèce, car ce qui importe n'est pas l'existence de garanties en droit interne, mais si leurs applications ont privé le requérant de ces dernières.

Reste à préciser qu'en droit français, lors des contrats de placement, la famille d'accueil est tenue de respecter une clause de neutralité religieuse. Cette clause est imposée par le service de l'Aide Sociale à l'Enfance (ASE) aux membres de la famille d'accueil, qui sont tenus de ne pas adopter de comportement prosélyte vis-à-vis de l'enfant.

En l'espèce, à l'âge de cinq ans, la requérante a été prise en charge par l'ASE puis placée dans une famille d'accueil membre des Témoins de Jéhovah, où elle fut élevée en tant que tel, alors que sa famille d'origine est de confession musulmane. Elle fera en outre l'objet d'abus sexuels de la part de son père d'accueil. La requérante engagera par la suite une action en responsabilité contre le département Tarn-et-Garonne afin d'être indemnisée, car c'est ce dernier qui est responsable des services sociaux. Les juges nationaux refuseront de lui accorder au motif que les faits sont prescrits.

### III. - Analyse

La requérante argue devant les juges européens, que dans le cadre de son action en responsabilité contre le département, l'application des juges s'agissant du point de départ de la prescription viole les articles 6 (droit à un procès équitable) et 13 (droit à un recours

effectif) de la Convention européenne des droits de l'Homme (Convention EDH).

Elle argue également que les services de l'ASE ont manqué à leurs obligations en ne la protégeant pas des abus sexuels subis, constituant une violation de l'article 3 de la Convention, qui prohibe les traitements inhumains et dégradants.

Enfin, elle soutient que les autorités nationales ont violé l'article 9 de ladite convention, qui garantit la liberté de religion, en ne prenant pas les mesures nécessaires pour que sa famille d'accueil respecte la clause de neutralité religieuse.

Le gouvernement estime quant à lui que le point de départ du délai de prescription commence à courir le 1er janvier 1995, car au cours de l'année 1994, la requérante avait coupé les liens avec sa famille d'accueil et a fait part aux responsables des Témoins de Jéhovah des abus sexuels qu'elle a subis, dès lors, la requérante était en mesure « d'apprécier les conséquences dommageables des fautes commises par le service de l'ASE » (§63).

De plus, le contrôle et le suivi des services de l'ASE étaient réguliers, mais aucun élément ne permettait d'alerter les autorités, ni sur les mauvais traitements subis, ni sur les convictions religieuses de la famille d'accueil.

Premièrement, la Cour EDH a estimé dans une jurisprudence antérieure que le délai de prescription quadriennale en matière administratif n'était pas excessivement court (Cour EDH, 8 juillet 2004, Vo c. France, n° 53924/00, §93).

En revanche, il y a effectivement une violation de l'article 13, combiné aux articles 3 et 9, car les juridictions internes n'ont pas pris en compte le fait que la requérante n'ait eu accès à son dossier que le 24 février 1999, dossier dont elle avait besoin pour démontrer la carence des autorités nationales, ce qui constitue un formalisme excessif.

Deuxièmement, les juges ont conclu à la violation de l'article 3 dans son volet matériel, la France n'ayant pas pu remplir ses obligations positives découlant dudit article. En effet, il était à charge de l'État français de prendre les mesures nécessaires afin de ne pas exposer la requérante à des traitements inhumains et dégradants, ce qui n'a pas été le cas en l'espèce, en raison de la carence du suivi des services sociaux.

Enfin, la Cour EDH constate que les autorités nationales ont violé l'article 9 de la Convention EDH, car elles n'ont pas respecté la clause de neutralité imposée à la famille d'accueil, n'ayant pas eu à leur connaissance les convictions religieuses de ladite famille en raison des carences dans leur suivi. De plus, suite à l'hospitalisation de la requérante, sa famille d'accueil a exprimé son refus de procéder à une transfusion sanguine en raison de leur conviction religieuse, ce qui a été porté à la connaissance de l'assistante sociale chargée du suivi de la requérante, sans que cela ait été porté à la connaissance du juge.

De ce fait, la France n'a pas pris les mesures nécessaires pour que soit respectée la liberté de religion de la requérante, et n'a donc pas rempli les obligations positives découlant de l'article 9.

#### **IV. - Portée**

Conclure à la violation de l'article 3 ainsi que de l'article 9 en raison de la carence du suivi des services sociaux n'a rien d'étonnant, la Cour a dégagé la notion des obligations positives très tôt dans sa jurisprudence, contraignant ainsi les États à prendre les mesures nécessaires afin de faire respecter les droits de la Convention EDH, quand bien même ces droits supposeraient une abstention de la part des États. En revanche, c'est sur la notion de l'excès de formalisme que les juges européens se sont montrés plus audacieux.

En effet, c'est la première fois que la Cour EDH condamne un État pour formalisme excessif sur le fondement de l'article 13 de la Convention EDH. D'accoutumée, la Cour emploie cette

notion en lien avec l'article 6 de la même convention (Cour EDH, 9 juin 2022, Xavier Lucas c/ France, n° 15567/20, §43). Cependant, et la Cour le rappelle, « l'article 6 constitue une *lex specialis* par rapport à l'article 13, les exigences du second se trouvant comprises dans celles, plus strictes, du premier » (§61). Cela s'explique du fait que l'article 6 ne trouve à s'appliquer qu'en matière civile et pénale, mais dans le cas en l'espèce, la demande d'indemnisation de la requérante envers le département relève du contentieux administratif, ce qui ne permet pas d'appliquer ledit article. Pour parer à cette situation, la Cour a condamné la France sur le fondement de l'article 13, ce qui permet d'appliquer la notion de formalisme excessif dans un cadre plus global, puisqu'elle trouve désormais à s'appliquer peu importe la nature du contentieux. Ce faisant, la Cour accorde ainsi une protection plus conséquente aux individus lésés par la mauvaise application des normes procédurales.

Note publiée sur le site Internet de l'Institut international des droits de l'Homme et de la paix le 4 janvier 2023 : [www.2idhp.eu](http://www.2idhp.eu)



## Point de vue

**Lucile LENOURY**

« L'obligation vaccinale face à la pandémie : la Cour européenne des droits de l'Homme ne se prononce toujours pas sur le fond »

**Affaire :** Cour EDH, déc., 6 octobre 2022, Thevenon c. France, 46061/21

### I - Textes

- Loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire
- Décret n° 2021-1059 du 7 août 2021, modifiant le décret no 2021-699 du 1er juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire
- Convention européenne des Droits de l'Homme article 8 et article 14
- Article 1er du Protocole n°1 additionnel à la CEDH

### II - Contexte

Face à la pandémie de covid-19 ayant touché la population mondiale depuis la fin de l'année 2019, la France a été amenée à prendre des mesures afin d'éviter la propagation de ce nouveau coronavirus sur le territoire français, et réduire les conséquences des menaces sanitaires. Suivant les préconisations de la Haute Autorité de Santé, un projet de loi relatif à la gestion de la crise sanitaire fut élaboré, prévoyant l'instauration d'une obligation vaccinale à l'égard de certains professionnels et notamment des sapeurs-pompiers et marins-pompiers des services d'incendie et de secours. Ce projet fut d'ailleurs soumis à la section consultative du Conseil d'État qui émit un avis favorable le 19 juillet 2021, bien qu'il fit part de son regret de n'avoir eu qu'une semaine pour procéder à l'examen du projet.

La direction générale de la sécurité civile et de la gestion des crises anticipa la promulgation de la loi du 5 août 2021 et présenta les modalités de mise en œuvre de l'obligation vaccinale des sapeurs-pompiers et des marins-pompiers en instaurant une période transitoire plus souple jusqu'au 15 septembre 2021, date à partir de laquelle, les intéressés se devaient de justifier de l'injection d'une première dose du vaccin, les agents ne satisfaisant pas à cette obligation s'exposant à une suspension de leur fonction.

Le requérant est lui-même sapeur-pompier professionnel et refuse de se faire vacciner. En conséquence, à la date butoir, un arrêté est pris, le suspendant de ses fonctions. Le requérant se voit alors priver de son activité professionnelle ainsi que de sa rémunération et introduit une requête individuelle portant sur la contradiction entre la loi du 5 août 2021 et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme relatif au droit à une vie privée et familiale.

### III. - Analyse

Le requérant soutient qu'il ne pouvait introduire de recours devant les juridictions internes dans la mesure où il conteste la compatibilité de mesures législatives et administratives avec la Convention : il estime que tout recours introduit par lui aurait été vain ou inefficace. De plus, il ne disposait d'aucune voie pour contester la loi litigieuse dans la mesure où une question prioritaire de constitutionnalité ne peut jamais être posée directement au Conseil constitutionnel – elle est d'abord soumise à un premier examen par le juge saisi avant qu'il ne l'envoie au Conseil d'État qui effectuera à son tour un examen plus approfondi de la Question avant de la transmettre, s'il l'estime pertinent, au Conseil constitutionnel. Également, le décret d'application ne comportant pas de dispositions relatives aux sapeurs-pompiers, il lui était impossible d'attaquer cet acte dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir, l'intérêt à agir n'étant pas constitué.

Le Gouvernement français estime quant à lui que le pourvoi du requérant est irrecevable dans la mesure où les voies de recours lui étant ouvertes au niveau national n'ont pas été épuisées. En effet, le décret d'application de la loi contestée aurait dû faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, recours qui aurait pu être assorti d'une contestation par voie d'exception de la conformité de la loi avec la Convention. Le Gouvernement précise que, si dans son avis du 19 juillet 2021, le Conseil d'État n'a pas opposé d'objection à la loi qui lui était déférée, cela n'empêchait pas pour autant le requérant de le saisir de ce même texte, la section du contentieux examinant les requêtes transmises au Conseil d'État n'étant pas la même que celle chargée de rendre des avis au Gouvernement.

La cour rappelle que sa compétence n'est que subsidiaire par rapport à celles des juridictions nationales des États parties. Ce principe est d'ailleurs introduit dans le préambule de la CEDH par le Protocole n°15, même s'il ne s'agit que d'une officialisation puisque du fait de leur généralité et de leur caractère déclaratif, les préambules de traités n'ont pas de valeur normative. En l'espèce, la Cour estime que l'avis rendu par le Conseil d'État sur la loi du 5 août 2021, relative à la gestion de la crise sanitaire, ne pouvait être considéré comme constituant un préjugement liant la section contentieuse et rendant vaine l'introduction d'un recours par le requérant. Ainsi, elle déclare la requête irrecevable pour défaut d'épuisement des voies de recours internes.

#### **IV. - Portée**

La Cour revient sur un point important de la juridiction administrative française : la dualité fonctionnelle du Conseil d'État. En effet, avant d'être un juge, le Conseil d'État est historiquement un conseiller du Gouvernement et est chargé à ce titre de rendre des avis sur les projets de lois avant leur promulgation. À cet égard, le requérant craignait que sa tentative d'introduire un recours devant le Conseil d'État ne soit vaine et soulignait le défaut d'indépendance et d'impartialité de la section contentieuse, qui ne pouvait qu'être influencée par l'avis favorable rendu par la section consultative.

La Cour a déjà eu à se prononcer sur des questions similaires et c'est à ce titre que, dans son arrêt Procola contre Luxembourg de 1995, elle s'était efforcée de déterminer si l'avis rendu par le Conseil d'État luxembourgeois pouvait constituer une sorte de pré-jugement de la décision contestée. Si la violation de l'article 6 de la CEDH était bien constituée dans l'affaire Procola, la Cour a retenu dans son arrêt Sarcilor-Lormines contre France de 2006 que, pour le Conseil d'État français, aucun membre de la formation de jugement ne faisait partie de la section ayant rendu l'avis et que les craintes quant à l'indépendance et à l'impartialité de la formation de jugement n'étaient pas objectivement justifiées. L'arrêt Thevenon ne vient donc que confirmer la jurisprudence constante de la Cour EDH et celle du Conseil d'État qui s'appuie sur cette présomption d'impartialité et donc le défaut de caractère sérieux, pour refuser la transmission des QPC portant sur l'influence des avis de la section consultative sur les jugements de la section contentieuse (CE, 16 avril 2010, Alcaly, n° 320667).

En outre, la décision d'irrecevabilité de la Cour n'est pas surprenante dans la mesure où l'article 35 de la Convention EDH prévoit que « la cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes », disposition à mettre en parallèle avec l'article 13 sur le droit à un recours effectif. La juridiction de Strasbourg a de nombreuses fois prononcé l'irrecevabilité pour ce motif et notamment dans son arrêt sur l'affaire Vuckovic et autres contre Serbie du 25 mars 2014. En revanche, on peut trouver regrettable que la Cour ne se soit pas prononcée sur le fond, sa position sur l'obligation vaccinale instaurée par de nombreux États pour faire face au covid-19 étant attendue par beaucoup. En effet, si la Cour de Strasbourg a récemment validé la conformité à l'article 8 de la Convention d'une loi tchèque imposant à tous les résidents de République Tchèque de se soumettre à un ensemble de vaccinations de routine (arrêt Vavricka et autres c. République Tchèque), le contexte particulier de la crise sanitaire permet de se demander si la solution retenue par la Cour dans l'affaire Vavricka aurait été la même concernant les diverses mesures prises par les États européens pour faire face à la pandémie.

Note publiée sur le site Internet de l'Institut international des droits de l'Homme et de la paix le 11 janvier 2023 : [www.2idhp.eu](http://www.2idhp.eu)



## Point de vue

### Anaïs PERIER

#### « L'abdication de la Cour européenne des droits de l'Homme en matière de sanctions disciplinaires »

**Affaire :** Cour EDH, 3 novembre 2022, Dahan c. France, 32314/14

#### I - Textes

- Convention Européenne des Droits de l'Homme art. 6§1 (CEDH)
- Loi du 11 janvier 1984 art. 66 (Version du 27 juillet 1991)
- Loi du 13 juillet 1983 art. 19 (Version du 16 juillet 1987)
- Code général de la fonction publique (CGFP), art. L533-1 (Version du 1er mars 2022)

#### II - Contexte

En France, les fonctionnaires sont soumis à des droits et obligations. Tout manquement peut entraîner une ou plusieurs sanctions disciplinaires classées en quatre groupes sous l'auspice de l'article 66 de la Loi du 11 janvier 1984 et codifié à l'article L533-1 du CGFP. Ces sanctions vont de l'avertissement jusqu'à la mise à la retraite d'office et/ou révocation du fonctionnaire.

En cas de sanction lourde, la consultation d'un conseil de discipline est obligatoire avant le prononcé de la sanction (article 19 de la Loi du 13 juillet 1983).

La jurisprudence en matière de sanction disciplinaire de la fonction publique semble valablement infliger des sanctions plus lourdes aux hauts fonctionnaires en raison de la nature particulière de leurs fonctions. C'est ce que le juge administratif énonce dans un arrêt du CE du 16 octobre 2019 (n°422339), où un ambassadeur de France en République Centrafricaine avait été mis à la retraite d'office, après avoir délivré irrégulièrement 730 visas à des ressortissants de ce pays. C'est sur une problématique analogue de procédure disciplinaire et d'impartialité que l'affaire Dahan c/ France du 3 novembre 2022 de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (Cour EDH) voit le jour avec une décision novatrice.

Le contrôle juridictionnel opéré par le Conseil d'Etat sur la sanction disciplinaire est-il d'une étendue suffisante, permettant de subvenir aux exigences de l'article 6§1 de la CEDH ? Telle est la question posée à la Cour EDH.

#### III. - Analyse

En dépit de ses excellents états de service, un Représentant permanent de la France auprès du Conseil de l'Europe a fait l'objet d'une procédure disciplinaire en raison de son attitude sexiste répétée. En août 2010, le requérant, à la suite d'une évaluation à 360° par ses subordonnés, et d'une plainte d'une collaboratrice du Ministère des affaires étrangères et européennes, s'est vu convoqué par le Directeur général de l'administration (DGA) aux motifs qu'il avait un comportement déplacé envers le personnel féminin, qu'il procédait à du harcèlement moral et que l'image du Ministère en pâtissait. Fin septembre 2010, il est alors remplacé dans ses fonctions. En l'espèce, le DGA, en sa qualité de président de la commission administrative paritaire, l'a informé des modalités d'accès à son dossier, de sa possibilité d'être assisté et de présenter des observations et témoins. Le 7 décembre 2010, la commission administrative présidée par le DGA, réunie en conseil de discipline, rend un avis à charge contre le requérant sur le fondement de l'article 66 de la Loi du 11 janvier 1984. A cette fin, le Président de la République décide de la mise à la retraite d'office du requérant et le ministre des affaires étrangères prononce sa radiation du corps des ministres plénipotentiaires le 4 mars 2011.

Devant la Cour EDH, le requérant lésé se fonde sur l'article 6§1 de la CEDH, concernant le droit à un tribunal impartial, pour soutenir au fond, l'existence de plusieurs vices de la procédure disciplinaire engagés contre lui. De prime abord, il se plaint du manque d'impartialité du DGA, aussi bien personnelle que fonctionnelle. Il reproche une omniprésence du DGA qui est à la fois supérieur hiérarchique, autorité de poursuite et président du conseil de discipline. De plus, il s'estime victime d'une animosité personnelle de la part du DGA, le soupçonnant de vouloir le remplacer dans ses fonctions. Enfin, il déplore l'absence de contrôle juridictionnel du Conseil d'État sur l'impartialité objective du conseil disciplinaire. Selon le requérant, le Conseil d'Etat se borne à souligner que le DGA ne présentait pas "d'animosité particulière" à son égard.

Le gouvernement français avance quant à lui que le double rôle du DGA n'a aucune incidence sur la procédure disciplinaire, ayant "seulement agi au sein du conseil de discipline selon les textes applicables" et que l'inobservation des garanties de l'article 6§1 n'a pas gravement compromis son caractère équitable.

La Cour EDH dans l'arrêt du 3 novembre 2022 estime la requête recevable et aboutit à un constat de non-violation de l'article 6§1 de la CEDH, en ce que la cause du requérant a été valablement examinée sous l'égide des critères posés par l'article 6§1. Autrement dit, il a été entendu équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, décidant de ses droits et obligations de caractère civil.

La Cour commence par rappeler au §38 que l'article 6§1 est applicable en l'espèce, sous son volet civil. Elle ajoute aux §50 et suivants que le simple contrôle ultérieur d'un organe juridictionnel de pleine juridiction (le Conseil d'Etat en l'espèce), suffit pour satisfaire l'article 6§1, en sachant que les autorités administratives en charge de la procédure disciplinaire sont des organes non juridictionnels.

La Cour EDH observe la volonté du Conseil d'Etat d'exercer, en tant que juge de l'excès de pouvoir, un contrôle entier de proportionnalité de la sanction disciplinaire. Elle se retranche du côté du Conseil d'Etat, en notant par ailleurs que, dans la jurisprudence européenne, ces deux contrôles ne coïncident pas en principe (§61). Elle conclut que la radiation n'était en aucun cas excessive, et que le principe d'impartialité est respecté puisqu'il y a bien eu un contrôle ultérieur d'un organe judiciaire dont, réaffirme-t-elle, l'étendue est suffisante.

#### **IV. - Portée**

Dans l'arrêt *Dahan c/ France*, la Cour constate l'abandon progressif du contrôle restreint pour un contrôle entier du Conseil d'Etat, étant le juge de l'excès de pouvoir en matière de sanctions disciplinaires. Ce contrôle comprend « le passé du requérant, sa manière de servir, la gravité des faits reprochés et sa place dans la hiérarchie » (§65).

Le Conseil d'Etat s'est prononcé en faveur du contrôle normal en matière d'exactitude matérielle (CE, 14 janvier 1916, *Camino* n° 59619 59679) et de caractère fautif des faits reprochés (CE, 4 avril 1914, *Gomel* n°55125). Dès lors, la Cour EDH valide l'évolution du Conseil d'Etat en acceptant désormais de soumettre le contrôle de proportionnalité des sanctions disciplinaires au contrôle normal. Cet apport laisse néanmoins perplexe puisqu'aucun formalisme des modalités de ce contrôle n'est défini.

Quant au contentieux des sanctions disciplinaires, la jurisprudence européenne marque une volonté de déférer les sanctions, même disciplinaires, à un organe judiciaire de pleine juridiction possédant un pouvoir large et non plus au juge de l'excès de pouvoir (Cour EDH, 10 février 1983, *Albert et Le Compte contre Belgique*, n°7299/75 §29). Depuis l'arrêt CE, *Société Atom* du 16 février 2009 n°274000, le Conseil d'Etat adhère à ce changement pour une majorité de sanctions, excepté les sanctions disciplinaires, où il ne les soustrait qu'au juge de l'excès de pouvoir.

Contre toute attente, la Cour EDH élude la question du bien-fondé de la procédure précédant la sanction, négligeant le requérant. Et cela, sous couvert de qualifier le contrôle

comme ayant une “étendue suffisante” et rétorquer que l’office du Conseil d’Etat est celui de la plénitude de juridiction.

Le Conseil d’Etat et la Cour EDH sont muets quant au rôle dominant du DGA dans la procédure disciplinaire en cause. La Cour aurait dû constater la violation de l’article 6§1, comme dans l’arrêt Cour EDH, 9 mars 2021, Eminagaoglu c/ Turquie, n°76521/12, en ce que l’impartialité fonctionnelle fait défaut. La double exigence d’impartialité étant une condition sine qua non dans le prononcé des sanctions, la capitulation de la Cour EDH laisse donc au Conseil d’État le champ libre en matière de contentieux disciplinaire.

Note publiée sur le site Internet de l’Institut international des droits de l’Homme  
et de la paix le 18 janvier 2023 : [www.2idhp.eu](http://www.2idhp.eu)



## Point de vue

**Zoé PRÉEL**

« Précisions sur les conditions de validité d'une perquisition nocturne autorisée par anticipation »

**Affaire :** Cass. Crim. 15 novembre 2022, 21-87.295

### I - Textes

- Article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme
- Articles 706-91 et 706-92 du code de procédure pénale

### II - Contexte

Nombreux sont les actes d'enquête attentatoires à la vie privée, protégée par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme (ci-après Convention EDH), tel est le cas des perquisitions. Le second alinéa de ce texte autorise des ingérences de l'État dans le droit au respect de la vie privée, dès lors qu'elles sont prévues par la loi et poursuivent un but légitime auquel elles sont proportionnées. Dans le cadre des actes d'enquête, la Cour Européenne des Droits de l'Homme (ci-après CEDH), exige que les atteintes à la vie privée relatives à une perquisition soient contrôlées effectivement par un juge (CEDH 21 janvier 2010, Xavier da Silveira contre France, n°43757/05). En application du droit européen, le code de procédure pénale vient encadrer strictement le régime des perquisitions.

L'article 59 du code de procédure pénale interdit de réaliser des perquisitions avant 6 heures et après 21 heures. Cependant, une catégorie spéciale fait exception à la règle : il s'agit de la criminalité organisée, qui est soumise à régime procédural particulier et déroge au droit commun. Cette sévérité n'est pas dépourvue de garanties, précisées dans les articles 706-91 et 706-92 du code de procédure pénale. Il résulte de ces textes que l'autorisation de mener une perquisition domiciliaire nocturne doit être préalablement autorisée par ordonnance écrite d'un juge d'instruction motivée en fait et en droit. A cette condition de forme s'ajoute une condition de fond, à savoir l'urgence de l'accomplissement de l'acte, qui explique qu'il ne peut être réalisé durant les heures légales. Faute de contrôle effectif du magistrat, l'acte cause nécessairement un grief à la personne concernée (Crim., 8 juillet 2015, n° 15-81.731). C'est d'ailleurs à l'appui de cette jurisprudence que l'article 706-92 du code de procédure pénale a été réécrit par la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

Ainsi, compte tenu de la condition d'urgence, il convient de savoir si l'autorisation de perquisition domiciliaire nocturne peut être délivrée par anticipation, deux mois avant sa réalisation, ce à quoi la Cour de cassation va répondre par l'affirmative.

### III. - Analyse

En l'espèce, M. B. E. a été mis en examen le 12 mars 2021 pour infractions en matière de stupéfiants. Le 13 septembre 2021, le juge d'instruction a pris une ordonnance autorisant une perquisition nocturne, qui fut réalisée le 13 décembre 2021, soit deux mois plus tard. Le juge d'instruction a ensuite notifié l'avis de fin d'information aux parties. Le mis en examen a saisi la chambre de l'instruction d'une requête en annulation d'actes de la procédure, notamment la perquisition nocturne.

La chambre de l'instruction a estimé que l'autorisation de perquisition délivrée par le juge d'instruction, prévue par \_\_\_\_\_, était régulière. L'arrêt attaqué fait valoir que l'ordonnance en cause était motivée de manière circonstanciée afin de répondre aux futures interpellations et au risque de dépérissement de preuves. De plus, la chambre de l'instruction relevait

que le texte précité n'interdisait pas de donner une telle autorisation en amont des interpellations, et que l'urgence était à apprécier au moment qui serait opportun à la manifestation de la vérité, et soulignait la fuite de l'intéressé.

Suite au rejet de la requête par la chambre de l'instruction, le mis en examen a formé un pourvoi auprès de la Cour de cassation. Le moyen se compose de deux branches. La première branche soutient que la condition d'urgence ne peut être satisfaite en présence d'une autorisation donnée deux mois avant la perquisition. La seconde branche fait valoir que les recherches infructueuses et la fuite de l'intéressé ne sont pas des motifs propres à justifier la condition d'urgence.

La chambre criminelle casse et annule l'arrêt. Au visa de l'article 8 de la Conv EDH, elle rappelle qu'une perquisition domiciliaire nocturne doit être soumise au contrôle réel et effectif du juge, ce qui suppose une ordonnance écrite et motivée par l'urgence. Toutefois, la Cour de cassation admet que l'ordonnance soit délivrée par anticipation, sous réserve que le juge d'instruction s'assure de « la persistance de cette urgence, au regard des éléments de fait et de droit énoncés dans ladite ordonnance », avant que la perquisition ne soit réalisée. Il en découle une obligation à l'égard des enquêteurs, à savoir recueillir l'avis préalable, même oral, du juge d'instruction, et de justifier l'accomplissement de cette formalité en procédure.

#### **IV. - Portée**

La motivation en fait et en droit montre l'influence de la jurisprudence de la CEDH, qui protège le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention EDH. La Cour européenne a posé le principe que l'intéressé soit protégé par un contrôle judiciaire effectif, en fait et en droit (CEDH 2 octobre 2014, Delta Perkarny contre République Tchèque, n° 97/11). La Cour de cassation reprend cette condition pour apprécier l'urgence inhérente aux perquisitions à venir, lorsque la réalisation de l'acte sera opportune à la manifestation de la vérité.

Du côté du droit interne, on aurait pu penser à un revirement de jurisprudence de la part de la Cour de cassation. Dans l'arrêt commenté, la Cour admet que l'accord verbal d'un magistrat suffise à rendre le contrôle suffisamment effectif. Cela peut sembler, à première lecture, entrer en opposition avec sa jurisprudence récente : en effet, la chambre criminelle a récemment qualifié de nulle, « l'autorisation verbale donnée par un magistrat, même suivie, après la réalisation de l'acte, de la formalisation d'une ordonnance écrite et motivée » (Crim., 13 septembre 2022, n° 21-87.452). Néanmoins, il faut tenir compte de l'ordonnancement des faits pour expliquer qu'il n'y a pas de changement de position de la Cour de cassation. Dans l'affaire précitée, l'autorisation verbale précédait l'autorisation écrite, une situation qui diffère de l'arrêt du 15 novembre 2022, dans laquelle une ordonnance écrite et motivée avait été prise par anticipation.

À l'avenir, on peut penser que la pratique pourrait conduire les juges d'instruction à prendre automatiquement une ordonnance d'autorisation anticipée afin de permettre une intervention des officiers de police judiciaire plus rapidement. En effet, la Cour de cassation, dans cet arrêt, les y autorise. Toutefois, elle veille à maintenir l'effectivité du contrôle judiciaire en posant une condition à la validité de la perquisition : « Il appartient aux enquêteurs de recueillir l'avis préalable, serait-il même oral, du juge d'instruction, et de justifier de l'accomplissement de cette formalité en procédure. » Ainsi, avant de procéder à la perquisition, les enquêteurs ont donc l'obligation de recueillir l'avis du juge, qui est alors amené à apprécier la réalisation de la perquisition. L'effectivité du contrôle sera garantie, puisque si le juge estime que l'urgence ne répond plus aux motifs de fait et de droit énoncés dans l'ordonnance, il refusera l'accomplissement de l'acte, en tant que gardien des libertés individuelles.

Note publiée sur le site Internet de l'Institut international des droits de l'Homme et de la paix le 25 janvier 2023 : [www.2idhp.eu](http://www.2idhp.eu)



## Point de vue

**Lucile PIRAUBE**

« Réaffirmation de l'application des principes de laïcité et de neutralité au salarié chargé d'une mission de service public »

**Affaire :** Cass. Soc., 19 octobre 2022, 21-12.370

### I - Textes

- Article 1 de la Constitution du 4 octobre 1958
- Articles L1133-1, L5314-1 et L5314-2 du Code du travail
- Article 61-1 de la Loi n° 84-53, du 26 janvier 1984, portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, dans sa rédaction issue de la Loi n° 2007-148, du 2 février 2007, de modernisation de la fonction publique
- Article 11 du décret n° 2008-580, du 18 juin 2008, relatif au régime de la mise à disposition applicable aux collectivités territoriales et aux établissements publics administratifs locaux
- Article 1 de la Loi n° 2021-1109, du 24 août 2021, confortant le respect des principes de la République

### II - Contexte

Tout agent public, en raison de son incarnation de la puissance publique, est soumis à une obligation de réserve et de retenue dans l'expression de ses opinions personnelles. Ce régime dérogatoire est une conséquence du principe de neutralité religieuse des services publics, consacré par la Loi de séparation des Églises et de l'État du 9 décembre 1905. Cette neutralité est absolue puisque l'agent sert d'intermédiaire entre les usagers et l'État, il se doit donc lui-même d'être neutre et doit agir dans l'intérêt du service public.

Il est à rappeler que le principe de neutralité des agents publics est d'origine jurisprudentielle. À titre d'exemple, dans un arrêt de 1950, le Conseil d'État (CE) a retenu qu'un « devoir de stricte neutralité devait s'imposer à tout agent collaborant à un service public » (CE, 3 mai 1950, Dlle JAMET n°98.284, Rec. p. 247). La jurisprudence du Conseil d'État est extensive en la matière, il rappelle ainsi de manière constante que les obligations inhérentes à l'exécution d'un service public sont les mêmes lorsque le service public est confié à une personne privée (voir CE, sect., 31 janvier 1964, CAF de l'arrondissement de Lyon, n°59.115 : Lebon, p. 76). Ainsi, dès lors qu'un individu participe à un service public, quel que soit son statut, il est soumis aux mêmes obligations.

Au moment des faits de l'arrêt, l'obligation de laïcité et de neutralité des agents publics est posée à l'article 25 de la Loi du 13 juillet 1983 (Loi n° 83-634). Depuis, elle a été transférée par l'Ordonnance du 24 novembre 2021 (Ord, n° 2021-1574) à l'article L121-2 du Code général de la fonction publique.

### III. - Analyse

Cette affaire est relative à l'application des principes de laïcité et de neutralité au salarié d'une association gérant un service public, en dehors de l'exercice de ses fonctions.

En l'espèce, un homme est engagé par une association en tant que conseiller en insertion sociale et professionnelle. Mis à disposition d'une commune, il participe au dispositif « seconde chance », visant à accompagner les jeunes en difficulté dans un parcours d'insertion professionnelle. En 2015, le salarié, se voyant reprocher d'avoir publié sur son compte Facebook, accessible à tous, des propos politiques et religieux incompatibles avec

l'exercice de ses missions, est licencié pour faute grave. La mission locale a estimé que ces propos constituaient une atteinte à l'obligation de neutralité du salarié dont découle un devoir de réserve et respect de la laïcité.

La Cour d'appel d'Aix-en-Provence, dans son arrêt du 18 décembre 2020, donne raison au salarié et annule le licenciement. Elle retient tout d'abord que le salarié a été discriminé en raison de l'expression de ses opinions politiques et convictions religieuses. Puis, elle considère qu'un conseiller d'insertion, mis à disposition d'une commune, conserve sa liberté d'engagement politique et d'expression publique en dehors de son temps de travail.

Le 19 octobre 2022, l'arrêt des juges du fond est cassé et annulé par la Cour de cassation, les juges auraient dû vérifier si le salarié était identifiable sur Facebook en sa qualité de conseiller d'insertion affecté à la commune, et si les propos virulents publiés n'étaient pas susceptibles de constituer un manquement à l'obligation de réserve du salarié en tant qu'agent du service public. Pour prendre sa décision, la Chambre sociale confirme d'abord que les principes de neutralité et de laïcité, résultant de l'article 1 de la Constitution, s'appliquent à l'ensemble des services publics, même s'ils sont gérés par des personnes privées. Le salarié de droit privé peut donc être soumis aux principes de laïcité et de neutralité, ainsi qu'au devoir de réserve lorsqu'il participe à un service public ou, qu'il est mis à disposition d'une personne publique, même en dehors de son temps de travail. Elle précise ensuite que les missions locales pour l'insertion professionnelle et sociale des jeunes, sous forme d'association, sont des personnes de droit privé gérant un service public. En conséquence, elle décide, sur le fondement de l'article L1133-1 du Code du travail, que le licenciement du salarié de droit privé, employé pour une mission de service public, n'est pas nul lorsque la différence de traitement correspond à une exigence professionnelle et déterminante, tel qu'un manquement à l'obligation de neutralité.

#### **IV. - Portée**

L'arrêt rendu par la Cour de cassation est essentiel, il vient préciser l'application des principes de neutralité et de laïcité aux salariés mis à disposition d'une personne publique ou, employés par des personnes morales de droit privé gérant un service public.

La Haute juridiction confirme la solution de son arrêt CPAM de Seine-Saint-Denis (Cass. Soc., 19 mars 2013, CPAM de Seine-Saint-Denis, 12-11.690), les principes de laïcité et de neutralité du service public, posés à l'article 1 de la Constitution, s'appliquent aux salariés d'organismes privés chargés d'un service public. Dans la présente affaire, elle précise, en outre, que cette règle s'applique lorsqu'il est employé par une mission locale pour l'insertion professionnelle et sociale des jeunes et mis à disposition d'une collectivité territoriale.

Puis, la Cour donne une nouvelle dimension au principe de laïcité : les faits reprochés au salarié sont commis lors de la publication de propos sur son compte Facebook, accessible à tous. L'émergence des réseaux sociaux constitue un réel enjeu pour la Cour. Pour ne pas prendre une décision allant à l'encontre de la liberté d'expression laissée aux agents du service public, elle tient compte de la publicité et du caractère virulent des propos, ainsi que de la possible identification du salarié en tant que conseiller d'insertion. Pourtant, on pourrait se demander si la solution aurait été différente en cas de publication sur un groupe privé. Pour les salariés de droit privé, la Cour considère que si les propos sont accessibles à un groupe restreint alors ils relèvent du cadre privé et le salarié ne peut pas se voir reprocher les propos publiés (voir Cass. Soc. 12 septembre 2018, 16-11.690) ; cependant, si les propos sont accessibles à tous et nuisent à l'employeur alors il pourra être sanctionné. De telles précisions ne sont pas apportées aux agents du service public. Toutefois, la Cour réaffirme dans l'arrêt commenté qu'un salarié de droit privé, chargé d'une mission de service public, doit respecter le devoir de réserve imposé aux agents publics, même en dehors de son temps de travail. Ainsi, tous les agents du service public ont la faculté de s'exprimer librement sur les réseaux sociaux, à condition de respecter l'obligation de réserve.

Cette décision était prévisible puisqu'elle intervient suite à la Loi du 24 août 2021, précisant

que l'obligation de neutralité et de laïcité s'applique aux services publics et à leurs agents, même lorsqu'il s'agit de salariés de droit privé. Néanmoins, la décision est motivée sur l'article 1 de la Constitution, la portée de cette Loi devra être vérifiée lorsque des faits commis après son entrée en vigueur seront à juger. Quoi qu'il en soit, la Cour montre ici une nouvelle fois l'importance du respect des principes de laïcité et de neutralité des agents du service public, même s'ils sont des salariés de droit privé, en fixant une nouvelle limite à leur liberté d'expression sur les réseaux sociaux.

Note publiée sur le site Internet de l'Institut international des droits de l'Homme et de la paix le 1<sup>er</sup> février 2023 : [www.2idhp.eu](http://www.2idhp.eu)



## Point de vue

**Charline LEBRASSEUR**

« L'application rigoureuse des conditions légales de la légitime défense aux dépens d'une victime de violences conjugales »

**Affaire :** Cass. Crim. 26 octobre 2022, Alexandra Richard, 21-86.419

### I - Textes

- Articles 122-5, 132-1, 132-18, 132-80 et 221-4 du code pénal
- Article 365-1 du code de procédure pénale
- Articles 2, 3 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme
- Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Convention d'Istanbul)

### II - Contexte

Depuis le code pénal entré en vigueur en 1994, la peine encourue pour certaines infractions (actes de torture et de barbarie, violences volontaires) est aggravée lorsque celles-ci ont été commises par le conjoint ou le concubin de la victime. La loi du 4 avril 2006 « renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs » a étendu le champ de cette circonstance aggravante au meurtre et aux agressions sexuelles (C. pén. art. 132-80). Celle-ci a une application très large : conjoints, partenaires de pacs, concubins, qu'ils soient actuels ou anciens, un lien entre l'infraction et la relation de couple présente ou passée devant alors être prouvée. De plus, la loi du 3 août 2018 a étendu la circonstance aggravante aux couples non cohabitant.

La tendance législative actuelle est donc davantage tournée vers une pénétration progressive du cercle familial par le droit pénal. Malgré cela, le code pénal ne va pas encore jusqu'à accorder à la victime de violences conjugales un droit de légitime défense spécifique : elle reste soumise aux conditions de droit commun de cette cause d'irresponsabilité (C. pén. art. 122-5), à savoir un acte de défense nécessaire et proportionné accompli pour répondre à une agression injuste et actuelle.

Ainsi, ni le droit français ni le droit européen ne prévoit de présomption de légitime défense au profit des victimes de violences conjugales. La Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (dite Convention d'Istanbul) de 2011, ratifiée par la France, établit des normes contraignantes visant spécifiquement à prévenir les violences fondées sur le genre, à protéger les victimes de violences et à sanctionner les auteurs, sans pour autant envisager cette hypothèse. Il en est de même de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH), qui pourtant, se fondant sur les articles 2, 3 et 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme (Convention EDH), impose aux États des obligations positives et met à la charge des autorités le devoir de prendre des mesures pour lutter contre les violences domestiques (CEDH, Opuz c/ Turquie, 9 juin 2009, no 33401/02).

### III. - Analyse

Une femme subissant depuis des années des violences de la part de son concubin lui a donné la mort par arme à feu au cours d'une ultime dispute durant laquelle ce dernier, en état d'ébriété, l'aurait menacée verbalement de mort. Elle est condamnée, notamment, à dix ans de réclusion criminelle pour meurtre aggravé. Elle décide toutefois de se pourvoir en cassation.

Le premier moyen du pourvoi invoque la légitime défense. La cour d'assises d'appel, pour écarter cette cause d'irresponsabilité, a estimé que ces seules menaces verbales ne suffisaient pas pour caractériser un acte de légitime défense nécessaire et proportionné. Elle aurait ainsi méconnu les articles 2, 3 et 8 de la Convention EDH ainsi que la Convention d'Istanbul. Le pourvoi soutient qu'au regard de ces textes, toute autorité publique a l'obligation de tenir compte, en cas d'allégations de violences domestiques, de la spécificité de ces violences, et qu'il doit en être fait état dans la feuille de motivation de la condamnation, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

Le troisième moyen conteste la prise en compte de la circonstance aggravante liée à la qualité de concubin de la victime. La cour d'assises d'appel aurait alors une nouvelle fois, violé les articles 2, 3 et 8 de la Convention EDH. Le pourvoi soutient qu'au regard de ces textes, cette circonstance aggravante ne peut être retenue en présence d'un acte qui, même non couvert par la légitime défense, s'inscrivait dans un geste visant à se défendre de violences domestiques.

Sur le premier moyen, la Cour de cassation estime que la cour d'assises a motivé sa décision conformément à la loi (C. Proc. pén. art. 365-1) et à l'article 6 Convention EDH, sans méconnaître les dispositions conventionnelles évoquées, et que le moyen revient simplement à remettre en cause l'appréciation souveraine des juges du fond.

Sur le troisième moyen, la Cour de cassation estime que la circonstance aggravante liée à la qualité de concubine de l'accusée, quoique personnelle, est objective et ne peut donc être écartée en raison de ce que l'auteur a subi des violences domestiques.

Toutefois, la Cour précise que le principe d'individualisation des peines permet au juge d'adapter la sanction et ses modalités d'exécution (C. pén. art. 132-1), et donc de tenir compte de la situation particulière de l'accusée

#### **IV. - Portée**

Au regard du droit interne, la solution est sans surprise. La jurisprudence reste attachée aux conditions légales de la légitime défense posées par l'article 122-5 du code pénal, et rejette de façon constante ce moyen de défense lorsque l'infraction est commise en raison des violences conjugales, mais sans que ces dernières soient actuelles et réelles au moment de l'acte (Cass. crim., 10 juin 2015).

Cela s'explique notamment parce que le mobile est en principe sans incidence sur la qualification pénale, et n'est pas en soi un fait justificatif. Toutefois, comme le rappelle la Cour de cassation, la loi dans le cadre de l'individualisation de la peine, permet de prendre en compte malgré tout, la spécificité des violences conjugales. La peine prononcée pouvant être bien inférieure à la peine encourue, dans le respect du plancher fixé par l'article 132-18 du code pénal (en l'espèce, 10 ans de réclusion prononcée, alors que le meurtre aggravé fait encourir la perpétuité). De plus, le droit français prévoit un dispositif de prévention des violences conjugales, depuis la loi du 9 juillet 2010 qui a créé l'ordonnance de protection prise en urgence par le tribunal aux affaires familiales.

Au regard du droit européen, la Cour de cassation en l'espèce estime que les juges, en écartant la légitime défense, n'ont pas méconnu les textes conventionnels invoqués. Si la Cour EDH impose des obligations positives fondées sur les articles 2, 3 et 8 pour protéger les femmes victimes de violences (CEDH Kurt c/Autriche 15 juin 2021), elle ne va pas jusqu'à prévoir le jeu de la légitime défense en toute hypothèse à leur profit. De même, la Convention d'Istanbul ne vise pas cette situation.

Diverses voies sont envisageables pour améliorer la situation des victimes de violences conjugales qui sont passées à l'acte contre leur conjoint ou concubin violent : la légitime défense différée et la présomption de légitime défense.

La notion de légitime défense différée assurerait une conception plus souple des critères

de la légitime défense classique. Elle permettrait de passer outre l'exigence du caractère actuel de l'agression en considérant le continuum des violences domestiques. La Cour Suprême du Canada en 1990 a, sur cette base, acquitté Angélique Lavallée du meurtre de son conjoint, en se fondant sur une expertise attestant qu'elle présentait un syndrome de femme battue (Cour Suprême du Canada, R. c. Lavallee, 5 mai 1990).

L'autre voie serait d'instaurer un nouveau cas de présomption de légitime défense pour les victimes de violences conjugales. Une proposition de loi a été présentée en 2019 à l'Assemblée nationale mais elle n'a jamais vu le jour.

Note publiée sur le site Internet de l'Institut international des droits de l'Homme et de la paix le 7 février 2023 : [www.2idhp.eu](http://www.2idhp.eu)



## Point de vue

**Elisa JEANNE**

« Restreindre la liberté des salariés de sexe masculin dans leur façon de se coiffer : la Cour de cassation sanctionne pour discrimination fondée sur le sexe »

**Affaire :** Cass. Soc., 23 novembre 2022, 21-14.060

### I - Textes

- Code du travail, Article L.1121-1
- Code du travail, Article L.1132-1 (dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2012-954 du 6 août 2012)
- Code du travail, Article L.1133-1
- Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail
- Directive 2006/54/CE du Parlement européenne et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en oeuvre du principe d'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matières d'emploi

### II - Contexte

Le principe de non-discrimination procède du principe d'égalité, qui est un principe constitutionnel. Au sens juridique du terme, la discrimination est le fait de traiter de façon différente des personnes placées dans une situation comparable, en raison de critères précis. Toutefois, le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel admettent une différence de traitement si la loi l'autorise, si l'intérêt général le justifie ou si la situation présente des différences qui la justifient (CE 10 mai 1974, Denoyez et Chorques, n° 88032, 88148 et Cons. const. 12 juill. 1979, n° 79-107 DC, Pont à péage).

Le principe est plus spécialement formulé en droit du travail. Plusieurs directives de l'Union européenne tendent à garantir égalité de traitement et non discrimination entre les travailleurs (directives 2000/78/CE et 2006/54/CE) en posant plusieurs critères de distinction prohibés : la race, la religion, le handicap, l'âge, le sexe ou l'orientation sexuelle. Ces directives ont été transposées, notamment, par la loi n°2008-496 du 27 mai 2008. Dès lors, le code du travail interdit de licencier ou de sanctionner un salarié pour un motif discriminatoire à peine de nullité (C. trav., L.1132-1; L.1132-4). Toutefois, il admet des exceptions à condition qu'elles répondent à des exigences professionnelles essentielles et déterminantes (C. trav., L.1133-1). Ces restrictions doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché (C. trav., L.1121-1). Dans le cadre d'une action en justice, la charge de la preuve est allégée au profit du salarié demandeur, qui doit seulement présenter des éléments de fait laissant supposer une discrimination, l'employeur devant alors prouver que sa décision repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination (C. trav., L.1134-1).

Le problème de droit ici est de savoir si le fait pour un employeur de restreindre la liberté d'un salarié de sexe masculin dans sa façon de se coiffer est discriminatoire.

### III. - Analyse

En l'espèce, le demandeur était steward de la compagnie aérienne Air France. En 2005, l'employeur lui a refusé de se présenter à l'embarquement au motif que sa coiffure, des tresses africaines nouées en chignon, n'était pas autorisée par les règles du port de l'uniforme pour le personnel navigant commercial masculin, alors qu'il l'était pour le personnel féminin. Le salarié a alors porté une perruque pour dissimuler sa coiffure afin de

pouvoir travailler.

Après avoir été dans premier temps mis à pied pour présentation non conforme aux règles du port de l'uniforme, puis licencié pour inaptitude et impossibilité de reclassement, le salarié invoque avoir subi une discrimination en raison de son sexe, et demande en conséquence, notamment, des dommages et intérêts ainsi la nullité de son licenciement. Il est débouté par les juges du fond. Ces derniers estiment, d'une part, que l'existence de cette différence d'apparence, admise à une période donnée entre hommes et femmes en termes, notamment, de coiffure, reprend les codes en usage, et ne peut être qualifiée de discrimination, d'autre part, que la présentation du personnel navigant commercial en contact avec la clientèle fait partie intégrante de l'image de marque de la compagnie, ce qui est une cause valable de limitation de la libre apparence des salariés.

Le salarié forme un pourvoi en cassation fondé sur les articles L.1132-1 et L.1134-1 du code du travail. Il invoque le non respect des règles spécifiques à l'aménagement de la preuve en matière de discrimination. En effet, ayant présenté des éléments de fait laissant présumer une discrimination fondée sur le sexe, découlant du manuel relatif au port de l'uniforme lui-même, il appartenait à l'employeur d'établir que sa décision était fondée sur un motif objectif étranger à toute discrimination ; or, il n'a pas été établi en quoi l'apparence du salarié nuirait à l'image de la société, la cour d'appel allant même jusqu'à estimer que la différence de traitement n'est pas une discrimination car elle était communément admise à une période donnée entre les hommes et les femmes.

La Cour de cassation s'appuie sur les articles L 1121-1, L 1132-1 (antérieure à la loi du 6 août 2012) et L 1133-3 du code du travail, ainsi que sur la directive 2006/54/CE et l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 14 mars 2017, *Micropole Univers*, C-188-15. Elle rappelle que les différences de traitement en raison du sexe doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir, répondre à une exigence professionnelle véritable et déterminante et être proportionnées au but recherché, c'est-à-dire une exigence objectivement dictée par la nature ou les conditions d'exercice de l'activité professionnelle en cause.

En conséquence, la Haute juridiction considère que la perception sociale de l'apparence physique des genres masculin et féminin et l'image de marque de la compagnie aérienne sont des considérations subjectives. Elle en déduit une discrimination fondée sur l'apparence physique en lien avec le sexe. La fonction de steward ne permet pas d'interdire aux hommes une coiffure autorisée aux femmes.

#### **IV. - Portée**

La Cour de cassation souhaite renforcer la protection des libertés individuelles des salariés. Pour cela, elle s'appuie sur la notion d'exigence professionnelle essentielle et déterminante. Le code du travail dispose que l'appartenance à l'un ou l'autre sexe peut constituer une condition déterminante pour les emplois d'artistes, mannequins, ou modèles (C. trav., R.1142-1). Pour toute autre profession, une différence de traitement liée à l'apparence doit correspondre à une nécessité absolue et non discutable. Les juges s'appuient sur la jurisprudence de la CJUE relative au port du voile islamique pour affirmer que les codes sociaux et l'image de marque sont des considérations subjectives ne justifiant aucune restriction fondée sur le sexe. La liberté individuelle des salariés n'est donc pas limitée à l'invocation de la liberté religieuse. Cette décision est à rapprocher de l'arrêt du 11 janvier 2012 dans lequel le licenciement d'un serveur a été considéré comme discriminatoire car il refusait de retirer ses boucles d'oreilles pendant son service, alors même qu'elles étaient autorisées pour les serveuses. Cependant, la Cour va plus loin que la liberté vestimentaire, la coiffure est l'expression de la personnalité et de la vie privée des individus et mérite donc une protection vigoureuse afin de n'admettre que des restrictions pour des raisons objectives contraignantes comme les questions d'hygiène et de sécurité.

Cette décision est aussi conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 14 de la Convention EDH, qui n'admet une différence de traitement que si elle répond à une « justification objective et raisonnable » (CEDH, 23 juillet

1968, Affaire linguistique belge). Elle considère que la discrimination fondée sur le sexe ne peut se justifier que par de solides raisons. Dès lors, la Cour de cassation, influencée par le droit de l'Union et le droit européen, retient une conception extensive de la discrimination fondée sur le sexe.

Note publiée sur le site Internet de l'Institut international des droits de l'Homme et de la paix le 15 février 2023 : [www.2idhp.eu](http://www.2idhp.eu)



## Point de vue

### Héloïse SCHREINER

« Enregistrement et diffusion des audiences de la loi pour la confiance en l'institution judiciaire : refus de renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) pour défaut de caractère sérieux »

**Affaire** : CE, 29 novembre 2022, Conseil national des Barreaux et autres, 464593

#### I - Textes

- Constitution française du 4 octobre 1958, article 61-1
- Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, articles 35, 38 ter et quater, 39 et 48
- Loi n°2021-1759 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, article 1er
- Décret n°2022-462 du 31 mars 2022
- Code de procédure pénale, article 11

#### II - Contexte

« L'objectif est simple et clair : faire rentrer la justice dans le salon des Français », tel est le dessein du garde des sceaux Éric Dupont Moretti lors de la rédaction de la loi du 22 décembre 2021. Cette loi revient sur un principe ancien d'interdiction d'enregistrement des procès fixés par la loi n°54-1218 du 06 décembre 1954. En effet, en 1954, décision est prise de mettre fin aux dérives des journalistes pendant les audiences. Pour autant, la défiance du public vis-à-vis de la justice et le développement des nouvelles technologies entraînent un retour en arrière. Depuis 1985, l'article L. 221- du Code du patrimoine admet des exceptions pour les procès faisant l'objet d'un archivage historique (procès Barbie de 1987). La loi Perben II du 09 mars 2004 modifie l'article 308 du Code de Procédure Pénale. Elle y intègre un enregistrement possible en cour d'assises. Celui-ci pourra être utilisé en appel, en cas de révision ou de réexamen de l'affaire. Le rapport Linder de 2005, demandé par le Garde des sceaux, se montre favorable à une levée de l'interdiction sur autorisation. Enfin, la loi n°2014-640 du 20 juin 2014 instaure l'enregistrement pour tous les procès en assises.

Selon Claire Secail, historienne des médias et chercheuse au Centre Nationale de la Recherche Scientifique, il existe aujourd'hui un contexte de défaillance généralisé à l'égard des institutions. Avec le rapport Guinchard de 2008, le Gouvernement montre son « ambition raisonnée d'une justice apaisée ». Le mouvement de remise en cause de l'interdiction de 1954 semble acté.

Votée en procédure accélérée, la loi du 22 décembre 2021 remanie le régime d'enregistrement et de diffusion des audiences de la loi de 1881 sur la presse. Le nouvel article 38 quater de cette loi permet pour certains motifs d'intérêt général un enregistrement des audiences sur autorisation du chef de la juridiction, après avis du Garde des sceaux. Cet enregistrement se fera avec le consentement des parties uniquement en audience non publique ou en présence d'une personne vulnérable à l'audience. La diffusion des images et de l'identification des parties, se fera uniquement avec leur consentement, après jugement définitif. Celui-ci pourra être retiré dans un délai de 15 jours à compter de la fin de l'audience. L'identification des mineurs et majeurs protégés ne sera jamais possible. En outre, la loi permet l'enregistrement de certains actes d'enquêtes, par dérogation au principe du secret de l'enquête et de l'instruction.

C'est dans ce cadre que le Conseil national des barreaux et le Syndicat des avocats de France demandent au Conseil d'État de renvoyer une question prioritaire de constitutionnalité.

### III. - Analyse

Les griefs soulevés sont nombreux. Les requérants relèvent que la loi du 22 décembre 2021 est imprécise en ce que les motifs d'enregistrement et de diffusion prévus sont trop larges. Ils déplorent également l'absence d'avis, voire d'accord, des magistrats et avocats pour cet enregistrement, que l'audience soit publique ou non. Les garanties prévues par le législateur sont lacunaires pour préserver la confidentialité des échanges entre un avocat et son client ainsi que pour protéger les témoins à l'audience. De plus, le délai de rétractation du consentement est insuffisant. La protection des mineurs et majeurs protégés est inadaptée à leur vulnérabilité. L'enregistrement des actes d'enquête et d'instruction manque de clarté, d'autant plus que c'est une dérogation au secret. Une telle médiatisation porterait atteinte à des principes constitutionnellement garantis : la présomption d'innocence (CC DC Sécurité liberté 1981), les droits de la défense (CC DC Loi sur la prévention des accidents de travail 1976), le droit au procès équitable (CC DC Loi relative au droit d'auteur 2006), la vie privée (CC DC Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité 1995) ou encore l'indépendance des juges (article 64 de la Constitution).

Cependant, pour le Conseil d'État, il n'existe pas de motif sérieux lui permettant de transmettre la question au Conseil Constitutionnel. Il estime les garanties prévues par le législateur suffisantes : existence d'un motif d'intérêt public, consentement des parties à l'enregistrement en audience non publique et pour des personnes vulnérables, diffusion après jugement définitif, identification sur les images après consentement et impossible pour les personnes vulnérables, possible retrait du consentement, arrêt de l'enregistrement par le magistrat chargé de la police de l'audience, sanction en cas de non respect des droits fondamentaux de la procédure pénale. Pour ce qui est de l'enregistrement et de la diffusion des actes d'enquête et d'instruction, les garanties sont suffisantes en ce qu'il est subordonné à l'accord des parties et réalisé sous le contrôle du juge d'instruction.

### IV. - Portée

Par cet arrêt, le Conseil d'État confirme sa première prise de position sur la loi (CE avis 08 avril 2021). On peut d'ailleurs imaginer que le Conseil Constitutionnel aurait rejeté cette question car dans une décision n°2004-492 du 02 mars 2004 il estimait que la publicité des débats permettait que la justice soit bien rendue. De plus, dans une saisine a priori il a rendu un avis favorable sur la loi (CC DC n°2021-830, 17 décembre 2021, Loi pour la confiance dans l'institution judiciaire). Le Conseil d'État ne vient en ce sens qu'éviter une saisine qui n'aboutirait pas devant le Conseil constitutionnel.

Force est de constater que le caractère non sérieux opposé aux arguments développés par les requérants demeure discutable. Certes, il existe des garanties mais elles semblent bien maigres face au risque de surmédiatisation de certains procès. Il est vrai que l'identification des parties ne se fera qu'avec leur consentement, mais dans des affaires à fort retentissement, leur identité sera vite notoire. Selon Aude Dorange, juriste en droit pénal et procédures, cette loi peut faire craindre « un voyeurisme judiciaire », motif de l'interdiction en 1954.

Pour ce qui est du secret de l'enquête et de l'instruction (CPP, art 11), la loi en permettant de filmer des actes d'enquête ou d'instruction empiète sur le secret. La jurisprudence interne n'est pourtant pas favorable à une telle évolution, elle y est même hostile. La Chambre criminelle estime que la présence d'un journaliste pendant une perquisition entache l'acte de nullité (Cass. Crim., 9 janv. 2019). Le Conseil constitutionnel va dans le même sens (CC QPC Association de la presse judiciaire 2018).

Se pose aussi la question de la conventionnalité de cette dérogation au secret de l'enquête et de l'instruction. La Cour européenne des droits de l'Homme estime que la liberté de la presse (CEDH, art. 10) ne prime pas toujours sur le secret, et doit être conciliée avec le droit à un procès équitable (CEDH, art. 6) et le droit à la vie privée (CEDH, art. 8) (CEDH, arrêt *Bedat c. Suisse*, 29 mars 2016, n°56925/08). Elle a aussi estimé que la condamnation d'un journaliste pour recel de violation du secret ne portait pas nécessairement atteinte à la

liberté de la presse (CEDH, Sellami c. France, 17 décembre 2020, n°61470/15).

Il en découle que la conformité de l'enregistrement en phase d'enquête et d'instruction à la Constitution et à la jurisprudence récente n'est plus aussi certaine.

Note publiée sur le site Internet de l'Institut international des droits de l'Homme  
et de la paix le 21 février 2023 : [www.2idhp.eu](http://www.2idhp.eu)



## Point de vue

**Charlotte GIRARD**

« Le principe de non refoulement : vers une protection absolue de l'Union européenne »

**Affaire** : CJUE, 22 novembre 2022, C-69/21

### I - Textes

- Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CEDH) : articles 3 et 8
- Convention relative au statut des réfugiés : article 33
- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE) : articles 1, 4, 7, 18, 19, 51 et 52
- Loi néerlandaise de 2000 sur les étrangers (version néerlandaise) : article 64
- Directive 2008/115/CE : articles 2, 3, 4, 5, 6, 8 et 9

### II - Contexte

Le principe de non refoulement, garanti en droit européen et international, suppose qu'un Etat ne peut adopter une mesure d'éloignement à l'encontre d'un ressortissant d'un pays tiers, même en situation irrégulière, dès lors qu'il existe un risque réel que celui-ci soit exposé à de mauvais traitements dans l'Etat de destination. Il convient de préciser que l'interdiction des traitements inhumains et dégradants, protégée de manière équivalente par l'article 3 de la CEDH et l'article 4 de la CDFUE, dès lors que ceux-ci atteignent le seuil de gravité requis, revêt un caractère absolu en raison de son rattachement au principe de dignité humaine.

Parfois trop restrictive en se montrant davantage prétexte à répression qu'à protection, parfois trop englobante en empiétant sur le droit international, la protection offerte aux étrangers contre les éloignements en droit de l'UE manquait de clarté. Si la directive 2008/115/CE (dite « retour ») a tenté d'harmoniser ce droit, des questions restées en suspens ont amené la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) à se prononcer.

A l'instar de la Cour européenne des droits de l'Homme (Cour EDH), la CJUE tend vers une protection de plus en plus inclusive du principe de non refoulement en ajoutant la notion de douleur dans l'analyse du risque de traitement inhumain ou dégradant. Du fait de leurs décisions communes, elles renforcent la protection des droits fondamentaux et offrent une sécurité juridique aux ressortissants étrangers.

### III. - Analyse

Le litige concerne un ressortissant russe, atteint d'une forme rare de cancer du sang et soigné aux Pays-Bas. Le traitement prescrit, interdit en Russie, consiste notamment en l'administration de cannabis thérapeutique. Suite à plusieurs demandes d'asile rejetées, le requérant a quitté le champ du droit des réfugiés pour entrer dans celui du droit des étrangers et a saisi le tribunal de la Haye aux fins d'obtention d'un titre de séjour ou de report de la mesure d'éloignement au motif que, en cas d'interruption du traitement, « la douleur serait à ce point importante qu'il ne pourrait plus dormir ni se nourrir, ce qui aurait des conséquences importantes non seulement sur son état physique, mais aussi sur son état psychique, le rendant dépressif et suicidaire » (point 21). La « situation d'urgence médicale », au sens de la loi néerlandaise, n'étant pas avérée, le recours a abouti à un renvoi préjudiciel devant la CJUE dans le but de savoir si la mesure de retour était conforme au droit de l'UE.

En premier lieu, après avoir rappelé l'obligation positive des Etats de respecter le principe de non refoulement, la CJUE se réfère à la jurisprudence de la Cour EDH qui a appliqué, « par ricochet », l'article 3 de la CEDH aux demandeurs d'asile faisant l'objet d'une mesure d'éloignement en établissant que la responsabilité de l'Etat est engagée dès lors qu'une procédure d'extradition expose le ressortissant étranger à des risques de mauvais traitements dans le pays de destination (Cour EDH, 7 juillet 1989, Soering c. Royaume-Uni, req. n° 14038/88) et affirmé que cet article s'oppose à une telle mesure prise à l'encontre d'un étranger malade dès lors que celui-ci s'expose à « risque réel d'être exposé à un déclin grave, rapide et irréversible de son état de santé entraînant des souffrances intenses » (Cour EDH, 13 décembre 2016, Paposhvili c. Belgique, req. n° 41738/10). En adoptant cette approche, la CJUE juge que le droit de l'UE s'oppose à une décision de retour prise à l'encontre d'un étranger malade en séjour irrégulier « lorsqu'il existe des motifs sérieux et avérés de croire que le retour de ce ressortissant exposerait ce dernier, en raison de l'indisponibilité de soins appropriés dans le pays de destination, à un risque réel de réduction significative de son espérance de vie ou de détérioration rapide, significative et irréversible de son état de santé, entraînant des douleurs intenses » (point 66).

En deuxième lieu, la CJUE réfute l'introduction d'un délai strict durant lequel l'augmentation de la douleur devrait s'effectuer pour que la mesure d'éloignement soit contestée (point 76).

En troisième lieu, un Etat ne peut organiser le retour d'un ressortissant étranger en ne s'inquiétant des conséquences sur sa santé qu'au moment du voyage sans prendre en compte celles au sein de l'Etat de destination (point 82).

En dernier lieu, si la délivrance d'un titre de séjour est de la compétence exclusive des Etats membres, la Cour juge que la mise en œuvre d'une mesure d'éloignement doit respecter les droits fondamentaux, en particulier le droit au respect de la vie privée. Les traitements médicaux ajoutés aux éléments de la vie privée, les autorités nationales ne peuvent prendre une telle mesure sans évaluer l'état de santé du ressortissant. Toutefois, la CJUE pose une limite en disant que, pour que l'Etat membre soit privé de prendre une mesure d'éloignement, il ne suffit pas d'établir que le ressortissant étranger soit affecté par un changement de traitement en cas de retour. Il est nécessaire que le risque de mauvais traitements atteigne le seuil de gravité requis.

Si la résolution du litige appartient désormais aux juridictions internes, la décision rendue par la CJUE lie les Pays-Bas mais également les autres Etats membres.

#### **IV. - Portée**

Contrairement à la Cour EDH qui a depuis longtemps une position ferme en la matière, la CJUE n'a pas toujours été protectrice envers les étrangers malades en situation irrégulière. Elle avait d'abord jugé que l'absence de traitement médical adéquat dans le pays de destination n'est pas cause de rejet d'une mesure d'éloignement, même si cela n'entraîne pas une éligibilité à la protection subsidiaire (CJUE, 18 décembre 2014, M'Bodj c. Belgique, C-542/13). Elle avait ainsi réduit le champ de protection des étrangers malades en interprétant de manière stricte la notion de traitement inhumain et dégradant.

Ici, la CJUE instaure un dialogue des juges en suivant les traces de la Cour de Strasbourg qui a permis une avancée considérable dans la protection des étrangers malades, notamment en abaissant le seuil de gravité requis pour lequel le retour d'un étranger constitue un mauvais traitement. Si la seule douleur est désormais prise en compte par la Cour EDH dans l'analyse d'un éventuel traitement inhumain et dégradant, et non plus nécessairement des circonstances exceptionnelles, la CJUE apparaît audacieuse dans le but de permettre à l'article 4 de la CDFUE d'offrir une plus large protection que celle offerte par l'article 3 de la CEDH. En effet, la Cour de Luxembourg a étendu ce raisonnement en n'exigeant du demandeur d'asile débouté qu'une « détérioration rapide, significative et irréversible », contre « un déclin grave, rapide et irréversible de son état de santé entraînant des souffrances intenses » (op. cit.) dans les arrêts de la Cour EDH.

Ce mouvement jurisprudentiel tend à instaurer des standards de protection pour les ressortissants d'Etats tiers malades risquant de ce fait d'être exposés à de mauvais traitements. Le principe de non refoulement bénéficie alors d'une vision extensive dans la jurisprudence luxembourgeoise. Néanmoins, la CJUE aurait pu aller encore plus loin en instaurant une obligation de report des mesures d'éloignement pour les ressortissants d'Etats tiers malades, voire une obligation de droit au séjour pour raisons de santé.

Note publiée sur le site Internet de l'Institut international des droits de l'Homme et de la paix le 1<sup>er</sup> mars 2023 : [www.2idhp.eu](http://www.2idhp.eu)



## Point de vue

**Nathanaël TINARD**

« Le Discours d'un Droit : la privation d'être entendu pour le demandeur d'asile vulnérable devant l'Office français de protection des réfugiés et apatrides »

**Affaire :** Conseil d'État, 18 Novembre 2022, OFPRA, 459513

### I - Textes

- Articles L531-10, L531-18 et L532-3 Code des étrangers et du séjour et du droit d'asile
- Convention de Genève de 1951
- Directive 2013/32/UE du Parlement Européen et du Conseil du 26 Juin 2013
- Convention relative aux droits des personnes handicapés
- Conclusions Rapporteur public M. Clément MALVERTI
- Dossier Thématique de Elodie Boubllil et Laure Wolmark dans « Vulnérabilité, soin et accueil des demandeurs d'asile » dans la Revue des Droits de l'Homme
- Guide des procédures de l'OFPRA
- Rapport du défenseur des droits (2019)

### II - Contexte

Un ressortissant turque d'origine kurde rentre en France en Juin 2019 afin d'y demander l'asile, risquant selon lui des persécutions au regard de son appartenance au Parti Démocratique des Peuples (HDP). Sa demande d'asile devant l'Office de Protection des Réfugiés et des Apatrides, est rejetée le 4 Novembre 2020 au motif que ses déclarations ne permettaient pas de prouver son engagement politique effectif.

Le requérant porte donc le contentieux devant la Cour Nationale du Droit d'Asile. Celle ci annule la décision de l'Office de Protection des Réfugiés et des Apatrides le 15 Octobre 2021 et renvoie à l'examen de la demande de l'intéressé alors même que le Conseil d'État a le pouvoir de casser sans renvoi et de statuer sur le fond s'il en va de l'intérêt d'une bonne administration de la justice. L'intérêt de cet arrêt porte sur l'obligation d'adaptation des modalités d'examen du demandeur d'asile vulnérable devant l'OFPRA.

L'Office de Protection des Réfugiés et des Apatrides se pourvoit le 15 Décembre 2021 devant le Conseil d'État afin que celui ci annule la décision de la Cour Nationale du Droit d'Asile et qu'il renvoie l'affaire devant cette dernière juridiction.

Le Conseil d'État rend sa décision le 18 novembre 2022.

### III. - Analyse

Alors même que le requérant s'abstient de soulever le moyen de la privation de l'examen individuel de la demande, la CNDA va le relever d'office.

En effet, celui ci souffrait d'un grave problème d'élocution, assimilable à une vulnérabilité et donc à un handicap (selon le guide des procédures de l'OFPRA), l'Office de Protection des Réfugiés et des Apatrides aurait du mettre en place un aménagement des conditions d'examen de la demande d'asile (article L531-10 Ceseda). En droit des réfugiés, la vulnérabilité se définit par des champs de protection spécifique listés de façon non exhaustif, ce qui nuirait à la force de la notion selon Elodie Boubllil et Laure Wolmark (« Vulnérabilité, soin et accueil des demandeurs d'asile » dans la Revue des Droits de l'Homme, 2018). La Cour considère notamment cet élément d'une telle importance qu'elle soulève d'office ce moyen, lui conférant ainsi ipso facto le caractère de moyen d'ordre public.

Consécutivement à ce constat, la Cour affirme que le requérant a été dans l'impossibilité de se faire comprendre du fait de la privation de modalités d'examen appropriées à la situation du demandeur d'asile.

L'OFPRA s'oppose à la CNDA et considère qu'elle a commis deux erreurs de droit. Tout d'abord, l'OFPRA argue que la CNDA soulève d'office un moyen qui n'est pas d'ordre public. La privation d'un examen individuel de la demande n'est effectivement pas un moyen d'ordre public selon la jurisprudence actuelle du Conseil d'État et donc la CNDA ne peut que commettre une erreur de droit en le soulevant d'office.

Ensuite, la Cour Nationale du Droit d'Asile commet sa deuxième erreur de droit en considérant que l'absence d'adaptation du déroulement de l'entretien pour tenir compte des troubles du langage du demandeur d'asile conduisait à un défaut d'entretien (conclusions du Rapporteur public). Or les textes (Directive 2013/32/UE du Parlement Européen et du Conseil du 26 Juin 2013, article L531-10 Ceseda et article L531-18 Ceseda obligent l'Office de Protection des Réfugiés et des Apatrides à tenir compte de la situation de handicap du demandeur d'asile. Toutefois ils ne l'obligent qu'afin que ce dernier se fasse comprendre et n'imposent nullement une adaptation d'entretien à chaque constatation de vulnérabilité.

La Cour Nationale du Droit d'Asile aurait donc rechercher si le défaut d'adaptation du déroulement de l'entretien aurait mené l'intéressé à l'impossibilité de se faire comprendre.

Le Conseil d'État dans son arrêt en cassation du 22 novembre 2022 tranche en faveur de l'Office de Protection des Réfugiés et des Apatrides et considère que la Cour Nationale du Droit d'Asile a effectivement commis deux erreurs de droit dans sa décision du 15 octobre 2021. L'Office de Protection des Réfugiés et des Apatrides est ainsi fondé à demander l'annulation de la décision de la Cour Nationale du Droit d'Asile.

#### **IV. - Portée**

Cet arrêt du Conseil d'État vient préciser dans quelle mesure la Cour Nationale du Droit d'Asile peut annuler une décision de l'Office de Protection des Réfugiés et des Apatrides lorsque le demandeur d'asile vulnérable n'a pas bénéficié d'adaptation de l'entretien pour le recueil de son récit. Cet arrêt vient aussi éclairer l'interprétation divergente entre le Conseil d'État et la Cour Nationale du Droit d'Asile de ce qui doit constituer un moyen d'ordre public.

Le président Raymond Odent définissait le moyen d'ordre public comme « un moyen relatif à une question d'importance telle que le juge méconnaîtrait lui même la règle de droit qu'il a mission de faire respecter si la décision juridictionnelle rendue n'en tenait pas compte. » (« Contentieux administratif » (réédition, 1978))

La CNDA en relevant d'office un moyen le revêt de la qualification de moyen d'ordre public et semble ainsi vouloir forger de l'importance à la défaillance qu'elle a détectée dans l'affaire d'espèce. En effet, l'absence d'adaptation à l'oral pour un demandeur d'asile souffrant de grave trouble d'élocution prive le requérant d'une appréciation fine de son récit par l'officier de protection.

Il est surprenant que le Conseil d'État refuse ce caractère d'ordre public à ce moyen qui conduirait ainsi à une meilleure appréciation des conditions de déroulement de l'entretien. En effet, selon l'introduction de la Convention relative aux droits des personnes handicapés « le handicap résulte de l'interaction entre des personnes présentant des incapacités et les barrières comportementales. » Un rapport du Défenseur des droits de 2019 déplorera d'ailleurs le manque d'implication de la France dans le respect des engagements découlant de cette Convention. Il apparaît d'une importance telle de prendre en compte la situation de chaque requérant car sinon « l'examen individuel » (article L532-3 Ceseda) du requérant ne serait pas effectif.

En outre, la CNDA posait une présomption audacieuse en assimilant le manquement d'adaptation au handicap du demandeur d'asile à l'absence d'entretien. Le Rapporteur public, M. Malverti arguait que faire des vices affectant l'entretien personnel des moyens d'ordre public « risquerait d'alourdir le travail de la cour. » Or tout au contraire, une constatation objective de la défaillance d'adaptation conduisant ipso facto à un défaut d'entretien faciliterait le travail de la CNDA. De plus, cela renforcerait l'obligation envers l'OFPRA pour qu'enfin ce soit la société qui s'adapte au handicap et non l'inverse.

Note publiée sur le site Internet de l'Institut international des droits de l'Homme  
et de la paix le 15 mars 2023 : [www.2idhp.eu](http://www.2idhp.eu)



# Revue Point de vue

**Master 2 Droit des libertés de l'UFR Droit  
de l'Université de Caen Normandie**

— édition 2022/2023