

# Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme

GPL434y8



Par

Joël

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

## L'essentiel

La présente chronique traite de la rétention administrative des mineurs étrangers, de la protection de l'indépendance de la justice face à des réformes de prise en main du pouvoir judiciaire par les pouvoirs législatif et exécutif, et du contrôle juridictionnel des mesures de lutte contre la pandémie de Covid-19.

## PLAN

I. PROCÉDURE DEVANT LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME .....	(néant)
II. LES DROITS PROCÉDURAUX .....	(néant)
III. LES DROITS SUBSTANTIELS .....	p. 1

(...)

## III. LES DROITS SUBSTANTIELS

### La France à nouveau condamnée par la CEDH pour rétention administrative d'enfant mineur étranger

GPL435b6

L'essentiel L'arrêt *N.B et autres c/ France* confirme l'incompatibilité avec la CEDH de la rétention administrative d'enfant mineur étranger.

CEDH, 31 mars 2022, n° 49775/20, *N.B et autres c/ France*, M. Mits, prés. : cette décision est consultable sur <https://lex.so/woVLsx>

#### Note

Même si la position de la France n'est pas isolée (S. Sarolea et A. Sinon (dir.), *20 ans après l'affaire Tabitha. De nouvelles plumes pour analyser la détention d'enfants migrants à la lumière des droits humains*, 2021, Anthemis, Lima), l'arrêt *N.B et autres c/ France* est révélateur de l'inquiétante indifférence de l'État français à l'égard des règles de droit, des décisions rendues par les juridictions nationales et la Cour européenne des droits de l'Homme (la CEDH) et des avis des autorités administratives indépendantes chargées des questions des droits de

l'Homme lorsqu'il s'agit de la rétention administrative des enfants mineurs étrangers.

Alors que la France a déjà été condamnée à plusieurs reprises pour violation de la convention européenne des droits de l'Homme (la convention) par la CEDH du fait du placement en rétention d'enfants mineurs étrangers et qu'elle a été obligée de modifier sa législation en la matière (CEDH, 19 janv. 2012, n°s 39472/07 et 39474/07, *Popov c/ France* ; CEDH, 12 juill. 2016, n° 24587/12, *A.M. et autres c/ France* ; CEDH, 12 juill. 2016, n° 33201/11, *R.M. et autres c/ France* ; CEDH, 22 juill. 2021, n° 57035/18, *M.D. et A.D. c/ France* – J. Jarrong et I. Cung, « Huitième condamnation de la France en matière de rétention d'enfants mineurs : la CEDH cristallise sa position », *La Revue des droits de l'homme*, consultable en ligne sur <https://lex.so/yZmsBk>), elle l'est de nouveau en raison d'un refus affiché d'appliquer des ordonnances d'urgence prononcées par une juridiction administrative française et par la CEDH.

En l'espèce, les requérants, un couple de nationalité géorgienne et son fils de 8 ans, furent déboutés de leur

demande d'asile et échouèrent à obtenir gain de cause devant les juridictions administratives compétentes contre les arrêtés d'obligation de quitter le territoire français les visant. Ayant refusé d'embarquer lors du vol destiné à les conduire en Géorgie, ils furent placés en rétention administrative au centre de rétention administrative de Metz. Au bout de 48 heures, cette rétention a été prolongée de 28 jours par ordonnances du juge des libertés et de la détention du tribunal judiciaire de Metz en attendant l'organisation d'un nouveau vol.

Sur saisine des requérants, à une semaine d'intervalle, successivement la CEDH, en vertu de l'article 39 de son règlement, et le juge des référés du tribunal administratif de Nancy, sur la base de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, demandèrent à l'administration française de mettre un terme à la rétention administrative au profit de solutions de substitution. Ces ordonnances furent ignorées superbement puisqu'au lendemain de l'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Nancy, qui était précédée d'une demande de commentaires de la part de la CEDH sur le maintien en rétention des requérants, le gouvernement français informa la CEDH de l'éloignement de ceux-ci vers la Géorgie et la fin ainsi de la rétention administrative.

À l'unanimité, la CEDH condamne logiquement la France pour violation de l'article 3 de la convention – interdiction de la torture, des peines et traitements inhumains et dégradants – dans le chef de l'enfant, mais l'exonère d'une telle violation à l'égard des parents. De même, tout aussi logiquement, elle prononce une condamnation de la France pour violation de l'article 34 de la convention – à l'égard des trois requérants. Sur la base de l'article 41 de la convention – satisfaction équitable –, elle octroie à l'enfant une somme de 5 000 € pour dommage moral causé par la violation de l'article 3 de la convention ; elle considère que le constat de violation de l'article 34 dans le chef des trois requérants représente une satisfaction équitable suffisante.

Cette double condamnation n'est pas une surprise. Interprétant les dispositions de la convention à la lumière de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant dont l'article 37 exige que « [t]out enfant privé de liberté soit traité avec humanité et avec le respect dû à la dignité de la personne humaine, et d'une manière tenant compte des besoins des personnes de son âge (...) » (CEDH, 19 janv. 2012, nos 39472/07 et 39474/07, *Popov c/ France*, § 90), la CEDH tient compte de la vulnérabilité des enfants mineurs en raison de leur âge et de leur absence d'autonomie (CEDH, 22 juill. 2021, n° 57035/18, *M.D. et A.D. c/ France*, § 63). Dans ce cadre, elle fixe trois critères de contrôle : l'âge des enfants mineurs, l'adaptation des locaux au regard de leurs besoins spécifiques, la durée de leur rétention (CEDH, 12 juill. 2016, n° 33201/11, *R.M. et autres c/ France*, § 70 ; CEDH, 7 déc. 2017, n° 8138/16, *S.F. et autres c/ Bulgarie*, § 78-83). À toute tentation de faire prévaloir la situation irrégulière des parents, la CEDH rappelle que la particulière vulnérabilité de l'enfant mineur est déterminante. À la curieuse tentative du gouvernement

français de distinguer le cas d'un enfant plus âgé que ceux concernés dans les précédentes condamnations de la France, la CEDH répond qu'« un enfant de huit ans qui ne peut être considéré comme ayant le discernement suffisant pour comprendre la situation de l'espèce, reste placé dans une situation de particulière vulnérable » (§ 48). Concernant l'adaptation des lieux de détention concernés aux enfants mineurs, il est pour le moins gênant pour l'État français que la CEDH ait besoin de souligner une nouvelle fois le caractère particulièrement inadapté du centre de rétention de Metz-Queuleu en faisant référence à ses précédents arrêts et aux constats du Contrôleur général des lieux de privation de liberté (§ 49-50). Plus embêtant encore, à l'égard du juge des libertés et de la détention du tribunal judiciaire de Metz et du magistrat délégué par le premier président de la cour d'appel de Metz, le reproche de non prise en compte pour le premier, et de minimisation pour le second, de l'intérêt supérieur de l'enfant rappelé explicitement à l'article L. 551-1 III bis du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. Cela conduit la CEDH à considérer que « la rétention d'un enfant mineur âgé de huit ans dans les conditions existantes, à la date des faits litigieux, dans le centre de Metz-Queuleu qui s'est prolongée pendant quatorze jours est excessive au regard des exigences qui découlent de l'article 3 » (§ 52).

Dans un ordre juridique fondé sur la prééminence du droit comme celui de la convention, et dans les cas particuliers des requérants en situation de grande vulnérabilité et de détresse, il est regrettable qu'un État adhérent à la convention ne respecte pas délibérément les mesures provisoires prononcées et par la CEDH et par le juge administratif des référés. Dans la lignée d'une jurisprudence constante, le non-respect par un État défendeur des mesures provisoires prononcées par la CEDH au titre de l'article 39 de son règlement constitue une violation de l'article 34 de la convention (CEDH, gde ch., 4 févr. 2005, nos 46827/99 et 46951/99, *Mamatkoulou et Askarov c/ Turquie*, § 128). L'État défendeur doit démontrer le respect de la lettre et de l'esprit de la mesure provisoire ; dans le cas où il ne serait pas en mesure de le faire, il lui appartient de démontrer, dans des cas exceptionnels, l'existence d'un obstacle objectif qui s'oppose à l'application de la mesure provisoire et la mise en œuvre de toutes les démarches raisonnablement envisageables pour supprimer l'obstacle en tenant la Cour informée de la situation (CEDH, gde ch., 10 mars 2009, n° 39806/05, *Paladi c/ Moldova*, § 91-92).

En l'espèce, on peut déplorer vivement avec la CEDH le cynisme du gouvernement français, « qui se borne à affirmer, au mépris des pièces du dossier, que la mesure provisoire a été exécutée » (§ 64).

Il est préoccupant que le pays de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 fasse ainsi preuve de désinvolture, voire de mépris, à l'égard des décisions des instances et des organes chargés de garder les droits et les libertés des individus.

## La révocation, avant le terme de son mandat, d'un membre du Conseil national de la magistrature viole la convention GPL435b7

L'essentiel L'arrêt *Grzeda c/ Pologne* déclare contraire à la convention la révocation prématurée d'un membre du Conseil national de la magistrature.

CEDH, gde ch., 15 mars 2022, n° 43572/18, *Grzeda c/ Pologne*, R. Spano, prés. : cette décision est consultable sur <https://lext.so/aB4PEJ>

### Note

La Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme (la CEDH) synthétise dans son arrêt *Grzeda c/ Pologne* sa jurisprudence condamnant comme contraires à la convention européenne des droits de l'Homme (la convention) les différentes réformes de la justice effectuées par la majorité au pouvoir en Pologne, le parti Droit et justice (PIS), depuis 2015. Elle conjugue ainsi ses efforts pour défendre l'indépendance de la justice et l'État de droit avec la Cour de justice de l'Union européenne – CJUE – (parmi une abondante littérature, v. M. Disant et T. Larrouturou, « La nomination des juges nationaux saisie par les juridictions européennes », RTDH 2021, n° 128, p. 791 ; F. Biltgen, « L'indépendance du juge national vue depuis Luxembourg », RTDH 2020, n° 123, p. 551 ; P. Lemmens, « L'indépendance du juge national vue depuis Strasbourg », RTDH 2002, n° 124, p. 785 ; B. Stirn, « L'indépendance du juge dans le cadre européen : évolutions et interrogations partagées », RTDH 2021, n° 125, p. 5 ; V. Davio et C. Rizcallah, « La Cour de justice de l'Union européenne, garante de l'indépendance des pouvoirs judiciaires nationaux ? Assurément ! Mais à certaines conditions... », JT 2020, p. 675 ; K. Lenaerts, « New Horizons for the Rule of Law Within the European Union », *German Law Review* 2021, n° 21, p. 32 ; F. Krenc et F. Tulkens, « L'indépendance du juge. Retour aux fondements d'une garantie essentielle d'une société démocratique », in *Regards croisés sur la protection nationale et internationale des droits de l'homme. Mélanges en l'honneur de Guido Raimondi*, 2019, Wolf Legal Publishers, p. 377 ; K. Lenaerts, « On judicial Independence and the Quest for National, Supranational and Transnational Justice », in *The Art of Judicial Reasoning, Festschrift in Honour of Carl Baudenbacher*, 2019, Springer Nature Switzerland AG, p. 155 ; R. Spano, « The rule of law as the lodestar of the European Convention on Human Rights : The Strasbourg Court and the independence of the judiciary », *European Law Journal* 2021, p. 1 ; R. Spano, « L'État de droit – L'étoile polaire de la convention européenne des droits de l'Homme », RTDH 2021, n° 127, p. 377).

Pour bien comprendre l'arrêt *Grzeda c/ Pologne*, il est utile de bien le situer dans le contexte qui entoure la bataille menée par le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif contre le pouvoir judiciaire en Pologne. En effet, depuis l'accession au pouvoir du parti Droit et justice, en 2015, différentes réformes qui vont dans le sens d'une prise en main de la justice par les pouvoirs exécutif et législatif ont été adoptées par la Diète : modification de la composition de la Cour constitutionnelle par le refus de confirmation des juges élus par la Diète sortante et l'élection de

nouveaux juges par la Diète nouvellement élue ; renforcement des pouvoirs du ministre de la Justice, qui exerce également la fonction de procureur général, sur les juridictions ordinaires (organisations internes, nomination et révocation des présidents et vice-présidents, promotion, discipline) ; modification de la loi sur le Conseil national de la magistrature en transférant à la Diète l'élection des membres juges du Conseil supérieur de la magistrature (CSM) jusque-là élus par les assemblées des juges ; révision de la loi sur la Cour suprême par la création notamment de deux nouvelles chambres – la chambre disciplinaire et la chambre du contrôle extraordinaire des affaires publiques – dont les membres sont directement désignés par le président de la République sur recommandation du nouveau CSM, par l'abaissement de l'âge de départ à la retraite des juges en fonction afin de permettre la nomination de nouveaux juges par le président de la République ; modification de la loi sur la responsabilité disciplinaire des juges créant de nouvelles infractions. Au total, treize lois, qui vont dans le sens d'une ingérence accentuée des pouvoirs législatif et exécutif dans la composition, les compétences, la gestion du fonctionnement de juridictions, ont été adoptées.

Dans le cadre de l'Union européenne, ces réformes vont entraîner l'engagement par la Commission européenne de procédures en manquement contre la Pologne devant la CJUE et d'une procédure de sanction au titre de l'article 7 du Traité sur l'Union européenne (cet article permet de constater qu'il existe « un risque clair de violation grave par un État membre des valeurs visées à l'article 2 »). Par ordonnance du 17 décembre 2018, la CJUE a prononcé des mesures provisoires ordonnant à la Pologne de suspendre les dispositions d'abaissement de l'âge de départ à la retraite des juges de la Cour suprême ; par son arrêt du 24 juin 2019 (CJUE, 24 juin 2019, n° C-619/18, *Commission c/ Pologne* (Indépendance de la Cour suprême), ECLI:EU:C:2019:531), elle a condamné la Pologne pour manquement au droit de l'Union européenne ; par une ordonnance du 8 avril 2020 (CJUE, 8 avr. 2020, n° C-791/19 R, ECLI:EU:C:2020:277), la CJUE a prononcé des mesures provisoires demandant à la Pologne de suspendre les activités de la chambre disciplinaire ; faute d'avoir été suivie, elle va juger le régime disciplinaire des juges en Pologne comme incompatible avec le droit de l'Union européenne ; après le non-respect par la Pologne d'une ordonnance de suspension du 14 juillet 2021 (CJUE, 14 juill. 2021, n° C-204/21 R, ECLI:EU:C:2021:593) visant la Cour suprême et le régime disciplinaire des juges, la vice-présidente de la CJUE a prononcé, le 27 octobre 2021, une ordonnance exigeant à la Pologne le paiement d'une astreinte d'un million d'euros par jour jusqu'à l'application de l'ordonnance du 14 juillet 2021 ou le prononcé d'un arrêt qui mettrait fin à l'instance dans cette affaire (CJUE, 27 oct. 2021, n° C-204/21 R, ECLI:EU:C:2021:878).

Parallèlement à d'autres arrêts préjudiciels rendus par la CJUE en réponse à des questions préjudicielles en interprétation posées par les juridictions polonaises, la CEDH est saisie de nombreuses requêtes contre la Pologne concernant la réforme du système judiciaire. Il y en a

93 pendantes devant son prétoire au moment du prononcé de l'arrêt *Grzeda*.

La CEDH a déjà condamné la Pologne plusieurs fois pour violation de l'article 6 de la convention avant l'arrêt *Grzeda* (CEDH, 7 mai 2021, n° 4907/18, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o c/ Pologne* : GPL 6 juill. 2021, n° GPL423x3, obs. J. Andriantsimbazovina : élection à la Cour constitutionnelle de juges sur des postes déjà pourvus – CEDH, 29 juin 2021, nos 26691/18 et 27367/18, *Broda et Bojara c/ Pologne* : méconnaissance du droit à un tribunal du fait de vice-présidents de juridictions évincés avant l'expiration de leurs mandats – CEDH, 22 juill. 2021, n° 43447/19, *Reczkowicz c/ Pologne* : méconnaissance du droit à un tribunal établi par la loi du fait de la composition de la chambre disciplinaire de la Cour suprême – CEDH, 8 nov. 2021, n° 49868/19, *Dolinska-Ficek sp. z o.o c/ Pologne* : atteinte au droit à un tribunal établi par la loi du fait de la composition de la chambre de contrôle extraordinaire et des affaires publiques de la Cour suprême – CEDH, 3 févr. 2022, n° 1469/20, *Advance Pharma sp. z. o.o.* : méconnaissance du droit à un tribunal établi par la loi du fait de la composition de la chambre civile de la Cour suprême qui avait statué sur l'espèce).

L'affaire *Grzeda* s'ajoute à la liste en condamnant la Pologne pour violation du droit d'accès à un tribunal à propos de l'éviction d'un juge membre du Conseil national de la magistrature avant l'expiration de son mandat et de l'obstacle au recours juridictionnel contre cette mesure.

La nouveauté concerne la fonction particulière du Conseil national de la magistrature en matière de garantie de l'indépendance de la justice. En raison du caractère non juridictionnel, du Conseil national de la magistrature, les membres de celui-ci bénéficient-ils des mêmes garanties que les membres des juridictions face aux ingérences éventuelles du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif ?

La réponse à cette question dépend au préalable de l'applicabilité de l'article 6, § 1, au contentieux des nominations et du mandat des juges membres du CSM.

Si la jurisprudence de la CEDH a posé le principe de l'applicabilité de principe de l'article 6 de la convention aux litiges de la fonction publique, elle admet une dérogation lorsque sont réunies deux conditions cumulatives : l'exclusion expresse par le droit national de l'accès à un tribunal concernant un poste ou une catégorie de salariés, l'existence d'un lien de l'objet du litige à l'exercice de l'autorité étatique ou la remise en cause par l'objet du litige du lien spécial de confiance et de loyauté entre l'agent et l'État (CEDH, gde ch., 19 avr. 2007, n° 63235/00, *Vilho Eskelinen c/ Finlande*, § 62 ; F. Sudre et a., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, 10<sup>e</sup> éd., 2022, PUF, Paris, n° 23, p. 268, comm. D. Szymczak).

Le gouvernement polonais plaide l'inapplicabilité de l'article 6. La CEDH ne lui donne pas satisfaction : si elle laisse ouverte la question de la nature explicite ou implicite de l'exclusion de l'accès à un tribunal, elle considère que l'impossibilité faite au requérant de bénéficier du droit à un tribunal n'est pas justifiée par des motifs liés à l'intérêt de l'État. En raison de l'importance du rôle du CSM en matière de protection de l'indépendance de la justice, la privation du droit d'accès à un tribunal faite aux membres du CSM n'est pas dans l'intérêt d'un État de droit et de la prééminence du droit.

Sur le fond, en insistant sur le caractère primordial de la prééminence du droit, « un des principes fondamentaux d'une société démocratique » qui « est inhérente à l'ensemble des articles de la convention » et « élément du patrimoine commun des États contractants » (§ 339), la CEDH en fait un instrument de lutte contre l'arbitraire à travers notamment le droit d'accès à un tribunal. Bien que non absolu, ce droit ne saurait faire l'objet de limitations telles qu'il « s'en trouve atteint dans sa substance même » (§ 343).

Dans l'ensemble, la CEDH considère que les réformes judiciaires en Pologne ont pour objectif l'affaiblissement de l'indépendance des juges. L'ingérence des pouvoirs législatif et exécutif dans l'organisation et le fonctionnement du pouvoir judiciaire porte une atteinte grave à l'indépendance des juges. L'impossibilité pour le requérant de contester devant un tribunal son éviction prématurée du Conseil national de la magistrature est « une illustration de cette tendance générale » (§ 348).

S'appuyant sur les positions convergentes des nombreux tiers intervenants (le Réseau européen des conseils de la justice, Amnesty international et la Commission internationale de juristes, la Fondation Helsinki pour les droits de l'Homme, la Fondation des juges pour les juges (Pays-Bas) et le professeur L. Pech, le rapporteur spécial des Nations unies sur l'indépendance des juges et des avocats – M. D. García-Sayán –, les gouvernements danois et néerlandais ; le Commissaire aux droits de l'Homme de la République de Pologne, l'association des juges polonais (*Iustitia*) et sur la jurisprudence de la CJUE, par 16 voix contre 1, la Grande chambre prononce une condamnation de la Pologne pour violation de l'article 6 de la convention que l'on approuve et qui emporte l'adhésion.

On aurait préféré, toutefois, à l'instar du juge Lemmens dans son opinion concordante, que le raisonnement de la CEDH soit plus simple et moins sinueux. L'essentiel est cependant la confirmation de la protection de l'indépendance des juges et du pouvoir judiciaire non seulement concernant les juges eux-mêmes mais aussi à propos des organes comme le Conseil national de la magistrature qui jouent un rôle important en la matière.

## L'interdiction durable de manifester au nom de la lutte contre le Covid-19 est contraire à la convention GPL435b8

L'essentiel L'arrêt *Communauté genevoise d'action syndicale c/ Suisse* considère que l'interdiction durable de manifester contre le Covid-19 viole la convention.

CEDH, 15 mars 2022, n° 21881/20, *Communauté genevoise d'action syndicale c/ Suisse*, G. Ravarani., prés. : cette décision est consultable sur <https://lext.so/WcDE2n>

## Note

Comment trouver l'équilibre entre la lutte contre une pandémie et la protection des libertés fondamentales ?

Jusqu'ici la Cour européenne des droits de l'Homme (la CEDH) n'a pas eu l'occasion de rendre un arrêt de principe sur le sujet. Si elle a statué sur la crise du Covid-19, la plupart des décisions ont conclu à l'irrecevabilité des requêtes (par ex. CEDH, déc., 5 nov. 2020, n° 18108/20, *Le Mailloux c/ France* ; CEDH, 20 mai 2021, n° 49933/20, *Terhes c/ Roumanie*) ou au constat de non-violation de la convention européenne des droits de l'Homme (la convention) (CEDH, 1<sup>er</sup> mars 2022, n° 19090/20, *Fenech c/ Malte* : non-violation de l'article 3 de la convention à propos des conditions de détention d'un suspect de l'assassinat d'une journaliste d'investigation). La constatation d'une violation de l'article 3 de la convention – interdiction de la torture, des peines et traitements inhumains et dégradants –, de l'article 5 – droit à la liberté et à la sûreté – et de l'article 34 – droit de recours individuel – dans l'arrêt *Feilazoo c/ Malte* (CEDH, 11 mars 2021, n° 6865/19) ne pose pas de difficultés particulières de conciliation des intérêts et des libertés, car les autorités maltaises ont commis une violation manifeste des droits d'un étranger pendant sa rétention administrative : particulièrement la détention avec des personnes mises en quarantaine en raison du Covid-19, le manque de diligence dans la procédure d'éloignement et la privation du droit de recours individuel à travers la violation de la correspondance du détenu et l'absence d'une représentation adéquate.

Sans être un arrêt de principe, l'arrêt rendu le 15 mars 2022 dans l'affaire *Communauté genevoise d'action syndicale c/ Suisse* ouvre des pistes de réflexion intéressantes sur la conciliation de la protection de la santé publique et la liberté de réunion et de manifestation pacifique. À une courte majorité de 4 voix contre 3, il condamne la Suisse pour violation de l'article 11 de la convention. Cela traduit le caractère délicat du contrôle juridictionnel qui incombe à la CEDH.

L'association requérante dont l'objet principal est la défense des intérêts des travailleurs contestait l'impossibilité d'organiser des manifestations et d'y participer en raison des mesures d'interdiction prises pour lutter contre la propagation du coronavirus du Covid-19. En effet, par une ordonnance du 13 mars 2020, le Conseil fédéral prononça la fermeture des écoles et les établissements de formation, l'interdiction des manifestations publiques ou privées de plus de 100 personnes. Une ordonnance du 16 mars 2020 élargit la fermeture d'établissements et de commerces, sauf les magasins d'alimentation, les banques, les stations-service et les hôtels ; elle ne fit plus mention d'une autorisation exceptionnelle concernant l'exercice des droits politiques, mais punit de 3 ans d'emprisonnement et d'une peine pécuniaire toute organisation ou participation à des manifestations interdites. Une autre ordonnance du 20 mars interdit les rassemblements de plus de 5 personnes dans l'espace public.

L'assouplissement des mesures d'urgences par le Conseil fédéral, le 29 avril 2020, a permis l'ouverture des magasins, des restaurants, des marchés, des musées, des bibliothèques et des écoles primaires et secondaires. En

revanche, l'interdiction des rassemblements dans l'espace public n'a pas été levée.

Le 27 mai 2020, le Conseil fédéral adopta d'autres mesures d'assouplissement permettant progressivement l'augmentation du nombre de participants à des réunions et rassemblements publics et privés : 30 personnes maximum à partir du 30 mai, 300 personnes maximum à partir du 6 juin ; l'interdiction d'événements de plus de 1 000 personnes dura jusqu'à fin août 2020. L'interdiction des manifestations publiques fut levée, le 20 juin 2020.

N'ayant pas pu organiser la manifestation traditionnelle du 1<sup>er</sup> mai 2022, l'association requérante saisit la CEDH pour violation de l'article 11 de la convention.

L'organisation des manifestations étant soumise à un régime d'autorisation en Suisse, l'association requérante retira d'elle-même la demande d'autorisation pour éviter des poursuites pénales dès lors que l'interdiction des réunions et des manifestations était assortie de peine d'emprisonnement ou de paiement d'une amende.

Cette démarche de la requérante soulevait une question délicate de recevabilité concernant sa qualité de victime. En effet, un requérant doit démontrer avoir été « victime » d'une violation de la convention. Or, le retrait par la Communauté genevoise d'action syndicale de sa demande d'autorisation a pu être interprété par le gouvernement Suisse comme entraînant la perte de la qualité de la victime. Conformément à sa jurisprudence acceptant de façon exceptionnelle de reconnaître la qualité de victime potentielle, par exemple lorsque la mesure nationale oblige un changement de comportement sous peine de poursuites pénales (CEDH, 22 oct. 1981, n° 7525/76, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, § 40-41 ; CEDH, 19 févr. 1998, n° 24839/94, *Bowman c/ Royaume-Uni*, § 29, Recueil 1998-I), la CEDH a jugé que « l'association requérante ayant été obligée d'adapter son comportement, voire de renoncer, afin d'éviter des sanctions pénales, à organiser des manifestations publiques qui auraient contribué à la réalisation de son but statutaire, elle peut se prétendre victime d'une violation de la convention » (§ 42).

La notion de « victime potentielle » retrouve un nouveau visage dans le contentieux de la lutte contre la pandémie du Covid-19. La généralisation par différents pouvoirs publics des États membres du recours à la logique du « nudge renforcé » (sur le « nudge », v. R. H. Thaler et Cass R. Sunstein, *Nudge. Comment inspirer la bonne décision*, 2010, Vuibert) dans les politiques publiques pour faire face à la crise sanitaire n'est pas neutre en matière de protection des libertés. L'utilisation de l'infraction pénale pour provoquer un changement de comportement peut avoir pour effet la transformation d'un individu (personne physique ou personne morale) en « victime potentielle » d'une violation de la convention.

L'arrêt *Communauté genevoise d'action syndicale* permet de tirer un autre enseignement concernant la recevabilité de la requête, précisément à propos de l'épuisement des voies de recours internes. Même en cas de confinement généralisé qui implique une adaptation du fonctionnement des juridictions à une telle situation, les juridictions nationales doivent procéder à un examen sur le fond des recours en matière de libertés et d'exercer le contrôle de constitutionnalité des mesures contre la pandémie lorsque le système juridique national le prévoit. Pour ne

pas l'avoir fait, le Tribunal fédéral Suisse conduit à un constat d'épuisement des voies de recours interne et de recevabilité de la requête.

Sur le fond, tout en soulignant fortement la gravité de la menace pour la santé publique causée par le Covid-19 et le caractère embryonnaire des connaissances sur ce virus, tout en prenant en compte la complexité de concilier des intérêts très divergents notamment l'obligation de protection de la vie et de la santé des personnes (Conv. EDH, art. 2 et 8) et la protection d'autres libertés fondamentales comme la liberté de réunion, tout en accordant une marge d'appréciation aux États adhérents pour effectuer cette conciliation, la CEDH insiste sur le caractère impérieux, dans ces circonstances exceptionnelles, de disposer de contrôle juridictionnel indépendant et effectif.

Toujours sous l'angle du « nudge renforcé », le fait de soumettre le changement de comportement des individus à des interdictions assorties de peines pénales implique un contrôle de proportionnalité poussé, cela d'autant que l'État adhérent n'a pas déclenché une dérogation au titre de l'article 15 de la convention (sur ce débat, notre étude, « L'état d'exception, nouveau régime de droit commun des droits et libertés ? Du terrorisme à l'urgence sanitaire. Rapport sur la convention européenne des droits de l'Homme », *Annuaire international de justice constitutionnelle* 2020, p. 295-309).

Face à une liberté politique aussi fondamentale que la liberté de réunion pacifique, la CEDH a estimé l'interdiction de manifestation disproportionnée en raison de sa durée considérablement longue, de la nature et de la sévérité des sanctions prévues (§ 91). Cela d'autant que des lieux pouvant accueillir un public nombreux étaient ouverts.

Bien que l'on puisse comprendre l'opinion dissidente commune aux juges Ravarani, Seibert-Fohr et Roosma, qui reproche à la CEDH de faire une appréciation abstraite de la législation suisse en matière de lutte contre la pandémie de Covid-19 et de faire un procès d'intention aux juridictions suisses, on peut saluer la position de la majorité de la CEDH d'attirer l'attention sur l'importance de la protection des libertés fondamentales par le biais de contrôle juridictionnel effectif et sérieux, d'un contrôle de proportionnalité approfondi *a fortiori* lorsque la crise sanitaire renforce la tentation de fortes restrictions des libertés. L'opinion concordante du juge Krenic est éclairante à bien des égards.

Reste à savoir si cet arrêt, à commencer par une éventuelle demande de réexamen devant la Grande chambre, prospérera dans le sens d'une plus grande prise en compte de la protection des droits de l'Homme en période de crise sanitaire.