

E.U. NETWORK OF INDEPENDENT EXPERTS ON FUNDAMENTAL RIGHTS
*RÉSEAU U.E. D'EXPERTS INDÉPENDANTS EN MATIÈRE DE DROITS
FONDAMENTAUX*

RAPPORT SUR LA SITUATION DES DROITS FONDAMENTAUX EN FRANCE
EN 2004

présenté au Réseau par la Professeur **Florence BENOIT-ROHMER** *

le 3 janvier 2005

Reference : CFR-CDF/FR/2004



Le Réseau U.E. d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux a été créé par la Commission européenne à la demande du Parlement européen. Il assure le suivi de la situation des droits fondamentaux dans les Etats membres et dans l'Union, sur la base de la Charte des droits fondamentaux. Le Réseau présente des rapports sur la situation des droits fondamentaux dans les Etats membres et dans l'Union, ainsi que des avis sur des questions ponctuelles liées à la protection des droits fondamentaux dans l'Union.

* Ce rapport a été préparé par Madame la Professeur BENOIT-ROHMER. Il a bénéficié du concours des doctorants de l'Université Robert Schuman et des étudiants du DEA des droits de l'homme.

E.U. NETWORK OF INDEPENDENT EXPERTS ON FUNDAMENTAL RIGHTS
*RÉSEAU U.E. D'EXPERTS INDÉPENDANTS EN MATIÈRE DE DROITS
FONDAMENTAUX*

RAPPORT SUR LA SITUATION DES DROITS FONDAMENTAUX EN FRANCE
EN 2004

présenté au Réseau par la Professeur **Florence BENOIT-ROHMER** *

le 3 janvier 2005

Reference : CFR-CDF/FR/2004

Le Réseau U.E. d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux a été créé par la Commission européenne à la demande du Parlement européen. Il assure le suivi de la situation des droits fondamentaux dans les Etats membres et dans l'Union, sur la base de la Charte des droits fondamentaux. Le Réseau présente des rapports sur la situation des droits fondamentaux dans les Etats membres et dans l'Union, ainsi que des avis sur des questions ponctuelles liées à la protection des droits fondamentaux dans l'Union.

* Ce rapport a été préparé par Madame la Professeur BENOIT-ROHMER. Il a bénéficié du concours des doctorants de l'Université Robert Schuman et des étudiants du DEA des droits de l'homme.

Le Réseau UE d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux a été mis sur pied par la Commission européenne (DG Justice, liberté et sécurité), à la demande du Parlement européen. Depuis 2002, il assure le suivi de la situation des droits fondamentaux dans les Etats membres et dans l'Union, sur la base de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Chaque Etat membre fait l'objet d'un rapport établi par un expert sous sa propre responsabilité, selon un canevas commun qui facilite la comparaison des données recueillies sur les différents Etats membres. Les activités des institutions de l'Union européenne font l'objet d'un rapport distinct, établi par le coordinateur. Sur la base de l'ensemble de ces (26) rapports, les membres du Réseau identifient les principales conclusions et recommandations qui se dégagent de l'année écoulée. Ces conclusions et recommandation sont réunies dans un Rapport de synthèse, qui est remis aux institutions européennes. Le contenu du rapport n'engage en aucune manière l'institution qui en est le commanditaire.

Le Réseau UE d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux se compose de Elvira Baltutyte (Lituanie), Florence Benoît-Rohmer (France), Martin Buzinger (Rép. slovaque), Achilleas Demetriades (Chypre), Olivier De Schutter (Belgique), Maja Eriksson (Suède), Teresa Freixes (Espagne), Gabor Halmai (Hongrie), Wolfgang Heyde (Allemagne), Morten Kjaerum (Danemark), Henri Labayle (France), M. Rick Lawson (Pays-Bas), Lauri Malksoo (Estonie), Arne Mavcic (Slovénie), Vital Moreira (Portugal), Jeremy McBride (Royaume-Uni), François Moyse (Luxembourg), Bruno Nascimbene (Italie), Manfred Nowak (Autriche), Marek Antoni Nowicki (Pologne), Donncha O'Connell (Irlande), Ian Refalo (Malte), Martin Scheinin (suppléant Tuomas Ojanen) (Finlande), Linos Alexandre Sicilianos (Grèce), Pavel Sturma (Rép. tchèque), Ineta Ziemele (Lettonie). Le Réseau est coordonné par O. De Schutter, assisté par V. Verbruggen.

Les documents du Réseau peuvent être consultés via :

http://www.europa.eu.int/comm/justice_home/cfr_cdf/index_fr.htm

The EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights has been set up by the European Commission (DG Justice, Freedom and Security), upon request of the European Parliament. Since 2002, it monitors the situation of fundamental rights in the Member States and in the Union, on the basis of the Charter of Fundamental Rights. A Report is prepared on each Member State, by a Member of the Network, under his/her own responsibility. The activities of the institutions of the European Union are evaluated in a separated report, prepared for the Network by the coordinator. On the basis of these (26) Reports, the members of the Network prepare a Synthesis Report, which identifies the main areas of concern and makes certain recommendations. The conclusions and recommendations are submitted to the institutions of the Union. The content of the Report is not binding on the institutions.

The EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights is composed of Elvira Baltutyte (Lithuania), Florence Benoît-Rohmer (France), Martin Buzinger (Slovak Republic), Achilleas Demetriades (Cyprus), Olivier De Schutter (Belgium), Maja Eriksson (Sweden), Teresa Freixes (Spain), Gabor Halmai (Hungary), Wolfgang Heyde (Germany), Morten Kjaerum (Denmark), Henri Labayle (France), M. Rick Lawson (the Netherlands), Lauri Malksoo (Estonia), Arne Mavcic (Slovenia), Vital Moreira (Portugal), Jeremy McBride (United Kingdom), François Moyse (Luxembourg), Bruno Nascimbene (Italy), Manfred Nowak (Austria), Marek Antoni Nowicki (Poland), Donncha O'Connell (Ireland), Ian Refalo (Malta), Martin Scheinin (substitute Tuomas Ojanen) (Finland), Linos Alexandre Sicilianos (Greece), Pavel Sturma (Czech Republic), Ineta Ziemele (Latvia). The Network is coordinated by O. De Schutter, with the assistance of V. Verbruggen.

The documents of the Network may be consulted on :

http://www.europa.eu.int/comm/justice_home/cfr_cdf/index_en.htm

TABLE DES MATIERES

<u>CHAPITRE I : DIGNITÉ.....</u>	<u>17</u>
ARTICLE 1. DIGNITE HUMAINE.....	17
Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données.....	17
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	17
ARTICLE 2. DROIT A LA VIE.....	20
<i>Euthanasie (active et passive, et assistance au suicide).....</i>	20
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	20
Aspects positifs.....	22
Bonnes pratiques	22
Motifs de préoccupation	22
<i>Règles d'engagement des forces de sécurité (usage des armes à feu).....</i>	22
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	22
Motifs de préoccupation	23
<i>Lutte contre la traite des êtres humains (en ce compris les moyens techniques visant à empêcher le franchissement des frontières)</i>	23
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	23
Motifs de préoccupation	23
<i>Violence domestique (en particulier à l'égard des femmes)</i>	23
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	23
Bonnes pratiques	25
<i>Autres évolutions pertinentes.....</i>	25
Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données.....	25
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	25
Motifs de préoccupation	25
ARTICLE 3. DROIT A L'INTEGRITE DE LA PERSONNE	26
<i>Droits des patients.....</i>	26
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	26
Aspects positifs.....	29
Motifs de préoccupation	29
<i>Protection des personnes se prêtant à des recherches médicales</i>	29
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	29
Bonnes pratiques	32
<i>Autres évolutions pertinentes.....</i>	32
Motifs de préoccupation	32
ARTICLE 4. INTERDICTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DEGRADANTS	33
<i>Conditions de détention et contrôle extérieur de lieux abritant des personnes privées de liberté.....</i>	33
<u>Les établissements pénitentiaires.....</u>	<u>33</u>
Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données.....	33
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	35
Aspects positifs.....	41
Bonnes pratiques	42
Motifs de préoccupation	42
<u>Les établissements destinés à l'accueil de personnes souffrant d'aliénation mentale</u>	<u>42</u>

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	42
Motifs de préoccupation	42
Les établissements destinés à l'accueil des mineurs délinquants.....	43
Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données	43
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	43
Motifs de préoccupation	44
Les centres de rétention d'étrangers	44
Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données	44
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	45
Bonnes pratiques	48
Motifs de préoccupation	48
<i>Protection de l'enfant contre les mauvais traitements</i>	49
Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données	49
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	50
Aspects positifs.....	51
Bonnes pratiques	51
Motifs de préoccupation	51
<i>Comportement des forces de l'ordre (y compris dans le cadre de manifestations).....</i>	<i>52</i>
Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données	52
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	53
Motifs de préoccupation	55
<i>Autres évolutions pertinentes.....</i>	<i>55</i>
Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données	55
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	55
ARTICLE 5. INTERDICTION DE L'ESCLAVAGE ET DU TRAVAIL FORCÉ	56
<i>Lutte contre l'exploitation de la prostitution d'autrui (en général)</i>	56
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	56
Bonnes pratiques	56
Motifs de préoccupation	57
<i>Traite des êtres humains (notamment à des fins d'exploitation sexuelle)</i>	57
Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données	57
<i>Protection de l'enfant (lutte contre le travail des enfants, notamment à des fins d'exploitation sexuelle ou de pédopornographie, et lutte contre le tourisme sexuel).</i>	<i>57</i>
Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données	57
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	58
Aspects positifs.....	60
Bonnes pratiques	61
Motifs de préoccupation	61
<i>Autres évolutions pertinentes.....</i>	<i>61</i>
Motifs de préoccupation	61
CHAPITRE II : LIBERTÉS.....	62
ARTICLE 6. DROIT A LA LIBERTE ET A LA SURETE.....	62

<i>Détention préventive</i>	62
Motifs de préoccupation	62
<i>Détention suivant condamnation pénale (y compris alternatives à la peine privative de liberté et accès à la libération conditionnelle)</i>	62
Aspects positifs.....	62
Motifs de préoccupation	62
<i>Privation de liberté des mineurs délinquants</i>	62
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	62
Motifs de préoccupation	63
<i>Autres évolutions pertinentes</i>	63
Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données	63
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	63
ARTICLE 7. DROIT A LA VIE PRIVEE ET FAMILIALE	63
Vie privée	63
<i>Enquêtes pénales et recours aux méthodes particulières/spéciales de recherche ou d'enquête</i>	63
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	63
<i>Droit à la protection de la vie privée et droit à l'information du public</i>	64
Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données	64
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	64
<i>Identité personnelle (en ce compris le droit à la connaissance de ses origines)</i>	65
Bonnes pratiques	65
<i>Autres évolutions pertinentes</i>	65
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	65
Vie familiale	65
<i>Droit au regroupement familial</i>	65
Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données	65
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	65
<i>Vie privée et familiale dans le cadre de l'éloignement d'étrangers</i>	66
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	66
ARTICLE 8. PROTECTION DES DONNEES A CARACTERE PERSONNEL	66
<i>Autorité indépendante de contrôle (évolution de ses pouvoirs, compétences)</i>	66
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	66
Motifs de préoccupation	67
<i>Protection des données personnelles (en général, droits d'accès, de rectification et de recours)</i>	67
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	67
<i>Autres évolutions pertinentes</i>	67
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	67
ARTICLE 9. DROIT DE SE MARIER ET DE FONDER UNE FAMILLE	67
<i>Mariage</i>	67
Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données	67
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	68
<i>Reconnaissance juridique des unions de même sexe</i>	68
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	68
ARTICLE 10. LIBERTE DE PENSEE, DE CONSCIENCE ET DE RELIGION	68

<i>Lutte contre le phénomène sectaire</i>	68
Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données.....	68
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	69
Motifs de préoccupation.....	69
<i>Protection, notamment des minorités religieuses, contre le harcèlement</i>	69
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	69
<i>Autres évolutions pertinentes</i>	70
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	70
ARTICLE 11. LIBERTE D'EXPRESSION ET D'INFORMATION.....	70
<i>Liberté d'expression et d'information (général)</i>	70
Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données.....	70
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	71
<i>Pluralisme des médias et traitement équilibré de l'information par les médias</i>	72
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	72
Aspects positifs.....	72
ARTICLE 12. LIBERTE DE REUNION ET D'ASSOCIATION	72
ARTICLE 13. LIBERTE DES ARTS ET DES SCIENCES.....	72
ARTICLE 14. DROIT A L'EDUCATION	72
<i>Accès à l'enseignement</i>	72
Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données.....	72
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	73
Aspects positifs.....	73
Motifs de préoccupation.....	73
<i>Autres évolutions pertinentes</i>	74
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	74
ARTICLE 15. LIBERTE PROFESSIONNELLE ET DROIT DE TRAVAILLER	74
<i>Droit des ressortissants des autres Etats membres de chercher un emploi, de s'établir ou de fournir leurs services</i>	74
Aspects positifs.....	74
<i>Interdictions professionnelles et conditions d'accès à certaines professions</i>	74
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	74
Aspects positifs.....	75
<i>L'interdiction de toute discrimination dans l'accès à l'emploi</i>	75
Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données.....	75
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	75
Motifs de préoccupation.....	76
<i>La position de la Cour de cassation relative aux discriminations dans le domaine des activités de marine marchande doit être traduite par une modification de la réglementation en vigueur. La France devrait établir à destination du Comité européen des droits sociaux une liste complète des activités professionnelles fermées aux étrangers.</i>	76
<i>Autres évolutions pertinentes</i>	76
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	76
ARTICLE 16. LIBERTE D'ENTREPRENDRE	76
ARTICLE 17. DROIT DE PROPRIETE.....	76
<i>Droit de propriété et restrictions apportées à celui-ci</i>	76
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	76
Aspects positifs.....	77
ARTICLE 18. DROIT D'ASILE.....	77

<i>Procédure d'asile</i>	77
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	77
<i>La qualification de réfugié</i>	78
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	78
<i>Les demandeurs d'asile mineurs non accompagnés</i>	78
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	78
ARTICLE 19. PROTECTION EN CAS D'ELOIGNEMENT, D'EXPULSION ET D'EXTRADITION	78
<i>Expulsions collectives</i>	78
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	78
Motifs de préoccupation	78
<i>Interdiction de renvoi vers un pays où l'étranger court un risque réel et sérieux qu'il soit porté atteinte à sa vie ou de subir des tortures ou des traitements cruels, inhumains ou dégradants</i>	78
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	79
Motifs de préoccupation	79
<i>Etrangers suivant un traitement médical vital</i>	79
Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données	79
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	79
CHAPITRE III : ÉGALITÉ.....	80
ARTICLE 20. ÉGALITE EN DROIT	80
ARTICLE 21. NON-DISCRIMINATION	80
<i>Protection contre les discriminations</i>	80
Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données	80
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	80
Aspects positifs	81
<i>La lutte contre le discours d'incitation à la discrimination raciale, ethnique, nationale ou religieuse</i>	82
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	82
Aspects positifs	83
Motifs de préoccupation	83
<i>Actions positives en vue de favoriser l'intégration professionnelle de certains groupes</i>	84
Bonnes pratiques	84
<i>Protection des Tziganes/Roms</i>	85
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	85
<i>Autres évolutions pertinentes</i>	85
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	85
Aspects positifs	86
ARTICLE 22. DIVERSITE CULTURELLE ET RELIGIEUSE	87
<i>Protection des minorités religieuses</i>	87
Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données	87
<i>Autres évolutions pertinentes</i>	87
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	87
Motifs de préoccupation	87
ARTICLE 23. ÉGALITE ENTRE HOMME ET FEMMES	87

<i>Discriminations fondées sur le sexe dans l'emploi et le travail</i>	87
Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données	87
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	88
<i>Actions positives en vue de l'intégration professionnelle des femmes</i>	88
Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données	88
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	89
<i>Voies de recours en cas de discrimination fondée sur le sexe (charge de la preuve, niveau de sanctions, droit pour les associations d'ester en justice)</i>	90
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	90
<i>Participation des femmes à la vie politique</i>	92
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	92
Motifs de préoccupation	92
<i>Autres évolutions pertinentes</i>	92
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	92
Aspects positifs	92
ARTICLE 24. DROITS DE L'ENFANT	93
<i>Possibilité pour l'enfant d'être entendu, d'agir et d'être représenté en justice</i>	93
Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données	93
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	93
Motifs de préoccupation	94
<i>Possibilité pour l'enfant d'être entendu en matière de discipline scolaire</i>	94
Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données	94
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	94
Motifs de préoccupation	95
<i>Alternatives au retrait du foyer familial</i>	95
Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données	95
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	96
Motifs de préoccupation	96
<i>Mineurs délinquants</i>	96
Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données	96
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	97
Bonnes pratiques	97
Motifs de préoccupation	97
<i>Autres évolutions pertinentes</i>	97
Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données	97
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	98
Aspects positifs	98
ARTICLE 25. DROIT DES PERSONNES AGEES	98
<i>Maintien des personnes âgées dans leur environnement de vie habituel</i>	98
Bonnes pratiques	98
<i>Mesures de protection spécifiques des personnes âgées (maltraitance et isolement)</i> ..	98
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	98
<i>Autres évolutions pertinentes</i>	99
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales	99
Aspects positifs	99
ARTICLE 26. INTEGRATION DES PERSONNES HANDICAPEES	99

<i>Protection contre les discriminations fondées sur l'état de santé ou sur le handicap</i>	99
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales ...	99
Motifs de préoccupation	100
<i>Intégration professionnelle des personnes handicapées : actions positives, quotas d'embauche</i>	100
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales ..	100
<i>Aménagements raisonnables</i>	101
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales ..	101
Aspects positifs.....	101
<i>Autres évolutions pertinentes</i>	101
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales ..	101
CHAPITRE IV : SOLIDARITÉ	102
ARTICLE 27. DROIT A L'INFORMATION ET A LA CONSULTATION DES TRAVAILLEURS AU SEIN DE L'ENTREPRISE	102
<i>Principe de discussion collective lors de l'introduction de nouvelles technologies</i> ..	102
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales ..	102
ARTICLE 28. DROIT DE NEGOCIATION ET D' ACTIONS COLLECTIVES	102
<i>Dialogue social</i>	102
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales ..	102
<i>Droit d'action collective (droit de grève) et liberté d'entreprise ou droit de propriété</i>	104
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales ..	104
ARTICLE 29. DROIT D'ACCES AUX SERVICES DE PLACEMENT	105
<i>Accès aux services de placement</i>	105
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales ..	105
<i>Autres évolutions pertinentes</i>	105
Aspects positifs.....	105
ARTICLE 30. PROTECTION EN CAS DE LICENCIEMENT INJUSTIFIE	105
<i>Recours contre la décision de licenciement</i>	105
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales ..	105
Motifs de préoccupation	106
<i>Autres évolutions pertinentes</i>	106
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales ..	106
ARTICLE 31. CONDITIONS DE TRAVAIL JUSTES ET EQUITABLES	107
<i>Santé et sécurité au travail</i>	107
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales ..	107
Motifs de préoccupation	107
<i>Temps de travail</i>	108
Motifs de préoccupation	108
<i>Autres évolutions pertinentes</i>	109
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales ..	109
ARTICLE 32. INTERDICTION DU TRAVAIL DES ENFANTS ET PROTECTION DES JEUNES AU TRAVAIL.....	109
<i>Protection des jeunes au travail</i>	109
Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données	109
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales ..	110
Motifs de préoccupation	111
<i>Contrôle de la protection</i>	111
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales ..	111
ARTICLE 33. VIE FAMILIALE ET VIE PROFESSIONNELLE.....	111

<i>Congé parental</i>	111
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales ..	111
<i>Protection contre le licenciement pour des motifs liés à l'exercice de responsabilités familiales</i>	111
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales ..	111
<i>Vie familiale et promotion professionnelle</i>	112
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales ..	112
<i>Initiatives des entreprises</i>	112
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales ..	112
ARTICLE 34. SECURITE SOCIALE ET AIDE SOCIALE	112
<i>Aide sociale et lutte contre l'exclusion sociale (en général)</i>	112
Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données	112
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales ..	112
<i>Aide sociale au bénéfice des étrangers en situation illégale et des demandeurs d'asile</i>	113
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales ..	113
<i>Sécurité sociale au bénéfice des personnes qui se sont déplacées à l'intérieur de l'Union</i>	113
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales ..	113
<i>Mesures favorisant l'accès au logement</i>	113
Bonnes pratiques	113
Motifs de préoccupation	114
<i>Autres évolutions pertinentes</i>	114
Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données	114
ARTICLE 35. PROTECTION DE LA SANTE.....	114
<i>Accès à l'assistance médicale</i>	114
Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données	114
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales ..	114
Aspects positifs.....	115
Motifs de préoccupation	116
<i>Drogues (réglementation, dépénalisation, traitements de substitution)</i>	117
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales ..	117
Aspects positifs.....	117
Motifs de préoccupation	117
ARTICLE 36. ACCES AUX SERVICES D'INTERET ECONOMIQUE GENERAL	118
ARTICLE 37. PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT	118
<i>Droit à un environnement sain</i>	118
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales ..	118
Aspects positifs.....	119
Motifs de préoccupation	119
<i>Le droit d'accès à l'information en matière d'environnement</i>	120
Bonnes pratiques	120
Motifs de préoccupation	120
<i>Le recours aux mécanismes incitatifs en vue de la protection de l'environnement...</i>	120
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales ..	120
ARTICLE 38. PROTECTION DES CONSOMMATEURS	121

<i>Protection du consommateur dans le droit des contrats</i>	121
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales ..	121
Motifs de préoccupation	121
<i>Protection du consommateur dans le droit judiciaire</i>	121
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales ..	121
<i>Information du consommateur</i>	122
Motifs de préoccupation	122
<i>La France est relativement en retard dans la transposition des directives. Les différentes lois d'habilitation du gouvernement votées par le Parlement ont permis en 2004 de transposer des directives par voie d'ordonnances. C'est ainsi que l'ordonnance n°2004-670 du 9 juillet 2004 a transposé, avec six mois de retard, la directive 2001/95/CE sur la sécurité générale des produits. La directive 99/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation est toujours en attente de transposition. La CJCE a condamné la France pour manquement à ses obligations de transposition.</i>	122
<i>Autres évolutions pertinentes</i>	122
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales ..	122
CHAPITRE V : CITOYENNETE	123
ARTICLE 39. DROIT DE VOTE ET D'ELIGIBILITE AUX ELECTIONS AU PARLEMENT EUROPEEN	123
<i>Droit de vote et d'éligibilité aux élections du Parlement européen</i>	123
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales ..	123
ARTICLE 40. DROIT DE VOTE ET D'ELIGIBILITE AUX ELECTIONS MUNICIPALES	123
ARTICLE 41. DROIT A UNE BONNE ADMINISTRATION	123
ARTICLE 42. DROIT D'ACCES AUX DOCUMENTS	123
ARTICLE 43. MEDiateur	124
ARTICLE 44. DROIT DE PETITION	124
ARTICLE 45. LIBERTE DE CIRCULATION ET DE SEJOUR	124
<i>Droit à l'assistance sociale des personnes ayant exercé leur liberté de circulation.</i>	124
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales ..	124
ARTICLE 46. PROTECTION DIPLOMATIQUE ET CONSULAIRE	124
<i>Protection des citoyens de l'Union par les représentations diplomatiques et consulaires à l'étranger</i>	124
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales ..	124
<i>1. C'est un décret du 29 avril 2002 qui assure la protection consulaire et diplomatique, en droit français, des ressortissants des autres Etats membres, conformément, entre autres dispositions, à la décision 95/553</i>	124
<i>Décision 96/409/PESC du 25 juin 1996 : établissement d'un titre de voyage</i>	125
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales ..	125
CHAPITRE VI : JUSTICE	125
ARTICLE 47. DROIT A UN RECOURS EFFECTIF ET A ACCEDER A UN TRIBUNAL IMPARTIAL	125

<i>Accès au juge</i>	125
Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données ..	125
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales ..	126
Aspects positifs.....	127
Bonnes pratiques ..	127
Motifs de préoccupation ..	128
<i>Protection juridictionnelle provisoire</i>	128
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales ..	128
<i>Responsabilité de la puissance publique et immunités de juridiction ou d'exécution</i>	128
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales ..	128
Aspects positifs.....	129
<i>Aide juridictionnelle</i>	129
Aspects positifs.....	129
<i>Indépendance et impartialité</i>	129
Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données ..	129
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales ..	130
Aspects positifs.....	132
Motifs de préoccupation ..	132
<i>Publicité des débats et du prononcé</i>	133
Motifs de préoccupation ..	133
<i>Délai raisonnable de jugement</i>	133
Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données ..	133
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales ..	134
<i>Le droit à l'exécution des décisions de justice</i>	134
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales ..	134
Aspects positifs.....	135
<i>Autres évolutions pertinentes</i>	135
Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données ..	135
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales ..	136
ARTICLE 48. PRESOMPTION D'INNOCENCE ET DROITS DE LA DEFENSE.....	137

<i>Présomption d'innocence</i>	137
Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données	137
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales ..	137
Aspects positifs.....	138
<i>Droits de la preuve en matière pénale</i>	138
Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données	138
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales ..	138
<i>Droit de bénéficier de l'assistance d'un défenseur de son choix</i>	138
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales ..	138
Aspects positifs.....	139
<i>Droit de bénéficier de l'assistance d'un interprète</i>	139
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales ..	139
Aspects positifs.....	139
<i>Procédures pénales accélérées</i>	139
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales ..	140
<i>Autres évolutions pertinentes</i>	140
Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données	140
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales ..	141
Aspects positifs.....	141
ARTICLE 49. PRINCIPE DE LEGALITE ET DE PROPORTIONNALITE DES PEINES	141
<i>Légalité des délits et des peines</i>	142
Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données	142
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales ..	142
Aspects positifs.....	143
ARTICLE 50. DROIT A NE PAS ETRE JUGE OU PUNI DEUX FOIS.....	143
<i>Droit à ne pas être jugé ou puni deux fois</i>	143
Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales ..	143
ANNEXE : CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPEENNE (JO C 364 DU 18.12.2000)	145
ANNEXE : CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPEENNE (JO C 364 DU 18.12.2000)	ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.

CHAPITRE I : DIGNITÉ

Article 1. Dignité humaine

Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données

Les condamnations de la France au titre de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme relèvent évidemment de la question du respect de la dignité humaine. De même que les rapports présentés par les organes internationaux de contrôle¹ et par les organes nationaux, qu'ils soient institutionnels² ou associatifs³. Ils seront examinés plus en détail dans le rapport.

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

De nombreuses lois ou projets d'action gouvernementaux peuvent être rattachés, quant à leur motivation ou à leur objectif, à la défense du principe de dignité humaine, particulièrement les lois concernant la bioéthique, la santé, la lutte contre la discrimination... De même, les plans d'action concernant la violence faite à l'égard des femmes, des enfants ou la lutte contre le tourisme sexuel entretiennent des liens étroits avec le respect de la dignité due à l'être humain. L'ensemble de ces textes et actions sera examiné plus avant dans le rapport.

La pratique des autorités nationales⁴ appelle également des réflexions par rapport au principe général du respect de la dignité.

Les plus hautes juridictions françaises ont encore cette année rendu des décisions dans lesquelles le principe de dignité est directement ou indirectement concerné.

Ainsi, tout d'abord, le Conseil constitutionnel a rendu une décision par rapport à la loi bioéthique du 6 août 2004⁵. Le principe de dignité y était indirectement invoqué par rapport à l'article 17⁶ de la loi, sur la brevetabilité des inventions portant sur les gènes. Les saisissants

¹ Comité de prévention de la torture, Comité international des droits de l'enfant dans une certaine mesure.

² Commission nationale de déontologie de la sécurité, Commission nationale consultative des droits de l'homme, défenseur des enfants...

³ Anafé, Cimade, Ligue des droits de l'homme, Fédération internationale des droits de l'homme, Amnesty international.

⁴ Spécialement les violences policières.

⁵ CC. DC n° 2004-498, 29 juillet 2004.

⁶ L'article 17 modifie l'article L. 611-17 du Code de la propriété intellectuelle: « Ne sont pas brevetables les inventions dont l'exploitation commerciale serait contraire à la dignité de la personne humaine, à l'ordre public ou aux bonnes moeurs, cette contrariété ne pouvant résulter du seul fait que cette exploitation est interdite par une disposition législative ou réglementaire. ». Il ajoute ensuite trois articles L. 611-18, L. 611-19 et L. 611-20. L'article L. 611-18 énonce que « Le corps humain, aux différents stades de sa constitution et de son développement, ainsi que la simple découverte d'un de ses éléments, y compris la séquence totale ou partielle d'un gène, ne peuvent constituer des inventions brevetables. Seule une invention constituant l'application technique d'une fonction d'un élément du corps humain peut être protégée par brevet. Cette protection ne couvre l'élément du corps humain que dans la mesure nécessaire à la réalisation et à l'exploitation de cette application particulière. Celle-ci doit être concrètement et précisément exposée dans la demande de brevet.

Ne sont notamment pas brevetables :

- a) les procédés de clonage des êtres humains ;
- b) les procédés de modification de l'identité génétique de l'être humain ;
- c) les utilisations d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales ;

considéraient cet article contraire à l'article 11 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen et « à l'inviolabilité, à l'intégrité et à l'absence de caractère patrimonial du corps humain, ainsi qu'à l'intégrité de l'espèce humaine ».

Le recours a été rejeté et l'article 17 jugé conforme à la Constitution. Dans sa décision, le Conseil a relevé que les dispositions critiquées tiraient les conséquences nécessaires des dispositions précises et inconditionnelles de l'article 5 de la directive 98/44/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques⁷. À ce propos la Cour de justice des Communautés européennes avait jugé dans un arrêt du 9 octobre 2001⁸ que cette directive encadre le droit des brevets de façon suffisamment rigoureuse pour que le corps humain demeure effectivement indisponible et inaliénable et qu'ainsi la dignité humaine soit sauvegardée. La transposition de cette directive ne se heurtait à aucune disposition expresse de la Constitution française. C'est donc au juge communautaire qu'il appartient de juger de la conformité d'une directive aux droits fondamentaux garantis par l'Union.

La Cour de cassation connaît classiquement de pourvois concernant des dispositions mettant en cause la dignité humaine, particulièrement en matière pénale. En effet, l'arsenal législatif spécialement dans le domaine de la répression de la diffusion d'images contraires à la dignité humaine s'est renforcé depuis quelques années et les poursuites se multiplient. Mais elles ne se traduisent pas forcément par des condamnations⁹. La Cour de cassation se prononce également en matière civile. La haute juridiction a confirmé la position de l'Assemblée plénière du 31 mai 1991 refusant l'adoption d'un enfant issu d'une mère porteuse¹⁰. La maternité pour autrui, dont le caractère illicite se déduit des principes généraux du Code civil et, aujourd'hui, de son article 16-7 réalise un détournement de l'institution de l'adoption. Dans un arrêt du 8 avril 2004¹¹, elle s'est prononcée sur l'utilisation par un journal d'une photo d'accident de la route dans lequel une jeune fille était décédée. La Cour d'appel dont l'arrêt était attaqué a jugé que la photo, laissant apparaître la main de la victime, n'était pas attentatoire à la dignité humaine en raison de son but informatif et de l'imprécision concernant le détail de la photo. Le pourvoi a été rejeté.

Les technologies de diffusion des informations (nouvelles ou plus traditionnelles) permettent en effet la multiplication des risques de diffusion de messages contraires au respect de la dignité humaine.

Le Conseil d'État fait également application de ce principe grâce notamment à la loi du 30 septembre 1986¹². Ainsi, le 20 août 2004¹³ il a enjoint, à la demande du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), la Société Eutelsat de faire cesser la diffusion de la chaîne Al Manar. Outre l'absence de convention de diffusion ou de licence avec la France ou un pays membre de l'Union européenne, les programmes de cette chaîne portent atteinte à plusieurs principes et notamment au respect de la dignité de la personne humaine, à la sauvegarde de l'ordre

d) les séquences totales ou partielles d'un gène prises en tant que telles ».

⁷ La directive du 6 juillet 1998.

⁸ CJCE, 9 octobre 2001, Pays-Bas c/ Parlement et Conseil, C-377/98.

⁹ Voir par exemple Cass. crim., 3 février 2004, n° 03-84.825 rejet d'un pourvoi pour une affaire d'envoi d'images pornographiques par Internet en application de l'article 227-24 du Code pénal qui punit la diffusion de messages à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine. La Cour a considéré que l'envoi à un tiers majeur d'un message ne contenant que l'adresse d'un site et le lien permettant d'y accéder ne suffit pas à caractériser le délit prévu par l'article 227-24 du Code pénal.

¹⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 9 décembre 2003, pourvoi n°01.03-297.

¹¹ Cass. civ. 2^{ème}, 8 avril 2004, pourvoi n° 03-10959.

¹² Cette loi pose le principe de liberté de la communication audiovisuelle. Toutefois, cette liberté peut comporter des limites notamment en raison du respect de la dignité de la personne humaine.

¹³ CE., 20 août 2004, *CSA c. Soc. Eutelsat*, n° 261804.

public, à la protection des mineurs et à l'interdiction de toute incitation à la haine ou à la violence pour des raisons de religion ou de nationalité. Cette injonction prévoyait en réalité que la chaîne Al Manar présente un dossier au CSA pour pouvoir continuer d'émettre. En l'absence de ce dossier ou s'il était rejeté par la CSA, Eutelsat devrait faire cesser la diffusion de la chaîne¹⁴.

Le Conseil d'État s'est également prononcé dans une affaire du 5 juillet 2004 concernant Canal Antilles¹⁵. Cette dernière demandait l'annulation d'une partie de sa convention conclue avec le CSA qui interdisait la diffusion de programmes de catégorie V¹⁶. Le Conseil d'État donne raison à la Société. Ce qui est particulièrement intéressant pour notre problématique est l'argumentaire de la haute juridiction. Dans sa motivation, elle se réfère à l'article 7 de la convention du Conseil de l'Europe sur la télévision transfrontière du 5 mai 1989 qui prévoit que tous les éléments des services de programmes, par leur présentation et leur contenu, doivent respecter la dignité de la personne humaine et les droits fondamentaux d'autrui. Le Conseil vise également l'article 22 de la directive du Conseil des Communautés européennes du 3 octobre 1989 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle. Il rappelle qu'aux termes de l'article 15 de la loi du 30 septembre 1986 : Le Conseil supérieur de l'audiovisuel veille à la protection de l'enfance et de l'adolescence et au respect de la dignité de la personne dans les programmes mis à disposition du public par un service de communication audiovisuelle. Enfin, il rappelle qu'aux termes de l'article 227-24 du code pénal, le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, soit de faire commerce d'un tel message, est puni de 3 ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur. Cependant, la mission du CSA n'est pas d'aboutir à l'interdiction totale des programmes pouvant simplement nuire à l'épanouissement du mineur (et non gravement) mais de s'assurer que leur programmation est réalisée dans des conditions telles (horaires, cryptage) que les mineurs ne soient pas normalement susceptibles d'avoir accès à ces programmes.

Les juridictions inférieures appliquent également des dispositions en lien avec le principe de dignité humaine et non pas uniquement en matière pénale.

Ainsi le tribunal de grande instance de Créteil le 30 septembre 2004 a prononcé un non-lieu dans une affaire de recours à la « gestation pour autrui » par un couple français, car ayant été mise en œuvre en Californie (USA) où la pratique est légale¹⁷.

Le tribunal administratif d'Amiens a confirmé la vision traditionnelle de l'embryon en droit français¹⁸. Les dispositions du Code civil¹⁹ s'opposent à ce que les requérants puissent demander en argent la réparation du préjudice matériel causé par la perte d'ovocytes. Les ovocytes surnuméraires n'étant pas des personnes, les requérants ne sont pas fondés à se prévaloir de l'existence d'un préjudice moral résultant selon eux de la perte d'êtres chers. Ils ont cependant droit à obtenir réparation des troubles divers dans les conditions d'existence qu'ils ont subi à l'occasion de cet incident.

¹⁴ Cette chaîne a depuis reçu l'autorisation d'émettre par le CSA. Mais cette autorisation vient d'être suspendue, la chaîne n'ayant pas respecté ses engagements, notamment par rapport à l'antisémitisme.

¹⁵ CE., 5 juillet 2004, *Canal Antilles c. CSA*, n° 255589.

¹⁶ Programmes interdits aux mineurs ou réservés à un public adulte averti.

¹⁷ Le Monde, 13 octobre 2004. Voir aussi note 10.

¹⁸ Tribunal administratif d'Amiens, 2^{ème} ch., 9 mars 2004.

¹⁹ L'article 16-1 du Code civil.

Article 2. Droit à la vie

Euthanasie (active et passive, et assistance au suicide)

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

Une mission d'information parlementaire sur la fin de vie avait été créée le 15 octobre 2003, présidée par Jean Léonetti, député UMP et composée de 31 députés. Après huit mois de travaux elle a rendu public son rapport le 30 juin 2004.

Contrairement aux positions originelles du gouvernement²⁰ cette mission estimait que certains points devaient faire l'objet de débats parlementaires pour être inscrits à terme dans une loi.

La mission avait recommandé à l'unanimité d'instituer un « droit à laisser mourir » pour permettre aux patients en fin de vie de refuser un traitement. Il n'y avait pas eu de demande en faveur d'une dépénalisation de l'euthanasie. En effet, il ne s'agissait pas d'atteindre les exemples belge ou néerlandais mais de protéger les médecins du risque judiciaire en cas de refus de l'acharnement thérapeutique et surtout de mieux respecter la volonté du malade. La demande de la mission était d'aller plus loin que la simple modification par décret du Code de déontologie proposée notamment par le Garde des Sceaux lors de son audition. Il ne s'agissait pour autant pas de modifier le Code pénal mais de compléter la loi Kouchner de 2002 sur les droits des malades en modifiant le Code de la santé publique. Parallèlement, la mission recommandait d'étendre les structures et les moyens de soins palliatifs ainsi que l'amélioration de la formation éthique des personnels. La mission recommandait d'introduire dans la loi la « directive anticipée », sorte de testament permettant aux malades de donner leurs directives concernant la fin de leur vie.

Le 28 août 2004 le gouvernement annonçait l'élaboration prochaine d'une loi pour redéfinir l'accompagnement des malades en fin de vie mais ne dépénalisant pas l'euthanasie. Ainsi le gouvernement a accepté les conclusions de la mission parlementaire. En définitive, le projet s'est transformé en proposition de loi déposée par le président de la mission parlementaire, enregistrée à l'Assemblée le 26 octobre 2004²¹. Le débat à l'Assemblée nationale a commencé le 26 novembre 2004. Le texte a été adopté à la quasi unanimité en première lecture le 30 novembre²². L'adoption finale après vote du Sénat est prévue pour le début de l'année 2005.

Si la proposition de loi écarte l'idée de dépénaliser l'euthanasie ou de permettre le suicide assisté et ne touche pas au Code pénal, elle modifie en revanche le Code de la santé publique en posant explicitement le refus de « l'obstination déraisonnable », le devoir du médecin de « respecter la volonté du malade », et en établissant des procédures « d'arrêts de traitement ». Dans l'exposé des motifs de la proposition de loi, il était rappeler que si « les malades refusent la douleur et la souffrance liées à la dégradation physique et mentale; s'ils récusent l'acharnement thérapeutique, ils craignent tout autant l'arbitraire d'une décision médicale qui mettrait fin à leur vie dans une clandestinité peu compatible avec le respect dû à tout être humain ». Les professionnels de la santé quant à eux « redoutent de devoir faire face à des sanctions ordinales ou pénales, même s'ils se conforment à des règles de bonne pratique professionnelles » s'ils décident de ne pas poursuivre un traitement en l'absence d'espoir d'amélioration de l'état de santé de la personne.

²⁰ Notamment du Garde des Sceaux et du Ministre de la Santé.

²¹ Proposition de loi relative aux droits des malades et à la fin de vie n° 1882 du 26 octobre 2004.

²² Texte adopté n° 358.

La proposition de loi poursuit deux objectifs : renforcer les droits des malades et reconnaître des droits spécifiques aux malades en fin de vie tout en encadrant la responsabilité des professionnels de santé.

Le renforcement des droits des malades passe notamment par l'institution d'un droit au refus de l'obstination déraisonnable, inséré dans l'article L. 1110-5 du Code de la santé publique²³. Ainsi les actes médicaux dont le patient bénéficie le patient « ne doivent pas être poursuivis par une obstination déraisonnable. Lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou n'ayant d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, ils peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris ».

Ce renforcement passe également par la définition des procédures d'arrêt du traitement, en présence d'un malade conscient mais aussi pour le malade inconscient.

Les droits du malade conscient sont précisés par la nouvelle rédaction de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique. Quand ce dernier, qui n'est pas en fin de vie, refuse tout traitement, mettant sa vie en danger, son médecin peut faire appel à un autre membre du corps médical. Par ailleurs le malade doit réitérer sa décision après un délai raisonnable²⁴.

En ce qui concerne le malade inconscient, le même article prévoit qu'aucune mesure d'arrêt du traitement mettant sa vie en danger ne peut être réalisée sans la prise d'une décision collégiale définie par le Code de déontologie et sans avoir consulté la famille, la personne de confiance²⁵ ou un proche²⁶. De même le nouvel alinéa prévoit la consultation des éventuelles « directives anticipées » prises par le malade. En effet, « toute personne majeure peut rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté. Ces directives anticipées indiquent les souhaits de la personne relatifs à sa fin de vie concernant les conditions de la limitation ou l'arrêt de traitement. Elles sont révocables à tout moment »²⁷. Cependant, pour que le médecin puisse en tenir compte elles doivent avoir été rédigées moins de trois ans avant l'état d'inconscience.

Enfin, ce renforcement des droits du malade passe par la concrétisation des obligations palliatives des établissements de santé²⁸.

La reconnaissance de droits spécifiques aux malades en fin de vie : La proposition de loi établit un critère pour définir la fin de vie. Ce critère fait référence à une personne en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable quelque en soit la cause²⁹. Cet article autorise ce malade à demander l'arrêt de son traitement, le médecin devant l'informer des conséquences de ce choix tout en le respectant et en prodiguant les soins palliatifs.

Dans ce cadre le rôle de la personne de confiance est renforcé quand le malade est hors d'état d'exprimer sa volonté. L'avis de la personne de confiance prévaut sur toute décision médicale (sauf urgence ou impossibilité), à l'exclusion des directives anticipées qu'aurait pu rédiger le malade³⁰.

Enfin concernant un rôle plus actif du médecin, il est prévu que lorsqu'une personne, en fin de vie est hors d'état d'exprimer sa volonté, ce dernier peut décider de limiter ou d'arrêter un traitement inutile, disproportionné ou n'ayant d'autre objet que la seule prolongation artificielle de la vie, après avoir respecté la procédure collégiale définie par le Code de déontologie médicale et consulté la personne de confiance, la famille ou, à défaut, un de ses

²³ Article L. 1110-5, al 2 du Code de la santé publique.

²⁴ Article L. 1111-4, al 2 du Code de la santé publique.

²⁵ Article L. 1111-6 du Code de la santé publique.

²⁶ Article L. 1111-4, al 5 du Code de la santé publique.

²⁷ Art L. 1111-11 du Code de la santé publique.

²⁸ Article L. 6114-2, L. 6143-2-2 du Code de la santé publique obligeant à disposer de lits identifiés en soins palliatifs, de référents pour les soins palliatifs et mettant en place un volet « activités palliatives des services » dans le projet médical des établissements.

²⁹ Article L. 1111-10 du Code de la santé publique.

³⁰ Article L. 1111-12 du Code de la santé publique.

proches et, le cas échéant, les directives anticipées de la personne³¹.

Dans ce nouveau contexte, un médecin qui satisferait aux obligations de transparence et de collégialité ne serait pas juridiquement responsable, contrairement à celui qui s'en affranchirait. Ces propositions permettront de conforter le corps médical dans ses bonnes pratiques. Par ailleurs, tout le dispositif repose sur le dialogue entre le malade, la famille et les membres du corps médical.

Aspects positifs

Par la création de la mission parlementaire une réflexion au plus haut niveau sur le thème de la fin de vie suite aux affaires de l'année dernière (et particulièrement l'affaire Humbert) a été engagée et a pu permettre l'adoption (prochaine) d'une loi. Alors qu'il n'y était pas favorable le gouvernement a pourtant suivi les conclusions de la mission en acceptant le vote d'une loi, assurant ainsi un cadre juridique plus solide pour les patients et les médecins.

Bonnes pratiques

La Société française d'accompagnement et de soins palliatifs a rendu public lors d'un Congrès organisé du 10 au 12 juin 2004 le projet d'un guide de bonnes pratiques sur la fin de vie à destination du personnel médical. Cette Société ne souhaite pour autant pas une loi légalisant l'euthanasie.

Motifs de préoccupation

Le développement des euthanasies en dehors de tout cadre législatif constitue une préoccupation forte de la Société civile et des autorités. Un simple exemple pour cette année: quatorze euthanasies auraient été pratiquées au CHU de Besançon en 2000 et 2001 selon une expertise médicale ordonnée dans le cadre d'une enquête préliminaire ouverte le 19 avril 2002 par le parquet de Besançon, suite à un premier rapport de l'Inspection générale des affaires sociales de mai 2002 qui signalait l'existence de pratiques visant à accélérer le processus de fin de vie de certains patients³². Le développement de telles pratiques d'euthanasie indirecte, mais également directe selon le rapport, souligne l'urgence à prendre des mesures au plus haut niveau afin d'établir un cadre législatif et réglementaire clarifiant les possibilités offertes aux malades et les limites posées au personnel médical.

On espère que la future loi sur la fin de vie viendra mettre un terme à ces pratiques clandestines. Cependant, certaines associations considèrent que la future loi ne va pas assez loin. En particulier, la définition de la fin de vie (en lien avec une maladie incurable) ne tient pas compte des personnes jeunes, gravement handicapées, et souhaitant mettre un terme à leur vie (comme dans le cas Humbert). En effet, cela aurait constitué une étape supplémentaire vers l'euthanasie active, car il ne s'agit pas là d'un arrêt de traitement pour une personne incurable mais d'un geste volontaire qui reste donc encore incriminable sous l'empire du Code pénal. Toutefois, dans une matière aussi délicate et dans laquelle des dérives sont possibles, il convient d'avancer prudemment.

Règles d'engagement des forces de sécurité (usage des armes à feu)

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

Dans son rapport rendu public le 6 mai 2004, la Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS) a rappelé les principes devant gouverner l'usage des différentes catégories d'armes. Celui-ci doit faire l'objet d'une rigueur toute particulière tant dans l'interprétation

³¹ Article L. 1111-13 du Code de la santé publique.

³² Le Monde, 12 mai 2004.

des textes l'autorisant que dans le caractère proportionné de leur emploi. La Commission regrette notamment l'usage trop intempestif des gaz lacrymogènes y compris pour des infractions mineures (tapage nocturne).

Le 7 octobre 2004, des statistiques ont été publiées par le journal *Le Figaro*³³ concernant l'usage des armes à feu par les forces de l'ordre (à l'exception des CRS). Ces statistiques ont révélé que ces dernières ont tiré en 2003 à 706 reprises en état de légitime défense ou non. La police de province aurait ouvert le feu à 551 reprises contre 141 pour la gendarmerie. La police parisienne aurait ouvert le feu à 14 reprises. 14 tirs accidentels sont à déplorer. Dans 51 % des cas la gendarmerie a invoqué la légitime défense contre 81 % dans le cas de la police.

En ce qui concerne la jurisprudence nationale la Cour d'assises du Haut-Rhin le 12 février 2004 a acquitté un policier suisse ayant tué par usage d'arme à feu un voleur en territoire français. L'avocate générale avait pourtant requis cinq ans d'emprisonnement avec sursis. Les jurés ont fait jouer l'article 122-3 du code pénal prévoyant l'exonération de responsabilité de la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir un acte, car le policier aurait agi en conformité avec la législation bâloise, pensant toujours se trouver en Suisse lors des coups de feu³⁴.

Motifs de préoccupation

L'usage des armes à feu peut inquiéter surtout lorsqu'il est mis en parallèle avec l'augmentation des violences policières constatées aussi bien au niveau national qu'international. L'exigence de proportionnalité dans l'usage de moyens pouvant entraîner la mort ne doit pas être occultée par la culture du résultat actuellement prônée en France.

Lutte contre la traite des êtres humains (en ce compris les moyens techniques visant à empêcher le franchissement des frontières)

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

Dans une conférence de presse du 24 juin 2004 sur l'ouverture de nouveaux chantiers prioritaires, le Ministre de l'Intérieur a rappelé l'objectif de lutte contre toutes les formes de trafic d'êtres humains. Dans le cadre de l'augmentation des expulsions, du renforcement de la coopération internationale un des objectifs est de « mieux lutter contre les filières criminelles qui exploitent la personne humaine: passeurs, proxénètes, employeurs de travailleurs clandestins »³⁵.

Motifs de préoccupation

La lutte contre les êtres humains est désormais un argument supplémentaire dans la politique répressive du gouvernement français. Si ce dispositif, on l'espère, permet d'attaquer les réseaux à leur plus niveau de direction, on peut s'inquiéter des conséquences qu'il peut avoir pour leurs victimes (expulsion, emprisonnement).

Violence domestique (en particulier à l'égard des femmes)

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

³³ Information reprise par Le Monde, 8 octobre 2004.

³⁴ Le Monde, 14 février 2004.

³⁵ www.interieur.gouv.fr

Selon un discours prononcé par le Ministre de l'Intérieur³⁶ les violences conjugales et familiales constituent 8 % de la criminalité globale en France. Trois femmes meurent tous les quinze jours du fait de violence au sein du couple³⁷.

Cette violence conjugale a été prise ne compte dans le cadre de la réforme du divorce qui a eu lieu cette année³⁸.

L'article 22 de la loi modifie l'article 220-1, alinéa 3 du Code civil. Il permet au juge, lorsque les violences mettent en danger le conjoint et/ou les enfants, avant toute requête en divorce, d'organiser la résidence séparée, d'attribuer la jouissance du logement conjugal à l'époux victime et de statuer sur la contribution aux charges du mariage ainsi que sur l'autorité parentale. Le conjoint victime dispose de quatre mois pour assigner en divorce. À défaut, les mesures ordonnées sont caduques.

Par la loi du 26 juillet 2004³⁹, l'ordonnance de 1945 a été modifiée pour renforcer la protection des femmes. Ainsi, cette loi modifie l'article 26 de l'ordonnance pour permettre l'expulsion des étrangers en cas d'appel à la violence contre un groupe de personnes. Certes, la loi ne vise pas expressément les femmes mais les circonstances entourant la prise de cette loi font que l'appel à la violence contre les femmes est en réalité directement visé⁴⁰.

Le Ministre de la parité et de l'égalité professionnelle a annoncé en Conseil des Ministres le 24 novembre dix mesures d'un plan global de lutte contre les violences faites aux femmes. Une femme sur dix serait victime de violences conjugales.

La première mesure concerne la question de l'hébergement des femmes, afin que celles-ci ne soient pas empêchées de quitter l'auteur des violences pour des raisons contingentes. La deuxième mesure concerne l'amélioration de l'information sur les aides financières auxquelles les femmes ont droit. La troisième mesure concerne l'emploi, notamment pour que les femmes contraintes de quitter leur emploi pour fuir leur conjoint voient reconnu le caractère légitime de leur démission, ouvrant droit aux ASSEDIC. Des aides à la reprise de l'emploi sont également prévues. La quatrième mesure consiste dans l'amélioration de l'accès à la justice et de la protection des femmes. Cette mesure passe par le renforcement de l'information sur les droits, le renforcement de la sécurité des victimes, la sanction renforcée contre l'auteur des violences au sein du couple et par la lutte contre les propos sexistes. La cinquième mesure consiste en l'amélioration du repérage des situations de violence. La sixième mesure vise à améliorer le soutien financier aux associations et le partenariat entre les acteurs. La septième mesure vise à accroître la communication auprès du grand public et la sensibilisation des professionnels. La huitième mesure invite à mettre en place une étude statistique pour évaluer le nombre de décès dus à la violence contre les femmes et pour évaluer le coût économique global de cette violence. La mesure neuf vise à la prévention de la violence dès l'école. Enfin la dernière mesure préconise de renforcer l'action en Europe et dans le monde pour lutter contre cette violence.

³⁶ Discours prononcé lors de l'ouverture de la 2^e Université du mouvement « ni putes, ni soumises » du 8 octobre 2004, disponible sur le site internet du Ministère de l'Intérieur.

³⁷ Selon l'exposé des motifs de la proposition de loi n° 62, déposée au sénat le 10 novembre 2004.

³⁸ Voir la Loi n° 2004-439 relative au divorce du 26 mai 2004, publiée au JORF du 27 mai 2004, p. 9319.

³⁹ Loi n° 2004-735 du 26 juillet 2004 relative aux conditions d'expulsion des personnes visées à l'article 26 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945, www.legifrance.gouv.fr.

⁴⁰ Il s'agissait de l'expulsion d'un Imam ayant légitimé la violence physique contre les femmes. Voir le discours de D. de Villepin devant le mouvement « ni putes, ni soumises », www.interieur.gouv.fr.

Parallèlement, une proposition de loi tendant à lutter contre les violences à l'égard des femmes et au sein du couple a été déposée le 10 novembre au Sénat par les groupes socialiste et vert⁴¹.

La loi du 2 janvier 2004⁴² permet aux associations déclarées, dont l'objet statutaire est la lutte contre les violences sexuelles ou familiales, d'exercer les droits reconnus à la partie civile pour certaines infractions particulièrement graves (atteintes à la vie et à l'intégrité, atteintes sexuelles, enlèvement et séquestration...) sous réserve de l'accord de la victime⁴³.

Bonnes pratiques

La violence contre les femmes est en passe de devenir une grande cause nationale à travers le plan nationale, le développement des campagnes de communication dans les médias. Il faut espérer que ces intentions seront concrétisées rapidement dans les faits.

Autres évolutions pertinentes

Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données

Dans l'arrêt Vo⁴⁴, la Cour estime que la France n'a pas violé l'article 2 de la Convention en ne prévoyant pas une voie pénale pour poursuivre la négligence d'un médecin ayant entraîné la mort du fœtus de la requérante. La requérante contestait donc l'absence d'incrimination pénale contre les atteintes à la vie des enfants à naître. Sur ce terrain délicat la Cour estime qu'il ne lui appartient pas de trancher le débat sur le début de la vie et que cette question relève de la marge d'appréciation des États. De plus, les exigences liées à la préservation de la vie dans le domaine de la santé publique n'ont pas été méconnues par l'État défendeur. La Cour a en effet estimé que la protection juridique (non pénale) offerte par la France à la requérante satisfaisait aux exigences procédurales inhérentes à l'article 2 de la Convention.

Voir également à l'article 4 du rapport, l'arrêt Slimani contre France du 27 juillet 2004, concluant à la violation de l'obligation procédurale de l'article 2.

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

La jurisprudence en matière d'homicide involontaire sur le fœtus a été confirmée⁴⁵. La Cour de cassation rappelle que la naissance de l'enfant est le critère pouvant entraîner l'incrimination pénale. Ainsi, dans un cas de négligence ayant entraîné la naissance d'un enfant mort né, l'incrimination d'homicide involontaire ne peut être retenue⁴⁶, alors que sera condamné le chauffard ayant provoqué la naissance prématurée d'un bébé ayant vécu une heure avant de mourir des suites des lésions provoquées par l'accident⁴⁷.

Motifs de préoccupation

⁴¹ Texte n°62, proposition de loi tendant à lutter contre les violences à l'égard des femmes et notamment au sein des couples par un dispositif global de prévention, d'aide aux victimes et de répression, déposé le 10 novembre 2004.

⁴² Loi n° 2004-1 du 2 janvier 2004 relative à l'accueil et à la protection de l'enfance, publiée au J.O. du 3 janvier 2004, p. 184.

⁴³ Article 2-2 du Code de procédure pénale.

⁴⁴ Cour eur.D.H., *Vo contre France*, 8 juillet 2004, requête n°53924/00.

⁴⁵ Cass. crim., 2 décembre 2003, pourvoi n° 03-82.344 ; Cass. crim., 4 mai 2004, pourvoi n° 03-86.175.

⁴⁶ Cass. crim., 4 mai 2004.

⁴⁷ Cass. crim., 2 décembre 2003.

Deux élèves officiers de Saint-Cyr sont morts de froid en janvier 2004 lors d'un exercice. L'armée a reconnu une succession malencontreuse d'erreurs d'appréciation mais exclut une faute professionnelle caractérisée. L'armée de terre a déclaré qu'une interdiction d'exercice de responsabilité avait été prise mais on ignore à l'encontre de qui. Une enquête judiciaire est en cours⁴⁸.

Il faut également signaler comme une forte régression une proposition de loi déposée le 8 avril 2004⁴⁹ par 47 députés de la majorité visant à rétablir la peine de mort pour les auteurs d'actes terroristes, soulignant les tensions sécuritaires traversant le paysage politique national et les excès auxquels elles peuvent amener.

Article 3. Droit à l'intégrité de la personne

Droits des patients

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

La loi sur la bioéthique du 6 août 2004⁵⁰ concerne la problématique de l'intégrité physique et mentale des personnes et elle sera examinée d'abord d'un point de vue assez général puis particulièrement sous l'angle du consentement et de l'information des patients.

Les missions et moyens du Comité consultatif d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé ont été précisés⁵¹. Le rôle de consultation du Comité est consacré par la loi qui lui reconnaît la mission de donner des avis sur les problèmes éthiques et également sur les « questions de société » soulevés par les progrès de la connaissance dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé⁵². Par ailleurs il rend un avis consultatif sur la création au niveau régional ou interrégional d'« espaces de réflexion éthiques »⁵³. Son statut est désormais inscrit dans la loi, même s'il est identique à ce qui existe déjà⁵⁴. En revanche, l'indépendance financière du Comité est garantie par son rattachement au budget des services généraux du premier Ministre⁵⁵ contre son ancien rattachement à l'INSERM qui pouvait poser des problèmes de conflits d'intérêts.

La loi prévoit la création d'une agence de la biomédecine⁵⁶ qui se substitue à l'Établissement français des greffes et à la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal. Les compétences de cette nouvelle agence sont très étendues, regroupant les domaines de la greffe, de la reproduction, de l'embryologie, de la génétique. Ses missions sont, notamment, la participation à l'élaboration de règles et de bonnes pratiques, des missions d'information des autorités, d'avis sur saisine de sociétés médicales, de promotion de la qualité et de la sécurité sanitaire et de la recherche médicale dans ses domaines de compétence, recherche qu'elle est également chargée d'évaluer et de

⁴⁸ Le Monde, 6 mars 2004.

⁴⁹ Texte n°1521, proposition de loi tendant à rétablir la peine de mort pour les auteurs d'actes terroristes, enregistrée à l'Assemblée nationale le 8 avril 2004. La proposition vise donc la modification de la loi n° 81-908 du 9 octobre 1981 portant abolition de la peine de mort.

⁵⁰ Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, publiée au J.O. du 7 août 2004, p. 14 040, v. aussi la décision du Conseil constitutionnel précitée note 5

⁵¹ Voir le Chapitre II du titre I du livre IV de la première partie du Code de la santé publique intitulé « Éthique ».

⁵² Article L. 1412-1 du Code de la santé publique.

⁵³ Article L. 1412-6 du Code de la santé publique

⁵⁴ Article L. 1412-2 du code de la santé publique.

⁵⁵ Article L. 1412-4 du code de la santé publique.

⁵⁶ Article L. 1418-1 à L. 1418-7 du Code de la santé publique.

contrôler par la délivrance d'agréments et d'autorisations. Par ailleurs, elle dispose d'un rôle étendu en matière de dons d'organes et autres éléments du corps humain et de greffe (promotion, contrôle, gestion des fichiers et des informations...).

Modification des règles du consentement, notamment dans le cadre de l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne :

L'article 16-10 du Code civil qui concerne l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne, ne pouvant être réalisé qu'à des fins scientifiques ou médicales, est modifié par la loi. Il prévoit que « le consentement exprès de la personne doit être recueilli par écrit, préalablement à la réalisation de l'examen après qu'elle a été dûment informée de sa nature et de sa finalité. Le consentement mentionne la finalité de l'examen. Il est révoquant sans forme et à tout moment ». L'article 16-11, alinéa 3⁵⁷, modifié reprend le même principe dans le cadre d'un examen à des fins médicales ou scientifiques. Une contravention à ces mesures est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende⁵⁸. À ce titre, il faut préciser une possible dérogation à l'obtention préalable de ce consentement dans le cadre d'un examen à des fins médicales dans l'intérêt de la personne, quand de plus on n'a pas pu recueillir l'avis de la famille, de la personne de confiance ou d'un proche⁵⁹.

Dans le cadre d'une procédure judiciaire civile, l'identification post mortem est possible lorsque l'intéressé a donné son accord exprès de son vivant. L'article 16-11 modifié du Code civil pose en réalité le principe de l'interdiction sauf consentement exprès de la personne de son vivant.

Dans le cadre des droits des patients se pose également la question de l'information familiale en cas de diagnostic d'anomalie génétique grave⁶⁰. Il s'agit de savoir si le médecin qui découvre une affection génétique susceptible de favoriser le développement d'une pathologie au sein de la famille doit en informer cette dernière. Le texte adopté résulte de la proposition de la Commission mixte paritaire. Les hypothèses visées par le texte concernent des anomalies graves, invalidantes (c'est-à-dire des maladies). Le diagnostic doit avoir été posé lors de l'examen des caractéristiques génétiques de la personne. Seul le médecin ayant prescrit cet examen est habilité à communiquer les résultats à la personne concernée. Il doit informer la personne ou son représentant légal des risques que son silence ferait courir aux membres de sa famille, en sachant que le silence ne fait courir de risque que si des mesures de prévention ou de soins pourraient leur être proposées (cela exclut les maladies incurables).

Le médecin doit résumer l'information dans un document écrit qu'il remet à la personne. Le malade dispose de différentes possibilités : informer directement sa famille ou choisir la procédure de l'information médicale à caractère familial. Dans ce cas, il communique au médecin les noms et adresses des membres de sa famille en précisant son lien de parenté à leur égard. Le médecin transmet les informations à l'agence de biomédecine qui, par l'intermédiaire d'un médecin, les informe de l'existence de l'information médicale à caractère familial susceptible de les concerner et des moyens d'y accéder.

Si le malade ne souhaite pas informer directement sa famille il n'engage pas sa responsabilité. Mais dans ce cas, s'il n'a pas non plus recours à la procédure d'information médicale, il ne semble pas qu'il puisse prétendre à l'irresponsabilité prévue par l'alinéa 5 de l'article L.1131-1 du Code de la santé publique qui énonce que « le fait pour le patient de ne pas transmettre l'information relative à son anomalie génétique... ne peut servir de fondement à une action en responsabilité... ».

⁵⁷ Cette disposition concerne l'identification dans le cadre de procédures judiciaires.

⁵⁸ Article 226-25 et 226-27 du Code pénal.

⁵⁹ Article L. 1131-1 du Code de la santé publique.

⁶⁰ Article L. 1131-1 du Code de la santé publique.

La nécessaire recherche du consentement des patients est étendue à l'ensemble des actes médicaux, certaines dérogations sont néanmoins possibles⁶¹. Il s'agit cependant de mesures exceptionnelles motivées par l'intérêt général. En ce qui concerne le don d'organes prélevés sur une personne décédée, le régime est même celui de la présomption de consentement⁶² en raison du déficit chronique que connaît la France. En effet, le prélèvement et la greffe d'organes ont été élevés à la dignité de priorité nationale par la loi⁶³. De plus, le développement de la précision des finalités des différents actes médicaux permet aux patients de donner un véritable consentement éclairé.

La loi du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel⁶⁴ est passée relativement inaperçue par rapport à la loi bioéthique. La question du traitement des données personnelles concerne essentiellement le Chapitre II. Néanmoins quelques une de ses dispositions peuvent nous concerner par rapport à la problématique du consentement des patients. Cette loi a pour but de transposer une directive européenne de 1995 sur la protection des données au regard du traitement de l'information en milieu médical et modifie la loi du 6 janvier 1978.⁶⁵ Ainsi le nouvel article 7 de la loi de 1978 prévoit que le traitement de données à caractère personnelle doit avoir reçu le consentement de la personne. Ce dernier définit cependant les exceptions au principe qui permettent un traitement licite de l'information, nonobstant l'absence de consentement de la personne. Mais surtout, selon le nouvel article 8-I de la loi de 1978, il est en principe impossible d'effectuer un traitement des données personnelles relatives à la santé des personnes. L'article 8-II prévoit néanmoins des exceptions. C'est le cas de la nécessité de sauvegarder la vie de la personne alors que cette dernière est dans l'incapacité de donner son consentement au traitement des données. Mais cette interdiction est également levée pour les traitements de données nécessaires aux fins de médecine préventive, de diagnostics médicaux, de l'administration de soins ou de traitements, de la gestion des services de santé et mis en œuvre par un membre d'une profession de santé, ou par une autre personne à laquelle s'impose en raison de ses fonctions l'obligation de secret professionnel. De même, pour les traitements nécessaires à la recherche dans le domaine de la santé sous certaines conditions.

La loi du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie⁶⁶ envisage la question du médecin traitant⁶⁷. Cette mesure pourrait être considérée comme une sorte d'atteinte au libre choix de son médecin par le patient. De plus, l'article 7 de la loi prévoit de majorer la participation des assurés n'ayant pas choisi un médecin traitant ou qui consulteraient un spécialiste sans être passés auparavant par leur médecin traitant⁶⁸.

Dans sa décision⁶⁹, le Conseil constitutionnel a néanmoins estimé que ni la création du dossier médical personnel, ni le rôle du médecin traitant, ni la participation forfaitaire de l'assuré ne portait atteinte à des principes constitutionnels. Cependant, le Conseil a donné quelques directives d'interprétation. En ce qui concerne notre problématique, il a estimé que la majoration de la participation de l'assuré, en cas de consultation d'un médecin non prescrit par le médecin traitant, ne doit pas par son montant remettre en cause les exigences du

⁶¹ Article L. 1211-2 du Code de la santé publique sur les autopsies médicales exécutées en cas de nécessité impérieuse de santé publique contre l'avis de la personne décédée.

⁶² Article L. 1232-1 du Code de la santé publique.

⁶³ Article L. 1231-1 A du Code de la santé publique.

⁶⁴ Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, publié au JORF du 7 août 2004, p. 14063.

⁶⁵ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

⁶⁶ Loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie, publiée au J.O du 17 août 2004.

⁶⁷ Article L. 162-5-3 du Code de la sécurité sociale.

⁶⁸ Article L. 162-5-3 al 5 du Code de la sécurité sociale. Cette majoration ne s'applique pas aux urgences.

⁶⁹ CC. DC n° 2004-504 du 12 août 2004.

onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946⁷⁰, aux termes duquel la Nation garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé.

La question du dossier médical personnalisé ne pourra être ouvert, selon la nouvelle loi qu'avec le consentement du patient, sauf urgence. De plus, son accès est interdit hors des cas expressément prévus par la loi, y compris avec le consentement du patient⁷¹.

Aspects positifs

La loi bioéthique du 6 août 2004 permet enfin une réactualisation des lois bioéthiques de 1994. Elle poursuit le renforcement et la clarification des exigences de consentement et d'information des patients.

Motifs de préoccupation

En ce qui concerne le droit à l'intégrité des personnes à travers l'accès aux soins, la Ligue des droits de l'homme (LDH)⁷² a dénoncé la loi sur les étrangers malades. Des étrangers atteints d'une pathologie grave se verraient refuser l'octroi ou le renouvellement de leurs papiers. Or l'article 12 bis-11 de l'ordonnance de 1945 prévoit l'accord d'un titre de séjour à tout étranger dont l'état de santé nécessite une prise en charge médicale dont il ne peut bénéficier dans son pays d'origine et dont le défaut pourrait entraîner des conséquences d'une exceptionnelle gravité. La LDH a saisi le cabinet du Ministre de l'Intérieur de cas particulièrement représentatifs mettant les malades dans une situation de précarité inadmissible. Le cabinet du Ministre a répondu le 4 juin qu'il procéderait à un réexamen attentif des dossiers. Mais au-delà d'un réexamen au cas par cas, ce sont des mesures générales de la part des préfectures qui sont nécessaires.

Par ailleurs, la réforme de l'aide médicale d'État, fin 2003 a été dénoncée comme cause d'une probable « catastrophe » par des associations telles Médecins sans frontières, Médecins du Monde, le Comité médical pour les exilés et le SAMU social de Paris. Cette réforme a durci les conditions d'obtention d'une couverture médicale pour les étrangers en situation irrégulière en leur demandant notamment de produire des pièces justificatives supplémentaires, dissuadant certains d'entre eux de se soigner⁷³.

Protection des personnes se prêtant à des recherches médicales

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

La loi du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel⁷⁴ a levé l'interdiction de traitement de données médicales, sous réserve de l'autorisation de la CNIL, s'il s'agit de traitements nécessaires à la recherche médicale⁷⁵. Cependant, il est prévu au nouveau Chapitre IX de la loi, concernant le traitement de données à caractère personnel ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé, les personnes peuvent s'opposer à ce que les données les concernant fassent l'objet de la levée du secret professionnel nécessaire à la transmission de données pour élaborer des traitements à des fins de recherches.

⁷⁰ Décision précitée, considérant n° 13.

⁷¹ Article L. 161-36-3 du Code de la sécurité sociale.

⁷² www.ldh-france.org. Le Monde, 23 et 25 juin 2004.

⁷³ Voy. nos observations sous l'article 35 du présent rapport.

⁷⁴ Précitée, note 64.

⁷⁵ Le nouvel article 8-II de la loi de 1978.

La loi du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique⁷⁶ a pour but, notamment de transposer la directive communautaire du 4 avril 2001⁷⁷ et de faire évoluer la loi Huriet du 20 décembre 1988, en modifiant les règles de protection des personnes se prêtant à des recherches biomédicales.

Dans ce cadre l'Académie de Médecine avait rendu un rapport en date du 27 mai 2003⁷⁸. L'Académie attirait l'attention sur deux points. Elle réaffirmait, comme impératif de santé publique, la nécessité de poursuivre la recherche biomédicale chez l'homme, tout en l'encadrant strictement, et la nécessité d'arriver à une harmonisation des législations des pays membres de la Communauté. L'Académie soulignait la nécessité de lever l'ambiguïté sur la directive qui ne fait pas entrer dans son champ d'application les recherches ne concernant pas des innovations thérapeutiques. Enfin, l'Académie se prononçait en faveur de la disparition de la distinction faite entre les recherches ayant ou non un bénéfice individuel direct, résultant de la loi Huriet. Elle lui préférait la notion de balance bénéfice/risque⁷⁹ utilisée par la directive, suivant l'avis du Comité consultatif national d'éthique rendu sur le même sujet le 18 septembre 2003.

La loi de 2004 modifie le Code de la santé publique. L'article L. 1121-1 définit la recherche biomédicale comme une recherche organisée et pratiquée sur l'être humain en vue du développement des connaissances biologiques ou médicales. Ces recherches ne peuvent commencer sans l'avis favorable du Comité de protection des personnes⁸⁰. La loi encadre les recherches afin que l'intérêt de la personne qui s'y soumet prime toujours sur les intérêts de la recherche ou de la Société⁸¹. Avant toute recherche, la personne concernée doit donner son consentement libre et éclairé⁸² et est dans ce but informée sur de nombreux points : objectif, bénéfices attendus, modalités⁸³... Elle pourra également être informée des résultats des recherches. Il est prévu également pour certaines catégories de personnes un recueil plus strict de leur consentement⁸⁴. De plus, la personne se prêtant aux recherches est soumise à un examen médical préalable⁸⁵.

La directive de 2001 ne prévoit pas de dérogation au consentement préalable des personnes se prêtant à des recherches médicales. Mais la loi Huriet empêchait la recherche sur des personnes majeures hors d'état de manifester leur volonté. Pour pallier cette lacune l'article L. 1122-2 prévoit que l'on recueille l'avis de la personne de confiance ou de la famille. Toutefois, dans certains cas l'avis du juge des tutelles pourra être nécessaire. De même, dans des situations d'urgence il est possible de déroger au consentement sous de strictes conditions faisant intervenir la famille ou la personne de confiance⁸⁶. Il est prévu que les recherches ne peuvent être entreprises sur des personnes décédées ou en état de mort cérébrale sans son consentement exprimé de son vivant ou par le témoignage de sa famille⁸⁷. Il ressort de la loi que les personnes vulnérables⁸⁸ ne peuvent se soumettre ou être soumises à des recherches biomédicales que sous certaines conditions⁸⁹. Ces conditions sont empruntées à la directive mais également, selon l'exposé des motifs de la loi, à la Convention d'Oviedo.

⁷⁶ Loi n° 2004-806 relative à la politique de santé publique du 9 août 2004, publiée au J.O. du 11 août 2004, voy. aussi nos observations sous l'article 35.

⁷⁷ Directive CE n° 2001-20 relative à l'application de bonnes pratiques cliniques dans la conduite d'essais cliniques de médicaments à usage humain.

⁷⁸ www.academie-medecine.fr.

⁷⁹ Notion également utilisée par l'AFSSAPS (L'agence française de sécurité sanitaire).

⁸⁰ Art. L. 1121-4 du Code de la santé publique.

⁸¹ Art. L. 1121-2 du Code de la santé publique.

⁸² Art. L. 1122-1-1 du Code de la santé publique.

⁸³ Art. L. 1122-1 du Code de la santé publique.

⁸⁴ Art. L. 1122-2 du Code de la santé publique.

⁸⁵ Art. L. 1121-11 du Code de la santé publique.

⁸⁶ Art. L. 1122-1-2 du Code de la santé publique.

⁸⁷ Art. L. 1121-14 du Code de la santé publique.

⁸⁸ Femmes enceintes, détenus, personnes hospitalisées sous contrainte, mineurs, personnes en situation d'urgence ou hors d'état de manifester leur consentement...

⁸⁹ Art. L. 1121-5 à L. 1121-9 du Code de la santé publique.

Les recherches sur les femmes enceintes et les personnes privées de liberté ne peuvent être entreprises que si le risque prévisible encouru se justifie par le bénéfice escompté pour la personne ; ou alors si elles se justifient par rapport au bénéfice escompté pour des personnes dans une situation comparable et si elles ne sont pas réalisables avec la même efficacité sur une autre catégorie de la population, dans ce cas les risques prévisibles et les contraintes doivent présenter un caractère minimal.

Pour les mineurs et les personnes incapables de manifester leur consentement, la condition d'impossibilité d'effectuer la recherche sur une autre catégorie est la première condition à remplir. Ensuite les conditions alternatives entrent en jeu⁹⁰.

De plus, il est prévu par la loi d'introduire les règles de minimisation de la douleur, de la peur et autres contraintes pour les personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales⁹¹. La loi va au-delà de la directive qui ne prévoit ces conditions que pour les mineurs et les majeurs hors d'état de manifester leur consentement. Cette exigence se cumule avec le principe susvisé de primauté de la personne.

En ce qui concerne la possibilité de se soumettre à plusieurs recherches simultanées, l'article L. 1121-12 du Code de la santé publique n'édicte plus une interdiction absolue en prévoyant seulement une période d'exclusion.

La loi prévoit également un cadre matériel à la réalisation de recherches. Elles ne peuvent avoir lieu que dans un endroit sécurisé disposant de moyens humains, matériels et techniques adaptés à la recherche⁹². Cependant, pour certaines catégories de recherches ne portant pas sur des produits et ne comportant que des risques négligeables, il est prévu de pouvoir déroger à l'encadrement par un médecin⁹³. Il est également prévu l'établissement d'une base de données sur les recherches biomédicales⁹⁴ et, dans le domaine des médicaments, elle permettra d'alimenter la base de données européenne tel que le prévoit la directive.

Il ne faut pas oublier l'éventuelle responsabilité du promoteur de la recherche vis-à-vis des personnes qui s'y prêtent⁹⁵. Le promoteur doit assurer l'indemnisation des sujets de la recherche, ou de leurs ayant-droits, sauf s'il démontre que le dommage n'est pas imputable à sa faute ou à celle d'un intervenant. Il s'agit donc d'une présomption de faute. Lorsque la responsabilité du promoteur n'est pas engagée, les victimes peuvent se voir indemnisées dans le cadre de la solidarité nationale⁹⁶. Toutefois, il convient de rappeler que les recherches se font sans contrepartie financière, à l'exception du remboursement des frais et d'un dédommagement en raison de contraintes substantielles subies et dont le plafond est fixé par le ministre de la santé⁹⁷. Mais l'indemnisation est interdite pour les catégories de personnes vulnérables en raison de la pression que cela pourrait constituer sur leur consentement.

Le Comité consultatif national d'éthique a rendu un avis le 6 février 2004 sur l'allogreffe de tissu composite visant la réparation d'un visage déformé ou détruit.⁹⁸ Il s'oppose aux transplantations totales de la face mais n'exclut pas des greffes partielles. Le Professeur Denys Pellerin souligne que le risque de rejet aigu après une greffe du visage peut être estimé à 10 % dans la première année, et le risque de rejet chronique de 30 à 50 % chez les personnes greffées après cinq à dix ans. De plus, ce type de traitement comporte de nombreux risques rappelés par le Comité (hypertensions, diabètes, cancers...). Une situation non vitale pourrait être ainsi transformée en situation de risque vital selon le Professeur Pellerin. De plus, la

⁹⁰ Risque prévisible justifié par bénéfice escompté pour la personne, bénéfice pour d'autres personnes avec risques et contraintes minimums.

⁹¹ Art. L. 1121-2 du Code de la santé publique.

⁹² Art. L. 1121-13 du Code de la santé publique.

⁹³ Art. L. 1121-3 al 6 du Code de la santé publique.

⁹⁴ Art. L. 1121-15 du Code de la santé publique.

⁹⁵ Art. L. 1121-10 du Code de la santé publique.

⁹⁶ Art. L. 1142-3 du Code de la santé publique modifié par la loi du 4 mars 2002 sur les droits des malades.

⁹⁷ Art. L. 1121-11 du Code de la santé publique.

⁹⁸ www.ccne-ethique.fr.

question de la possibilité technique de reconstruction de la face par allogreffe reste encore posée. Le Comité se prononce de manière très nuancée sur la faisabilité de l'opération. Il relève qu'il serait plus raisonnable de limiter l'ambition de cette technique à la « restauration de l'une des unités anatomiques de la face, pour traiter une séquelle tardive localisée insurmontable en dépit d'une réparation immédiate globalement acceptable ». Le visage restauré serait largement imprévisible quant à sa description pour le malade. Ainsi, en l'absence d'une réelle information du patient et l'existence de nombreuses incertitudes, « un consentement authentique » ne pourra jamais exister selon le Comité. Ce dernier reconnaît que l'allogreffe permettrait des résultats meilleurs que l'autogreffe mais il s'inquiète des conséquences gravissimes en cas d'échec, car dans un tel cas il faut retirer le greffon dans son entier. Dans le cas du visage le patient se retrouverait alors dans une « situation pire que la situation initiale ». Enfin la question des donneurs reste « le principal obstacle » à cette opération tant est « illusoire » la possibilité de dons explicites ou implicites. Au regard de ces considérations, le Comité considère que les transplantations faciales ne doivent pas être pratiquées tant que ne sont pas réalisées des recherches plus complètes. L'allogreffe ne peut être présentée comme une « solution prochaine accessible et idéale ». Si ce type de chirurgie devait être envisagée, le Comité recommande que ce soit dans le cadre d'un « protocole précis, multidisciplinaire et multicentrique, soumis pour accord à l'Établissement français des greffes ou à d'autres instances ayant les mêmes attributions ».

Bonnes pratiques

L'agence française de sécurité sanitaire (AFSSAPS) a annoncé le 9 juin 2004⁹⁹ qu'elle autorisait la reprise des essais de thérapie génique suspendus en octobre 2002 suite à des effets indésirables sur les malades. L'essai tend à la guérison par manipulations génétiques d'enfants souffrant d'un déficit immunitaire combiné sévère imposant de les maintenir en atmosphère stérile¹⁰⁰. L'accord de l'AFSSAPS résulte de la « mise en place de modifications du protocole » portant sur les doses administrées et l'âge des patients traités. Le rapport bénéfice-risque a été considéré comme étant positif par l'agence.

Autres évolutions pertinentes

Motifs de préoccupation

Augmentation des internements psychiatriques sans consentement des malades : plus de 86 % en dix ans. Ils ont atteint 72 519 en 2001. Face à cette situation particulièrement grave pour les droits des personnes, car aboutissant à des mesures privatives de liberté, le député G. Hage a proposé le 25 février la mise en place d'une commission d'enquête parlementaire¹⁰¹. Selon cette proposition les internements sous contrainte atteindraient les 60 000.

Différents rapports entre 2000¹⁰² et 2002¹⁰³ ont souligné l'importance de ce phénomène justifiant que l'on s'intéresse à ses causes.

À cet égard le Ministre de la santé a confié à l'IGAS¹⁰⁴ une mission ayant notamment pour but de révéler les causes de ce phénomène. L'augmentation des chiffres traduirait une dérive de la loi du 27 juin 1990. Il faut donc que le rapport de l'IGAS arrive à faire la part des choses entre l'augmentation due à l'inefficacité voire au détournement de la procédure et

⁹⁹ www.afssaps.sante.fr.

¹⁰⁰ Communément appelés « bébés bulle ».

¹⁰¹ Texte n° 1459, proposition de résolution visant à la création d'une commission d'enquête sur la progression du nombre d'internements psychiatriques en France.

¹⁰² La Cour des comptes soulignait que la France comptait 14 % d'hospitalisations sous contrainte contre 11 % en 1990.

¹⁰³ La Société des psychiatres des hôpitaux du secteur de Paris soulignait qu'en 2002 ce chiffre atteignait les 20 %.

¹⁰⁴ L'Inspection générale des affaires sociales.

l'augmentation due à l'évolution de la psychiatrie en général. L'ANAES¹⁰⁵ devrait également émettre dans les mois qui viennent une recommandation des bonnes pratiques cliniques dans les procédures de placement sous contrainte. Les associations quant à elles réclament l'instauration d'une période de 72 heures d'observation comme préalable à l'hospitalisation sous contrainte au cours de laquelle le consentement du malade serait recherché afin d'éviter la violence que constitue une telle mesure pour celui qui la subit.

Parallèlement, les professionnels du secteur dénoncent la crise du secteur, en particulier en termes de moyens financiers et humains¹⁰⁶.

Article 4. Interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants

Conditions de détention et contrôle extérieur de lieux abritant des personnes privées de liberté

Les établissements pénitentiaires

Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données

Cour européenne des droits de l'homme.

La responsabilité de la France a été recherchée en ce qui concerne les conditions de détention sous l'angle de l'article 3 dans l'affaire Matencio du 15 janvier 2004¹⁰⁷. Toutefois, la Cour n'aboutit pas à un constat de violation. Elle considère que le maintien du prisonnier en détention qui, suite à un accident vasculaire-cérébral, souffrait d'une hémiplegie partielle et auquel un taux d'incapacité de 80 % avait été reconnu, a atteint un seuil de gravité suffisant pour aboutir à la qualification de traitement contraire à l'article 3.

Rapport du Comité de prévention de la torture (CPT).

La publication officielle du rapport a eu lieu le 31 mars 2004¹⁰⁸. Il rend compte d'une visite effectuée du 11 au 17 juin 2003 dans trois établissements pénitentiaires français. Ce rapport a suscité une polémique, notamment au regard de la réaction des autorités françaises. Le rapport s'intéressait à différentes questions : les mauvais traitements, le surpeuplement carcéral, l'exécution des longues peines, la prévention des suicides et d'autres questions. Il établissait une série de recommandations. Le rapport a établi un constat très sévère et a notamment conclu à l'existence de traitements inhumains et dégradants.

Les mauvais traitements.

Le CPT n'a pas directement recueilli des allégations de mauvais traitements des personnels contre les détenus. Il conclut cependant à des traitements inhumains et dégradants en raison du surpeuplement, des conditions matérielles déplorables de détention, des conditions d'hygiène créant un risque sanitaire et de la pauvreté des programmes d'activité.

Surpeuplement carcéral.

Lors de la visite du CPT en juin le nombre de détenus était de 60963 pour 48 603 places. Le rapport souligne que l'augmentation de la population carcérale a nui à l'amélioration de conditions de détention et a même ruiné certaines avancées. Le principe de l'encellulement personnel pour certaines catégories de détenus devant entrer en vigueur en 2003 a été repoussé de cinq ans par une disposition législative. Le taux d'occupation atteint en moyenne 200% et nuit aux conditions de vie des détenus et aux conditions de travail du personnel. Le

¹⁰⁵ L'Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé.

¹⁰⁶ Le Monde, 20 novembre 2004.

¹⁰⁷ Cour eur. D. H., *Matencio c. France*, 15 janvier 2004, requête n°58749/00.

¹⁰⁸ Rapport disponible à l'adresse www.cpt.coe.int.fr/default.htm.

détail des conditions de détention dans les établissements visités est effrayant et manifestement contraires à la dignité humaine. Les activités des détenus sont réduites au minimum. Les contacts avec l'extérieur sont inférieurs à ce qui est théoriquement prévu. Par ailleurs le surpeuplement, en rendant difficiles les conditions de détention, aboutit à une dégradation du climat et à une augmentation des tensions.

Cette augmentation de la population carcérale est due selon des hauts responsables de l'administration pénitentiaire à une politique pénale plus répressive voulue par le gouvernement. Toutefois le CPT prend acte de la politique que souhaite mettre en place le gouvernement d'ici 2007¹⁰⁹. Il en nuance la portée en soulignant que l'augmentation des places doit avoir pour but l'amélioration des conditions de détention. De plus, la réalisation du programme est par nature étalée dans le temps. Si ces mesures vont dans le bon sens le CPT en appelle aux autorités pour qu'elles prennent immédiatement une stratégie cohérente de lutte contre le surpeuplement carcéral en application des recommandations du Conseil de l'Europe. De manière ciblée sur les prisons de Loos et de Toulon, le CPT prend note des mesures déjà prises par les autorités ayant permis une légère baisse du nombre de détenus mais les engage à poursuivre en ce sens, particulièrement dans le domaine de l'amélioration de l'hygiène.

Exécution des longues peines.

Plus que les conditions de détention, le rapport souligne les problèmes liés aux activités, notamment le faible nombre de détenus ayant accès à un travail ou à une formation professionnelle. Plus inquiétant, le CPT a reçu des plaintes contre le durcissement des conditions de détention en dehors des périodes de sport ou d'atelier : fermeture des cellules pendant la journée, mesure qui va à l'encontre des recommandations du CPT. Le CPT recommande également l'amélioration des contacts avec l'extérieur¹¹⁰.

Prévention du suicide.

Le CPT relève l'absence d'effectivité réelle des circulaires prises sur le sujet, soulignant le hiatus entre les intentions affichées par les autorités et la réalité du terrain. Dans aucun des établissements visités il n'existait une réelle politique de prévention des suicides digne de ce nom, malgré la gravité du phénomène. Le CPT renvoie aux recommandations du rapport Terra de 2003¹¹¹.

Autres questions.

Concernant les équipes régionales d'intervention et de sécurité (ERIS), le CPT recommande qu'elles n'interviennent pas encagoulées, mesure qu'aucune circonstance exceptionnelle ne peut justifier. Vu l'importance des armes dont elles peuvent disposer, le CPT demande des précisions quant à leurs possibilités d'intervention dans les établissements. Il souhaite également des informations sur la durée et le contenu de la formation. Au regard des dangers pour les libertés individuelles que représente l'intervention des ERIS, le CPT recommande qu'elle se fasse sous le contrôle d'une haute autorité indépendante, de façon à dissuader les abus.

Le CPT souhaite recevoir des informations sur le projet de création d'établissements destinés à recevoir les détenus les plus dangereux¹¹².

Le CPT réclame des informations sur les cellules d'isolement¹¹³. Il souligne la faiblesse des motivations de placement à l'isolement, la non évolution de la situation par rapport à sa visite de 2000. Il recommande l'engagement d'une réflexion visant à améliorer l'encadrement juridique de telles mesures, notamment par rapport au recours des détenus contre ces mesures.

¹⁰⁹ Augmentation de la capacité d'accueil, développement des alternatives à l'emprisonnement.

¹¹⁰ Téléphone et unité expérimentale de visite familiale.

¹¹¹ Document examiné dans le Rapport 2003.

¹¹² Régime et condition de détention, critères de classification des détenus.

¹¹³ Raison d'être, conditions de détention, éventuels recours contre ce placement.

Enfin le CPT réclame des informations sur le nombre de personnes ayant bénéficié d'une suspension de peine pour raison médicale.

Réponse des autorités françaises.

La réaction des autorités françaises est vive. Répondant point par point, le Garde des Sceaux a affirmé que le rapport contenait des approximations, des erreurs et des propositions inadaptées à la situation actuelle des prisons françaises. Il a d'abord souligné que la surpopulation carcérale n'était pas due à une politique plus répressive des autorités mais à l'insuffisance du parc pénitentiaire et à son inadaptation face à l'augmentation réelle de la délinquance en France. Et de rappeler le programme de construction de nouvelles prisons, les projets de développement des mesures alternatives à l'incarcération, d'énumérer les activités auxquelles les détenus ont accès dans les établissements visités. En ce qui concerne la fermeture des portes des cellules pendant la journée dans les maisons centrales, le Garde des Sceaux a fait savoir que ce n'était pas une mesure sur laquelle les autorités envisageaient de revenir malgré les protestations. De même que le port de la cagoule par les ERIS lors de leurs interventions dans les prisons des raisons de sécurité, garanties par l'anonymat des agents.

En ce qui concerne les suicides, le Ministre de la Justice dit partager la préoccupation du CPT mais conteste le taux présenté par ce dernier et affirme qu'il est le plus bas depuis 1996. Il souligne l'objectif de réduire les suicides de 20 % en cinq ans.

Parution du décret n° 2004-752 du 21 juillet 2004¹¹⁴ portant publication du protocole n°1 à la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, fait à Strasbourg le 4 novembre 1993.

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

Du 15 juin jusqu'en juillet 2004, 80 députés et sénateurs ont exercé leur droit de visite des prisons à l'initiative de l'observatoire international des prisons, de diverses associations, syndicats professionnels et partis politiques, afin de constater la réalité des situations dénoncées par le CPT dans son rapport. Ces visites font également suite aux rapports qui avaient été rédigés en 2000 et qui dénonçaient déjà l'état lamentable des prisons françaises. Le constat est celui de conditions de détention incompatibles avec la dignité humaine. La situation ne s'est pas améliorée depuis les rapports de 2000¹¹⁵. Certains parlementaires ont réclamé une nouvelle commission d'enquête sur les prisons. Il a également été demandé au président de l'Assemblée nationale de favoriser l'inscription d'une proposition de loi déjà adoptée en première lecture par le Sénat le 26 avril 2001¹¹⁶.

Rapport de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) du 11 mars 2004

Ce rapport concerne l'état des droits de l'homme dans les prisons. Il prend notamment place dans l'invitation du CPT à ce que la Commission s'investisse dans la question du respect des droits de l'homme en détention.

La Commission commence par stigmatiser l'absence de réponse des autorités face aux graves constats qui avaient été établis par les parlementaires lors d'une première mission d'information en date de 2000.

Dans sa volonté de « sortir la prison de l'exception juridique », la Commission préconise l'application du droit commun à l'univers carcéral et la création d'un statut du détenu lui garantissant le respect de sa dignité et des ses droits fondamentaux, ce dernier étant une « personne humaine », un « citoyen », un « justiciable » et un « usager » du service public. Dans ce cadre elle préconise une refonte des différentes normes afin que les mesures touchant

¹¹⁴ JORF, 29 juillet 2004, p. 13509

¹¹⁵ Le Monde, 18 juin 2004.

¹¹⁶ Le Monde, 25 juin 2004.

aux droits fondamentaux soient pris par des dispositions législatives et non par des normes subordonnées : décrets, circulaires, règlements intérieurs... Les normes ainsi créées devraient être guidées par trois axes : l'application du droit commun, l'affirmation de la mission de restauration du lien social de la prison, le contrôle indépendant de l'administration pénitentiaire.

Dans le cadre du premier axe, elle rappelle que les nécessités de l'administration ne peuvent justifier qu'exceptionnellement et de manière proportionnée qu'il soit porté atteinte aux libertés individuelles des détenus et que la hiérarchie des objectifs ne doit pas être inversée. L'administration pénitentiaire ne doit plus jouir d'un statut exceptionnel par rapport aux autres services publics. Particulièrement dans le cadre du deuxième axe, elle ne doit pas être à l'origine de la hiérarchie de ses priorités. Cet état du droit résulte de l'imprécision de ses missions. On constate ainsi que la fonction sécuritaire a toujours pris le pas sur celle de la réinsertion pourtant fondamentale pour l'ensemble de la Société. La Commission préconise un renversement des objectifs dans l'intérêt général et dans le but d'améliorer les rapports entre les détenus et le personnel, à l'image de ce qui existe dans d'autres États européens. Sans nier les nécessités évidentes de la sécurité, il faut que celles-ci soient encadrées et définies de manière précise pour éviter qu'elles ne soient à l'origine de limitation disproportionnées et non légitimes des droits des détenus. Il faut également que l'accès au Droit soit facilité aussi bien matériellement qu'intellectuellement. Or le droit pénitentiaire se caractérise par une profusion de textes rendant leur application uniforme illusoire. De même, les détenus doivent avoir plus aisément accès aux normes qui les régissent, à un conseil juridique indépendant. Les textes de l'administration doivent recevoir une plus grande publicité afin de lutter contre l'opacité. La Commission se prononce pour la rédaction d'un Code de l'exécution des peines. Enfin, la Commission examine la question du contrôle de l'administration pénitentiaire à la suite de la Commission Canivet et souscrit à ses analyses. Elle rappelle les propositions d'instauration d'un triple contrôle au niveau national tout d'abord, par la création du contrôleur général des prisons, régional ensuite, par la création d'un corps de médiateurs des prisons, et local enfin, à travers le rôle d'observation des délégués des médiateurs.

La Commission poursuit son étude avec l'examen de la garantie des droits fondamentaux.

Sur le respect de la dignité, la préoccupation de la Commission est de réglementer plus strictement les fouilles corporelles qui y portent atteinte. Actuellement ces dernières relèvent essentiellement de la volonté discrétionnaire du chef d'établissement et ont pourtant un résultat limité quant à la sécurité. La Commission recommande l'installation de moyens modernes de détection afin de réduire le recours aux fouilles et rappelle que la pratique systématique des fouilles intégrales est contraire à la jurisprudence de la Cour européenne.

Sur la question de l'isolement administratif prolongé, la Commission relève l'absence de détermination d'une durée maximum de la mesure et rappelle son caractère nocif d'un point de vue médical. La Commission critique cette mesure comme niant la dimension sociale de l'individu et se rallie aux critiques émises par le CPT en 2000. Elle recommande l'intervention du législateur.

La Commission critique également les transferts multiples imposés aux détenus et préconise l'interdiction des transferts en cascade, le transfèrement d'un détenu devant rester une mesure exceptionnelle.

Enfin le respect de la dignité implique des conditions matérielles de détention d'un certain standard. Elle regrette le report de cinq ans de la mesure d'encellulement individuel rappelant que la promiscuité est l'un des aspects les plus dégradants des conditions actuelles de détention. La commission souligne le retard de la France en matière d'hygiène et préconise la construction de cabine de douches individuelles si possible dans les cellules pour des raisons de dignité et de sécurité.

Sur la protection de l'intégrité physique et psychique, la Commission envisage la question de la prévention des suicides. Elle reprend, entre autres documents de travail, le rapport Terra et souligne que les mesures préconisées de longue date ne sont pas toujours effectivement réalisées. La Commission insiste pour le gouvernement face de cette question une priorité. La

réflexion doit aller dans le sens d'un rapprochement des conditions de détention avec l'extérieur pour limiter le sentiment d'exclusion des détenus. Le recours au quartier disciplinaire comme sanction, dans lequel le taux de suicide est supérieur à celui qui existe dans le cadre normal de la prison, doit être remplacé par d'autres mesures. Elle préconise le renforcement de l'accueil des entrants pour limiter le « choc carcéral ». La Commission envisage également la violence d'autrui à l'égard du détenu. La Commission souligne l'augmentation des fautes disciplinaires consécutives à des violences entre détenus. La surpopulation carcérale est stigmatisée comme favorisant le développement des violences. La Commission souligne que les premières victimes des agressions sont les personnes incarcérées pour des affaires de mœurs (agressions sur lesquelles l'administration fermerait les yeux) et les mineurs. La Commission souhaite voir mis en place très rapidement l'encellulement individuel permettant de limiter les violences entre les détenus. Par ailleurs une meilleure protection des droits des détenus et des unités carcérales à taille humaine peuvent également être à même de diminuer les tensions.

La Commission s'intéresse au respect des autres droits fondamentaux de l'individu, sur lesquels nous passerons plus rapidement. Il ne s'agit pas de diminuer l'importance de ces droits mais de rester dans les limites du cadre d'examen fixé par l'article 4. Le respect de la vie privée du détenu est particulièrement important par rapport à l'amélioration du climat carcéral et à l'objectif de réinsertion sociale. La nécessité d'aménager une espace privatif pour le détenu rejoint même les exigences liées au respect de la dignité humaine. Les fouilles des cellules doivent être mieux encadrée juridiquement en les calquant sur le régime des perquisitions. Les fouilles générales ne devraient pouvoir être réalisées que sur décision motivée de l'autorité judiciaire. Le Contrôle des correspondances devrait être limité à un contrôle extérieur, le contrôle intérieur en présence du détenu n'étant possible que sur une présomption d'illicéité. Quant au droit à la sexualité la Commission recommande la généralisation des unités expérimentales de vie familiale. Par rapport au maintien des liens familiaux les transferts doivent tenir compte de cette nécessité, le système des parloirs de longue durée doit être étendu à l'ensemble des prisons de même qu'un accès facilité au téléphone. La Commission recommande que tous les détenus soient en mesure de suivre un enseignement contribuant au plein épanouissement de la personne humaine. Quant au droit au travail qui reste limité en prison, la Commission recommande que les autorités proposent une offre de travail suffisante en quantité et en qualité, afin de permettre un minimum de ressources aux détenus et de les inscrire dans une démarche resocialisante. Le prisonnier doit bénéficier d'un contrat de travail et de l'application de l'ensemble des règles du Code du travail. Le droit de vote des détenus doit être garanti et encouragé. Le droit à la liberté d'expression et de communication des idées ne doit pas souffrir d'exceptions autres que celles de l'article 10 CEDH dans l'univers carcéral alors que l'administration dispose de moyens importants pour censurer les détenus. En l'absence d'autorisation explicite dans les règlements la Commission constate que la liberté d'association n'est pas exercée en prison. Le droit de grève est interdit en prison de manière indirecte sur une base réglementaire. La Commission préconise l'abandon de son interdiction absolue pour un droit limité et réglementé de manière proportionnée au but de son interdiction.

Concernant les garanties entourant les sanctions disciplinaires, la Commission réitère ses recommandations en matière de définition légale des incriminations. Elle souligne la nécessité d'améliorer ces normes en termes de clarté, de prévisibilité, de sécurité juridique pour le détenu. La Commission souligne la nécessité de la proportionnalité des sanctions par rapport à la gravité de la faute commise et estime qu'en France les sanctions sont manifestement disproportionnées, par rapport à nos voisins européens. Une intervention du législateur est souhaitée en la matière. Dans l'objectif du respect du principe *non bis in idem* la Commission recommande de limiter l'éventail des mesures coercitives. La Commission préconise que la procédure disciplinaire soit mise en conformité avec les principes d'indépendance et d'impartialité des organes de jugement. Le prononcé de sanctions disciplinaires pourrait être confié à une instance extérieure indépendante.

La Commission préconise à la suite de la Commission Canivet que le détenu dispose d'une voie de recours contre toutes les mesures qui sont prises à son encontre. En cas de décès du détenu, une obligation d'information doit être mise en place à l'égard des proches conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans ce cadre la Commission recommande que les fautes simples de l'administration ouvrent droit à réparation devant toutes les juridictions (et pas seulement devant le Conseil d'État comme cela semble être désormais le cas avec sa nouvelle Jurisprudence). La Commission recommande une amélioration de la formation des personnels concourant à l'exécution des peines. Pour finir et conformément aux réflexions de la Commission Canivet, la CNCDH recommande l'instauration d'un contrôle extérieur et permanent.

Dans le cadre de la dégradation des conditions de détention, l'État est de plus en plus assigné devant les tribunaux pour faute par des associations ou directement par les détenus. Dans ce cadre on peut signaler l'échec de l'utilisation d'une voie de droit différente de l'assignation traditionnelle de l'État pour faute lourde, notamment devant le tribunal administratif. En effet, le Garde des Sceaux avait été assigné en référé par un détenu devant le tribunal de grande instance de Brest. Le but était de faire nommer un expert pour constater le caractère contraire à la dignité humaine des conditions de détention de la maison d'arrêt de la ville. Le 22 juillet 2004 le tribunal s'est déclaré incompétent. En effet, pour le tribunal les griefs visaient le mauvais fonctionnement de l'administration pénitentiaire, ce qui relève de la compétence des juridictions administratives¹¹⁷.

En revanche dans d'autres procédures, la responsabilité de l'État se trouve engagée. Le rapport de la Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS) du 7 mai 2004 revient sur la question des suicides et regrette le manque de suivi des détenus ainsi que les cas où l'administration n'a pas suffisamment tenu compte des signes avant coureur. Elle rejoint les conclusions du rapport Terra et demande aux autorités nationales une réflexion pour la résolution de ce problème. Quant à l'engagement de la responsabilité, il consiste dans des condamnations pour faute dans le cadre de décès, généralement par suicide, de détenus.

Cette année on peut recenser la décision d'une famille d'engager la responsabilité de l'État devant le tribunal administratif de Strasbourg, pour le suicide de leur fils de 18 ans qui s'est donné la mort dans le quartier disciplinaire de la maison d'arrêt d'Épinal le 3 avril 2004. Ce cas est particulièrement révélateur de l'impuissance de l'administration dans la prévention des suicides. Selon l'avocat de la famille le jeune homme avait déjà tenté à cette reprise de mettre fin à ses jours depuis son incarcération et avait effectué deux séjours en psychiatrie. Pourtant, ce jeune homme a été transféré à 150 kilomètres de sa famille et placé en quartier disciplinaire où il est connu que le taux de suicide est beaucoup plus élevé comme le rapport terra présenté l'année dernière le soulignait. Il semble que l'administration ne tienne pas compte ou ne soit pas en mesure de tenir compte des facteurs de risque révélés par le psychiatre¹¹⁸.

Le 18 mai 2004, le tribunal administratif de Versailles a condamné l'État à verser 15 000 euros à la famille d'un détenu mort dans l'incendie de sa cellule, provoqué par son codétenu. Les juges ont estimé qu'en « incarcérant trois jeunes gens dans une cellule de 9 mètres carrés en méconnaissance de la réglementation concernant l'encellulement individuel des détenus de moins de 21 ans, l'administration a fait courir à M. Z. un risque spécial qui l'a privé d'une chance de survie. L'observatoire des prisons a estimé que ce jugement constituait une avancée juridique¹¹⁹.

Le 19 mai 2004, la Cour d'appel de Versailles a ordonné la mise en examen de l'ancienne directrice de la prison d'Osny dans le val d'Oise pour homicide involontaire dans le cadre du suicide d'un détenu en 1998. Le jeune homme n'aurait pas rencontré de médecin lors de sa mise en détention par prise de corps contrairement aux règles applicables et malgré son profil

¹¹⁷ Le Monde, 24 juillet 2004.

¹¹⁸ Le Monde, 14 avril 2004.

¹¹⁹ Le Monde, 17 juin 2004.

dépressif, selon la mère du jeune homme. Le juge d'instruction avait rendu une ordonnance de non lieu en considérant que l'absence de visite médicale ne saurait caractériser une faute engageant la responsabilité de l'administration sur le fondement de la loi du 10 juillet 2000 sur les délits non intentionnels. La Cour d'appel en a décidé autrement, confirmant une tendance plutôt louable de mise en cause des autorités dans le respect des responsabilités et obligations que les textes leur imposent¹²⁰.

Enfin, on peut citer la condamnation de l'État par le tribunal administratif de Rouen le 27 septembre 2004 pour le suicide d'un détenu en quartier disciplinaire. Le tribunal a considéré que les fautes commises par l'administration pénitentiaire sont la cause directe de la mort du détenu. Ce dernier considéré comme fragile avait demandé plusieurs fois à être admis dans une unité pour malades difficiles. Particulièrement affecté par des viols subis en prison, dont il venait d'obtenir la condamnation, il avait été placé au centre psychiatrique d'Évreux pour avoir tenté de mettre le feu à sa cellule. Les juges reprochent à l'administration de ne pas avoir mieux pris en compte les incidents et d'avoir placé le détenu en cellule disciplinaire pour une durée de 45 jours, sans prendre aucune mesure particulière adaptée aux circonstances et à son état et en le laissant seul avec des boîtes d'allumettes. De plus, le système d'aération était défectueux à l'époque. Le tribunal rappelle que l'administration est débitrice à l'égard des personnes incarcérées d'une obligation générale de sécurité¹²¹.

Ces condamnations importantes mais encore rares révèlent les difficultés de l'administration mais également son manque de préoccupation pour le sort de détenus, qui relèvent parfois plus de la psychiatrie que de la prison. Elles soulignent l'absence de réponses adaptées aux comportements violents et autodestructeurs de certains détenus, ce qui les amène souvent à réussir leurs tentatives de suicide. Ce problème nous amène à la question de la prise en compte d'un point de vue plus général des détenus malades.

Il faut tout d'abord signaler que l'année 2004 a vu la mise en place de la première unité d'hospitalisation sécurisée interrégionale pour détenus, inaugurée à Nancy en février 2004¹²². Cette unité est destinée à recevoir les pathologies médicales et chirurgicales des 4000 détenus de la région. En principe sept autres unités devraient être créées d'ici 2007. Lors de cette inauguration le Garde des Sceaux a précisé sa volonté d'accueillir dans des autres unités spécialisées les malades relevant de la psychiatrie dont on a vu qu'ils constituaient un grave problème. Mais pour l'instant il s'agit de projets et les problèmes actuels ne sont pas résolus. De plus, on peut souligner que pour l'instant le traitement des détenus malades n'est guère encourageant : le 14 octobre, l'administration pénitentiaire a passé le mot d'ordre de menotter dans le dos les détenus extraits des prisons pour raisons médicales¹²³. Certes, cette mesure intervient en réaction à l'évasion d'un détenu mais ce genre de pratique a déjà abouti à la condamnation de la France devant la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi, tous les détenus, quelque soit leur dangerosité, leur catégorie ou leur situation pénale devront être menottés dans le dos en permanence (lors du trajet et à l'hôpital) sauf impossibilité liée à des motifs d'ordre physique ou médical. Le Conseil d'État a été saisi le 12 novembre par l'Observatoire international des prisons d'un référé suspension, comme étant contraire au code de procédure pénale. On peut souligner que cette décision est particulièrement grave dans un contexte où les abus sont de plus en plus fréquents : une femme détenue avait accouché en étant menottée fin 2003, en mars 2004 une détenue a été violée lors de son transfert par un ambulancier alors qu'elle était entravée aux pieds¹²⁴. Si des raisons de sécurité motivent de telles pratiques, le caractère général et par conséquent souvent abusif des entraves apparaît contraire à la dignité de personnes qui sont théoriquement dans un état de faiblesse.

¹²⁰ Le Monde, 30-31 mai 2004.

¹²¹ Le Monde, 20 octobre 2004

¹²² Le Monde, 18 février 2004.

¹²³ Le Monde, 25 novembre 2004.

¹²⁴ Le Monde, 23 mars 2004.

Le caractère regrettable mais somme toute relativement rare des évasions lors des trajets prisons-hôpitaux ne doit pas faire peser une charge excessive sur l'ensemble des détenus.

Un autre point concernant les détenus malades doit être désormais examiné. Il s'agit de la suspension de peine pour raisons médicales, mesure qui a bénéficié d'une certaine médiatisation cette année, avec le cas de Joëlle Aubron, membre du groupe terroriste action directe. Après dix sept années d'incarcération et compte tenu de son état de santé qui ne lui laisse que quelques mois à vivre, la juridiction régionale de libération conditionnelle de Douai a décidé la suspension de sa peine le 14 juin 2004 en application de la loi du 4 mars 2002 sur les droits des malades. En revanche d'autres membres du groupe terroriste souffrant de pathologies lourdes n'ont pas vu leurs demandes acceptées. Précédemment, Loïk Le Floch-Prigent avait bénéficié de cette mesure et avait été libéré le 8 avril 2004 par décision de la Cour d'appel de Paris. De manière générale, la suspension de peine pour raisons médicales a concerné depuis la loi de 2002 environ 80 détenus, ce qui révèle une application rare du dispositif. L'observatoire international des prisons regrette à ce titre l'absence d'une étude épidémiologique permettant de savoir avec fiabilité le nombre de personnes pouvant relever de la mesure. De plus, les conditions d'octroi de cette mesure avaient été menacées par un amendement lors du débat sur la loi Perben et une circulaire du 7 mai 2003 a rappelé que le législateur n'a pas entendu que les expertises médicales lient la décision du juge. La loi du 9 mars 2004 a finalement complété l'article 720-1-1 du Code de procédure pénale afin de permettre aux juridictions prononçant la suspension de peine de soumettre le condamné à une ou plusieurs des obligations ou interdictions du régime de mise à l'épreuve. Le non respect de ces obligations est alors sanctionné par la fin de la suspension médicale.

Il semble, de plus, que la tendance soit à une appréciation restrictive de l'octroi de la suspension de peine.

La Cour de cassation est venue préciser la procédure applicable au dispositif de la loi du 4 mars 2002¹²⁵. Elle énonce que le refus de suspendre l'exécution d'une peine privative de liberté pour raisons médicales n'implique pas que deux expertises aient été préalablement ordonnées. Ainsi la suspension pour être autorisée nécessite deux expertises médicales mais une seule est suffisante quand le juge de l'application des peines n'entend pas accorder la mesure.

En ce qui concerne les conditions matérielles de détention, la loi de programmation pour la justice prévoit la construction de 28 nouvelles prisons pour porter la capacité d'accueil à 61 000 places, soit 13 200 places supplémentaires.

Outre les associations de défense des droits de l'homme et les institutions nationales ou européennes indépendantes, les avocats se sont également inquiétés de la dégradation des conditions de détention en lançant en juillet 2004 une deuxième journée de sensibilisation sur la situation des prisons. Ils lient l'augmentation de la population carcérale à celle des placements en détention provisoire¹²⁶.

La population carcérale au 1^{er} février 2004 était de 60 905 détenus¹²⁷ contre 55 407 un an plus tôt, Outre-mer comprise, pour une capacité théorique d'accueil de 48 603 places¹²⁸. Le taux d'accroissement est donc de 7,3 % en un an. Il y a donc une surpopulation historique de plus de 11 000 détenus. Le taux moyen d'occupation des établissements pénitentiaires est de 124,5 % et est très supérieur dans les maisons d'arrêts par rapport aux maisons centrales (longues

¹²⁵ Cass.crim., 23 juin 2004, pourvoi n° 04-80.439.

¹²⁶ Le Monde, 10 juillet 2004.

¹²⁷ Le chiffre aurait même atteint les 63 500 personnes au 1^{er} juin selon P. Molle directeur national de l'administration pénitentiaire.

¹²⁸ Voir « Regards sur l'actualité. Réforme de la justice pénale », n° 300, la Documentation française, 2004.

peines). Comparez avec les chiffres du CPT qui datent de 2003. Le décret présidentiel de grâces collectives du 14 juillet, s'il a fait passer le nombre des détenus sous la barre des 60 000 (selon l'administration pénitentiaire il y aurait 58 308 détenus au 1^{er} août), ne change rien à la gravité de la situation.

Malgré la volonté de construire de nouvelles structures, on peut douter du caractère suffisant de ce projet pour garantir des conditions de détention conformes à la dignité humaine. De plus, il faut prendre en compte le délai de construction des nouveaux établissements alors que l'on constate l'augmentation régulière du nombre des détenus.

Les suicides qui sont en augmentation révèlent les carences de l'administration pénitentiaire (voir le rapport de l'année dernière). Cependant, l'État est de plus en plus souvent assigné et condamné en responsabilité pour faute lourde (voir la partie jurisprudence de cet article).

Parallèlement il faut constater outre celle des suicides, l'augmentation des violences en prison aussi bien entre les détenus que de la part des gardiens.

Rapport de la CNDS sur les prisons.

La Commission dans son rapport du 7 mai 2004 s'intéresse aux violences au sein des établissements pénitentiaires, renforcée dans sa démarche par les constatations du CPT. Avant d'aborder la question des violences, il faut souligner que la Commission recommande un meilleur encadrement des fouilles générales. Concernant les violences contre les détenus, les plaintes sont dirigées contre l'administration en tant qu'actrice ou complice par passivité. La Commission recommande l'élaboration de règles précises relatives à l'intervention des agents masculins dans les quartiers pour femmes, suite à des plaintes à caractère sexuel. La Commission rappelle également les préoccupations qu'elle avait émises sur la situation particulière de la prison de Maubeuge. En décembre 2003, suite à un rapport de la Commission du 19 novembre 2003 constatant des manquements graves à la déontologie, l'administration pénitentiaire a déclaré qu'elle enverrait une inspection à la prison de Maubeuge pour vérifier la réalité des faits dénoncés par la commission. Les faits, dénoncés par des détenus à l'observatoire des prisons, étaient constitutifs de violences, de chantage et d'humiliations contre les détenus dans le cadre d'une reprise en main de la prison lors du changement de direction. Il faut ajouter également des faits de harcèlement à l'encontre du personnel. La Commission est saisi de cas de violences exercées par les surveillants contre les détenus, y compris à caractère sexuel. Dans ce cadre, elle préconise, outre la réglementation détaillée des fouilles au corps, l'introduction du médiateur comme autorité extérieure pouvant apaiser les tensions entre les détenus et le personnel lors du dépôt d'une plainte contre un surveillant par un détenu. Mais la CNDS est également saisi de la réaction des autorités face aux violences entre les détenus. Dans ce cadre la Commission recommande de poursuivre l'effort d'accueil et de suivi des nouveaux détenus particulièrement vulnérables. Cette situation peut dans les cas les plus graves aboutir au décès du détenu victime de ses codétenus.

En août 2004 un détenu de la prison de Nancy était battu à mort par deux co-détenus, portant à neuf le nombre d'homicides commis dans les prisons françaises en cinq ans. Au regard des antécédents de violence des codétenus, notamment à l'encontre d'autres détenus il est légitime de s'interroger sur les précautions que devraient prendre l'administration lors des placements en cellule et sur l'attention qu'elle devrait porter à d'éventuelles plaintes des détenus pour des faits de violence. Il est de plus évident que la surpopulation carcérale tend à favoriser ces situations de violence. Par ailleurs, concernant les violences entre gardiens et détenus, le parquet de Chambéry a ouvert une enquête préliminaire suite à des révélations par l'observatoire international des prisons de violence contre des mineurs détenus à la maison d'arrêt.

Aspects positifs

Suite à la visite du CPT des mesures d'hygiène ont été prises à la prison de Toulon. De même, l'établissement bénéficie des encouragements du CPT pour les activités offertes aux mineurs

détenus. L'établissement de Loos sera bientôt soulagé par la création d'une nouvelle prison à Sequédin.

Bonnes pratiques

Le 20 septembre 2004, le Garde des Sceaux et le médiateur de la République ont annoncé leur volonté de développer la médiation entre les détenus et l'administration pénitentiaire, afin que des « personnes extérieures aient un droit de regard ». Il s'agit également d'essayer « d'éviter autant que faire se peut la juridictionnalisation » des conflits pouvant apparaître quotidiennement dans la vie carcérale. Une expérimentation dont les traits doivent encore être précisés devrait être mise en place dans une dizaine d'établissement afin de déboucher sur « une médiation permanente » dans les prisons. Cette mesure va dans le sens de l'instauration d'un « contrôleur général des prisons » déjà inscrit dans une proposition de loi adoptée par le Sénat le 26 avril 2001, et réclamé par des associations de défense des droits de l'homme particulièrement concernées par la situation déplorable de l'univers carcéral en matière de droits fondamentaux¹²⁹.

Motifs de préoccupation

L'Union fédérale autonome pénitentiaire, le principal syndicat du secteur, a attesté de la véracité des constats du CPT. Évidemment de son point de vue, elle souligne que ces situations accablent les personnels pénitentiaires. Mais les constats effectués pour le CPT sont en premier lieu préoccupant pour les conditions de détention des détenus. La réaction des autorités françaises est vive. Malgré la défense apportée par le Garde des Sceaux au système français on ne peut que nuancer fortement le caractère optimiste de sa réponse. En ce qui concerne les suicides, que le Garde des Sceaux qualifie de taux le plus bas depuis 1996, on peut rappeler que le rapport Terra présenté dans le rapport de l'année dernière avait constaté le doublement du taux de suicide depuis 1980, taux supérieur à celui de nos voisins. Selon l'Observatoire international des prisons la réponse de la Chancellerie relève du « déni de la réalité »¹³⁰. Il faut espérer que la Chancellerie mettra ses propositions en œuvre et, cela, dans le but d'améliorer le sort des détenus et non de rassurer les inquiétudes de la population face à la délinquance.

Les établissements destinés à l'accueil de personnes souffrant d'aliénation mentale

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

Dans son rapport la CNCDH¹³¹ s'intéressant au respect de la dignité aborde la question du maintien en détention des personnes souffrant de troubles mentaux. En 2002, une enquête rendue publique par le Ministère de la santé signalait que 55 % des entrants en prison souffraient au moins d'un trouble psychiatrique. Cette augmentation du nombre de malades en détention est d'autant plus préoccupante que la détention constitue un facteur aggravant des troubles mentaux. Il existe actuellement 26 Services médico-psychologiques régionaux. Parallèlement, les hôpitaux psychiatriques sont mal adaptés à l'accueil des malades détenus ce qui aboutit à des séjours trop courts et pendant lesquels le malade est généralement entravé en permanence pour des raisons de sécurité. La Commission préconise un aménagement spécifique des peines.

Motifs de préoccupation

¹²⁹ Le Monde, 22 septembre 2004.

¹³⁰ Le Monde, 30 janvier 2004.

¹³¹ La Commission nationale consultative des droits de l'homme.

Diminution des moyens, augmentation des hospitalisations sous contrainte¹³².

Les établissements destinés à l'accueil des mineurs délinquants

Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données

Les mineurs pourront exécuter leur détention provisoire et leur peine d'emprisonnement dans des établissements pénitentiaires spécialisés pour mineurs, dont la construction doit débuter courant 2007. Selon les autorités, ils sont actuellement incarcérés dans des quartiers spécialisés des maisons d'arrêt où leur séparation des adultes est assurée¹³³.

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

Le Ministère de la Justice annonçait que le nombre d'incarcérations de mineurs a baissé de 30 % depuis 2 ans. Comme l'indique Dominique Perben, le Garde des Sceaux, dans un entretien accordé au journal *La Croix* le 2 novembre 2004, « cette baisse est significative car le nombre de mineurs incarcérés est passé de 936 en mai 2002 à 579 au 1er octobre » 2004. Cette diminution trouve une explication dans la création des centres éducatifs fermés par la loi du 9 septembre 2002 et s'inscrit dans une tendance d'inflexion de la délinquance juvénile avec une baisse de 1,3% des affaires impliquant des mineurs depuis 2002¹³⁴.

Dans son rapport d'activités rendu au Président de la République et au Parlement le 19 novembre 2004, la défenseure des enfants avançait le chiffre de 751 mineurs incarcérés au 1^{er} juillet 2004. La proportion de mineurs en détention provisoire est inférieure aux années précédentes (66 %). La durée moyenne d'incarcération est brève : 1 à 3 mois. Le rapport signale quand même l'évolution positive depuis 1999 et le début des chantiers destinés à améliorer la détention des mineurs¹³⁵. Cependant, les conditions de détention sont toujours dénoncées même si dans les quartiers pour mineurs elles semblent meilleures que dans les quartiers pour adultes¹³⁶. Cependant, le nombre limité de quartiers pour mineurs impose souvent d'éloigner ces derniers de leur famille. Le rapport s'inquiète du faible encadrement pendant la nuit, surtout dans le cadre de la prévention des suicides. Le rapport se félicite de la présence des personnels de la protection judiciaire de la jeunesse dans les prisons¹³⁷. Le rapport précise que dans les futurs établissements réservés aux mineurs un sera destiné aux filles¹³⁸. Mais les conditions de fonctionnement de ces futurs établissements ne sont pas encore nettes. Enfin le rapport critique la faiblesse des mesures alternatives à l'emprisonnement.

Selon le site internet du premier ministre¹³⁹, on comptait fin avril 2004, huit centres, deux en secteur public, six en secteur associatif, accueillant chacun de 8 à 10 jeunes¹⁴⁰. Créés par la loi d'orientation et de programmation du 9 septembre 2002, les centres éducatifs fermés sont destinés à recevoir pendant une durée de six mois renouvelable des mineurs de 13 à 18 ans placés sous contrôle judiciaire ou ayant fait l'objet d'une condamnation assortie d'un sursis avec mise à l'épreuve. Le programme prévoit d'ouvrir soixante centres sur la période 2003-

¹³² Voir *infra*, autres évolutions pertinentes.

¹³³ Rapport d'activité du gouvernement français pour la période 2001-2002 de certains articles de la Charte sociale révisée, déposé au Comité européen des droits sociaux, mars 2004.

¹³⁴ www.justice.gouv.fr.

¹³⁵ Rénovation des locaux, création de petites unités d'accueil, formation d'un nouveau personnel...

¹³⁶ Voy. *supra*, page 33.

¹³⁷ 54 pour l'année 2004.

¹³⁸ 30 mineures incarcérées au 1^{er} juillet 2004.

¹³⁹ www.premier-ministre.gouv.fr.

¹⁴⁰ Soit de 13 à 16 ans, soit de 15-16 ans à 18 ans.

2007, la répartition s'effectuant dans les départements selon trois critères : le nombre de mesures de contrôle judiciaire et de sursis avec mise à l'épreuve, le nombre de tribunaux pour enfants et l'existence de zones sensibles impliquant des mesures de lutte contre la délinquance dans le cadre de la politique de la ville.

Le Garde Sceaux a présenté par une communication en Conseil des Ministres le 15 septembre 2004, le bilan de la réforme de la justice pénale des mineurs. Il a notamment souligné que les centres éducatifs fermés (ci-après, les CEF) (11 en fonctionnement en octobre 2004, 14 devant ouvrir en 2005) constituaient un bon outil de repérage de pathologies inconnues jusque là. Pour 80 % des mineurs, le séjour serait positif : 16 % des mineurs reprendrait une scolarité normale, un tiers suivrait une remise à niveau et plus de la moitié aurait engagé un cursus de formation ou d'apprentissage.

En ce qui concerne les prisons, 58 des 64 établissements habilités à accueillir cette population possèdent désormais un quartier réservé aux mineurs. D'ici 2007, il est prévu que tous comportent un quartier réservé aux mineurs. Il est prévu à l'horizon 2006, l'ouverture de sept établissements pénitentiaires réservés aux mineurs d'une capacité de 60 places, et dans lesquels l'enfermement en cellule sera réduit au maximum pour favoriser les activités éducatives et sportives ainsi que les liens avec l'extérieur afin de préparer au mieux la sortie des mineurs.

Motifs de préoccupation

Il faut espérer le renforcement des mesures alternatives à la détention. Il faut au plus vite assurer les meilleures conditions de détention pour les mineurs que ce soit dans les établissements pénitentiaires classiques que dans les CEF. En prison le suivi des mineurs doit faire l'objet d'une attention particulière en raison de leur vulnérabilité, spécialement par rapport au risque suicidaire.

Les centres de rétention d'étrangers

Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données

Cour européenne des droits de l'homme.

Dans l'affaire *Slimani*¹⁴¹, la requérante invoquait la violation des articles 2 et 3 de la Convention par la France, en raison du décès de son concubin lors de sa rétention en vue de reconduite à la frontière. La Cour a considéré les griefs matériels de violation des articles 2 et 3 irrecevables pour non épuisement des voies de recours. En effet, la requérante n'avait pas saisi le juge d'instruction compétent. En revanche, la Cour conclut à la violation du versant procédural de l'article 2. En effet, dès lors qu'elles ont connaissance d'un décès intervenu dans des conditions suspectes, les autorités doivent, d'office, mener une enquête, à laquelle les proches du défunt doivent, d'office également, être associés ce qui n'a pas été le cas en l'espèce. Exiger, comme le fait le gouvernement français, que les proches du défunt déposent une plainte avec constitution de partie civile pour pouvoir être impliqués dans la procédure d'enquête contredisait ces principes.

Dans ses conclusions de juin 2004¹⁴², le Comité international des droits de l'enfant (CIDE) s'inquiète de la situation des mineurs étrangers isolés et recommande à la France de poursuivre ses efforts pour assurer un accès aux services de base : éducation, santé, assistance

¹⁴¹ Cour eur. D. H., *Slimani c. France*, 27 juillet 2004, requête n°57671/00.

¹⁴² Documents CRC/C/15/Add.240 et CRC/C/65/Add.26 Disponibles sur www.unhcr.ch/html/menu2/6/crc/doc/session36.htm.

juridique et pour trouver des mesures de détermination de l'âge moins aléatoire que l'examen osseux.

Conditions de détention.

Le CPT réitère les constatations et recommandations de son rapport de 2000, à savoir que les locaux des aéroports doivent être réservés à une détention de quelques heures et ne pas se prolonger à la nuit¹⁴³. De même, le taux d'occupation doit être réduit. Le CPT s'inquiète du faible accès des retenus à l'eau et à la nourriture ce qui pourrait être assimilé à un mauvais traitement.

En ce qui concerne les zones d'attente (ZAPI), les conditions de détention sont acceptables et sont jugées globalement satisfaisantes pour une détention n'excédant pas vingt jours. Toutefois, le CPT a recommandé quelques améliorations et souhaite être informé des progrès. Le CPT recommande aux autorités que les retenus bénéficient d'une période de sommeil adéquate et ne soient pas réveillés de manière excessivement matinale. Le rapport recommande également d'améliorer les activités récréatives à disposition des personnes.

En ce qui concerne les locaux de rétention douanière, le CPT s'inquiète de leur dimension et réduite et souligne qu'elles sont inadaptées pour une détention se poursuivant la nuit. Quand au menottage des personnes dans ces cellules, il est prévu qu'il soit autorisé pour les personnes ayant commis une infraction. Le CPT conteste cette liaison faite entre commission d'un délit et menottage. La mise en cellule n'a pas besoin d'être doublée de l'entrave de l'étranger. Seule une appréciation au cas par cas et des motifs impérieux de sécurité peuvent justifier cette mesure. Le CPT recommande la modification de l'Instruction.

Prise en charge sanitaire.

Le CPT recommande de renforcer le dispositif médical pour assurer au moins la présence quotidienne d'une infirmière. De plus, toute personne devrait bénéficier d'un examen clinique lors de son arrivée en zone d'attente, ce qui n'est pas le cas. Particulièrement, tout signe de mauvais traitements doit être consigné par l'examinateur avec les déclarations de la victime. Une systématisation du signalement aux autorités judiciaires devrait être organisée.

En ce qui concerne le trafic de drogues *in corpore*, le CPT s'inquiète de la procédure et recommande que les personnes dont il est attesté qu'elles entrent dans cette catégorie soient immédiatement confiées à une unité médicale et pas uniquement après l'expulsion naturelle du premier paquet de drogue.

Réponses des autorités.

Les autorités se retranchent derrière l'augmentation de la population des demandeurs pour justifier l'utilisation des locaux des aéroports comme lieux de rétention tout en soulignant le caractère provisoire de ces mesures. Elles affirment que les questions d'accès à l'eau et à la nourriture sont réglées y compris en zones d'attente. Les appels par haut-parleur ne peuvent être évités mais n'ont plus lieu la nuit (sauf nécessité exceptionnelle) et les premiers appels sont reportés à cinq heures du matin. Les autorités partagent le souci de la prise en charge sanitaire et reconnaissent que pour l'instant faute de personnel, une infirmière est présente cinq jours sur sept. Les autorités défendent le système de retenue douanière des personnes transportant *in corpore* de la drogue car s'effectuant sous contrôle médical. L'instruction sur le menottage des personnes en retenue douanière n'établit qu'une présomption. Elle énonce de plus que le menottage ne s'impose pas pour une personne détenue seule en cellule.

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

Le rapport de la Cour des comptes d'octobre 2004 sur « l'accueil des immigrants et l'intégration des populations issues de l'immigration » souligne encore l'existence des

¹⁴³ Comité de prévention de la torture, Rapport du 16 décembre 2003 relatif aux visites effectuées sur le site de l'aéroport de Roissy les 17 au 21 juin 2002.

manquements graves dans l'accueil des étrangers. Elle en appelle à un véritable contrôle du Ministère de l'Intérieur.

Le rapport de l'Anafé¹⁴⁴ rendu en novembre 2004 met l'accent sur les atteintes que la politique gouvernementale, axée sur le sécuritaire, fait peser sur les droits des étrangers, y compris sur leur droit à ne pas subir de traitements inhumains et dégradants¹⁴⁵. Certes le rapport commence par un constat plutôt positif concernant la ZAPI 3¹⁴⁶. Le nombre de personnes retenues dans cette zone d'attente a fortement diminué, passant de 500 en 2002 à une centaine en 2004. En conséquence les conditions de détention se sont améliorées. Cependant, l'horaire des repas aboutit à ce que les retenus n'aient pas à manger pendant treize heures durant la nuit sans disposer de distributeurs de nourriture ou de boissons. Ce constat ne doit pas occulter les problèmes qui subsistent, la détresse psychologique due à la peur du refoulement étant toujours omniprésente pour les étrangers. La zone d'attente reste un lieu d'enfermement. De plus, comme le CPT, l'Anafé critique l'usage des haut-parleurs (de 7 heures à minuit) ainsi que le ton employé pour les appels. En ce qui concerne l'accès aux droits, l'association relève des irrégularités dans la notification du renouvellement du maintien en rétention. La procédure n'est pas clairement expliquée aux étrangers, ce qui les empêche de réclamer le bénéfice de leurs droits. Ils sont parfois directement dissuadés par la police. L'administration exploite l'ignorance ou l'incompréhension des intéressés pour les expulser plus rapidement. L'Anafé s'inquiète de ces pratiques qui portent une grave atteinte aux garanties dont disposent en théorie les étrangers. L'Anafé recommande également la présence d'un interprète pour aider l'étranger dans ses démarches. L'Association constate que les horaires de visite aux retenus ont été réduits par la police au-delà des dispositions réglementaires et la durée des visites est minime (quinze minutes).

Il faut également signaler la remise d'un rapport confidentiel¹⁴⁷ de l'Inspection générale des affaires sociales (IGAS) et de l'Inspection générale de l'administration (IGA) fin juillet au Ministère de l'Intérieur et au Ministère de l'emploi, du travail et de la cohésion sociale. Ce rapport demandé par François Fillon au mois de mars constate que sur 25 centres de rétention seuls 7 répondent aux normes. Trois centres (Marseille, Nanterre et Versailles) devraient même faire l'objet de mesures immédiates. Des conditions encore plus déplorables sont relevées pour les centres des territoires d'Outre-Mer. Cette situation renforce les tensions, alors que les policiers chargés d'y faire face sont jeunes et démotivés. Le rapport préconise de limiter la capacité de chaque centre à 120 personnes et de les scinder en unités de 30 à 50 personnes. Il préconise également une séparation entre les hommes et les femmes et un aménagement spécial pour les familles. La Cimade s'est félicitée de l'indépendance de ce rapport.

En ce sens, la Cimade¹⁴⁸ dans un rapport rendu public le 6 juillet 2004¹⁴⁹ juge catastrophiques les conditions de détention dans les centres de rétention administrative de Paris et de Province, malgré l'augmentation du nombre de places, la création de nouveaux centres et la rénovation de quelques uns. Les faibles améliorations ne suffisent pas à faire face. Cette situation amène à l'augmentation des tensions et des violences entre étrangers et entre étrangers et personnels. L'association dénonce « la fuite en avant » des pouvoirs publics. La mise en conformité des locaux de rétention devant s'achever au 19 mars 2004 a été repoussée d'un an alors que les délais de rétention s'allongent depuis la loi Sarkozy sur l'immigration de 2003 et que le Ministère de l'Intérieur a donné comme consigne aux préfets de doubler les

¹⁴⁴ Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers, www.anafe.org, voir aussi nos observations sous les articles 7 et 18, respectivement, pages 65 et 78.

¹⁴⁵ Le rapport de l'Anafé est particulièrement édifiant quant aux atteintes portées au droit d'asile des étrangers. Voir le Chapitre II de ce rapport.

¹⁴⁶ Zone d'attente pour les personnes en instance.

¹⁴⁷ Information révélée par le journal La Croix et reprise par le journal Le Monde, 7 août 2004.

¹⁴⁸ www.cimade.org.

¹⁴⁹ Le Monde, 7 juillet 2004.

reconduites à la frontière. Parallèlement cet objectif de chiffre conduit à des pratiques de harcèlement policier et l'on retrouve parfois des personnes placées plusieurs fois en rétention alors qu'elles ne sont pas expulsables. Les centres accueillent également des populations qui ne devraient pas s'y trouver : étrangers sans abris, malades relevant de la psychiatrie, des enfants.

On peut en effet s'inquiéter du sort des mineurs en zone d'attente et dans les centres de rétention. Il faut déjà constater que le nombre des mineurs placés en rétention est en augmentation constante et devient presque une habitude. Ce phénomène a pris une telle ampleur que l'Anafé lui a consacré un rapport spécial.

Rapport spécial de l'Anafé pour la période du 1^{er} janvier au 30 septembre 2004.

Dans ce rapport l'Anafé fait part de l'inquiétude du Comité des droits de l'enfant face à la situation des mineurs entrant sur le territoire. Ce dernier dans son rapport de juin 2004 s'inquiétait de ce que les enfants isolés à l'aéroport pouvaient être renvoyés dans le pays d'origine sans intervention judiciaire et sans évaluation de leur situation familiale. Plusieurs institutions¹⁵⁰ se sont donc prononcées en faveur de l'admission immédiate de ces mineurs au territoire français afin qu'ils puissent bénéficier du dispositif de protection de l'enfance en danger. Mais le législateur ne les a pas suivi sur ce point. L'Anafé établit que les mineurs sont soumis aux mêmes violations que les adultes : incompréhension des procédures et violation de leurs droits, violences morale et physiques. Il faut signaler que la minorité des étrangers est régulièrement mise en cause par la Police aux frontières (ci-après, la PAF), qui considère les documents présentés avec une suspicion systématique et saisit le procureur pour qu'il soit procédé à une détermination médicale de l'âge de l'étranger. Or, de l'aveu même des autorités médicales les examens osseux, utilisés à cette fin, sont approximatifs et la marge d'erreur et de plus ou moins dix-huit mois. La Cour de cassation a estimé que sa prise en compte dans une affaire relevait du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, sans qu'il y ait prédominance d'un moyen de preuve sur un autre¹⁵¹. Heureusement de nombreuses Cour d'appel ont estimé qu'une expertise médicale ne pouvait à elle seule contredire un document officiel établissant la minorité d'une personne¹⁵².

Sur les compétences des nouveaux administrateurs ad hoc, l'association relève que certains d'entre eux ne sont guère familiers du droit des étrangers et des procédures s'appliquant aux espèces. En ce qui concerne les droits des mineurs, la PAF fait la chasse à ce qu'elle considère être du « regroupement familial sauvage » et conteste âge et filiation des étrangers pour les empêcher d'entrer sur le territoire rejoindre leurs parents établis régulièrement en France¹⁵³. Ces enfants fuient souvent des pays où leur vie est en danger ou en raison de maltraitance dont ils sont victimes.

Entre le 1^{er} et le 15 juillet 2004, quarante mineurs isolés de plus de 13 ans ont été placés en zone d'attente et renvoyés. Mais ces situations de renvoi concernent également des mineurs de moins de 13 ans.

Face à la situation déplorable des enfants en zone d'attente la défenseure des enfants¹⁵⁴ a saisi le Ministère de l'Intérieur de la situation. Dans son rapport au Président de la République, elle souligne le doublement des saisines par les mineurs étrangers, saisines qui représentent 11 % de l'activité de l'institution.

¹⁵⁰ Défenseur des enfants, CNCDH, HCR, Anafé.

¹⁵¹ Cass. civ. 2^e, 25 janvier 2001, Mweze Nyota.

¹⁵² Voir par exemple, Cour d'appel de Limoges, 12 mai 2004.

¹⁵³ Voir les quelques exemples donnés ci-après.

¹⁵⁴ www.defenseurdesenfants.fr.

Le 3 novembre 2004, le Ministre de l'Intérieur a déclaré à l'Assemblée nationale a appelé que les moyens budgétaires seront «renforcés», passant d'un million d'euros en 2003 à 33 millions en 2005. Quant au nombre de places en centres de rétention administrative, il passera de «1.100 places cette année à 1.600 places l'année prochaine».

Cependant, il ne faut pas oublier que cette augmentation des moyens, qui ne pourra qu'améliorer les conditions de détention est le corollaire d'une politique plus ferme d'expulsion¹⁵⁵.

Bonnes pratiques

Le 5 mars 2004 le Ministre de l'Intérieur a signé une convention avec l'Anafé pour assurer pendant six mois à titre expérimental une permanence juridique en zone d'attente de l'aéroport de Roissy, ZAPI 3. Cette Convention ne répondait que partiellement aux demandes de l'association mais constituait néanmoins un progrès. L'équipe, composée d'une quinzaine de militants a pu apporter son aide aux étrangers les informant de leurs droits et les assistant sur le plan juridique. Cette convention même imparfaite et spatialement limitée a été une mesure positive pour l'Anafé permettant de multiplier les contacts avec la police aux frontières.

L'Anafé a souligné dans son rapport rendu le 25 novembre une amélioration dans les conditions d'accueil des personnes en instance dans la zone d'attente de Roissy. Les locaux sont qualifiés de relativement propres, des travaux ont été réalisés et la surpopulation apparaît moins critique. Parallèlement à la volonté ferme du Ministre de l'Intérieur d'atteindre les 20 000 reconduites à la frontière ce dernier a annoncé la volonté d'ouvrir 1600 places en centre de rétention en un an, ce qui pourrait améliorer les conditions de rétention des étrangers, même si cela ne soulage pas la crainte d'être refoulé.

Motifs de préoccupation

Le rapport de l'Anafé n'est pas pour autant laudatif. Outre les constats de violation des droits des étrangers établis dans le rapport, l'Anafé n'a pas eu accès à certains espaces des aéroports en raison d'une interprétation restrictive de la Convention. De plus, si les rapports avec la police aux frontières (PAF) se sont globalement bien passés, les contacts avec le Ministère de l'Intérieur ont été peu fréquents et peu productifs. Les relations avec l'OFPPA¹⁵⁶ ont été inexistantes.

Sur la réponse des autorités au rapport du CPT, on peut regretter la mission réduite de l'administrateur ad hoc¹⁵⁷ en raison de la complexité que peut revêtir une demande d'asile particulièrement pour un mineur. De plus, l'intervention de l'administrateur peut apparaître souvent illusoire car les mineurs sont souvent refoulés avant d'avoir pu entamer des démarches. En effet, ce dernier n'est pas présent lors de la notification par la PAF du refus d'admission sur le territoire et du maintien en zone d'attente. Par ailleurs, certains exemples donnés par l'Anafé montrent que ce dernier n'agit pas toujours au mieux des intérêts du mineur en refusant de faire appel des décisions des juges par exemple¹⁵⁸. Il semble parfois plus proche de la PAF que des mineurs. Il ne faut pas oublier que cet administrateur est sous

¹⁵⁵ 12 000 reconduites à la frontière en 2004 soit 60% de plus qu'en 2003.

¹⁵⁶ Office français de protection des réfugiés et des apatrides.

¹⁵⁷ Créé par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, JORF, n° 54 du 5 mars 2002 p. 4161. Voy. en dernier lieu, le décret n° 2003-841 du 2 septembre 2003 relatif aux modalités de désignation et d'indemnisation des administrateurs ad hoc, JORF, 4 septembre 2003, p. 15171.

¹⁵⁸ Cour d'appel de Paris, 20 août 2004 statuant sur un appel interjeté par un avocat : «... M. F [administrateur ad hoc] nous ayant fait savoir qu'il n'avait pas fait appel, la déclaration d'appel formée par Maître X... est irrecevable, celle-ci ne pouvant représenter le mineur valablement et ne représentant pas non plus l'administrateur ad hoc ;[...] déclarons l'appel irrecevable ».

tutelle du parquet. Il semble que la création de cet administrateur soit presque un recul dans la protection des mineurs étrangers.

Protection de l'enfant contre les mauvais traitements

Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données

Comité international des droits de l'enfant

Parallèlement au gouvernement français, la défenseure des enfants a présenté au CIDE ses conclusions sur l'application de la Convention des droits de l'enfant.

Celle-ci critique l'effet de la décentralisation sur la coordination des actions de protection de l'enfance en danger. Le CIDE abonde dans son sens. Elle souligne aussi quelques progrès. Ainsi le juge doit-il s'efforcer de rechercher le consentement des parents avant de placer la famille sous surveillance. Il entendra ainsi les parents et les enfants dans le cadre de la procédure.

Dans ses conclusions de juin 2004, le CIDE regrette l'absence d'informations du gouvernement français sur la situation par rapport à l'article 37(a) concernant la torture et les traitements cruels, inhumains ou dégradants alors que ses recommandations antérieures s'inquiétaient des conditions de détention des mineurs et des violences qu'ils subissaient. La France devra donc donner dans son prochain rapport toutes les indications sur ce sujet.

La défenseure examine la question de l'enfance en danger au titre de l'article 19 de la Convention de New-York. Elle admet que les châtiments corporels sont encore admis en France et considéré comme un « moyen éducatif ». Néanmoins, elle se prononce en faveur d'une étude épidémiologique avant de légiférer sur le sujet. Cependant, le chiffre de six enfants de moins de 15 ans, qui décédaient chaque semaine victimes de circonstances mortelles méconnues, est avancé.

Concernant les abus et la négligence à enfant, le CIDE se félicite de la loi du 2 janvier 2004 sur l'accueil et la protection de l'enfance qui permet au personnel médical de signaler les cas de mauvais traitements sans s'exposer à des sanctions disciplinaires¹⁵⁹. Pour autant le CIDE est préoccupé par les chiffres avancés concernant le nombre d'enfants de moins de 15 ans décédant chaque semaine de mauvais traitements présumés. Il invite le gouvernement à poursuivre ses efforts de lutte et de sensibilisation. De plus, il recommande à la France de prohiber tout châtiment corporel dans une loi.

En ce qui concerne les agressions sexuelles contre les mineurs, la défenseure souligne qu'elles sont majoritairement intrafamiliales. Des efforts sont faits pour l'accueil, l'audition des victimes. Cependant, il arrive que les procédures soient encore trop longues et l'utilisation des vidéos dans le recueil des témoignages des victimes encore trop limitée. Le CIDE invite la France à donner à cette mesure sa pleine efficacité.

Le CIDE souligne les progrès législatif de la France pour se mettre en conformité avec ses recommandations antérieures, notamment par la création d'instances de contrôle comme le défenseur des enfants et cette année, par une loi de 2004, l'Observatoire de l'enfance en danger¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Loi n° 2004-1, précitée, note 42.

¹⁶⁰ V. page 50.

Dans ses conclusions sur le rapport français¹⁶¹, le Comité européen des droits sociaux souligne que la loi n'interdit pas tous les châtimens corporels faits aux enfants, contrairement aux dispositions de l'article 17 §1.

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

La loi du 2 janvier 2004 relative à l'accueil et à la protection de l'enfance¹⁶² crée un Observatoire national de l'enfance en danger¹⁶³.

L'État, les départements, des personnes morales de droit public et les associations de protection de l'enfance constituent un GIP (Groupement d'intérêt public) gérant un service d'accueil téléphonique gratuit et l'Observatoire. Cette institution a pour mission de contribuer au recueil des données permettant d'améliorer la connaissance des phénomènes de maltraitance envers les mineurs en France. Le GIP Enfance maltraitée est financé par l'État et par les départements. Le budget de l'Observatoire est de 400 000 euros pour 2004 et sera en principe doublé en 2005. Cette loi modifie les dispositions régissant le secret professionnel et permet donc aux médecins d'informer les autorités judiciaires des maltraitemens constatés. Ce signalement peut se faire sans le consentement de la victime mineure¹⁶⁴ et est étendu à toutes les maltraitemens physiques et psychiques. La loi prévoit également que toute association déclarée, dont l'objet statutaire comporte la défense de l'enfant en danger, peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne différentes infractions graves commises contre un mineur¹⁶⁵ quand l'action publique a été mise en mouvement par le ministère public ou la partie lésée. Le consentement de la victime ou de son représentant légal n'est plus nécessaire. Dans un certain nombre d'infractions, les associations inscrites auprès du Ministère de la Justice peuvent déclencher elles-mêmes l'action publique.

La loi dispense les enfants placés pendant trois ans au moins au cours des douze premières années de leur vie, de leur obligation alimentaire à l'égard de leurs parents. Cela concerne en réalité les enfants maltraités car la disposition est subordonnée au placement judiciaire et au signalement à l'aide sociale à l'enfance (conditions cumulatives)¹⁶⁶.

Le 11 février 2004, le forum sur les droits de l'Internet¹⁶⁷ a rendu ses recommandations au Ministre délégué à la famille¹⁶⁸ dans le cadre du Conseil facultatif de l'Internet. Le groupe de travail était chargé d'étudier la protection de l'enfance sur Internet et a fait plusieurs recommandations afin de prévenir l'exposition des mineurs à des contenus préjudiciables sur le web. Ces recommandations se fondaient sur certains principes dont la particularité du média Internet, rendant difficile une régulation centralisée et autoritaire, et la diversité de la population enfantine. Le rapport préconise donc une application raisonnée de l'article 227-24 du Code pénal, principal instrument de répression de la diffusion de message préjudiciable aux mineurs. Il souligne que la jurisprudence actuelle tend à mettre hors la loi les éditeurs de messages à contenu pornographique ou violent. Le rapport propose donc une interprétation pragmatique de l'article respectueuse de la liberté d'expression. Cependant, on peut s'inquiéter d'une tendance trop libérale qui pourrait nuire aux mineurs. Le rapport préconise également de clarifier les responsabilités de chaque intervenant sur internet. Le rapport

¹⁶¹ Charte sociale européenne (révisée), Comité européen des droits sociaux, Conclusions 2004 (France), disponible sur <http://www.coe.int> rubrique Droits de l'homme.

¹⁶² Loi n° 2004-1 du 2 janvier 2004 relative à l'accueil et à la protection de l'enfance, publiée au J.O. du 3 janvier 2004, p. 184.

¹⁶³ Art. L. 226-6 du Code de l'action sociale et des familles.

¹⁶⁴ Art. 226-14 du Code pénal.

¹⁶⁵ Atteintes à la vie et à l'intégrité, atteintes sexuelles, mise en péril, y compris dans le cadre de la prostitution des mineurs.

¹⁶⁶ Art. L. 132-6 du Code de l'action sociale et des familles.

¹⁶⁷ www.foruminternet.org.

¹⁶⁸ www.famille.gouv.fr.

préconise un ensemble de mesures de sensibilisation et le développement de nouveaux outils de contrôle parental.

La loi du 9 mars 2004¹⁶⁹ a porté à 20 ans la durée pendant laquelle, après leur majorité, les personnes victimes d'agression sexuelle pourront saisir la Justice. Cette mesure est d'application immédiate.

Dans son rapport remis au Président de la République, la défenseure des enfants expose que les saisines concernant les mauvais traitements et abus sexuels (hors école) ont doublé cette année et représentent 8 % de son activité. Dans le cadre de la protection décentralisée de l'enfance, elle rappelle aux autorités le respect du principe d'égalité et les invite à s'assurer de l'effectivité des contrôles prévus par la loi.

Le Ministre de la Famille et de l'Enfance, a présenté, lors du Conseil des ministres du 20 octobre¹⁷⁰, une communication relative à la protection de l'enfance en danger. Les orientations présentées doivent permettre à l'État, en étroite concertation avec les Conseils généraux, de veiller à améliorer les procédures de repérage et de signalement de la maltraitance.

Plus de 263 000 enfants bénéficient d'une mesure de protection, à travers l'action des services de Protection maternelle et infantile (PMI) et des services de l'Aide sociale à l'enfance (ASE). Deux groupes de travail sont chargés de formuler, au cours du premier trimestre 2005, des propositions visant à en améliorer l'efficacité - sans préjuger de mesures qui pourraient être prises plus rapidement. Leur réflexion s'organisera autour de deux axes: rendre les procédures plus efficaces et mieux coordonner les dispositifs sur l'ensemble du territoire.

Aspects positifs

L'enfance en danger semble être une préoccupation majeure des autorités. Cependant, le travail doit être poursuivi pour garantir l'efficacité des mesures de protection en ayant toujours à l'esprit l'intérêt supérieur de l'enfant.

Bonnes pratiques

Le 13 janvier, le Ministère de la Justice a rendu public un guide de bonnes pratiques pour l'accueil des enfants victimes d'infractions pénales¹⁷¹.

Le 25 mai 2004 une convention a été signée entre D. Perben et M-J Roig dans le cadre de l'action « SOS enfants disparus » pour mettre en place un accueil téléphonique pour les familles et les enfants fugueurs¹⁷². Le numéro est en service depuis le 1^{er} octobre.

Un certificat médical type a été présenté par le Ministre de la famille et de l'Enfance et le Ministre de la Justice le 7 juillet 2004¹⁷³. Ce certificat a pour objectif de permettre un signalement plus facile et plus détaillé des maltraitements dans le cadre de l'article 226-13 du Code pénal.

Motifs de préoccupation

La décentralisation est critiquée à plusieurs reprises comme source de dysfonctionnements dans la protection de l'enfance. Ce constat est inquiétant dans la mesure où l'organisation décentralisée de la France est un principe de valeur constitutionnelle et que les blocs de compétence transférés aux collectivités vont en augmentant. Il est à souhaiter que ces

¹⁶⁹ voy. nos observations sur l'article 47 et suivants.

¹⁷⁰ www.premier-ministre.gouv.fr

¹⁷¹ www.justice-gouv.fr.

¹⁷² www.famille.gouv.fr.

¹⁷³ www.premier-ministre.gouv.fr

dernières arrivent à faire face financièrement aux missions qui leurs sont confiées et que celles-ci bénéficient d'un traitement égalitaire sur tout le territoire national surtout dans un domaine aussi grave que la protection de l'enfance.

Comportement des forces de l'ordre (y compris dans le cadre de manifestations)

Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données

La France a été condamnée, pour traitements inhumains et dégradants, par la Cour européenne des droits de l'homme par deux arrêts. L'affaire Rivas¹⁷⁴ concernait des violences policières sur une personne mineure aux moments des faits. Les mauvais traitements avaient eu lieu en 1997 lors de la garde à vue du requérant. Suite à un violent coup de pied le requérant avait été victime d'une fracture testiculaire ayant nécessité une intervention chirurgicale. En appel le policier avait été relaxé car ayant agi en état de légitime défense. Le pourvoi en cassation avait été rejeté. La Cour a condamné la France pour violation de l'article 3 et a alloué au requérant 15 000 euros de dommage moral. Le gouvernement n'a pas démontré la nécessité de l'usage de la force et les traitements infligés pouvaient être qualifiés d'inhumains et dégradants.

Dans l'affaire R.L. et M.-J.¹⁷⁵ du 19 mai 2004, c'est le comportement des policiers lors d'une arrestation « musclée » qui amène le constat de violation de l'article 3. Les requérants ont fait établir par certificats médicaux la preuve des lésions résultant des coups reçus pendant l'arrestation. Cependant, le juge d'instruction ordonna un non-lieu. La France ne conteste pas la réalité des coups, ce qui permet à la Cour de considérer comme établi le lien de causalité entre les coups et les blessures. La Cour considère ensuite qu'il y a eu disproportion dans la réaction des policiers et que les coups portés ne correspondent pas à un usage de la force rendu strictement nécessaire par le comportement des requérants.

L'arrêt Madi¹⁷⁶ s'est résolu quant à lui par un règlement amiable. Pendant sa garde à vue le requérant fut examiné par un médecin qui constata des hématomes. Suite à sa dénonciation des faits (ainsi que celle d'un coprévenu M. Selmouni, qui a abouti devant la Cour à une condamnation pour torture) une information judiciaire fut ouverte. Devant les juridictions internes les fonctionnaires de police furent condamnés pour coups et blessures volontaires. Le requérant arguait d'une violation de l'article 3. L'affaire a été rayée du rôle suite à un règlement amiable selon lequel le requérant devrait recevoir 99 091 euros.

Le CPT n'a pas reçu d'allégations de mauvais traitements physiques dans les zones ZAPI 2 et 3 mais fait état de comportements irrespectueux de la part de personnels de la zone ZAPI 3. En revanche le rapport fait état de violences de la part des forces de police de l'aéroport Charles de Gaulle lors de contrôles de passeport, demandes d'asile ou embarquements. Ces allégations sont renforcées par l'établissement par le service médical de ZAPI 3 de 23 constats de lésions traumatiques sur des personnes ayant allégué des violences entre le 1^{er} mai et le 17 juin 2002. Un cas particulièrement grave a entraîné le dépôt d'une plainte en justice. Des allégations de violence à caractère anti musulman ont été relevées lors d'un transfert entre ZAPI 2 et 3. Le CPT souhaite savoir si des enquêtes ont été menées face à de telles allégations. Il recommande au Ministère de l'Intérieur de rappeler le caractère inacceptable des violences et de les sanctionner fermement.

En ce qui concerne la rétention douanière le CPT recommande fermement aux autorités l'extension de ses recommandations sur les garanties fondamentales contre les mauvais traitements aux personnes retenues dans les locaux des douanes.

¹⁷⁴ CourEDH, Rivas contre France, 1^{er} avril 2004, requête n° 59584/00.

¹⁷⁵ CourEDH, R.L. et M.-J. contre France, 19 mai 2004, requête n° 44568/98.

¹⁷⁶ CourEDH, Madi contre France, 27 avril 2004, requête n° n° 51294/99.

Les autorités ont transmis les informations demandées par le CPT, notamment sur les enquêtes et plaintes pour mauvais traitements. Les autorités soulignent que dans certains cas l'enquête n'a pas permis d'établir la véracité des faits. En revanche, le fonctionnaire mis en cause devant les juridictions a été condamné à de la prison avec sursis. Les autorités partagent les préoccupations du CPT sur le respect de la déontologie et soulignent les rappels de déontologie auxquels elles procèdent régulièrement auprès du personnel, tout en soulignant la difficulté des missions que ce dernier remplit. Elles ne s'estiment pas en mesure de répondre à certaines allégations de comportements irrespectueux. En ce qui concerne la modification souhaitée par le CPT sur la garantie contre les mauvais traitements, les autorités n'entendent pas modifier le régime de la détention douanière dans le sens souhaité par le CPT.

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

Dans son rapport rendu le 25 novembre 2004, l'Anafé confirme les constats du CPT. Elle relève d'abord le comportement généralement peu respectueux des policiers à l'égard des étrangers retenus en ZAPI 3. Elle s'inquiète toujours des violences qui sont faites aux étrangers lors de leur arrivée et de leur reconduite à la frontière. Les policiers employant toujours la force contre les étrangers ne coopérant pas à leur expulsion. Elle relève des témoignages faisant état de violences (coups, piétinements) y compris à l'encontre de mineurs, mais également d'intimidations, d'insultes qui ne résulteraient pas de comportements isolés, malgré les démentis réguliers de la police aux frontières. Concernant les expulsions, les moyens auraient été améliorés par le remplacement des menottes traditionnelles par des bandes velcro. Cependant, la police en fait toujours un usage abusif en entravant excessivement les étrangers. Les étrangers se sont plaints cette année de menottages très serrés. L'Anafé a signalé ces violations au procureur mais sans résultat ce dernier n'ayant pas estimé utile de se saisir immédiatement.

Dans son rapport spécial, l'association révèle que les mêmes violences morales et physiques sont exercées à l'encontre des mineurs en zone d'attente. Elle souligne fortement que ces violences ne peuvent être considérées comme proportionnées et justifiées par rapport à la résistance des mineurs lors de l'exécution forcée d'une mesure. L'association révèle un cas de violences graves qui n'a pourtant pas été suivi d'effet, ses allégations n'ayant pas été retenues par les juges malgré la production d'un certificat médical par son avocat.

En ce qui concerne les expulsions collectives, la CNDS (Commission nationale de déontologie de la sécurité) a critiqué l'organisation par le Ministère de l'Intérieur de cinq charters en mars 2003. La Commission y dénonce des entorses à la déontologie policière et aux engagements internationaux de la France, la dignité des personnes n'ayant pas toujours été respectée. Des irrégularités juridiques auraient été commises en raison de la précipitation des autorités. La Commission accompagne son avis de recommandations, rappelant entre autres que les fouilles au corps doivent revêtir un caractère exceptionnel et le menottage ne doit être utilisé que lorsque la personne est dangereuse et jamais lors du décollage ou de l'atterrissage, conformément aux recommandations du Conseil de l'Europe. Dans son rapport 2004, la Commission s'intéressant à la police aux frontières a rappelé qu'elle était soumise aux mêmes règles de déontologie et devait de plus y prêter une particulière attention en raison de la vulnérabilité des étrangers. Des incidents graves lors des expulsions sont assez souvent portés à la connaissance de la Commission pour lesquels elle recommande des enquêtes administratives. Dans son rapport, la Commission revient sur les décès survenus lors d'expulsion d'étrangers. Elle insiste sur la nécessité de former les policiers aux frontières sur les gestes techniques d'intervention permettant de maîtriser les personnes récalcitrantes dans des conditions conformes à leur sécurité et leur dignité. De même, elle souligne la nécessaire présence d'un gradé pour encadrer ces opérations. Le traitement violent qu'a subi un mineur lors d'une tentative illégale de réembarquement a même poussé la Commission à faire usage de son droit de saisine de l'autorité investie du pouvoir disciplinaire à l'encontre des

fonctionnaires et a rappelé la différence dans le cadre de la formation des policiers de l'enseignement des sports de combat et des gestes techniques d'intervention.

Les dérapages des policiers avaient déjà été relayés dans la presse au début de cette année quand un dangereux chauffard avait été passé à tabac sur la voie publique le 19 février par des policiers en présence de collègues qui n'étaient pas intervenus¹⁷⁷. Quatre policiers de la Brigade Anti Criminalité (BAC) avaient ensuite été mis en examen pour violences aggravées. Un fonctionnaire a également été mis en examen pour destruction de preuves, l'intervention ayant été filmée au caméscope mais n'ayant pas pu parvenir à l'IGS. Les éléments recueillis pas l'IGS révèlent des coups ainsi que des violences à caractère sexuel. Le Ministère de l'Intérieur a suspendu les fonctionnaires impliqués. Cette affaire avait bénéficié d'une importante couverture médiatique.

Rapport de la CNDS 2004.

La Commission nationale de déontologie de la sécurité peut être saisie par toute personne victime ou témoin de faits constitutifs de manquements à la déontologie policière par l'intermédiaire d'un parlementaire, du premier Ministre ou de la défenseure de enfants.

L'augmentation des violences, principalement commises par la police nationale, a été dénoncée par la Commission. Le 7 mai dans son rapport, la Commission révèle qu'elle a été saisie, par l'intermédiaire des parlementaires et de la défenseure des enfants, en 2003¹⁷⁸ de 70 cas de violences ou de graves dysfonctionnements soit 30 fois de plus qu'en 2002.

La Commission a rappelé sa préoccupation quant à l'encadrement du travail de nuit des policiers, face au constat récurrent de l'occurrence nocturne de nombreux incidents dont elle est saisie. Elle énumère des cas de violence, de non assistance à personne en danger, de manquements à la déontologie voire à la légalité prenant parfois leur source dans des infractions minimales, ayant pour les cas les plus graves conduit à la révocation des fonctionnaires en cause. Les réflexions menées par les Ministères concernés sont souvent encore à l'étude. La Commission réitère des recommandations qu'elle tient pour évidentes à savoir que l'action des forces de l'ordre doit être caractérisée par la rigueur dans la procédure comme dans les interventions et principalement que les mesures de coercition doivent être strictement proportionnées à la situation qui nécessite qu'il y soit recourues. Notamment, l'utilisation des fusils à cartouche lacrymogène n'est autorisée pour disperser une manifestation qu'en cas d'hostilité. Or, son utilisation dans un des cas dont elle a été saisie n'entraîne pas dans ce cadre. Par ailleurs, le rapport souligne les lacunes dans la formation et l'encadrement des policiers.

De plus, la Commission relève des comportements contraires à la Convention européenne des droits de l'homme résultat d'une méconnaissance des textes nationaux (porte enfoncée pour interpellier une personne accusée d'outrage en l'absence de mandat d'amener ou d'arrêt).

La Commission dénonce également ponctuellement des faits de violence. Ainsi le 5 octobre 2004, dans un rapport spécial P. Truche (le président de la CNDS) a qualifié une intervention policière, la nuit de la Saint Sylvestre dans un café du 18^e arrondissement de Paris, d'agression perverse à caractère raciste. Suite à une altercation ayant eu lieu devant le café les forces de l'ordre ont projeté à l'intérieur des gaz lacrymogènes. Une personne est décédée en faisant une chute dans les escaliers. Dans son rapport, la Commission relève qu'un ou plusieurs fonctionnaires de police non identifiés à ce jour se sont livrés à une agression en projetant du gaz lacrymogène sur un groupe de personnes pacifiques, la plupart étrangères à l'altercation. La Commission souligne la perversité de cet acte commis de nuit, en profitant du retour dans les lieux d'une mère qui portait un bébé et qui aurait reçu à l'occasion un coup de pied. De plus, l'officier le plus gradé n'a pas rempli son obligation d'information du Procureur de la République ou de sa hiérarchie. Aucun secours n'a été apporté aux personnes incommodées par le gaz et l'intervention des pompiers n'a pas été requise. Le rapport

¹⁷⁷ Le Monde, 28 février 2004

¹⁷⁸ Pour la période allant du 7 février 2003 au 19 janvier 2004.

condamne également l'inertie des services de contrôle n'ayant pas à ce jour effectué de recherches pour découvrir l'identité des policiers ayant participé à cet acte de violence illégale. Si le rapport n'établit de lien direct entre l'agression et la mort de la personne, il souligne que la violence dont elle a été victime n'a pu qu'aggraver le risque mortel auquel il était exposé. P. Truche recommande l'ouverture de deux enquêtes administratives et a transmis le rapport au Procureur de la République de Paris¹⁷⁹.

Dans le cadre de l'augmentation des saisines de l'IGS et de l'IGPN¹⁸⁰, L'IGS a été saisie le 14 octobre 2004 suite à l'hospitalisation d'une personne retrouvée sur le trottoir et décédée le lendemain. Cette personne avait été placée en garde à vue dans le commissariat du 17^e arrondissement le 9 octobre, avant d'être découverte sur la voie publique non loin de là le lendemain par un policier. L'IGS doit reconstituer la chaîne des événements afin de découvrir s'ils ont un lien entre eux¹⁸¹.

La défenseure des enfants dans son rapport remis au Président souligne que les violences policières représentent 1% des saisines.

Motifs de préoccupation

L'augmentation croissante des violences policières dans tous les domaines de leur intervention est inquiétante. La formation des forces de l'ordre, le climat d'impunité qui les entoure, l'absence ou l'insuffisance des sanctions disciplinaires ou judiciaires à leur encontre laissent craindre l'arbitraire et les bavures policières. L'ensemble des pratiques dénoncées ne correspond pas à ce qu'on peut raisonnablement attendre des forces de l'ordre d'un pays démocratique. Ainsi que le souligne le rapport de la CNDS, la crainte de sanctions disciplinaires et pénales ne suffisant pas à éviter les dérives, il convient d'agir en amont pour préciser et faire observer les règles de déontologie. Il convient également de souligner les restrictions budgétaires dont a été victime la CNDS alors même que les saisines augmentent. Selon l'institution, si les restrictions se poursuivaient cela pourrait mettre en péril le fonctionnement de la Commission.

Autres évolutions pertinentes

Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données

Dans son rapport publié le 31 mars 2004¹⁸², le CPT s'est intéressé aux établissements des forces de l'ordre, particulièrement les locaux de garde à vue. Le CPT se félicite des instructions du Ministre de l'Intérieur relatives à la garantie de la dignité des personnes placées en garde à vue, datant du 11 mars 2003. Ces instructions recommandent de s'inspirer des normes établies par le CPT pour réaliser des normes nationales homogènes. Le CPT recommande sa mise en œuvre rapide et souhaite une information sur les mesures d'application immédiate.

L'instruction prévoit la mise en place d'un officier de garde à vue chargé du contrôle des gardes à vue et dont le CPT souhaite connaître la concrétisation, les missions et la formation de l'officier responsable.

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

¹⁷⁹ Le Monde, 16 octobre 2004.

¹⁸⁰ Inspection générale de la police nationale.

¹⁸¹ Le Monde, 20 octobre 2004.

¹⁸² Rapport précité, page 33.

La CNDS s'est intéressée aux comportements des personnels des services privés de sécurité ce qui constitue une nouveauté particulièrement intéressante au regard du développement de l'importance de cette forme de sécurité et des dangers potentiels qu'elle recèle (*aspects positifs*). Dans ce cadre, la Commission s'inquiète du flou qui entoure les procédures de recrutement et les cadres d'action de ces personnels. Elle recommande ainsi un contrôle plus fréquent des personnels et des activités des sociétés privées de sécurité. Par ailleurs, elle réclame qu'il soit mis un terme dans les textes à l'équivoque consistant à confier des missions de sécurité à des « correspondants de nuit » engagés par les municipalités et formés en marge de la législation en vigueur.

La Commission a également abordé la question des incidents impliquant des agents de sécurité des transports en commun. Elle insiste pour que la formation de ces personnels insiste sur les règles de déontologie auxquelles elles doivent se soumettre.

Le 22 janvier 2004 la CNCDH (La Commission nationale consultative des droits de l'homme) s'est félicitée de sa consultation dans le cadre de l'établissement du 3^e rapport de la France au comité des Nations-Unies contre la torture. Toutefois elle regrette le caractère purement technique et abstrait du rapport. En effet, elle rappelle que le but du rapport n'est pas tant de faire état de l'ensemble des textes en vigueur mais de leur application concrète. Elle souligne de plus que le rapport ne répond pas aux questions antérieurement posées par le Comité. Le 17 juin 2004, la CNCDH invite la France à ratifié dans les meilleurs délais le protocole facultatif à la Convention des Nations-Unies contre la torture.

Article 5. Interdiction de l'esclavage et du travail forcé

Lutte contre l'exploitation de la prostitution d'autrui (en général)

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

Il faut rappeler que la loi sur la sécurité intérieure du 18 mars 2003¹⁸³ prévoit dans son article 52 qu'à compter de 2004 le Gouvernement déposera chaque année sur le bureau de l'Assemblée nationale et sur celui de Sénat, à l'ouverture de la session ordinaire, un rapport faisant état de l'évolution de la situation démographique, sanitaire et sociale des personnes prostituées ainsi que des moyens dont disposent les associations et les organismes qui leur viennent en aide. Pour l'instant ces rapports n'ont pas été publiés.

On peut cependant relever la condamnation médiatique, par le tribunal de grande instance de Paris le 6 septembre 2004, de D. Ambiel, ex conseiller du 1^{er} Ministre, à 1500 euros d'amende pour sollicitation de prostituée mineure¹⁸⁴.

Bonnes pratiques

Il semble qu'il y ait un timide recul de la prostitution suite à l'entrée en vigueur de la loi Sarkozy du 18 mars 2003, particulièrement la prostitution en provenance des pays de l'Est. Dans le cadre de cette loi, et particulièrement de la mesure incitant les prostituées à dénoncer leur proxénète, 204 autorisations de séjour ont été délivrées par les préfectures à la date de septembre 2004¹⁸⁵.

¹⁸³ Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure, publiée au J.O. du 19 mars 2003.

¹⁸⁴ Le Monde, 8 septembre 2004.

¹⁸⁵ Le Monde, 4 septembre 2004. On peut noter qu'après un mois d'application de la Loi Sarkozy en 2003, la préfecture de police de Paris établissait un premier bilan, sur son site internet et relevait 31 autorisations provisoires de séjour accordées sur 103 cas instruits.

Selon le rapport 2004 du département d'État américain sur la traite des êtres humains, en 2003 les chiffres étaient de 120 à 140 permis provisoires de séjour suite à une collaboration avec la police¹⁸⁶.

Motifs de préoccupation

Certaines associations ne partagent pas la satisfaction du Ministère de l'Intérieur concernant l'efficacité de la Loi Sarkozy et elles continuent de souligner l'effet pervers de la loi et le fait que le problème a été déplacé du centre vers les périphéries, et de la rue vers des structures closes tels les salons de massage.

Le Syndicat de la magistrature et les syndicats policiers dénoncent quant à eux l'ineffectivité de cette loi qui ne leur permet pas de lutter efficacement contre les proxénètes.

Traite des êtres humains (notamment à des fins d'exploitation sexuelle)

Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données

Selon la police française 90% des 15 000 à 18 000 des prostituées de France sont victimes d'un trafic. Essentiellement les jeunes femmes viennent des pays de l'Est mais les réseaux du Nigéria se développent ainsi que ceux du Brésil pour le département de la Guyane française. Il existe également de trafic d'hommes en provenance de Chine et de Colombie à des fins de travail clandestin qui peut être assimilé aux servage et travaux forcés¹⁸⁷. Il est encore tôt pour évaluer l'efficacité de l'arsenal législatif pris en 2003. L'examen des chiffres du rapport¹⁸⁸ montre qu'en 2003 les arrestations de personnes ayant un lien avec un trafic ont augmenté de 66 % pour atteindre 709 personnes. Les organisateurs de 32 réseaux de traite dont 15 de prostitution de grande envergure ont été arrêtés. Le rapport fait état de l'augmentation du dispositif policier et de leur formation spécialisée dans la lutte anti-traite. La préfecture de police de Paris a formé une unité d'enquête spécialisée dans le trafic d'êtres humains. Le rapport souligne les efforts financiers de l'État français dans le cadre de programmes de lutte contre la traite d'êtres humains, à l'étranger, au niveau européen et dans le cadre des ONG.

Protection de l'enfant (lutte contre le travail des enfants, notamment à des fins d'exploitation sexuelle ou de pédopornographie, et lutte contre le tourisme sexuel)

Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données

Selon la police française de 3000 à 8000 enfants travaillent, mendient et se prostituent sous la contrainte.

Le rapport de la défenseure des enfants au titre de l'article 32 de la Convention de New-York souligne l'amélioration du Code du travail, notamment quant à l'interdiction du travail des enfants des exploitations familiales. Cependant, l'exception autorisée concernant les tâches occasionnelles ou de courte durée et non dangereuses peut poser problème. Il a été signalé à la défenseure que l'exception avait tendance à se systématiser.

La défenseure des enfants dans son rapport au CIDE¹⁸⁹ rejoint les préoccupations de ce dernier sur le sort des enfants clandestins exploités par les réseaux de travail forcé. Elle souligne la

¹⁸⁶ Disponible au www.amb-usa.fr/issues/FranceTraite.pdf.

¹⁸⁷ Rapport 2004 du Département d'État américain sur la situation de la traite des êtres humains en France.

¹⁸⁸ *Idem*.

¹⁸⁹ Comité international des droits de l'enfant, conclusions 2004, précitées, page 44.

nécessité de permettre aux mineurs étrangers de 16 à 18 ans de pouvoir accéder aux formations en apprentissage, ce qui supposerait la délivrance d'un titre de séjour adapté.

Le CIDE s'inquiète en effet des réseaux de travail clandestin pouvant prospérer en France. Il recommande à l'État de poursuivre la lutte en soutenant également les associations travaillant dans ce domaine.

Concernant l'article 34 sur l'exploitation sexuelle, la défenseure salue l'amélioration du droit français en faveur des victimes mineures de la prostitution. Cependant, dans les faits, une véritable politique spécifique à l'accueil et à la protection de ces mineurs reste à construire. De même, la poursuite des clients doit être renforcée. Dans ce sens le Comité onusien recommande à l'État d'améliorer par des études sa connaissance du phénomène (causes, étendue...). La prise de mesures pour lutter contre le phénomène, notamment par des coopérations avec les pays dont les enfants sont victimes du trafic doit être renforcée. La protection des victimes doit être renforcée au niveau juridique mais également social et sanitaire. L'État doit s'assurer de l'existence de mécanismes adaptés aux enfants pour recevoir leurs plaintes et dans ce sens former les personnels devant entrer en contact avec eux.

Concernant l'article 7 § 10, il n'apparaît pas clairement au Comité européen des droits sociaux quelles sont les mesures prises dans les faits pour lutter contre l'exploitation sexuelle des enfants à des fins commerciales¹⁹⁰. Le Comité souligne par ailleurs que la France ne dispose pas d'un véritable plan d'action contre cette exploitation, en dehors des textes légaux. Le même constat prévaut pour les autres formes d'exploitation comme la mendicité. Le Comité souhaite recevoir des informations chiffrées.

En ce qui concerne l'exploitation des enfants par les nouveaux moyens technologiques, le Comité souhaite recevoir des informations sur les textes de loi pouvant incriminer les fournisseurs d'accès ou, s'il existe, des codes de bonne conduite élaborés par ces derniers. Le Comité souligne le renforcement des dispositions visant à protéger les mineurs contre les documents dangereux (videos...) et souhaite recevoir d'autres informations. Dans l'attente de ces réponses le Comité conclut néanmoins à la conformité de la situation française à l'article 7 § 10.

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

La Loi du 9 mars 2004¹⁹¹ en ce qui concerne la lutte contre la délinquance sexuelle et la protection des mineurs vise à mieux protéger les mineurs des personnes étant à leur contact. Cette loi prévoit que les infractions sexuelles ne pourront pas être exclues du casier judiciaire. De plus, une circulaire du 14 mai 2004 signale que, sous réserve de la jurisprudence à venir, cette règle ne semble pas pouvoir être interprétée comme rendant la peine prononcée plus sévère au sens de l'article 112-3 du Code pénal, ce qui interdirait son application aux condamnations prononcées pour des faits commis avant l'entrée en vigueur de la loi de 2004. De nombreuses institutions ayant des liens avec les enfants peuvent avoir accès à cette information. Certaines infractions voient leur répression aggravée. Ainsi en est-il de la corruption de mineurs¹⁹² et de la diffusion, enregistrement, transmission d'images pédopornographiques si elles ont été commises en bande organisée¹⁹³. Signalons que la loi du 21 juin 2004 punit le fait d'enregistrer une représentation pornographique d'un mineur et le fait de la diffuser, par quelque moyen que ce soit, de l'importer, de l'exporter etc¹⁹⁴.

¹⁹⁰ Conclusions du Comité, précitées, page 50.

¹⁹¹ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, voir aussi nos observations sous les articles 47 à 49 du présent Rapport.

¹⁹² Art. 227-22 du Code pénal.

¹⁹³ Art. 227-23 du Code pénal qui porte les sanctions à 10 ans d'emprisonnement et 500 000 euros d'amende.

¹⁹⁴ La loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, pour la confiance dans l'économie numérique (JORF, n°143 du 22 juin 2004, p.11168) prévoit trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende.

Certaines dispositions de la loi du 2 janvier 2004 permettent une répression facilitée contre certaines infractions à caractère sexuel à travers le rôle reconnu aux associations¹⁹⁵.

Cette même loi vise également la lutte contre l'absentéisme scolaire et l'exploitation de l'enfant. Les sanctions applicables en cas de travail dissimulé ou de travail clandestin d'un mineur soumis à l'obligation scolaire sont aggravées¹⁹⁶.

Pour autant, il faut signaler que la loi met fin à la suspension/suppression des prestations familiales en cas de manquement à l'obligation scolaire¹⁹⁷. Pour autant l'assiduité scolaire étant fondamentale, des mesures pour assurer son respect ont été prises par décret en Conseil d'État¹⁹⁸. Ainsi, un décret du 19 février¹⁹⁹ prévoit un nouveau dispositif. Est d'abord entamé un dialogue entre le chef d'établissement et les personnes responsables de l'enfant en cas d'absences répétées de ce dernier. Si ce dialogue est sans résultat, l'affaire est transmise à l'Inspection d'Académie qui peut leur envoyer un avertissement puis les convoquer pour un entretien et leur proposer des mesures pédagogiques ou éducatives. Si l'assiduité n'est pas restaurée, le Procureur de la République est saisi et les parents encourent une amende maximale de 750 euros²⁰⁰.

La lutte contre le tourisme sexuel impliquant des enfants.

Le rapport du groupe de travail, créé le 6 janvier 2004, sur la lutte contre le tourisme sexuel impliquant des enfants a été remis le 9 septembre 2004 au Ministre de la famille et de l'enfance et au Ministre délégué au tourisme. Après avoir dressé un état des lieux il énonce 12 propositions.

Certes l'arsenal juridique est en nette progression depuis une dizaine d'années au niveau international et national²⁰¹. Cependant, en droit pénal français la notion de tourisme sexuel n'existe pas. Ce terme recouvre différentes incriminations telles que la corruption de mineurs, les atteintes ou agressions sexuelles portées par un majeur à un mineur de quinze ans ou la prise d'images de mineurs à caractère pornographique en vue de la diffusion. S'agissant de la répression de ces agissements lorsqu'ils sont commis à l'étranger, les poursuites restent possibles²⁰². Ainsi, la loi pénale française qui est applicable à tout crime commis à l'étranger, donc notamment aux viols, l'est aussi aux délits d'atteintes et agressions sexuelles et de recours comme client à la prostitution d'un mineur, même si ces délits ne sont pas punis dans le pays où ils ont été commis et même sans dénonciation par les autorités locales ni plainte de la victime. Par ailleurs, depuis la loi du 2 janvier 2004²⁰³, l'article 2-3 du Code de procédure pénale permet aux associations de déclencher l'action publique pour ce type d'infractions. Le problème de l'âge du consentement et de la maturité sexuelle reste lui discuté, la législation de certains pays ne prévoyant de poursuites que jusqu'à l'âge de 14 ans. Néanmoins, la proposition d'aligner la législation française et européenne sur l'âge du consentement sur celle applicable dans le pays où l'enfant est exploité a été rejetée par le groupe, car elle est anticonstitutionnelle et constituerait un retour en arrière. En effet, depuis 2002, la loi française permet la poursuite de clients de mineurs prostitués de 15 à 18 ans alors que l'âge de la maturité sexuelle est 15 ans.

¹⁹⁵ Loi précitée sous les articles 2 et 4 du présent rapport, pages 25 et 49.

¹⁹⁶ Art. L.362-3 du Code du travail qui prévoit des sanctions de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

¹⁹⁷ Abrogation de l'article L. 552-3 du Code de la sécurité sociale.

¹⁹⁸ Art. L. 131-12 du Code de l'éducation.

¹⁹⁹ Décret n° 2004-62 du 19 février 2004 modifiant les sanctions applicables pour manquement à l'obligation scolaire, publié au JORF, 20 février 2004, p. 3446.

²⁰⁰ Art. R. 624-7 du Code pénal.

²⁰¹ Voy., par exemple, la décision cadre du 22 décembre 2003 relative à l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie.

²⁰² Les articles 113-6 et suivants du code pénal.

²⁰³ Précitée, page 59.

Cet important arsenal juridique contraste avec la faible effectivité de la répression. En effet cette répression est déjà conditionnée par les signalements dans les pays où les infractions ont lieu. Or ces derniers sont faibles voire inexistantes. Aucune affaire n'a débuté du fait d'une dénonciation officielle des autorités locales. Selon le rapport, il faudrait, dans le cadre de conventions, encourager les autorités locales à signaler les Français suspects de tourisme sexuel aux autorités françaises et le rôle des ambassades mériterait d'être renforcé en la matière, notamment par la formation de leur personnel. Le rapport souligne la délicate coopération avec les polices locales. Il faudrait améliorer la coopération avec les pays pour que les policiers français puissent y mener des actions d'information et de conseil. Délicat également le contact avec la victime. En conséquence de ces difficultés les poursuites sont extrêmement rares. D'abord elles sont difficilement quantifiables dans la mesure où l'incrimination de tourisme sexuel n'existe pas en tant que telle dans de nombreux pays. Selon le rapport, depuis la loi du 4 mars 2002, il y a eu seulement 7 ou 8 affaires au Parquet de Paris dont seulement 2 ou 3 pourraient être qualifiées de tourisme sexuel. La rapport incite à ce que les ressortissants français soient plus systématiquement poursuivis et dans ce sens la Ministère de la Justice devrait faire savoir par le biais d'instructions données au Parquet sa politique relative au tourisme sexuel afin d'effectuer un travail de sensibilisation. Une question fondamentale se rapporte au lieu de jugement des personnes s'étant livrées à ces actes. Le rapport établit une préférence pour que le jugement ait lieu en France car certains États n'étant pas toujours démocratiques offrent des conditions de détention difficiles même si des conventions de transfèrement existent. De plus, le jugement à l'étranger ne permet pas le suivi du délinquant sexuel ni son insertion dans le fichier des délinquants sexuels.

En ce qui concerne la situation en France, le rapport du groupe de travail fait état de l'augmentation de la prostitution des mineurs, souvent d'origine étrangère. Certes, il ne s'agit pas à proprement parler de « tourisme sexuel ». Ainsi le groupe de travail n'émet pas de recommandations à ce sujet mais attire l'attention des pouvoirs publics sur ce phénomène inquiétant. Le rapport souligne que le tourisme sexuel concerne aussi bien les pédophiles que les « touristes sexuels occasionnels ». Il apparaît que les campagnes de sensibilisation n'agissent réellement que sur les touristes occasionnels et doivent donc être poursuivies. Le rapport souligne également en ce qui concerne les pédophiles que le fait d'avoir recours à la prostitution enfantine à l'étranger est motivé par le sentiment d'impunité. Ainsi, l'existence de la répression dans le pays d'origine pour des faits commis à l'étranger est particulièrement positif car ayant quand même un effet dissuasif sur certains d'entre eux. La répression doit par ailleurs s'accompagner d'une éducation à la sexualité et à la vie affective. Parmi les douze propositions du rapport on peut citer celles qui sont prioritaires comme, tout d'abord, la nécessité d'ouvrir une démarche de normalisation pour rationaliser et rendre plus efficace l'action de la France contre l'exploitation sexuelle des enfants dans le tourisme, et mobiliser l'ensemble de la société française autour de cette juste cause ; ensuite, asseoir l'effectivité de la mise en œuvre des procédures répressives relatives aux ressortissants français en renforçant et en mobilisant toute la chaîne de ses acteurs depuis le signalement jusqu'au jugement ; aider très concrètement des pays, par des accords de coopération bilatérale, à lutter effectivement contre l'exploitation sexuelle des enfants, y compris en prenant appui sur des entreprises françaises locales volontaires, voire sur leurs entreprises sous-traitantes pour scolariser ou former par apprentissage les enfants sortis de la prostitution ; et enfin, convaincre l'Europe de rejoindre la démarche française dans son souci d'exemplarité.

Aspects positifs

Un accord bilatéral pour la protection des mineurs roumains en difficulté sur le territoire français a été signé le 4 octobre²⁰⁴ à Paris entre le Premier ministre et son homologue. Cet accord, qui associe des ONG des deux pays, prévoit la prise en charge des mineurs isolés. Des mesures d'accompagnement devraient leur permettre un retour constructif dans leur pays

²⁰⁴ www.premier-ministre.gouv.fr.

d'origine. Ce dispositif met en oeuvre le mémorandum d'entente signé le 31 juillet 2004 entre les deux pays, aux termes duquel les deux États s'engageaient à lutter contre l'exploitation des enfants roumains en France par les réseaux mafieux.

Bonnes pratiques

ECPAT²⁰⁵ France a lancé en mars 2003 une nouvelle campagne contre l'exploitation sexuelle des enfants dans le tourisme. Cette campagne est bâtie de façon à dénoncer l'agresseur et à marquer les esprits. Elle se décline en plusieurs supports et comprend également un spot, réalisé par Nils Tavernier.

Le message clé réside dans le rappel des poursuites et des peines encourues par les touristes se livrant à ce type de pratique. La campagne est diffusée le plus largement possible auprès des voyageurs tout au long du processus du voyage (préparatifs, achat, voyage). De nombreux professionnels ont déjà accepté de relayer la campagne en distribuant des dépliants et en mettant l'affiche dans leurs agences. Des groupements de professionnels soutiennent la campagne et demandent à leurs adhérents de la diffuser. Le spot est montré sur tous les vols longs courriers de Air France, Corsair et Star Airlines.

Motifs de préoccupation

Les chiffres avancés concernant l'exploitation des mineurs sont inquiétants, particulièrement si on y ajoute le nombre d'enfants maltraités. Il convient de renforcer de manière urgente la lutte contre les réseaux et d'assurer une réelle efficacité aux sanctions pénales, mais en les accompagnant dans les faits de mesure d'aide sociale et psychologique.

Autres évolutions pertinentes

Motifs de préoccupation

La FIDH²⁰⁶ a réagi le 15 décembre 2003 à un rapport de B. Kouchner « Relation d'un voyage et de la découverte d'une industrie muette » concernant la non utilisation directe par l'entreprise Total de main d'œuvre forcée en Birmanie. Selon la FIDH, ce que les associations dénonçaient n'étaient pas l'utilisation directe de cette main d'œuvre mais la complicité de l'entreprise avec l'armée birmane : les observateurs s'accordent à dire que le chantier de Total occasionne du travail forcé que Total tolère et dont il tire bénéfice, même s'il ne le pratique pas lui-même. En effet, selon la FIDH il est reproché à Total :

1. D'avoir occasionné des déplacements de populations et d'avoir forcé à l'exil des centaines de villageois
2. D'avoir bénéficié du travail forcé pratiqué par l'armée birmane qui s'est livrée à une militarisation complète de la zone - et d'avoir continué à en bénéficier même après avoir pris connaissance des exactions commises par l'armée
3. De fournir un soutien logistique et militaire à l'armée birmane, en outre de lui apporter une caution morale, politique et financière.

Le rapport d'une Mission d'information parlementaire de l'Assemblée Nationale française, publié en 1999, « estime que TOTAL et UNOCAL n'ont pas volontairement utilisé le travail forcé pour la construction du gazoduc mais en ont indirectement bénéficié en raison de la militarisation de la zone. Pour cette raison, la délégation n'est pas favorable à l'implantation de TOTAL en Birmanie ».

²⁰⁵ End Child Prostitution pornography And Trafficking in children for sexual purposes.

²⁰⁶ www.fidh.org.

CHAPITRE II : LIBERTÉS

Article 6. Droit à la liberté et à la sûreté

Détention préventive

Motifs de préoccupation

Au premier avril 2004, la population sous écrou comptait 63 449 personnes, dont 22 713 avaient le statut de prévenu, soit un taux de détention préventive de 35,8% !

Détention suivant condamnation pénale (y compris alternatives à la peine privative de liberté et accès à la libération conditionnelle)

Aspects positifs

Le décret du 17 mars 2004²⁰⁷ aménage le placement sous surveillance électronique de personnes mises en examen ou condamnées à une peine privative de liberté. Cette mesure peut être décidée par le juge d'instruction, le juge des libertés et de la détention, ou le juge d'application des peines, avec l'accord de la personne détenue. Ce dispositif ne concerne pas bien entendu l'ensemble des détenus, mais il constitue une peine alternative à la privation de liberté qui est intéressante, tant pour la personne concernée, que dans la perspective de lutte contre la surpopulation carcérale, problème structurel important en France puisque le pays comptait au 1^{er} avril 2004 63 449 détenus pour seulement 48 605 places²⁰⁸.

Motifs de préoccupation

Dans un arrêt du 6 janvier 2004²⁰⁹, la chambre criminelle de la Cour de cassation a confirmé sa jurisprudence souple concernant le prononcé de l'emprisonnement ferme. L'article 132-19 du code pénal prévoit qu'en matière correctionnelle, « la juridiction ne peut prononcer une peine d'emprisonnement sans sursis qu'après avoir spécialement motivé le choix de cette peine ». On pouvait attendre de cette disposition qu'elle permette de réduire la population carcérale et qu'elle encourage les magistrats à restreindre le prononcé de peines privatives de liberté. Mais en admettant que les juges du fond ont suffisamment motivé leur décision par l'invocation de la « gravité des faits », la Cour de cassation s'est à nouveau montrée assez flexible dans l'appréciation des exigences de l'article 132-19, considérant que la motivation doit porter sur le refus d'assortir la peine de sursis et non sur le choix de la peine privative de liberté. On pourra à cet égard regretter qu'une telle solution n'encourage guère le juge à favoriser les peines alternatives à la privation de liberté.

Privation de liberté des mineurs délinquants

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

Un décret du 5 janvier 2004²¹⁰ a mis en place le stage de formation civique au 6° de l'article 15-1 de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante. Ce stage, d'une durée maximale d'un mois, a pour objectif de faire prendre conscience aux mineurs de « leur responsabilité pénale et civile, ainsi que des devoirs qu'implique la vie en société. Il

²⁰⁷ Décret n° 2004-243, 17 mars 2004, relatif au placement sous surveillance électronique et modifiant le code de procédure pénale, JORF, 20 mars 2004.

²⁰⁸ Conseil national des Barreaux, *Des hommes et des barreaux : la prison en quête de sens. Où vont les prisons ? Entre réalités et droits*, Les cahiers du CNB, Paris, 2004.

²⁰⁹ Cass. crim., 06 janvier 2004, pourvoi n° 03-80.245.

²¹⁰ Décret n° 2004-33, 05 janvier 2004, JORF, 10 janvier 2004, p. 845.

visé également à favoriser leur insertion sociale ». Cette mesure peut constituer une peine alternative à la privation de liberté, intéressante dans la mesure où elle est adaptée aux mineurs et tend à favoriser leur insertion sociale. Il manque cependant le recul du temps pour pouvoir la qualifier de « bonne pratique ».

Motifs de préoccupation

Un comité technique associant les services de l'administration centrale de la protection judiciaire de la jeunesse, les directeurs régionaux concernés, les représentants des associations dont relèvent ces centres a réalisé une première évaluation des Centres éducatifs fermés, mis en place par la loi Perben I du 9 septembre 2002. Les auteurs de ce rapport dénoncent une absence de concertation avec les acteurs du secteur mais également un respect approximatif de la loi : droit à la liberté et au secret de la correspondance restreint, conversations téléphoniques et visites de la famille subordonnées au bon comportement du mineur, mauvaise information de ce dernier sur les possibilités de faire valoir ses droits.

Autres évolutions pertinentes

Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données

Dans un arrêt du 19 mai 2004²¹¹, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que la détention sur le fondement de l'article 5, paragraphe 1, point c) n'est possible que dans le cadre d'une procédure pénale. En l'espèce, les requérants n'ont jamais été traduits devant un juge pour un délit quelconque. La Cour a donc conclu à la violation de l'article 5 de la Convention.

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 a introduit une prolongation possible de la durée de garde à vue jusqu'à quatre-vingt seize heures dans le cadre de procédures liées à des infractions spécifiques en matière de trafic de stupéfiants et de terrorisme.

Cette même loi a intégré en droit français le mandat d'arrêt européen, en codifiant les règles du droit commun relatives à l'entraide judiciaire et à l'extradition²¹².

Article 7. Droit à la vie privée et familiale

Vie privée

Enquêtes pénales et recours aux méthodes particulières/spéciales de recherche ou d'enquête

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

La loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité²¹³ apporte plusieurs modifications aux modalités des enquêtes pénales. Ces modifications sont applicables aux infractions spécifiques définies nouvellement par cette même loi²¹⁴. Premièrement, en ce qui concerne les perquisitions, la section 4 de la loi donne droit au juge d'instruction d'autoriser les perquisitions, les visites domiciliaires et les saisies

²¹¹ Cour eur. D. H., *R.L. et M.-J. D. c. France*, du 19 mai 2004

²¹² Articles 694 et suivants du Code de procédure pénale.

²¹³ JORF n°59 du 10 mars 2004, p. 4567, voir aussi nos observations à la page 126.

²¹⁴ Art. 1 de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 instituant l'art. 706-73 du code de proc. pén. : il s'agit des crimes et délits commis en bande organisée, comme le crime de meurtre, de torture, les crimes et délits de trafic de stupéfiants, crimes et délits aggravés de traite des êtres humains, notamment. Le texte exhaustif de la loi est disponible sur www.legifrance.gouv.fr

de pièces à conviction en dehors des heures prévues²¹⁵. Toutefois, ces dispositions ne s'appliquent aux locaux d'habitation que dans trois hypothèses : il s'agit des crimes et délits flagrants, lorsqu'il existe un risque immédiat de disparition des preuves ou des indices matériels, ou encore lorsqu'il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner que les infractions définies à l'art. 706-73 sont en train d'être commises dans les locaux à visiter. L'autorisation de procéder aux perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction relève du juge d'instruction et soumise à des règles de forme particulières²¹⁶. Le fait que le juge d'instruction ou le juge des libertés et de détention a un contrôle effectif sur ces procédures porte à croire que les abus éventuels ne se produiraient que rarement.

Des interceptions de correspondances émises par voie des télécommunications sont également autorisées dans le cadre d'enquêtes relatives aux crimes et délits commis en bande organisée²¹⁷. Elles peuvent être instituées pour une durée de maximum de 15 jours, renouvelable une fois, sous le contrôle du juge des libertés et de la détention.

La nouvelle section 6 « Des sonorisations et des fixations d'images de certains lieux ou véhicules » du code de procédure pénale autorise la mise en place d'un dispositif technique « ayant pour objet, sans le consentement des intéressés, la captation, la fixation, la transmission et l'enregistrement de paroles prononcées par une ou plusieurs personnes à titre privé ou confidentiel, dans des lieux ou véhicules privés ou publics, ou de l'image d'une ou plusieurs personnes se trouvant dans un lieu privé. Ces opérations sont effectuées sous l'autorité et le contrôle du juge d'instruction ». L'installation de ce dispositif peut intervenir dans des locaux d'habitation en dehors des heures légales, sur autorisation du juge d'instruction. La durée des mesures d'interception des correspondances émises par voie des télécommunications est fixée à 4 mois, renouvelable pour la même durée, mais sans précision de fois, ce qui peut amener à des durées disproportionnées. Certes, l'autorisation du juge d'instruction représente une garantie importante du respect de la vie privée, mais la durée de 4 mois semble assez longue en soi étant donné les conditions de fonctionnement du dispositif, sa prolongation illimitée peut poser de graves problèmes d'atteintes à la vie privée.

Droit à la protection de la vie privée et droit à l'information du public

Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données

La France a été condamnée pour l'interdiction trop prolongée d'un ouvrage écrit par le médecin du Président F. Mitterrand sur sa maladie²¹⁸. Les mesures d'interdiction de diffusion de l'ouvrage prises en référé ont été considérées comme légitimes et proportionnées, mais le jugement au fond prolongeant l'interdiction qui est intervenu plus de 6 mois après ne se trouvait pas justifié.

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

La Cour de cassation veille à la proportionnalité des mesures de protection de la vie privée et de la liberté d'information. Comme exemple on peut citer l'arrêt suivant : « Le principe de la liberté de la presse implique le libre choix des illustrations d'un débat général de phénomène de société sous la seule réserve du respect de la dignité de la personne humaine »²¹⁹. Il s'agissait d'une publication d'une photographie d'une personne accidentée de la route, utilisée

²¹⁵ Art.59 code proc.pén. : entre 6h et 21h.

²¹⁶ Art. 706-92 à 706-94 du code de proc.pén. : ordonnance écrite du juge, précision de la qualification de l'infraction dont les preuves sont recherchées, l'adresse des lieux à visiter, motivation par référence aux éléments de fait et de droit, présence de témoins en cas de détention ou de garde à vue de la personne dont le domicile est perquisitionné, notamment.

²¹⁷ Art. 1 de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 instituant l'art. 706-95 du code de proc. pén.

²¹⁸ CourEDH, Affaire *Plon c/France*, 18 mai 2004, arrêt cité aux pages 64 et 71.

²¹⁹ Cass., 2^e civ., 4 novembre 2004, 03-15.397 D. 2004, IR, 3116

pour illustrer un article général sur la sécurité routière. La Cour d'appel avait estimé que l'atteinte à la vie privée était caractérisée car l'anonymat de la personne n'a pas été préservé par l'article en question. Cette argumentation a encouru la cassation.

La Cour reconnaît justifiée l'interdiction de diffusion de documents internes d'une banque, destinés à l'usage exclusif de ses services. Bien qu'il s'agisse d'un document relatifs aux risques liés aux cartes bancaires à puce falsifiées qui pourrait intéresser le grand public, son caractère de note interne empêche sa diffusion sur un site Internet par un internaute qui de plus n'en est pas destinataire²²⁰.

Identité personnelle (en ce compris le droit à la connaissance de ses origines)

Bonnes pratiques

Informations complètes disponibles facilement sur le site Internet²²¹ relatives à l'accouchement sous « X » et des démarches à entreprendre afin d'accéder à ses origines pour les enfants issus de ces accouchements.

Autres évolutions pertinentes

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

La Cour de cassation entend la protection de la vie privée de manière extensive : en l'absence de l'accord du locataire, une visite d'un appartement vide à louer ouvre droit à une réparation, car elle constitue une atteinte au respect de la vie privée, même si les lieux étaient encore vides et il n'y avait pas d'intention de nuire ou de faute à l'origine du préjudice²²².

Vie familiale

Droit au regroupement familial

Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données

La Cour européenne des droits de l'Homme a été amenée à examiner un cas de séparation des enfants de leur mère et leur placement dans des organismes sociaux²²³. Après examen des mesures prises par les services sociaux, la situation de la mère et la prise en considération de l'intérêt des enfants, la Cour conclut à la non-violation de l'art. 8 de la Convention EDH.

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

L'ANAFE²²⁴ a rendu un rapport relatif au traitement des mineurs dans la zone d'attente de Roissy²²⁵. Les pratiques des autorités nationales consistant à placer les enfants mineurs sous le

²²⁰ Cass., 1^{re} civ., 3 novembre 2004, « Il ne saurait être fait grief à une cour d'appel de faire interdiction à un internaute de reproduire sur son site Internet le fac-similé d'un, dès lors que, après avoir constaté que ce document est une note interne établie par une banque non pour être publiée mais à l'usage exclusif de ses services auxquels elle est adressée que l'internaute n'en ai pas destinataire et ne peut en ignorer le caractère privé [...] Des lors, c'est sans méconnaître l'art.10 CEDH que statuant en référé, elle ordonne la cessation de la diffusion pour mettre un terme, par une mesure appropriée au trouble manifestement illicite qui en résulte pour la banque ». D. 2004, IR 3037

²²¹ <http://vosdroits.service-public.fr>

²²² Cass., 3^e civ., 25 février 2004.

²²³ CourEDH, Affaire Couillard Maugery c/France, 1^{er} juillet 2004.

²²⁴ Association Nationale d'Assistance aux Frontières pour les Etrangers.

²²⁵ « La zone des enfants perdus », novembre 2004, www.anafe.org, rapport cité à la page 46 et 78.

même régime que les demandeurs d'asile majeurs sont très préoccupantes. En effet, l'ANAFE révèle dans son rapport que les procédures officielles de regroupement familial étant très longues, les parents tentent de faire venir leurs enfants par d'autres voies, ce qui provoque une suspicion généralisée de la part des fonctionnaires de la police des aires et des frontières qui tentent de les renvoyer avec des argumentations diverses. Les délais qualifiés d'excessivement long dans le cadre du regroupement familial sont également cités dans le rapport d'Amnesty International, la section française, qui considère que cet état de fait porte atteinte au « droit élémentaire des réfugiés de séjourner auprès de leurs proches ». Dans la perspective de chasse au « regroupement familial sauvage » de nombreux mineurs, dont les parents résident en France de manière stable et régulière, se voient refuser l'admission sur le sol français²²⁶. Ces pratiques nationales sont très préoccupantes et appellent à une vigilance particulière dans le domaine de regroupement familial touchant les mineurs.

Vie privée et familiale dans le cadre de l'éloignement d'étrangers

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

La jurisprudence nationale est constante en matière d'examen des recours formés contre les décisions administratives d'éloignement des étrangers possédant des titres de séjour portant mention « vie privée et familiale »²²⁷. Une constatation d'une vie privée et familiale effective fait obstacle aux mesures d'éloignement.

Article 8. Protection des données à caractère personnel

Autorité indépendante de contrôle (évolution de ses pouvoirs, compétences)

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

Une nouvelle loi a été adoptée dans le domaine de la protection des données à caractère personnel²²⁸. Elle vise avant tout à intégrer en droit interne la directive 95/46 CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, que la France a d'ailleurs largement contribué à inspirer. Bien que fortement marqué par le modèle français, s'agissant de ses dispositions de fond, ce texte communautaire présente, quant à sa philosophie d'ensemble et quant à son architecture, des différences très significatives avec la législation du 6 janvier 1978, et il appelle, par conséquent, l'introduction de modifications importantes dans le régime actuellement en vigueur. Le deuxième but est le remaniement du système français et tient au fait que plus de vingt ans après l'adoption de la loi informatique et libertés, il fallait intégrer le bilan de son application dans la législation française.

Le Conseil constitutionnel a examiné la conformité de la nouvelle loi à la Constitution²²⁹. Il reconnaît le texte conforme pour l'essentiel à la Constitution et confirme que la loi ne prive pas de garanties légales l'exigence constitutionnelle du respect de la vie privée.

La CNIL n'a émis aucun commentaire sur la loi adoptée.

²²⁶ Rapport d'ANAFE, précité.

²²⁷ Pour exemple : CE, 24 mars 2004, req. n°260137, annulation du jugement et de l'arrêt de reconduite à la frontière pris en violation de la vie privée de l'intéressé ; CE, 10 décembre 2004, req. n°258151, rejet de la demande d'annulation, sur www.legifrance.gouv.fr

²²⁸ Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, www.legifrance.gouv.fr

²²⁹ Décision n° 2004-499 DC, 29 juillet 2004 « Protection des données personnelles », www.legifrance.gouv.fr

Motifs de préoccupation

Des associations de protection de la vie privée s'inquiètent de certaines dispositions de la loi permettant une collecte des données dites « sensibles »²³⁰ dans le cadre des fichiers intéressant la sécurité et de défense de l'Etat, des fichiers eux-mêmes très sensibles. De plus l'avis de la CNIL pour la mise en œuvre de ces fichiers ne liera plus le Conseil d'Etat ni le gouvernement²³¹. La Fédération Informatique et Liberté déplore également l'affaiblissement des pouvoirs de la CNIL en matière des autorisations de création des différents fichiers.

Protection des données personnelles (en général, droits d'accès, de rectification et de recours)*Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales*

Le pourvoi de l'Eglise de scientologie contre la condamnation prononcée par la Cour d'Appel de Paris pour envoi d'informations inexactes à la CNIL par le Président de l'association a été rejeté. L'association avait en effet refusé de radier un des anciens membres du fichier, procédant ainsi à un traitement des données nominatives malgré l'opposition légitime de l'intéressé²³².

Autres évolutions pertinentes*Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales*

La Cour de cassation considère comme illicite toute immixtion arbitraire dans la vie privée d'autrui ; y compris lorsqu'il s'agit de collecter des éléments relatifs au train de vie, connus de tous. Il s'agit d'une évolution du droit au respect de la vie privée. La Cour utilise l'art.9 du Code civil afin d'étendre la protection aux éléments de la vie courante, mais qui collectés pendant une certaine durée constituent une atteinte illicite au respect de la vie privée²³³.

Article 9. Droit de se marier et de fonder une familleMariage*Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données*

Le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, lors de sa trente-sixième session, a rendu public les 30 juin 2004 ses observations finales sur la France²³⁴. Il recommande à la France d'envisager de réexaminer l'âge minimum du mariage pour relever celui des filles de telle sorte qu'il soit le même que celui des garçons, créant ainsi des conditions favorables à la lutte contre les mariages forcés et garantissant dans toute la mesure possible le développement de l'enfant.

²³⁰ Comme, par exemple, l'origine ethnique, les convictions religieuses, etc.

²³¹ « Il faut sauver la loi informatique et libertés », 14 août 2004, Tribune parue dans le Monde du 14.07.04, www.vie-privee.org, site de la Fédération Informatique et libertés

²³² Cass., crim., 28 sept 2004, D. 2004, IR, 3038.

²³³ Cass., 2^e civ., 3 juin 2004 ; la filature d'une créancière d'une prestation compensatoire par un détective privé.

²³⁴ Comité des droits de l'enfant, Examen des rapports présentés par les Etats parties en application de l'article 44 de la Convention, Observations finales: France, CRC/C/15/Add.240, 30 Juin 2004

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

Dans un arrêt du 3 février 2004²³⁵, la première chambre civile de la Cour de cassation a rappelé les règles relatives à la nullité d'un mariage, dans une espèce particulière. En effet, deux personnes d'origine zaïroise avaient contracté un premier mariage coutumier par procuration dans leur pays d'origine, puis un second devant un officier d'état civil dans leur pays de résidence, la France. La Cour de cassation a précisé que la seconde union devait être considérée comme nulle dans la mesure où la première n'était pas dissoute, quand bien même le second mariage avait été contracté entre les mêmes époux. Cet arrêt pose le problème de la reconnaissance des mariages coutumiers, qui semble ici affirmée par la Haute juridiction, reconnaissance qui fait obstacle au mariage de droit français et donc aux garanties qui s'y attachent pour les époux, sauf à revenir sur la première union, symboliquement et culturellement très importante pour de nombreux résidant français d'origine étrangère. A travers cette question est soulevée celle de la protection des droits de l'épouse, en particulier, en cas d'un éventuel divorce.

Reconnaissance juridique des unions de même sexe*Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales*

Par un jugement du 27 juillet 2004²³⁶, la première chambre civile du Tribunal de grande instance de Bordeaux a annulé un mariage célébré par le maire de Bègles entre deux individus du même sexe. Les juges du fond ont motivé leur décision en se fondant sur un ensemble de disposition du code civil faisant référence aux termes « mari » et « femme ». En effet, si le code civil ne subordonne pas expressément la validité du mariage à ce que les époux soient de sexe différent, il ressort de nombreux articles de ce même code et de l'examen des travaux préparatoires que la différence de sexe des époux est, en droit français, une condition du mariage. Les juges font également à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui confère aux Etats une marge d'appréciation en la matière. Le jugement précise enfin que pour redéfinir le mariage, cette « question doit faire l'objet d'un débat et nécessite l'intervention du législateur ». On remarquera que cette union a été, avant même sa célébration, largement médiatisée et a suscité un large débat dans la société française.

Article 10. Liberté de pensée, de conscience et de religionLutte contre le phénomène sectaire*Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données*

La mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires (MIVILUDES) a rendu, en janvier 2004, au Premier ministre, son premier rapport d'activités intitulé *Les dérives sectaires*²³⁷. Cette mission a contribué à la définition et à la mise en œuvre d'actions, notamment à la formation d'agents publics grâce à l'élaboration d'un « guide de l'agent public », lequel devrait être distribué aux administrations. Une convention de partenariat avec le conseil national de la fonction publique territoriale a été signée le 9 juin 2004.

²³⁵ Cass., 1^{re} civ., 3 février 2004, *K. c. T.*, pourvoi n° 00-19.838.

²³⁶ TGI Bordeaux, 1^{re} civ., 27 juillet 2004.

²³⁷ MIVILUDES, *Les dérives sectaires*, www.premier-ministre.gouv.fr, janvier 2004

La mission évoque le rôle des « cellules de vigilance », entités au sein desquelles les préfets réunissent périodiquement les principaux services de l'Etat concernés. Selon elle, ces cellules « méritent d'être dynamisées », en assurant leur généralisation sur l'ensemble du territoire²³⁸, mais aussi grâce une fréquence plus régulière de leurs réunions, ainsi que par une ouverture à la participation d'autres acteurs tels que les représentants des collectivités locales. Ce rapport fait par ailleurs état du souhait de la mission de la voir disposer de correspondants régionaux.

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

Le tribunal administratif de Paris, le 13 mai 2004, a estimé que le refus de location d'un stade à une association culturelle portait atteinte à la liberté de réunion. Il s'agit d'une jurisprudence classique, mais ce qui est intéressant dans cette espèce c'est le fait que le maire de Paris avait fondé son refus, entre autres, sur divers rapports parlementaires révélant l'existence des dérives sectaires au sein de plusieurs associations, parmi lesquelles figurait l'association requérante. La justice, en l'espèce, énonce que les rapports d'enquêtes parlementaires sont dénués de toute valeur juridique et ne pouvaient servir de fondement légal à la décision du maire.

Motifs de préoccupation

Selon le rapport de la MIVILUDES²³⁹, certains groupements apportent d'importantes au fonctionnement des services publics. En effet, la multiplication des demandes de communication systématique de documents administratifs les concernant, ou la saisine du juge en cas de refus, s'apparente à du « harcèlement organisé ».

Protection, notamment des minorités religieuses, contre le harcèlement

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

Un comité interministériel de lutte contre le racisme et l'antisémitisme a été créé par un décret du 3 décembre 2003. Regroupant, sous la présidence du Premier ministre, les ministres de l'intérieur, de la justice, des affaires étrangères, des affaires sociales, de la jeunesse, de l'éducation nationale, de la ville, ainsi qu'un représentant du Président de la République, le comité a pour mission de définir les orientations de la politique menée par le gouvernement pour lutter contre les actes racistes et antisémites. Il doit également arrêter un programme d'action et veiller à sa mise en œuvre. Il s'agit donc de l'initiateur de la politique gouvernementale en la matière.

Par ailleurs, un projet de loi a été présenté le 5 octobre 2004 en première lecture à l'Assemblée Nationale par le ministre de l'emploi, du travail et de la cohésion sociale, M. Jean-Louis Borloo. Il prévoit la création d'une Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Egalité (HALDE), qui deviendrait une sorte de « guichet unique » pour les victimes de toutes les discriminations prohibées par la loi ou les engagements internationaux de la France. Elle pourrait être saisie par toute victime, ainsi que par des antennes régionales, afin de tenter une médiation puis, en cas d'échec, de mener des investigations conduisant, si nécessaire, à la saisine du Procureur de la République. Le texte a été adopté en première lecture par l'Assemblée Nationale le 06 octobre 2004, puis le 23 novembre 2004 par le Sénat, mais il est encore susceptible de subir des modifications en deuxième lecture, notamment en raison d'amendements concernant la lutte contre le sexisme et l'homophobie nouvellement votés par la chambre haute et qui n'ont pas été examinés à l'Assemblée.

²³⁸ Elles n'existent pour l'heure que dans 36 départements.

²³⁹ Rapport précité, note 237.

Autres évolutions pertinentes

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

Deux ordonnances du juge des référés de Lyon ont accordé puis confirmé la suspension de reconduite à la frontière de M. Bouziane, l'imam de Vénissieux (Rhône). Le Conseil d'Etat devra trancher ce litige, le Ministre de l'Intérieur s'étant pourvu en cassation. La seule appartenance à l'idéologie salafite comme motif d'expulsion étant insuffisante selon le juge des référés²⁴⁰ et que le lien de l'imam avec une organisation terroriste n'a pu être établie²⁴¹.

Le législateur, par une loi du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics²⁴², a souhaité faciliter et accélérer l'intégration de la communauté musulmane en luttant notamment contre les pressions politico-religieuses dont les jeunes filles de confession musulmane peuvent faire l'objet pour ne pas ôter leur voile à l'école. Est également invoquée la nécessité de garantir le respect du principe d'égalité homme femme, dans la mesure où le voile peut être perçu comme un signe de soumission de la femme à l'homme. La loi du 15 mars 2004 interdit en conséquence « *dans les écoles, collèges et lycées publics le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse* ».

La loi autorise toutefois le port de signes religieux, quels qu'ils soient (kippa, bandana, croix...), à la condition que ceux-ci restent discrets. Elle ne vise de plus que l'école primaire et secondaire. Les établissements publics d'enseignement supérieur sont exclus du champ d'application de la loi, dans la mesure où les universités s'adressent à des personnes adultes.

Certains craignent que la loi ne conduise à la marginalisation des élèves refusant d'enlever leur voile à l'école. Certes celles-ci pourront s'inscrire dans des établissements privés - mais encore faut-il qu'il en existe - ou alors suivre des cours par correspondance ou télé-enseignement. Pour certaines d'entre elles toutefois, le risque d'un arrêt définitif de l'école est à craindre.

Quant aux enseignants du secteur public, ils sont tenus, à l'instar de tous les agents publics, à une obligation de stricte neutralité. Dans l'exercice de leurs fonctions, du fait de l'exemple qu'ils donnent aux élèves, ils doivent impérativement éviter toute marque distinctive religieuse.

Article 11. Liberté d'expression et d'information

Liberté d'expression et d'information (général)

Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données

Dans une affaire *Chauvy et autres c. France*²⁴³, les requérants invoquaient devant la Cour européenne des droits de l'homme la violation par les autorités française de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Pour avoir mis en cause dans un ouvrage à vocation historique le comportement des époux Aubrac dans l'arrestation de Jean MOULIN, les requérants furent condamnés au pénal puis au civil pour diffamation publique envers des membres du mouvement et réseaux de la résistance. Alors que les requérants arguaient d'un droit de relecture de l'histoire

²⁴⁰ Tribunal administratif de Lyon, *M. Bouziane*, du 23 avril 2004, n°0402886.

²⁴¹ Tribunal administratif de Lyon, Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c. M. Bouziane, du 26 avril 2004, n° 0403017.

²⁴² Loi n°2004-228 du 15 mars 2004, JORF du 17 mars 2004, p. 5190.

²⁴³ Cour eur. D. H., *Chauvy et autres c. France*, du 29 juin 2004

officielle au vu de documents inédits, les juridictions françaises leur opposèrent leur manque de prudence et de soin dans le recueil des éléments historiques avancés et des conclusions tirées de ces éléments. La Cour a considéré « *que la recherche de la vérité historique de fond fait partie intégrante de la liberté d'expression et estimé qu'il ne lui revient pas d'arbitrer la question historique de fond, qui relève d'un débat toujours en cours entre historiens et au sein de l'opinion* ». Mais pour autant, la liberté de l'historien n'est pas inconditionnée : non seulement il doit proscrire toute insinuation qui porterait gravement atteinte à la réputation d'autrui mais également respecter « *les règles essentielles de la méthode historique*. » L'historien se voit donc imposer une déontologie professionnelle. La Cour a par conséquent conclu à la non violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme par la France.

Dans un arrêt du 18 mai 2004²⁴⁴, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France pour atteinte à la liberté d'expression lorsque les juridictions internes prononcent l'interdiction perpétuelle d'un ouvrage, écrit par le Dr. Gubler, ancien médecin personnel du chef de l'Etat français, relatant l'état de maladie dissimulé à l'époque des faits par le Président Mitterrand. Elle a en effet estimé que l'état de santé des dirigeants politiques entre dans le domaine du débat d'intérêt général, dont les limitations ne peuvent qu'être strictes. En revanche, l'interdiction temporaire de la diffusion de l'ouvrage jusqu'à ce que les juridictions compétentes statuent sur sa compatibilité avec le secret médical et les droits d'autrui, pouvait passer pour « *nécessaire dans une société démocratique* » à la protection des droits du Président Mitterrand et de ses ayants cause.

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

Par un arrêt du 11 février 2004²⁴⁵, le Conseil d'Etat a refusé d'annuler la décision implicite par laquelle le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) a rejeté la demande de conventionnement du service de télévision de la société Medya TV. En effet, le Conseil d'Etat a rappelé que, si la loi du 30 septembre 1986 garantit la liberté de la communication audiovisuelle, cette liberté peut être limitée, en vertu de cette même loi, afin d'assurer la sauvegarde de l'ordre public. En l'espèce, les liens de la société requérante avec le PKK ainsi que le retrait, intervenu peu de temps avant la demande de conventionnement de la société Medya TV, de la licence de la chaîne Med TV, diffusée au Royaume Uni et également liée au PKK, suite à de nombreuses infractions à la législation britannique et notamment d'encouragements à la violence et d'incitations au crime, constituent un faisceau concordant d'indices propres à redouter un trouble à l'ordre public et justifiant le refus de conventionnement. On retrouve ici les limites du principe de liberté d'expression face à l'impératif de maintien de l'ordre public, limites en l'espèce apportées de manière préventive. On remarquera que le Conseil d'Etat, dans cet arrêt, accueille l'argument du CSA tiré du précédent britannique et fait référence directe à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Dans un arrêt du 7 octobre 2004²⁴⁶, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a précisé que les appréciations excessives touchant les produits, les services ou les prestations d'une entreprise industrielle et commerciale n'entrent pas dans les prévisions de l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881, lequel proscriit la diffamation, dès lors qu'elles ne concernent pas une personne physique ou morale.

²⁴⁴ Cour eur. D. H., *Soc. Plon c. France*, du 18 mai 2004

²⁴⁵ CE, 11 février 2004, *Société Medya TV*, req. n° 249175.

²⁴⁶ Cass. Civ. 2°, 07 octobre 2004, *Comité interprofessionnel des vins de champagne c. Société Libération*.

Pluralisme des médias et traitement équilibré de l'information par les médias

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

La cour administrative d'appel de Paris, dans une décision du 22 avril 2004, a estimé que les autorités locales qui organisent périodiquement la diffusion d'informations locales à destination des médias dans le cadre des « points-presse », ne peuvent en interdire l'accès à certains organes de presse et aux journalistes professionnels qui les représentent. Les juges de fond estiment que ces « points-presse » constituent un service public de l'information qui doit respecter le principe d'égalité. En effet, deux journalistes professionnels, ne pouvaient participer aux informations données par les représentants des autorités locales. Or, ces journalistes étaient peu favorables à la politique du gouvernement du territoire de la Polynésie française. Les juges de fond rappellent que le pluralisme des quotidiens d'information politique et générale est en lui-même un objectif de valeur constitutionnelle et du risque d'inefficacité de la liberté d'expression par manque de publications. Les juges estiment que les « points-presse » relèvent du service public de l'information et que le principe d'égalité s'appliquant, celui-ci avait été enfreint.

Aspects positifs

Le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), autorité administrative en charge du contrôle des médias audiovisuels, a émis une recommandation sur la représentation des « minorités visibles », ce qui a entraîné des modifications du cahier des charges des chaînes publiques et des conventions liant les médias privés au CSA. A titre d'exemple, la convention conclue entre le CSA et la société TF1 précise dans son article 9 : « *La société dans ses programmes s'engage [...] à respecter les différentes sensibilités politiques, culturelles et religieuses du public ; [...] à promouvoir les valeurs d'intégration et de solidarité qui sont celles de la République ; [...] à prendre en considération, dans la représentation à l'antenne, la diversité des origines et des cultures de la communauté nationale* »

Article 12. Liberté de réunion et d'association

Sans intérêt.

Article 13. Liberté des arts et des sciences

Sans intérêt

Article 14. Droit à l'éducation

Accès à l'enseignement

Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données

Le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, lors de sa trente-sixième session, a rendu public les 30 juin 2004 ses observations finales sur la France²⁴⁷. Le Comité recommande à la France de réexaminer sa législation en vue d'en éliminer les incohérences relatives au respect

²⁴⁷ Comité des droits de l'enfant, *Examen des rapports présentés par les états parties en application de l'article 44 de la Convention, Observations finales: France, CRC/C/15/Add.240*, 30 Juin 2004.

des opinions de l'enfant. Il l'invite en outre à continuer à promouvoir le respect des opinions de l'enfant notamment à l'école.

Le Comité reconnaît en outre l'importance que l'État partie accorde à l'école publique laïque. Toutefois, le Comité est préoccupé par les allégations faisant état d'une montée de la discrimination, notamment de la discrimination fondée sur la religion. Le Comité craint aussi que la nouvelle loi²⁴⁸ relative au port de signes et de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles publiques n'aille à l'encontre du but recherché en négligeant le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit de l'enfant à l'éducation, et ne permette pas d'obtenir les résultats escomptés. Il recommande par ailleurs à la France de continuer de suivre de près la situation des filles exclues des écoles par suite de la nouvelle loi et de s'assurer qu'elles jouissent du droit à l'éducation.

Enfin, le comité invite la France à poursuivre ses efforts pour que tous les enfants jouissent du droit à l'éducation conformément aux articles 28 et 29 de la Convention, et pour que les enfants handicapés soient intégrés dans le système éducatif ordinaire conformément à l'article 3 de la Convention.

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

Le tribunal administratif de Cergy-Pontoise, dans sa décision du 18 décembre 2003²⁴⁹ a eu à se prononcer sur un recours qui portait sur la scolarisation d'un enfant handicapé. Cette espèce est assez intéressante dans la mesure où la jurisprudence concernant la scolarisation des enfants handicapés est restreinte ou quasi-inexistante. Dans cette affaire les juges du fond ont rappelé que les enfants et adolescents handicapés sont soumis à l'obligation éducative conformément au Code de l'éducation, cependant ceci n'engendre pas de la part de l'Etat une obligation de résultat eu égard notamment aux difficultés particulières de certains enfants handicapés. En l'espèce la Commission départementale d'éducation spéciale, chargée de désigner les établissements éducatifs où peuvent être accueillies les enfants et adolescents handicapés ne pouvait être fautive notamment eu égard à la proposition par celle-ci aux parents d'établissements scolaires parfois plus lointains du domicile familial ou alors surchargés ne pouvant prendre en charge l'enfant.

Le tribunal administratif de Melun, dans sa décision du 6 avril 2004²⁵⁰ a estimé, dans une espèce différente de la précédente, que si l'Etat est tenu d'assurer la scolarisation d'un enfant, il ne peut être tenu pour responsable de la déscolarisation de celui-ci quand elle résulte du comportement de l'enfant lui-même ou de celui de sa famille.

Aspects positifs

Dans ses observations finales sur la France précitées, le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies se félicite des efforts déployés par la France pour assurer un enseignement obligatoire et gratuit jusqu'à l'âge de 16 ans ainsi que du fait que l'école est considérée comme un lieu d'intégration et d'égalité

Motifs de préoccupation

La loi du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics²⁵¹, a d'ores et déjà conduit à l'exclusion d'élèves de confession musulmanes ou sikhs qui persistaient dans le refus de retirer leur voile ou turban dans l'enceinte des collèges et lycées

²⁴⁸ Loi n° 2004 228 du 15 mars 2004, précitée note 242.

²⁴⁹ T.A Cergy-Pontoise, *M. et Mme D.*, 18 décembre 2003, n° 0205215.

²⁵⁰ Tribunal administratif de Melun, 6 avril 2004, *Mme B. c. Ministre de la Jeunesse, de l'Education nationale et de la recherche*, n° 024187/5.

²⁵¹ Précitée, note 242.

où ils étaient scolarisées. Conformément à la loi, ces exclusions sont intervenues à l'issue d'une phase infructueuse de négociation entre les établissements scolaires, les élèves et leurs familles. Ces élèves devront désormais être scolarisés dans des établissements privés ou suivre les cours du centre national d'enseignement à distance. On peut craindre que cette rupture avec l'enseignement dans les établissements publics ne signifie pour certains de ces jeunes gens une rupture avec l'école de manière générale, alors même que l'un des objectifs de cette loi était de lutter contre l'exclusion et favoriser l'intégration.

Autres évolutions pertinentes

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

Un décret du 19 février 2004²⁵² est venu assortir le manquement à l'obligation d'assiduité scolaire de sanctions pénales. Ces dernières peuvent frapper les parents, ou les personnes exerçant l'autorité parentale, qui n'imposent pas à l'enfant l'obligation d'assiduité scolaire, sans faire connaître de motif légitime ou d'excuse valable, ou en donnant des motifs inexacts. Cette nouvelle infraction pénale est qualifiée de contravention de 4^e classe, dont les auteurs encourrent une peine d'amende de 750 euros. Le renforcement de l'obligation d'assiduité scolaire est certes bénéfique pour la jouissance d'un droit effectif à l'éducation, cependant on peut s'interroger sur la pertinence de la sanction pécuniaire prévue à l'encontre de parents ou dépositaires de l'autorité parentale qui doivent souvent faire face à d'importantes difficultés financières. Il est à craindre que ce type de mesure creuse un peu plus encore le fossé qui peut exister entre des familles en situation de grande précarité et l'institution scolaire.

Article 15. Liberté professionnelle et droit de travailler

Droit des ressortissants des autres Etats membres de chercher un emploi, de s'établir ou de fournir leurs services

Aspects positifs

Une ordonnance du 25 mars 2004²⁵³ a simplifié la procédure applicable aux ressortissants étrangers, communautaires ou non, souhaitant exercer en France une activité commerciale en supprimant la carte d'identité de commerçant étranger.

Interdictions professionnelles et conditions d'accès à certaines professions

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

Dans un arrêt du 23 juin 2004²⁵⁴, la chambre criminelle de la Cour de cassation a procédé à un important revirement de jurisprudence. Sur le fondement de l'article 39 du Traité instituant la Communauté Européenne (TCE) et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, expressément citée dans l'arrêt, la haute juridiction a en effet jugé que le fait de réserver les emplois d'officiers de marine marchande aux personnes de nationalité française était contraire à l'article 39 du TCE. Pour motiver sa décision, la Cour a précisé que la dérogation au principe de la libre circulation des travailleurs, prévue quant aux emplois dans l'administration publique par l'article 39, § 4 TCE, suppose que les prérogatives de puissance publique attribuées à leurs titulaires soient effectivement exercées de façon habituelle par

²⁵² Décret n° 2004-162, 19 février 2004, portant modification du décret n°66-104, JORF, 27 février 2004.

²⁵³ Ord. n° 2004-279, 25 mars 2004, portant simplification et adaptation des conditions d'exercice de certaines activités professionnelles, JORF, 27 mars 2004.

²⁵⁴ Cass. crim., 23 juin 2004, C, pourvoi n° 03-86.661.

ceux-ci et ne représentent pas une part très réduite de leurs activités. Cet arrêt est ainsi d'un triple intérêt : il assure la liberté professionnelle, renforce le principe de libre circulation des travailleurs et donne une nouvelle application au principe de non discrimination fondée sur la nationalité. On remarquera également le soin pris par la chambre criminelle de citer dans le texte même de son arrêt la Charte des droits fondamentaux, fait encore rare dans la pratique des juridictions françaises.

Aspects positifs

Le gouvernement français a transposé, par une ordonnance du 4 novembre 2004²⁵⁵, la directive européenne 2001/19/CE concernant la reconnaissance de diplômes et de qualifications professionnelles. L'ordonnance permet la reconnaissance équitable des diplômes obtenus par les ressortissants communautaires, des périodes d'études qu'ils ont suivies et de toutes preuves de qualification et de compétence qu'ils ont acquises.

L'interdiction de toute discrimination dans l'accès à l'emploi

Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données

Dans ses observations sur l'examen périodique des rapports étatiques²⁵⁶, le Comité européen des droits sociaux relève qu'en France l'accès à un certain nombre d'activités²⁵⁷ qui n'impliquent pas *a priori* la participation à l'exercice de prérogatives de puissance publique est pourtant interdit aux étrangers. Le Comité considère d'une part que « la condition de nationalité exigée pour l'accès aux emplois à bord des navires marchands constitue une discrimination » et, d'autre part, que « l'autorisation que doivent obtenir les étrangers pour être inscrits sur les registres professionnels de l'aviation civile constitue une discrimination, en raison du caractère aléatoire et temporaire de cette autorisation, qui ne s'applique pas aux nationaux ».

La Cour de cassation a suivi exactement la position du Comité, ainsi que la jurisprudence de la Cour de justice²⁵⁸, dans un arrêt rendu dans la période sous examen, en considérant que « réserver des emplois d'officiers de marine marchande suppose que les prérogatives de puissance publique attribuées soient effectivement exercées de façon habituelle et ne représentent pas une part réduite de leurs activités »²⁵⁹. Cette décision devrait entraîner une modification de l'article 3§2 du Code du travail maritime.

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

²⁵⁵ Ordonnance n° 2004-1174 du 4 novembre 2004 portant transposition pour certaines professions de la directive 2001/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 mai 2001 concernant la reconnaissance de diplômes et de qualifications professionnelles, JORF n° 258, 5 novembre 2004, p. 18697.

²⁵⁶ Charte sociale européenne (révisée), Comité européen des droits sociaux, Conclusions 2004 (France), disponible sur <http://www.coe.int> rubrique Droits de l'homme, précité dans nos observations sur l'article 4, note **Erreur ! Signet non défini.**

²⁵⁷ Les emplois de capitaine et de premier officier à bord des navires battant pavillon français et certaines catégories du personnel d'aviation civile sont réservés, sauf dérogation temporaire, aux seuls citoyens français. Par ailleurs, l'équipage de ses navires doit être composé de ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne ou d'un Etat partie à l'Accord sur l'Espace économique européen dans une proportion minimale fixée par arrêté ministériel.

²⁵⁸ CJCE, 30 septembre 2003, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, C-405/01 et CJCE, Anker et al., C-47/02.

²⁵⁹ Cass., crim, 23 juin 2004, 03-85.661.

Outre le projet de loi relatif à la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité²⁶⁰, un rapport intitulé « *Des entreprises aux couleurs de la France* », remis le 23 novembre 2004 au Premier Ministre par M. Bébéar préconise un certain nombre de mesures dont les plus marquantes visent les entreprises. Il incite en particulier au recours au curriculum vitae anonyme, qui doit permettre à un directeur des ressources humaines de sélectionner les « CVs » sur la base de leur contenu, puis de prendre contact avec l'agence qui lui a transmis afin qu'elle convoque les candidats pour des entretiens. Dès lors le nom, l'origine ou le sexe ne deviendraient plus des obstacles à l'accès aux entretiens de recrutement. M. Bébéar souhaite en outre qu'une « photographie statistique » annuelle des entreprises soit mise en place, afin de mesurer « l'évolution de la diversité ». S'agissant de l'accès à l'enseignement, le rapport suggère notamment d'étendre l'expérience menée à l'Institut d'Etudes Politiques de Paris et mentionnée ci-dessus. Ce document est actuellement à l'étude par les services du Premier Ministre et son contenu sera débattu en janvier 2005 lors d'une « conférence nationale sur l'égalité des chances ».

Motifs de préoccupation

La position de la Cour de cassation²⁶¹ relative aux discriminations dans le domaine des activités de marine marchande doit être traduite par une modification de la réglementation en vigueur. La France devrait établir à destination du Comité européen des droits sociaux une liste complète des activités professionnelles fermées aux étrangers²⁶².

Autres évolutions pertinentes

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

Une loi du 11 février 2004²⁶³ a, enfin, permis aux avocats de bénéficier de la transposition de la directive européenne de 1998 sur la liberté d'établissement. Cette loi autorise donc les avocats à pratiquer les mêmes activités que celles réservées aux avocats locaux et à acquérir le même titre que ces derniers au terme de trois années d'exercice.

Article 16. Liberté d'entreprendre

Sans intérêt

Article 17. Droit de propriété

Droit de propriété et restrictions apportées à celui-ci

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

Dans un arrêt du 7 mai 2004²⁶⁴, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a apporté sa contribution au débat relatif à la jurisprudence dite de « l'image des biens », suscité par la première chambre civile de la Cour de cassation à partir d'un arrêt du 10 mars 1999, lequel avait provoqué des réactions de la doctrine et une certaine réticence des juges du fond. La Haute juridiction a considéré que le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit

²⁶⁰ Projet précité, en page 69.

²⁶¹ Cass., crim., 23 juin 2004, 03-85.661, précité.

²⁶² Rapport précité.

²⁶³ Loi n° 2004-13, 11 février 2004, réformant le statut de certaines professions judiciaires ou juridiques, des experts judiciaires, des conseils en propriété industrielle et des experts en vente aux enchères publiques, JORF n° 36, 12 février 2004, p. 2847.

²⁶⁴ Cass. Ass. plén. fr., 07 mai 2004, *Sté civile particulière Hôtel de Girancourt c. Sté SCIR Normandie et a.*, pourvoi n° 02-10.450.

exclusif sur l'image de celle-ci mais qu'il peut s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal.

Aspects positifs

Dans un arrêt du 11 février 2004²⁶⁵, la chambre sociale de la Cour de cassation a précisé qu'il appartenait à la société qui licencie d'apporter la preuve que le représentant de commerce (VRP) dont elle s'est séparée a continué à visiter la clientèle qu'il avait apportée. Dans le cas contraire, le VRP licencié a droit à percevoir une indemnité de clientèle de la part de la société qui l'a licencié.

Article 18. Droit d'asile

Procédure d'asile

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

La Commission Nationale Consultative des droits de l'Homme (CNCDH) est très préoccupée par les évolutions du droit d'asile, aussi bien au niveau national qu'au niveau européen²⁶⁶. Elle reproche notamment aux dirigeants européens et français de confondre le droit d'asile et les questions de maîtrise de l'immigration. Dans un avis concernant la France²⁶⁷, la Commission relèvent plusieurs points qui risquent de rendre la procédure d'asile moins efficace et plus difficile d'accès. Il s'agit tout d'abord de l'exigence de l'agrément préfectoral pour les associations qui domicilient les demandeurs d'asile, car la domiciliation est la solution indispensable pour un demandeur d'asile sans hébergement, pour justifier d'une adresse postale exigée par la réglementation, où il pourra obtenir tout type de correspondance, et accéder effectivement aux procédures d'asile²⁶⁸. « La CNCDH a constaté dans son avis du 6 juillet 2001, les graves difficultés rencontrées par les associations assurant cette fonction essentielle. En effet, alors que le projet de décret envisage d'augmenter les exigences pour accorder l'agrément, elles ne bénéficient pas d'un soutien financier public pour cette tâche, hormis dans le cadre de plates-formes d'accueil qui n'existent que dans une vingtaine de départements et n'ont jusqu'à présent pas de définition dans le dispositif national d'accueil ». La situation n'a pas évolué en 2004. La CNCDH estime également que les critères proposés pour obtenir l'agrément préfectoral sont trop restrictifs et pourraient exclure de nombreuses associations ou empêcher la création de nouvelles. Ensuite, l'information faite aux demandeurs d'asile est insuffisante : une liste des pièces à fournir pour la constitution du dossier est la seule information dont ils disposent. La Commission préconise une information complète relative à la procédure d'asile, aux délais administratifs et les recours éventuels, dans une langue que le demandeur pourrait comprendre lorsqu'il ne parle pas français. D'autre part, le délai de délivrance du premier titre de séjour prévu est de 15 jours, ce qui contribue à renforcer le sentiment d'insécurité et d'instabilité juridique du demandeur. De plus, une disposition du projet de décret est jugée contraire au principe constitutionnel du droit d'asile : l'exigence d'un domicile réel, autre que celui fourni par une association, après

²⁶⁵ Cass., soc., 11 février 2004, *Aubert c. S.A. 5/7 étiquette*, pourvoi n°02-40.601.

²⁶⁶ « Avis relatif à l'élaboration du droit communautaire concernant le droit d'asile », adopté le 22 janvier, www.commission-droits-homme.fr ; voir également un avis dans ce sens de GISTI Lourdes menaces sur le droit d'asile en Europe : Le bilan de quatre ans de rapprochement des politiques d'asile », février 2004, www.gisti.org

²⁶⁷ « Avis portant sur le projet de décret modifiant le titre III du décret n° 46-1574 du 30 juin 1946 réglementant les conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers », adopté le 17 juin 2004, www.commission-droits-homme.fr

²⁶⁸ La domiciliation conditionne également, en pratique, l'établissement d'un dossier de demande de l'Aide Médicale Etat, voy. nos observations sous l'article 35 du présent rapport.

l'expiration de l'autorisation provisoire de séjour délivrée pour un mois. Considérant que de nombreux demandeurs d'asile demandent en vain une place dans un centre d'hébergement et que l'Etat ne peut pas garantir un hébergement durable dans une de ses structures, cette exigence apparaît comme contraire au principe du droit d'asile.

La qualification de réfugié

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

Le Conseil d'Etat réaffirme régulièrement la portée du droit d'asile : « Le droit constitutionnel d'asile et son corollaire le droit de solliciter le statut de réfugié et de demeurer en France le temps nécessaire à l'examen de la demande constituent pour les étrangers une liberté fondamentale pour la sauvegarde de laquelle le juge des référés peut ordonner toutes les mesures nécessaires lorsque l'administration y a porté une atteinte grave et manifestement illégale »²⁶⁹. Cependant, en espèce l'atteinte grave et illégale résultant du refus d'examiner la demande a été écartée en raison de la compétence d'un autre Etat en vertu de la Convention de Dublin.

Les demandeurs d'asile mineurs non accompagnés

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

L'ANAFE exprime des inquiétudes après une surveillance prolongée d'une zone d'attente²⁷⁰. Les mineurs non accompagnés subissent la même procédure que les majeurs. Les actes d'état civil qu'ils peuvent présenter sont considérés comme faux dans la majorité des cas par les fonctionnaires de la police des aires et des frontières. Des examens médicaux peu probants destinés à déterminer leur âge comportent une marge d'erreur de plus ou moins 18 mois selon les experts médicaux²⁷¹. L'association préconise une approche radicalement différente, celle d'accorder un accès immédiat au territoire aux demandeurs d'asile mineurs. A l'heure actuelle la protection particulière due aux enfants n'est loin d'être satisfaisante

Article 19. Protection en cas d'éloignement, d'expulsion et d'extradition

Expulsions collectives

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

La jurisprudence administrative est constante : les expulsions collectives des étrangers sont interdites, et le Conseil d'Etat le rappelle régulièrement²⁷² comme principe.

Motifs de préoccupation

Nous pouvons émettre quelques doutes sur l'application effective de ce principe, le ministère de l'Intérieur ayant affrété en 2004 plusieurs « charters d'expulsion » vers l'Afrique.

Interdiction de renvoi vers un pays où l'étranger court un risque réel et sérieux qu'il soit porté atteinte à sa vie ou de subir des tortures ou des traitements cruels, inhumains ou dégradants

²⁶⁹ CE, 3 mai 2004, req. n°258085.

²⁷⁰ « La zone des enfants perdus », novembre 2004, www.anafe.org, précité, pages 46 et 65.

²⁷¹ Dr O. Diamant-Berger, chef des urgences médico-judiciaires de l'Hôtel-Dieu, citée par Anafé.

²⁷² CE, 7 mai 2004, req. n°257010 ou CAA de Versailles, 25 novembre 2004, req. n°02VE02599.

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

Le Conseil d'Etat exerce un contrôle strict sur la présence d'éléments de fait prouvant la menace qui pèserait sur l'individu²⁷³. Il n'est pas rare de voir l'annulation des jugements des tribunaux administratifs accordant aux requérants le droit de rester en France par le Conseil d'Etat.

Motifs de préoccupation

Il est systématiquement demandé aux étrangers invoquant un risque réel encouru dans le pays d'expulsion, des preuves comme celles que l'on pourrait exiger dans un procès interne. En effet, il est rare de voir fuir quelqu'un son pays d'origine où sa vie est menacée, en emportant tous les dossiers d'état civil ou des preuves de diverses procédures existantes à son encontre, sauf si toutefois ces preuves lui ont été délivrées par l'Etat.

Etrangers suivant un traitement médical vital*Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données*

La Cour EDH n'a pas pu examiner au fond dans l'affaire Slimani c/France²⁷⁴ l'existence de la violation de la Convention en ce qui concerne le traitement inhumain ou dégradant des personnes en rétention administrative, ainsi que la question du suivi médical. En effet, l'exception préliminaire de non épuisement des voies de recours internes, soulevée par le Gouvernement français a été accueillie par la Cour. Il faut noter que les rapports du Comité contre la torture, cités par la partie requérante, font état d'une situation préoccupante dans le centre de rétention administrative en cause²⁷⁵ en matière de soins médicaux.

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

L'association GISTI dénonce dans un communiqué²⁷⁶ une mesure d'expulsion d'un étranger séropositif et atteint du virus de l'hépatite C. Un autre cas est signalé par l'association n'indiquant pas encore un fléchissement des pratiques nationales, mais invitant à une vigilance accrue dans ce domaine.

²⁷³ CE, 29 mars 2004, req ; n°260419, rejet de la requête d'un ressortissant haïtien qui n'a pas apporté d'éléments de nature à établir la réalité des risques que comporterait pour lui son retour dans son pays d'origine ; pour information, v. « Le Monde », « Haiti, tragédie d'un prophète, tragédie d'un peuple », 25 février 2004.

CE, 18 février 2004, req. n°255158, rejet de la demande du Préfet de Gironde en annulation du jugement annulant la décision fixant comme pays de destination le Sierra Leone, vu les risques encourus par l'intéressée.

²⁷⁴ Cour EDH, Affaire Slimani c/France, 27 juillet 2004.

²⁷⁵ Les rapports en cause date de 1998 et de 2000.

²⁷⁶ « Au mépris des protections et des pratiques en vigueur depuis près de dix ans, Dominique de Villepin rétablit l'expulsion des étrangers séropositifs », 17 septembre 2004.

CHAPITRE III : ÉGALITÉ

Article 20. Égalité en droit

Sans intérêt

Article 21. Non-discrimination

Protection contre les discriminations

Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données

La France a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'Homme dans une affaire Palau-Martinez du 16 décembre 2003²⁷⁷ pour violation de l'article 8 combiné à l'article 14 de la Convention. La décision du juge français, dans le cadre d'un divorce, de confier la garde des enfants au père était fondée sur les convictions religieuses de la requérante, celle-ci appartenant aux Témoins de Jéhovah. Le juge français a considéré que cette appartenance aurait des conséquences négatives sur les principes d'éducation des enfants. Poursuivant le but légitime de la protection des enfants, restait à savoir si cette différence de traitement entre les deux parents reposant sur la religion de la requérante était justifiée. Or, la Cour considère que le juge français s'est prononcé in abstracto et ne s'est appuyée que sur des généralités relatives aux témoins de Jéhovah. Le juge français n'a pas démontré l'influence de la religion sur l'éducation et la vie des enfants. Dès lors, la différence de traitement entre le père et la mère n'est pas justifiée.

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

Par ailleurs, un projet de loi a été présenté le 15 juillet 2004 en Conseil des ministres par le ministre de l'emploi, du travail et de la cohésion sociale, M. Jean-Louis Borloo²⁷⁸. A cette occasion, le Président de la République avait déclaré que la Haute autorité était « essentielle pour la défense des droits et libertés individuels et pour l'intégration » et souligné que « les discriminations (...) sont une atteinte à la démocratie ». Le texte prévoit la création d'une Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité (HALDE), qui deviendrait une sorte de « guichet unique » pour les victimes de toutes les discriminations prohibées par la loi ou les engagements internationaux de la France. Elle pourrait être saisie par toute victime, ainsi que par des antennes régionales, afin de tenter une médiation puis, en cas d'échec, de mener des investigations conduisant, si nécessaire, à la saisine du Procureur de la République. Le texte a été adopté par les deux chambres en première lecture seulement. Son étude sera menée dans le rapport 2005.

Par ailleurs, suite à l'agression subie par un jeune homosexuel, S. Nouchet, brûlé vif par une bande de jeunes en raison de son homosexualité, un projet de loi relatif à la lutte contre les propos discriminatoires à caractère sexiste ou homophobes²⁷⁹ avait été déposé par le Gouvernement devant l'Assemblée nationale. Ce projet comportait deux volets : la sanction des provocations à la discrimination, à la haine ou à la violence envers une personne ou un groupe de personnes en raison de leur orientation sexuelle réelle ou supposée, ou de leur sexe,

²⁷⁷ Requête n° 64927/01, voir aussi page 95.

²⁷⁸ : Projet de loi n° 1732, déposé le 15/07/04, disponible sur le site de l'Assemblée Nationale : <http://www.assemblee-nat.fr/12/projets/pl1732.asp>.

²⁷⁹ Présenté en Conseil des ministres le 23 juin 2004.

d'une part, et la sanction des diffamations et injures homophobes d'autre part. Il était prévu que ces délits pourraient être poursuivis par des associations de lutte contre les discriminations homophobes ou fondées sur le sexe ou de lutte contre les violences faites aux femmes. Il s'agissait ainsi d'aligner la protection dans ce domaine sur celle qui existe déjà en matière de racisme. Sur ce projet de loi, la Commission nationale consultative des droits de l'homme²⁸⁰ s'est autosaisie et a rendu un avis demandant son retrait²⁸¹. La CNCDH rappelle l'importance de l'indivisibilité des droits de l'homme et « émet des réserves sur la multiplication de catégories de personnes nécessitant une protection spécifique ». Elle considère que « favoriser ainsi les lois de circonstance ne pourra que réduire finalement les droits et libertés de tous ». Selon elle, « s'il est indéniable que l'Etat doit assurer une protection aux personnes vulnérables de la société, il semble que ce principe n'a pas matière à s'appliquer en ce qui concerne l'homophobie (...). Il n'est pas démontré que l'orientation sexuelle d'une personne ou d'un groupe d'individus génère une vulnérabilité nécessitant une protection spécifique de l'Etat. ». Elle souligne son attachement à la liberté de la presse et d'opinion et juge que c'est plutôt par l'éducation et le débat que l'on combat l'intolérance. La Commission apporte une précision dans le cas où le Gouvernement maintiendrait son projet, en différenciant les dispositions sur les provocations à la discrimination, à la haine ou à la violence qu'elle accepte et la répression des diffamations ou injures homophobes qu'elle trouve inappropriée. Le Gouvernement a pris en compte cet avis en retirant son projet de loi. Il a simplement ajouté trois articles au projet de loi actuellement en discussion sur la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité pour ne reprendre que la première partie de ce qui était prévu, à savoir la seule répression des actes de provocation à la discrimination, à la haine et à la violence fondée sur l'orientation sexuelle ou le sexe. Le projet est toujours en discussion mais on peut déjà relever que ces dispositions supplémentaires suscitent de fortes oppositions.

Les associations s'inquiètent du « blocage » du ministère de l'éducation nationale face au travail de prévention de l'homophobie dans les écoles²⁸².

Une proposition de loi tendant à supprimer les limites d'âge pour les concours de la fonction publique a été adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture (texte adopté n°279). Selon ce texte, la possibilité de conserver des limites d'âge serait réduite à deux hypothèses : pour les emplois classés dans la catégorie active par le code des pensions (exemple des emplois de police) ou pour des exigences spécifiques de formation. Il semble cependant que cette proposition de loi ait été abandonnée puisqu'elle n'a toujours pas été examinée par le Sénat.

Dans son rapport annuel 2004²⁸³, l'association SOS-Homophobie note une recrudescence des agressions physiques à l'encontre des homosexuels²⁸⁴. Elle souligne que l'homophobie se manifeste surtout dans les lieux publics, le voisinage, l'administration ou les commerces (41%), sur le lieu de travail (20%), l'hostilité familiale étant dénoncée dans 8% des témoignages.

Aspects positifs

La Cour de cassation considère que la conclusion d'un pacte civil de solidarité génère un lien de famille entre les deux partenaires²⁸⁵.

²⁸⁰ Organe indépendant regroupant des personnalités politiques, des membres des juridictions, le Médiateur et des représentants de la société civile.

²⁸¹ Avis adopté le 18 novembre 2004, www.commission-droits-homme.fr

²⁸² Le Monde, 27-28 juin 2004, p. 9, S. Noblet.

²⁸³ www.sos-homophobie.org ; Le Monde, 16 juin 2004, S. Noblet.

²⁸⁴ 86 cas en 2003, soit 13% des témoignages reçus.

²⁸⁵ Cass. crim., 9 mars 2004, 03-84.991. Il s'agissait en l'espèce de pouvoir bénéficier d'une dérogation pour pouvoir s'inscrire sur les listes électorales en dehors de révision des dites listes, dérogation

La lutte contre le discours d'incitation à la discrimination raciale, ethnique, nationale ou religieuse

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

La loi du 9 mars 2004²⁸⁶ durcit les peines encourues pour discrimination fondée sur l'un des motifs énoncés à l'article 225-1 du Code pénal. Elle prévoit une circonstance aggravante pour les menaces contre les personnes, les vols et les extorsions lorsque ceux-ci sont fondés sur l'appartenance ou la non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée mais également lorsqu'ils sont fondés sur l'orientation sexuelle réelle ou supposée de la victime. Ce texte législatif porte également le délai de prescription de trois mois à un an dans les cas de diffamation, d'injure ou de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée²⁸⁷.

S'agissant des organismes publics de lutte contre le racisme, un comité interministériel de lutte contre le racisme et l'antisémitisme a été créé par un décret n° 2003-1164 du 8 décembre 2003²⁸⁸. Regroupant, sous la présidence du Premier ministre, les ministres de l'intérieur, de la justice, des affaires étrangères, des affaires sociales, de la jeunesse, de l'éducation nationale, de la ville, ainsi qu'un représentant du Président de la République, le comité a pour mission de définir les orientations de la politique menée par le gouvernement pour lutter contre les actes racistes et antisémites. Il doit également arrêter un programme d'action et veiller à sa mise en œuvre. Il s'agit donc de l'initiateur de la politique gouvernementale en la matière.

Le député P. Lellouche²⁸⁹, à l'origine de la loi visant à aggraver les peines en cas de violence avec une intention raciste ou antisémite (début 2003) a dénoncé le fait que cette loi n'est pas appliquée, la circonstance aggravante n'ayant été retenue que dans 6 cas sur 588 en 2003 et 7 cas sur 180 en 2004. Il faut malheureusement tenir compte des nombreux cas dans lesquels l'auteur n'est pas identifié. Malgré cela, le député appelle à « une évaluation précise des conditions d'application de la loi, tant dans la constatation des faits par les services de police que lors de leur qualification par les magistrats ».

Selon le ministère de l'Intérieur, la violence antisémite a baissé en 2003 par rapport aux autres années : on compte 125 actes graves (en baisse de 36% par rapport à 2002), 463 cas de menaces (en baisse aussi de 37%)²⁹⁰. Un comité interministériel du 27 janvier a mis en place un fonds de 15 millions d'euros pour financer à 50% les travaux de sécurité autour de synagogues et de mosquées. Une circulaire appelle à mettre en place un plan de lutte contre les violences antisémites à l'école²⁹¹. Une personne référent est désignée dans chaque académie. Il est également prévu de relancer des CODAC²⁹² en priorité sur l'antisémitisme et de sensibiliser les policiers et gendarmes sur les actes antisémites et la nécessité d'enregistrer les plaintes.

La CNCDH²⁹³ confirme ce constat dans son rapport annuel tout en soulignant que l'ensemble des faits racistes et antisémites restent à un niveau supérieur à ceux des années 1990 et que les

réservée aux « membres de la famille domiciliés avec eux ». La Cour de cassation accorde cette dérogation.

²⁸⁶ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JO 10 mars 2004, p. 4567, voy. aussi page 126 et nos observations sous l'article 48 du présent rapport.

²⁸⁷ Articles 38 à 41 et 45 de la loi du 9 mars 2004.

²⁸⁸ J.O n° 284 du 9 décembre 2003 page 20960

²⁸⁹ P. Lellouche, Une loi tragiquement inappliquée, Le Monde, 15 juin 2004.

²⁹⁰ Le Monde, 29 janvier 2004, S. Zappi, p. 14.

²⁹¹ Bulletin officiel de l'Éducation nationale, n°37 du 14 octobre 2004.

²⁹² Commission départementale d'accès à la citoyenneté.

²⁹³ La Commission nationale consultative des droits de l'Homme.

actes antisémites restent très majoritaires par rapport aux autres formes de racisme (respectivement 588 et 92 faits recensés)²⁹⁴. Les agressions contre les mineurs sont en augmentation (au nombre de 32). La Commission souligne la banalisation des injures racistes. Le 13 mai au Sénat, le ministre de l'Intérieur a reconnu une hausse des actes antisémites depuis le début de l'année (une cinquantaine de personnes interpellées). En réponse, le ministre entend « accélérer les enquêtes pour traduire les coupables dans les meilleurs délais devant la justice, sécuriser et surveiller les écoles les plus exposées ainsi que les lieux de culte ». De nombreux sites Internet font l'objet d'une surveillance policière²⁹⁵.

Au 20 août, la chancellerie recensait 298 actes antisémites (67 atteintes aux personnes, 162 atteintes aux biens, 69 écrits ou images à caractère antisémite)²⁹⁶. 59 seulement ont pu faire l'objet d'une identification de leur auteur.

Le Président de la République, Jacques Chirac, a prononcé un discours le 8 juillet 2004 dans lequel il lance un appel « solennel » aux français à la « vigilance » et au « sursaut » contre les actes d'intolérance et de discrimination. Il demande à « tous les responsables publics [du] pays, au gouvernement d'abord, à tous les agents de l'Etat, et notamment aux autorités administratives et judiciaires, mais aussi aux maires, aux présidents de conseils régionaux et généraux...une détermination sans faille pour lutter contre ces dérives intolérables », visant aussi bien les actes racistes, antisémites, xénophobes ou homophobes. Il a précisé qu'en ces domaines, « le classement sans suite est inacceptable ; chaque acte doit être sanctionné » et que les tribunaux devaient faire preuve de sévérité²⁹⁷.

Une plainte pour discrimination raciale a été déposée à l'encontre d'un transporteur postal pour avoir fait signer une attestation à ses sous-traitants dans laquelle il s'engageait à ne pas faire appel à des salariés de nationalité étrangère²⁹⁸. Si elle est avérée, cette histoire illustre un cas d'incitation à la discrimination dans une relation de sous-traitance.

Le Tribunal correctionnel de Verdun a condamné, le 8 novembre 2004, un individu ayant profané six mois plus tôt le mémorial juif de Douaumont à un an de prison ferme et 28 000 euros d'amendes. De nombreux actes contre des cimetières (profanation de tombes) et des lieux de culte musulmans (dégradations, incendie de mosquée) ont justement été perpétrés lors de la période sous examen.

Aspects positifs

Le fait d'envoyer un courriel antisémite à partir de la messagerie électronique professionnelle constitue une faute grave entraînant le licenciement du salarié²⁹⁹.

Motifs de préoccupation

Les actes et discours racistes restent encore trop présents. La difficulté parfois de retrouver les auteurs ne facilite pas la lutte contre de telles manifestations. Signalons également la situation particulière de la Corse où des groupes clandestins s'en prennent aux biens de personnes d'origine immigrée³⁰⁰. On comptait dans cette région une trentaine d'actes violents à caractère

²⁹⁴ Le Monde 2 avril 2004, S. Zappi.

²⁹⁵ Le Monde, 15 mai 2004.

²⁹⁶ Le Monde, 3 septembre 2004, p. 12.

²⁹⁷ Le Monde, 9 juillet 2004, p. 5.

²⁹⁸ Le Monde 21-22 mars 2004, p. 12 S. Zappi.

²⁹⁹ Cour de cassation, soc., 2 juin 2004, 03-45.269.

³⁰⁰ Le Monde, 10 septembre 2004, p. 11, A. Chemin. Un groupe clandestin s'est félicitée contre les attentats contre les biens de personnes immigrées en soutenant que son combat « n'est pas à but raciste » mais « pour la survie du peuple corse », poursuivant « il est inadmissible que cette racaille s'enrichisse sur notre terre ».

raciste dans les six premiers mois de l'année 2004³⁰¹. Un degré supplémentaire a été franchi avec des menaces proférées à l'encontre des associations antiracistes. Ces actes racistes sont commis sous le couvert de la défense de l'« identité corse ».

Actions positives en vue de favoriser l'intégration professionnelle de certains groupes

Bonnes pratiques

Une enquête menée par le professeur Amadiou de l'Observatoire des discriminations de l'université de Paris I pour le compte d'une société de travail temporaire met en évidence les publics les plus exposés aux discriminations à savoir les personnes atteintes d'un handicap, les personnes d'origine maghrébine et les personnes âgées de plus de 50 ans. Le procédé d'enquête a consisté à répondre à des annonces en envoyant sept CV différents : un CV type (celui d'un homme de 28 ans au nom français, résidant à Paris, « blanc de peau et à l'apparence standard ») et 6 CV où une variable changeait à chaque fois (le genre, l'origine ethnique, le lieu de résidence, le physique, l'âge, le handicap), tous ayant le même niveau de qualification. Alors que le candidat type a reçu 32% de réponses positives le convoquant pour un entretien, le candidat handicapé n'a reçu que 2% de réponses positives, celui d'origine maghrébine 5%, celui de plus de 50 ans 8%, celui au physique « disgracieux » 13%. L'enquête a d'autre part constaté que 20% des annonces étudiées comportaient une limite d'âge, pratique illégale³⁰².

La préfecture du Rhône a lancé une formule originale : le CV anonyme ou CV du premier rendez-vous pour éviter que certains demandeurs d'emploi soient écartés simplement en raison de leur patronyme, de leur adresse ou de leur apparence. L'administration a donc demandé aux intermédiaires³⁰³ de développer les CV ne comportant ni nom, ni photo, ni adresse pour que seul le parcours et l'expérience du candidat rentre en ligne de compte. La mise en œuvre de cette idée rencontre quelques difficultés³⁰⁴ mais est en cours. L'ANPE³⁰⁵ indique aussi qu'elle utilise le recrutement par simulation qui consiste à définir a priori avec l'entreprise un profil pour le poste à pourvoir puis de faire passer des tests aux candidats, l'entreprise s'engageant à embaucher le meilleur³⁰⁶. La solution du CV anonyme est également préconisée dans un Rapport remis au Premier ministre le 22 novembre 2004 intitulé « Des entreprises aux couleurs de la France - Minorités visibles : Relever le défi de l'accès à l'emploi et de l'intégration dans l'entreprise »³⁰⁷. Ce rapport part du constat que le diplôme n'est pas une protection efficace contre les inégalités de situation. Il souligne le manque de statistiques sur cette question et souhaite que les entreprises sondent leurs salariés, de manière anonyme, sur leur appartenance ou non à une minorité visible. Il demande également que des audits « diversité » soient menés dans les grandes entreprises et que l'accès aux grandes écoles soit ouvert et diversifié.

Un grand groupe automobile, PSA Peugeot-Citroën, a signé avec les syndicats un accord « sur la diversité et la cohésion sociale dans l'entreprise » qui va déboucher en France sur le recrutement d'une centaine de cadres et ingénieurs non français. C'est une première dans les grands groupes et la société indique dans l'accord que « la diversité des salariés (...) représente un atout pour l'innovation, la créativité et l'accompagnement des changements »³⁰⁸. Une Charte pour la diversité en entreprise³⁰⁹ a aussi été signée par 35 grandes entreprises.

³⁰¹ Le Monde, 26 juillet 2004, A. Halib.

³⁰² Le Monde, 21 mai 2004, p. 10, S. Zappi.

³⁰³ ANPE, missions locales pour l'emploi...

³⁰⁴ Notamment de gestion en raison du grand nombre de CV.

³⁰⁵ Agence nationale pour l'emploi.

³⁰⁶ Le Monde Economie-Emploi, 4 mai 2004, p. VIII, S. Landrin.

³⁰⁷ Voy. aussi nos observations sous l'article 15 dans le présent rapport, page 76.

³⁰⁸ Le Monde, 17 septembre 2004, F. Lemaître.

³⁰⁹ Les échos, 22 et 23 octobre 2004 ; Le Monde, 23 octobre 2004, p. 13, M. Delberghe et S. Zappi.

Le groupe audiovisuel France Télévisions a lui signé le 20 octobre 2004, deux conventions avec l'Institut d'études politiques et l'Institut pratique de journalisme à Paris. Il s'agit d'attribuer une bourse à des étudiants d'origine extra-européenne afin qu'ils puissent poursuivre leurs études de journalisme. Ces deux conventions s'inscrivent dans le cadre du plan d'action positive pour l'intégration lancé par le groupe le 28 janvier qui vise notamment à ce que l'antenne reflète la diversité française³¹⁰.

Protection des Tziganes/Roms

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

Le délai pour la mise en œuvre de la loi Besson³¹¹ sur les aires d'accueil pour les gens du voyage, promulguée en juillet 2000 et qui prévoit que chaque département se dote d'aire de stationnement a été repoussé de 2 ans. Le Gouvernement argue d'une mise en œuvre plus difficile que prévue³¹².

Quelques centaines de Roms ont manifesté pour la première fois le 17 juillet 2004 pour demander l'amélioration de leurs conditions de vie.

Autres évolutions pertinentes

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

Un mariage entre deux personnes du même sexe a été célébré le 5 juin 2004. Une procédure en annulation du mariage et des sanctions à l'encontre de Noël Mamère, l'officier d'état civil ayant célébré le mariage, ont été immédiatement décidées. Monsieur Mamère a été suspendu pour un mois de ses fonctions de maire et a décidé d'intenter un recours administratif contre cette décision³¹³. Le mariage a quant à lui été annulé par le Tribunal de Grande instance de Bordeaux le 27 juillet³¹⁴. Le Tribunal rappelle dans sa décision que le Code civil n'énonce pas explicitement la différence de sexe comme condition du mariage. Cependant, cette différence de sexe transparaît des articles 75³¹⁵ et 144³¹⁶ du Code civil, mais également des articles 108 relatif à la communauté de vie et au domicile des époux et, 264 et 300 du Code civil régissant les conséquences d'un divorce ou d'une séparation de corps. Par ailleurs, les travaux préparatoires de la loi n°99-944 du 15 novembre 1999 relative au Pacte civil de solidarité démontrent que dans l'esprit du législateur, le mariage est réservé à deux personnes de sexe différent. Le Tribunal se réfère ensuite à la Convention européenne des droits de l'homme et à sa jurisprudence et en conclut d'une part, qu'elle ne reconnaît pas un droit pour les personnes de même sexe de se marier et d'autre part, que s'il existe une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, celle-ci est justifiée par la fonction traditionnelle du mariage qui est la fondation d'une famille. La juridiction relève que cette conception du mariage est partagée dans la plupart des Etats européens et qu'il n'existe pas de consensus pour évoluer. Elle considère enfin qu'une évolution ne pourrait se faire qu'après intervention du législateur. Cette décision de première instance est frappée d'appel.

Selon le Garde des sceaux, à l'heure actuelle, un mariage entre personnes du même sexe est « purement et simplement nul car contraire à l'état du droit ». Il ajoute que la reconnaissance des unions entre homosexuels « n'est pas une réponse aux problèmes de l'heure » et souligne,

³¹⁰ Le Monde, 21 octobre 2004, D. Psenny.

³¹¹ Loi n° 90- 449 visant à la mise en œuvre du droit au logement du 31 mai 1990 JO 2 juin 1990 p. 6551.

³¹² Le Monde, 31 août 2004, B. Bissuel.

³¹³ Le Monde, 17 juin 2004, J.-B. de Montvalon et L. van Eeckhout.

³¹⁴ TGI (Tribunal de Grande instance) de Bordeaux, 1^{ère} ch. Civ., 27 juillet 2004.

³¹⁵ Sur la déclaration lors du mariage que les deux personnes veulent se prendre pour mari et femme.

³¹⁶ Qui précise l'âge requis pour l'homme et la femme pour contracter mariage.

« je préfère m'intéresser à de vrais sujets comme la lutte contre les discriminations en général et l'homophobie en particulier »³¹⁷. Le 5 mai à l'Assemblée nationale, il a confirmé : « dans le Code civil, la loi prévoit le mariage entre personnes de sexes différents », ajoutant que « la jurisprudence de la Cour de cassation et de la Cour européenne de justice vont dans le même sens ».

Une commission a été installée pour étudier le PACS³¹⁸. Selon les conclusions de cette commission le PACS doit être « approfondi et amélioré »³¹⁹. Sur de nombreux points, le rapport aligne les droits des pacsés sur ceux des couples mariés. D'ores et déjà, la loi de finances pour 2005 du 27 décembre 2004 prévoit la possibilité d'une imposition commune pour les partenaires à compter de la date d'enregistrement du pacs³²⁰, à condition que le pacte ne soit pas rompu dans les deux ans qui suivent sa conclusion. Pour les droits de succession, l'occupation effective de la résidence principale est prise en compte, à l'instar des couples mariés.

En juin 2004, le Gouvernement avait également promis aux associations l'installation d'une commission sur le mariage, la parentalité et la famille³²¹. Cette annonce n'a pas vu le jour jusqu'à présent.

Dans le même temps, a été publié un « Manifeste pour l'égalité des droits », à l'initiative de nombreux intellectuels, qui appelle les maires à « célébrer des unions entre personnes du même sexe »³²². Pour les signataires, la lutte contre les discriminations et l'homophobie ne peut exclure le droit au mariage et à l'adoption.

Une décision de justice a accordée à deux femmes vivant en couple l'exercice conjoint de l'autorité parentale. Cette décision rendue par le Tribunal de grande instance de Paris le 2 juillet 2004 est devenue définitive suite à l'absence de réaction du parquet, qui n'a pas fait appel dans les temps. Cette avancée juridique est cependant limitée car le parquet a indiqué qu'elle résultait d'une erreur et que plusieurs autres juridictions se sont prononcées en sens inverse. La Cour de cassation doit se prononcer l'année prochaine sur le sujet car elle a été saisie de pourvois dans des affaires similaires.

Aspects positifs

A été lancé un projet de « Cité nationale de l'histoire de l'immigration à Paris » qui doit ouvrir en 2007 et qui est chargé de « mettre en valeur le rôle des immigrés dans le développement économique, social et culturel du pays ». Cette cité organisera des expositions, possédera un centre de ressources multimédia et sera aussi un lieu culturel et de recherche³²³.

³¹⁷ Le Monde, 29 avril 2004.

³¹⁸ Pacte civil de solidarité.

³¹⁹ Conclusions rendues au gouvernement le 30 novembre 2004 par le Groupe d'évaluation et d'amélioration du PACS, Rapport « Le Pacte civil de solidarité, réflexions et propositions de réforme », Ministère de la Justice, Publié à La Documentation française, 2004.

³²⁰ Et non plus au bout de trois ans.

³²¹ Le Monde, 27-28 juin 2004, p. 9, S. Noblet.

³²² Texte du Manifeste paru dans le Monde du 17 mars.

³²³ Le Monde, 10 juillet 2004, p. 8, S. Zappi.

Article 22. Diversité culturelle et religieuse

Protection des minorités religieuses

Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données

Les départements de Moselle, Bas-Rhin et Haut-Rhin sont soumis au régime concordataire, lequel met en place un système de « cultes reconnus » qui sont le catholicisme, le judaïsme, le protestantisme luthérien et le protestantisme réformé. Le rapport présenté par la commission Stasi le 11 décembre 2003³²⁴ ne remet nullement en cause ce régime dérogatoire au principe de laïcité. Il propose d'inclure l'islam parmi les cultes concordataires et suggère un aménagement du statut scolaire local au nom de « l'égalité des croyants, des athées et des agnostiques ».

Autres évolutions pertinentes

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

La loi du 15 mars 2004 sur l'application du principe de laïcité³²⁵ interdit « dans les écoles, collèges et lycées publics le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse ». Elle autorise toutefois le port de signes religieux, quels qu'ils soient (kippa, bandana, croix...), à la condition que ceux-ci restent discrets. Elle ne vise de plus que l'école primaire et secondaire. Les établissements publics d'enseignement supérieur sont exclus du champ d'application de la loi, dans la mesure où les universités s'adressent à des personnes adultes.

Motifs de préoccupation

Par application de la loi du 15 mars 2004 sur la laïcité, plusieurs élèves refusant de retirer leur foulard islamique ont été exclues de différents établissements scolaires. Ces exclusions ne peuvent certes intervenir, au terme de la loi, qu'à la suite d'une phase de dialogue et de négociation infructueuse. Toutefois, on peut craindre que ces mesures ne conduisent à une marginalisation de ces élèves et à un arrêt définitif de l'école.

Article 23. Égalité entre homme et femmes

Discriminations fondées sur le sexe dans l'emploi et le travail

Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données

Dans ses commentaires de l'article 11 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes élaborée sous les auspices des Nations unies, le Comité sur l'élimination des discriminations à l'égard des femmes avait précisé que l'égalité dans l'emploi pouvait être sérieusement atteinte en cas d'harcèlement sexuel des femmes³²⁶.

³²⁴ Rapport de la Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, disponible sur le site de la Documentation française, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr>.

³²⁵ Loi précitée, note 242.

³²⁶ 11^{ème} session de 1992, in Compilation des commentaires et recommandations adoptés par les organes des traités de droits de l'homme, 12 mai 2004, HRI/GEN/1/Rev.7.

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

D'une manière générale ce sont les articles L.140-2 à L.140-9 du Code du travail qui impose à l'employeur le respect de l'égalité des rémunérations entre les hommes et les femmes « pour un même travail ou pour un travail de valeur égale ».

Notion de discrimination directe et indirecte : La discrimination directe recouvre tous les traitements défavorables d'un salarié en raison d'un motif discriminatoire fondé sur l'origine, le sexe, les mœurs, l'orientation sexuelle, l'âge³²⁷, la situation de famille³²⁸, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, les opinions politiques, les activités syndicales ou mutualistes³²⁹, les convictions religieuses, l'apparence physique, la patronyme, l'exercice normal du droit de grève³³⁰.

En ce qui concerne les motifs discriminatoires justifiés et liés à l'appartenance à l'un ou l'autre sexe un décret de 1984³³¹ prévoit que les artistes appelés à interpréter soit un rôle féminin, soit un rôle masculin, mannequins chargés de présenter des vêtements et accessoires, modèles masculins et féminins sont les seules emplois et activités professionnelles pour l'exercice desquels l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue la condition déterminante.

La discrimination indirecte concerne les mesures ou pratiques qui sont neutres en apparence mais qui aboutissent à un traitement défavorable d'un salarié ou d'une catégorie de salarié.

Harcèlement : Le Code du travail interdit toute discrimination, directe ou indirecte, qui aurait intervenue en raison des « agissements de harcèlement » ou de refus de soumissions à de tels actes « dont le but est d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers »³³². Par ailleurs, L'employeur peut licencier tout employé qui est accusé d'harcèlement sexuel. Dans ce cas, l'employeur ne peut être poursuivi par le licencié pour « diffamation non publique » dans la mesure où la motivation de sa décision est une obligation légale³³³.

Il convient de signaler que le harcèlement est également pris en compte lorsqu'il est moral. Ainsi, les mesures discriminatoires qui trouvent leurs sources dans « les agissements répétés de harcèlement moral » ou dans le fait d'« avoir témoigné de tels agissements ou les avoir relatés »³³⁴ sont interdites. Dans ce dernier cas, la Cour de cassation précise que c'est la conjonction et la répétition de certains faits perpétrés à l'encontre d'un salarié qui constituent un harcèlement moral³³⁵.

Actions positives en vue de l'intégration professionnelle des femmes

Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données

Dans sa trentième session en 2004³³⁶, le Comité sur l'élimination des discriminations à l'égard des femmes s'est penché sur les mesures spéciales temporaires prévues par l'article 4,

³²⁷ L'article 122-45-3 Code du travail.

³²⁸ Cass. Soc., 10 décembre 2002, *Goethe Institut c/ Zamolo*, n°00-42.158.

³²⁹ L'article L. 421-2 du Code du travail.

³³⁰ L'article L.521-1 du Code du travail.

³³¹ Le décret n° 84-395 du 25 mai 1984, JORF, 27 mai 1984 ; il s'agit de l'actuel article R. 123-1.

³³² L'article L. 122-46 du Code.

³³³ Cass. crim., 12 octobre 2004, Gilles, n°03-86.262.

³³⁴ L'article L.122-49 du Code.

³³⁵ Cass. soc., 27 octobre 2004, *Soc. Mât de misaine*, n° 04-41.008.

³³⁶ Rapport précité sous la note 326, in Compilation des commentaires et recommandations adoptés par les organes des traités de droits de l'homme, 12 mai 2004, HRI/GEN/1/Rev.7.

paragraphe 1 de la Convention³³⁷. Il constate qu'il existe trois obligations centrales pour tout effort d'élimination des discriminations à l'égard des femmes. En premier lieu, les Etats doivent éliminer toute discrimination, directe ou indirecte³³⁸, contre les femmes dans leurs législations et ils doivent assurer que les femmes soient protégées à l'égard des discriminations commises aussi bien dans la sphère publique que privée. En deuxième lieu, les Etats doivent améliorer la position *de facto* des femmes à travers des politiques et programmes concrets et effectifs. En troisième et dernier lieu, les Etats doivent traiter l'opinion courant sur les relations des genres et les persistances des stéréotypes qui affectent les femmes non seulement par des actes individuels mais aussi dans le droit et par des structures et institutions légaux et sociaux³³⁹.

L'égalité *de fait* est pour le Comité « l'égalité substantielle ». Celle-ci recommande non simplement d'assurer par des mesures législatives que le traitement soit égal mais encore d'adopter des mesures favorisant les femmes dans certains cas. Selon le Comité, les mesures spéciales temporaires qui permettent de rompre l'égalité en faveur des femmes ne constituent pas une exception à la convention ni au principe de non discrimination³⁴⁰. D'après lui, « temporary special measures are part of a necessary strategy by States parties directed towards the achievement of de facto or substantive equality of women with men in the enjoyment of their human rights and fundamental freedoms. »³⁴¹.

Le Comité recommande aux Etats de bien faire la distinction entre les mesures spéciales temporaires et les mesures de politiques générales qui sont favorables aux femmes mais qui ne sont pas temporaires. Ils doivent adopter les mesures spéciales les plus appropriées eu égard à la place des femmes tant dans le contexte général national que dans le cadre particulier du domaine concerné. L'absence de telles mesures doit être justifiée. Le Comité demande aux Etats membres d'établir des statistiques sur les sexes afin de pouvoir mesurer les progrès établis pour parvenir à l'égalité substantielle³⁴².

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

Aux termes de l'article L.123-3 du Code du travail, l'interdiction des discriminations à raison du sexe ne porte pas atteintes aux « mesures temporaires prises au seul bénéfice des femmes visant à établir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes ». L'article L.123-4 du même code prévoit de son côté la possibilité au sein d'une entreprise de négocier « un plan pour l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes » que l'employeur met en œuvre en cas d'accord. Par ailleurs, les entreprises de plus de 300 salariés peuvent demander une aide financière étatique pour « une étude de leur situation en matière d'égalité professionnelle et

³³⁷ Les mesures spéciales sont celles qui visent « à accélérer l'instauration d'une égalité de fait entre les hommes et les femmes ». Elles ne sont pas considérées comme discriminatoires même si l'on parle de la discrimination positive.

³³⁸ Selon le Comité : "Indirect discrimination against women may occur when laws, policies and programmes are based on seemingly gender-neutral criteria which in their actual effect have a detrimental impact on women. Gender-neutral laws, policies and programmes unintentionally may perpetuate the consequences of past discrimination. They may be inadvertently modelled on male lifestyles and thus fail to take into account aspects of women's life experiences which may differ from those of men. These differences may exist because of stereotypical expectations, attitudes and behaviour directed towards women which are based on the biological differences between women and men. They may also exist because of the generally existing subordination of women by men.", p. 289

³³⁹ *ibidem*, p. 283.

³⁴⁰ Ainsi, "the application of temporary special measures in accordance with the Convention is one of the means to realize de facto or substantive equality for women, rather than an exception to the norms of non-discrimination and equality", p. 284.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 285.

³⁴² *Ibidem*, p. 287 et 288.

des mesures, telles que prévues par les articles L. 123-3 et L. 123-4, susceptibles d'être prises pour rétablir l'égalité des chances entre les femmes et les hommes »³⁴³. Enfin, l'article L.132-27 dispose que « (d)ans les entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives ... l'employeur est également tenu d'engager chaque année une négociation sur les objectifs en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans l'entreprise, ainsi que sur les mesures permettant de les atteindre, à partir des éléments figurant dans le rapport de situation comparée prévu par l'article L. 432-3-1³⁴⁴ et complété éventuellement par des indicateurs qui tiennent compte de la situation particulière de l'entreprise (...) ». Des mesures de contraintes et, le cas échéant des sanctions, sont prévues en cas de carence de l'employeur.

Par ailleurs, un certain nombre d'avantages sociaux peuvent être réservés aux seules salariées. Il en est ainsi de la majoration de la durée d'assurance pour les femmes ayant élevé un ou plusieurs enfants. Encourt alors la cassation, l'arrêt de la Cour d'appel qui a annulé la décision d'une caisse nationale d'assurance maladie refusant à un homme le bénéfice de cet avantage³⁴⁵. La Cour d'appel ne pouvait, en effet, assimiler un tel avantage à une rémunération ni en vertu de l'article 141 du traité CE ni au sens de la jurisprudence de la Cour de justice. Par ailleurs, la directive CE 79/7 du 19 décembre 1978 relative à la mise en oeuvre progressive de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale dont la Cour d'appel faisait application prévoyait dans son article 7 que ces avantages pouvaient être exclus du champ d'application de ladite directive. Cette décision correspond exactement à la jurisprudence de la CJCE portant sur les autres exceptions de la directive. L'exception débattue dans le litige au principal n'a pas encore donné lieu à un arrêt de la CJCE.

Voies de recours en cas de discrimination fondée sur le sexe (charge de la preuve, niveau de sanctions, droit pour les associations d'ester en justice)

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

A – La charge de la preuve :

1 – La preuve civile

La charge de la preuve ne repose pas sur le salarié. Le salarié doit simplement « présenter les éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte » à l'appui de sa demande. Et c'est à l'employeur de démontrer que « sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination »³⁴⁶, à charge pour le juge, en dernier lieu, de prendre en considération ces éléments d'appréciation pour former sa conviction « après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles »³⁴⁷.

Dans le cadre de la discrimination directe, le salarié doit simplement démontrer que la mesure litigieuse est fondée sur un motif discriminatoire, à défaut d'autres justifications objectives dont l'employeur est chargé de prouver l'existence. Dans le cadre de la discrimination indirecte le plaignant doit prouver qu'une proportion plus élevée de personnes du même sexe est touchée par les effets de la mesure. Si la discrimination peut se prouver par tout moyen,

³⁴³ L'article L.123-4-1 du Code.

³⁴⁴ Il s'agit d'un rapport élaboré par le chef d'entreprise pour le comité d'entreprise sur la situation comparée des conditions générales d'emploi et de formation des femmes et des hommes.

³⁴⁵ Cass. 2^{ème} civ., 15 juin 2004, *M.X*, 02-30978.

³⁴⁶ V. en dernier lieu, Cass. soc., 28 septembre 2004, *STAVS Transport de voyageurs*, n° 03-41.825.

³⁴⁷ Les solutions de l'article L. 122-45 du Code du travail sur la discrimination en générale, de l'article L.123-5 sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et, enfin, de l'article L.122-52 relatif au harcèlement sexuel sont quasiment identiques.

les preuves obtenues de façon déloyale sont rejetées³⁴⁸. Dans tous les cas, l'existence ou l'absence des preuves d'une différence de traitement en raison du sexe relève de l'exercice du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond³⁴⁹. En effet, « (l)e pourvoi en cassation est une voie extraordinaire de recours qui, aux termes de l'article 604 du nouveau Code de procédure civile, ne peut tendre qu'à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit » et « les moyens en ce qu'ils invoquent des éléments de pur fait relatifs à des imputations de harcèlement ou de discrimination, qui relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond, ne peuvent dès lors être accueillis »³⁵⁰.

2 – La preuve en matière pénale

La charge de la preuve repose sur le ministère public et/ou sur la victime. Le principe de présomption d'innocence implique que l'employeur n'est pas astreint à apporter la preuve de son innocence. Deux éléments de preuve doivent être présentés en matière pénale : l'élément matériel qui consiste dans la justification de la mesure contestée par un motif discriminatoire tel qu'annoncé par l'article 225-1 du Code pénal et l'élément moral qui concerne l'intention de l'employeur de discriminer le salarié. En matière pénale, la preuve est libre ce qui implique que le juge ne peut écarter les preuves mêmes obtenues de façon illicite ou déloyale³⁵¹.

B – Les sanctions

Des sanctions civiles et pénales sont prévues. En ce qui concerne les sanctions civiles, toute disposition ou tout acte discriminatoire est nul de plein droit³⁵². Cela peut avoir pour conséquence la réintégration de l'intéressé ou l'octroi des indemnités de rupture et de réparation à son profit³⁵³. Dans le cadre d'une discrimination salariale, l'article L. 412-2 prévoit l'attribution des dommages et intérêts. Les sanctions liées au délit d'entrave peuvent aussi être prononcées s'il y a eu atteinte au fonctionnement régulier de l'institution. En ce qui concerne les principales sanctions pénales, les personnes physiques sont passibles de deux ans d'emprisonnement et/ou de 30 000 € d'amende et/ou de peines complémentaires (affichage, diffusion...etc.)³⁵⁴. Les personnes morales sont passibles d'une amende de 150 000 € et peuvent être placées sous surveillance judiciaire pour 5 ans ou plus et/ou à des peines complémentaires³⁵⁵. Le régime des sanctions en matière de discrimination homme-femme est moins sévère, mais reste globalement dissuasif. Toute infraction aux dispositions relatives à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes est passible d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3750 €. Le juge peut dans ce cas prononcer un premier ajournement s'accompagnant pour l'employeur de l'obligation de définir les mesures propres à redresser l'égalité professionnelle. A la fin du délai fixé par le juge, ce dernier peut décider s'il y a lieu au regard des mesures nouvelles d'une dispense de peine ou prononcer un dernier ajournement³⁵⁶.

C – Droit des associations d'ester en justice

La possibilité d'ester en justice des organisations syndicales dans le cadre de l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes est expressément consacrée par l'article L.

³⁴⁸ Il en est ainsi, par exemple, des enregistrements obtenus à l'insu de la personne concernée, ou des documents dont le salarié a pris connaissance en dehors de l'exercice de ses fonctions, Cass. soc., 2 décembre 1998, *Fdida C/ Société OCME France*, n°96-44.258, Bull. civ. V, n°535.

³⁴⁹ Cass. soc., 23 juin 2004, n° 01-46818, et n° 01-46818.

³⁵⁰ Cass. soc., 26 mai 2004, n° 02-44686.

³⁵¹ L'article 427 du Code de procédure pénale.

³⁵² L'article L. 122-45 du Code du travail en général et L. 123-5 du même code concernant l'interdiction des licenciements intervenus suite à des actions en justice fondées sur l'existence d'une discrimination à raison du sexe.

³⁵³ L'article L. 122-14-4 du Code du travail.

³⁵⁴ L'article 225-2 du Code pénal.

³⁵⁵ L'article 225-4 du Code pénal.

³⁵⁶ L'article L. 123-1 et L. 152-1 et s.

123-6 du Code du travail. Le régime juridique est identique au régime général prévu par les autres dispositions du même code. Ainsi, mis à part le délégué du personnel qui peut saisir le juge en l'absence d'opposition écrite du salarié concerné³⁵⁷, les organisations syndicales représentatives au plan national ou dans l'entreprise et les associations de lutte contre les discriminations qui sont régulièrement constituées depuis cinq ans au moins peuvent saisir le juge. Les premiers bénéficient d'un statut privilégié puisqu'ils peuvent ester en justice « sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé, pourvu que celui-ci ait été averti par écrit et ne s'y soit pas opposé dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle l'organisation syndicale lui a notifié son intention »³⁵⁸. Par ailleurs, ils bénéficient de l'aménagement de la charge de la preuve dans les mêmes conditions que le salarié. Ils peuvent également, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent³⁵⁹. Quant aux associations de lutte contre les discriminations, elles doivent obtenir préalablement l'accord écrit de l'intéressé, lequel peut intervenir à l'instance et y mettre un terme à tout moment. Elles bénéficient également de l'aménagement de la charge de la preuve³⁶⁰.

Participation des femmes à la vie politique

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

La loi n° 2003-1201 du 18 décembre 2003 relative à la parité entre hommes et femmes sur les listes de candidats à l'élection des membres de l'Assemblée de Corse vient étendre aux élections locales en Corse l'application de l'exigence renforcée de parité hommes-femmes. En effet si l'article L. 370 du Code électoral issu de la loi du 6 juin 2000 prévoyait que l'écart entre le nombre de candidats de sexes différents ne pouvait être supérieur à un et qu'une égalité stricte des sexes devait être respectée dans un groupe de six candidats dans l'ordre de présentation d'une liste politique, l'exigence de la loi du 11 avril 2003 selon laquelle les listes de candidats devaient être composées *alternativement* d'un candidat de chaque sexe ne s'appliquait pas en Corse. C'est à cette lacune que la loi du 18 décembre 2003 a mis fin.

Motifs de préoccupation

Les premières applications de la règle de parité n'ont pas été couronnées de succès. Seulement 10.9% des femmes sont des conseillères générales et seulement 3 départements sur cent connaissent une présidente.

Autres évolutions pertinentes

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

La Cour de cassation rappelle que l'application du principe d'égalité des rémunérations prévu à l'article 141 du traité CE n'est pas subordonnée à la nature légale, réglementaire ou non du régime d'assurance auquel est affilié l'intéressé³⁶¹.

Aspects positifs

³⁵⁷ L'article L. 422-1-1, alinéa 3 du Code du travail.

³⁵⁸ L'article L. 122-45-1 du Code du travail.

³⁵⁹ L'article L. 411-11 du Code du travail.

³⁶⁰ L'article L. 122-45-1, alinéa 2 du Code du travail.

³⁶¹ Cass. 2^{ème} civ., 8 juillet 2004, *Monsieur X*, n°03-30210.

Il existe des statistiques sur les demandes et offre d'emplois selon les groupes de métiers et selon la qualification professionnelle. Il existe ainsi un Bulletin mensuel des statistiques du travail publié par la Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques (DARES) dépendant du Ministère de l'emploi du travail et de la cohésion sociale. On peut aussi se référer aux statistiques de l'Institut national de la statistique et des études économiques. Ainsi l'Insee propose chaque année les « Tableaux de l'économie française » depuis trente ans. On peut y trouver la répartition de la population de 15 ans et plus selon la catégorie socioprofessionnelle. Il existe aussi un ouvrage « Femmes et hommes : regards sur la parité » qui établit la situation respective des femmes et des hommes à travers de nombreux thèmes, tant social que professionnel : démographie, famille, santé, éducation, activité, revenu, relations à la société, loisirs, pouvoir.

Article 24. Droits de l'enfant

Possibilité pour l'enfant d'être entendu, d'agir et d'être représenté en justice

Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données

Lors de son rapport devant le Comité des droits de l'enfant³⁶², la défenseure des enfants a regretté que la réforme du divorce n'ait pas introduit le principe de l'audition automatique du mineur de 13 ans et plus devant le juge aux affaires familiales. Ainsi le droit d'être entendu et le droit d'être représenté ne sont pas systématisés en France. En effet le rapport du gouvernement français le reconnaît mais signale que le rapport d'études du Professeur Dekeuwer-Defossez préconise l'abandon du critère du discernement pour pouvoir entendre l'enfant quelque soit son âge et préconise le recours systématique à l'audition de l'enfant de plus de 13 ans dans les procédures le concernant.

Le Comité s'inquiète de l'incohérence de la législation française et par le fait que dans la pratique, l'interprétation de la législation et la définition de l'enfant «capable de discernement» laissent le champ à la possibilité de dénier à un enfant ce droit ou de le conditionner à la propre demande de l'enfant, ce qui risque d'entraîner une discrimination. En outre, le Comité est préoccupé par la conclusion du Rapporteur spécial sur la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie impliquant des enfants selon laquelle, dans la pratique, la plupart des juges ne sont guère enclins à entendre les enfants, ce qui s'est traduit dans le passé par des carences de la justice à l'égard des enfants victimes de sévices sexuels. Il invite la France à se mettre en conformité ce d'autant plus que la recommandation n'est pas nouvelle et à poursuivre l'effort d'écoute de l'enfant sur toutes les questions qui le concerne en tant que droit et non simple possibilité.

La défenseure relève que si le consentement du mineur est recherché dans un traitement médical, aucune procédure n'existe pour résoudre le conflit entre les parents ou entre les parents et l'enfant.

Dans le cadre de l'adoption d'un enfant de plus de 13 ans, son consentement préalable est nécessaire. Cependant, la défenseure trouve anormal que sa représentation et son audition ne soient pas nécessaires pour recueillir ce consentement. La défenseure dénonce également la variabilité des procédures d'agrément pour les adoptions entre les départements.

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

Dans son rapport au Président de la République la défenseure des enfants a signalé que la contestation de l'organisation des visites et de l'hébergement des enfants constitue 24 % des saisines de la défenseure des enfants. Généralement il est critiqué une décision impersonnelle ne prenant pas en compte des désirs de l'enfant.

³⁶² Rapport précité, page 49.

Motifs de préoccupation

L'écoute de l'enfant doit être renforcée dans les procédures qui le concernent. Toutefois, certaines affaires pénales médiatiques (affaire de pédophilie d'Outreau) ont révélé que la parole de l'enfant pouvait être manipulée et n'était pas infaillible. Si la parole de l'enfant ne doit pas être sacralisée, il ne faut pas que les terribles erreurs judiciaires jettent le discrédit général sur les dires des enfants.

Possibilité pour l'enfant d'être entendu en matière de discipline scolaire

Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données

La loi sur la laïcité³⁶³ inquiète le CIDE quant aux conséquences qu'elle pourrait avoir sur l'éducation des enfants. Il accueille favorablement l'évaluation après un an des effets de cette loi. Cette évaluation doit prendre en compte comme critère principal le respect des droits de l'enfant. Des mesures alternatives doivent être recherchées en insistant sur le dialogue et la médiation pour assurer le caractère laïc des écoles publiques et éviter que l'enfant ne soit exclu ou marginalisé par l'application de la loi.

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

Le Ministère de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche a pris une circulaire concernant l'application de la loi sur la laïcité³⁶⁴. Cette circulaire tend à rappeler les principes de dialogue et d'audition de l'élève avant toute mesure disciplinaire. Ainsi, « Aux termes du second alinéa de l'article L. 141-5-1 du code de l'éducation tel qu'il résulte de la loi du 15 mars 2004, « le règlement intérieur rappelle que la mise en oeuvre d'une procédure disciplinaire est précédée d'un dialogue avec l'élève ». La mise en œuvre de cette loi controversée passe donc premièrement par le dialogue. Ainsi, « le second alinéa de l'article L. 141-5-1 illustre la volonté du législateur de faire en sorte que la loi soit appliquée dans le souci de convaincre les élèves de l'importance du respect du principe de laïcité. Il souligne que la priorité doit être donnée au dialogue et à la pédagogie ». Cependant, « ce dialogue n'est pas une négociation et ne saurait bien sûr justifier de dérogation à la loi. ».

Dans le cadre des établissements scolaires, l'organisation du dialogue relève de la responsabilité du chef d'établissement. Lorsqu'un élève inscrit dans l'établissement se présente avec un signe ou une tenue susceptible de tomber sous le coup de l'interdiction, « il importe d'engager immédiatement le dialogue avec lui. Le chef d'établissement conduit le dialogue en liaison avec l'équipe de direction et les équipes éducatives en faisant notamment appel aux enseignants qui connaissent l'élève concerné et pourront apporter leur contribution à la résolution du problème. Mais cette priorité n'est en rien exclusive de tout autre choix que le chef d'établissement pourrait au cas par cas juger opportun. Pendant la phase de dialogue, le chef d'établissement veille, en concertation avec l'équipe éducative, aux conditions dans lesquelles l'élève est scolarisé dans l'établissement ». Dans les écoles primaires, l'organisation du dialogue est soumise à l'examen de l'équipe éducative prévue à l'article 21 du décret n° 90-788 du 6 septembre 1990. Le dialogue doit « permettre d'expliquer à l'élève et à ses parents que le respect de la loi n'est pas un renoncement à leurs convictions. Il doit également être

³⁶³ Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004, précitée page 70.

³⁶⁴ Circulaire du 18 mai 2004 relative à la mise en oeuvre de la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics.

l'occasion d'une réflexion commune sur l'avenir de l'élève pour le mettre en garde contre les conséquences de son attitude et pour l'aider à construire un projet personnel ». Pendant le dialogue, l'institution doit veiller avec un soin particulier à ne « pas heurter les convictions religieuses de l'élève ou de ses parents. Le principe de laïcité s'oppose évidemment à ce que l'Etat ou ses agents prennent parti sur l'interprétation de pratiques ou de commandements religieux ».

Dans son rapport au Président de la République³⁶⁵, la défenseure des enfants signale que les conflits avec l'école représentent 12 % des saisines (allégations de maltraitance des enseignants, refus de scolarisation d'enfants handicapés mais surtout 1/3 concernent une déscolarisation brutale).

Motifs de préoccupation

Il semble que l'application de la loi sur la laïcité aboutisse à l'exclusion définitive d'une quarantaine d'élèves, sur 639 élèves qui arboraient un signe religieux à la rentrée 2004-2005³⁶⁶.

Alternatives au retrait du foyer familial

Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données

La France a été condamnée par la Cour européenne dans l'affaire Palau-Martinez³⁶⁷. Les juridictions françaises avaient fixé la résidence des enfants d'un couple chez leur père, en se fondant sur l'intérêt de l'enfant « d'échapper aux contraintes et interdictions imposées par une religion structurée comme une secte ». La Cour européenne condamne de manière assez prévisible la France pour atteinte discriminatoire au droit au respect de la vie familiale de la requérante (la mère). Les juridictions françaises ont accordé une importance déterminante à la religion de la mère pour prendre leur décision. Certes la différenciation fondée sur la religion poursuivait le but légitime de protection de l'enfant. Cependant, la mesure n'était pas proportionnée. La Cour d'appel s'est contentée de généralités sur la religion de la mère sans établir concrètement l'influence directe de la religion de la mère sur l'éducation et la vie quotidienne de ses enfants. De plus, la juridiction constate que la Cour d'appel n'a pas accédé à la demande de la requérante de faire procéder à une enquête sociale, pratique courante en matière de garde d'enfants. Celle-ci aurait sans doute permis de réunir des éléments concrets sur la vie des enfants avec l'un et l'autre de leurs parents, et sur les incidences éventuelles de la pratique religieuse de leur mère sur leur vie et sur leur éducation, pendant les années où ils avaient vécu avec elle après le départ de leur père. Il apparaît que la Cour d'appel s'est prononcée *in abstracto* et en fonction de considérations de caractère général, sans établir de lien entre les conditions de vie des enfants auprès de leur mère et leur intérêt réel. Cette motivation, bien que pertinente, n'apparaît pas suffisante aux yeux de la Cour.

Le Comité des droits sociaux dans ses conclusions de 2004 sur l'article 16 concernant la famille l'interprète comme concernant les violences familiales. Il demande que le prochain rapport contienne des informations sur le dispositif législatif et pratique permettant de lutter contre ces violences.

³⁶⁵ Rapport précité, page 43.

³⁶⁶ Le Monde, 27 novembre 2004.

³⁶⁷ Cour eur. D. H., *Palau-Martinez c. France*, 16 décembre 2003, requête n° 67927/01, précité, sous nos observations sur l'article 21 du présent rapport.

Le rapport de la défenseure devant le CIDE³⁶⁸ signale certains cas où cette dernière a été saisie de décisions de placement qui ne se justifiaient pas. Elle souligne l'importance de considérer ces mesures comme exceptionnelles et dénonce l'absence de recherche systématique de renouement des liens familiaux. Les autorités adoptent des mesures variables d'un département à l'autre créant ainsi une inégalité de traitement, qui de plus ne se réalise pas toujours en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

Dans son rapport au Président de la République³⁶⁹ la défenseure des enfants signale que les saisines relatives aux contestations de placement restent stables avec 6 % du contentieux. Elle rappelle le caractère exceptionnel que doivent revêtir les mesures de placements successifs en raison de leur néfaste sur les enfants.

La Cour d'appel de Riom dans un arrêt du 16 décembre 2003 a jugé que l'union incestueuse des parents ne constituait pas à elle seule (quand les motifs initiaux du placement ont disparu) un danger justifiant une nouvelle décision de placement par le juge des enfants.

Motifs de préoccupation

La défenseure des enfants critique à plusieurs reprises les effets de la décentralisation sur la protection de l'enfance. Par exemple, la loi relative aux libertés et responsabilités locales prévoit à titre expérimental de confier aux services départementaux de l'aide sociale la mise en œuvre des mesures d'assistance éducative³⁷⁰. Cette préoccupation rejoint celle du CIDE. Il faut souhaiter que le principe d'égalité soit respecté dans cette matière sensible. De plus, il faut rappeler que dans l'exercice de cette mission d'assistance les enfants peuvent éventuellement être confiés à des établissements privés. Il faut alors que les contrôles prévus par la loi puissent être pleinement effectués.

Mineurs délinquants

Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données

La défenseure des droits de l'enfant regrette devant le CIDE la tendance répressive engagée depuis 2002, consistant notamment en une aggravation des peines pouvant toucher les mineurs. Les conditions de détention souvent inadaptées de ces derniers ont été envisagées sous l'angle de l'article 4. En ce qui concerne les centres éducatifs fermés, la défenseure considère qu'il est encore trop tôt pour établir un bilan de terme de prévention à l'incarcération. En revanche, elle souligne comme contraire à la Convention l'élargissement des possibilités de garde à vue des mineurs. Il est possible de placer « en garde à vue »³⁷¹ dans les locaux de la police des enfants de 10 à 13 ans pour 12 heures (contre dix heures auparavant), prolongeable une fois. Le cumul de la gravité et de la concordance des indices laissant présumer que le mineur a tenté de commettre ou a commis une infraction n'est plus requis, et l'infraction concernée est désormais un délit puni de cinq d'emprisonnement contre sept ans auparavant.

Dans ses conclusions, le CIDE s'inquiète de ce que la France n'a pas posé un âge minimum de responsabilité en deçà duquel un mineur ne peut être considéré comme ayant violé la loi

³⁶⁸ Rapport précité, notamment page 49.

³⁶⁹ Rapport précité, page 43.

³⁷⁰ Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et aux responsabilités locales, publiée au J.O. du 17 août 2004.

³⁷¹ Il s'agit en réalité d'une retenue judiciaire selon les termes du rapport de mars 2004 remis au Comité européen des droits sociaux, voy. page 50.

pénale. Certes, il faut rappeler que le mineur de 13 ans, s'il peut voir sa responsabilité engagée, ne peut être astreint qu'à des mesures éducatives. Tout comme la défenseure des enfants, le CIDE s'inquiète de la tendance répressive poursuivie avec la loi du 9 mars 2004³⁷², et de la possibilité de placer en garde à vue des mineurs pour une période pouvant atteindre 24 heures. Il réitère ses recommandations antérieures. Il insiste sur le respect des standards internationaux concernant la justice des mineurs. Le Comité insiste sur la nécessité de la prévention pour limiter la délinquance juvénile. Il rappelle que la détention doit être la mesure de dernier ressort et la plus courte possible et qu'une attention particulière doit être apportée à la réintégration sociale. La détention quand elle est inévitable doit se dérouler dans de bonnes conditions et notamment les mineurs doivent être séparés des adultes.

Dans sa communication du 15 septembre le Garde des Sceaux soulignait que pour les infractions les moins graves, le parquet dans plus de la moitié des cas recourait aux peines alternatives aux poursuites.

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

Selon le rapport de la défenseure des enfants au président de la République³⁷³, la loi du 9 mars 2004 permet l'allongement de la garde à vue contre les mineurs. Il est même possible qu'elle s'étende à 96 heures dans les dossiers concernant des mineurs et des majeurs.

Bonnes pratiques

La loi sur la sécurité intérieure³⁷⁴ permet, cependant, à la défenseure des enfants de saisir la CNDS, ce qu'elle a fait à deux reprises. La mesure théorique est louable. On peut regretter qu'il soit nécessaire d'en faire usage.

Motifs de préoccupation

Il faut espérer la poursuite des mesures alternatives à l'incarcération. Cependant, la répression accrue contre les mineurs délinquants constitue le principal motif d'inquiétude de la tendance engagée par les lois Perben de 2002 et 2004.

Autres évolutions pertinentes

Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données

Le CIDE regrette que la Cour de cassation contrairement au Conseil d'État continue de refuser aux justiciables l'application directe de la Convention internationale des droits de l'enfant.

La défenseure des droits de l'enfant dans son rapport au Comité des droits de l'enfant regrette que l'âge légal du mariage de 15 ans pour les filles n'ait pas encore été relevé, afin notamment de lutter contre les mariages forcés. Le Comité s'en inquiète également d'autant plus qu'il s'agit d'une préoccupation ancienne. Il invite la France à se mettre en conformité au plus vite.

Le CIDE souligne que le phénomène de déplacements et de non retours illicites d'enfants, concernant principalement les couples mixtes, a pris beaucoup d'ampleur ces dernières années. Le Ministère de la Justice estime à 500 le nombre de dossiers en cours.

³⁷² Loi n° 2004-204, cité infra, dans les observations sur l'article 48.

³⁷³ Précité, page 43.

³⁷⁴ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, précitée sous les observations sur les articles 47 et 48.

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

La Cour de cassation a rendu un avis le 1^{er} mars 2004³⁷⁵ relatif à l'utilisation du dossier d'assistance éducative. Le juge aux affaires familiales peut fonder sa décision relative aux modalités d'exercice de l'autorité parentale sur ce dossier communiqué par le juge des enfants sous réserve que les parties à l'instance devant le JFA figurent parmi celles qui ont qualité pour accéder à ce dossier et que les pièces du dossier du juge des enfants soient soumises au débat contradictoire.

Les saisines du défenseur des enfants concernant les enlèvements d'enfants dans les couples binationaux constituent 2 % de l'ensemble des saisines.

Aspects positifs

Le Ministre de la Famille et de l'Enfance, a installé, le 30 septembre 2004, un groupe de travail chargé de formuler des propositions pour une meilleure prise en charge de la santé des enfants nés à l'étranger et adoptés en France, afin de créer les conditions d'une meilleure intégration de ces enfants. 4 000 enfants venus de 70 pays sont concernés chaque année. Le groupe, constitué d'acteurs institutionnels et associatifs, formulera ses propositions d'ici à la fin de l'année, notamment sur le contenu de l'information à donner aux familles en attente d'adoption ou ayant adopté, ainsi qu'aux intervenants du secteur social et médical³⁷⁶.

Article 25. Droit des personnes âgéesMaintien des personnes âgées dans leur environnement de vie habituel*Bonnes pratiques*

Le Gouvernement souhaite mettre en place en 2005 un projet « Un toit, deux générations » qui consiste pour des personnes âgées à offrir gratuitement un logement à un étudiant en échanges de divers services (courses, repas...) ³⁷⁷.

Mesures de protection spécifiques des personnes âgées (maltraitance et isolement)*Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales*

La loi n° 2004-626 du 30 juin 2004³⁷⁸ relative à la solidarité pour l'autonomie des personnes âgées et des personnes handicapées institue également un plan d'alerte et d'urgence au profit des personnes âgées et des personnes handicapées en cas de risques exceptionnels et prévoit pour les communes une obligation de recensement des personnes âgées et handicapées habitant sur leur territoire pour pouvoir mieux leur porter secours en cas de besoin.

Le 19 novembre 2004, le Secrétaire d'Etat aux personnes âgées a déclaré la lutte contre la maltraitance comme « cause nationale ». A été installé un Comité national de vigilance composé de 28 membres représentants des associations et des professionnels spécialisés dans ce domaine. Une campagne de sensibilisation devrait suivre. Selon le gouvernement, 5% des personnes âgées de plus de 65 ans sont victimes de maltraitance, ce taux s'élevant à 15% pour les personnes de plus de 75 ans.

³⁷⁵ Cass. avis, 1^{er} mars 2004, n° 0040001 P.

³⁷⁶ www.premier-ministre.gouv.fr.

³⁷⁷ Ministère délégué aux personnes âgées, Communiqué du 30 septembre 2004, www.personnes-agees.gouv.fr

³⁷⁸ JO 1^{er} juillet 2004, p. 11944.

Par ailleurs, plusieurs cas de maltraitance dans des maisons de retraite ont été rendus publics durant la période sous examen. Dans chaque cas, les personnes en cause ont été mises en examen.

Autres évolutions pertinentes

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

La loi du 30 juin 2004³⁷⁹ crée un nouvel établissement public national à caractère administratif, la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie³⁸⁰, qui va contribuer au financement de la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées ou handicapées. Pour cela, elle organise une journée de solidarité qui consiste en la suppression d'un jour férié pour en faire une journée de travail non rémunéré en contrepartie d'une contribution de la part de l'employeur. Ce financement permettra de pérenniser l'Allocation personnalisée d'autonomie qui concernait au 30 juin 2004, 828 000 personnes³⁸¹.

Aspects positifs

Le décret n° 2004-231 du 17 mars 2004³⁸² vient définir et organiser l'accueil temporaire des personnes handicapées et des personnes âgées dans certains établissements, conformément à l'article L. 312-1 et L. 314-8 du Code de l'action sociale et de la famille. Cet accueil est à durée limitée, à temps complet ou partiel, avec ou sans hébergement. Il « vise à développer ou maintenir les acquis et l'autonomie de la personne accueillie et faciliter ou préserver son intégration sociale ». Il permet de faire le lien entre deux prises en charge, de faire face à une situation d'urgence ou à accorder un « moment de répit » pour l'entourage assurant habituellement la prise en charge.

Article 26. Intégration des personnes handicapées

Protection contre les discriminations fondées sur l'état de santé ou sur le handicap

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

Le Médiateur de l'Education nationale dans son rapport 2003 plaide pour une meilleure intégration des personnes en situation de handicap. Le handicap représente 3% des réclamations qui lui sont adressées soit 150 cas. Son rapport fait état d'exemples précis de ségrégation d'élèves mais énonce également les difficultés rencontrées par les professeurs atteints d'un handicap³⁸³.

Toujours en matière d'éducation, le Tribunal administratif de Cergy-Pontoise a jugé que les enfants et adolescents devaient se voir reconnaître le principe du droit à l'éducation, conformément à l'article L.112-1 du Code de l'éducation, mais que cela n'impose pas à l'Etat une obligation de résultat, eu égard aux particulières difficultés que peut présenter la scolarisation de certains enfants handicapés³⁸⁴. En l'espèce, un enfant de six ans, souffrant d'une forme d'épilepsie sévère, n'avait pas été régulièrement scolarisé pendant deux ans. Après l'avoir été dans une école maternelle ordinaire, il avait été orienté vers des écoles spécialisées qui, soit l'ont refusé par manque de places, soit ont estimé qu'une hospitalisation

³⁷⁹ précitée.

³⁸⁰ Dont les instances regroupent des parlementaires, des représentants des Conseils généraux, des organismes de sécurité sociale et des associations oeuvrant en faveur des personnes âgées ou handicapées.

³⁸¹ Communiqué du 23 septembre 2004.

³⁸² JO, n°66, 18 mars 2004, p. 5252.

³⁸³ Le Monde, 23 juin 2004, p. 11, M. Laronche.

³⁸⁴ Tribunal administratif de Cergy-Pontoise, 18 décembre 2003, M. et Mme D., 0205215.

dans un service de soins serait plus appropriée. La faute des pouvoirs publics n'a pas été démontrée selon le Tribunal.

La ligue nationale contre le cancer dénonce, elle, les discriminations subies par les personnes atteintes d'un cancer. Elle souligne le peu d'efforts engagés pour adapter les postes et le fait que le « mi-temps thérapeutique » est peu développé. Les membres des professions libérales sont dans des situations particulièrement délicates du fait de la perte d'une partie de leur clientèle. De même, il est difficile pour ses personnes d'obtenir un prêt. Certes, la convention Belorgey signée en 2001, permet à un patient d'obtenir jusqu'à 10 000 euros sur quatre ans pour un prêt à la consommation et 250 000 euros sur quinze ans pour un prêt immobilier. Mais les banques et assurances semblent peu empressées pour informer les personnes de leurs droits³⁸⁵.

Certaines associations demandent l'abrogation de l'article R. 412-2 du Code des communes qui prévoit notamment que « nul ne peut être nommé à un emploi communal s'il n'est reconnu soit indemne de toute affection tuberculeuse, cancéreuse ou mentale, soit définitivement guéri ».

Le Chef de l'Etat a lui fait référence à la future Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité lors des troisièmes états généraux des malades du cancer³⁸⁶ et de leurs proches, pour souligner la nécessité de « combattre les discriminations dont les malades sont encore trop souvent victimes », en particulier en matière de travail.

Motifs de préoccupation

Beaucoup d'efforts restent à faire dans le domaine de la lutte contre les discriminations fondées sur l'état de santé. Une action de sensibilisation en direction des établissements financiers et des assureurs seraient en particulier la bienvenue. La question du handicap en milieu scolaire nous semble également préoccupante, en raison principalement d'un manque de places dans les établissements spécialisés. L'affaire de Cergy-Pontoise le montre : il existe un risque réel de déscolarisation lorsque les écoles ordinaires refusent l'accueil d'un enfant handicapé et que ce dernier ne peut être accueilli en établissement plus adapté.

Il convient également de modifier certains textes discriminatoires dans l'accès à l'emploi, notamment l'article R 412-2 du Code des communes.

Intégration professionnelle des personnes handicapées : actions positives, quotas d'embauche

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

En vue de l'adoption de la loi pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, le secrétariat d'Etat aux personnes handicapées a publié une étude « le handicap en chiffre »³⁸⁷ qui rassemble des données statistiques déjà existantes. En ce qui concerne les centres de travail protégés qui permettent à des adultes atteints d'un handicap d'accéder à une vie sociale et professionnelle grâce à des conditions de travail aménagées, on comptait, au 31 décembre 2001, 1419 Centres d'aide par le travail (CAT) qui accueillent 96 651 personnes et 468 Ateliers protégés accueillant 16 651 personnes.

Selon des chiffres de 1999, 1 435 000 personnes en âge de travailler soit 4,6% ont obtenu la reconnaissance administrative de leur handicap dans le cadre de la loi du 10 juillet 1987³⁸⁸.

³⁸⁵ Les échos, 29 et 30 octobre 2004, p. 2, E. Lefebvre.

³⁸⁶ Discours du 28 octobre 2004.

³⁸⁷ Secrétariat d'Etat aux personnes handicapées, Le handicap en chiffres, février 2004, www.sante.gouv.fr/drees/handicap/handicap.pdf

³⁸⁸ C'est-à-dire l'insuffisance ou la diminution de leurs capacités physiques ou mentales réduisant la possibilité de trouver ou de conserver un emploi. Loi n° 87-517 du 10 juillet 1987 en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés, JORF, 12 juillet 1987, précitée, nos observations sous l'article 29 du présent rapport.

Parmi ceux-ci, 51% se sont retirés du marché du travail et sont considérés comme inactifs. Le taux d'emploi de cette population est de 37% contre 73% pour l'ensemble des 20-59 ans et son taux de chômage s'élève à 24% contre 11% pour l'ensemble des actifs.

Au-delà des bénéficiaires de la loi, près de 14 millions de personnes en âge de travailler déclarent une incapacité dont 3,4 millions une incapacité forte. Le taux d'emploi varie en fonction du type d'incapacité. Les plus pénalisantes pour un emploi sont les incapacités liées aux efforts physiques, aux déplacements et à la compréhension.

Aménagements raisonnables

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

Le Conseil d'Etat a estimé le 30 avril 2004 que la Commission nationale d'aptitude avait commis une erreur d'appréciation en déclarant que le handicap³⁸⁹ dont était atteinte une sportive de haut niveau était incompatible avec l'exercice des fonctions de professeur d'éducation physique et sportive, sans prendre en compte les aménagements de poste dont le principe est prévu par le décret du 30 juin 1998³⁹⁰, notamment la possibilité d'aide d'un assistant.

Aspects positifs

La Cour de cassation a censuré la décision d'une Cour d'appel en considérant que, le dépassement du seuil de capacité à la suite d'une amélioration de l'état de santé d'une personne atteinte d'un handicap et bénéficiant, auparavant, du droit de travailler dans un atelier protégé, ne pouvait pas constituer un motif de licenciement³⁹¹. En l'espèce, le licenciement contesté était survenu suite à la décision de la Commission technique d'orientation et de reclassement professionnel (COTOREP) qui avait déclaré la requérante apte à travailler en milieu ordinaire au vu de l'amélioration de son état de santé. Il a été démontré par ailleurs que son employeur dans l'atelier protégé était dans l'impossibilité de reclasser l'intéressé sur un poste de travail correspondant à sa nouvelle capacité.

Autres évolutions pertinentes

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

Le décret n° 2004-232 vient d'abaisser l'âge de la retraite pour les assurés sociaux handicapés³⁹².

Nous sommes surtout dans l'attente de la loi pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées actuellement en discussion devant le Parlement. Le projet de loi a été adopté à ce stade en première lecture. Ce texte modifie la loi du 30 juin 1975 qui était la référence en ce domaine. Elle traduit certaines avancées, notamment l'adoption d'une définition du handicap qui n'existait pas jusqu'ici en droit français. Elle comprendra vraisemblablement des dispositions en matière d'insertion professionnelle, d'accessibilité mais aussi des mesures facilitant les démarches administratives. Les associations restent cependant assez réservées en l'état actuel du projet. L'étude de ce texte sera menée dans le rapport 2005.

³⁸⁹ Correspondant à un taux de 80%.

³⁹⁰ Conseil d'Etat, 30 avril 2004, Mlle Monnier, 254106.

³⁹¹ Cour de cassation, soc., 2 juin 2004, 02-44.015, Atelier Protégé « Les Magnarellles ».

³⁹² JO, n° 66, 18 mars 2004, p. 5253.

CHAPITRE IV : SOLIDARITÉ

Article 27. Droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise

Principe de discussion collective lors de l'introduction de nouvelles technologies

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

La Cour de cassation est intervenue pour étendre et préciser la protection des salariés dans ce domaine. En effet, dans l'arrêt *SA Honeywell Longlaville c. M. Pacheco* du 6 avril 2004, elle affirme que le refus d'un salarié de déférer à une exigence de l'employeur non conforme à la réglementation n'est pas un motif réel et sérieux de rupture du contrat de travail ; l'employeur ne peut par conséquent lui reprocher de refuser l'utilisation d'un badge électronique dans la mesure où la mise en œuvre de ce traitement informatique des données nominatives le concernant n'a pas été précédée de la déclaration à la CNIL imposée par la loi. C'est la première fois que la Cour de cassation se prononce à ce sujet. Avant, selon une jurisprudence constante, la surveillance à l'insu du personnel rendait simplement irrecevable la preuve par ce moyen de la faute du salarié, cet arrêt apporte donc une nouveauté : si les formalités prescrites par la loi du 6 janvier 1978 ne sont pas effectuées, les salariés peuvent refuser de se soumettre au dispositif de collecte des données nominatives. Dans le cas contraire, la résistance du salarié s'analyse comme un motif réel et sérieux de licenciement.

La Cour dégage également en la matière un statut particulier pour les salariés protégés. En effet, selon son arrêt *M. Gonzalès c. Société BDI construction* du 6 avril 2004, les salariés investis d'un mandat électif ou syndical dans l'entreprise doivent pouvoir disposer d'un matériel ou procédé excluant l'interception de leurs communications téléphoniques ou l'identification de leurs correspondants.

Article 28. Droit de négociation et d'actions collectives

Dialogue social

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

L'activité juridique en la matière tend en 2004 vers une extension du champ de la négociation. L'actualité juridique marquante au cours de cette année aura été l'adoption de la loi³⁹³ du 4 mai 2004 qui opère une réforme de la négociation collective en étendant le champ de la négociation d'entreprise.

Le texte de loi fit l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel par 60 députés et 60 sénateurs, qui estimaient certaines dispositions contraires à l'article 34 de la Constitution, qui confie à la loi le soin de « définir les principes fondamentaux du droit du travail », et au onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, aux termes duquel le Nation « garantit à tous (...) la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs ». Par la *décision du Conseil constitutionnel, n° 2004-494DC du 29 avril 2004*, ce recours fut rejeté. En effet, d'une part, les requérants attaquaient les articles 41 et 42 ladite loi, qui permettent à des accords collectifs de comporter des dispositions moins favorables aux salariés que celles prévues par un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, sauf disposition contraire à celui-ci. Or, jusqu'à présent, la hiérarchie des normes en droit du travail reposait sur le principe dit de faveur, selon lequel la norme de niveau inférieur

³⁹³ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social

ne pouvait déroger à la norme de niveau supérieur que dans un sens favorable aux salariés, ce que ces articles permettent désormais de faire, sous réserve que les signataires des textes des normes supérieures n'aient pas exclu cette faculté. Le Conseil rejette ce grief en ce que le cadre défini par le législateur est entouré d'un certain nombre de garanties : la faculté de dérogation suppose que les signataires de l'accord de niveau supérieur n'aient pas exclu cette possibilité, les modalités de conclusion des accords dérogatoires seront conformes au principe majoritaire dans les conditions prévues par la loi, les accords d'entreprise ne pourront déroger aux accords de branches dans un certain nombre de domaines (salaire minimum et classifications, notamment). D'autre part, les requérants critiquaient l'article 43 de cette loi, qui étend aux accords d'entreprise la faculté déjà donnée aux accords de branche, de déroger à certaines dispositions du Code du travail. Le Conseil rejette également ce grief car il est loisible pour le législateur d'autoriser un accord collectif de déroger aux règles d'ordre public qu'il a lui-même édictées, si l'objet et les conditions de cette dérogation sont précisément déterminés, ce qui est le cas avec la loi attaquée.

Il faut également relever le projet de loi pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées³⁹⁴ : Une obligation périodique de négocier serait instituée, tant au niveau de la branche qu'à celui de l'entreprise, sur les conditions d'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles ainsi que sur les conditions de travail et d'emploi des personnes handicapées. Les mesures d'aménagement de poste, d'horaires, d'organisation du travail ou des actions de formation seraient explicitement mentionnées au titre des clauses devant être prévues par une convention collective de branche pour en permettre l'extension. Parallèlement, l'article L.136-2 du Code du travail serait complété de manière à faire figurer les mesures prises en faveur du droit au travail des personnes handicapées parmi les thèmes abordés dans le bilan annuel dressé par la commission nationale de la négociation collective.

Ensuite, la commission Virville, dans ses propositions³⁹⁵, au chapitre 5, préconise de conclure un pacte clair organisant la collaboration entre la loi et la négociation collective afin d'étendre le champ de la négociation collective. Selon la Commission, il reviendrait au législateur de « fixer les principes fondamentaux, les dispositions essentielles à caractère impératif qu'il n'entend pas voir remettre en cause ultérieurement par la négociation. Le législateur ayant exprimé ce qui relève de ses prérogatives, il convient que les partenaires sociaux puissent s'engager dans la négociation ». Les grandes lignes du processus seraient les suivantes : dans un premier temps, le Ministre du Travail soumettrait au Parlement ce pacte fixant les conditions dans lesquelles la négociation collective serait appelée à se saisir de tel ou tel domaine déterminé. Ensuite, dans le cadre ainsi défini, « les partenaires sociaux pourraient ouvrir des négociations d'abord au niveau interprofessionnel, pour fixer les règles communes applicables à l'ensemble des branches et pour préciser comment ces dispositions générales seraient susceptibles d'être remplacées, complétées ou amendées par la négociation de branche ou d'entreprise. ». Enfin, « un projet de loi reprenant le pacte de négociation initialement présenté au Parlement et les règles définies par l'accord professionnel » serait enfin soumis au vote des députés et des sénateurs.

Dans un rapport relatif aux 35 heures³⁹⁶, la mission parlementaire propose de repenser le partage des rôles entre la loi et la négociation collective afin de renvoyer la question de la

³⁹⁴ La future loi, qui devrait être applicable dès le 1^{er} janvier 2005 serait adaptée aux exigences de la 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. Voy. aussi nos observations page 100.

³⁹⁵ Propositions de réformes législatives, intitulées « Pour un code du travail plus efficace », remises au premier ministre le 15 janvier 2004, et élaborées par la commission Virville, composée de Michel Virville, du secrétaire général et du directeur des ressources humaines de la société Renault, et d'experts juridiques.

³⁹⁶ Rapport de l'Assemblée nationale de 2004 n° 1544.

durée du travail à la compétence des partenaires sociaux, afin de pallier à certaines difficultés pratiques entraînées par les 35 heures.

L'attachement de la protection du champ de la négociation s'est traduit d'un point de vue jurisprudentiel par un important arrêt du Conseil d'Etat³⁹⁷, dans lequel, sur le fondement de l'article 381-8 du Code du travail, qui dispose que la mise en œuvre de l'assurance chômage ne peut découler que d'une convention négociée par l'ensemble des organisations représentatives des employeurs et approuvées par les pouvoirs publics, il est fait échec à la délégation à une instance paritaire national du pouvoir d'édicter des mesures en vues de compléter, préciser ou modifier les clauses de la convention et de son règlement annexé.

Droit d'action collective (droit de grève) et liberté d'entreprise ou droit de propriété

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

La jurisprudence est intervenue ici pour défendre le droit de grève de façon énergique et appliquer un contrôle très strict à ses éventuelles restrictions.

Ainsi en est-il de l'arrêt du Conseil d'Etat, *Mme Aiguillon et autres* du 9 décembre 2003, rendu dans le cadre d'une procédure de référé. En raison d'une grève des sages-femmes d'une clinique et en l'absence d'accord sur la mise en œuvre d'un service minimum dans cet établissement, le préfet d'Indre et Loire a décidé par arrêté de réquisitionner l'ensemble des sages-femmes en se fondant sur les risques d'urgences et les risques graves de troubles de la santé publique, notamment en ce qui concerne la santé des parturientes et des nouveaux nés. Mme Aiguillon et autres demandent en justice une suspension de cette décision. Le Conseil d'Etat accède à leur demande sur le fondement de l'article L.512-2 du Code de la justice administrative qui dispose que le droit de grève a un caractère fondamental. Le préfet aurait commis une erreur de droit en réquisitionnant l'ensemble des sages-femmes dans le but de faire poursuivre à la clinique une activité complète analogue à celle qui existait avant le déclenchement du mouvement de grève, sans rechercher s'il pouvait procéder à des mesures répondant aux besoins sanitaires de la population et moins attentatoires au droit de grève, entachant ainsi sa décision d'une illégalité manifeste, car portant une atteinte grave à la liberté fondamentale que constitue le droit de grève.

De son côté, la Cour de cassation, dans un arrêt³⁹⁸ relatif à l'abus du droit de grève, elle affirme que la commission par certains salariés d'actes illicites au cours de leur mouvement ne modifie pas la nature du droit de grève. L'abus de droit de grève n'apparaît qu'en cas de désorganisation de l'entreprise. La Cour constate qu'en l'espèce, il n'y a eu aucune entrave à la liberté de travail des non grévistes, mais seulement un blocage de l'entrée et de la sortie des marchandises qui a entraîné une paralysie de l'activité. C'est une jurisprudence très libérale pour le droit de grève. Il paraît cependant malaisé de faire la distinction entre « paralysie de l'activité » et « désorganisation de l'entreprise ». Cependant, dans l'arrêt *M. Blondin et a. c. Société Waeles Aluminium* du 17 décembre 2003, elle affirme que la signature d'un accord de fin de grève n'est pas exclusive des licenciements pour faute lourde. Dès lors que dans l'accord de fin de conflit, l'employeur ne renonce pas à sanctionner les fautes lourdes des salariés ayant porté atteinte à la liberté du travail, et qu'il engage la procédure disciplinaire dans un délai restreint, il peut les licencier.

Concernant les services publics, elle constate dans l'arrêt *Syndicat SSE-CFDT Connex-Bordeaux c. SA Connex Bordeaux et a.* du 4 février 2004 qu'aucune disposition législative n'interdit à plusieurs organisations syndicales représentatives de présenter chacune un préavis de grève, de sorte que chacune peut prévoir une date de cessation de travail différente. Cette

³⁹⁷ CE Assemblée, 11 mai 2004, Association ACL et autres.

³⁹⁸ C.cass., soc., 9 mars 2004, M. De Jorge et a. c. Société Stockvis-Blanc

solution va à l'encontre du principe de prohibition des grèves tournantes dans les services publics, mais est conforme au pluralisme syndical.

Article 29. Droit d'accès aux services de placement

Accès aux services de placement

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

Des avancées significatives sont à noter dans le projet de loi pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées³⁹⁹. En effet, l'insertion professionnelle des personnes handicapées est organisée autour d'un réseau spécialisés de placement, le « Cap-Emploi » ; le projet propose de reconnaître ce réseau comme un partenaire de la politique de l'insertion professionnelle des personnes handicapées.

Plusieurs aménagements seraient également apportés à l'obligation d'emploi posée par la loi n°87-517 du 10 juillet 1987. Tout d'abord, seraient ajoutés à la liste des bénéficiaires définie par l'article L. 323-3 du Code du travail les titulaires de la carte d'invalidité. Actuellement, ils ne sont décomptés parmi les bénéficiaires de l'obligation d'emploi que s'ils remplissent les conditions prévues par cet article⁴⁰⁰. Ensuite, serait posé le principe de modulation du montant de la contribution due par les entreprises qui ne satisfont pas l'obligation d'emploi en fonction de l'effort qu'elles consentent en matière de maintien dans l'emploi ou de recrutement de personnes handicapées ; la loi mentionnerait les différentes catégories de salariés que les entreprises seraient incitées à recruter pour bénéficier d'une diminution de la contribution. Egalement, les entreprises auraient la possibilité de déduire directement du montant de leur contribution les dépenses qu'elles ont supportées pour favoriser l'accueil ou l'insertion professionnelle de salariés handicapés en leur sein ou, plus généralement, l'accès à la vie professionnelle de personnes handicapées. Enfin, le dispositif de réduction de salaire actuellement autorisées par l'article L.326-6 du Code du travail lorsque le « rendement professionnel » de la personne handicapée « est notoirement diminué » serait supprimée et remplacé par un dispositif de compensation sous forme d'aide attribuée à l'entreprise et différenciée selon le secteur d'activité de cette dernière.

Autres évolutions pertinentes

Aspects positifs

A l'initiative du premier ministre, une vingtaine de chefs d'entreprises du club « entreprise et cité » se sont réunis à Matignon le 28 mai 2004. A cette occasion, Claude Bébear a remis au premier ministre un rapport intitulé « Des entreprises aux couleurs de la France », consistant en 24 propositions dont la mesure phare est l'instauration des curriculum vitae anonymes pour lutter contre la discrimination raciale à l'embauche⁴⁰¹.

Article 30. Protection en cas de licenciement injustifié

Recours contre la décision de licenciement

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

³⁹⁹ Loi précitée, pages 100 et 103.

⁴⁰⁰ Etre reconnu travailleur handicapé par la Commission technique d'orientation et de reclassement professionnel, être titulaire d'une pension d'invalidité, ou victime d'un accident du travail.

⁴⁰¹ Voy. nos observations sous les articles 15 et 21, pages 76 et 84.

L'arrêt *La société Pierson diffusion* du 11 mai 2004, rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation⁴⁰², met fin à une jurisprudence très sévère à l'égard du salarié menacé de licenciement ou déjà licencié qui tente d'élaborer sa défense en vue d'un procès équitable. En effet, le fait pour une salariée d'appréhender ou de reproduire sans l'autorisation de son employeur divers documents appartenant à l'entreprise qui l'emploie et qui a décidé de la licencier ne constitue pas nécessairement la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui. En l'espèce, la salariée avait produit les pièces litigieuses dans un but probatoire lors d'un litige qui l'opposait à son employeur suite au licenciement dont elle avait fait l'objet.

Le décret n° 2004-836 du 20 août 2004 apporte un changement significatif dans l'accès à la justice des salariés en matière prud'homale. En effet, depuis un siècle, l'assistance par un avocat est facultative en matière prud'homale, jusque devant la Cour de cassation. Aux prud'hommes, les salariés peuvent même se faire assister par le syndicaliste de leur choix. Ce décret décide désormais qu'il faudra obligatoirement se faire assister ou représenter par un avocat aux Conseils. Ce décret abroge l'article R.517-10 du Code du travail qui dispose qu'en matière prud'homale, « le pourvoi en cassation est formé et jugé suivant la procédure sans ministère d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation »

Motifs de préoccupation

Le décret n° 2004-836 du 20 août 2004 réduit l'accès de la justice aux personnes aux revenus modestes, ce qui provoque l'inquiétude de nombreux syndicats.⁴⁰³

Autres évolutions pertinentes

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

L'ordonnance n° 2004-602 du 24 juin 2004 relative à la simplification du droit dans les domaines du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle opère un durcissement de la procédure de licenciement. Tout d'abord, concernant le licenciement économique, l'article L.321-3 du Code du travail prévoyait que les entreprises occupant plus de 10 et moins de 50 salariés qui licenciaient au moins 10 salariés dans une même période devaient consulter les délégués du personnel. La référence à « plus de 10 » a été supprimée. Ensuite, le nouvel article L.122-14 prévoit que l'entretien préalable au licenciement ne peut avoir lieu moins de 5 jours ouvrables après la présentation de la lettre recommandée ou la remise en main propre de la lettre de convocation. Egalement, le nouvel article L.122-14-1 prévoit que la lettre de notification du licenciement ne peut être expédiée moins de 2 jours ouvrables après la date pour laquelle le salarié a été convoqué à l'entretien préalable. Enfin, de façon générale, les délais de notification en cas de licenciement économique ont été allongés.

Dans l'arrêt *Société Owens Corning Fiberglass France* du 4 février 2004, Le Conseil d'Etat étend le champ de l'obligation de reclassement⁴⁰⁴. Pour apprécier le reclassement d'un salarié protégé pour motif économique, l'autorité administrative ne peut borner son examen à la société ou travailler le salarié, mais également envisager les possibilités offertes par toutes les sociétés du groupe y compris à l'étranger si le salarié le désire et si la société étrangère lui permet d'exercer des fonctions comparables, alors qu'auparavant elle était limitée aux sociétés ayant leur siège social en France.

⁴⁰² Cass. crim., 11 mai 2004, *La Soc. Pierson*.

⁴⁰³ Selon la CGT, l'abrogation de cet article « conduit à interdire de fait le pourvoi en cassation des justiciables les plus démunis » (« La Tribune », édition du 03 septembre 2004).

⁴⁰⁴ CE., 4 février 2004, *Société Owens Corning Fiberglass*.

Article 31. Conditions de travail justes et équitables

Santé et sécurité au travail

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

Après une condamnation de la Cour de justice des communautés européennes le 24 juin 2004 (affaire C-269/02) de la France dans le cadre d'une procédure en manquement en vertu de l'article 226 CE, pour non transposition dans les délais prévus de la directive 98/24/CE d 7 avril 1998, ayant trait à l'établissement de prescriptions minimales des travailleurs contre les risques pour leur santé et leur sécurité résultant ou susceptibles de résulter des effets produits par des agents chimiques présents sur le lieu de travail ou découlant de toute activité professionnelle impliquant des agents chimiques, intervient le décret n°20046725 du 22 juillet 2004 relatif aux substances et préparations chimiques et modifiant le code du travail et le code de la santé publique transpose en droit français la directive 1999/45/CE du 31 mai 1999 et la directive 2001/59/CE, pour une protection accrue des salariés dans ce domaines. Il prévoit l'extension du champs des préparations pour lesquelles des fiches de données de sécurité doivent être élaborées ; certaines préparations chimiques non dangereuses seront désormais soumis à cette obligation, mais aussi une meilleure lisibilité des différentes catégories de danger cancérigène, mutagène et toxique, ainsi qu'un élargissement du champ des personnes pouvant demander, dans le cadre de leurs missions, des renseignements sur les substances ou sur les préparations chimiques qui sont détenus par l'organisme agréé (Insitut national de recherche et de sécurité). Egalement, est mis en place un dispositif d'autorisation dite de confidentialité, permettant aux responsables de la mise sur le marché de certaines substances chimiques, pour des raisons tenant au secret industriel, de désigner ces substances, sur l'étiquette comme sur la fiche de données de sécurité, par une autre désignation. En raison de leur impact sur la santé et la sécurité des travailleurs exposés aux préparations contenant ces substances, ces décisions seront prises conjointement par le ministre chargé du travail, de l'agriculture, de la santé, de l'environnement et de la consommation, après avis d'un organisme agréé. Enfin, les substances chimiques utilisées uniquement comme intermédiaires de synthèse, pour lesquels l'exposition humaine est limitée, pourront faire l'objet d'une batterie d'essais réduite, dans le cadre de la procédure de déclarations de substances nouvelles.

Dans son très important arrêt *Ministre de l'emploi et de la solidarité c. consorts Bourdignon du 4 mars 2004*, rendu en assemblée, le Conseil d'Etat affirme d'une part que, si l'employeur doit pourvoir à la sécurité et à la protection de la santé des travailleurs, il incombe à l'autorité publique de se tenir informée des risques professionnels et de prendre les mesures appropriées pour les éliminer ou en limiter les effets, autrement dit, la responsabilité de l'employeur n'exonère pas l'Etat de ses obligations ; et que d'autre part, l'Etat, en l'espèce, s'étant abstenu, avant 1977 d'entreprendre toute étude d'ensemble des risques liés à la fabrication et à l'utilisation de l'amiante et d'adopter des mesures de protection, alors que les risques liés à l'amiante étaient connus depuis le début du 20ème siècle, a commis une faute de nature à engager sa responsabilité à l'égard des victimes liées à l'exposition de l'amiante de leurs ayant-droit.

Motifs de préoccupation

La commission Virville⁴⁰⁵ s'est convaincue qu'une réforme des sanctions du droit du travail était nécessaire : « la multiplication des sanctions, jointe à la coexistence de deux sources de droit – droit pénal du travail, droit pénal général – créent une indiscutable insécurité juridique

⁴⁰⁵ Voy. page 103.

pour les acteurs ». Cette multiplication nuit à l'effectivité du droit du travail, puisque d'une part les inspecteurs du travail ne sont pas en mesure de constater toutes les infractions, et d'autre part, la disproportion qui existe parfois entre la sanction et la faute commise les font hésiter à dresser des procès verbaux pour les cas les moins graves. La commission propose de revoir et préciser les sanctions du droit du travail, mais aussi de privilégier dans certains cas le recours à des mesures préventives pour garantir une plus grande effectivité du droit du travail, notamment lorsque la santé et la sécurité des travailleurs est en jeu. Elle propose que la sanction pénale soit cantonnée à la seule violation des règles essentielles du droit du travail en ce qu'elles protègent la santé et la sécurité des salariés sur le lieu de travail et garantissent le respect de droits individuels ou collectifs fondamentaux. Pour le reste, elle préconise des sanctions d'ordre purement administratif ou financier.

Dans un article, Philippe ASKENAZY⁴⁰⁶ dénonce les lacunes de la France en la matière : une étude des indicateurs pris entre 1997 et 2002 montrent que la santé et la sécurité se dégradent au travail. « Malgré la réduction du temps de travail, la fréquence des accidents de travail déclarés dans le secteur privé ne diminuent pas, ce qui se traduit depuis 1997 par une augmentation quasi continue du nombre de cas. » La fréquence d'accidents de travail en France demeure au-dessus de la moyenne européenne et « la politique du travail et de l'assurance française ATMP montrent de dramatiques carences. Construites dans un modèle fordiste-tayloriste avec un syndicalisme ouvrier puissant, elles sont particulièrement inadaptées à un univers productif changeant. Elles déresponsabilisent les employeurs pourtant maîtres de l'organisation du travail. On peut donc s'inquiéter, en l'absence de réforme, d'une poursuite de la dégradation des conditions de travail en France ou d'une non amélioration malgré les coûts humains et économiques supportés par la sociétés ». L'auteur propose des réformes : « consolidation de l'inspection du travail, publicité des pénalités infligées aux entreprises, circulation des données entre les administrations, ciblage des actions vers les entreprises dangereuses, réduction de la mutualisation dans la tarification ATMP, responsabilité des donneurs d'ordre. »

Deux inspecteurs du travail ont été tués par balles le 2 septembre 2004 : ce fait divers reflète un climat d'hostilité certaine à l'encontre de la profession. Les inspecteurs protestent contre les remises en cause par le patronat de la légitimité du travail de contrôle et de l'indépendance des inspecteurs. Certains dénoncent le comportements des pouvoirs publics, qui, « au lieu de protéger fermement la profession, remet en cause son statut : il n'encourage pas les procès verbaux, maintient des effectifs squelettiques... »⁴⁰⁷

Temps de travail

Motifs de préoccupation

Les constatations du Rapport de l'Assemblée nationale de 2004 n° 1544, relatif aux 35 heures sont plutôt négatives : la mission parlementaire constate que la réduction du temps de travail a un lourd impact sur les finances publiques et les entreprises, qu'elle entraîne une France à plusieurs vitesses, une division de la société, et que la création d'emploi reste à évaluer⁴⁰⁸. Elle s'interroge également sur la capacité réelle de l'économie française à supporter cette mesure au regard de la compétitivité, de l'attractivité du territoire, mais également des délocalisations.

⁴⁰⁶ « Santé et sécurité au travail : diagnostic économique et réformes », revue « *Droit Social* », Septembre-Octobre 2004, p.859

⁴⁰⁷ Voir RPDS n° 714, octobre 2004, p.307, « Inspection du travail : qui arme le bras des agresseurs ? », par Maurice Cohen

⁴⁰⁸ Voy. aussi page 103.

On constate un fort recours aux heures supplémentaires, suite à la législation sur la réduction du temps de travail. En 2002 comme en 2001, le volume d'heures supplémentaires est élevé, en particulier dans les entreprises qui n'ont pas réduit le nombre d'heures de travail, où plus d'un tiers des travailleurs ont dépassé le niveau de contingent légal de 130 heures applicable à l'époque.⁴⁰⁹

Autres évolutions pertinentes

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

La loi n° 2004-626 du 30 juin 2004⁴¹⁰ introduit dans le Code du travail un article L. 212-16 relatif à l'institution d'une journée de solidarité « en vue d'assurer le financement des en faveur de l'autonomie des personnes âgées ou handicapées ». Pour les employeurs, elle se traduit par le versement d'une contribution, pour les salariés, par une journée supplémentaire de travail non rémunérée.

Avec le projet de loi pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées⁴¹¹, la situation des personnes handicapées au regard de leur insertion serait clarifiée en distinguant 2 secteurs au lieu de 3 : le milieu ordinaire, comprenant les entreprises adaptées et les autres entreprises, et celui du travail protégé comprenant les centres d'aides au travail.

Par ailleurs, le dispositif de garantie de ressources des travailleurs handicapés serait remplacé par une aide forfaitaire au poste versée à l'Etat. La personne handicapée se verrait garantir le salaire minimum de croissance. Il serait mis fin au système des emplois protégés en milieu ordinaire prévu par l'article L. 323-29 du Code du travail.

Article 32. Interdiction du travail des enfants et protection des jeunes au travail

Protection des jeunes au travail

Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données

Dans son rapport au CIDE la défenseure des enfants s'inquiète du faible contrôle existant sur les enfants mannequins, les enfants travaillant à domicile et dans le domaine du spectacle⁴¹².

Dans son rapport remis au CIDE, le gouvernement français reconnaît même que la situation des jeunes au travail, particulièrement en situation d'apprentissage, peut poser problèmes malgré des législations protectrices. Certains employeurs par ignorance ou par volonté de non-respect de la loi peuvent faire travailler les jeunes dans des conditions qui ne sont pas acceptables. Selon les autorités ces phénomènes restent limités mais nécessitent une action volontariste des différents services et particulièrement de l'Inspection du travail.

Dans ses conclusions 2004 relatives au rapport du 7 juillet 2003 sur le respect des articles du noyau dur de la Charte, le Comité européen des droits sociaux a établi le bilan de la situation de la France par rapport aux exigences de la Charte sociale⁴¹³.

Concernant l'article 7 §2 de la Charte relatif à l'interdiction du travail avant 18 ans pour des activités dangereuses, le Comité conclut à la contrariété de la législation française. En effet, le

⁴⁰⁹ Premières informations – Premières synthèses, 2004-06, n° 26-1.

⁴¹⁰ Loi précitée dans nos observations sous l'article 26, page 98.

⁴¹¹ Précité pages 100, 103 et 105.

⁴¹² Rapport précité, notamment page 49.

⁴¹³ Conclusions précitées, notamment page 50.

Code du travail prévoit pour certaines activités dangereuses un âge légal du travail inférieur à 18 ans (entre 15 et 18 ans). Le Comité estime que l'âge minimum pour l'accomplissement de tâches dangereuses ou insalubres soit fixé à 18 ans. Par ailleurs, le Comité relève que les jeunes titulaires d'un C.A.P.⁴¹⁴ ne sont plus soumis aux limites d'âge prévues par le Code du travail et peuvent donc effectuer des tâches dangereuses ou insalubres avec l'accord d'un médecin du travail. Le Comité considère cette situation contraire à la Charte sociale révisée qui n'autorise pas d'exceptions pour ceux qui ont terminé leur formation. Enfin le comité note que le Code du travail va être modifié concernant les dérogations possibles aux limites d'âge pour des activités dangereuses ou insalubres si ces dernières font partie de la formation du jeune. Outre de plus amples informations sur les critères prévalant à l'acceptation des dérogations, le Comité souhaite que ces modifications tiennent compte de la Charte sociale. Concernant l'article 7 §3, le Comité conclut à la conformité dans l'attente de plus amples informations sur la participation des enfants à des spectacles publics, notamment sur la période de repos. La situation de la France quant à la durée du travail des jeunes entre 15 et 18 ans⁴¹⁵ est jugée conforme à l'article 7 §4. Concernant la rémunération des jeunes travailleurs et l'allocation des apprentis, le Comité ajourne ses conclusions dans l'attente de plus amples informations sur le SMIC au titre de l'article 4 §1⁴¹⁶. Sur le temps de formation professionnelle, la situation est toujours jugée conforme à l'article 7 §6, tout comme la situation concernant l'interdiction du travail de nuit⁴¹⁷ et l'existence d'un contrôle médical régulier⁴¹⁸. Concernant la possibilité de prendre à tout moment des congés perdus pour maladie ou accident, le Comité demande à la France de prouver l'existence de cette possibilité pour la grande majorité des travailleurs et ajourne ses conclusions sur le §7⁴¹⁹.

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

La loi du 2 janvier 2004⁴²⁰ soumet au consentement écrit du mineur de 13 ans sont travail dans des entreprises de spectacle, cinéma, télévision, mannequinat⁴²¹. Les représentants légaux doivent également donner leur consentement au travail de leur enfant, travail qui de plus doit être autorisé par la Préfet sur avis conforme d'une commission. Le non respect de l'article L.211-6 est assorti de sanctions aggravées⁴²².

La loi du 4 mai 2004⁴²³ a créé les contrats de professionnalisation qui vont se substituer aux contrats de qualification, aux contrats d'orientation et aux contrats d'adaptation à partir du 1^{er} octobre 2004. Ce contrat s'adresse aux jeunes de 16 à 25 ans qui souhaitent compléter leurs formations initiales⁴²⁴. L'employeur devra assurer à l'employé une formation lui permettant d'acquérir la qualification professionnelle envisagée et lui procurer un emploi en relation avec cet objectif pendant la durée du contrat. Le décret du 13 septembre a fixé le salaire minimum des employés de moins de 26 ans. Il ne pourra être inférieur à 55 % du SMIC pour les bénéficiaires âgés de moins de 21 ans et à 70 % du SMIC pour ceux âgés de 21 ans et plus.

⁴¹⁴ Certificat d'aptitude professionnelle.

⁴¹⁵ Depuis le 31 décembre 2001, 7 heures par jour, 35 heures par semaine.

⁴¹⁶ Droit à une rémunération équitable.

⁴¹⁷ L'article 7 §8.

⁴¹⁸ L'article 7 §9.

⁴¹⁹ L'article 7 § 10 est examiné au titre de l'article 4 du présent rapport.

⁴²⁰ Loi sur l'accueil et la protection de l'enfance, précitée pages 25 et 49.

⁴²¹ Art. L. 211-6 al 1 du Code du travail.

⁴²² Cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende, article L. 261-4 du Code du travail.

⁴²³ Loi n° 2004-931 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, publiée au J.O. du 5 mai 2004, p.7983, complétée par un décret du 13 septembre 2004, publiée au J.O. du 15 septembre 2004.

⁴²⁴ Ainsi qu'aux jeunes demandeurs d'emploi de 26 ans et plus, article L. 981 à L. 981-8 du Code du travail.

Les montants sont réévalués à 65 % et 80 % du SMIC lorsque le bénéficiaire et titulaire d'un bac pro ou d'un diplôme à finalité professionnelle du même niveau.

Motifs de préoccupation

Il convient de renforcer la législation protectrice des jeunes au travail dans le sens préconisé par le CEDS. De plus, la France souffre d'un manque de moyen au niveau de l'Inspection du travail. Or, le contrôle des entreprises ayant recours aux apprentis est particulièrement nécessaire tant cette main d'œuvre jeune et ayant besoin du poste qu'on lui propose est vulnérable.

Contrôle de la protection

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

La Cour de cassation a considéré que le délai de deux mois prévu par l'article L. 117-17 du Code du travail permettant à l'une ou à l'autre des parties de résilier sans motif le contrat d'apprentissage, est suspendu pendant les périodes d'absence pour maladie de l'apprenti⁴²⁵. Les juges appliquent ainsi de manière favorable au jeune leur jurisprudence concernant les CDI⁴²⁶.

La Cour de cassation a également considéré que la rupture anticipée d'un contrat d'emploi jeune ouvrait droit à une indemnisation⁴²⁷.

Article 33. Vie familiale et vie professionnelle

Congé parental

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

L'ordonnance n° 2004-602 du 24 juin 2004 relative à la simplification du droit dans les domaines du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle⁴²⁸ adopte des mesures favorables à la prise de congés spéciaux. Désormais, les demandes de congé parental d'éducation ou de réduction de temps de travail, de congé en vue de l'adoption à l'étranger, de congé de présence parentale et de congé de solidarité familiale peuvent être formulées à l'employeur par lettre remise en main propre contre décharge et non plus seulement par lettre recommandée avec avis de réception. L'ordonnance précise qu'à l'issue des congés de maternité, d'adoption, de paternité et en vue de l'adoption à l'étranger, « le salarié retrouve son précédent emploi ou un emploi similaire assorti d'une rémunération au moins équivalente ».

Protection contre le licenciement pour des motifs liés à l'exercice de responsabilités familiales

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

La Cour de cassation apporte de nouvelles précisions sur le régime juridique du congé parental. Dans l'arrêt *Mme Boissière c. Mme Germain* du 11 février 2004, où la requérante, salariée dans une pharmacie, est tombée enceinte alors qu'elle était en congé parental, deux types de suspension du contrat de travail se chevauchaient. Se posaient alors la question de savoir quel régime juridique devait s'appliquer : celui du congé parental ou celui de la

⁴²⁵ Cass. soc., 16 mars 2004, pourvoi n° 01-44.456.

⁴²⁶ Contrats à durée indéterminés.

⁴²⁷ Cass. soc., 13 juillet 2004.

⁴²⁸ Précitée, page 106.

maternité, ce dernier étant plus protecteur, puisqu'il interdit le licenciement ? La Cour de cassation estime que le bénéfice du congé parental ne fait pas obstacle aux règles protectrices de la maternité. Et dans l'arrêt, *AFPI c. M. Bertier* du 28 janvier 2004, elle précise que le congé parental s'imposant à l'employeur, le salarié qui en raison de son congé parental n'a pas pris son congé annuel avant l'expiration du congé ne peut prétendre à une indemnité compensatrice.

Vie familiale et promotion professionnelle

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

L'ordonnance n° 2004-602 du 24 juin 2004⁴²⁹ abroge les articles L. 323-36 et L. 323-39 à D. 323-34 du Code du travail portant obligation d'emploi des pères de familles sont abrogés.

Initiatives des entreprises

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

La loi n° 2003-1199 du 18 décembre 2003 sur le financement de la sécurité sociale pour 2004 crée la prestation d'accueil du jeune enfant.

Article 34. Sécurité sociale et aide sociale

Aide sociale et lutte contre l'exclusion sociale (en général)

Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données

Le FMI, dans la consultation de 2004 au titre de l'article IV avec la France⁴³⁰ relève les liens pernicioseux qui existent en France entre les politiques du marché du travail et le budget qui sont devenus un problème critique. Le caractère vicieux de ce cercle s'est confirmé avec l'harmonisation des SMIC dont une nouvelle forte augmentation s'annonce en 2005.

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

La loi n° 2003-1200 du 18 décembre 2003 portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité opère d'une part un transfert de l'Etat au département du financement et de la gestion de l'allocation de revenu minimum d'insertion et de la conduite des actions d'insertions sociales et professionnelles, et institue d'autre part un contrat d'insertion-revenu minimum d'activité (CIRMA). Ce nouveau contrat à durée déterminée de 18 mois au plus, à temps partiel (20 heures par semaine), peut être conclu entre des allocataires du revenu d'insertion minimum (RMI) ayant des difficultés particulières d'accès à l'emploi et un employeur qui s'engage à lui verser un revenu minimum d'activité égal au produit du nombre d'heures par SMIC horaire. En contrepartie, l'employeur se voit attribuer une aide financière de l'Etat dont le montant est égal au montant à celui de l'allocation du RMI garanti à une personne isolée, diminué du montant du forfait logement et une exonération de cotisations.

Le texte fit l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel qui l'a rejeté⁴³¹. Le Conseil estime ainsi d'une part, que le régime du RMA ne porte pas atteinte à la liberté contractuelle, et, d'autre part, que la décentralisation opérée n'est contraire ni aux principes du Préambule de la

⁴²⁹ Précitée.

⁴³⁰ Conclusions de la mission, 6 juillet 2004.

⁴³¹ CC. DC. n° 2003-487, 18 décembre 2003.

Constitution de 1946, ni au principe d'égalité. Sur ce point, les auteurs de la saisine estimaient que les alinéas 10 (garantie à l'individu et à la famille des conditions nécessaires à leur existence) et 11 (protection pour tous de la santé, de la sécurité matérielle, du repos et des loisirs) du Préambule de la Constitution de 1946 et le principe d'égalité seraient violés par cette loi dans la mesure où ce transfert, faute d'encadrement suffisant, ne peut entraîner qu'une rupture d'égalité entre les bénéficiaires potentiels du revenu minimum d'insertion selon le lieu de leur résidence. Le Conseil écarte ce moyen, estimant que le « législateur a fixé des conditions suffisantes pour prévenir la survenance de ruptures caractérisées d'égalité dans l'attribution du revenu minimum ». Reprenant sa jurisprudence relative aux allocations répondant aux exigences de solidarité nationale, le Conseil ne pose qu'une exigence limitée : le devoir pour le législateur d'éviter seulement les ruptures d'égalité caractérisées, ce qui ne fait pas obstacle à un régime non uniforme sur l'ensemble du territoire.

Les décrets n° 2004-99 et n° 2004-300 du 29 mars 2004 fixent les modalités d'accès et de mise en œuvre du CIRMA. Ainsi, celui-ci est d'une part ouvert aux allocataires percevant le RMI depuis au moins 1 an dans les 2 ans suivant la conclusion d'une convention RMA. Il est prévu des exceptions : des personnes ne remplissant pas ces conditions peuvent bénéficier du CIRMA si, du fait de leur situation sociale, elles rencontrent de graves difficultés d'accès à l'emploi, ou si le nombre de conventions CIRMA conclues à ce titre dans chaque département n'excède pas dix pour cents du nombre total de conventions conclues annuellement. D'autre part, le CIRMA est également ouvert sans délai aux personnes qui ont épuisé leurs droits au bénéfice de l'allocation de solidarité spécifique.

Les décrets n°2004-15 et n°2004-816 du 18 août 2004 opèrent une réduction du montant des aides financières d'encouragement allouées aux employeurs dans le cadre des contrats emploi-solidarité et emploi-consolidé, qui ont pour objet de favoriser l'insertion ou la réinsertion professionnelle ayant des difficultés d'accès à l'emploi. Ces réductions s'appliquent aux conventions initiales conclues à compter du 20 août 2004.

Aide sociale au bénéfice des étrangers en situation illégale et des demandeurs d'asile

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

La Cour de cassation, en Assemblée plénière, juge dans l'arrêt *DRASS pays de la Loire* du 1^{er} avril 2004 qu'un ressortissant étranger peut prétendre, rétroactivement à la date de leur entrée en France aux prestations familiales pour ses enfants, une fois régularisée la procédure de regroupement familial. Cette solution, sans doute conforme aux articles 8 et 14 de la Convention européenne, confère un caractère rétroactif à la mesure de régularisation intervenue le cas échéant après l'entrée sur le territoire.

Sécurité sociale au bénéfice des personnes qui se sont déplacées à l'intérieur de l'Union

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

Dans l'arrêt *M. Quentin c. SA La flèche blanche* du 7 juillet 2004 rendu par la Cour de cassation, à la question de savoir si un assuré affilié à un régime d'assurance maladie français peut prétendre à la prise en charge des frais médicaux exposés à l'occasion d'un séjour temporaire dans un autre Etat membre de l'Union, alors qu'il ne répond pas aux conditions fixées à cette fin par le règlement relatif à la coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale et qu'il ne détient pas en particulier l'imprimé E 11, la Cour répond positivement.

Mesures favorisant l'accès au logement

Bonnes pratiques

Le Rapport de l'IGAS 2004-054 de mai 2004⁴³² constate des progrès significatifs accomplis concernant l'accès aux soins des personnes les plus démunies grâce à la mise en place de la CMU dont bénéficient 1,6 millions de personnes.

Motifs de préoccupation

Le Rapport de l'IGAS 2004-054 de mai 2004⁴³³ constate que certaines dispositions ne fonctionnent pas de façon satisfaisante, en particulier dans le domaine du logement, plus particulièrement en matière de prévention des expulsions et d'accès au logement des personnes en situation de précarité.

Autres évolutions pertinentes

Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données

La Cour européenne des droits de l'homme condamne la France⁴³⁴ en estimant que la subordination de l'allocation aux adultes handicapés à une condition de nationalité est incompatible avec les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme.

Article 35. Protection de la santé

Accès à l'assistance médicale

Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données

Dans son rapport du 30 juin 2004⁴³⁵ le Comité des droits de l'enfant a relevé un certain nombre de points qui doivent être améliorés dans le système de santé français. Les inégalités de traitement des patients en raison de la décentralisation accrue du système sanitaire, le manque de moyens humains et financiers ainsi que d'infrastructure sanitaire dans les zones les plus défavorisées et les limitations apportées à l'accès aux soins des migrants sans papiers sont les principaux problèmes soulevés par le rapport. Le Comité attire également l'attention sur la pénurie de services psychiatriques et sur l'absence d'organisme national chargé de promouvoir et d'encourager l'allaitement exclusivement maternel.

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

La loi du 9 août 2004 relative à la santé publique⁴³⁶ est intervenue pour modifier le système de santé français sur plusieurs points comme la formation et le rôle des professionnels de la santé, les recherches biomédicales et la prévention des risques sanitaires liés à l'environnement. Elle crée des plans santé-environnement⁴³⁷ et des plans régionaux de santé publique (PRSP) qui déterminent les priorités de santé dans chaque région en tenant compte des spécificités locales. Sur ce dernier point, il convient de rappeler que l'importance de la

⁴³² Inspection générale des affaires sociales, Etude sur la lutte contre l'exclusion, dans le cadre de l'application de la loi du 29 juillet 1998.

⁴³³ op. cit. 13

⁴³⁴ Cour EDH, *M. Koua Poirrez contre France*.

⁴³⁵ Comité des droits de l'enfant, examen des rapports présentés par les Etats parties, CRC/C/15/Add.240.

⁴³⁶ Loi n° 2004-806, JORF, 11 août 2004, p. 14277.

⁴³⁷ Précité, ci-dessus, observations sur l'environnement, article 37.

décentralisation des structures responsables de la détermination et de l'application de la politique de santé avait été critiquée par le rapport du Comité des droits de l'enfant⁴³⁸.

En ce qui concerne plus spécifiquement l'accès au soin, la loi du 13 août 2004⁴³⁹ a créé une mission régionale de santé concernant d'une part l'Agence régionale d'hospitalisation (ARH) chargé d'assurer l'égal accès de tous à l'offre de soins auprès des établissements hospitaliers⁴⁴⁰ et, d'autre part, les Unions régionales des caisses d'assurance maladie (URCAM). Cette mission concerne l'exercice des compétences conjointes de ces deux organismes, notamment en matière de répartition géographique territoriale des professionnels de santé libéraux, de permanence des soins, du programme annuel des actions de soins préventifs, diagnostiques ou curatifs, et de gestion du risque.

Ces deux lois améliorent les structures d'accès aux soins mais ne permettent pas de résoudre la question essentielle de la gestion des ressources et d'attribution des moyens aux établissements de mission de service social de santé qui garantissent un accès aux soins pour les personnes de revenus modestes même si la loi du 19 août 2004 précitée, comporte des améliorations de l'accès aux soins des plus démunis⁴⁴¹.

Aspects positifs

1. L'accès aux soins des plus démunis a été amélioré par la création de la Couverture maladie universelle (CMU) en 1999⁴⁴². La loi du 13 août 2004 précitée, a facilité l'accès à la CMU complémentaire. La CMU est, en effet, composée d'une couverture de base et d'une couverture complémentaire. La dernière peut être gratuite pour les plus démunis, mais le seuil de revenus qui conditionnait sa gratuité excluait de son bénéfice un grand nombre de personnes en difficultés financières. Un rapport de l'Inspection générale des affaires sociales⁴⁴³ tout en relevant les progrès réalisés en matière d'accès aux soins grâce à la CMU, aux permanences d'accès aux soins (PASS) et aux programmes régionaux d'accès à la prévention et aux soins (PRAPS) fait état des inégalités qui demeurent selon les régions et rappelle les problèmes liés à la rigidité des seuils de gratuité de la CMU complémentaire. A cet égard, la loi du 13 août 2004 crée une aide pour son acquisition au profit de ceux dont les ressources dépassent 15% du seuil légal. Cette aide est en pratique un crédit d'impôt qui est octroyé à l'organisme d'assurance et qui se traduit par une réduction de la prime ou de la cotisation due par les assurés. On estime que 2 millions de personnes sont concernées par cette mesure.

2. Dans le cadre de la lutte contre le tabagisme, les autorités prévoient la prise en compte des plus démunis par la mobilisation des permanences d'accès aux soins de santé (PASS) et la gratuité des substituts nicotiniques⁴⁴⁴.

3. Un arrêté a fixé les matières qui devaient figurer dans les schémas régionaux d'organisation sanitaire (SRSO)⁴⁴⁵. On y trouve la prise en charge des personnes âgées, des enfants et des adolescents⁴⁴⁶.

⁴³⁸ Rapport précité, note 435.

⁴³⁹ Loi relative à l'assurance maladie n°2004-810, JORF, 17 août 2004.

⁴⁴⁰ Loi n°96-346 du 24 avril 1996, JORF, 25 avril 1996.

⁴⁴¹ Voir infra, « aspects positifs ».

⁴⁴² La Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle.

⁴⁴³ IGAS, rapport n°2004-54, mai 2004, disponible sur <http://www.ladocumentationfrancaise.fr>.

⁴⁴⁴ Instruction DHOS/02/E1, n° 2004-180, 19 avril 2004, Bulletin officielle des affaires sociales (BOAS).

⁴⁴⁵ Schémas créés par l'ordonnance du 4 septembre 2003 portant notamment simplification du fonctionnement du système de santé.

⁴⁴⁶ Arrêté du 27 avril 2004, NOR : SANHO421524A, JORF, 15 mai 2004.

Motifs de préoccupation

1. Loi de finance pour 2004 comporte une réforme en profondeur du système de la Sécurité sociale en vue de réduire son déficit⁴⁴⁷. Elle établit un système d'allocation des ressources en fonction du volume et de la nature des activités de ces établissements mesurées au cours d'une période de référence. Le nouveau système s'insère dans la politique de rationalisation des dépenses de santé mais il introduit une logique de concurrence entre établissements. Le risque est alors de voir un certain nombre d'établissements d'abandonner des activités tombant en dessous d'un seuil de rentabilité. Le risque demeure même si la loi prévoit des correctifs destinés à attribuer des financements complémentaires pour garantir les missions de service public liées à l'action sociale et à l'accès aux soins.

2. Le système d'Aide médicale Etat (AME) a été modifié et une nouvelle condition de trois mois de résidence ininterrompue en France a été ajoutée⁴⁴⁸. Si les étrangers en situation irrégulière sont en droit de demander une telle aide, ils peuvent difficilement apporter les pièces justificatives demandées par les autorités. Un grand nombre de migrants sans papiers est donc exclu, de fait, du bénéfice de l'aide. L'application de la condition est en outre inégalitaire, chaque caisse d'assurance maladie pouvant adopter une interprétation plus ou moins exigeante. Certes, la Caisse nationale d'assurance maladie (CNAM) a précisé que la preuve de résidence pouvait se faire par tout moyen probant et sans qu'il soit besoin d'obtenir un justificatif pour chacun des mois comportant cette période⁴⁴⁹, mais les problèmes demeurent préoccupants. Tout d'abord, la position ainsi déterminée n'a pas de portée contraignante à l'égard des caisses locales qui adoptent des positions très diverses, ce qui altère l'égalité de traitement d'une région à une autre. Ensuite, tout document justificatif n'est pas admis. Ainsi les factures de biens de consommation ne peuvent constituer de justificatif⁴⁵⁰, et elles sont refusées, sans aucun examen préalable qui, le cas échéant, aurait pu permettre au demandeur de constituer des éléments pour son dossier⁴⁵¹. Mais surtout, aucune déclaration sur l'honneur ni du demandeur ni de la personne qui procure un hébergement au demandeur n'est prise en compte, alors que cette déclaration est utilisée dans de nombreux domaines⁴⁵². Un étranger clandestin, qui ne peut justifier sa résidence ininterrompue de trois mois en France, ne peut alors gratuitement bénéficier que des seuls soins « dont l'absence mettrait en jeu le pronostic vital ou pourrait conduire à une altération grave de la santé de la personne ou de l'enfant à naître et qui sont dispensés par les établissements de santé »⁴⁵³. Si l'intéressé peut élire comme domicile un centre communal ou intercommunal⁴⁵⁴ ou un organisme agréé à cet effet par le préfet⁴⁵⁵, cette adresse administrative qui permet d'assurer la simple gestion du dossier ne suffit pas, dans tous les cas, à justifier la résidence⁴⁵⁶.

⁴⁴⁷ Loi n°2003-1199 du 18 décembre 2003, JORF, 19 décembre 2003.

⁴⁴⁸ Loi de fin. rect. pour 2003, n°2003-1312, JORF, 31 décembre 2003. Auparavant, la condition de résidence existait mais sans condition de durée et elle était appréciée au regard des critères de fait dégagés par le Conseil d'Etat dans son avis n°328143 du 8 avril 1981.

⁴⁴⁹ CNAMTS, lettre réseau, LR-DRM-71/2004 du 14 mai 2004.

⁴⁵⁰ Lettre précitée.

⁴⁵¹ Cet examen aurait pu être justifié lorsque, par exemple, le demandeur apporte des factures d'un produit que seul lui pouvait acheter à l'exclusion de toute autre personne, ou lorsque la facture désignait nommément le demandeur.

⁴⁵² Par exemple, en matière de déclaration sur l'honneur des revenus dans le cadre de l'allocation familiale.

⁴⁵³ Loi de fin. rect. n°2003-1312 précitée.

⁴⁵⁴ 3,5 % des demandeurs seulement en 2003. Chiffres de l'Observatoire de l'accès aux soins de la Mission France des Médecins du monde, Rapport 2003, Hors série, été 2004, Paris, p. 36.

⁴⁵⁵ 39,2 % des demandeurs, Rapport précité.

⁴⁵⁶ 57,3 % des demandeurs n'ont pas pu justifier une domiciliation en France, Rapport précité.

En décembre 2003, les associations Médecins du Monde et Médecins Sans Frontières lançaient un appel conjoint pour alerter les pouvoirs publics contre les dangers induits par les réformes de l'Aide Médicale Etat. Ils dénonçaient un « drame sanitaire » lié à « l'inaccessibilité de fait du dispositif de médecine générale, aux renvois vers les hôpitaux, aux refus de soins, au durcissement des pratiques administratives »...etc⁴⁵⁷. Les rapports des associations relèvent des cas précis démontrant un durcissement particulièrement inquiétant des pratiques des autorités locales dans le suivi des demandes.

Drogues (réglementation, dépénalisation, traitements de substitution)

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

La Mission interministérielle de lutte contre la drogue et la toxicomanie a publié en juillet 2004 le Plan gouvernemental de lutte contre les drogues illicites, le tabac et l'alcool 2004 – 2008⁴⁵⁸. Les pouvoirs publics sont loin de céder aux demandes des associations de dépénaliser l'usage d'un certain nombre de drogues. Ainsi, le plan prévoit « l'interpellation pour usage comme une occasion de rappeler l'exigence de respect de l'interdit légal et, le cas échéant, d'orientation vers des services appropriés aux situations individuelles ». Les associations restent sur leurs positions et affirment que la sanction pénale du simple usage ne constitue pas une réponse adaptée à la lutte contre la toxicomanie⁴⁵⁹. Elles déplorent le fait que le débat politique français se soit focalisé sur l'aspect pénal et judiciaire, au détriment d'un débat de santé publique.

Aspects positifs

Depuis 1994 de nombreux centres d'accueil pour les toxicomanes ont été créés par l'Association des Médecins du Monde. Ils proposent des traitements de substitution, notamment à la méthadone, aux usagers des stupéfiants. Il existe aussi des unités mobiles, notamment à Marseille et à Paris qui fournissent aux personnes marginalisées un suivi moins contraignant et plus adapté.

L'Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé (ANAES) et la Fédération française d'addictologie ont organisé une Conférence de consensus sur les stratégies à adopter pour les traitements de substitution au profit des personnes dépendantes des opiacés⁴⁶⁰. De nombreuses associations ont participé à cette conférence soutenue par le ministère de la santé et de la protection sociale. La Conférence a élaboré des recommandations à destination des professionnels de la santé et relatives à l'utilisation des traitements de substitution. Elles portent sur les finalités et les résultats attendus de ces traitements, sur les indications des médicaments de substitution des opiacés, sur les modalités de prise en charge et de suivi, sur l'adaptation des traitements en pratique et sur l'amélioration des pratiques professionnelles.

Motifs de préoccupation

⁴⁵⁷ Médecins sans frontières, Samu social de Paris, Comité médical pour les exilés (COMEDE), Médecins du monde, *Les conséquences des réformes sur aide médicale Etat (AME)*, Dossier de presse, 8 juin 2004.

⁴⁵⁸ Le plan est disponible à l'adresse <http://www.drogues.gouv.fr>.

⁴⁵⁹ Association nationale des intervenants en toxicomanie, *Réaction au plan gouvernemental de lutte contre les drogues illicites, le tabac et l'alcool*, disponible à l'adresse <http://www.anit.asso.fr/actus/actus.php?id=0000022>.

⁴⁶⁰ Conférence de consensus, *Stratégies thérapeutiques pour les personnes dépendantes des opiacés : place des traitements de substitution*, 23 et 24 juin 2004, Lyon (École normale supérieure), disponible à l'adresse http://umvf.cochin.univ-paris5.fr/article.php3?id_article=869.

1. Les efforts d'encadrement des toxicomanes sont engagés par des associations et leurs partenaires sociaux. Les pouvoirs publics ne font que reconnaître ses actions *a posteriori*. Une meilleure implication de ces derniers dans l'action associative permettrait d'améliorer la prise en charge des toxicomanes.

La politique de sévérité des sanctions pénales à l'encontre des usagers fait obstacle à une prise en compte large du public concerné dans la mesure où elle pousse les usagers à la clandestinité.

Article 36. Accès aux services d'intérêt économique général

Sans intérêt

Article 37. Protection de l'environnement

Droit à un environnement sain

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

Plusieurs mesures législatives et réglementaires ont été prises en matière de protection de l'environnement pour la transposition des normes communautaires. Dans le domaine de l'air, l'ordonnance n° 2004-330 du 15 avril 2004⁴⁶¹ a permis de transposer en France la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil⁴⁶². Un certain nombre d'activités sont soumises, conformément au Protocole de Kyoto, à une autorisation et à des quotas pour l'émission de gaz à effet de serre.

Dans le domaine du bruit, la directive 2002/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 mars 2002 relative à l'établissement de règles et procédures concernant l'introduction de restrictions d'exploitation liées au bruit dans les aéroports de la Communauté et la directive 2002/49/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 juin 2002 relative à l'évaluation et à la gestion du bruit dans l'environnement ont été transposées respectivement par le décret n° 2004-1051 du 28 septembre 2004 modifiant le code de l'aviation civile⁴⁶³ et l'ordonnance n° 2004-1199 du 12 novembre 2004⁴⁶⁴. Le premier met en place une politique de réduction à la source des bruits générés par les aéronefs alors que le deuxième établit un plan d'évaluation, de prévention et de réduction du bruit dans l'environnement en général.

Dans le domaine de l'eau, la loi n° 2004-338 du 21 avril 2004⁴⁶⁵ portant transposition de la directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 vise à établir un cadre général pour la protection des eaux continentales, souterraines et côtières dans le but de parvenir au bon état écologique des eaux. Elle prévoit le principe de récupération du coût des services liés à l'utilisation de l'eau, y compris des coûts environnementaux. Elle introduit aussi des objectifs de qualité et de quantité des eaux évalués dans le cadre des programmes pluriannuels et qui doivent être atteints au plus tard le 22 décembre 2015. En ce qui concerne la pollution maritime par des navires, le décret n° 2004-85 du 26 janvier 2004⁴⁶⁶ relatif aux enquêtes techniques après événement de mer, accident ou incident de transport terrestre

⁴⁶¹ Loi portant création d'un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, JORF, n°91, 17 avril 2004, p.7089.

⁴⁶² Voir aussi le Plan national d'affectation des quotas pour la période 2005-2007 élaboré par le ministère de l'écologie et du développement durable, http://www.ecologie.gouv.fr/article.php?id_article=2207.

⁴⁶³ JORF, n°232, 5 octobre 2004, p. 17044.

⁴⁶⁴ JORF, n°265, 14 novembre 2004, p. 19200.

⁴⁶⁵ JORF, n° 95, 22 avril 2004, p. 7327.

⁴⁶⁶ JORF, n°23, 28 janvier 2004, p. 1996.

détermine les règles d'organisation et de fonctionnement des services dénommés « Bureau d'enquêtes sur les événements de mer » (BEA mer)⁴⁶⁷. Par ailleurs, le décret n° 2004-1220 du 17 novembre 2004⁴⁶⁸ transpose la directive 2002/59/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2002 relative à la mise en place d'un système communautaire de suivi du trafic des navires et d'information.

Quant aux sanctions, la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004⁴⁶⁹ portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité aggrave notablement les infractions en matière de pollution des eaux maritimes par rejets des navires et augmente le niveau des peines encourues. Par ailleurs, elle améliore les dispositions relatives aux tribunaux spécialisés du littoral maritime et étend leurs compétences à toute forme de pollution. La nouvelle loi améliore considérablement le régime juridique, mais des difficultés d'ordre pratique liées au manque de moyens et d'effectifs de surveillance et d'enquêtes en matière de pollution maritime restent préoccupantes.

Aspects positifs

Un décret du 24 juin 2004⁴⁷⁰ a créé l'Office central de lutte contre les atteintes à l'environnement et à la santé publique rattaché à la sous-direction de la police judiciaire de la direction générale de la gendarmerie nationale. Elle a pour compétence la lutte contre les infractions liées à l'environnement et à la santé publique, à l'exception des matières relevant d'autres organismes publics. Elle a pour mission la coordination des investigations, l'observation et l'étude des comportements incriminés ainsi que la centralisation des informations. Elle porte assistance aux autorités de police et de gendarmerie et conduit des actions de formation et d'information.

Motifs de préoccupation

Un certain nombre de directives sont toujours en attente de transposition alors que les délais sont expirés⁴⁷¹. Par ailleurs, à un moment où elle se prépare à incorporer dans sa Constitution une Charte de l'environnement, la France se voit régulièrement condamnée par la CJCE pour manquement à ses obligations communautaires en matière d'environnement. Elle a été ainsi condamnée pour non transposition et pour transposition incorrecte des directives importantes relatives à la dissémination volontaire des OGM⁴⁷². Par ailleurs, au courant de l'année 2004, le juge communautaire a sanctionné les différentes violations des dispositions liées à la protection de l'environnement. Il s'agit en premier lieu de la directive 91/271/CEE du Conseil, du 21 mai 1991, relative au traitement des eaux urbaines résiduaires, en deuxième lieu, des prescriptions de l'annexe III du protocole relatif à la protection de la mer Méditerranée contre la pollution d'origine tellurique, signé à Athènes le 17 mai 1980⁴⁷³ et, en troisième lieu, des exigences de la directive 80/778/CEE du Conseil, du 15 juillet 1980, relative à la qualité des eaux destinées à la consommation humaine, la teneur en nitrates des

⁴⁶⁷ Le décret concerne aussi le « bureau d'enquêtes sur les accidents de transport terrestres » (BEA-TT).

⁴⁶⁸ JORF, n° 268, 18 novembre 2004, p. 19443.

⁴⁶⁹ JORF, n° 59, 10 mars 2004, p. 4567, voy. aussi nos observations sur cette loi sous les articles 47 et suivants, notamment page 126.

⁴⁷⁰ Décret n°2004-612, JORF, n°148, 27 juin 2004, p. 11712.

⁴⁷¹ Il s'agit par exemple de la directive 2001/96/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001 établissant des exigences et des procédures harmonisées pour le chargement et le déchargement sûrs des vraquiers.

⁴⁷² CJCE, 15 juillet 2004, Commission c/ France, C-419/03.

⁴⁷³ Décision 83/101/CEE du Conseil, du 28 février 1983.

eaux destinées à la consommation humaine en Bretagne ne respectant pas, dans ce dernier cas, les seuils communautaires⁴⁷⁴.

Le droit d'accès à l'information en matière d'environnement

Bonnes pratiques

Une circulaire demande la création au niveau départemental d'un dispositif de procédure d'alerte à la pollution atmosphérique pour garantir une information rapide de la population en cas de dépassements des seuils de pollution tolérés⁴⁷⁵.

Motifs de préoccupation

Les cavités souterraines en France constituent un réel problème de risque et un programme d'étude et d'analyse a été mise en place depuis 2001. On estime aujourd'hui que 2500 communes sont victimes des seules séquelles de l'exploitation minière⁴⁷⁶. Le décret du 9 juin 2004⁴⁷⁷ modifiant le décret n° 90-918 du 11 octobre 1990 relatif à l'exercice du droit à l'information sur les risques majeurs n'apporte pas de modifications substantielles au régime déjà existant et consacre simplement un nouveau document d'information au niveau départemental, notamment dans le domaine de prévention du risque d'effondrement de cavités souterraines.

Le recours aux mécanismes incitatifs en vue de la protection de l'environnement

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

L'ordonnance n° 2004-489 du 3 juin 2004⁴⁷⁸ portant transposition de la directive 2001/42/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2001 soumet des plans et documents qu'elle définit et qui ont une incidence notable sur l'environnement à une évaluation environnementale obligatoire. Plus spécialement, d'autres mesures permettent de prendre en compte les préoccupations environnementales dans le domaine des marchés publics et en matière de santé publique. En ce qui concerne les marchés publics, le décret n°2004-15 du 7 janvier 2004⁴⁷⁹ a refondu le code des marchés publics pour adapter les dispositions nationales aux exigences du droit communautaire. En ce qui concerne la santé publique, la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique⁴⁸⁰, prévoit l'élaboration d'un « plan santé-environnement » qui porte sur l'évaluation et la prévention des risques pour la santé liés à l'environnement⁴⁸¹. Elle apporte un certain nombre de modifications dans l'organisation de l'administration chargée des questions de l'environnement, à l'instar de l'ordonnance n° 2004-637 du 1er juillet 2004 relative à la simplification de la composition et

⁴⁷⁴ Respectivement, CJCE, 23 septembre 2004, Commission c/ France, C-280/02 ; CJCE, 7 octobre 2004, Commission c/ France, C-239/03 ; CJCE, 28 octobre 2004, Commission c/ France, C-505/03.

⁴⁷⁵ Circulaire du 18 juin 2004 relative aux procédures d'information et de recommandation et d'alerte et aux mesures d'urgence, BOMEDD (Bulletin officiel du Ministère de l'Écologie et du Développement Durable), No 16, 30 août 2004, p. 35.

⁴⁷⁶ Chiffres du bureau de recherches géologiques et minières, www.brgm.fr.

⁴⁷⁷ Décret n° 2004-554 relatif à la prévention du risque d'effondrement de cavités souterraines et de marnières (JORF, n° 139, 17 juin 2004, p. 10835)

⁴⁷⁸ JORF, n° 129, 5 juin 2004, page 9979.

⁴⁷⁹ JORF, 8 janvier 2004, p. 703.

⁴⁸⁰ JORF, n° 185, 11 août 2004, p. 14277, voy. aussi nos observations sous l'article 35 du présent rapport.

⁴⁸¹ Un tel plan a déjà été élaboré par la Commission d'orientation du plan national santé-environnement et remis au Premier ministre (Rapport du 12 février 2004 accessible sous format pdf à l'adresse Internet <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/044000068/0000.pdf>).

du fonctionnement des commissions administratives et à la réduction de leur nombre⁴⁸². En matière fiscale, la loi de finance rectificative pour 2003⁴⁸³ a instauré une nouvelle « taxe sur les nuisances sonores » au profit des exploitants publics ou privés d'aérodromes dont l'activité dépasse un certain seuil et incombant à tout exploitant d'aéronefs, ou, à défaut, à leur propriétaire.

Article 38. Protection des consommateurs

Protection du consommateur dans le droit des contrats

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

La loi n°2004-575 du 21 juin 2004⁴⁸⁴ pour la confiance dans l'économie numérique, destinée à favoriser le développement du commerce par Internet prévoit, entre autres, les mentions obligatoires à faire figurer sur les pages électroniques pour l'information complète des usagers, la responsabilité des opérateurs et la publicité en ligne, notamment l'interdiction d'envoi de message à but de prospection directe sans l'accord préalable des destinataires. Elle reconnaît la valeur probatoire de l'écrit électronique et crée le contrat électronique. Cette loi transpose la directive 20/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique.

Décret n° 2004-989 du 17 septembre 2004 relatif aux contrats de séjour dans un immeuble à temps partagé et modifiant le décret n° 94-490 du 15 juin 1994⁴⁸⁵ accroît la protection du signataire d'un contrat de séjour dans un immeuble à temps partagé en renforçant les obligations de l'agent de voyage en matière notamment des garanties financières que celui-ci doit présenter.

Le formalisme est un élément important dans la protection des consommateurs et le respect strict des règles de forme du Code de la consommation suppose que toutes les mentions obligatoires figurent dans tout document du contrat⁴⁸⁶.

Le régime spécifique relatif aux contrats de démarchage au domicile s'étend à tout contrat, même à ceux qui relèvent d'un autre régime spécifique, comme par exemple les contrats de location ou de vente d'emplacements publicitaires⁴⁸⁷.

Motifs de préoccupation

Malgré l'appel des associations de consommateurs et un plan d'action critiqué du ministère de l'économie, aucune mesure notable n'a été prévue pour remédier au problème des marges discrétionnaires établis par les établissements bancaires entre les frais d'une opération bancaire facturés et le coût réel de cette opération. Les associations ont entamé des actions en justice contre un certain nombre d'établissements bancaires.

Protection du consommateur dans le droit judiciaire

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

Les associations peuvent agir en justice lorsque le comportement illégal du professionnel a causé un préjudice à l'intérêt collectif des consommateurs⁴⁸⁸. L'action est recevable dès lors

⁴⁸² JORF, n° 152, 2 juillet 2004, p. 12070.

⁴⁸³ Loi n°2003-1312 du 30 décembre 2003, JORF, n°302, 31 décembre 2003, p. 22594.

⁴⁸⁴ JORF, 22 juin 2004, p. 11168, voy aussi l'importante décision du Conseil constitutionnel reconnaissant l'immunité relative des directives en droit national, CC. DC 2004-496 du 10 juin 2004, *Economie numérique*.

⁴⁸⁵ JORF n° 219 du 19 septembre 2004 p. 16339.

⁴⁸⁶ Cass. 1^{ère} civ., 26 juin 2004, *G. Seel c/ Soc. Lyonnaise des banques*, n° 02-12598 et *Franfinance c/ Mme Brunel*, n° 03-11840.

⁴⁸⁷ CA Montpellier, 16 décembre 2003, *Soc. Samedoc c/ Levy*.

qu'il s'agit d'une association agréée⁴⁸⁹. Il faut rappeler que l'association peut aussi agir, en son nom propre, pour obtenir l'indemnisation du préjudice associatif que lui a causé le comportement litigieux⁴⁹⁰.

Information du consommateur

Motifs de préoccupation

La France est relativement en retard dans la transposition des directives. Les différentes lois d'habilitation du gouvernement votées par le Parlement ont permis en 2004 de transposer des directives par voie d'ordonnances. C'est ainsi que l'ordonnance n°2004-670 du 9 juillet 2004 a transposé, avec six mois de retard, la directive 2001/95/CE sur la sécurité générale des produits⁴⁹¹. La directive 99/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation est toujours en attente de transposition⁴⁹². La CJCE a condamné la France pour manquement à ses obligations de transposition⁴⁹³.

Autres évolutions pertinentes

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

Les clauses abusives porte gravement atteinte à la protection des consommateurs et le juge peut ordonner leur suppression⁴⁹⁴. Un certain nombre de clauses abusives a été dénoncé par la Commission des clauses abusives placée auprès du ministre chargé de la consommation⁴⁹⁵.

⁴⁸⁸ Ainsi, par exemple, en matière de publicité trompeuse faite par une grande entreprise d'accès Internet, Cass. 1^{ère} civ., 9 mars 2004, *SNC AOL c/ UFC Que choisir et autres*, n° 01-11296.

⁴⁸⁹ CA Rennes, 19 décembre 2003, *Fédération du logement, de la consommation et de l'environnement de l'Ille et Vilaine c/ Soc. FCE Bank PLS*.

⁴⁹⁰ Cass. 1^{ère} civ., 2 décembre 2003, *UFC Que choisir c/ SARL Plantiflor Bakker France*, n°01-13.905.

⁴⁹¹ JORF, 10 juillet 2004, p. 12520.

⁴⁹² JOCE, 7 juillet 1999, p. 12, le délai de transposition a expiré le 1^{er} janvier 2002.

⁴⁹³ CJCE, 1^{er} juillet 2004, *Commission c/ France*, C-311/03.

⁴⁹⁴ TGI Grenoble, 19 décembre, 2003.

⁴⁹⁵ Bulletin officiel de la concurrence et de la consommation des 25 mai et 6 septembre 2004.

CHAPITRE V : CITOYENNETE

Article 39. Droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen

Droit de vote et d'éligibilité aux élections du Parlement européen

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

La campagne électorale des élections européennes lancée par Mme Claudie Haigneré, Ministre déléguée aux affaires européennes, a fait référence au droit de vote et d'éligibilité des résidents communautaires non nationaux sans s'axer spécifiquement sur ce point lors de la campagne nationale d'incitation au vote. En effet, les autorités nationales se sont avant tout préoccupées de la participation électorale des citoyens, tenant compte en l'occurrence du fort taux d'abstention se développant depuis plusieurs années particulièrement lors des élections européennes. Dans ce cadre, les autorités ont insisté sur les importantes compétences du Parlement européen.

Il faut signaler par ailleurs que certains résidents communautaires non nationaux ont rencontré quelques difficultés administratives quant à leur candidature sur une liste. En effet, deux candidates, présentes sur la liste UDF en Ile de France, se sont vues refuser par le ministère de l'intérieur leur droit d'éligibilité, car les certificats attestant de l'éligibilité dans leur pays respectif avaient été décernés par des municipalités et non par l'Etat comme c'est le cas en France. Après intervention des consulats des pays des candidates, attestant de la validité des documents municipaux en cause, les autorités françaises ont finalement reconnu leur droit d'éligibilité.

Dans un arrêt relatif à la condition d'âge des candidats aux élections, le Conseil d'Etat a estimé que le contrôle préalable des déclarations de candidature exercé par le ministre de l'Intérieur « *n'inclu(ait) pas la vérification de l'éligibilité des candidats* ». Selon l'arrêt les conditions d'éligibilité sont fixées par les dispositions du chapitre III de la loi du 7 juillet 1977, et spécialement par l'article 5 de cette loi en ce qui concerne la condition d'âge⁴⁹⁶. Le contrôle de l'éligibilité d'un candidat ne peut donc avoir lieu qu'après son élection. Les autorités administratives ont pris en compte cette décision en admettant le candidat sur la liste présentée, ce candidat n'ayant pas par la suite été élu.

Article 40. Droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales

Sans intérêt

Article 41. Droit à une bonne administration

Cette question sera traitée exclusivement dans le rapport sur le droit et les pratiques de l'Union européenne.

Article 42. Droit d'accès aux documents

Cette question sera traitée exclusivement dans le rapport sur le droit et les pratiques de l'Union européenne.

⁴⁹⁶ CE, 21 mai 2004, *Ministre de l'Intérieur, de la Sécurité intérieure et des Libertés locales c/ Liste automobile vache à lait Ras-Le-Bol, liste apolitique*, n° 267788.

Article 43. Médiateur

Cette question sera traitée exclusivement dans le rapport sur le droit et les pratiques de l'Union européenne.

Article 44. Droit de pétition

Cette question sera traitée exclusivement dans le rapport sur le droit et les pratiques de l'Union européenne.

Article 45. Liberté de circulation et de séjour

Droit à l'assistance sociale des personnes ayant exercé leur liberté de circulation

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

La majorité des aides sociales sont accessibles non seulement aux ressortissants français, mais à tout étranger hors union résidant en France. Il n'existe pas de discrimination ou d'empêchement d'accès à l'assistance sociale des personnes ayant exercé leur liberté de circulation⁴⁹⁷.

La Cour de cassation a eu à connaître d'un refus de remboursement par une caisse primaire d'assurance maladie des frais médicaux pour une ressortissante nationale, ayant subi une hospitalisation dans un autre Etat membre⁴⁹⁸. La juridiction estime « qu'il résulte de l'article 49 du traité du 26 mars 1957, tel qu'interprété par la CJCE dans l'affaire Vanbraekelele c/ANMC que la caisse du lieu d'affectation est tenue de prendre en charge les frais médicaux exposés par son assuré dans un autre Etat membre selon le tarif applicable à des soins identiques dispensés dans l'Etat d'affiliation de sorte que si le remboursement effectué en application des règles en vigueur dans l'Etat de séjour est inférieur à celui qui aurait résulté de l'application de la législation en vigueur dans l'Etat d'affiliation, un remboursement complémentaire correspondant à cette différence doit être accordé à l'assuré social par l'institution compétente ».

Article 46. Protection diplomatique et consulaire

Protection des citoyens de l'Union par les représentations diplomatiques et consulaires à l'étranger

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

1. C'est un décret du 29 avril 2002⁴⁹⁹ qui assure la protection consulaire et diplomatique, en droit français, des ressortissants des autres Etats membres, conformément, entre autres dispositions, à la décision⁵⁰⁰ 95/553.

⁴⁹⁷ Des informations complètes sont accessibles sur le site www.service-public.fr; des fiches thématiques sont présentées de manière suffisamment claire et précise.

⁴⁹⁸ Cour de Cassation, 2^{ème} civ., 25 mai 2004, n° G 02-30. 6474.

⁴⁹⁹ Décret n° 2002-701 du 29 avril 2002 relatif à la protection des citoyens de l'Union européenne par les représentations diplomatiques et consulaires de la France, NOR: MAEF0210016D, JORF, n° 103, 3 mai 2002, p. 8160.

⁵⁰⁰ Nous pensons qu'une erreur de frappe est intervenue. Il n'existe pas de directive 95/553 dans la base Eur-lex. Il s'agit d'une décision.

2. Dans le cadre des événements du Côte d'Ivoire, les autorités françaises ont pris en charge le rapatriement des ressortissants français et communautaires. Selon les informations du gouvernement, du 14 novembre au 18 novembre 2004, 14 vols au départ du Côte d'Ivoire ont été affrétés pour 5000 personnes dont notamment, 16 allemands, 80 britanniques, 26 espagnols, 12 italiens, 25 portugais, 12 suédois, 20 néerlandais, 199 belges et 5 grecs qui ont ainsi bénéficié de la protection diplomatique et consulaire⁵⁰¹.

3. Un arrêté du Ministère des affaires étrangères, en date du 9 juillet 2004⁵⁰² étend la protection consulaire du Consul général de France à Gabon à tout citoyen de l'Union.

Décision 96/409/PESC du 25 juin 1996 : établissement d'un titre de voyage

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

Un décret du Ministère des affaires étrangères du 29 décembre 1998⁵⁰³ introduit le « titre de voyage provisoire de l'Union européenne » dans le régime général du calcul des droits dus pour l'octroi des titres de voyage. Le régime de ce nouveau titre est aligné à celui des titres de voyages classiques.

CHAPITRE VI : JUSTICE

Article 47. Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial

Accès au juge

Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données

La Cour européenne des droits de l'homme a eu à se prononcer plusieurs fois sur le droit d'accès à un tribunal issu de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans l'affaire *Maat*⁵⁰⁴, la France s'est vue condamnée sur ce fondement. En l'espèce, le requérant, initialement condamné par défaut, forma opposition. Sa condamnation fut confirmée. En raison de l'absence du requérant lors du prononcé de la décision, le tribunal décerna un mandat d'arrêt à son encontre. L'appel du requérant fut déclaré irrecevable par le fait qu'il s'était dérobé à l'exécution du mandat d'arrêt. La Cour de Strasbourg a donc condamné la France pour ces raisons.

La Cour a également condamné la France à plusieurs reprises concernant le droit d'accès à un tribunal à propos d'une législation désormais abrogée. La France a été condamnée concernant la déchéance du pourvoi devant la Cour de cassation en matière pénale suite à un défaut de mise en état du requérant. Les mêmes faits ont abouti aux mêmes constats⁵⁰⁵. Rappelons encore une fois que ce contentieux est destiné à s'éteindre suite à l'abrogation de la disposition litigieuse par la loi du 15 juin 2000.

⁵⁰¹ Informations obtenues auprès du service d'information du Ministère des affaires étrangères.

⁵⁰² JORF du 24 juillet 2004.

⁵⁰³ Décret no 98-1237 du 29 décembre 1998 modifiant le décret no 81-778 du 13 août 1981 fixant le tarif des droits à percevoir dans les chancelleries diplomatiques et consulaires et, en territoire français, par le ministère des affaires étrangères, NOR: MAEA9820452D, JORF, n° 302, 30 décembre 1998 p. 19917.

⁵⁰⁴ Cour eur.D.H., *Maat c. France*, 27 avril 2004.

⁵⁰⁵ Cour eur.D.H., *Morel c. France* du 12 février 2004 ; Cour eur.D.H., *Walser c. France* du 1^{er} juillet 2004.

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 a supprimé la procédure de contumace qui faisait l'objet de plusieurs condamnations de la Cour européenne des droits de l'homme. Elle est remplacée par une procédure de « défaut criminel » permettant à l'accusé même absent de désigner un avocat afin d'assurer sa défense.

La condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme n'autorise pas le requérant à saisir le juge administratif afin qu'il réexamine la décision qui a donné lieu à l'arrêt de la Cour. Telle est la réponse du Conseil d'Etat à Mme Chevrol⁵⁰⁶. Dans cette affaire, dans un arrêt du 9 avril 1999, le Conseil avait jugé qu'il ne lui appartenait pas d'apprécier lui-même la condition de réciprocité des traités internationaux posée à l'article 55 de la Constitution et qu'il se rangeait sur ce point à l'avis du ministre des affaires étrangères, qui était en l'occurrence négatif. En l'espèce, il avait considéré que la condition n'était pas remplie et que l'accord franco-algérien invoqué par la requérante ne primait pas sur le droit interne. La requérante avait alors saisi la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci avait condamné la France⁵⁰⁷ pour méconnaissance de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Selon la Cour, la jurisprudence du Conseil d'Etat est contraire aux règles du procès équitable en ce que le juge ne peut s'estimer lié par avance par l'avis du ministre. Suite à cette décision, la requérante avait demandé le réexamen par le Conseil d'Etat de sa décision du 9 avril 1999. Le Conseil d'Etat rejette cette requête comme irrecevable et énonce qu'« il ne résulte d'aucune disposition de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et notamment de son article 46, non plus que d'aucune disposition de droit interne, que la décision du 13 février 2003 par laquelle la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France puisse avoir pour effet de rouvrir la procédure juridictionnelle qui a été close par la décision du Conseil d'Etat du 9 avril 1999 ». Le Haut Conseil fait ici une lecture minimaliste de l'article 46 de la Convention européenne des droits de l'homme. La requérante ne peut que formuler une nouvelle demande à l'administration et éventuellement, réclamer réparation pour le préjudice subi.

Le Conseil d'Etat a par ailleurs jugé que l'article 700 du Nouveau Code de procédure civile n'est pas contraire à la Convention européenne des droits de l'homme et ne fait pas obstacle à l'égal accès au juge civil⁵⁰⁸. Cet article dispose que « dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation ». Le Conseil d'Etat relève que le juge n'est nullement obligé de condamner une partie à supporter les frais engagés par la partie adverse et doit tenir compte de considérations d'équité et de la situation financière des parties.

Le Conseil d'Etat a rejeté comme irrecevable une action en désaveu à l'encontre d'une carence d'un avocat⁵⁰⁹. Le requérant souhaitait en effet dénoncer l'oubli de la part de son avocat du dépôt du mémoire ampliatif annoncé dans le délai imparti, ce qui priva ainsi le requérant de son recours en cassation. Or, le Conseil d'Etat a fait une interprétation littérale de l'article R.635-1 du Code de justice administrative qui dispose qu'« une partie peut désavouer les actes ou procédures faits en son nom par son avocat lorsqu'ils peuvent influencer sur le sens du jugement », en considérant qu'une simple carence, omission ou abstention ne peut être désavouée. Cette jurisprudence est sévère puisque la carence a privé le requérant de son recours en cassation et qu'il n'a plus que la possibilité d'une action en réparation des préjudices subis.

⁵⁰⁶ CE, 11 février 2004, Chevrol, n° 257682.

⁵⁰⁷ Cour eur. D.H., Chevrol c. France, 13 février 2003, arrêt définitif.

⁵⁰⁸ CE, 6^e et 4^e sous-sections réunies, 3 décembre 2003, 250140, Docquier.

⁵⁰⁹ CE, section, 6 février 2004, n° 255007, M. Frugier.

Dans un arrêt du 17 décembre 2003⁵¹⁰, le Conseil d'Etat a précisé que l'obligation, fixée par décret du Premier ministre, du ministère d'avocat devant les Cours administratives d'appel a pour objet tant d'assurer aux justiciables la qualité de leur défense, que de concourir à une bonne administration de la justice en imposant le recours à des professionnels du droit. Le droit administratif français étant très largement prétorien et de plus en plus complexe, on ne peut que souscrire à cette décision qui renforce l'effectivité des droits de la défense et ce d'autant plus que le dispositif d'aide juridictionnelle, comme le souligne le Conseil d'Etat, permet de garantir l'accès au juge et le droit d'exercer un recours effectif.

Aspects positifs

Le Conseil constitutionnel a émis une réserve d'interprétation pour protéger l'« effectivité du droit à exercer un recours juridictionnel dont dispose toute personne physique ou morale s'agissant des infractions dont elle a été victime », à propos de l'article 9 de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés tel que modifié par la loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel⁵¹¹.

Le Conseil d'Etat a abandonné sa jurisprudence traditionnelle selon laquelle une fédération syndicale n'est pas recevable à contester une décision affectant directement les intérêts d'une des organisations qu'elle regroupe⁵¹². Cette nouvelle jurisprudence reste cependant cantonnée aux syndicats et ne s'étend pas aux associations en général.

Par une ordonnance du 10 février 2004⁵¹³, le Conseil d'Etat a ouvert la voie du recours au référé-liberté pour les détenus faisant l'objet d'un placement en cellule disciplinaire. Pour ce faire, le détenu devra prouver non seulement qu'une illégalité a été commise, mais en outre que cette violation révèle une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. On pourra cependant regretter qu'une telle preuve soit difficile à apporter en raison de l'absence de définition claire de la notion de liberté fondamentale. Ainsi, si les droits de la défense sont considérés comme des principes généraux du droit, leur non respect ne révèle pas nécessairement, pour le juge administratif, une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale.

Dans un arrêt du 23 janvier 2004⁵¹⁴, l'assemblée plénière de la Cour de cassation se livre à un contrôle de conventionnalité d'une loi, sous l'angle de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, à l'occasion d'un litige opposant deux particuliers. C'est sous cet angle que la solution est nouvelle et remarquable. En effet, jusqu'alors, la Cour ne s'était livrée à un tel contrôle que lorsque l'Etat était partie au litige. Désormais le contrôle peut intervenir dans le cadre d'une procédure entre particuliers dans laquelle une loi nouvelle vient interférer dans la prévision des parties. Il s'agit d'un contrôle approfondi qui peut conduire à l'inapplication de la loi nouvelle en cause. On peut sans doute, dans une certaine mesure, y voir le moyen pour les particuliers de remédier au fait que le contrôle de constitutionnalité ne leur soit pas ouvert.

Bonnes pratiques

Le document d'étape rendu public le 5 novembre sur les suites à donner à l'affaire d'Outreau prévoit le droit pour toute personne placée en détention provisoire, de voir, au bout de six mois, l'affaire débattue lors d'une audience publique de la chambre d'instruction. Cette mesure devrait, selon le Garde des sceaux, être reprise et mise en place par le gouvernement.

⁵¹⁰ CE, 17 décembre 2003, Meyet et autres, req. N°258253

⁵¹¹ CC, DC 2004-499 du 29 juillet 2004.

⁵¹² CE, Assemblée, 12 décembre 2003, USPAC CGT-Syndicat CGT des personnels des affaires culturelles.

⁵¹³ CE, ord. réf., 10 février 2004, *Garde des Sceaux, Ministre de la justice c. Soltani*, n°264182.

⁵¹⁴ Cass. ass. pl., 23 janvier 2004, *S.C.I. Le Bas Noyer c. Castorama France*, arrêt n° 507.

Motifs de préoccupation

Dans un arrêt du 9 décembre 2003⁵¹⁵, la chambre criminelle de la Cour de cassation a précisé que la décision par laquelle le premier président d'une juridiction, saisi en matière de référé-détention, ordonne la suspension des effets d'une ordonnance de mise en liberté n'est susceptible d'aucun recours. Le référé-détention, introduit par la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002, permet au procureur qui fait appel de la décision, dans un délai de quatre heures suivant l'ordonnance de mise en liberté, de demander au premier président de la Cour d'appel de suspendre la mise en liberté jusqu'à l'audience devant la chambre de l'instruction. Suite à l'affaire Chevrol, on peut se demander si une étude ne serait pas bienvenue pour savoir si dans certains cas, il ne faudrait pas, en matière administrative, ouvrir une possibilité de réexamen de l'affaire, à l'instar de celle qui existe en matière pénale⁵¹⁶. En effet, si en l'espèce, la requérante peut formuler une nouvelle demande à l'administration, il n'est pas sûr que ce soit possible dans tous les cas.

Protection juridictionnelle provisoire

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

Le décret n° 2004-836 du 20 août 2004⁵¹⁷ vient modifier le Nouveau Code de procédure civile. Il autorise désormais le premier président de la Cour d'appel à arrêter l'exécution provisoire de droit « *en cas de violation manifeste du principe du contradictoire ou de l'article 12 et lorsque l'exécution provisoire risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives* ». L'article 12 auquel il est fait référence permettra de sanctionner une erreur de droit au fond⁵¹⁸. Les deux conditions sont bien cumulatives.

Il nous semble regrettable que l'article vise seulement le principe du contradictoire et pas les droits de la défense.

Le Rapport 2003 de la Cour de cassation souligne le rôle important dans la gestion du contentieux, de l'article 1009-1 du Nouveau Code de procédure civile qui prévoit, en matière civile, le retrait du rôle de la Cour de cassation d'une affaire lorsque le demandeur ne justifie pas avoir exécuté la décision qu'il a frappé de pourvoi.

Responsabilité de la puissance publique et immunités de juridiction ou d'exécution

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

Dans un arrêt du 27 février 2004⁵¹⁹, le Conseil d'Etat a rappelé que la justice est rendue de façon indivisible au nom de l'Etat et qu'il appartient dès lors à celui-ci de répondre, à l'égard des justiciables, des dommages pouvant résulter pour eux de l'exercice de la fonction juridictionnelle assurée, sous contrôle du Conseil d'Etat par les juridictions administratives, y compris lorsque la loi a conféré à des instances relevant d'autres personnes morales, en l'espèce une université, compétence pour connaître de certains litiges en premier ressort. Par conséquent, une université, dont le conseil d'administration statuant en formation disciplinaire qui a infligé une sanction à un professeur, ne peut être condamnée au titre de l'exercice de cette fonction juridictionnelle.

L'Etat n'est pas responsable des actes nationaux qui se contentent de mettre en œuvre un acte communautaire qui ne laisse aucune marge d'appréciation à l'Etat et qui n'a pas été

⁵¹⁵ Cass. crim., 09 décembre 2003, pourvoi n° 03-85.939.

⁵¹⁶ Articles 626-1 et suivants du Code de procédure pénale introduits par la loi du 15 juin 2000.

⁵¹⁷ JORF, 22 août 2004.

⁵¹⁸ L'article 12 du NCPC dispose notamment : « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée. [...] »

⁵¹⁹ CE sect., 27 février 2004, *Mme Popin*, req. n° 217257

préalablement invalidé par le juge communautaire⁵²⁰. Cette position s'avère conforme à la jurisprudence de la Cour de Justice⁵²¹.

Aspects positifs

Le Conseil d'Etat a reconnu pour la première fois, après le Tribunal administratif de Marseille, le principe de la responsabilité de l'Etat du fait des carences dans la prévention des risques liés à l'exposition des travailleurs aux poussières d'amiante⁵²². La juridiction relève l'abstention fautive de l'Etat dans l'exercice de son pouvoir de réglementation en matière de police sanitaire, en particulier dans son absence de recherche pour évaluer les risques de l'amiante. Or, il incombe aux autorités publiques de se tenir informées des dangers que les travailleurs placés sous son autorité peuvent courir dans le cadre de leur activité professionnelle et d'arrêter des mesures pour limiter voire si possible éliminer ces risques. Si des mesures ont bien été prises à partir de 1977, elles n'ont pas constitué une protection suffisante. Le lien de causalité directe entre les dommages subis et la faute de l'Etat, nécessaire à l'engagement de la responsabilité, est ici présumé.

Le 18 mai 2004, l'Etat s'est vu condamné à indemniser (à hauteur de 15000 euros) la famille d'un détenu décédé dans l'incendie provoqué par son compagnon de cellule par le Tribunal administratif de Versailles⁵²³. Le Tribunal a estimé qu'« en incarcérant trois jeunes gens dans une cellule de 9 mètres carrés en méconnaissance de la réglementation concernant l'encellulement individuel des détenus de moins de 21 ans, l'administration a fait courir à M. Zaouiya un risque spécial qui l'a privé d'une chance de survie ». L'Observatoire international des prisons (OIP) a estimé que ce jugement était « une avancée juridique ».

Toujours dans le domaine de l'administration pénitentiaire, le Conseil d'Etat a abandonné l'exigence d'une faute lourde pour engager la responsabilité des pouvoirs publics, à propos d'une affaire de suicide de détenu⁵²⁴.

Aide juridictionnelle

Aspects positifs

Dans un arrêt du 1^{er} avril 2004⁵²⁵, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a jugé que la Cour d'appel qui a refusé de transmettre une nouvelle demande d'attribution au bureau de l'aide juridictionnelle émanant d'un demandeur déjà bénéficiaire de l'aide en première instance a violé la loi du 10 juillet 1991 et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette décision permet de garantir le droit à l'aide juridictionnelle aux requérants en appel.

Indépendance et impartialité

Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données

Sur le terrain du droit à un tribunal indépendant et impartial, la Cour a été amenée à constater la non violation de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme⁵²⁶. Cette affaire comporte des éléments de procédure assez complexes. Le requérant, accusé et condamné pour agressions sexuelles, faisait valoir le défaut d'impartialité de la Chambre

⁵²⁰ CE sect., 12 mai 2004, Société Gillot, req. n° 236834.

⁵²¹ CJCE, 26 février 1986, Krohn & Co. Import-Export c. Commission, C-175/84.

⁵²² CE Assemblée, 3 mars 2004, Ministre de l'Emploi et de la solidarité, req. n° 241150 à 241153.

⁵²³ Tribunal administratif de Marseille, 18 mai 2004, M. et Mme Salah Z., 0101135.

⁵²⁴ Conseil d'Etat, 23 mai 2003, Mme Chabba, 244663.

⁵²⁵ Cass. 2^{ème} civ., 01 avril 2004, Fily c. BNP Paribas, pourvoi n°02-04.108.

⁵²⁶ Cour eur.D.H., *Depiets c. France* du 10 février 2004.

criminelle de la Cour de cassation, qui rejeta son pourvoi suite à la condamnation par une Cour d'assises. Or, l'arrêt de renvoi devant la Cour d'assises fut préalablement l'objet d'un pourvoi de la part du requérant, examiné et rejeté par la chambre criminelle de la Cour de cassation. Ainsi, à différents stades de la procédure, la présence de deux magistrats ayant successivement siégé lors de l'examen du pourvoi concernant le renvoi devant la Cour d'assises, puis lors du pourvoi de l'arrêt de condamnation en Cour d'assises, pouvait susciter quelques doutes chez le requérant quant à l'impartialité de la juridiction, bien que l'impartialité personnelle des magistrats ne soit pas mise en cause par le requérant. Prenant en considération les particularités du contrôle de la Cour de cassation, pour apprécier si les doutes étaient justifiés, la Cour estime que les deux pourvois étaient de nature différente, les magistrats ayant examiné des points de droit différent dans chacun des pourvois. La Cour constate alors qu'il n'y avait aucune raison objective de craindre un parti pris lors de l'examen du pourvoi contre l'arrêt de condamnation. La Cour constate donc la non violation de l'article 6 §1.

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

Dans un arrêt du 16 janvier 2004⁵²⁷, le Conseil d'Etat a rappelé l'importance du principe d'impartialité. Le contentieux avait trait au droit dont disposent les contribuables inscrits au rôle d'une commune d'exercer, avec l'autorisation du tribunal administratif, les actions qu'ils croient appartenir aux établissements publics de coopération intercommunale auxquels a adhéré la commune et que ceux-ci, préalablement appelés à en délibérer, ont refusé ou négligé d'exercer. Dans cette espèce, le requérant souhaitait être autorisé à faire appel d'un jugement du tribunal administratif du 17 septembre 2002 rejetant sa demande en annulation d'un acte. Or, parmi les juges de ce même tribunal qui ont pris, le 4 février 2003, la décision de refuser au requérant le droit de former ce recours, trois siégeait lors de la séance du 17 septembre 2002 à l'issue de laquelle a été rendu le jugement contesté. En raison de la méconnaissance du principe d'impartialité, le Conseil d'Etat a annulé la décision en date du 4 février 2003. Il s'agit là d'un arrêt intéressant dans la mesure où le contentieux lié aux établissements publics de coopération intercommunale est relativement récent mais en inflation constante du fait de la multiplication de ces établissements.

Dans un arrêt du 9 avril 2004⁵²⁸, le Conseil d'Etat a précisé l'application du principe d'impartialité dans le cadre de la procédure, créée par la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000, du référé-suspension. Cette procédure permet à un individu de demander à un juge administratif de suspendre un acte, si les conditions fixées par l'article L. 521-1 du code de justice administrative (CJA) sont réunies. En premier lieu, le requérant doit alléguer un « moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de l'acte attaqué ». En second lieu, le requérant doit démontrer une situation d'urgence. Celle-ci est avérée « lorsque l'exécution de l'acte porte atteinte de manière suffisamment grave et immédiate à l'intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre ». Il n'est pas nécessaire pour le requérant de prouver l'illégalité de l'acte, car dans le cadre du référé-suspension, le juge administratif n'analyse pas le fond du litige, mais uniquement le respect des conditions fixées par l'article L. 521-1 CJA. Par ailleurs, le Conseil d'Etat avait considéré⁵²⁹ que la procédure antérieure de sursis à exécution ne donnait pas l'occasion au juge de trancher une contestation au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, lequel n'était par conséquent pas invocable. Le juge des référés ne statuant pas au fond, et en l'absence de disposition législative ou réglementaire y faisant obstacle, un magistrat qui a présidé la formation de jugement ayant prononcé l'annulation d'une décision à la suite de laquelle l'autorité a été amenée à prendre une nouvelle décision dont le requérant demande la suspension par la voie du référé-suspension,

⁵²⁷ CE, 16 janvier 2004, *Mery*, req. n° 254839.

⁵²⁸ CE, 09 avril 2004, *Ministre de l'Agriculture contre Olard*, req. n° 263508.

⁵²⁹ CE, 3 mars 1999, *Vincotte*, recueil Lebon p. 59.

peut siéger en qualité de juge des référés pour statuer sur la suspension de ce nouvel acte. Ce nouveau recours en référé-suspension, bien que la limite entre l'analyse du fond et le simple contrôle des conditions légales puisse parfois apparaître ténue, renforce les garanties d'impartialité. En effet, la procédure antérieure du sursis à exécution exigeait un moyen sérieux de nature à justifier l'annulation de l'acte, ce qui avait souvent conduit le juge à ne prononcer un sursis à exécution qu'en cas de moyen réellement fondé et donc à frôler, sinon à franchir, la limite séparant son analyse de celle du fond du litige.

La question du référé-suspension a été à nouveau soulevée devant le Conseil d'Etat à l'occasion d'une demande d'avis formée par la cour administrative d'appel de Douai. Dans son avis⁵³⁰, le Conseil d'Etat a considéré qu'eu égard à la nature de l'office attribué au juge des référés – et sous réserve du cas où il apparaîtrait, compte tenu notamment des termes mêmes de l'ordonnance de ce juge, qu'allant au-delà de ce qu'implique nécessairement cet office⁵³¹, il aurait préjugé l'issue du litige – la seule circonstance qu'un magistrat a statué sur une demande de suspension de l'exécution d'une décision administrative n'est pas, par elle-même, de nature à faire obstacle à ce qu'il se prononce ultérieurement sur la requête en qualité de juge au principal. L'arrêt *Ministre de l'Agriculture contre Olard* et l'avis *Commune de Rogerville* marquent donc la volonté du Conseil d'Etat de cantonner l'office du juge des référés à une analyse succincte des conditions posées par la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 qui a institué ces recours, analyse distincte de celle du fond. Ceci s'explique notamment par le risque de sérieux problèmes organisationnels des juridictions administratives dans l'hypothèse où l'ont refuserait au juge des référés de statuer au fond sur la même affaire. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement précisait que la participation du magistrat qui a statué sur le référé suspension à la formation de jugement statuant au fond ne méconnaît pas l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Dans un arrêt du 12 mai 2004⁵³², le Conseil d'Etat a dû se prononcer sur l'application du principe d'impartialité dans le cadre d'une demande d'aide juridictionnelle suivie d'un recours en référé liberté fondamentale. M. Hakkar, requérant d'habitude devant diverses juridictions, notamment la Cour européenne des droits de l'homme, a formé un recours en référé liberté fondamentale contre la décision d'un préfet lui refusant la délivrance d'une carte d'identité. Il souhaitait également bénéficier de l'aide juridictionnelle afin de pouvoir mener la procédure de contestation de la décision préfectorale. Le président du tribunal administratif a refusé l'aide juridictionnelle au motif que le recours que souhaitait exercer le demandeur, le référé liberté fondamentale, était dénué de tout fondement. Le lendemain de ce refus, le même président, statuant en qualité de juge des référés, a rejeté le référé liberté fondamentale de M. Hakkar. Le Conseil d'Etat a considéré en l'espèce que le juge administratif, statuant sur une demande d'aide juridictionnelle, ne le fait que sur la base des éléments fournis dans la demande, à savoir une description sommaire du différend et un exposé succinct des motifs et que, par conséquent, la nature de cet office ne l'interdit pas de statuer ultérieurement sur le référé. On remarquera ici que le Conseil d'Etat prend soin de ne pas se prononcer directement sur la nature du référé liberté fondamentale et donc sur l'applicabilité de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et, partant, de l'article 47 de la Charte, contrairement aux cas du sursis à exécution ou du référé expertise dont il a considéré qu'ils ne constituent pas des contestations de droits ou obligations de caractère civil au sens de l'article 6 § 1 de la Convention.

Dans deux arrêts du 19 décembre 2003⁵³³, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a précisé que le respect des règles du procès équitable est assuré en matière prud'homale par la composition des conseils qui comprennent un nombre égal d'élus employeurs et d'élus

⁵³⁰ CE sect., 12 mai 2004, *Commune de Rogerville*, req. n° 265184.

⁵³¹ cf. *supra*, les conditions d'analyse d'un référé suspension à propos de l'arrêt CE, 09 avril 2004, *Ministre de l'Agriculture contre Olard*, req. n° 263508.

⁵³² CE, 12 mai 2004, *Hakkar*, req. n° 261826.

⁵³³ Cass., ass. pl., 19 décembre 2003, *S.A. Mon Logis*, arrêts n° 2764 et 2767.

salariés, par la faculté de recourir à un juge répartiteur et par la possibilité, selon les cas, d'interjeter appel ou de former un pourvoi en cassation. Par conséquent, la Cour considère que la circonstance qu'un ou plusieurs membres d'un conseil des prud'hommes appartienne à la même organisation syndicale que l'une des parties n'est pas de nature à mettre en cause l'impartialité de ses membres. Il s'agit ici d'une question récurrente, due à la nature même des juridictions prud'homales de première instance. L'argumentation de la Cour est certes juridiquement pertinente, mais le sentiment de malaise parfois provoqué chez le justiciable du fait de la composition des conseils de prud'homme pose la question de l'application en la matière de la théorie des apparences. *Justice must not only be done, but be seen to be done...*

Aspects positifs

Dans un arrêt du 30 décembre 2003⁵³⁴, le Conseil d'Etat a précisé que la Cour des comptes, lorsqu'elle prononce la gestion de fait puis fixe la ligne de compte de cette gestion de fait et met le comptable en débet, tranche des contestations portant sur des droits et obligations de caractère civil, au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il s'agit là d'un revirement de jurisprudence dont on ne peut que se féliciter. En effet, par cet arrêt le Conseil d'Etat se met en conformité avec la décision *Richard Dubarry* de la Cour de Strasbourg⁵³⁵ et revient sur sa jurisprudence antérieure⁵³⁶ en admettant l'applicabilité de l'article 6 de la CEDH et, partant de l'article 47 de la Charte, à l'un des principaux délits en matière de finances publiques : la gestion de fait. Par conséquent, un membre de la Cour régionale des comptes qui a mené un contrôle de la gestion d'une commune suite auquel une procédure juridictionnelle de déclaration de gestion de fait a été ouverte ne peut participer au délibéré de la formation de jugement chargée de se prononcer sur la fixation de la ligne de compte de la gestion de fait. On relativisera cependant ce dernier point car cette interdiction découle désormais d'une loi et d'un décret⁵³⁷, lesquels n'étaient pas applicables à l'époque des faits en cause dans cette affaire.

Dans un arrêt du 29 septembre 2004⁵³⁸, la première chambre civile de la Cour de cassation a appliqué sa jurisprudence relative au principe d'impartialité dans le domaine des nombreuses procédures liées au divorce. Un père ne s'acquittant pas de ses obligations, a été condamné pour abandon de famille. Il a sollicité devant le juge aux affaires familiales une réduction de la pension alimentaire. Sa demande a été rejetée par la Cour d'appel dans une composition où siégeait le même magistrat, qui, à l'occasion du procès pénal, avait porté la même appréciation sur le comportement fautif du demandeur, en raison duquel il a été débouté de sa demande. La Cour a donc conclu à une violation de l'article 6, § 1 de la Convention EDH, la cause n'ayant pas été entendue par un tribunal impartial.

Motifs de préoccupation

Le décret n° 2003-1284 du 26 décembre 2003 a instauré une prime modulable dans la rémunération des magistrats dont le plafond est fixé à 8% du traitement annuel. Il appartient aux présidents de Cours et aux procureurs généraux près ces Cours de décider de manière discrétionnaire de l'attribution et du taux de ces primes aux magistrats placés sous leur responsabilité. Cette rémunération supplémentaire, considérée comme une « prime à la rentabilité » par de nombreux magistrats, a fait l'objet de vifs débats dans le monde judiciaire français. Afin d'éviter les soupçons d'atteinte à l'indépendance des magistrats et d'écarter l'idée de « rentabilité » de la justice, certains présidents de Cours et procureurs généraux ont même décidé de fixer un taux égalitaire pour tous les magistrats de leur juridiction, ce qui

⁵³⁴ CE, 30 décembre 2003, *Beausoleil et autres*, req. n° 25120.

⁵³⁵ Cour eur. D.H., 2^{ème} sect., décision de recevabilité partielle *Mme Richard Dubarry c/ France* du 7 octobre 2003, req. n° 53929/00.

⁵³⁶ voir notamment CE sect., 17 octobre 2003, *Dugoin*, req. n° 237290.

⁵³⁷ Loi n° 2001-1248 du 21 décembre 2001 et Décret n° 2002-1201 du 27 septembre 2002.

⁵³⁸ Cass. 1^{ère} civ., 29 septembre 2004, *P c. S.*

aurait provoqué la désapprobation de la Chancellerie qui considérerait qu'une telle répartition irait à l'encontre de l'esprit d'une prime modulable. L'Union internationale des magistrats et l'Association européenne des magistrats ont publié, à l'issue d'une réunion qui s'est tenue à Naples les 14 et 15 mai 2004, une résolution dans laquelle elles se sont inquiétées de l'instauration de cette prime qu'elles ont demandée aux autorités françaises de bien vouloir reconsidérer.

La condamnation de M. Alain Juppé, en tant qu'ancien président de parti politique, à une peine de dix-huit mois d'emprisonnement avec sursis et de dix ans d'inéligibilité par un Tribunal de Nanterre le 30 janvier 2004 a provoqué de nombreuses réactions dans le monde politique. Certains personnages publics ont manifesté leur soutien à M. Juppé, mais d'autres ont expressément critiqué le comportement des magistrats et le rôle de la justice dans cette affaire. Le Premier Ministre a déclaré le 30 janvier : *« Je suis surpris par la décision du Tribunal de Nanterre. Mais cette décision est provisoire »*, laissant ainsi penser que la véritable décision serait prise par la Cour d'appel. M. Eric Raoult, Vice-président de l'Assemblée Nationale, a quant à lui dénoncé *« un jugement disproportionné, hypocrite et cynique »* et des *« juges qui franchissent volontairement un pas pour se placer sur un terrain qui ne leur appartient pas par nature : celui de l'interprétation politique »*⁵³⁹. M. Lyon-Caen, avocat général près la Cour de cassation, s'est inquiété de ces propos : *« Dans une démocratie, une décision de justice doit pouvoir être critiquée, mais pas par ceux qui parlent nécessairement au nom de l'Etat. Le Chef de l'Etat, le premier ministre et les ministres ne peuvent s'exprimer ainsi, ou alors on n'est plus dans un système de séparation des pouvoirs. Tout ce qui est dit par ces représentants de l'Etat constitue une pression formidable sur ceux qui vont devoir entièrement rejurer l'affaire en appel »*⁵⁴⁰. Le Conseil Supérieur de la Magistrature a par la suite rendu, le 11 mars 2004, un avis au Président de la République dans lequel il estime *« indispensable »* une recommandation incitant *« les autorités publiques à s'abstenir de déclarations mettant en cause la bonne foi ou l'impartialité des magistrats dans l'exercice de leur activité juridictionnelle »*⁵⁴¹.

Publicité des débats et du prononcé

Motifs de préoccupation

Dans un arrêt du 2 juin 2004⁵⁴², la chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré que le fait de statuer sur un aménagement de peine sans publicité des débats n'est pas contraire à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Pour motiver sa décision, la Cour de cassation précise qu'en statuant sur les modalités de l'exécution d'une peine la juridiction ne décidait pas d'une accusation en matière pénale. Cette décision est regrettable dans la mesure où elle va à l'encontre du mouvement général de développement de l'oralité et de la publicité, mais surtout parce qu'elle semble aller à l'encontre de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui a précisé depuis fort longtemps que la notion d'accusation en matière pénale inclut la phase d'exécution de la peine.

Délai raisonnable de jugement

Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données

⁵³⁹ Article paru dans Le Monde, 3 février 2004, p. 7, Y. Bordenave et N. Guibert.

⁵⁴⁰ Article paru dans Le Monde, 14 février 2004, *Les juges stigmatisent une régression de la Justice*, N. Guibert.

⁵⁴¹ Avis au Président de la République, 11 mars 2004, <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/>

⁵⁴² Cass. crim., 02 juin 2004, pourvoi n° 0387954.

Le 6 septembre 2004, M. Magendie, président du Tribunal de grande instance de Paris, a rendu un rapport au Garde des Sceaux sur la célérité et la qualité de la justice⁵⁴³. Le document constate une grande disparité entre, d'une part, les « circuits courts » aux délais brefs, voire trop brefs, et, d'autre part, les « circuits longs » concernant peu d'affaires (de 5 à 7%), mais qui sont les plus graves, les plus complexes et dont les enjeux sociaux sont les plus importants. Le rapport propose d'accélérer l'instruction en réduisant la durée de traitement des plaintes ou encore en multipliant les possibilités d'orientation après clôture de l'information (ouverture aux procédures alternatives, etc.). Il propose également d'accélérer la phase de jugement en raccourcissant le temps du délibéré. Enfin, il insiste sur la nécessité d'améliorer la mise à exécution des condamnations. Le ministre de la justice a transmis ce rapport aux cours d'appel et aux juridictions, aux syndicats professionnels, au barreau, ainsi qu'aux différents professionnels concernés. Pour l'heure aucune mesure n'a été prise sur la base de ces propositions.

La France a fait l'objet de nombreuses condamnations de la part de la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement du droit à être jugé dans un délai raisonnable⁵⁴⁴. En effet pour la période d'examen, nous pouvons recenser près d'une trentaine de condamnations sur ce point.

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

La loi du 9 mars 2004⁵⁴⁵ a instauré la procédure du « plaider coupable » dans une optique de célérité de traitement des affaires judiciaires. Cependant, il est à préciser que cette procédure se base sur l'idée d'une justice consentie, la personne poursuivie ayant un délai de réflexion de 10 jours pour accepter la peine proposée. En cas de refus, la procédure de droit commun retrouve à s'appliquer. Ceci peut en fin de compte retarder l'échéance du traitement de l'affaire. Cependant, ce délai vise initialement à respecter les droits de la défense et notamment le temps de réflexion de la personne poursuivie. Cet aspect n'est pas propre à cette nouvelle procédure et trouve à s'appliquer à toutes les procédures accélérées.

Le 19 mars 2004, le Conseil d'Etat a présenté son rapport public 2004⁵⁴⁶. Il indique qu'en 2003 la durée moyenne des instances est passée sous le seuil des 12 mois pour atteindre 10 mois et 15 jours.

Le 28 avril 2004, la Cour de cassation a présenté son rapport d'activités pour l'année 2003⁵⁴⁷. Ce document précise qu'en matière civile, le délai moyen de traitement d'une affaire était de un an, 11 mois et 12 jours, soit une diminution de 6 jours par rapport à 2002. En matière pénale, le délai moyen de traitement était quant à lui de 135 jours, contre 145 en 2002. On remarquera donc que l'amélioration est proportionnellement bien plus significative au pénal qu'au civil, matière pour laquelle la haute juridiction doit encore s'efforcer de réduire le délai de jugement.

Le droit à l'exécution des décisions de justice

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

⁵⁴³ Mission Magendie, *Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès*, www.justice.gouv.fr.

⁵⁴⁴ L'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

⁵⁴⁵ Loi n° 2004-204, cité infra, dans les observations sur l'article 48.

⁵⁴⁶ Conseil d'Etat, 19 mars 2004, *Rapport public 2004*, La Documentation Française, disponible sur <http://www.ladocumentationfrancaise.fr>.

⁵⁴⁷ Cour de cassation, 28 avril 2004, *Rapport 2004*, La Documentation Française, disponible sur <http://www.ladocumentationfrancaise.fr>.

Dans un arrêt du 9 décembre 2003⁵⁴⁸, la première chambre civile de la Cour de cassation a rappelé que l'article 1^{er} de la Convention de Lugano exclut de son champ d'application l'arbitrage et décidé qu'en sont écartées, non seulement les sentences arbitrales, mais aussi les décisions des tribunaux étatiques statuant sur des recours contre la sentence ou sur une demande d'exequatur. Elle a précisé par ailleurs que le TGI ne peut être saisi dans sa forme collégiale et que seul son président, statuant à juge unique sur requête non contradictoire, est compétent pour statuer en la matière.

Aspects positifs

Dans quatre arrêts du 17 février 2004⁵⁴⁹, la première chambre civile de la Cour de cassation a développé plus encore sa jurisprudence relative à la reconnaissance des décisions de divorce et de répudiation des droits marocain et algérien. Elle précise dans la première espèce que les décisions rendues par les juridictions algériennes produisent effet en France, à condition qu'elles émanent d'une juridiction compétente selon les règles françaises de l'article 1070 du nouveau code de procédure civile. Par conséquent, bien que les époux aient été de nationalité algérienne, le tribunal d'Oran ne pouvait être compétent car la nationalité des époux, qui résidaient tout deux en France, ne suffisait pas à rattacher le litige d'une manière caractérisée à l'Algérie. Dans la seconde espèce, la première chambre civile précise que les décisions marocaines constatant ou prononçant la dissolution du lien conjugal ne produisent effet en France que si la partie défenderesse a été légalement citée ou représentée et si elles sont passées en force de chose jugée et susceptibles d'exécution. Dans les deux dernières enfin, la Cour a refusé de donner l'exequatur à des jugements algériens constatant une répudiation unilatérale du mari, au motif que de telles décisions sont contraires à l'article 5 du protocole additionnel n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour de cassation affirme sa volonté de conserver un contrôle s'agissant de ce type de litige entre personnes résidant en France, ce qui permet à ces personnes de bénéficier des garanties légales s'attachant au droit français en matière de divorce et éviter une dissolution des liens du mariage dans le pays d'origine par l'un des époux sans le consentement de l'autre. Cette volonté des juridictions françaises est également illustrée par un arrêt du 27 avril 2004⁵⁵⁰, par lequel la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé qu'une Cour d'appel, avant de déclarer exécutoire un jugement étranger (en l'espèce marocain) intervenu sur le droit de garde des enfants, doit rechercher si la décision étrangère n'est pas incompatible avec des décisions rendues en France, même postérieurement, et passées en force de chose jugée.

Autres évolutions pertinentes

Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données

La Cour européenne des droits de l'homme a plusieurs fois condamné la France dans des affaires relatives au droit à un procès équitable⁵⁵¹, concernant la procédure devant la Cour de cassation. L'absence de communication du rapport du conseiller rapporteur au requérant, alors que ce document a été fourni à l'avocat général, et l'impossibilité pour le requérant de répondre aux conclusions de l'avocat général est constitutive de violation⁵⁵².

⁵⁴⁸ Cass. 1^{ère} civ., 9 décembre 2004, *Gouvernement de la Fédération de Russie*, arrêt n° 1638.

⁵⁴⁹ Cass. 1^{ère} civ., 17 février 2004, *H. C. A.*, pourvoi n° 02-17.479, *B. c. D.*, pourvoi n° 02-15.766, *A.A. c. G.*, pourvoi n° 01-11.618, *K. c. R.*, pourvoi n° 02-11.618.

⁵⁵⁰ Cass. 1^{ère} civ., 27 avril 2004, *E.B. c. A.*, pourvoi n° 02-13.490.

⁵⁵¹ L'article 6 §1 de la Convention.

⁵⁵² Cour eur.D.H., *Coorbanally c. France* du 1^{er} avril 2004 ; *Crochard et 6 autres c. France* du 3 février 2004, et pour des circonstances assez proches : *Mehner c. France* du 3 février 2004, *Weil c. France* du 5 février 2004.

Dans une affaire similaire relative à la communication du rapport du conseiller rapporteur⁵⁵³, la Cour a pris en compte la nouvelle pratique de la Cour de cassation qui est consécutive aux condamnations devant la juridiction européenne, consistant à communiquer à la fois aux parties et au ministère public, uniquement la première partie du rapport comprenant l'étude de l'affaire. La Cour estime que celle-ci est conforme à ses exigences tenant au droit à un procès équitable. Cependant, il est à noter que dans cette affaire, la Cour énonce un constat de violation de l'article 6 §1 compte tenu du fait que le requérant n'a pu bénéficier de cet apport. Egalement sur le terrain du droit à un procès équitable, la Cour a émis un constat de non-violation dans une autre affaire⁵⁵⁴. La requérante, par sa décision de se défendre seul, se plaignait du rejet de son pourvoi en cassation suite à la non communication des conclusions de l'avocat général à son égard, et de ne pas avoir été informée de l'audience. La Cour, prenant en compte la spécificité de la procédure devant la Cour de cassation, a rappelé que l'article 6 §1 de la Convention n'imposait pas la motivation détaillée d'une décision de rejet écartant un recours ayant manifestement peu de chances de succès, en l'espèce, la Cour de cassation s'était fondée sur une disposition légale. En outre, elle estime que les réponses de la requérante aux conclusions de l'avocat général n'auraient eu aucune incidence sur l'issue du litige. A cet égard la Cour rappelle que la Convention ne vise pas à protéger des droits purement théoriques ou illusoire.

Enfin, il faut mentionner une décision relativement importante de la Cour relative aux plaintes avec constitution de partie civile en droit français à l'égard du droit à un procès équitable⁵⁵⁵. Suite à un dessaisissement, la Cour en formation de Grande Chambre s'est prononcée. La requête faisait l'objet d'une exception préliminaire de la part du gouvernement français, enjeu principal de l'affaire. La requérante invoquait quant à elle une atteinte au droit à un procès équitable suite à une ordonnance de non-lieu concernant sa plainte et à un appel de cette ordonnance rejeté pour tardiveté, ces décisions étant définitivement confirmées par la Cour de Cassation. Le problème principal de cette affaire était de savoir si l'article 6 §1 de la Convention était applicable eu égard aux particularités de la constitution de partie civile. La Cour, tout en entendant clarifier en l'espèce les restrictions à la non application de l'article 6 §1 de la Convention, estime qu'une plainte avec constitution de partie civile rentre dans le champ d'application de l'article 6 §1 de la Convention, sauf dans certaines hypothèses telles que la « vengeance privée » et l'*actio popularis*. La Cour insiste notamment sur le droit des victimes et sur sa volonté d'interpréter d'une façon restrictive les exceptions aux garanties offertes par l'article 6 § 1. En conséquence le droit à un procès équitable s'applique et la Cour énonce la non violation de la Convention, en estimant qu'on ne saurait reprocher à la Cour de cassation l'absence de citation de toutes les dispositions de droit interne invoquées par la requérante alors que certaines étaient inopérantes, par ailleurs la Cour de cassation avait pris en compte les moyens péremptoires de la requérante et y avait répondu.

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004⁵⁵⁶ est intervenue dans le domaine du rôle du Ministre de la justice en matière d'action publique. En effet, la nouvelle loi dispose dans le nouvel article 30 du Code de procédure pénale que : « *le Ministre de la justice conduit la politique d'action publique déterminée par le gouvernement. Il veille à la cohérence de son application sur le territoire de la République. A cette fin, il adresse aux magistrats du ministère public des instructions générales d'action publique. Il peut dénoncer au procureur général des infractions à la loi pénale dont il a connaissance et lui enjoindre, par instructions écrites et versées au dossier de la procédure, d'engager ou de faire engager des poursuites ou de saisir la juridiction compétente de telles réquisitions écrites que le Ministre juge opportunes.* »

⁵⁵³ Cour eur.D.H., *Fabre c. France* du 2 novembre 2004.

⁵⁵⁴ Cour eur.D.H., *Stepinska c. France* du 15 juin 2004.

⁵⁵⁵ Cour eur.D.H., Grande Chambre, *Perez c. France* du 12 février 2004.

⁵⁵⁶ Loi n° 2004-204, cité infra, dans les observations sur l'article 48.

Cette disposition a suscité une certaine controverse aboutissant même à son examen par le Conseil constitutionnel à l'occasion du recours exercé par les parlementaires contre l'ensemble de la loi. Ce recours était notamment fondé sur le principe de la séparation des pouvoirs. Or, il se trouve que cette disposition est avant tout la transcription de règles déjà existantes ou codifie une doctrine constante. En effet, cet article traduit la hiérarchisation du ministère public. Le Conseil constitutionnel lors de l'examen de cette disposition, dans sa décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, a estimé que celle-ci ne contrevenait pas au principe de séparation des pouvoirs. Il faut mentionner que le pouvoir du Ministre de la justice est encadré, en l'occurrence, l'objet de l'intervention de celui-ci en matière d'action publique ne peut être que l'engagement d'une poursuite et non d'un classement sans suite, l'intervention est constituée par des instructions écrites versées au dossier. Enfin, le nouvel article 30 du Code de procédure pénale ne permet pas que des instructions soient adressées à des magistrats du siège.

Dans un arrêt du 23 juin 2004⁵⁵⁷, le Conseil d'Etat a considéré qu'une validation législative, justifiée par d'impérieux motifs d'intérêt général, est conforme à l'article 6§1 de la convention européenne des droits de l'homme.

Dans un arrêt du 4 mai 2004⁵⁵⁸, la chambre criminelle de la Cour de cassation confirme sa jurisprudence relative à la représentation du prévenu à l'audience. Conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation considère que le demandeur ne saurait faire grief à la Cour d'appel de l'avoir jugé en son absence et sans qu'il puisse fournir d'excuse valable dès lors que son avocat était présent à l'audience.

Article 48. Présomption d'innocence et droits de la défense

Présomption d'innocence

Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données

La Cour européenne des droits de l'homme a constaté la non violation de l'article 6 §2 de la Convention concernant la présomption d'innocence par rapport au régime français qui énonce la présomption de responsabilité à l'encontre du directeur de publication d'un média radiophonique en cas de diffusion sur les ondes d'un message diffamatoire ayant fait l'objet d'une « fixation préalable »⁵⁵⁹. La Cour a estimé en l'espèce, que la présomption en cause reste dans les limites raisonnables en tenant compte des possibilités d'exonération de cette responsabilité, de l'application faite en l'espèce par les juridictions internes, et des objectifs du régime particulier de responsabilité.

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

La loi du 9 mars 2004⁵⁶⁰ introduit, certaines présomptions de culpabilité dans l'objectif de lutte contre la criminalité organisée, l'incrimination punissant celui qui ne peut justifier de ressources correspondant à son train de vie tout en étant en relations habituelles avec des auteurs de certaines infractions⁵⁶¹. Certaines de ces infractions sont mentionnées par l'article 706-73 du Code de procédure pénale.

⁵⁵⁷ CE, 23 juin 2004, *Société laboratoires Genevrier*, req. n° 257797.

⁵⁵⁸ Cass. crim., 04 mai 2004, pourvoi n° 04-86.073.

⁵⁵⁹ Cour eur.D.H., *Radio France c. France* du 30 mars 2004.

⁵⁶⁰ Loi n° 2004-204.

⁵⁶¹ L'article 450-2-1 du Code pénal concernant l'association de malfaiteurs, l'article 222-39-1 à propos du trafic de stupéfiants, l'article 225-6, alinéa 3, à propos du proxénétisme, l'article 312-7-1 à propos de l'extorsion et l'article 321-6 en matière de recel.

Une limite a été posée par la Cour de cassation⁵⁶² : la circonstance que la personne soupçonnée refuse d'indiquer son identité ainsi que la langue qu'elle comprend⁵⁶³, ne peut faire obstacle à sa mise en examen. Cette position doit être approuvée en ce que le silence ou la non-coopération d'un suspect ne doit pas faire obstacle au bon déroulement d'une procédure. D'ailleurs, l'article 80-1 du Code de procédure pénale précise que le juge ne peut procéder à la mise en examen qu'après avoir entendu les observations de la personne « *ou l'avoir mise en mesure de le faire* ».

Aspects positifs

La Cour de cassation approuve une Cour d'appel en ce qu'elle a retenu une atteinte à la présomption d'innocence d'une personne poursuivie pénalement par une station de radio qui l'avait présentée comme coupable⁵⁶⁴.

Droits de la preuve en matière pénale

Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données

La Cour a eu à connaître, au cours de la période sous examen, certains recours portant sur l'article 6 §3 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour a conclu à la violation combinée des articles 6 §1 et 6 §3 d), car les témoins à décharge du requérant avaient été récusés par la juridiction d'appel interne sur la base de doutes concernant leur crédibilité, sans que celle-ci ne procède à leur audition, entraînant la condamnation du requérant⁵⁶⁵. La Cour a également constaté la violation de l'article 6 §3 c) lorsque le requérant, qui s'était dérobé à l'exécution d'un mandat d'arrêt à son encontre, son appel étant déclaré irrecevable par ce fait, ne pouvait se faire représenter par son avocat. Ce dernier n'était pas autorisé à former un appel et ne pouvait intervenir en l'absence du requérant au cours des débats⁵⁶⁶.

Enfin, la Cour constate la non violation de l'article 6 §3 d), lorsque le requérant n'a pas démontré que l'audition de témoins supplémentaires aurait pu apporter des éléments nouveaux et pertinents pour l'examen de son affaire⁵⁶⁷.

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

Dans l'optique d'une plus grande efficacité dans la collecte d'informations, la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 introduit pour la première fois en droit français un statut du « repentir » de manière générale.

Droit de bénéficier de l'assistance d'un défenseur de son choix

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 a introduit certaines dispositions relatives à l'intervention de l'avocat au cours des gardes à vues dans les procédures afférentes à la criminalité organisée grave. La garde à vue dans ce contentieux pourra durer quatre-vingt-seize heures, par l'effet, notamment, de certaines prolongations. Pour certaines infractions, l'avocat ne pourra prendre contact avec le prévenu qu'à partir de la quarante-huitième heure ou encore à

⁵⁶² Cass. crim., 30 mars 2004, 04-81.147.

⁵⁶³ En dépit de l'intervention de plusieurs interprètes dans différentes langues.

⁵⁶⁴ Cass. 2^{ème} civ., 8 juillet 2004, 01-10426.

⁵⁶⁵ Cour eur.D.H., *Destrethem c. France* du 18 mai 2004.

⁵⁶⁶ Cour eur.D.H., *Maat c. France* du 27 avril 2004, arrêt précité, note 504, sous l'article 47.

⁵⁶⁷ Cour eur.D.H., *Morel c. France* du 12 février 2004 arrêt précité, note 505, sous l'article 47.

la soixante-douzième heure pour des infractions particulièrement graves tels que le trafic de stupéfiants et le terrorisme⁵⁶⁸. Le Conseil constitutionnel, se prononçant sur ces dispositions, estime que si ce nouveau dispositif « *modifie les modalités d'exercice des droits de la défense, n'en met pas en cause le principe* »⁵⁶⁹. Ce droit est prévu par la loi du 9 mars 2004 dans le cadre de la procédure du mandat d'arrêt européen et inséré aux articles 695-19 alinéa 2, 695-27 alinéa 2, 695-30 alinéa 3 du Code de procédure pénale.

En matière de droit des victimes, il est à noter que, désormais, la victime doit être avisée de son droit à être assisté d'un avocat, lors de la phase d'instruction⁵⁷⁰.

Aspects positifs

Dans le domaine du droit des étrangers, la Cour de cassation a censuré, sur le fondement des droits de la défense et des articles 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et 11 du décret du 12 novembre 1991, un arrêt de Cour d'appel qui, après avoir constaté que l'intéressé n'était pas assisté à l'audience de son conseil pourtant régulièrement avisé, a ordonné la prolongation de sa rétention, alors que son avocat, du fait de sa convocation tardive, a été mis dans l'impossibilité de se présenter à l'audience⁵⁷¹.

Dans un arrêt du 9 février 2004⁵⁷², le Conseil d'Etat a rappelé que les fonctionnaires faisant l'objet d'une procédure disciplinaire peuvent bénéficier de l'assistance d'un avocat. En l'espèce, le règlement intérieur du Sénat dispose que le fonctionnaire convoqué devant le conseil de discipline « est informé de son droit de se faire assister par un membre du personnel ne faisant pas partie du conseil de discipline ». Le Conseil d'Etat a précisé que cette disposition n'édicte aucune règle excluant de manière expresse qu'un agent du Sénat soit assisté par un avocat devant le conseil de discipline, que cette assistance n'est pas incompatible avec le fonctionnement du conseil de discipline en cause et que, par conséquent, le refus opposé à l'agent du Sénat de se faire assister d'un avocat lorsqu'il a été entendu par le conseil de discipline a vicié la procédure disciplinaire. Par cet arrêt, le Conseil d'Etat souligne l'importance des droits de la défense dans le cadre des procédures disciplinaires, droits qui ne peuvent qu'être mieux garantis par la possibilité de recourir à l'assistance d'un avocat. On assiste ainsi à une juridictionnalisation des formations disciplinaires, avec toutes les garanties qui s'attachent à une juridiction.

Droit de bénéficier de l'assistance d'un interprète

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

Ce droit est prévu dans la nouvelle procédure du mandat d'arrêt européen aux articles 695-18 alinéa 2 et 695-30 alinéa 3 du Code de procédure pénale tels qu'il résulte de la loi du 9 mars 2004⁵⁷³.

Aspects positifs

Le décret n° 2004-836 du 20 août 2004 modifiant le nouveau Code de procédure civile prévoit expressément à l'article 23-1 un interprète pour une partie atteinte de surdité.

Procédures pénales accélérées

⁵⁶⁸ L'article 706-73 du Code de procédure pénale.

⁵⁶⁹ CC. DC n° 2004-492, 2 mars 2004.

⁵⁷⁰ L'article 80-3 du Code de procédure pénale.

⁵⁷¹ Cass. 2^{ème} civ., 10 juin 2004, 03-50.022.

⁵⁷² CE, 9 février 2004, *Président du Sénat*, req. n° 257746

⁵⁷³ précitée, note 560

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 a créé une nouvelle procédure, en l'occurrence celle du plaider coupable. Cette procédure correspond à une volonté de désencombrer les juridictions pénales. Elle se caractérise par une reconnaissance préalable de culpabilité de l'accusé visant à une homologation judiciaire par un magistrat du siège, décision ayant par la suite valeur juridictionnelle pouvant faire l'objet d'un appel. Cette procédure a procuré de longs débats, en effet celle-ci vient bouleverser les principes de la procédure pénale française. Les associations d'avocats estimaient qu'il fallait être vigilant sur les droits de défense de l'accusé. En l'occurrence, le législateur s'est efforcé d'encadrer au maximum la procédure dans le but que les droits de la défense ne soient pas sacrifiés.

Selon l'article 495-7 du Code de procédure pénale, cette procédure est applicable aux personnes majeures pour les « *délits punis à titre principal d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans* », par ailleurs certains délits sont exclus tels ceux concernant les mineurs, les délits de presse ou encore ceux relevant d'une procédure spéciale.

Il appartient au procureur de recueillir l'aveu de culpabilité de l'auteur et de lui proposer une peine. L'avocat de l'auteur ou un avocat désigné par le bâtonnier doit être présent lors de cette proposition. La présence de l'avocat est une condition de validité de la procédure car l'auteur ne peut renoncer à son droit d'être assisté par un avocat. Un magistrat du siège intervient lors de la phase d'homologation, il vérifie la réalité des faits ainsi que leur qualification juridique. Il n'a que deux possibilités, accepter ou rejeter la demande d'homologation. L'ordonnance d'homologation est lue en audience publique, non en chambre du conseil comme l'a précisé le Conseil constitutionnel estimant « *que le jugement d'une affaire pénale pouvant conduire à une privation de liberté doit, sauf circonstances particulières nécessitant le huis clos, faire l'objet d'une audience publique* »⁵⁷⁴. L'ordonnance d'homologation est immédiatement exécutoire et peut faire l'objet d'un appel du condamné, ainsi que du ministère public mais seulement à titre incident. Les victimes peuvent également faire appel de l'ordonnance d'homologation mais uniquement concernant leurs intérêts civils.

A l'issue de cette procédure, la personne poursuivie peut être condamnée à une peine d'emprisonnement ne pouvant excéder la moitié de la peine encourue dans la limite d'une année⁵⁷⁵.

Autres évolutions pertinentes*Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données*

La Cour européenne des droits de l'homme a conclu à la violation de l'article 6 §3 combiné avec le paragraphe premier en estimant que les droits de la défense et le principe d'égalité des armes avaient été méconnus dans une affaire présentant certaines particularités⁵⁷⁶. En l'espèce, le requérant fut condamné à plusieurs années d'emprisonnement suite à une procédure dont l'audience se déroula pendant près de 48 heures. En effet, l'avocat de l'accusé plaida à 4h 25 du matin faisant suite à une durée cumulée des débats de 15h45. Les juges et les jurés délibérèrent entre 6h15 et 8h15 du matin pour ensuite condamner le requérant. La Cour, dans son constat de violation, insiste particulièrement sur le fait qu'il est primordial que l'accusé puisse répondre sereinement aux questions et que son défenseur puisse plaider sans état de fatigue excessif. Enfin, la Cour estime crucial le fait que les juges et jurés bénéficient de leurs pleines capacités de concentration et d'attention pour suivre les débats et rendre un jugement éclairé. Cet arrêt est intéressant d'une part car il révèle les conditions parfois

⁵⁷⁴ CC. DC. n° 2004-492, 2 mars 2004.

⁵⁷⁵ L'article 495-8 du Code de procédure pénale.

⁵⁷⁶ Cour eur. D.H., *Makhfi c. France* du 19 octobre 2004.

difficiles dans lesquelles certaines affaires particulièrement graves sont traitées. D'autre part, il est à souligner que la Convention énonce le droit à être jugé à un délai raisonnable, ce qui ne signifie pas pour autant une extrême rapidité. En effet, ce droit au délai raisonnable peut aussi s'interpréter comme le droit à ne pas être jugé de manière expéditive.

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

La Cour de cassation a approuvé une Cour d'appel qui a choisi de ne pas donner la parole à une personne représentée par un avoué mais qui avait choisi de ne pas être assistée d'un avocat. La Cour rappelle que le président de la formation de jugement tient des articles 438 à 441 du nouveau Code de procédure civile le pouvoir discrétionnaire d'autoriser ou non une partie représentée dans la procédure à présenter elle-même des observations orales à l'audience. Dès lors, ces articles ainsi que l'article 6 §1 de la Convention européenne ne sont pas méconnus⁵⁷⁷.

Aspects positifs

Il a été jugé à plusieurs reprises⁵⁷⁸ par la Cour de cassation que la procédure en fixation d'indemnités d'expropriation méconnaît le principe d'égalité des armes en raison du rôle du Commissaire du Gouvernement, appliquant ainsi la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Le Commissaire du Gouvernement est en effet dans cette procédure à la fois expert et partie. Il occupe donc une position dominante et bénéficie, par rapport à l'exproprié, d'avantages dans l'accès aux informations pertinentes publiées au fichier immobilier. Le juge judiciaire adopte la même position que la Cour européenne des droits de l'homme puisque cette dernière a déjà eu l'occasion de condamner la France en ce domaine dans un arrêt *Yvon c. France* du 24 avril 2003⁵⁷⁹. Un projet de modification du code de l'expropriation est actuellement à l'étude.

Dans un arrêt du 2 mars 2004⁵⁸⁰, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation est venue apporter une précision importante en matière de droits de la défense. Les faits de l'espèce méritent d'être soulignés, tant cette hypothèse est rare. En effet, le requérant, absent à l'audience, n'avait pu faire valoir ses droits car son avocat était en grève. Ce dernier avait demandé un report d'audience, lequel fut refusé. La Cour de cassation a décidé qu'un tel refus ayant eu pour effet de priver le plaideur de toute possibilité de faire valoir ses droits en justice était contraire aux exigences de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Par conséquent, la Cour a décidé que le plaideur dont l'avocat est en grève a le droit de demander le renvoi à une autre audience.

La Cour de cassation censure une Cour d'appel qui relève un moyen d'office entraînant la nullité de la procédure, sans inviter les parties à exprimer leur point de vue en violation de l'article 16 du nouveau Code de procédure civile relatif au principe du contradictoire⁵⁸¹.

La Cour de cassation annule pour violation des articles 6 §1 de la Convention européenne et 1259 et 16 du nouveau Code de procédure civile, une décision d'un Tribunal de grande instance qui avait statué alors que la personne concernée avait été avisée tardivement de la date de l'audience et n'avait pu assister aux débats et se défendre personnellement, et notamment répondre à une expertise qui lui était défavorable⁵⁸².

Article 49. Principe de légalité et de proportionnalité des peines

⁵⁷⁷ Cass. 2^{ème} civ., 24 juin 2004, 02-16461.

⁵⁷⁸ Cass. 3^{ème} civ., 9 juin 2004, 03-70.053 et 6 juillet 2004, 03-70.195.

⁵⁷⁹ Cour eur. D. H., 24 avril 2003, *Yvon c. France*.

⁵⁸⁰ Cass. 2^{ème} civ., 2 mars 2004, *Jean-Pierre Decressat*, pourvoi n° 02-30.755.

⁵⁸¹ Cass. 2^{ème} civ., 23 septembre 2004, 01-16832.

⁵⁸² Cass. 1^{ère} civ., 13 juillet 2004, 01-14506.

Légalité des délits et des peines

Jurisprudence internationale et observations de comités d'experts intervenues au cours de la période sous examen et suites qui y ont été données

Dans un arrêt *Radio France c. France*⁵⁸³, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que la notion de « fixation préalable » dans la loi fondant la mise en cause du directeur de la publication d'un média radiophonique en raison de la diffusion de propos préalablement enregistrés était raisonnablement prévisible et par conséquent conforme aux exigences de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales

La loi du 9 mars 2004⁵⁸⁴ a introduit dans le droit pénal français la notion de criminalité organisée. Le législateur a choisi de ne pas forger une nouvelle incrimination qui pouvait susciter certaines interrogations par rapport à une définition de la criminalité organisée. Le législateur a donc procédé à une énumération à droit constant⁵⁸⁵, tout en faisant référence à la circonstance aggravante de « bande organisée », présente auparavant dans la législation, déterminant parmi les infractions existantes, celles qui relèvent de la criminalité organisée dans le but de leur appliquer une procédure plus efficace. Ces procédures comportent des éléments particuliers et novateurs dans le droit français. Le but recherché est avant tout l'adaptation du droit aux formes contemporaines de délinquance. Ainsi, le législateur a introduit de nombreuses dispositions relatives à l'obtention des preuves dans les procédures visant la criminalité organisée. La loi du 9 mars 2004 permet l'infiltration des officiers ou agents de police dans un réseau criminel. Le législateur a tenu à encadrer rigoureusement cette pratique eu égard notamment au respect des droits de la défense. Le Code de procédure pénale édicte qu'une condamnation ne peut être fondée sur les seules déclarations des policiers infiltrés⁵⁸⁶, veillant ainsi à respecter la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à ce sujet. En outre, parmi les nombreuses dispositions, le code de procédure pénale prohibe la provocation au crime ou au délit⁵⁸⁷.

Les écoutes téléphoniques font aussi l'objet de certaines dispositions. Il s'agit notamment de les autoriser au stade de l'enquête policière, tout en les encadrant par certaines autorités judiciaires.

En ce qui concerne les prérogatives des enquêteurs dans le cadre de la criminalité organisée, celles-ci se voient renforcées car les infractions de l'article 706-73 du Code de procédure pénale peuvent donner lieu à des perquisitions de nuit, en dehors des heures légales, sur autorisation du juge des libertés, dans les locaux d'habitation, uniquement en enquête de flagrance⁵⁸⁸.

Le Conseil d'Etat a censuré une cour administrative d'appel qui avait fait une application rigoureuse du principe de légalité des délits et des peines et avait annulé une sanction administrative prise sur le fondement d'un simple décret, en considérant que seule une loi pouvait prévoir une sanction. Le Haut Conseil déclare que le texte infligeant une sanction n'a pas à être, dans tous les cas, une loi. Il se contente donc de vérifier que l'auteur du décret en question était bien compétent pour l'édicter⁵⁸⁹.

⁵⁸³ Cour eur. D. H., *Radio France c. France*, du 30 mars 2004, précité note 559.

⁵⁸⁴ Précitée notamment note 560 et voy. nos observations sur les article 47 et 49 du présent rapport.

⁵⁸⁵ L'article 706-73 du Code de procédure pénale.

⁵⁸⁶ L'article 706-87 du même code.

⁵⁸⁷ L'article 706-81, *ibidem*.

⁵⁸⁸ La même prérogative étant reconnue au juge d'instruction pendant l'information judiciaire.

⁵⁸⁹ CE. Ass., 7 juillet 2004, *Ministre de l'Intérieur, de la Sécurité intérieure et des Libertés locales c. M. Benkerrou*, 255136.

Aspects positifs

La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler dans la période sous examen, le principe de légalité des peines, en cassant un arrêt de Cour d'appel qui, après avoir condamné une personne coupable de violences mortelles en réunion à une peine d'emprisonnement, a prononcé contre lui un suivi socio-judiciaire de cinq ans avec injonction de soins, alors que cette peine complémentaire n'était pas prévu par les textes pour les violences mortelles en réunion⁵⁹⁰.

Article 50. Droit à ne pas être jugé ou puni deux foisDroit à ne pas être jugé ou puni deux fois*Initiatives législatives, jurisprudence nationale, et pratiques des autorités nationales*

Dans un arrêt du 11 mai 2004⁵⁹¹, la chambre criminelle s'est livrée à une application tout à fait classique des règles du droit pénal général. Elle précise qu'une faute unique ne peut être sanctionnée que par une seule peine et qu'en « *prononçant une peine pour chaque catégorie de contraventions de blessures involontaires, alors que celles-ci résultaient du même fait générateur constituant une faute pénale unique, la Cour d'appel a méconnu* » les articles 32-3 et 132-7 du Code pénal.

⁵⁹⁰ Cass. crim., 2 septembre 2004, 04-82.182.

⁵⁹¹ Cass. crim., 11 mai 2004, pourvoi n° 03-85.925.

ANNEXE : CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPEENNE (JO C 364 DU 18.12.2000)
--

TITRE I : DIGNITÉ

Article 1 : Dignité humaine

La dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée.

Article 2 : Droit à la vie

1. Toute personne a droit à la vie.
2. Nul ne peut être condamné à la peine de mort, ni exécuté.

Article 3 : Droit à l'intégrité de la personne

1. Toute personne a droit à son intégrité physique et mentale.
2. Dans le cadre de la médecine et de la biologie, doivent notamment être respectés :
 - a) le consentement libre et éclairé de la personne concernée, selon les modalités définies par la loi,
 - b) l'interdiction des pratiques eugéniques, notamment celles qui ont pour but la sélection des personnes,
 - c) l'interdiction de faire du corps humain et de ses parties, en tant que tels, une source de profit,
 - d) l'interdiction du clonage reproductif des êtres humains.

Article 4 : Interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants

Nul ne peut être soumis à la torture, ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

Article 5 : Interdiction de l'esclavage et du travail forcé

1. Nul ne peut être tenu en esclavage ni en servitude.
2. Nul ne peut être astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire.
3. La traite des êtres humains est interdite.

TITRE II : LIBERTÉS

Article 6 : Droit à la liberté et à la sûreté

Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté.

Article 7 : Respect de la vie privée et familiale

Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications.

Article 8 : Protection des données à caractère personnel

1. Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant.
2. Ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification.
3. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante.

Article 9 : Droit de se marier et droit de fonder une famille

Le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice.

Article 10 : Liberté de pensée, de conscience et de religion

1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. Ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.
2. Le droit à l'objection de conscience est reconnu selon les lois nationales qui en régissent l'exercice.

Article 11 : Liberté d'expression et d'information

1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières.
2. La liberté des médias et leur pluralisme sont respectés.

Article 12 : Liberté de réunion et d'association

1. Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association à tous les niveaux, notamment dans les domaines politique, syndical et civique, ce qui implique le droit de toute personne de fonder avec d'autres des syndicats et de s'y affilier pour la défense de ses intérêts.
2. Les partis politiques au niveau de l'Union contribuent à l'expression de la volonté politique des citoyens ou citoyennes de l'Union.

Article 13 : Liberté des arts et des sciences

Les arts et la recherche scientifique sont libres. La liberté académique est respectée.

Article 14 : Droit à l'éducation

1. Toute personne a droit à l'éducation, ainsi qu'à l'accès à la formation professionnelle et continue.
2. Ce droit comporte la faculté de suivre gratuitement l'enseignement obligatoire.
3. La liberté de créer des établissements d'enseignement dans le respect des principes démocratiques, ainsi que le droit des parents d'assurer l'éducation et l'enseignement de leurs enfants conformément à leurs convictions religieuses, philosophiques et pédagogiques, sont respectés selon les lois nationales qui en régissent l'exercice.

Article 15 : Liberté professionnelle et droit de travailler

1. Toute personne a le droit de travailler et d'exercer une profession librement choisie ou acceptée.
2. Tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union a la liberté de chercher un emploi, de travailler, de s'établir ou de fournir des services dans tout État membre.
3. Les ressortissants des pays tiers qui sont autorisés à travailler sur le territoire des États membres ont droit à des conditions de travail équivalentes à celles dont bénéficient les citoyens ou citoyennes de l'Union.

Article 16 : Liberté d'entreprise

La liberté d'entreprise est reconnue conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales.

Article 17 : Droit de propriété

1. Toute personne a le droit de jouir de la propriété des biens qu'elle a acquis légalement, de les utiliser, d'en disposer et de les léguer. Nul ne peut être privé de sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, dans des cas et conditions prévus par une loi et moyennant en temps utile une juste indemnité pour sa perte. L'usage des biens peut être réglementé par la loi dans la mesure nécessaire à l'intérêt général.
2. La propriété intellectuelle est protégée.

Article 18 : Droit d'asile

Le droit d'asile est garanti dans le respect des règles de la convention de Genève du 28 juillet 1951 et du protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés et conformément à la Constitution.

Article 19 : Protection en cas d'éloignement, d'expulsion et d'extradition

1. Les expulsions collectives sont interdites.
2. Nul ne peut être éloigné, expulsé ou extradé vers un État où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants.

TITRE III : ÉGALITÉ**Article 20 : Égalité en droit**

Toutes les personnes sont égales en droit.

Article 21 : Non-discrimination

1. Est interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.
2. Dans le domaine d'application de la Constitution et sans préjudice de ses dispositions particulières, toute discrimination fondée sur la nationalité est interdite.

Article 22 : Diversité culturelle, religieuse et linguistique

L'Union respecte la diversité culturelle, religieuse et linguistique.

Article 23 : Égalité entre hommes et femmes

L'égalité entre les hommes et les femmes doit être assurée dans tous les domaines, y compris en matière d'emploi, de travail et de rémunération. Le principe de l'égalité n'empêche pas le maintien ou l'adoption de mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur du sexe sous-représenté.

Article 24 : Droits de l'enfant

1. Les enfants ont droit à la protection et aux soins nécessaires à leur bien-être. Ils peuvent exprimer leur opinion librement. Celle-ci est prise en considération pour les sujets qui les concernent, en fonction de leur âge et de leur maturité.
2. Dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.
3. Tout enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt.

Article 25 : Droits des personnes âgées

L'Union reconnaît et respecte le droit des personnes âgées à mener une vie digne et indépendante et à participer à la vie sociale et culturelle.

Article 26 : Intégration des personnes handicapées

L'Union reconnaît et respecte le droit des personnes handicapées à bénéficier de mesures visant à assurer leur autonomie, leur intégration sociale et professionnelle et leur participation à la vie de la communauté.

TITRE IV : SOLIDARITÉ**Article 27 : Droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise**

Les travailleurs ou leurs représentants doivent se voir garantir, aux niveaux appropriés, une information et une consultation en temps utile, dans les cas et conditions prévus par le droit de l'Union et les législations et pratiques nationales.

Article 28 : Droit de négociation et d'actions collectives

Les travailleurs et les employeurs, ou leurs organisations respectives, ont, conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales, le droit de négocier et de conclure des conventions collectives aux niveaux appropriés et de recourir, en cas de conflits d'intérêts, à des actions collectives pour la défense de leurs intérêts, y compris la grève.

Article 29 : Droit d'accès aux services de placement

Toute personne a le droit d'accéder à un service gratuit de placement.

Article 30 : Protection en cas de licenciement injustifié

Tout travailleur a droit à une protection contre tout licenciement injustifié, conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales.

Article 31 : Conditions de travail justes et équitables

1. Tout travailleur a droit à des conditions de travail qui respectent sa santé, sa sécurité et sa dignité.
2. Tout travailleur a droit à une limitation de la durée maximale du travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire, ainsi qu'à une période annuelle de congés payés.

Article 32 : Interdiction du travail des enfants et protection des jeunes au travail

Le travail des enfants est interdit. L'âge minimal d'admission au travail ne peut être inférieur à l'âge auquel cesse la période de scolarité obligatoire, sans préjudice des règles plus favorables aux jeunes et sauf dérogations limitées. Les jeunes admis au travail doivent bénéficier de conditions de travail adaptées à leur âge et être protégés contre l'exploitation économique ou contre tout travail susceptible de nuire à leur sécurité, à leur santé, à leur développement physique, mental, moral ou social ou de compromettre leur éducation.

Article 33 : Vie familiale et vie professionnelle

1. La protection de la famille est assurée sur le plan juridique, économique et social.
2. Afin de pouvoir concilier vie familiale et vie professionnelle, toute personne a le droit d'être protégée contre tout licenciement pour un motif lié à la maternité, ainsi que le droit à un congé de maternité payé et à un congé parental à la suite de la naissance ou de l'adoption d'un enfant.

Article 34 : Sécurité sociale et aide sociale

1. L'Union reconnaît et respecte le droit d'accès aux prestations de sécurité sociale et aux services sociaux assurant une protection dans des cas tels que la maternité, la maladie, les accidents du travail, la dépendance ou la vieillesse, ainsi qu'en cas de perte d'emploi, selon les règles établies par le droit de l'Union et les législations et pratiques nationales.
2. Toute personne qui réside et se déplace légalement à l'intérieur de l'Union a droit aux prestations de sécurité sociale et aux avantages sociaux, conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales.
3. Afin de lutter contre l'exclusion sociale et la pauvreté, l'Union reconnaît et respecte le droit à une aide sociale et à une aide au logement destinées à assurer une existence digne à tous ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, selon les règles établies par le droit de l'Union et les législations et pratiques nationales.

Article 35 : Protection de la santé

Toute personne a le droit d'accéder à la prévention en matière de santé et de bénéficier de soins médicaux dans les conditions établies par les législations et pratiques nationales. Un niveau élevé de protection de la santé humaine est assuré dans la définition et la mise en oeuvre de toutes les politiques et actions de l'Union.

Article 36 : Accès aux services d'intérêt économique général

L'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément à la Constitution, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union.

Article 37 : Protection de l'environnement

Un niveau élevé de protection de l'environnement et l'amélioration de sa qualité doivent être intégrés dans les politiques de l'Union et assurés conformément au principe du développement durable.

Article 38 : Protection des consommateurs

Un niveau élevé de protection des consommateurs est assuré dans les politiques de l'Union.

TITRE V : CITOYENNETÉ

Article 39 : Droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen

1. Tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union a le droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen dans l'État membre où il ou elle réside, dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet État.
2. Les membres du Parlement européen sont élus au suffrage universel direct, libre et secret.

Article 40 : Droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales

Tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union a le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales dans l'État membre où il ou elle réside, dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet État.

Article 41 : Droit à une bonne administration

1. Toute personne a le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions, organes et agences de l'Union.
2. Ce droit comporte notamment :
 - a) le droit de toute personne d'être entendue avant qu'une mesure individuelle qui l'affecterait défavorablement ne soit prise à son encontre ;
 - b) le droit d'accès de toute personne au dossier qui la concerne, dans le respect des intérêts légitimes de la confidentialité et du secret professionnel et des affaires ;
 - c) l'obligation pour l'administration de motiver ses décisions.

3. Toute personne a droit à la réparation par l'Union des dommages causés par les institutions, ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres.

4. Toute personne peut s'adresser aux institutions de l'Union dans une des langues de la Constitution et doit recevoir une réponse dans la même langue.

Article 42 : Droit d'accès aux documents

Tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union ou toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un État membre a un droit d'accès aux documents des institutions, organes et agences de l'Union, quelle que soit la forme sous laquelle ils sont produits.

Article 43 : Médiateur

Tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union ou toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un État membre a le droit de saisir le médiateur de l'Union de cas de mauvaise administration dans l'action des institutions, organes ou agences de l'Union, à l'exclusion de la Cour de justice et du Tribunal de première instance dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles.

Article 44 : Droit de pétition

Tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union ou toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un État membre a le droit de pétition devant le Parlement européen.

Article 45 : Liberté de circulation et de séjour

1. Tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.
2. La liberté de circulation et de séjour peut être accordée, conformément à la Constitution, aux ressortissants de pays tiers résidant légalement sur le territoire d'un État membre.

Article 46 : Protection diplomatique et consulaire

Tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union bénéficie, sur le territoire d'un pays tiers où l'État membre dont il est ressortissant n'est pas représenté, de la protection des autorités diplomatiques et consulaires de tout État membre dans les mêmes conditions que les nationaux de cet État.

TITRE VI : JUSTICE

Article 47 : Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial

Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter. Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice.

Article 48 : Présomption d'innocence et droits de la défense

1. Tout accusé est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.
2. Le respect des droits de la défense est garanti à tout accusé.

Article 49 : Principes de légalité et de proportionnalité des délits et des peines

1. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou le droit international. De même, il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. Si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit une peine plus légère, celle-ci doit être appliquée.
2. Le présent article ne porte pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux reconnus par l'ensemble des nations.
3. L'intensité des peines ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'infraction.

Article 50 : Droit à ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour une même infraction

Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif conformément à la loi.

TITRE VII : DISPOSITIONS GÉNÉRALES RÉGISSANT L'INTERPRÉTATION ET L'APPLICATION DE LA CHARTE

Article 51 : Champ d'application

1. Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et agences de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en oeuvre le droit de l'Union. En conséquence, ils respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives et dans le respect des limites des compétences de l'Union telles qu'elles lui sont conférées dans les autres parties de la Constitution.
2. La présente Charte n'étend pas le champ d'application du droit de l'Union au-delà des compétences de l'Union, ni ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelles pour l'Union et ne modifie pas les compétences et tâches définies dans les autres parties de la Constitution.

Article 52 : Portée et interprétation des droits et des principes

1. Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui.
2. Les droits reconnus par la présente Charte qui font l'objet de dispositions dans d'autres parties de la Constitution s'exercent dans les conditions et limites définies par les parties en question.
3. Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue.
4. Dans la mesure où la présente Charte reconnaît des droits fondamentaux tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, ces droits doivent être interprétés en harmonie avec lesdites traditions.
5. Les dispositions de la présente Charte qui contiennent des principes peuvent être mises en oeuvre par des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions et organes de l'Union, et par des actes des États membres lorsqu'ils mettent en oeuvre le droit de l'Union, dans l'exercice de leurs

compétences respectives. Leur invocation devant le juge n'est admise que pour l'interprétation et le 6. Les législations et pratiques nationales doivent être pleinement prises en compte comme précisé dans la présente Charte.

Article 53 : Niveau de protection

Aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, la Communauté ou tous les États membres, et notamment la Convention européenne de

contrôle de la légalité de tels actes.

sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des États membres.

Article 54 : Interdiction de l'abus de droit

Aucune des dispositions de la présente Charte ne doit être interprétée comme impliquant un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Charte ou à des limitations plus amples des droits et libertés que celles qui sont prévues par la présente Charte.