

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

**RAPPORT SUR LA SITUATION DES DROITS FONDAMENTAUX EN FRANCE
EN 2003**

Janvier 2004

Référence : CFR-CDF.rapFR.2003



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 États 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 États membres et dans l'Union, ainsi que des avis sur des questions ponctuelles liées à la protection des droits fondamentaux dans l'Union. Le contenu de l'avis n'engage en aucune manière la Commission européenne. La Commission n'assume aucune responsabilité quant aux informations que contient le présent document.

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

**RAPPORT SUR LA SITUATION DES DROITS FONDAMENTAUX EN FRANCE
EN 2003***

Janvier 2004

Référence : CFR-CDF.rapFR.2003



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 États 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 États membres et dans l'Union, ainsi que des avis sur des questions ponctuelles liées à la protection des droits fondamentaux dans l'Union. Le contenu de l'avis n'engage en aucune manière la Commission européenne. La Commission n'assume aucune responsabilité quant aux informations que contient le présent document.

* Présenté au Réseau par le professeur F. Benoît-Rohmer, Université Robert Schuman, avec la collaboration de l'équipe des droits de l'homme de l'Université Robert Schuman de Strasbourg: Olivier Cotte (ALER), Peggy Ducoulombier(ALER), Nadiejda Nikitina(ATER), Arnaud Verdin (ALER)

Le Réseau UE d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux a été mis sur pied par la Commission européenne (DG Justice et affaires intérieures), 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), Rick Lawson (Pays-Bas), Lauri Malksoo (Estonie), Arne Mavcic (Slovénie), Vital Moreira (Portugal), Jeremy McBride (Royaume-Uni), 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), Dean Spielmann (Luxembourg), Pavel Sturma (Rép. Tchèque), Ineta Ziemele (Lettonie). Le Réseau est coordonné par Olivier De Schutter, assisté par Valérie 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 and Home Affairs), 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), Rick Lawson (The Netherlands), Lauri Malksoo (Estonia), Arne Mavcic (Slovenia), Vital Moreira (Portugal), Jeremy McBride (United Kingdom), 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), Dean Spielmann (Luxembourg), Pavel Sturma (Czech Republic), Ineta Ziemele (Latvia). The Network is coordinated by Olivier De Schutter, with the assistance of Valérie 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

REMARQUES PRELIMINAIRES	7
CHAPITRE I : DIGNITÉ	9
Article 1. Dignité humaine	9
<i>Législation, réglementation et jurisprudence nationale</i>	9
<i>Motifs de préoccupation</i>	11
Article 2. Droit à la vie	11
<i>Jurisprudence internationale et observations d'organes internationaux de contrôle</i>	11
<i>Législation, réglementation et jurisprudence nationales</i>	12
<i>Pratiques des autorités nationales</i>	14
<i>Motifs de préoccupation</i>	16
Article 3. Droit à l'intégrité de la personne	16
<i>Jurisprudence internationale et observations d'organes internationaux de contrôle</i>	16
<i>Législation, réglementation et jurisprudence nationales</i>	17
Article 4. Interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants	21
<i>Jurisprudence internationale et observations d'organes internationaux de contrôle</i>	21
<i>Législation, réglementation et jurisprudence nationales</i>	21
<i>Pratiques des autorités nationales</i>	23
<i>Motifs de préoccupation</i>	24
Article 5. Interdiction de l'esclavage et du travail forcé	25
<i>Législation, réglementation et jurisprudence nationales</i>	25
<i>Motifs de préoccupation</i>	27
CHAPITRE II : LIBERTÉS	27
Article 6. Droit à la liberté et à la sûreté	27
Article 7. Droit à la vie privée et familiale	28
Article 8. Protection des données à caractère personnel.....	30
Article 9. Droit de se marier et de fonder une famille	31
Article 10. Liberté de pensée, de conscience et de religion.....	31
Article 11. Liberté d'expression et d'information	31
Article 12. Liberté de réunion et d'association.....	32
Article 13. Liberté des arts et des sciences	32
Article 14. Droit à l'éducation	32
Article 15. Liberté professionnelle et droit de travailler.....	32
Article 16. Liberté d'entreprendre	33
Article 17. Droit de propriété	33
Article 18. Droit d'asile	33
Article 19. Protection en cas d'éloignement, d'expulsion et d'extradition	34
CHAPITRE III : ÉGALITÉ.....	35
Article 20. Égalité en droit	35
Article 21. Non-discrimination.....	35
<i>Jurisprudence internationale et observations d'organes internationaux de contrôle</i>	35
<i>Législation, réglementation et jurisprudence nationales</i>	35
<i>Pratiques des autorités nationales</i>	37
<i>Motifs de préoccupation</i>	38
Article 22. Diversité culturelle et religieuse	38
Article 23. Égalité entre homme et femmes	38
Article 24. Droits de l'enfant.....	39
Article 25. Droit des personnes âgées	39
Article 26. Intégration des personnes handicapées.....	40
CHAPITRE IV : SOLIDARITÉ.....	40
Article 27. Droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise	40

Article 28. Droit de négociation et d'actions collectives.....	40
Article 29. Droit d'accès aux services de placement.....	41
Article 30. Protection en cas de licenciement injustifié	41
Article 31. Conditions de travail justes et équitables	42
<i>Jurisprudence internationale et observations d'organes internationaux de contrôle.....</i>	<i>42</i>
<i>Législation, réglementation et jurisprudence nationales</i>	<i>42</i>
Article 32. Interdiction du travail des enfants et protection des jeunes au travail.....	44
Article 33. Vie familiale et vie professionnelle.....	44
Article 34. Sécurité sociale et aide sociale	44
Article 35. Protection de la santé.....	46
Article 36. Accès aux services d'intérêt économique général.....	48
Article 37. Protection de l'environnement	48
Article 38. Protection des consommateurs	49
CHAPITRE V : CITOYENNETÉ.....	49
Article 39. Droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen.....	49
Article 40. Droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales	50
<i>Législation, réglementation et jurisprudence nationales</i>	<i>50</i>
<i>Pratiques des autorités nationales</i>	<i>50</i>
Article 41. Droit à une bonne administration	50
Article 42. Droit d'accès aux documents.....	50
Article 43. Médiateur.....	50
Article 44. Droit de pétition.....	50
Article 45. Liberté de circulation et de séjour	50
<i>Législation, réglementation et jurisprudence nationales</i>	<i>50</i>
<i>Pratiques des autorités nationales</i>	<i>53</i>
<i>Motifs de préoccupation.....</i>	<i>53</i>
Article 46. Protection diplomatique et consulaire	54
CHAPITRE VI : JUSTICE.....	54
Article 47. Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial	54
<i>Jurisprudence internationale et observations d'organes internationaux de contrôle.....</i>	<i>54</i>
<i>Législation, réglementation et jurisprudence nationales</i>	<i>56</i>
<i>Pratiques des autorités nationales</i>	<i>60</i>
<i>Motifs de préoccupation.....</i>	<i>61</i>
Article 48. Présomption d'innocence et droits de la défense.....	61
<i>Législation, réglementation et jurisprudence nationales</i>	<i>61</i>
<i>Motifs de préoccupation.....</i>	<i>62</i>
Article 49. Principe de légalité et de proportionnalité des peines	63
<i>Législation, réglementation et jurisprudence nationales</i>	<i>63</i>
<i>Motifs de préoccupation.....</i>	<i>63</i>
Article 50. Droit à ne pas être jugé ou puni deux fois	64
<i>Législation, réglementation et jurisprudence nationales</i>	<i>64</i>

REMARQUES PRELIMINAIRES

L'insécurité avait constitué un thème majeur de la campagne présidentielle française de 2002. Il n'est donc guère étonnant que le législateur se soit employé à adopter en 2003 bon nombre de lois visant à lutter contre cette sensation d'insécurité, contre ce sentiment partagé par une grande partie de la population selon lequel la vie sereine en société est devenue impossible. La loi pour la sécurité intérieure adoptée le 16 mars 2003 sur l'initiative du Ministre de l'Intérieur Nicolas Sarkozy donne un exemple de l'activisme législatif en pareille matière. Dans ce cadre, la réaffirmation dès le début de la loi que la sécurité est un droit fondamental et que la sécurité est l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives n'est pas anodine. Elle cautionne la nécessité pour le législateur de concilier ce nouveau droit avec d'autres droits de même valeur, voire la nécessité de restreindre d'autres libertés pour garantir la sécurité des Français. C'est dans cet environnement que les principales réformes législatives de 2003 sont intervenues.

Il est toutefois extrêmement délicat pour le législateur de répondre aux exigences de ses électeurs en matière de sécurité. La tendance législative a été, conformément au souhait de la population française, de faire prévaloir les impératifs sécuritaires et les exigences du maintien de l'ordre public sur tout autre objectif. La législation adoptée se veut répressive et accroît souvent le rôle de la police et de l'administration par rapport au juge. Le respect des libertés individuelles en a souffert, même si sur quelques points des avancées notables peuvent être soulignées. Les risques de marginalisation et de précarisation de certaines catégories de personnes, les étrangers, les gens du voyage, les mendiants ou les prostituées par exemple, sont aussi devenus plus préoccupants. Les étrangers en situation irrégulière sont particulièrement visés comme en témoigne l'adoption de la loi sur la maîtrise de l'immigration clandestine du 26 novembre 2003 et de la loi sur le droit d'asile.

De nombreuses réformes législatives qui touchent aux droits de l'homme sont en cours de discussion au sein du Parlement. La loi sur la bioéthique est très attendue de même que la loi interdisant le port du foulard islamique à l'école publique. Les Français sont attentifs aux enjeux de ces réformes (euthanasie, clonage, liberté religieuse) et les débats sont passionnés. L'opinion publique est très divisée.

Les pratiques de l'administration sont généralement respectueuses des libertés. Des bavures existent néanmoins, comme en témoigne les quelques arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme qui condamnent la France et des progrès restent à faire s'agissant d'améliorer ces pratiques, notamment dans le domaine carcéral et à l'égard des étrangers en situation irrégulière.

Les associations sont actives et avec le juge veillent au respect des libertés. Ils remplissent leur tâche de « gardien des libertés », tâche qui doit être la leur en démocratie.

CHAPITRE I : DIGNITÉ

Article 1. Dignité humaine

Législation, réglementation et jurisprudence nationale¹

Au cours de la période sous examen il est intéressant de noter que le législateur national fait de plus en plus souvent appel au concept de dignité humaine, que ce soit dans l'exposé des motifs ou plus directement dans le corps du texte, ont fait référence à ce concept.

En effet, sans conteste, la notion de dignité humaine motive tout d'abord le projet de loi de révision des lois de bioéthique de 1994². Le rapport d'information³, rendu par la mission d'information commune ayant pour objet de préparer la révision de ces lois, précisait que l'objectif des dispositions nouvelles était bien de répondre à des aspirations contradictoires : une demande sociale quant au développement des biotechnologies et de la biomédecine et la nécessité de garantir et de « maintenir un cadre social fondé sur certains principes structurants », dont la protection du principe de dignité humaine⁴.

Le principe de dignité a également été invoqué à l'appui d'une proposition de loi sur l'euthanasie dans laquelle il est énoncé que « Toute personne en mesure d'apprécier les conséquences de ses choix et de ses actes est seule juge de la qualité et de la dignité de sa vie ainsi que de l'opportunité d'y mettre fin dans les conditions limitativement déterminées par la présente loi. »⁵. Ce débat de société a régulièrement lieu en France. On peut citer le cas douloureux de la mort de M. Humbert qui avait demandé, en 2002, « le droit de mourir » dans une lettre au Président de la République et qui est décédé en septembre 2003 avec l'aide de sa mère et de son médecin⁶.

Le concept de dignité fonde également la loi visant à aggraver les peines punissant les infractions à caractère raciste⁷, complétée par certaines dispositions de la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité⁸. L'exposé des motifs de ce projet énonce ainsi que : « Les actes de racisme constituent des comportements intolérables dans une société respectueuse des principes fondamentaux garantissant une égale dignité entre tous les êtres humains, et ils doivent être combattus avec la plus grande fermeté ».

Le concept de dignité est aussi parfois directement utilisé dans le corps des textes, comme cela apparaît dans la loi relative à la maîtrise de l'immigration⁹ et la loi pour la sécurité intérieure¹⁰. La loi relative à la maîtrise de l'immigration insère, par son article 29, dans

¹ Les articles qui seront cités, lorsqu'ils résultent de nouvelles lois ou de lois non finalisées, doivent être pour la plupart compris comme de futurs articles, soit qu'ils modifient les articles existants, soit qu'ils complètent les différents codes.

² Texte n° 215, adopté par l'Assemblée nationale en deuxième lecture le 11 décembre 2003, transmis en deuxième lecture au Sénat le 12 décembre 2003.

³ Rapport enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 27 juin 2001.

⁴ Le projet de loi sur la bioéthique comprend dans le corps de son texte la référence à la dignité humaine, voir par exemple l'article L. 611-17 du code de la propriété intellectuelle qui interdit de breveter une invention contraire à la dignité de la personne.

⁵ Article 1 de la proposition de loi relative au droit de finir sa vie dans la liberté, déposée par 80 députés le 10 avril 2003.

⁶ Voir sur la question de l'euthanasie l'article 2 du rapport.

⁷ Loi n° 2003-88 du 3 février 2003 visant à aggraver les peines punissant les infractions à caractère raciste, antisémite ou xénophobe, JO du 4 février 2003, p. 2104.

⁸ Texte n° 208, adopté en deuxième lecture par l'Assemblée nationale le 27 novembre 2003, transmis en deuxième lecture au Sénat le 28 novembre 2003.

⁹ Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, JO 27 novembre 2003, p. 20136.

¹⁰ Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, JO du 19 mars 2003, p.476.

l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative à l'entrée et au séjour des étrangers un article 21 bis qui énonce que certaines infractions (et notamment le fait d'avoir facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour sur le territoire d'un étranger en situation irrégulière) sont réprimées plus sévèrement « lorsqu'elles ont pour effet de soumettre les étrangers à des conditions de vie, de transport, de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité de la personne humaine ».

De même, la loi pour la sécurité intérieure du 16 mars 2003 (dite loi Sarkozy du nom du Ministre de l'Intérieur) supprime la référence à l'abus de vulnérabilité dans la définition des délits de conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité humaine¹¹. Elle définit également la traite des êtres humains en faisant référence aux conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité humaine¹². Enfin, elle crée une présomption de vulnérabilité à l'égard des mineurs et des personnes victimes de conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne à leur arrivée sur le territoire¹³.

La Jurisprudence française a également pu utiliser le concept de dignité.

Le Conseil constitutionnel a examiné les dispositions de certaines lois, notamment la loi pour la sécurité intérieure, par rapport à la notion de dignité¹⁴.

En matière pénale, la Cour de cassation a rendu des arrêts invoquant ce principe. Ainsi, la chambre criminelle¹⁵ a cassé un arrêt de la Cour d'appel de Caen¹⁶ qui avait relaxé la directrice d'un magasin poursuivi sur le fondement de l'article 225-14 du code pénal précédemment cité, pour avoir, en abusant de leur situation de dépendance, soumis plusieurs salariés à des conditions de travail incompatibles avec la dignité humaine. La Cour d'appel avait estimé que les requérants n'étaient pas en situation de dépendance ou de vulnérabilité et que les violences physiques et morales ne caractérisaient pas une atteinte à la dignité humaine, mais relevaient plutôt d'un mode paternaliste de gestion non pénalement punissable. La chambre criminelle de la juridiction suprême considère que la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision en se prononçant par des motifs inopérants s'agissant de la situation de vulnérabilité et de dépendance des victimes, et contradictoires s'agissant de la compatibilité des conditions de travail avec la dignité humaine.

La chambre criminelle avait déjà condamné pour atteinte à la dignité humaine un dirigeant d'ateliers de fabrication de vêtements qui faisait de ses salariés « le prolongement de la machine outil »¹⁷.

Au nom de l'égalité de dignité des enfants handicapés ou non, la loi du 4 mars 2002 avait affirmé que « nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance »¹⁸. Animé par la volonté de réaffirmer la dignité de l'enfant atteint d'un handicap, le législateur avait toutefois réduit les possibilités judiciaires d'indemnisation des enfants handicapés et des parents, renvoyant notamment la compensation du préjudice incluant les charges particulières découlant du handicap, tout au long de la vie de l'enfant, à la solidarité nationale. Le Conseil d'État dans un avis du 6 décembre 2002, rendu en Assemblée générale, a considéré que les dispositions de cette loi n'étaient pas contraires à la Convention européenne des droits de

¹¹ Articles 225-13 et 225-14 du code pénal.

¹² Article 225-4-1 du code pénal.

¹³ Article 225-15-1 du code pénal.

¹⁴ Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, notamment l'examen des dispositions prévoyant des actes médicaux sans le consentement de l'auteur de certaines infractions. Considérant 55 : « ...qu'il ne comportera donc aucun procédé douloureux, intrusif ou attentatoire à la dignité des intéressés... ».

¹⁵ Cass. crim., 23 avril 2003, *Proc. Gén. près CA Caen*.

¹⁶ CA Caen, ch. corr., 10 décembre 2001.

¹⁷ Cass. crim., 4 mars 2003, *B.*

¹⁸ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Voir le rapport 2002, article 1.

l'homme et étaient suffisamment précises pour s'appliquer immédiatement sans que l'intervention d'un nouveau texte soit nécessaire pour en préciser la portée.

Le Conseil d'État a également eu l'occasion de rendre un arrêt sur ce sujet¹⁹. L'Assistance publique-Hôpitaux de Paris (APHP) avait été condamnée à verser aux requérants, qui n'avaient pas, suite à une erreur dans le diagnostic prénatal, demandé à bénéficier d'une IVG pour motif thérapeutique, une indemnité provisionnelle de 152 449 euros en réparation du préjudice lié à la naissance inattendue d'un enfant mal formé. Saisie, la Cour administrative d'appel ramena cette indemnité à 15 245 euros en tenant compte des dispositions de la loi du 4 mars 2002. L'arrêt de la Cour administrative d'appel est néanmoins annulé par le Conseil d'État qui estime que la Cour administrative avait insuffisamment motivé son arrêt. Le Conseil d'État considère dans son arrêt qu'« il n'est pas sérieusement contestable » que les faits de l'espèce constituent une faute caractérisée ouvrant droit à réparation depuis l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002. Il réduit toutefois le montant de l'indemnité provisionnelle à 50 000 euros. Le Conseil d'État applique les dispositions de la loi de 2002 et réduit le montant de l'indemnité, mais dans des proportions moindres que celles de la Cour administrative d'appel.

Motifs de préoccupation

On ne peut que saluer la pénétration du principe de dignité humaine à tous les niveaux de l'ordre juridique français. Cependant, il convient de s'assurer que les juridictions, notamment, en font bien un usage opportun de telle manière à ce que ce principe fondamental, par sa « banalisation », n'en vienne pas à être déprécié. Il ne semble pas que ce soit le cas des différentes formations des juridictions supérieures. Cependant, certaines décisions passées incitent à la vigilance²⁰.

De même, on peut regretter l'application immédiate des dispositions de la loi du 4 mars 2002 alors même qu'aucune disposition concernant la compensation, par la solidarité nationale, des charges particulières qui découlent du handicap de l'enfant, tout au long de sa vie, n'a été prise, ce qui pourrait obliger, dans certains cas, les familles à rembourser, du moins partiellement, les indemnités perçues : les dispositions de la loi limitent la teneur du préjudice réparable et l'arrêt du Conseil d'État n'est que peu éclairant pour les litiges à venir quant à la difficile évaluation du préjudice subi par les parents.

Article 2. Droit à la vie

Jurisprudence internationale et observations d'organes internationaux de contrôle

La rédaction de la Charte, comme celle de la Convention européenne des droits de l'homme, énonce le droit de « toute personne » à la vie sans se prononcer sur ce que recouvre cette expression, notamment par rapport à l'enfant in utero. La Jurisprudence constante de la Cour de cassation refusait d'appliquer l'incrimination d'homicide involontaire au tiers responsable de la mort d'un enfant à naître²¹. C'est cet état du droit qui est porté devant la Cour européenne des droits de l'Homme²². En l'espèce, la requérante, Mme Vo, argue du fait que la France a manqué à ses obligations au titre de l'article 2 de la Convention en n'incriminant pas pénalement en tant que telles les atteintes à la vie de l'enfant à naître. Mme Vo avait perdu son enfant alors qu'elle était à son sixième mois de grossesse en raison d'une faute de son

¹⁹ CE, 19 février 2003, *M. et Mme M. ; Assistance publique-Hôpitaux de Paris contre M. et Mme M.*

²⁰ En ce sens, voir par exemple un arrêt de la CA de Metz, en date du 7 novembre 2001 dans lequel la juridiction considère qu'un salarié « est parfaitement en droit de ne pas être dans les mêmes dispositions d'esprit que son employeur ou ses collègues sauf à vouloir porter atteinte au principe de dignité humaine. ».

²¹ Voir entre autres Cass. crim., 25 juin 2002 et le rapport de 2002 sur ce sujet.

²² Cour eur. D. H., *Vo c. France*, audience du 10 décembre 2003, requête n° 53924/00.

médecin. Cependant, la Cour de cassation, confirmant la position des juridictions inférieures, a considéré que l'enfant à naître, même viable et proche de son terme, ne peut être considéré comme une personne humaine. Par conséquent, le médecin responsable du décès ne peut être condamné pour homicide involontaire. La mère invoque devant la Cour le fait que l'enfant conçu est dépourvu de la protection de la loi pénale due à tout être humain. La réponse que la Cour apportera à cette espèce est fondamentale par rapport à la question du début de la vie et par rapport aux conséquences potentielles sur le droit à l'interruption volontaire de grossesse.

Législation, réglementation et jurisprudence nationales

La protection du fœtus en droit français est une question qui intéresse la société française et le législateur depuis de nombreuses années. Comme un écho à l'affaire Vo, l'Assemblée nationale avait adopté le 27 novembre 2003, un amendement à la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dit « amendement Garraud », visant à créer un délit d'interruption involontaire de grossesse et à répondre ainsi à la jurisprudence de la Cour de cassation. Cet amendement a néanmoins provoqué de vives réactions aussi bien de la part de parlementaires que de la part d'associations de défense des droits des femmes craignant une reconnaissance implicite d'un statut du fœtus qui pourrait remettre en cause le droit à l'interruption volontaire de grossesse. Cet amendement a finalement été rejeté le 5 décembre 2003.

La protection de toute personne à la vie a également donné lieu à des évolutions législatives. Dans le cadre de la lutte contre le trafic d'êtres humains et l'immigration clandestine, la loi relative à la maîtrise de l'immigration du 26 novembre 2003 a aggravé les peines encourues par ceux qui, notamment, facilitent ou tentent de faciliter l'entrée, la circulation et le séjour sur le territoire d'étrangers en situation irrégulière lorsqu'ils le font dans des circonstances qui exposent les étrangers candidats à l'immigration directement « à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente »²³.

Pour assurer la protection du droit de toute personne à la vie, l'État est dans l'obligation de réglementer la possession et l'usage des armes par les forces de sécurité comme par les particuliers. Ainsi, le Titre II de la loi pour la sécurité intérieure est-il consacré aux dispositions relatives aux armes et aux munitions. Ce titre réglemente notamment l'accès à certaines catégories d'armes, il exige la production d'un certificat médical attestant que l'état de santé physique et psychique du demandeur n'est pas incompatible avec la détention de ces armes, les membres habilités de la police et de la gendarmerie sont autorisés de manière réglementée à consulter les traitements automatisés de données personnelles lors des demandes d'autorisation d'acquisition ou de détention d'armes et lors des demandes de renouvellement de ces autorisations... Il prévoit également une procédure de dessaisissement des armes à l'initiative du préfet.

La loi relative à la maîtrise de l'immigration a fait l'objet d'un examen de conformité du Conseil constitutionnel concernant les dispositions de son article 53²⁴. En effet, l'article 53 insère dans l'ordonnance du 2 novembre 1945 un article 35 octies qui, à titre expérimental et dans les conditions qu'il définit, autorise l'État à passer avec des personnes de droit public ou privé « des marchés relatifs aux transports de personnes retenues en centres de rétention ou maintenues en zones d'attente ». En vertu du septième alinéa de l'article 35 octies, « un décret en Conseil d'État détermine les conditions d'application du présent article ainsi que les conditions dans lesquelles les agents de sécurité privée investis des missions prévues par le présent article peuvent, le cas échéant, être armés ». Le Conseil a considéré cet article

²³ Nouvel article 21 bis de l'ordonnance n° 45-2658 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France prévoyant une peine de 10 ans d'emprisonnement et 750 000 Euros d'amende.

²⁴ Décision n° 2003-484 DC, 20 novembre 2003, *loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers et à la nationalité*.

conforme à la Constitution dans la mesure où les marchés en cause « ne peuvent porter que sur la conduite et les mesures de sécurité inhérentes à cette dernière, à l'exclusion de ce qui concerne la surveillance des personnes retenues ou maintenues au cours du transport qui demeure assurée par l'État ». Ainsi, une telle habilitation limite strictement l'objet des marchés à la mise à disposition de personnels compétents, à la fourniture de matériels adaptés ainsi qu'aux prestations de conduite des véhicules. Par l'exclusion de toute forme de surveillance des personnes transportées, elle réserve l'ensemble des tâches indissociables des missions de souveraineté dont l'exercice n'appartient qu'à l'État. Il en résulte que la possibilité d'être armés donnée aux agents privés chargés des transferts, dans le but d'assurer, en cas de besoin, leur protection personnelle, n'a pas pour objet et ne saurait avoir pour effet de permettre à ces agents d'exercer des missions de surveillance des personnes transportées²⁵.

L'article 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne implique également que l'Etat prenne les mesures nécessaires à la prévention des risques de réalisation « d'atteintes à la vie ». Comme les dispositions réglementant l'usage des armes, les dispositions relatives à l'utilisation de certains fichiers automatisés de données personnelles peuvent entrer dans ce cadre, en tant qu'outils pour identifier les auteurs de ces infractions et outils de prévention de la récidive des crimes les plus graves.

Ainsi, la loi pour la sécurité intérieure régit l'utilisation du fichier des empreintes génétiques²⁶. Ce fichier centralise les traces et empreintes génétiques concernant les infractions énumérées à l'article 706-55 du code de procédure pénale et notamment : les crimes contre l'humanité et les crimes et délits d'atteintes volontaires à la vie de la personne, de torture et actes de barbarie, de violences volontaires, de menaces d'atteintes aux personnes, de trafic de stupéfiants, d'atteintes aux libertés de la personne, de traite des êtres humains, de proxénétisme, d'exploitation de la mendicité et de mise en péril des mineurs... Mais la loi autorise également les services de la police nationale et de la gendarmerie nationale à mettre en oeuvre des applications automatisées d'informations nominatives recueillies au cours des enquêtes préliminaires ou de flagrance ou des investigations exécutées sur commission rogatoire et concernant tout crime ou délit ainsi que les contraventions de la cinquième classe sanctionnant un trouble à la sécurité ou à la tranquillité publiques ou une atteinte aux personnes, aux biens ou à l'autorité de l'État, afin de faciliter la constatation des infractions à la loi pénale, le rassemblement des preuves de ces infractions et la recherche de leurs auteurs²⁷. L'accès à ces informations est notamment ouvert aux magistrats du parquet, aux magistrats instructeurs, aux officiers de police judiciaire, au préfet dans certains cas. Le Conseil constitutionnel a fait plusieurs réserves d'interprétation sur cette loi et notamment sur les dispositions concernant les fichiers²⁸ afin de leur garantir l'application de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, et en premier lieu, le droit d'accès et de rectification pour les personnes figurant dans les fichiers.

Enfin, l'article 2 de la Charte implique que l'on s'intéresse également à la question de la fin de la vie, c'est-à-dire l'euthanasie. La proposition de loi du 10 avril 2003 sur le droit de mourir dans la liberté a déjà été évoquée. Cependant, le gouvernement a choisi, vu la sensibilité du sujet, de ne pas légiférer en la matière, suivant en cela un rapport rendu au Ministre de la santé le 16 octobre 2003.

Il convient de noter que les juridictions pénales peuvent se retrouver confrontées à des cas d'euthanasie et qu'en l'état actuel du droit français l'euthanasie active est assimilée à l'homicide volontaire, l'assassinat ou l'empoisonnement et est passible de 20 ans de réclusion criminelle ou de réclusion criminelle à perpétuité. Dans l'affaire Humbert, précédemment

²⁵ Considérants 87 à 90 de la décision du Conseil constitutionnel.

²⁶ Articles 29 et 30 de la loi.

²⁷ Article 21 et suivants.

²⁸ Décision n° 2003-467 DC, 13 mars 2003, *loi pour la sécurité intérieure*.

citée, le Procureur de la République a refusé de poursuivre la mère du jeune homme. En revanche le médecin qui a injecté le produit ayant entraîné la mort du jeune homme a été mis en examen et encourt des peines de prison très lourdes.. Le verdict n'est pas encore tombé. Le 17 janvier 2003, la Cour d'Assises du Vaucluse a prononcé une peine de deux ans d'emprisonnement avec sursis à l'encontre d'un homme qui avait tué par balle sa femme qui souffrait de la maladie d'Alzheimer²⁹. La Cour d'Assises de l'Essonne, le 23 janvier 2003, a été, en revanche, moins clémente à l'encontre d'une infirmière accusée d'avoir mis fin aux jours de six patients en prononçant à son encontre une peine de dix ans de réclusion pour assassinats. Les circonstances de l'affaire étaient peu claires, oscillant entre l'euthanasie et l'assassinat, comme le prouve le verdict en demie teinte.

Les juridictions administratives françaises peuvent également avoir à connaître des cas de décès de détenus. Ainsi, le 2 décembre 2003, le Tribunal administratif de Grenoble a condamné l'Administration pénitentiaire à verser 54 240 Euros à la famille d'un détenu qui s'était donné la mort grâce à des médicaments, au motif que le fait de ne pas avoir procédé à une fouille dans sa cellule constituait une « faute dans l'organisation de sa mission de surveillance ». De nombreux recours de familles de détenus suicidés sont actuellement pendants devant les juridictions administratives³⁰.

Enfin, il convient de signaler que la Cour de Justice de la République a donné une suite favorable, le 23 octobre 2003, à une plainte déposée pour homicides involontaires à l'encontre de quatre anciens Ministres de l'agriculture (H. Nallet, L. Mermaz, J. Puech et P. Vasseur) pour déterminer leur responsabilité dans la contamination du nouveau variant de la maladie de Creutzfeldt-Jacob (forme humaine de la maladie de la « vache folle »). J-F. Burgelin, Procureur Général près la Cour de cassation, a saisi la commission de l'instruction de la Cour de Justice de la République le 28 octobre³¹.

Pratiques des autorités nationales

Il convient d'aborder plusieurs sujets : l'euthanasie, les suicides dans les prisons, les décès d'étrangers lors de leur expulsion.

Tout d'abord en ce qui concerne la question de l'euthanasie, il faut citer la création d'une mission d'information sur l'accompagnement de la fin de la vie devant établir un rapport après l'audition de différents acteurs concernant la question de l'euthanasie : philosophes, sociologues, membres du corps médical, juristes, représentants associatifs et religieux... De même, un débat concernant cette question a été ouvert sur le site du Ministère de la justice³². Le site donne un aperçu de la législation en vigueur en France et en Europe et l'espace de débat ouvert aux internautes s'organise autour de six thèmes : le consentement de l'intéressé et les façons dont on peut s'assurer qu'il est libre et éclairé ; les personnes hors d'état de manifester leur consentement ; les mineurs atteints de graves pathologies incurables et les personnes vulnérables ou psychologiquement fragiles ; le problème des personnes qui souhaitent être aidées à mourir ; les risques de dérives ; le contrôle du recours à l'euthanasie.

Concernant les suicides en milieu carcéral, la responsabilité de l'Administration pénitentiaire peut être engagée comme nous l'avons vu précédemment. Un rapport commandé par les Ministères de la Justice et de la Santé a été rendu public le 10 décembre 2003³³ mettant en lumière la situation dramatique de l'univers carcéral. Le taux de suicide était de 22,8 pour

²⁹ Le Monde, 19-20 janvier 2003, *Prison avec sursis pour avoir tué son épouse malade*.

³⁰ Le Monde, 5 décembre 2003, *Le combat d'un avocat rouennais pour faire reconnaître la responsabilité d'un système*, Nathalie Guibert.

³¹ Le Monde, 30 novembre 2003, *Vache folle : quatre Ministres de l'agriculture font l'objet d'une enquête de la Cour de Justice de la République*, Acacio Pereira.

³² Communiqué du 13 octobre 2003, www.justice.gouv.fr.

³³ Disponible sur le site internet du Ministère de la justice : www.justice.gouv.fr.

10 000 en 2002 (et selon les estimations prévisionnelles de 20,3 pour 10 000 en 2003) ce qui constitue l'un des taux les plus élevés de l'Union européenne selon les statistiques du Conseil de l'Europe. L'auteur du rapport³⁴ indique que les personnes en attente de jugement (chez qui le taux de suicide atteint 33 pour 10 000) et les personnes isolées, notamment celles placées dans les quartiers disciplinaires, sont les plus vulnérables. Selon lui, l'effort des pouvoirs publics doit avant tout porter sur la prévention, le repérage du risque suicidaire. Il préconise une amélioration de la prise en charge et du suivi psychiatrique, en particulier dans les quartiers disciplinaires, où se produisent 11% des suicides, ainsi qu'une meilleure formation du personnel afin que soient correctement détectés et évalués les états dépressifs justifiant de prendre des mesures spécifiques. Il recommande, en outre, la suppression des potences de télévision : la pendaison étant le procédé choisi par les détenus dans 92% des suicides. Il est évident que la surpopulation carcérale est un obstacle majeur aux progrès dans ce domaine. En 2002, 122 détenus se sont donnés la mort et, au vu des données du premier semestre, ce chiffre devrait être similaire voire supérieur en 2003.

La pratique des autorités nationales en matière d'expulsion du territoire constitue une source de préoccupation importante. En effet, au cours des mois de décembre 2002 et de janvier 2003, deux étrangers sont décédés lors de leur expulsion ou reconduite à la frontière. Un ressortissant argentin, Ricardo Barrientos, est décédé d'une crise cardiaque alors qu'il devait être expulsé depuis l'aéroport de Roissy³⁵. Il est décédé avant le décollage de l'appareil dans lequel il était accompagné par une unité d'éloignement de la police aux frontières. Selon le service de communication de la police, la procédure se serait déroulée normalement. Cette procédure consiste à embarquer la personne avant les autres voyageurs et à l'installer au fond de l'appareil, généralement les mains liées dans le dos. Mais, selon de nombreux témoignages (généralement provenant du personnel de bord) la personne est pliée en deux, la tête maintenue entre les genoux par les policiers. Dans le cas de M. Barrientos, la police reconnaît qu'il refusait d'embarquer mais qu'il n'y aurait pas eu d'incident. Juste avant le décollage, il aurait été pris d'un malaise. Prévenu par le commandant de bord, le service médical d'urgence l'aurait débarqué et aurait alors constaté le décès. Toutefois, des témoignages de passagers recueillis par l'ANAFÉ³⁶ contestent cette version et incriminent la responsabilité des policiers qui auraient attendu que M. Barrientos soit inerte et ne l'auraient débarqué qu'une fois le décès constaté par un passager. Le parquet de Bobigny a été immédiatement saisi, a ordonné une autopsie et a entendu le commandant de bord et quatre membres d'équipage. Selon l'ANAFÉ, cette mesure de plier les personnes en deux, afin d'annihiler toute résistance, est devenue la règle lors des expulsions.

L'autre cas est celui d'un somalien de 24 ans, Mariame Vetu Hagos, qui a succombé à la suite d'un malaise intervenu le 16 janvier lors de sa reconduite forcée à la frontière³⁷. Ce dernier avait, à plusieurs reprises, refusé d'embarquer avant d'être emmené de force à bord d'un vol. Il aurait simulé auparavant deux malaises et, selon la police, aurait été examiné par un médecin. En tout cas, il sera évacué inanimé de l'appareil et décédera deux jours plus tard. En réaction, l'ANAFÉ a demandé au premier Ministre de saisir la Commission nationale de déontologie pour la sécurité en raison de ces deux décès. En outre, le 21 janvier, trois fonctionnaires de la police aux frontières ont été suspendus et le parquet de Bobigny a ouvert une information judiciaire contre X pour homicide involontaire, après avoir reçu le compte rendu d'autopsie de M. Hagos.

³⁴ M. Terra, psychiatre.

³⁵ Le Monde, 8 janvier 2003, dépêche, *Un argentin meurt à Roissy d'un arrêt cardiaque pendant son expulsion*.

³⁶ Association Nationale d'Assistance aux Frontières pour les Étrangers créée en 1989 pour fournir une aide juridique et humanitaire aux étrangers en difficulté aux frontières.

³⁷ Le Monde, 22 janvier 2003, dépêche, *Nouveau décès d'un sans papiers*.

Motifs de préoccupation

L'absence de législation sur l'euthanasie peut apparaître comme négative même si la réflexion éthique engagée par le gouvernement est d'importance. Certes, le sujet est sensible et la réglementation périlleuse. Cependant, les différentes décisions judiciaires, le désarroi des familles et du corps médical montrent bien les lacunes qui existent en la matière. Il conviendrait donc d'éclaircir le cadre réglementaire et législatif pour prendre en compte le phénomène et éviter les dérives, tout en améliorant grandement les soins palliatifs, toujours insuffisants malgré la loi votée en 1999 sur l'accès aux soins palliatifs.

Il peut apparaître inquiétant de voir se généraliser le recours aux fichiers nominatifs dans le cadre policier et judiciaire, même si le contrôle effectué par le Conseil constitutionnel a intégré certaines réserves d'interprétation pour garantir, notamment, l'application de la loi du 6 janvier 1978. Les risques de dérives et l'atteinte que ces fichiers peuvent représenter pour le respect de la vie privée et la présomption d'innocence sont réels.

Le taux de suicide en prison est également très préoccupant et est, de plus, lié à la question des conditions de détention en milieu carcéral. Les autorités ne semblent pas agir de manière suffisante même si elles font preuve d'un souci certain pour le problème comme tend à le démontrer la réalisation du rapport précité.

La pratique des autorités nationales concernant l'expulsion des étrangers est préoccupante et condamnable. Les pratiques de la police aux frontières, même si elles peuvent être considérées comme des bavures, ne sont guère compatibles avec le respect dû à la vie. Il est louable qu'elles fassent l'objet d'enquêtes sérieuses et effectives et que les responsables soient poursuivis et condamnés.

Enfin, on peut signaler qu'en moins d'un an, les principaux responsables de l'association « Bouge qui Bouge », créée en 1998 pour soutenir les victimes de bavures policières, ont été successivement expulsés de leur local, condamnés par les tribunaux et pour l'un d'entre eux emprisonné, à la suite de poursuites engagées par les forces de l'ordre et dont la justification a été largement contestée³⁸.

Article 3. Droit à l'intégrité de la personne*Jurisprudence internationale et observations d'organes internationaux de contrôle*

On peut signaler que la France n'a pas encore ratifié la Convention relative aux droits de l'homme et à la biomédecine³⁹. De plus, dans un avis du 19 décembre 2002, la Commission européenne avait demandé à 9 États, dont la France, qui n'avaient pas encore transposé la directive sur la brevetabilité des inventions biotechnologiques, de faire connaître un calendrier de transposition sous peine d'introduction d'une procédure d'infraction devant la Cour de Justice. Le projet de loi sur la bioéthique qui transpose partiellement la directive devrait satisfaire la Commission.

³⁸ Le Monde, 4 mai 2003, *Un militant associatif condamné pour outrage aux policiers à Dammarie Les Lys*, Alexandre Garcia.

³⁹ Convention adoptée le 4 avril 1997 dans le cadre du Conseil de l'Europe.

Législation, réglementation et jurisprudence nationales

La principale réalisation législative est effectuée par le projet de loi relatif à la bioéthique⁴⁰. Nous pouvons diviser l'analyse de ce texte en fonction des alinéas de l'article 3.

Le consentement libre et éclairé de la personne :

La nécessité d'un consentement libre et éclairé du patient est évoquée dans de nombreuses dispositions du texte adopté par l'Assemblée Nationale.

Le législateur applique la règle du consentement obligatoire à l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne, qui ne peut être effectué qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique. Cet examen nécessite d'informer la personne de la nature et des finalités de l'examen et d'obtenir son consentement par écrit préalablement⁴¹.

Le recours à l'identification par empreintes génétiques post mortem est interdit sauf consentement exprès de la personne de son vivant. Lorsque cette identification est effectuée à des fins médicales ou de recherche scientifique, le consentement exprès de la personne (révocable sans forme à tout moment) doit être recueilli par écrit, préalablement à l'identification, après qu'elle ait été informée de sa nature et de sa finalité⁴².

En ce qui concerne le prélèvement d'organes et de produits ou d'éléments du corps humain sur les personnes vivantes, le régime du consentement est strictement encadré. Le prélèvement sur personne vivante est conditionné par l'intérêt thérapeutique direct du receveur⁴³. Le donneur ne pouvant être, en principe, que le père ou la mère mais le projet de loi prévoit des dérogations au profit, notamment, des fils, filles, frères, sœurs, conjoint du receveur. Face à l'élargissement du cercle des donneurs, le régime du consentement est entouré de garanties. Le donneur est informé par un comité d'experts⁴⁴ des risques encourus et doit donner son consentement devant le président du Tribunal de grande instance ou le magistrat désigné par lui, qui s'assure que le don répond aux conditions posées par la loi. Le consentement étant révocable à tout moment et sans condition de forme. Cependant, en cas d'urgence vitale, le consentement peut être recueilli par tout moyen par le procureur de la République. Finalement, le prélèvement sur les donneurs autres que père et mère est autorisé par le comité d'experts. A l'exception de l'urgence vitale, il peut même avoir à donner son autorisation en ce qui concerne les père et mère du receveur lorsque le magistrat qui recueille le consentement l'estime nécessaire.

S'agissant du prélèvement d'organes post mortem à des fins thérapeutiques ou scientifiques, le projet confirme le passage au régime de la présomption de consentement, motivé certainement par la pénurie de dons d'organes⁴⁵. Cependant, la personne reste libre de s'opposer expressément de son vivant à un tel prélèvement par tout moyen et notamment par son inscription à un fichier national automatisé. Le refus est révocable à tout moment. Cependant, si le médecin ne connaît pas directement la volonté du défunt lors du décès, il doit recueillir le témoignage de la famille concernant une éventuelle opposition de ce dernier au prélèvement⁴⁶. Ces dispositions peuvent constituer une entrave importante au principe de

⁴⁰ Texte n° 215, adopté en deuxième lecture par l'Assemblée Nationale le 11 décembre 2003. Rappelons que ne s'agissant que d'un projet les modifications prévues aux articles des différents codes ne sont pas définitivement acquises. Voir également à ce sujet le rapport de 2002.

⁴¹ Article 16-10 du code civil.

⁴² Article 16-11 du code civil.

⁴³ Article L. 1231-1 du code de la santé publique.

⁴⁴ L'article L. 1231-3 du code de la santé publique définit la composition de ce comité d'experts.

⁴⁵ Le prélèvement et la greffe d'organes étant qualifiés de priorité nationale : article L. 1231-I A du code de la santé publique.

⁴⁶ Article L. 1232-1 du code de la santé publique.

présomption posé en premier lieu par le projet de loi mais elles tiennent compte également du respect dû au défunt et à sa famille. Lorsque la personne décédée est un mineur ou un majeur sous tutelle, le prélèvement ne peut avoir lieu qu'avec le consentement écrit des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur⁴⁷. Le projet encadre également, dans des conditions assez proches de celles du prélèvement d'organes, le prélèvement de tissus, de cellules et la collecte de produits du corps humain⁴⁸.

Dans un autre domaine, le projet régleme l'utilisation des déchets opératoires. Les organes, tissus, cellules, produits du corps humain et le placenta, prélevés à l'occasion d'une intervention chirurgicale pratiquée dans l'intérêt de la personne, peuvent être utilisés à des fins thérapeutiques ou scientifiques, sauf opposition du patient, après qu'il ait été dûment informé de l'objet de cette utilisation. Quand le patient est un mineur ou un majeur sous tutelle, l'utilisation sera, de plus, subordonnée à l'absence d'opposition des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur informés de l'objet de l'utilisation. Cependant, l'opposition du mineur ou du majeur sous tutelle fait obstacle à cette utilisation⁴⁹.

Dans la même veine, le projet précise que les cellules ou tissus embryonnaires ou fœtaux ne peuvent être prélevés, à l'issue d'une interruption volontaire de grossesse, qu'à des fins diagnostiques, thérapeutiques ou scientifiques et uniquement si la femme concernée, informée de l'objet de ce prélèvement, y a donné son consentement écrit au préalable (sauf si le prélèvement a pour but de rechercher les causes de l'interruption de grossesse)⁵⁰. Le non respect de certaines de ces conditions est puni de 2 ans d'emprisonnement et 30 000 Euros d'amende⁵¹.

Toujours dans le but de protéger le droit de toute personne à son intégrité physique et le respect dû à son consentement, l'autopsie médicale, distinguée de l'autopsie judiciaire par le législateur, doit respecter en principe les dispositions concernant la recherche du consentement du patient. Elle peut, toutefois, être pratiquée sans ce consentement et malgré l'opposition de la personne décédée lorsque cela représente une nécessité impérieuse pour la santé publique et lorsque les causes de la mort ne peuvent être recherchées autrement⁵².

Dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation, dont les possibilités sont élargies, le consentement des parents est requis à de nombreuses reprises, notamment pour effectuer des recherches sur les embryons surnuméraires⁵³.

L'interdiction des pratiques eugéniques :

Nous avons vu que le projet de loi interdit les pratiques eugéniques en précisant notamment que l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne ne peut être entrepris qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique. Le non respect de la condition de consentement obligatoire est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 Euros d'amende⁵⁴. De plus, seuls les praticiens agréés par l'agence de la biomédecine, établissement public institué par l'article 1 du projet, seront habilités à pratiquer de tels examens⁵⁵.

⁴⁷ Article L. 1232-2 du code de la santé publique.

⁴⁸ Article L. 1241-1 et suivants du code de la santé publique.

⁴⁹ Article L. 1235-2 et L. 1245-2 du code de la santé publique.

⁵⁰ Article L. 1241-5 du code de la santé publique.

⁵¹ Article 511-19-1 du code pénal.

⁵² Article L. 1211-2 du code de la santé publique.

⁵³ Article L. 2151-3 du code de la santé publique.

⁵⁴ Article 226-25 du code pénal.

⁵⁵ Article L. 1131-3 du code de la santé publique.

Mais l'innovation majeure est la modification du titre I, livre II du code pénal par l'insertion d'un sous titre II intitulé « Des crimes contre l'espèce humaine »⁵⁶, dans lequel est puni de 30 ans de réclusion criminelle et de 7 500 000 Euros d'amende le fait de mettre en œuvre une pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes⁵⁷.

Le projet de loi n'autorise, de plus, le diagnostic prénatal chez l'embryon ou le fœtus que dans le but de détecter in utero une affection d'une particulière gravité.

L'interdiction de faire du corps humain et de ses parties, en tant que tels, une source de profit :

Le projet transpose partiellement une directive communautaire de 1998 sur la question de la brevetabilité du vivant⁵⁸.

Le projet insère notamment dans le code de la propriété intellectuelle un article L. 611-18 en vertu duquel le corps humain, aux différents stades de sa constitution et de son développement, ainsi que la simple découverte d'un de ses éléments, tel que la séquence partielle d'un gène, ne peuvent constituer des inventions brevetables. Seule une invention constituant l'application technique d'une fonction du corps humain peut être protégée par brevet. Cependant, 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, qui doit être concrètement et précisément exposée dans la demande de brevet⁵⁹. L'article L. 611-19 énumère ensuite une série de découvertes non brevetables : les procédés de clonage des êtres humains, de modification de l'identité génétique des êtres humains, les utilisations d'embryon humain à des fins industrielles ou commerciales et les séquences totales ou partielles d'un gène prises en tant que telles. Enfin, rappelons que l'article L. 611-17 du code de la propriété intellectuelle interdit de breveter des inventions dont l'exploitation serait contraire à la dignité de la personne humaine, à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

L'interdiction du clonage reproductif des êtres humains :

Le problème du clonage est particulièrement sensible. Suite à l'annonce rocambolesque le 26 décembre 2002 de la naissance du premier bébé cloné par la secte des Raëliens, le législateur a eu à cœur de prévoir des dispositions visant à réglementer et à interdire le clonage.

Le clonage reproductif est tout d'abord interdit⁶⁰ et est pénalement sanctionné de 30 ans de réclusion criminelle et 7 500 000 Euros d'amende, comme crime contre l'espèce humaine, à l'instar des pratiques eugéniques⁶¹.

De plus, le clonage thérapeutique est également interdit par l'article L. 2151-2-2 du code de la santé publique⁶², suivant en cela les recommandations de J.F. Mattei, Ministre de la Santé, qui considérait que le clonage thérapeutique était « la porte ouverte au clonage reproductif »⁶³. Cette pratique étant puni de 7 ans d'emprisonnement et de 100 000 Euros d'amende⁶⁴.

⁵⁶ J.F. Mattei avait souhaité la création d'une nouvelle incrimination pénale : le crime contre la dignité de la personne humaine, regroupant le clonage reproductif et les pratiques eugéniques. Audition devant la Commission des Affaires sociales du Sénat, 12 décembre 2002.

⁵⁷ Article 214-1 du code pénal. Les peines pouvant être aggravées par certaines circonstances comme la réalisation de ce crime en bande organisée.

⁵⁸ Directive n° 98/44 du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques.

⁵⁹ Ce principe est spécifiquement réaffirmé concernant les brevets couvrant une séquence génique : article L. 613-2-1 du code de la propriété intellectuelle.

⁶⁰ Article 16-4 al 3 du code civil : « Est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée. ».

⁶¹ Article 214-2 du code pénal.

⁶² Article L. 2151-2-2 : « La constitution par clonage d'embryons humains à des fins thérapeutiques est interdite. ».

⁶³ Audition devant la Commission des affaires sociales du Sénat, 12 décembre 2002.

⁶⁴ Article 511-18-1 du code pénal.

De même, la conception in vitro ou la constitution par clonage d'embryons humains à des fins industrielles et commerciales ou même à des fins de recherche est interdite et pénalement sanctionnée de 7 ans d'emprisonnement et de 100 000 Euros d'amende⁶⁵.

La recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires et fœtales humaines :

Il ne s'agit pas d'un alinéa de l'article mais les dispositions concernant la recherche sur l'embryon sont multiples et touchent les différents alinéas de l'article.

Le législateur a décidé d'autoriser et d'encadrer, à titre d'exception à leur interdiction de principe⁶⁶, les recherches sur les embryons et les cellules souches embryonnaires. A titre exceptionnel, le couple parental peut consentir à des études ne portant pas atteinte à l'embryon sous réserve du respect de certaines conditions. En outre, les recherches sur l'embryon humain resteront interdites, sous réserve de leur autorisation par décret en Conseil d'État pour une durée de 5 ans lorsqu'elles seront susceptibles de permettre des progrès thérapeutiques majeurs et ne pourront être poursuivies par une méthode alternative et d'efficacité équivalente. Cependant, les recherches ne peuvent être entreprises que sur des embryons surnuméraires et avec le consentement écrit préalable du couple parental, ainsi que sur des cellules souches embryonnaires importées de l'étranger. En effet, le législateur a autorisé l'importation et l'exportation de tissus, de leurs dérivés, de cellules issues du corps humain et de produits cellulaires à fins de recherche sous réserve d'autorisation⁶⁷.

La loi sur la bioéthique devrait être adoptée par le Parlement en 2004.

Il convient d'ajouter que d'autres dispositions législatives concernent l'article 3 et plus particulièrement la question du consentement de la personne. Ainsi, la loi pour la sécurité intérieure, au titre des dispositions traitant du fichier national automatisé des empreintes génétiques, autorise certains actes médicaux malgré le refus des personnes qui y sont soumises et prévoit même leur condamnation en raison de ce refus. Ainsi, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 Euros d'amende le fait pour un individu soupçonné d'avoir commis certaines infractions, de refuser de se soumettre à un prélèvement biologique destiné à permettre l'analyse d'identification de son empreinte génétique⁶⁸. La sanction s'élève à 2 ans d'emprisonnement et 30 000 Euros d'amende lorsque la personne est condamnée pour crime. Lorsqu'un individu soupçonné d'avoir commis un viol ou une agression sexuelle refuse de se soumettre à la prise de sang requise par l'officier de police judiciaire afin de dépister d'éventuelles maladies sexuellement transmissibles, il encourt également un an d'emprisonnement et 15 000 Euros d'amende⁶⁹.

Le Conseil constitutionnel a considéré que la contrainte à laquelle est soumise la personne concernée n'entraîne aucune rigueur qui ne serait pas nécessaire au regard des autres exigences constitutionnelles en cause et, plus particulièrement, conformément au onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, de la protection de la santé de la victime et que l'examen médical et le prélèvement sanguin ne portent atteinte ni aux droits de la défense, ni aux exigences du procès équitable, ni à la présomption d'innocence⁷⁰. En l'absence de consentement à l'examen, il est en effet nécessaire d'obtenir les instructions écrites du Procureur de la République ou du juge d'instruction. Cependant, le Conseil constitutionnel a précisé que l'autorité judiciaire dispose de toute latitude pour refuser de prescrire l'examen médical, ayant pour but de dépister une maladie sexuellement transmissible, sur l'auteur de l'agression sexuelle, lorsque notamment la nature de l'infraction n'emporte aucun risque pour

⁶⁵ Articles 511-17 et 511-18 du code pénal.

⁶⁶ Article L. 2151-3 du code de la santé publique.

⁶⁷ Article L. 2151-3-1 du code de la santé publique.

⁶⁸ Article 706-56 du code de procédure pénale.

⁶⁹ Article 706-47-1 du code de procédure pénale.

⁷⁰ Considérant 49 de la décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003.

la santé de la victime⁷¹. De même, lors du prononcé de la peine pour refus de prélèvement externe de l'article 706-56 du code de procédure pénale, le juge devra la proportionner à celle qui pourra être infligée pour le crime ou délit à l'occasion duquel le prélèvement a été demandé.

Les juridictions françaises ont rendu certains arrêts en lien avec l'article 3 de la Charte. Outre les réserves d'interprétations du Conseil constitutionnel sur la loi pour la sécurité intérieure, nous pouvons citer le jugement rendu par le Tribunal administratif de Paris, le 21 janvier 2003⁷², qui a validé l'autorisation accordée au Centre National de la Recherche Scientifique, en 2002, par le Ministre de la recherche, d'importer deux lignées de cellule souches embryonnaires.

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

Jurisprudence internationale et observations d'organes internationaux de contrôle

La France a été de nouveau condamnée pour violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme dans un arrêt Henaf du 27 novembre 2003⁷³. La Cour a considéré à l'unanimité que le requérant, un détenu âgé de 75 ans au moment des faits, avait été soumis à des traitements inhumains. Il avait été entravé, une chaîne reliant une de ses chevilles aux barreaux de son lit, lors de son transfert dans un hôpital afin d'y subir une opération. La Cour, pour fonder sa décision, a insisté sur son âge avancé, sur son état de santé, sur l'absence de menace réelle de sa part et sur le fait qu'il était en permanence surveillé par des policiers stationnés dans sa chambre d'hôpital. Elle souligne, de plus, que le directeur de l'établissement pénitentiaire n'avait requis que l'application des mesures de sécurité habituelles, le requérant n'étant pas considéré comme un détenu dangereux. En conséquence, la Cour considère la mesure d'entrave comme étant disproportionnée au regard des nécessités de la sécurité et conclut à l'existence d'un traitement inhumain.

Le Gouvernement français a donné, le 16 décembre 2003, son accord à la publication du rapport du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) sur la visite qu'il a effectuée du 17 au 21 juin 2002 à l'aéroport Roissy-Charles de Gaulle afin d'y examiner la situation des ressortissants étrangers maintenus sur ce site. Le rapport est publié avec la réponse des autorités françaises⁷⁴.

Législation, réglementation et jurisprudence nationales

Un projet de loi relatif à l'accueil et à la protection de l'enfance prévoit certaines dispositions dans le but de lutter contre la maltraitance exercée à l'encontre des enfants⁷⁵. L'article 7 du projet modifie l'article L. 226-6 du Code de l'action sociale et des familles et assigne à l'Observatoire de l'enfance en danger une mission nouvelle, consistant à contribuer au recueil et à l'analyse des données et études concernant la maltraitance envers les mineurs. Il devrait, de plus, contribuer à la mise en cohérence de ces données afin d'améliorer la connaissance des phénomènes de maltraitance, recenser et évaluer les pratiques de prévention, de dépistage et de prise en charge médico-sociale et judiciaire de la maltraitance et assurer la promotion des méthodes qu'il estime efficaces. Il présentera chaque année au Gouvernement et au Parlement un rapport public de son action.

⁷¹ Considérant 51.

⁷² TA Paris, 21 janvier 2003, n° 0207626/6, *Association Alliance pour les droits de la vie*.

⁷³ Cour eur. D. H., *Henaf c. France*, 27 novembre 2003, requête n° 65436/01.

⁷⁴ L'étude du rapport du CPT est cependant reportée au futur rapport au titre de l'année 2004.

⁷⁵ Texte n° 221, projet adopté par l'Assemblée nationale en deuxième lecture le 18 décembre 2003. Ce projet sera étudié plus en détail au titre du rapport 2004.

Le projet prévoit en outre de notables exceptions à l'article 226-13 du Code pénal qui condamne l'atteinte au secret professionnel d'un an d'emprisonnement et de 15 000 Euros d'amende. Ainsi, cet article ne devrait pas être applicable à ceux qui informent les autorités judiciaires, médicales ou administratives des privations ou sévices, y compris sexuels, infligés à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou d'une incapacité physique ou psychique. Échapperait également à la sanction le médecin qui, avec l'accord de la victime, porte à la connaissance du Procureur de la République les sévices ou privations qu'il a constatés, sur le plan physique ou psychique dans l'exercice de sa fonction et qui lui permettent de présumer que des violences physiques, psychiques ou sexuelles de toute nature ont été commises. Cependant, quand la victime est mineure son consentement ne serait pas nécessaire⁷⁶. Il est à noter également que le code de procédure pénale devrait être modifié pour permettre aux associations de se constituer partie civile pour toutes les infractions concernant des victimes mineures dès lors que celles-ci sont atteintes dans leur intégrité physique, psychique ou morale, quelle que soit la forme de cette atteinte⁷⁷. Notons qu'est prévu la création de délégations parlementaires aux droits de l'enfant⁷⁸.

Concernant les conditions de détention des étrangers candidats à l'immigration, la loi relative à la maîtrise de l'immigration dans son article 52 prévoit l'introduction dans l'ordonnance de 1945 d'un article 35 septies qui autorise l'État à confier à une personne ou à un groupement de personnes, de droit public ou privé, une mission portant à la fois sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien, l'hôtellerie et la maintenance de centres de rétention ou de zones d'attente.

Il faut également signaler que le nouvel article 35 bis de l'ordonnance de 1945 prévoit un allongement notable de la durée de la rétention administrative des étrangers, ce qui n'est pas sans soulever des questions en raison des difficiles conditions de détention en zones d'attente et centres de rétention⁷⁹. Dans le cas le plus long, une telle rétention pourrait atteindre 32 jours.

Les juridictions françaises ont également rendu des décisions relatives aux droits garantis par l'article 4 de la Charte.

En effet, la Cour de cassation a eu à connaître d'une affaire concernant les violations des droits fondamentaux de l'homme commises pendant la guerre d'Algérie. Le Mouvement contre le Racisme et pour l'Amitié entre les Peuples (MRAP) avait porté plainte et s'était constitué partie civile contre personne dénommée pour crimes contre l'humanité, à raison des tortures et exécutions sommaires que, dans un livre publié le 3 mai 2001, le Général Paul A. révélait avoir pratiquées ou ordonné de pratiquer sur la population civile en Algérie entre 1955 et 1957. Mais, la chambre de l'instruction a jugé que les faits dénoncés, ne pouvant être poursuivis sous la qualification de crimes contre l'humanité, entraient dans les prévisions de la loi n°68-697 du 31 juillet 1968 portant amnistie. La Cour de cassation va donner raison à la juridiction inférieure et rejeter le pourvoi. Elle considère que les dispositions de la loi du 26 décembre 1946 et celles sur le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg ne concernent que les faits commis pour le compte des pays européens de l'Axe. En outre, le principe de légalité des délits et des peines et de non rétroactivité de la loi pénale plus sévère, énoncés par les articles 8 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 7§1 de la Convention EDH, et 15-1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 111-3 et 112-1 du code pénal, font obstacle à ce que les articles 211-1 à 212-3 du code réprimant les crimes contre l'humanité s'appliquent à des faits commis avant leur date d'entrée en vigueur

⁷⁶ Article 226-14 du code pénal.

⁷⁷ Article 2-2 du code de procédure pénale.

⁷⁸ Texte n° 87, adopté par l'Assemblée nationale en première lecture le 13 février 2003.

⁷⁹ Voir également *les motifs de préoccupation* sur cet article.

(1^{er} mars 1994). Enfin, la coutume internationale ne saurait pallier l'absence de texte incriminant sous la qualification de crimes contre l'humanité les faits dénoncés⁸⁰.

La Cour de cassation a confirmé la suspension de la peine de Maurice Papon pour raisons médicales⁸¹. En effet, le Procureur général près la Cour d'appel de Paris avait formé un pourvoi contre la décision de cette Cour. La juridiction suprême considère que la Cour d'appel n'a pas violé l'article 720-1-1 du Code de procédure pénale en décidant que la suspension de peine n'était pas de nature à troubler l'ordre public, au regard de la gravité et du retentissement de sa condamnation pour crime contre l'humanité. En effet, l'article ne fixe aucune condition tenant à la nature des infractions sanctionnées ou à l'existence d'un risque de trouble à l'ordre public. De plus, les deux obligations prévues par l'article D. 147-2, 1^o et 2^o, du Code de procédure pénale, imposées par la Cour d'appel à l'intéressé, quant au lieu de sa résidence ou de son hospitalisation et à la nécessité d'informer le juge de l'application des peines de toute modification de ces obligations, ne sont pas incompatibles, dès lors que l'une comme l'autre sont destinées à permettre de vérifier que les conditions fixées par l'article 720-1-1 demeurent remplies⁸².

Le Conseil d'État a rendu un arrêt concernant la maltraitance des enfants et stigmatisant la responsabilité des services de l'État. Il a été décidé que les mauvais traitements en cause n'avaient été rendus possibles que du fait de la carence des services du département chargé de l'aide sociale à l'enfance dans l'exercice du contrôle qui lui incombait des conditions de placement de l'enfant dans les familles d'accueil responsables des mauvais traitements infligés. Le Conseil d'État considère, de plus, que les membres des familles d'accueil, eu égard à leur rôle reconnu par le code de la famille alors en vigueur, ne sauraient être regardés comme des tiers dont les fautes propres seraient susceptibles d'exonérer le département d'une partie de sa responsabilité. Il doit donc être déclaré responsable de l'intégralité du préjudice subi par l'enfant⁸³.

Pratiques des autorités nationales

Il faut signaler l'annonce de différentes mesures dans le but d'améliorer les conditions de détention. Pierre Bédier, Secrétaire d'État aux programmes immobiliers de la Justice, par un communiqué du 5 mai 2003, a annoncé un plan de financement fondé sur le partenariat public-privé pour la construction de nouveaux établissements pénitentiaires. La France, en effet, souffre d'une surpopulation carcérale ce qui peut entraîner des problèmes par rapport aux articles 1, 2 et 4 de la Charte. Ce plan prévoit de confier la construction d'établissements au secteur privé. À terme, il est prévu la construction de 18 établissements pénitentiaires de 10 000 places.

Par un communiqué du 25 septembre 2003, le Ministère de la Justice a présenté le projet de budget 2004 dont une partie concerne la sécurité et l'humanisation de l'Administration pénitentiaire. Il est prévu comme objectif des effectifs adaptés à la croissance de la population carcérale avec la création de 1128 emplois, des crédits pour améliorer le fonctionnement et la sécurité des établissements existants, pour permettre l'ouverture de deux nouveaux établissements et la mise en place de structures de détention pour les mineurs. Il est prévu des crédits pour la construction de centres éducatifs fermés (5,5 M d'Euros) et la rénovation du parc immobilier (6 M d'Euros).

⁸⁰ Cass. crim., 17 juin 2003, *Mouvement contre le Racisme et pour l'Amitié entre les Peuples*.

⁸¹ Voir le rapport 2002 et l'arrêt de la CA de Paris 18 septembre 2002.

⁸² Cass. crim., 12 février 2003.

⁸³ CE, 13 octobre 2003, n°244419.

Motifs de préoccupation

Les conditions de détention en milieu carcéral sont toujours un motif de préoccupation malgré les annonces de crédits faites dans ce domaine.

La situation des étrangers entrant en France est également préoccupante, malgré le rapport du CPT effectué en 2002⁸⁴. La situation des étrangers placés en zone d'attente soulève l'inquiétude de nombreuses associations dont l'ANAFÉ. Le rapport de cette association sur les violences policières en zones d'attente, publié en mars 2003⁸⁵, souligne divers sujets de préoccupation quant à la compatibilité des pratiques des autorités françaises avec les exigences de l'article 4, en particulier dans les trois zones d'attente de l'aéroport de Roissy-Charles de Gaulle, dans lesquelles est maintenue la quasi-totalité des étrangers en zone d'attente et où sont effectuées 96 à 98% des demandes d'asile. Ainsi, à Roissy, le maintien des étrangers dans les postes de police terminaux, lorsque les lieux d'hébergement dits hôteliers destinés à leur accueil sont pleins, rendent les conditions de travail de la police aux frontières difficiles et font craindre des dérapages verbaux ou physiques. Visant des individus vulnérables de par leur situation de dépendance et de détention, ces dérapages pourraient légitimement être considérés comme des traitements inhumains ou dégradants. Par ailleurs, les étrangers peuvent passer plusieurs heures voire quelques nuits dans des locaux prévus à l'origine pour la garde à vue dans les postes de police des aéroports et dans la salle dite de correspondance. La situation de ces personnes, retenues dans un espace non aéré et généralement sans accès direct aux sanitaires, semble particulièrement difficile et pourrait être qualifiée de dégradante. De même, le maintien de mineur isolé en zone d'attente soulève l'inquiétude.

Le principal motif de préoccupation, outre les conditions sanitaires de rétention, concerne les violences présumées en zones d'attente. Les personnes retenues feraient l'objet d'injures racistes et se plaignent d'être parfois privées de repas, de l'accès limité aux sanitaires et d'appels par haut-parleur à un volume élevé en pleine nuit afin de relever leur identité. Certains agents auraient recours à la dissuasion afin que les étrangers renoncent à leur droit de demande d'asile. Enfin, de nombreux récits de violences soulèvent l'inquiétude, notamment de violences qui seraient le fait d'agents dépositaires de l'autorité publique agissant dans le secret de locaux soustraits à tout regard extérieur⁸⁶.

Selon l'ANAFÉ, il ne s'agit pas de simples actes isolés, mais du résultat du durcissement du dispositif mis en place par la Direction de la police aux frontières. Les mesures de refoulement forcé sont généralement confiées à des corps spéciaux qui ignorent souvent les droits fondamentaux des étrangers et la situation personnelle des individus. De plus, de jeunes policiers, parfois simples stagiaires, sont livrés à eux-mêmes dans ce contexte difficile. Il ressort, enfin, de témoignages que certains agents se livreraient à des brutalités sans réaction de leur hiérarchie ou de leurs collègues. Face aux craintes de représailles, au manque de preuves et à la difficulté d'obtenir des certificats médicaux, les poursuites pénales sont peu nombreuses. Une seule action pénale a été engagée par le Procureur de la République sur dénonciation des collègues de l'auteur des violences.

De manière générale les bavures policières constituent un motif de préoccupation particulièrement grave. Ainsi, l'inspection générale des services, organisme disciplinaire pour Paris et la petite couronne, a été saisie de 432 plaintes en 2002 contre 216 en 1997⁸⁷.

⁸⁴ Voir sur les pratiques d'expulsion l'article 2 de notre rapport. Voir également Le Monde, 14 mars 2003, *Des ivoiriens expulsés par « charter » racontent les méthodes atroces de la police*, Sylvia Zappi.

⁸⁵ Disponible sur le site internet de l'association : www.anafe.org.

⁸⁶ Notons cependant que les zones d'attente pourront bientôt être ouvertes aux ONG sous certaines conditions, selon la volonté de N. Sarkozy. Voir Le Monde, 17 mars 2003, *Immigration : Nicolas Sarkozy ouvre la porte des zones d'attente aux associations*, Sylvia Zappi.

⁸⁷ Le Monde, 22 février 2003, *Les bavures policières en augmentation constante depuis cinq ans*, Piotr Smolar.

Cependant, le nombre des sanctions disciplinaires contre les policiers est, quant à lui, stable depuis trois ans (2100 cas environ, dont 32 sanctions en 2002, contre des policiers responsables de violences en service).

Par ailleurs, la commission nationale de déontologie de la sécurité (autorité indépendante créée en 2001) a remis au Président de la République, le 2 avril 2003, un rapport qui dresse la liste des « excès » de différentes autorités (police, gendarmerie, douane, Administration pénitentiaire...) dans notre pays⁸⁸. La commission évoque différents cas particuliers qui apparaissent contraires aux prescriptions de l'article 4 de la Charte, notamment des passages à tabac dont certains auteurs font l'objet d'une information judiciaire. Concernant ces faits, la commission énonce que « de tels comportements sont à l'évidence tellement contraires à la déontologie qu'ils n'appellent pas de recommandation particulière. Seules les sanctions et leur publicité peuvent contribuer à éviter le retour de tels agissements. ».

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

Législation, réglementation et jurisprudence nationales

Signalons tout d'abord un rapport du Conseil économique et social sur l'esclavage moderne qui souligne les différentes formes et causes de ce fléau, qui évalue et présente la législation française et européenne en la matière et qui préconise un certain nombre de mesures, auxquelles la loi pour la sécurité intérieure de mars 2003 a partiellement répondu⁸⁹.

Le législateur a pris plusieurs initiatives concernant notamment le trafic des êtres humains, leur exploitation à des fins sexuelles ou autres. Ainsi, la loi pour la sécurité intérieure consacre son chapitre VIII à la lutte contre la traite des êtres humains et le proxénétisme en créant de nouvelles incriminations, en durcissant la répression mais également en prévoyant quelques mesures d'aide aux victimes. Le nouvel article 225-4-1 du code pénal définit la traite des êtres humains comme « le fait, en échange d'une rémunération ou de tout autre avantage ou d'une promesse de rémunération ou d'avantage, de recruter une personne, de la transporter, de la transférer, de l'héberger ou de l'accueillir, pour la mettre à disposition d'un tiers, même non identifié ». De plus, la traite doit avoir pour objet de « permettre la commission contre cette personne des infractions de proxénétisme, d'agression ou d'atteinte sexuelle, d'exploitation de la mendicité, de condition de travail ou d'hébergement contraires à sa dignité, soit de contraindre cette personne à commettre tout crime ou délit ». L'infraction est punie de 7 ans d'emprisonnement et de 150 000 Euros d'amende⁹⁰.

Il est créé de nouvelles infractions visant à rendre plus difficile la prostitution, notamment l'incrimination de proxénétisme par fourniture de locaux⁹¹ et le délit de racolage passif⁹². Sur ce délit, il faut noter la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel qui énonce qu'il appartiendra au juge pénal, lors du prononcé de la peine, de tenir compte du principe de l'article 122-2 du code pénal selon lequel nul n'est pénalement responsable s'il a agi par contrainte. De plus, certains délits déjà existants voient leur répression aggravée.

⁸⁸ Rapport disponible sur le site internet de la commission : www.cnds.fr.

⁸⁹ Avis du 26 février 2003 sur l'esclavage contemporain.

⁹⁰ Notons que l'article 225-4-2 du code pénal prévoit neuf circonstances aggravantes dont la minorité de la victime, son état de vulnérabilité...

⁹¹ Article 225-10 4° qui prévoit 10 ans d'emprisonnement et 750 000 Euros d'amende.

⁹² Article 225-10-1 du code pénal qui punit de 2 mois d'emprisonnement et 3750 Euros d'amende le « fait, par tout moyen, y compris par une attitude même passive, de procéder publiquement au racolage d'autrui en vue de l'inciter à des relations sexuelles en échange d'une rémunération. ».

Enfin, la loi de 2003 applique le principe de la pénalisation du client⁹³ (bien qu'encore insuffisante pour certains). En effet, il est prévu par l'article 225-12-1 du code pénal un alinéa qui incrimine le recours aux services d'une personne s'adonnant, même occasionnellement, à la prostitution dès lors qu'elle présente une particulière vulnérabilité, apparente ou connue, due à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse. L'infraction est punie de 3 ans d'emprisonnement et de 45 000 Euros d'amende.

La même loi crée un délit d'exploitation de la mendicité qui consiste dans le fait par quiconque et de quelque manière que ce soit, d'organiser la mendicité d'autrui en vue d'en tirer profit, de tirer profit de la mendicité d'autrui, d'en partager les bénéfices ou de recevoir les subsides d'une personne se livrant habituellement à la mendicité, d'embaucher, d'entraîner ou de détourner une personne en vue de la livrer à la mendicité ou d'exercer sur elle une pression pour qu'elle mendie ou continue de le faire ou enfin d'embaucher, d'entraîner ou de détourner, à des fins d'enrichissement personnel, une personne en vue de la livrer à l'exercice d'un service moyennant un don sur la voie publique⁹⁴.

Parallèlement à ces mesures répressives, la loi de 2003 prévoit certaines mesures en faveur des victimes. L'article 225-15-1 du Code pénal crée une présomption de vulnérabilité à l'égard des mineurs et des personnes victimes de conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne à leur arrivée sur le territoire⁹⁵.

De plus, pour les victimes de la prostitution, il est prévu à l'article 42 de la loi qu'elles doivent bénéficier d'un système de protection et d'assistance, assuré et coordonné par l'administration en collaboration active avec les divers services d'interventions sociales. L'article 43 prévoit la modification de l'article L. 345-1 du code de l'action sociale et des familles en insérant un alinéa qui énonce que « des places en centres d'hébergement et de réinsertion sociale sont ouvertes à l'accueil des victimes de la traite des êtres humains dans des conditions sécurisantes ». Enfin, les étrangers portant plainte contre les trafiquants d'êtres humains ou les proxénètes peuvent se voir délivrer une autorisation provisoire de séjour, ouvrant droit à l'exercice d'une activité professionnelle, à condition de ne pas être une menace pour l'ordre public. Si les personnes mises en cause sont condamnées définitivement, le plaignant ou le témoin pourra se voir délivrer une carte de résident valable 10 ans et renouvelable de plein droit.

En ce qui concerne la protection des enfants, la loi prévoit l'aggravation des peines lorsque la victime est mineure, de même qu'une présomption de vulnérabilité. De plus, il est prévu spécifiquement par l'article 227-15 du code pénal que le fait de maintenir un enfant de moins de 6 ans sur la voie publique ou dans un espace affecté au transport collectif de voyageurs, dans le but de solliciter la générosité des passants est assimilé à une privation de soin.

De plus, le projet de loi relatif à l'accueil et à la protection de l'enfance tend à renforcer la lutte contre le travail illégal des enfants et l'absentéisme scolaire en aggravant les sanctions pénales encourues⁹⁶.

La question du travail clandestin a été abordée dans le cadre de la loi relative à la maîtrise de l'immigration. Cette dernière prévoit que les inspecteurs du travail sont habilités à constater les infractions consistant à faciliter, notamment par l'octroi d'un emploi, l'entrée, la circulation et le séjour d'un étranger en situation irrégulière⁹⁷. L'employeur qui a recours à une main d'œuvre clandestine s'expose, quand il est étranger, à une interdiction de séjour de 5 ans et devra par une contribution forfaitaire participer aux frais de réacheminement de

⁹³ En complément de la loi du 4 mars 2002 qui réprime la sollicitation à des fins sexuelles d'un mineur.

⁹⁴ Articles 225-12-5 et 6 (nouveaux) et 225-21 et 227-20 du code pénal.

⁹⁵ Mettant fin ainsi à la jurisprudence de la Cour de cassation, voir notamment Cass. crim., 11 décembre 2001.

⁹⁶ Voir le titre II du projet de loi adopté par l'Assemblée nationale le 18 décembre 2003.

⁹⁷ Articles 21 et 21 bis de l'ordonnance de 1945.

l'étranger vers son pays d'origine⁹⁸. En revanche, le législateur, face aux protestations des associations⁹⁹, a refusé d'intégrer un amendement qui sanctionnait pénalement les étrangers exerçant une activité professionnelle salariée en France sans autorisation de travail.

Motifs de préoccupation

Les dispositions répressives sur la prostitution ont soulevé les protestations des associations d'aide aux prostituées (mais également du Syndicat de la magistrature qui dénonce « la pénalisation de la pauvreté »¹⁰⁰) qui considèrent que ces dernières sont des victimes et non des coupables. Elles considèrent que les dispositions répressives auront un effet pervers et rendront la situation de ces personnes vulnérables plus difficile encore, même si le but annoncé de cette loi est de lutter contre les proxénètes et les trafiquants d'êtres humains.

CHAPITRE II : LIBERTÉS

Article 6. Droit à la liberté et à la sûreté

La loi pour la sécurité intérieure du 18 mars 2003¹⁰¹ commentée plus haut et dans le rapport de 2002 a été adoptée après une décision du Conseil constitutionnel constatant sa conformité à la Constitution¹⁰².

La loi relative à l'immigration et au séjour des étrangers en France¹⁰³ a s'agissant du droit à la liberté et à la sécurité, fait objet de critiques de la part de la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (CNCDH)¹⁰⁴. Le Conseil constitutionnel, saisi de cette loi¹⁰⁵, avait constaté que certaines de ses dispositions étaient contraires à la Constitution mais a validé la plus grande partie de la loi.

La CNCDH¹⁰⁶, les auteurs de saisine du Conseil constitutionnel et de nombreuses associations de défense des étrangers¹⁰⁷ étaient toutefois préoccupés par certaines dispositions de cette loi, estimant qu'elles restreignaient la liberté des étrangers placés en rétention ou qu'elles modifiaient les dispositions relatives à l'exercice des recours ouverts à ceux-ci. Comme on l'a vu plus haut, la loi (article 49) modifie l'ordonnance de 1945 sur l'entrée et le séjour des étrangers en France en allongeant de manière très notable la durée de la rétention administrative des étrangers, ce qui n'est pas sans soulever des questions en raison des difficiles conditions de détention en zones d'attente et centres de rétention¹⁰⁸. Dans le cas le plus long, une telle rétention pourrait atteindre 32 jours. La Commission estime qu'il n'y a

⁹⁸ Articles L. 364-8 du code du travail et 21 *quinquies* de l'ordonnance de 1945.

⁹⁹ Notamment celle du GISTI.

¹⁰⁰ Voir Le Monde, 19 avril 2003, *Premières applications contestées de la loi Sarkozy qui pénalise le racolage passif et la mendicité agressive*, Alexandre Garcia. Communiqué diffusé le 15 avril 2003.

¹⁰¹ Loi n°2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure (LSI) disponible sur www.legifrance.gouv.fr ; pour un commentaire peu critique voy. D.2003, C. Cutajar, "La loi pour la sécurité intérieure (principales dispositions)", Chron., p.1006.

¹⁰² Décision 2003-467 DC du 13 mars 2003, disponible sur www.conseil-constitutionnel.fr

¹⁰³ Loi n°2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et la nationalité, JO RF n°274 du 27.11.2003, p.20136

¹⁰⁴ Avis de la CNCDH sur le projet de loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et la nationalité adoptée le 15 mai 2003, disponible sur www.commission-droits-homme.fr.

¹⁰⁵ Décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, JO RF n° 274 du 27.11.2003, p.20154.

¹⁰⁶ Qui regrette également l'absence de saisine de la Commission par le gouvernement depuis près de trois ans des projets de loi relatifs à la sécurité (avis de la CNCDH sur le projet de loi relative à l'immigration précité).

¹⁰⁷ La Ligue des droits de l'Homme (www.ldh-france.org), GISTI (www.gisti.org), CIMADE (www.cimade.org), notamment.

¹⁰⁸ Voir plus haut

pas de proportionnalité entre ces règles restrictives de liberté et l'objectif poursuivi et qu'ainsi cette disposition est contraire aux libertés fondamentales. La Commission juge par ailleurs que les dispositions relatives au contrôle qu'exerce le juge sur la durée et les conditions de rétention n'apportent pas de garanties supplémentaires : le juge judiciaire doit se prononcer dans les premières 48h de la rétention -ce que l'ancienne loi prévoyait déjà – et l'obligation pour le juge de statuer sur la prolongation de la rétention dans une salle spécialement aménagée pour les audiences à proximité du lieu de rétention peut priver le public de la possibilité d'assister à l'audience¹⁰⁹. En outre, la loi donne la possibilité au préfet de déplacer l'étranger vers un autre centre de rétention et ce pendant toute la durée de rétention, ce qui peut compliquer considérablement la défense de l'étranger et le priver de contact avec l'extérieur (art. 49 de la loi). Certains doutes subsistent également quant aux possibilités de mettre en pratique le texte adopté. La CNCDH regrette que l'ensemble de la loi est marqué par la logique policière, par la méfiance inspirée par les étrangers et consolide ainsi le durcissement de la législation relative à l'entrée et au séjour des étrangers sur le sol français.

S'agissant des questions liées à la durée de la détention provisoire, la Cour de Cassation a donné une interprétation plutôt souple de la loi dite « Perben » relative à la programmation de la justice de 2002¹¹⁰. En effet, le texte de loi prévoit que la détention provisoire est de trois ans pour les personnes détenues et mises en examen pour le délit d'association de malfaiteurs (actes de terrorisme). La Cour précise que cette détention peut aller jusqu'à trois ans, énonçant implicitement que cette prolongation exceptionnelle de la détention n'est pas systématique. D'une manière plus large, on peut souligner que la jurisprudence française est plutôt favorable aux individus s'agissant du contrôle des placements en détention provisoire, en garde à vue ou des conditions de suspension de la libération conditionnelle¹¹¹.

Un arrêt du Conseil d'Etat¹¹² soulève toutefois à nouveau la question de la qualification des placements en cellule disciplinaire au titre de sanction disciplinaire. Malgré une certaine tendance des juges du fond à considérer cette mesure comme un acte unilatéral faisant grief et donc attaquant devant le juge, le Conseil d'Etat a de nouveau considéré qu'il s'agit d'une mesure d'ordre interne insusceptible de recours.

Article 7. Droit à la vie privée et familiale

La loi relative à l'immigration¹¹³ comporte plusieurs dispositions qui, bien que validées par le Conseil constitutionnel¹¹⁴ lors de son examen de la loi, suscitent des interrogations au regard du respect de la vie privée et familiale.

Tout d'abord, la durée de la vie commune entre époux est portée à deux ans pour donner droit à la carte de résident (article 65 de la loi). Cette délivrance est en outre subordonnée à « l'intégration républicaine » du demandeur (une condition qui n'était exigée auparavant que pour la naturalisation (art. 21 de la loi), ce qui crée une situation précaire pour le conjoint. Par ailleurs, la loi supprime la délivrance de plein droit de la carte de résident aux étrangers entrés sur le territoire au titre de regroupement familial, en la remplaçant par une carte de séjour temporaire (art. 21 de la loi). L'ensemble des dispositions de la loi relatives aux conditions de

¹⁰⁹ Cf. l'avis de la CNCDH précité.

¹¹⁰ Cour de Cassation, crim., 11 mars 2003 (02-88.146), D. 2003, IR, p.1077.

¹¹¹ Exemples : Cour de cassation, crim., 3 septembre 2003, D.2003, IR, p.2547, Cour de cassation, 2^e civ, 24 avril 2004, D.2003, IR, p.1339, Cour de cassation, crim., 21 mai 2003, D.2003, IR, n°30.

¹¹² CE, 12 mars 2003, D. 2003, Jur., note E. Péchillon, p. 1585.

¹¹³ Voy. note 3.

¹¹⁴ Voy. note 2. il est important de souligner que cette décision a été fortement critiquée par la ligue des droits de l'homme : « ... cette décision force à s'interroger sur la composition d'une juridiction dont la jurisprudence paraît dépendre plus d'une démarche politique, que du respect des principes de la République. », sur www.ldh-france.org, in « le Conseil constitutionnel sauve l'essentiel de la loi sur l'immigration et consacre la régression de l'état de droit ».

délivrance des titres de séjour inspire des inquiétudes quant au respect de la vie privée et familiale des étrangers.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme s'agissant de la reconduite à la frontière ou de l'expulsion d'étrangers par la France témoigne du fait que les juges nationaux tiennent généralement compte du droit au respect de la vie privée et familiale des étrangers¹¹⁵. Dans l'affaire Benhebba contre France¹¹⁶ la Cour a ainsi conclu à la non violation par la France de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (respect de la vie privée et familiale). Le requérant avait fait l'objet d'une interdiction du territoire de 10 ans, mesure contestée par le requérant. Cette mesure d'interdiction était à vrai dire justifiée par des faits de délinquance graves et répétés, ainsi que par les peines de prison effectuées par le requérant. La Cour a jugé que la mesure est proportionnée et ne porte pas atteinte excessive à la vie privée et familiale de l'intéressé.

Dans l'affaire Mehemi¹¹⁷ c/France (n°2) la Cour conclut également à une non violation de l'article 8. Un arrêt rendu par la Cour en 1997¹¹⁸ condamnait la France pour non respect de la vie privée et familiale du requérant en raison de la mesure d'éloignement du territoire dont le requérant avait fait l'objet. Cette mesure d'éloignement prévoyait toutefois une possibilité de retour en France. Le délai de trois mois et demi mis par les autorités pour délivrer un visa spécial afin de permettre ce retour n'a pas été considéré comme portant atteinte à la vie privée du requérant.

En revanche, une violation par la France de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme a été constatée par la Cour EDH¹¹⁹ quant à l'exécution d'une décision d'expulsion. L'intéressé avait été condamné à quatre ans de prison pour trafic d'héroïne, mais compte tenu de l'intensité des liens qu'il a avec la France (famille proche, femme et enfant) cette expulsion a été considérée comme portant une atteinte excessive à sa vie privée et familiale.

Dans d'autres domaines, la France a également été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme pour violation de l'article 8. La Cour a ainsi constaté une violation de la vie privée et familiale d'une femme témoin de Jéhovah à qui une cour d'appel avait enlevé la garde des ses enfants en se basant exclusivement sur des considérations générales liées à sa religion, sans ordonner d'enquête sociale auprès des enfants et de l'intéressée¹²⁰. En revanche, s'agissant d'une femme qui contestait le refus qui lui était opposé par l'administration de lui indiquer le nom de sa mère naturelle, la Cour a, pour des raisons que l'on examinera ultérieurement, estimé dans le fameux arrêt, Odièvre c/France¹²¹, estimé qu'il n'y a pas eu de violation de l'article 8 de la Convention.

Quant à la Cour de cassation, il faut remarquer qu'elle a été appelée à se prononcer en 2003 sur le respect de la vie privée en liaison avec le droit à l'image¹²². La Cour est appelée à rechercher un équilibre entre les nécessités d'information du public, même lorsqu'il s'agit d'une information relative à la vie privée d'une personne, et la protection de la vie privée¹²³.

¹¹⁵ TA de Paris, 17 février 2003, M. B., AJDA, 2003, p.1825, CE, 9 juillet 2003, M. Mustapha, AJDA, 2003, p.1743

¹¹⁶ Cour EDH, 10 juillet 2003, Benhebba c/France, n° 53441/99 disponible sur www.echr.coe.int.

¹¹⁷ Cour EDH, 10 avril 2003, Mehemi c/France, n°53470/99, disponible sur www.echr.coe.int.

¹¹⁸ Cour EDH, 26 septembre 1997, Mehemi c/France, disponible sur www.echr.coe.int.

¹¹⁹ Cour EDH, 15 juillet 2003, Mokrani c/France, no 52206/99, www.echr.coe.int.

¹²⁰ Cour EDH, 16 décembre 2003, Palau-Martinez c/France, n° 64927/01, www.echr.coe.int.

¹²¹ Voy. Le commentaire plus détaillé de l'article 24.

¹²² Cour de cassation, 2^e civ., 5 juin 2003 (02-12.853) à propos du droit à l'image d'un bien et l'atteinte à la vie privée suite à une publication sans le consentement du propriétaire, D.2003, Jur., note E. Dreyer, p.2461 ;

¹²³ Cour de cassation, 2^e civ., 24 avril 2003, divulgation de relations entretenues par la demanderesse avec une personnalité célèbre et publication d'une photo sans que l'information du public ne les légitime, D. 2003, IR,

Article 8. Protection des données à caractère personnel

La multiplication des fichiers informatisés a de quoi inquiéter.

La loi relative à la maîtrise de l'immigration¹²⁴ institue plusieurs nouveaux fichiers automatisés. D'abord un fichier des hébergeants des étrangers : selon l'article 7 de la loi, « Les demandes de validation des attestations d'accueil peuvent être mémorisées et faire l'objet d'un traitement automatisé afin de lutter contre les détournements de procédure. Les fichiers correspondants sont mis en place par les maires, selon des dispositions déterminées par un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés. Ce décret précise la durée de conservation et les conditions de mise à jour des informations enregistrées, les modalités d'habilitation des personnes qui seront amenées à consulter ces fichiers ainsi que, le cas échéant, les conditions dans lesquelles les personnes intéressées peuvent exercer leur droit d'accès ». Le fait que la CNIL ne donne qu'un avis pour l'établissement de ces fichiers et que les modalités de mise en place soient établies par un décret et non par un acte législatif pourrait être inquiétant pour la protection des données à caractère personnel.

De plus, la même loi crée un fichier d'étrangers non ressortissants de l'Union européenne, de l'EEE ou Suisses, qui sollicite un titre de séjour (art.11 de la loi). Ce fichier est constitué d'empreintes digitales et de photographies. La même procédure de décret en Conseil d'Etat après avis de la CNIL est applicable aux modalités de gestion du fichier. Cette multiplication des fichiers et l'absence du cadre législatif font craindre une diminution du droit à la protection des données à caractère personnel.

Le droit d'accès aux données personnelles contenues dans les fichiers des renseignements généraux a été réaffirmé par le Conseil d'Etat dans un arrêt relatif à la non communication au requérant des informations contenues dans les dossiers des RG relatives à son appartenance à une secte¹²⁵. Toutefois, l'accès aux documents administratifs est d'une manière générale jugé insuffisant par la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA). Selon la CADA, les refus de communication des documents qui lui sont soumis concernent, dans 90% des cas, les documents dont la communicabilité ne fait aucun problème. Ceci témoigne de l'inertie ou peut-être même du mépris de l'administration pour ce domaine¹²⁶, l'« Etat transparent » restant encore un objectif à atteindre.

La loi pour la sécurité intérieure de 2003 instaure également différents fichiers qui pourraient poser problème. Par exemple, le maintien dans les fichiers de police judiciaire du nom des personnes relaxées ou acquittées au regard de la présomption d'innocence garantie par l'article 6 de la CEDH. De même, la possibilité reconnue aux officiers de police judiciaire d'inscrire d'office un prélèvement d'ADN dans le fichier national automatisé des empreintes génétiques, sans intervention du pouvoir judiciaire ne semble guère conforme à l'article 6 de la CEDH. La CNIL a d'ailleurs relevé l'insuffisance de cette disposition, estimant qu'elle ne présentait pas de garanties suffisantes pour les individus. Elle a en conséquence insisté pour que seuls les magistrats puissent en demander l'inscription, une telle intervention étant considéré comme un gage contre l'arbitraire de la police.

Il faut enfin signaler que la France a été condamnée par la Cour de justice des Communautés européennes¹²⁷ pour manquement au libre accès à l'information en matière d'environnement.

p.1411. Situation inverse, rejet des pourvois : Cour de cassation, 1^{ère} civ., 3 avril 2003 (00-20.740 et 01-01.851), D.2003, Jur., note C. Bigot, p.1854.

¹²⁴ Voy. note 3.

¹²⁵ CE, 30 juillet 2003, M. R., AJDA, 2003, p.1526.

¹²⁶ « Accès aux documents administratifs : bilan et nouveaux enjeux », M. Puybasset, AJDA, 2003, p.1307.

¹²⁷ CJCE, 26 juin 2003, C-233/00, Commission c/France, www.curia.eu.int.

Article 9. Droit de se marier et de fonder une famille

La Commission nationale Consultative des Droits de l'Homme a eu quelques inquiétudes s'agissant de la loi relative à l'immigration et au séjour, compte tenu de l'incidence du durcissement des conditions d'entrée et de séjour des étrangers sur la vie privée et familiale et notamment sur le droit au mariage. Ainsi le législateur (article 76 de la loi) avait prévu que la situation irrégulière faisait présumer d'un mariage blanc et instaurait une obligation pour le procureur de la république de transmettre au préfet une décision d'opposition au mariage. Pour la Commission, la transmission de l'opposition du procureur au mariage projeté au préfet constituait une entrave disproportionnée à la liberté du mariage. Cette disposition a heureusement été invalidée par le Conseil constitutionnel comme étant contraire au principe constitutionnel de la liberté du mariage¹²⁸.

Article 10. Liberté de pensée, de conscience et de religion

Depuis quelques mois s'est ouvert en France un débat animé relatif à la nécessité d'une loi interdisant le port du foulard islamique dans les écoles publiques. La population française est très divisée à ce sujet. Le Président a néanmoins décidé de soumettre au parlement un projet de loi interdisant le port du voile islamique à l'école. Ce projet de loi devrait être en 2004 débattu par les deux assemblées. D'ores et déjà, des manifestations de jeunes filles musulmanes qui protestent contre cette mesure ont régulièrement lieu. Les associations de défense des droits de l'homme protestent contre les mesures d'exclusion de l'école publique qui risquent de frapper les jeunes filles portant le foulard¹²⁹ et s'inquiètent de l'incidence qu'une telle loi pourrait avoir sur le phénomène de marginalisation ou d'exclusion de certains étrangers.

Le tribunal administratif de Lyon¹³⁰ a estimé en 2003 que le port du voile islamique est incompatible avec les principes de laïcité et de neutralité du service public, lorsque « le fonctionnaire appartient à un corps de contrôle, et donc investi de prérogatives de puissance publique étendues ». La Cour d'appel de Paris a quant à elle décidé qu'un licenciement fondé sur le refus d'une salariée de remplacer son foulard par un bandeau constituait une entrave à la liberté religieuse, dès lors que la décision d'interdiction du foulard n'était pas justifiée par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination¹³¹.

Une jurée a été remplacée par la Cour d'assises de Seine-Saint-Denis parce qu'elle portait un foulard au moment de siéger, au motif que l'article 311 du code de la procédure pénale interdit aux jurés de « manifester leur opinion »¹³².

Article 11. Liberté d'expression et d'information

La loi pour la sécurité intérieure crée le délit d'outrage au drapeau et à l'hymne français ». On sait toutefois que la jurisprudence de la Cour Suprême autorise, au nom de la liberté d'expression, que le drapeau américain puisse être brûlé dans des lieux publics.

¹²⁸ Décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, précitée, cons. 94 à 97.

¹²⁹ « La LDH s'insurge contre l'exclusion de jeunes filles portant foulard », 8 octobre 2003 ; « Affirmer la laïcité », 16 décembre 2003 ; « Intégrer ou exclure ? », 19 décembre 2003 sur www.ldh-france.org.

¹³⁰ TA Lyon, 8 juillet 2003, Mlle Nadjet Ben Abdallah, AJDA, 2003, p.1951.

¹³¹ CA de Paris, 19 juin 2003

¹³² Le Monde du 27 novembre 2003.

Article 12. Liberté de réunion et d'association

Le juge administratif français s'emploie de manière systématique à rechercher un équilibre entre la liberté de réunion et la sauvegarde de l'ordre public, en vérifiant la proportionnalité des mesures prises pour encadrer la manifestation et le trouble de l'ordre public¹³³.

Article 13. Liberté des arts et des sciences

Pas d'évolution notable.

Article 14. Droit à l'éducation

Pas d'évolution notable. La question du foulard islamique abordée dans le commentaire de l'article 10 a toutefois des incidences très graves sur le droit à l'éducation. A supposer que la loi interdisant le port du voile à l'école publique soit votée, elle poserait un problème aux jeunes filles aux convictions religieuses affirmées. En effet, celles qui poussées par leurs convictions religieuses portent le voile se verraient privées du droit d'aller à l'école publique et donc du droit à l'éducation. Faut-il marginaliser ces jeunes filles ou n'est-il pas plus judicieux de les intégrer dans le système éducatif français ?

Article 15. Liberté professionnelle et droit de travailler

La fonction publique territoriale française s'ouvre davantage aux ressortissants communautaires suite à l'adoption de deux décrets¹³⁴. Le premier décret traite du détachement des fonctionnaires à l'étranger, le second règle la situation et notamment les modalités de classement des Européens rejoignant la fonction publique territoriale française comme fonctionnaires. S'agissant du détachement des Européens, le texte prévoit qu'il doit se faire à niveau d'emploi équivalent. Cette équivalence est établie par la commission d'équivalence instaurée par le décret du 2 mai 2002 pour les services de l'Etat. La prise en compte des services antérieurs est également réglée par ce décret, en fonction des règles en vigueur dans l'Etat d'origine et la nature juridique du lien entre l'agent et l'administration de cet Etat. Le second décret rend plus facile la mobilité des fonctionnaires territoriaux.

La Cour de Justice des Communautés européennes a rendu à propos de la France un arrêt important relatif à l'admission dans la fonction publique française des ressortissants communautaires¹³⁵. Par cet arrêt, elle pose la règle de l'ouverture de la fonction publique des Etats membres aux ressortissants communautaires considérés comme ayant un diplôme équivalent à celui requis pour les nationaux et interdit aux Etats membres d'obliger les ressortissants communautaires à passer les concours permettant d'accéder à une école professionnelle de la fonction publique, en l'espèce l'Ecole nationale des Profession de la Santé, à partir du moment où le diplôme obtenu dans un autre Etat membre est reconnu comme équivalent.

¹³³ CE, 30 juillet 2003, Association Gurekin et coordination des comités de soutien aux prisonniers politiques basques, AJDA, 2003, p.2278

¹³⁴ Décrets n°s 2003-672 et 2003-673 du 22 juillet 2003, AJDA, 2003, p.1417.

¹³⁵ CJCE, 9 septembre 2003, Burbaud, C-285/01, AJDA, 2003, note S. Gervasoni, p.1735 et note F. Melleray, p.1911

Article 16. Liberté d'entreprendre

Le Conseil d'Etat réaffirme que la liberté d'entreprendre doit être considérée comme une liberté fondamentale et sanctionne la subordination du stationnement des navires dans le port d'une commune à une autorisation préalable du maire¹³⁶, pour défaut de proportionnalité de cette mesure de police des ports avec l'objectif poursuivi, à savoir la réglementation et la circulation dans le port de plaisance.

Article 17. Droit de propriété

La France a été condamnée à deux reprises par la Cour Européenne des Droits de l'homme pour le non respect du droit de propriété. Dans la première affaire il s'agissait du non-remboursement de la TVA¹³⁷. La Cour conclut à la violation du protocole n°1 de la Convention européenne des droits de l'homme du fait du non respect par la France des règles communautaires exonérant de la TVA les sociétés de courtage et d'assurances. La non transposition dans les délais de la directive par la France a causé un préjudice aux sociétés requérantes et constitue une atteinte au droit de la propriété.

Dans la seconde affaire¹³⁸, la Cour estime que la France a violé l'article 14 combiné avec l'article 1 du Protocole n°1 de la Convention européenne des droits de l'homme en refusant d'accorder une allocation d'adulte handicapé à un ressortissant ivoirien, fils adoptif d'un Français, résidant en France. La loi française avait supprimé la condition de nationalité pour la perception de l'allocation d'adulte handicapé en 1998. La Cour estime que cette allocation peut être qualifiée de « bien », ce qui justifie sa compétence, et a considéré que la réciprocité des conventions internationales n'est pas exigée pour des allocations non contributives.

De nombreux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme concernent également le droit au procès équitable, s'agissant de litiges relatifs à la propriété¹³⁹.

Article 18. Droit d'asile

Durant l'année 2003, la législation sur le droit d'asile a été entièrement refondue. La nouvelle loi du 10 décembre 2003¹⁴⁰ modifie sensiblement le droit préexistant. Après un examen des dispositions nouvelles, certains ont pu dire que le gouvernement actuel utilisait la législation sur le droit d'asile comme moyen de réguler les flux migratoires.

La Commission nationale consultative des droits de l'Homme dans son avis sur le projet de loi¹⁴¹ a exprimé sa vive inquiétude quant aux modifications apportées au régime préexistant. En premier lieu, la Commission déplore l'appréhension réductrice du droit d'asile retenue par le gouvernement. Une telle approche conduit, selon elle, à réduire la question d'asile à un problème migratoire, permettant de justifier une présence plus active du ministère de l'Intérieur dans la procédure d'asile. Cette présence accrue se manifeste notamment dans la

¹³⁶ CE, 2 juillet 2003, Commune de Colliure, AJDA, 2003, p.2218.

¹³⁷ Cour EDH, 22 juillet 2003, SA Cabinet Diot et SA Gras Savoye c/France, n°s 49217/99 et 49218/99, www.ehrc.coe.int.

¹³⁸ Cour EDH, 30 septembre 2003, Koua Poirrez c/France, no 40892/98, www.ehrc.coe.int.

¹³⁹ Cour de cassation, 3^e civ., 26 juin 2003, 01-13.529, D. 2003, IR, p.1880 ; chronique « Les incidences de la CEDH sur le droit administratif des biens », R. Hostiou, AJDA, 2003, p.2123.

¹⁴⁰ Loi n°2003-1176 du 10 décembre 2003 modifiant la loi n°52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile, JO RF n°286 du 11 décembre 2003, p.21080.

¹⁴¹ CNCDH, « Avis sur le projet de loi modifiant la loi n°52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile », adopté le 24 avril 2003, www.commission-droits-homme.fr.

modification de la désignation du conseil d'administration de l'OFPRA (office français de protection des réfugiés et apatrides)¹⁴².

La loi modifie le champ d'application de la protection subsidiaire : cette protection ne pourra plus être accordée au demandeur ayant fait état d'une menace pesant sur sa vie ou sa liberté dans son pays. La protection est accordée dans un nouveau cas, lorsque le demandeur peut établir que pèse sur lui « une menace grave, directe et individuelle contre sa vie ou sa personne en raison d'une violence généralisée résultant d'une situation de conflit armé interne ou international »¹⁴³. Il est contestable du point de vue juridique d'imposer au demandeur la preuve d'une menace directe et individuelle. Par ailleurs, la précarité de cette protection subsidiaire est soulignée par la délivrance d'un titre de séjour d'un an, dont le renouvellement peut être refusé.

La Commission déplore également l'introduction de la notion de « pays sûr »¹⁴⁴ et d'asile interne¹⁴⁵ dans les motifs de refus d'asile ou de protection subsidiaire. De plus, la situation des demandeurs d'asile devient précaire du fait de la modification de la rédaction de l'article 6 de la loi : « l'étranger qui demande à bénéficier de l'asile se voit remettre un document provisoire de séjour lui permettant de déposer une demande d'asile auprès de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides. L'office ne peut être saisi qu'après la remise de ce document au demandeur. Après le dépôt de sa demande d'asile, le demandeur se voit délivrer un nouveau document provisoire de séjour. Ce document est renouvelé jusqu'à ce que l'office statue et, si un recours est formé devant la commission des recours, jusqu'à ce que la commission statue ». Il s'agit d'un recul par rapport à l'état de droit préexistant : désormais la possibilité de dépôt de demande est conditionnée au bon vouloir des préfetures de délivrer un « document provisoire de séjour » et non plus un titre de séjour comme c'était le cas auparavant.

Une avancée législative doit toutefois être saluée, parce qu'elle simplifie la procédure : l'unification des procédures devant l'OFPRA.

Les dispositions transitoires de la loi sont assez choquantes quant au sort qu'elles réservent aux demandes en cours. En effet, « les demandeurs d'asile territorial ayant une demande d'admission au statut de réfugié pendant devant l'Office français de protection des réfugiés et apatrides à la date d'entrée en vigueur de la présente loi sont réputés se désister de leur demande d'asile territorial. Il en va de même des demandeurs d'asile territorial qui présentent une demande d'asile à compter de la date d'entrée en vigueur de la présente loi. Les uns et les autres sont réputés avoir demandé l'asile au titre de la présente loi ». Cette disposition dénie le bénéfice des dispositions anciennes plus favorables aux demandes en cours.

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

Le Comité pour la prévention de la torture (CPT) a effectué des visites dans des centres français de rétention administrative au courant du mois de juin 2002. Son rapport a été rendu public en 2003¹⁴⁶. Le CPT donne une appréciation globalement positive des conditions de rétention des étrangers, mais formule en même temps quelques observations importantes. La délégation du CPT a recueilli un certain nombre d'allégations de mauvais traitements dont les preuves médicales n'ont pas pu être obtenues du fait d'accès difficile aux dossiers médicaux

¹⁴² Article 2 de la loi précitée.

¹⁴³ Article 1 de la loi.

¹⁴⁴ Article 4 de la loi.

¹⁴⁵ Article 1 de la loi.

¹⁴⁶ « Rapport au gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée en France par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants », disponibles sur www.coe.int

ou de l'impossibilité d'entendre les personnes concernées (déjà rapatriées ou expulsées). Le CPT recommande d'organiser une formation spéciale pour le personnel de police et de rédiger des directives très claires pour l'exécution des mesures de refoulement, d'expulsion ou de reconduite à la frontière.

Il n'y a pas eu de décisions de justice significatives. Le Conseil d'Etat a rappelé l'obligation pour les centres de rétention de disposer d'un local adapté à l'exercice de la profession d'avocat (local permettant la confidentialité des échanges avec les personnes en rétention ainsi que celle des moyens de communication)¹⁴⁷. Dans le respect des règles de la convention d'application de l'accord Schengen (CAAS), le juge a annulé une décision de reconduite à la frontière dès lors que le destinataire de cette mesure avait formulé une demande d'asile dans un pays signataire de la CAAS¹⁴⁸.

Par ailleurs, par l'arrêt M. Bouhsane¹⁴⁹, le Conseil d'Etat a accepté d'exercer un contrôle normal sur l'appréciation à laquelle se livre le préfet qui oppose l'existence d'une menace pour l'ordre public à une demande de carte de séjour temporaire présentée par un étranger ayant droit à la délivrance de celle-ci. Auparavant la haute juridiction se bornait à examiner s'il n'y avait pas une erreur manifeste d'appréciation de la part de l'administration, ce qui constituait un contrôle restreint. Désormais le juge contrôle également la qualification des faits, renforçant ainsi la protection qu'il accorde aux étrangers.

CHAPITRE III : ÉGALITÉ

Article 20. Égalité en droit

Pas d'évolution notable.

Article 21. Non-discrimination

Jurisprudence internationale et observations d'organes internationaux de contrôle

Comme on l'a déjà vu, la Cour EDH a condamné la France pour violation des articles 14 de la Convention et 1^{er} du Protocole n°1 pour avoir refusé de verser une allocation d'adulte handicapé à un étranger résidant en France¹⁵⁰ qui s'était vu reconnaître un taux d'incapacité de 80%. La Cour a considéré que la différence de traitement fondée sur la nationalité ne repose sur aucune justification objective et raisonnable ».

La France n'a pas signé le Protocole n° 12 à la Convention EDH.

Législation, réglementation et jurisprudence nationales

Le gouvernement est sensible aux questions de discrimination et le Ministre de la Justice. Dans ce but, le Ministre de la Justice, M. Perben, a diffusé une instruction le 21 mars 2003 aux procureurs généraux des Cours d'appel « tendant à réprimer les actes de discrimination raciale qui mettent en danger la cohésion nationale ». De même plusieurs textes législatifs visent à lutter contre les différentes formes de discrimination.

¹⁴⁷ CE, 6^e et 4^e s.-sect. réun., 30 décembre 2002, Ordre des Avocats à la cour d'appel de Paris, AJDA, 2003, p.400.

¹⁴⁸ CE, 30 juillet 2003, Préfet de la Seine-Saint-Denis c/M. Touré, AJDA, 2003, p.2325.

¹⁴⁹ CE, Sect., 17 juillet 2003, AJDA, 2003, note F. Donnat et D. Casas, p.2025.

¹⁵⁰ Cour EDH, 30 septembre 2003, *Koua Poirrez*, 40892/98.

Ainsi, la loi n° 2003-88 du 3 février 2003¹⁵¹ visant à aggraver les peines punissant les infractions à caractère raciste, antisémite ou xénophobe, votée à l'unanimité par le Sénat et l'Assemblée nationale, institue, comme son titre l'indique, une circonstance aggravante pour certaines infractions concernant des atteintes aux personnes ou aux biens (meurtre, tortures et actes de barbarie, violences, et destructions, dégradations ou détériorations) dès lors que celles-ci sont commises pour un motif raciste, antisémite ou xénophobe. Dans certains cas (pour ce qui concerne les violences), cette circonstance aggravante a pour conséquence de criminaliser des faits normalement considérés des délits et de correctionnaliser des faits relevant anciennement du domaine des contraventions. Le nouvel article 132-76 du Code pénal indique que cette circonstance aggravante s'applique « lorsque l'infraction est précédée, accompagnée ou suivie de propos, écrits, images, objets ou actes de toute nature portant atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime ou d'un groupe de personnes dont fait partie la victime à raison de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ».

Cette circonstance aggravante a déjà été retenue dans trois cas, celui de l'incendie d'une école juive, celui de l'agression physique et verbale d'un rabbin et celui de l'agression d'une jeune femme (marquée au cutter d'une croix gammée)¹⁵².

Une autre circonstance aggravante sanctionnant plus lourdement des infractions commises pour des motifs homophobes a été intégrée dans le Code pénal, à l'article 132-77, par la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure¹⁵³.

Le Gouvernement a également évoqué le projet de faire passer le délai de prescription de trois mois à un an pour les délits de provocation, de diffamation et d'injure raciales prévus par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. S'est également posée la question de l'intégration de ces dispositions dans le Code pénal car ces délits ne sont inscrits que dans la seule loi sur la liberté de la presse de 1801. Cette loi de 1801 présente d'ailleurs des lacunes regrettables dans la mesure où elle ne vise pas les injures et diffamations à caractère homophobe, ni les incitations à la discrimination, à la haine ou à la violence homophobe. Elle ne permet pas non plus à des associations de lutte contre les discriminations de se porter partie civile contre des organes de presse ayant publié des textes ou des dessins injurieux à l'égard des homosexuels. Pour y remédier, plusieurs propositions de loi ont été déposées au cours de l'année 2003, toutes rejetées (la dernière en date, du 27 novembre 2003 a été rejetée par l'Assemblée nationale¹⁵⁴), au motif que le Gouvernement prépare une réforme d'ensemble du droit de la presse incluant de telles avancées.

En parallèle, le Premier ministre a chargé le Médiateur de la République, M. Stasi, de la Présidence d'une « mission de préfiguration » chargée de mener les travaux préalables à l'élaboration d'un projet de loi portant création d'une nouvelle autorité indépendante responsable de la lutte contre toutes les formes de discrimination. Cette autorité doit être établie au courant de l'année 2004. Il est à rappeler que la création d'une telle autorité est imposée par la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique¹⁵⁵, directive qui aurait dû être transposée dans les trois ans suivant sa publication. Dans les projets du Gouvernement, l'autorité ne serait pas seulement compétence à l'égard

¹⁵¹ JO 4 février 2003, p. 2104.

¹⁵² Voir Le Monde, 18 novembre 2003.

¹⁵³ JO 19 mars 2003, p. 4761.

¹⁵⁴ Elle prévoyait l'insertion, dans la loi de 1881 sur la liberté de la presse, de cinq nouveaux motifs (sexe, état de santé, handicap, mœurs, orientation sexuelle) de délits à côté de ceux déjà pénalisés (origine, appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion). Les débats sur ces propositions ont laissé apparaître la hiérarchie que certains instaurent entre ces différents motifs : le motif du handicap pose ainsi beaucoup moins de problèmes que celui des mœurs ou de l'orientation sexuelle. Le Monde 21 novembre 2003, 29 novembre 2003, p.9.

¹⁵⁵ JOCE L 180 du 19 juillet 2000.

des discriminations fondées sur la race ou l'origine ethnique mais aussi à l'égard d'autres types de discrimination.

Parmi les décisions de justice portant sur des cas de discrimination, quelques exemples peuvent être relevés. La Cour d'appel de Paris a, comme on l'a vu eu l'occasion de se pencher sur des discriminations liées au port du foulard islamique. Elle a dans un arrêt en date du 19 juin 2003 sanctionné une entreprise qui avait licencié une de ses salariées au motif qu'elle avait refusé de remplacer son foulard (couvrant ses cheveux, ses oreilles et son cou) par un simple bandeau, la Cour considérant que la décision de l'entreprise d'interdire le foulard islamique n'était pas justifiée « par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination ». Le Tribunal correctionnel de Paris a été obligée de statuer sur une affaire de discrimination à l'égard de handicapés. Trois personnes handicapées accusaient la SNCF de discrimination¹⁵⁶. Celles-ci n'avaient pas été assistée pour accéder au wagon voyageurs et elles avaient été obligées de voyager dans un wagon à bagages et à vélos non insonorisé, non climatisé et mal éclairé. Le Tribunal a néanmoins rejeté leur recours le 18 décembre 2003 non parce qu'il estimait qu'il n'y avait pas discrimination à leur égard, mais au motif qu'il n'était pas prouvé que les employés de la SNCF étaient susceptibles de représenter l'entreprise ferroviaire sur un plan pénal¹⁵⁷. Cette action était soutenue par l'Association des Paralysés de France (APF) qui déplore que « le tribunal soit le seul lieu possible pour régler les litiges indignes d'une société qui continue à exclure une partie de ses membres » et qui désormais n'hésite plus à saisir la justice de cas de discrimination.

Pratiques des autorités nationales

La Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH, organe placé auprès du Premier Ministre et composé de représentants d'associations et de l'administration) a rendu public son rapport d'activité dans lequel elle juge préoccupant le fait que, selon un sondage, 39% des personnes considèrent la lutte contre le racisme comme « pas vraiment » ou « pas du tout » nécessaire et que seulement 48% des sondés se déclarent prêts à dénoncer à la police un comportement raciste. En réponse à ce rapport, la Préfecture de Paris a mis en place une équipe spécialisée au sein de la police judiciaire pour « suivre systématiquement toutes les plaintes relatives à des faits de racisme et d'antisémitisme ». Il serait bon que cette mesure soit étendue à toutes les préfectures.

Le Premier Ministre a annoncé la création d'un comité interministériel de lutte contre le racisme et l'antisémitisme à la suite de l'incendie d'une école juive à Gagny en Seine-Saint-Denis¹⁵⁸ (alors que dans le même temps, on note une baisse des atteintes contre les biens). Des mesures sont annoncées qui concernent la sécurité des lieux de culte et des établissements d'enseignement, la prévention (notamment dans l'éducation) et la répression des infractions antisémites ou racistes. Une circulaire du Garde des sceaux a été adressée le 18 novembre 2003 aux Procureurs généraux pour renforcer la lutte contre les actes à caractère raciste et antisémite¹⁵⁹. Elle vise à faire remonter l'information sur de tels actes au ministère, à accélérer la mise en mouvement de l'action publique et être sévère dans la répression, à informer les victimes de la suite des procédures et à désigner un magistrat référent pour coordonner les différentes actions pénales.

Les pratiques de certaines communes comme Lille, Strasbourg ou Sarcelles, qui réservent aux femmes des créneaux horaires dans les piscines a fait l'objet de larges débats dans l'opinion publique¹⁶⁰. Certains les considèrent comme discriminatoires à l'égard des femmes, d'autres estiment qu'elles permettent de respecter les préceptes religieux musulmans qui

¹⁵⁶ Voir Le Monde, 15 novembre 2003.

¹⁵⁷ Voir Le Monde, 20 décembre 2003.

¹⁵⁸ Décret n° 2003-1164 du 8 décembre 2003. Voir Le Monde, 18 novembre 2003 et 19 novembre 2003.

¹⁵⁹ www.justice.gouv.fr/presse/com181103b.htm

¹⁶⁰ Voir Le Monde, 24 septembre 2003, p. 16.

interdisent la mixité dans les activités sportives et qu'elles sont conformes à la liberté religieuse.

Si les discriminations raciales sont fréquentes, la société française semble mieux accepter le phénomène de l'homosexualité. Un sondage a montré la progression de la tolérance à l'égard de l'homosexualité et souligné notamment que 86% des français approuvaient l'héritage au sein du couple homosexuel et 79%, l'imposition d'une fiscalité de droit commun¹⁶¹.

Motifs de préoccupation

Nous sommes pour l'heure dans l'attente de la mise en œuvre des réformes promises par le Gouvernement, quant à la transposition complète des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE¹⁶² et la mise en place de l'autorité administrative indépendante chargée de la lutte contre les discriminations, annoncée à plusieurs reprises¹⁶³. Nous attendons également la réforme de la Loi sur la presse qui a justifié le rejet des propositions de loi condamnant les propos homophobes¹⁶⁴. Il faudrait impérativement qu'elle garantisse le droit pour les associations de lutte contre les discriminations de se porter partie civile aux lieux et places des victimes. Plus généralement, ce sont les questions de l'amélioration du soutien aux victimes et de la sensibilisation des acteurs chargés de la répression¹⁶⁵ des discriminations qui méritent l'attention.

Article 22. Diversité culturelle et religieuse

La loi Besson qui enjoint aux communes de prévoir sur leur territoire emplacements réservés aux gens du voyage n'est guère respectée. De même l'incrimination par la loi pour la sécurité intérieure de mars 2003 de l'installation en réunion sur un terrain privé ou public sans autorisation qui vise à l'évidence les gens du voyage pose un problème de conciliation du mode de vie des tziganes aujourd'hui protégé par la Cour européenne¹⁶⁶ et les exigences de l'intérêt général. Il n'est pas évident qu'une telle incrimination puisse être considérée comme nécessaire dans une société démocratique pour justifier d'une telle atteinte au mode de vie tzigane.

Article 23. Égalité entre homme et femmes

Le Conseil d'Etat a réaffirmé sa jurisprudence antérieure en matière de pensions dont peuvent bénéficier les veufs des femmes fonctionnaires qui ont assumé la charge des enfants¹⁶⁷. Le Conseil d'Etat a ainsi considéré que l'article L.12 du Code des pensions civiles et militaires de retraite qui institue, pour le calcul de la pension, une bonification d'ancienneté d'un an par enfant, réservée au seul bénéficiaire des femmes fonctionnaires est contraire au principe de l'égalité des rémunérations tel qu'il résulte du Traité instituant la Communauté européenne et de l'Accord annexé au Protocole n°14 sur la politique sociale joint au Traité sur l'Union

¹⁶¹ Sondage IFOP- Le Monde- Gay.com réalisé les 19 et 20 juin 2003. Voir pour de plus amples développements, Le Monde, 29 – 30 juin 2003, p. 8.

¹⁶² JOCE L 303 du 2 décembre 2000, p 16.

¹⁶³ Le 22 mai 2003, le Président de la République annonçait à nouveau la création d'une telle autorité. Voir Le Monde, 24 mai 2003, p. 12.

¹⁶⁴ Une loi pénalisant les propos homophobes a été promise par le 1^{er} Ministre pour 2004. Voir Le Monde, 21 juillet 2003.

¹⁶⁵ www.commission-droits-homme.fr

¹⁶⁶ Arrêt Chapman contre Royaume Uni du 18 janvier 2001

¹⁶⁷ CE, 26 février 2003, M. Llorca, AJDA, 2003, p.1005. Voy. également une étude « L'égalité entre les femmes et les hommes dans les jurisprudences des cours suprêmes européennes et nationales », J. Bougrab, AJDA, 2003, p.1640.

européenne¹⁶⁸. Cette décision est particulièrement intéressante parce qu'elle sanctionne une discrimination effectuée au détriment des hommes, ce qui est assez rare, mais qui tendra certainement à devenir de plus en plus fréquent.

Article 24. Droits de l'enfant

La Cour européenne des droits de l'homme ¹⁶⁹ a été contrainte dans l'affaire Odièvre contre France d'arbitrer entre deux droits fondamentaux, le droit de l'enfant à connaître ses origines et la volonté de la mère de garder l'anonymat. La requérante, pupille de l'Etat et par la suite adoptée sous forme plénière, a eu accès à des informations non nominatives sur sa famille naturelle. Elle a voulu connaître l'identité de ses frères naturels. La communication de ces informations lui a été refusée par la Direction de l'aide sociale à l'enfance et de protection de la jeunesse au motif que cette communication porterait atteinte à la volonté de sa mère biologique de garder l'anonymat. La Cour considère que la législation française « tente d'atteindre un équilibre et une proportionnalité suffisantes entre les intérêts en cause. En conséquence, la France n'a pas excédé la marge d'appréciation qui doit lui être reconnue en raison du caractère complexe et délicat de la question que soulève le secret des origines au regard du droit de chacun à son histoire, du choix des parents biologiques, du lien familial existant et des parents adoptifs ».

Un projet de loi sur l'accueil et la protection de l'enfance, présenté le 10 septembre 2003¹⁷⁰, a très attendu par les professionnels. Ce projet de loi prévoit tout d'abord la suppression du dispositif de suspension des allocations familiales pour non-respect des obligations scolaires, ce dispositif ayant été jugé inefficace. La création d'un observatoire national de l'enfance maltraitée est également prévue pour combler les lacunes du dispositif existant. Le projet de loi vise aussi à permettre aux associations de protection et de défense de l'enfance de se porter partie civile pour toutes les infractions concernant les victimes mineures, dès lors que celles-ci sont atteintes dans leur intégrité physique, psychique ou morale, quelle que soit la forme de cette atteinte. Les sanctions pénales pour emploi illégal d'enfants soumis à l'obligation scolaire sont alourdies. Enfin le projet de loi prévoit la possibilité pour les assistantes maternelles d'être agréées pour trois temps plein (actuellement l'agrément n'est possible que pour trois enfants). Cette mesure devrait permettre d'augmenter l'offre pour les gardes d'enfant et d'améliorer la rémunération des assistantes maternelles.

Une loi visant à restreindre la consommation du tabac chez les jeunes¹⁷¹, adoptée récemment interdit la vente de tabac aux mineurs. Son efficacité reste toutefois à démontrer.

Article 25. Droit des personnes âgées

Les personnes âgées ont beaucoup souffert cet été de la canicule et surtout de l'absence de surveillance et d'aide de la part des pouvoirs publics. Un projet de loi, visant à combler les lacunes dans le dispositif législatif actuel, entend développer le maintien à domicile des personnes âgées grâce à la création de 16800 places supplémentaires en soin infirmier à domicile et 12000 places en établissements de jour spécialisés. Par ailleurs, il prévoit la modernisation et la création de maisons de retraites.

¹⁶⁸ CE, 11 juin 2003, Req n° 251152.

¹⁶⁹ Cour EDH, 13 février 2003, Odièvre c/France, disponible sur www.ehrc.coe.int.

¹⁷⁰ AJDA, 2003, p.1637.

¹⁷¹ Loi n° 2003-715 du 31 juillet 2003 visant à restreindre la consommation de tabac chez les jeunes, JO RF n° 178 du 3 août 2003 p.13398

Article 26. Intégration des personnes handicapées

La loi relative aux assistants d'éducation¹⁷² permet aux établissements d'enseignement public de recruter des assistants d'éducation qui ont pour mission d' assister l'équipe éducative, d'encadrer et de surveiller les élèves et d'aider à l'accueil et à l'intégration scolaire des élèves handicapés. Cependant, il faut tenir compte de la diminution notable du nombre des surveillants dans les établissements et du fait que les assistants d'éducation seront d'abord appelés à exercer leurs fonctions. Dans ces conditions il est peu probable qu'ils aient du temps à consacrer aux élèves handicapés.

CHAPITRE IV : SOLIDARITÉ

Article 27. Droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise

Droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise

La France a fait l'objet d'un examen sur rapport en 2003 par le Comité européen des droits sociaux. Il s'agissait de vérifier la conformité de la législation française aux articles 21 et 29 de la Charte sociale européenne révisée. Le Comité Européen des Droits Sociaux a conclu à cette conformité.

La loi n°2003-6 du 3 janvier 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciement économique concerne les articles 27, 28 et 30 de la Charte. Elle est examinée ci-après au niveau de l'article 28 qui représente son impact essentiel.

Article 28. Droit de négociation et d'actions collectives

L'article 6 de la Charte sociale révisée (droit de négociation et d'actions collectives) fera l'objet d'un examen du Comité Européen des Droits Sociaux lors du prochain rapport.

Par ailleurs, il convient de souligner que le Comité de la liberté syndicale de l'Organisation Internationale du Travail a eu à connaître d'une contestation portant sur la législation française. Cette plainte (cas n°2193, 286^{ème} session, mars 2003) concernait l'article 94 de la loi du 16 décembre 1996 (n°96-1093) relative à l'emploi dans la fonction publique. Elle visait à contester le système de représentativité instauré par la loi. Le Comité a estimé que la disposition contestée « n'est pas incompatible avec les principes de la liberté syndicale », concluant donc à la conformité de la France.

Au niveau interne, la loi n°2003-9 du 3 janvier 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques suspend temporairement certaines dispositions de la loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale en matière de licenciements économiques. Elle suspend l'application des dispositions qui renforçait certains moyens d'action du comité d'entreprise et notamment l'association des organes de direction et de surveillance de l'entreprise au processus de restructuration et de licenciement économique. La suspension est prévue pour une période maximale de 18 mois à compter de la promulgation de la loi. Ce délai pourra être prorogé pour une durée d'un an à compter du dépôt d'un projet de loi sur les procédures de licenciement qui sera élaboré au vu des résultats de la négociation interprofessionnelle.

¹⁷² Loi n°2003-400 du 30 avril 2003, JO RF n°102 du 2 mai 2003, p.7640.

Les entreprises auront à la place la possibilité, à titre expérimental, de signer, avec une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans l'entreprise (c'est à dire ayant recueilli au moins la moitié des suffrages aux dernières élections du comité d'entreprise), des accords fixant des modalités dérogatoires d'information et de consultation du comité d'entreprise en cas de licenciement d'au moins dix salariés sur une période de 30 jours. Ces dispositions dérogatoires ne peuvent cependant remettre en cause l'« ordre public social », et les accords devront respecter l'information minimum du comité d'entreprise. La pratique permettra d'apprécier la portée de ces dispositions.

La jurisprudence nationale a également permis de faire évoluer les modalités des négociations collectives. S'agissant d'abord de la représentativité des organisations de travailleurs ou d'employeurs, deux moyens permettent traditionnellement aux organisations syndicales d'accéder à cette représentativité. Le premier moyen consiste à s'affilier à l'une des cinq confédérations principales du pays. Le second moyen consiste à apporter la preuve de cette représentativité par le biais de certains critères fixés par le Code du Travail et adaptés par le juge. La représentativité est importante et permet aux seuls syndicats représentatifs de pouvoir négocier et conclure des accords collectifs de travail.

La doctrine, pour une grande part, a observé que la Chambre sociale de la Cour de Cassation dans un arrêt du 3 décembre 2002 (Cass. soc, n°3478 FS-P+B+R+I, 3 décembre 2002, Caisse d'épargne et de prévoyance d'Alsace c/ Syndicat Sud Caisses d'épargne) a « élargi » le pouvoir d'appréciation de la représentativité d'un syndicat par le juge de fond. Certains auteurs évoquent le risque que présente cette évolution jurisprudentielle : le juge compétent est un juge unique statuant en premier et dernier ressort ; or, la décision de ce juge risque de produire des conséquences importantes sur le dialogue social au sein de l'entreprise. Aussi la Cour de Cassation a-t-elle rappelé à plusieurs reprises dans ses rapports annuels la nécessité de l'instauration d'un double degré de juridiction en matière d'élections professionnelles et de désignation des représentants du personnel ou des représentants syndicaux.

En ce qui concerne le droit de grève, la jurisprudence estime que les pouvoirs attribués au juge des référés en matière de dommage imminent consécutif à l'exercice du droit de grève ne comportent pas celui de décider de la réquisition de salariés grévistes. La chambre sociale de la Cour de Cassation a ainsi limité le pouvoir du juge des référés en raison de la valeur constitutionnelle conférée au droit de grève (Cass. soc, n°505 FS-P+B+R+I, 25 février 2003, Syndicat CFDT santé sociaux de la Haute-Garonne c/ Association MAPAD de la Cépière).

Article 29. Droit d'accès aux services de placement

L'article 1 §3 de la Charte sociale européenne révisée qui prévoit le droit d'accès aux services de placement fera l'objet d'un examen du Comité Européen des Droits Sociaux lors de son prochain rapport.

Le thème de l'accès aux services de placement a plusieurs fois été évoqué par les autorités publiques durant cette année mais aucun texte n'a encore été adopté. Le ministre des affaires sociales a notamment plusieurs fois évoqué l'ouverture du marché du placement et précisé que des propositions devraient intervenir au cours de l'année 2004.

Article 30. Protection en cas de licenciement injustifié

Le Comité Européen des Droits Sociaux a conclu que la situation de la France était conforme à l'article 24 de la Charte sociale révisée, cependant un membre du Comité, M. N. Aliprantis a exprimé une opinion dissidente. Pour lui, les salariés illégalement licenciés sont, en droit français, inégalement traités quant à leur indemnisation, car celle-ci est fonction de la taille de

l'entreprise. En outre, ce membre du Comité estime que les règles de preuve varient par rapport au licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Au niveau interne, il faut signaler la loi n°2003-9 du 3 janvier 2003 (précédemment évoquée) portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques. Ces dispositions correspondent avant tout au dialogue social dans l'entreprise par rapport aux licenciements économiques, c'est pour cela que nous avons évoqué ces dispositions dans nos observations concernant l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux.

Article 31. Conditions de travail justes et équitables

Jurisprudence internationale et observations d'organes internationaux de contrôle

Le Comité Européen des Droits Sociaux qui se réunit régulièrement dans le cadre du mécanisme de contrôle élaboré par la Charte sociale conclue sous les auspices du Conseil de l'Europe. Il a conclu à la non-conformité du droit français eu égard aux articles 2 §1 (durée raisonnable du travail journalier et hebdomadaire) et 3 §2 (édiction de mesures de contrôle de l'application des règlements d'hygiène et de sécurité) de la Charte sociale européenne. Dans le cadre de l'article 3§2, le Comité a estimé que les travailleurs ne sont pas suffisamment protégés contre l'exposition aux rayons ionisants et que les travailleurs indépendants ne sont pas suffisamment couverts par la réglementation en matière de santé et de sécurité du travail.

Par ailleurs le Comité a demandé des informations complémentaires pour apprécier la conformité de la situation au regard de l'article 2 §3 (octroi d'un congé payé annuel minimal de deux semaines) de la Charte. Le Comité conclut que la durée hebdomadaire de travail autorisée pour les cadres intermédiaires dans le système d'annualisation des jours de travail est excessive et qu'il n'existe pas de garanties de négociations collectives suffisantes.

Concernant l'article 2 §4 de la Charte sociale (« assurer aux travailleurs employés à des occupations dangereuses ou insalubres soit une réduction de temps de travail soit des congés supplémentaires »), le Comité estime la situation de la France conforme aux dispositions de la Charte mais reste dans l'attente de certaines informations demandées. Ceci vaut également pour l'article 2 §5 (« assurer un repos hebdomadaire qui coïncide autant que possible avec le jour de la semaine reconnu comme jour de repos par la tradition ou les usages du pays »).

Concernant l'article 3 §3 de la Charte sociale (« consulter les organisation d'employeurs et de travailleurs sur les mesures destinées à améliorer la sécurité et l'hygiène au travail), le Comité estime la situation de la France conforme cette règle mais reste à nouveau dans l'attente de certaines informations demandées.

Législation, réglementation et jurisprudence nationales

L'évolution la plus notable concerne la durée du temps de travail. La loi n°2003-47 du 17 janvier 2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi entend assouplir, notamment par la voie des négociations collectives, les conditions de mise en œuvre de la semaine des 35 heures sans pour autant remettre fondamentalement en cause son principe. En effet, alors que l'ancienne loi prévoyait des systèmes de modulation du temps de travail faisant référence à un double plafond de 1600 heures sur l'année ou d'« en moyenne 35 heures par semaine travaillée », la loi nouvelle généralise la limite au plafond annuel de 1600 heures. La loi nouvelle comprend de plus de nouvelles dispositions concernant la durée de travail des différentes catégories de cadres ; on sait en effet que la loi précédente avait posé plusieurs difficultés concernant ce type de travailleurs.

Cette nouvelle loi fait l'objet de deux réclamations collectives auprès du Comité Européen des Droits Sociaux. Tout d'abord la réclamation de la Confédération Générale du Travail (n°22/2003) enregistrée le 24 octobre 2003, porte sur les articles 2 (droit à des conditions de travail équitables), 3 (droit à la sécurité et à l'hygiène dans le travail) et 11 (droit à la protection de la santé) de la Charte sociale européenne révisée. LA CGT estime que la nouvelle loi violerait ces dispositions. Il n'y a encore à ce jour aucune décision concernant la recevabilité de cette réclamation.

Ensuite la réclamation n°16/2003 enregistrée le 14 mai 2003 provenant de la Confédération Française de l'Encadrement allègue que la même loi du 17 janvier 2003 viole les articles 2 (droit à des conditions de travail équitables), 4 (droit à une rémunération équitale), 6 (droit de négociation collective dont le droit de grève) de la Charte sociale européenne révisée eu égard aux dispositions relatives de la loi au temps de travail des cadres. Cette réclamation a été déclarée recevable le 16 juin 2003 par le Comité Européen des Droits Sociaux.

Plusieurs décrets sont intervenus pour déterminer la durée du travail de certaines professions : le décret du 12 septembre 2003 (n°2003-897) relatif aux horaires d'équivalence et aux garanties minimales de durée du travail et de repos applicables aux emplois de chauffeur de service automobile de l'administration centrale et du ministère des sports ; le Décret du 4 juillet 2003 (n°2003-849) relatif aux modalités d'application du contrat de travail concernant la durée du travail du personnel des entreprises assurant la restauration dans les trains ; le Décret du 1er septembre 2003 (n°2003-840) relatif à la durée du travail dans les casinos ; le Décret du 11 juin 2003 (n°2003-502) fixant les dispositions transitoires relatives au temps de travail et l'organisation du travail dans la fonction publique hospitalière ; le Décret du 8 janvier 2003 (n°2003-25) relatif à la durée du travail dans l'enseignement privé hors contrat.

Enfin, toujours à propos de la durée du temps de travail, la Chambre sociale de la Cour de Cassation, a, par un arrêt du 26 février 2003, estimé qu'un accord collectif de réduction de la durée hebdomadaire du travail s'accompagnant du maintien de la rémunération ne modifie pas le contrat de travail (Cour de cassation, Chambre sociale, SA L'Impeccable c/ N'Diaye, 26 février 2003, n° 630 FP-P+B+I).

Outre la durée du temps de travail, les questions de santé et de sécurité au travail préoccupent le gouvernement actuel. Monsieur Fillon, Ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité a présenté les orientations de son ministère pour 2003-2006 au Conseil supérieur de la prévention des risques professionnels. Ces orientations s'articulent autour de quatre thèmes :

- la mise en place des outils des connaissances des risques,
- l'amélioration de la réglementation et son application,
- le renforcement de la coordination des actions de prévention,
- l'adoption de l'indemnisation des victimes.

Il convient cependant de signaler que certaines directives en ce domaine n'ont toujours pas été réceptionnées en droit national malgré le dépassement de la date limite de transposition. Figure parmi celles-ci la directive 98/24/CE du Conseil du 7 avril 1998 concernant la protection de la santé et la sécurité du travailleur contre les risques liés à des agents chimiques sur le lieu de travail. Le constat est le même pour la directive 99/45/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mai 1999 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires ou administratives des Etats membres relatives à la classification, l'emballage et l'étiquetage des préparations ou substances dangereuses.

Cependant certaines directives ont été transposées au cours de cette année dans ce domaine par deux arrêtés ministériels du 8 juillet 2003. Il s'agit en particulier de la directive 99/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1999 concernant les prescriptions

minimales visant à améliorer la protection en matière de sécurité et de santé des travailleurs susceptibles d'être exposés aux risques d'atmosphères explosives.

Enfin, concernant la protection du travailleur contre le harcèlement moral ou sexuel au travail, la loi n°2003-6 du 3 janvier 2003, portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques a apporté certaines modifications non négligeables. En effet, le droit antérieur prévoyait un régime de preuve favorable à la victime. Alors que celle-ci auparavant devait présenter les éléments de fait laissant supposer l'existence d'un harcèlement, il appartenait ensuite à la partie défenderesse de prouver que de tels agissements n'étaient pas constitutifs de harcèlement. Dorénavant, la nouvelle loi procède à un rééquilibrage de la charge de la preuve car la victime doit maintenant « établir les faits ».

Article 32. Interdiction du travail des enfants et protection des jeunes au travail

Une réclamation collective (n°13/2002) contre la France, initiée par l'organisation Autisme-Europe a été déclarée recevable le 12 décembre par Le Comité Européen des Droits sociaux, celle-ci porte notamment sur l'article 17 (droit des enfants et des adolescents à une protection sociale, juridique et économique) de la Charte sociale européenne révisée. Elle dénonce les carences relatives à la prise en charge éducative des personnes autistes.

Le ministre délégué à la famille a présenté le 10 septembre 2003 un projet de loi relatif à l'accueil et à la protection de l'enfance. Ce projet de loi renforce les sanctions pénales encourues pour le travail illégal des enfants soumis à l'obligation scolaire.

Article 33. Vie familiale et vie professionnelle

Le Comité Européen des Droits Sociaux conclut à la non-conformité de la France des articles 8 §1 (assurer aux travailleuses avant et après l'accouchement un repos d'une durée totale de quatorze semaines au minimum...) et 8 §3 (assurer aux mères qui allaitent leurs enfants une pause suffisante) de la Charte sociale. La non-conformité de la réglementation nationale à l'article 8 §1 est établie au motif que les périodes de chômage ne sont pas intégrées dans le calcul du temps de travail nécessaire pour bénéficier des prestations de maternité. S'agissant de l'article 8 §3 de la Charte sociale, le Comité énonce que le droit national doit expressément prévoir que les pauses d'allaitement prises pendant les heures de travail sont rémunérées normalement.

Au niveau interne, les femmes enceintes sont particulièrement protégées comme le démontre un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de Cassation du 30 avril 2003 (n°1381) qui décide que lorsque le licenciement est nul dans le cas d'une salariée en état de grossesse, sa réintégration doit être ordonnée si elle le demande.

Article 34. Sécurité sociale et aide sociale

Le Comité Européen des Droits Sociaux ajourne ses constatations concernant les articles 30 et 31 de la Charte sociale européenne révisée.

Par ailleurs, les articles 12 et 13 feront partie du prochain examen de la part du Comité Européen des Droits Sociaux.

Le Comité Européen des Droits Sociaux a déclaré recevable le 16 mai 2003 une réclamation collective (n°14/2003) contre la France déposée par la Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH). Cette réclamation allègue que les réformes récentes de

« l'Aide médicale de l'Etat » et de la « Couverture maladie universelle » privent du droit à l'assistance médicale un grand nombre d'adultes et d'enfants ne disposant pas de ressources suffisantes. Cette réclamation se fonde entre autres sur les articles 13 (droit à l'assistance sociale et médicale) et 17 (droit des enfants et des adolescents à une protection sociale, juridique et économique) de la Charte sociale européenne révisée.

Sécurité sociale

Le projet de loi (n°194) de financement de sécurité sociale pour 2004 a été adopté le 4 novembre 2003. Bien que la loi de financement de la sécurité sociale ait été définitivement adoptée le 18 décembre 2003 (loi n° 2003-1199), il convient d'analyser certaines dispositions s'articulant autour de plusieurs objectifs engagés bien avant l'adoption du texte final.

Ce projet de loi vise tout d'abord à moderniser le système d'assurance maladie. Il ne faut pas oublier que ces initiatives interviennent en phase de grand déficit de l'assurance maladie, le gouvernement ayant d'ailleurs plusieurs fois exprimé que ce thème comptera parmi ses « chantiers » d'action au cours de l'année 2004.

Le projet de loi du 4 novembre 2004 vise avant tout à stabiliser le déficit de la sécurité sociale pour que celle-ci continue à assurer sa mission de solidarité. Ainsi, le gouvernement a décidé parmi plusieurs mesures la hausse de la taxe sur la promotion pharmaceutique ou encore la hausse du forfait hospitalier de 10,67 à 13 euros. Enfin ce projet de loi permet l'affectation à l'assurance maladie de l'ensemble des hausses des droits directs sur le tabac permettant par la même occasion une politique volontariste en matière de santé publique.

Il convient donc de constater que si le niveau de protection qu'offre le régime de sécurité sociale reste globalement proche du précédent, la conservation de ce niveau a dû s'accompagner d'un effort des contributeurs.

L'assurance maladie en France reste l'objet d'une grande attention de la part des autorités publiques. En ce sens, le décret n°2003-959 du 7 octobre 2003 crée pour trois ans auprès des Ministres chargés de la Santé et de l'Assurance maladie un Haut Conseil pour l'avenir de l'assurance maladie. Ce comité aura pour principale mission d'évaluer le système d'assurance maladie et ses évolutions. Il devra rendre un rapport tous les ans aux ministres concernés qui sera communiqué au Parlement et rendu public.

Aide sociale:

La loi n°2003-289 du 31 mars 2003 portant modification de la loi n°2001-647 du 20 juillet 2001 relative à la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées et à l'allocation personnalisée d'autonomie est intervenue au titre de l'aide sociale.

L'allocation personnalisée d'autonomie est une aide sociale destinée aux personnes âgées de 60 ans au moins rencontrant des difficultés pour accomplir les activités quotidiennes de la vie courante. 800 000 personnes environ ont sollicité dès la première année de sa création l'attribution de cette prestation instituée par la loi précitée de 2001.

Ainsi la loi du 31 mars 2003 et un décret du 28 mars 2003 (n°2003-278) visent à redéfinir les modalités d'attribution de cette prestation pour en réduire le coût. Les nouvelles dispositions réglementaires et législatives visent à renforcer le contrôle des services sociaux sur l'emploi effectif des sommes versées au titre de cette allocation, tandis que le décret tend à majorer le montant de la participation due par l'allocataire en fonction de ses ressources.

Il convient par ailleurs de signaler la création de la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie. Cette aide sociale visera les personnes handicapées et les personnes âgées. Pour les premières, le « droit à la compensation du handicap » sera consacré. Pour les personnes

âgées, le maintien à domicile sera favorisé alors que dans un même temps les maisons de retraite seront modernisées.

Enfin, le décret n°2003-98 du 5 février 2003 portant dispositions relatives à l'assurance chômage et modifiant le Code du travail est intervenu afin de réduire la durée des prestations sociales en cas de chômage.

C'est l'événement le plus important en ce domaine, en effet ces dispositions concernent un grand nombre de personnes. Cette mesure a provoqué certains conflits sociaux. Il faut cependant préciser que le gouvernement a adopté cette nouvelle mesure dans le but de sauver le système de l'assurance chômage qui est grandement déficitaire.

Article 35. Protection de la santé

Le Comité Européen des Droits Sociaux a, dans ses conclusions relatives à l'exercice 2003, ajourné ses décisions concernant l'article 11 de la Charte sociale (droit à la protection de la santé), dans l'attente d'informations supplémentaires du gouvernement français.

Les autorités françaises ont entrepris une politique de maîtrise des dépenses des produits pharmaceutiques depuis déjà plusieurs années. Cette politique a été initiée dès la loi n°98-1194 du 23 décembre 1998 de financement de la sécurité sociale. Cette politique est poursuivie par le gouvernement actuel en dépit même du changement de majorité politique.

Tout d'abord, la loi n°2002-1487 du 20 décembre 2002 de financement de la sécurité sociale pour 2003 a eu pour but de limiter les dépenses de médicaments en développant l'utilisation des médicaments dits « génériques ». Le patient voulant se procurer le médicament dont le prix est supérieur au forfait devra prendre à sa charge la différence. Les ministres de la santé et de la sécurité sociale ont la faculté, après avis du Comité économique des produits de santé, d'arrêter un tarif forfaitaire de responsabilité sur la base duquel est calculé le remboursement des frais exposés par les assurés.

Un accord en date du 13 juin 2003 a été conclu entre le comité économique des produits de santé et l'ancien syndicat national de l'industrie pharmaceutique, aujourd'hui rebaptisé Les Entreprises du Médicament. Cet accord vise à préciser le nouveau cadre de régulation conventionnelle des prix des médicaments remboursables.

Par ailleurs, un arrêté du Ministre de la Santé en date du 18 avril 2003 est venu réduire de 65% à 35% le taux de remboursement de 616 médicaments dont le service médical rendu a été jugé faible ou modéré par la commission de la transparence. Cette commission de la transparence est importante dans le processus du remboursement des médicaments. En effet, aucune spécialité pharmaceutique ne peut donner lieu à remboursement si celle-ci n'est présente sur la liste des médicaments remboursables. L'inscription sur cette liste est établie par un arrêté conjoint des ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale après avis de la commission de la transparence.

A cet égard un arrêt important du Conseil d'Etat (CE, section, 20 juin 2003, n°240194 ; Société Servier monde) est à signaler. En effet, cette décision a abouti à une annulation contentieuse d'une baisse de taux de remboursement en considérant que les ministres devaient se livrer à un examen des indications secondaires des médicaments. En outre, le Conseil d'Etat sanctionne la motivation insuffisante de l'avis émis en l'espèce par la commission de la transparence, instance administrative chargée d'évaluer le service médical rendu par tout médicament.

Le projet de loi (n°194) de financement de sécurité sociale pour 2004 adopté le 4 novembre 2003 poursuit ces évolutions de déremboursement de médicaments peu efficaces et vise aussi

à une responsabilisation de l'assuré social en permettant à celui-ci de connaître par le pharmacien le coût de ses dépenses en médicaments.

Il convient ensuite d'analyser les évolutions durant la période examinée concernant le droit à l'assistance médicale. La chambre sociale de la Cour de Cassation, au cours de la période examinée, a rendu une décision importante en matière de droit aux prestations concernant un étranger en situation irrégulière. Cet arrêt (M. Brahim Gagou c./ CPAM du Val de Marne et autre ; n°3951 FS-P) du 19 décembre 2002 posait une problématique au fond assez simple. Il s'agissait de déterminer si le conjoint d'un étranger résidant régulièrement en France et dûment affilié au régime général de la Sécurité sociale a droit aux prestations en nature de l'assurance maladie, alors qu'il ne peut justifier d'un titre régulier de séjour. Le requérant s'appuyait entre autres sur les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

La Cour de Cassation a dû se prononcer sur l'application du principe de non-discrimination au regard de la situation irrégulière du ressortissant étranger. Elle a décidé que les dispositions des articles L. 162-25-2 et D. 161-15 du Code de la Sécurité sociale qui subordonnent la prise en charge des soins délivrés aux ayants-droit majeurs de nationalité étrangère d'un assuré social à la régularité de leur présence sur le territoire national, ne sont pas contraires aux exigences des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. Par conséquent, l'étranger en situation irrégulière ne peut disposer de l'assistance médicale.

Par ailleurs et toujours sur la même problématique du critère de nationalité, la France a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme dans sa décision Koua Poirrez contre France du 30 septembre 2003 que l'on a déjà eu par ailleurs l'occasion de commenter. Le requérant voulait bénéficier de l'allocation aux adultes handicapés. Sa demande fut rejetée et les juridictions internes avaient confirmé ce refus sur le fondement de la loi qui faisait dépendre le droit à la prestation à une condition de nationalité. La Cour a estimé que la différence de traitement, en ce qui concerne le bénéfice des prestations sociales, entre les ressortissants français ou de pays ayant signé une convention de réciprocité et les autres étrangers ne reposait sur aucune justification objective et raisonnable selon la Cour, d'où la condamnation de la France.

Au sujet de la réglementation concernant l'usage des drogues, il est à signaler que la loi n°2003-87 du 23 janvier 2003 relative à la conduite sous influence de substances ou plantes classées comme stupéfiants a créé un délit spécifique de conduite sous influence de stupéfiants. Ce délit peut être sanctionné de la même manière que la conduite en état d'ivresse, à savoir 2 ans d'emprisonnement et 4500 euros d'amende.

Concernant la lutte contre le cancer, le décret n°2003-418 du 7 mai 2003 a permis la création d'une « Mission interministérielle pour la lutte contre le cancer » qui est chargée de coordonner la mise en œuvre du plan de lutte contre le cancer présenté par le Président de la République le 24 mars 2003.

Plusieurs mesures ont été prises par les autorités étatiques, outre celles précédemment évoquées d'augmentation des droits directs sur la vente de tabac, pour lutter contre le tabagisme. Parmi celles-ci, on peut citer la loi n°2003-87 du 31 juillet 2003 visant à restreindre la consommation de tabac chez les jeunes, se traduisant entre autres par l'interdiction de vente aux mineurs de moins de 16 ans. Par ailleurs l'arrêté du Ministère de la santé du 5 mars 2003 a rendu obligatoire l'apposition accrue d'avertissements sanitaires sur les produits du tabac. Enfin la loi du 14 octobre 2003 relative à la politique de la santé publique autorise la ratification de la convention-cadre de l'Organisation Mondiale de la Santé pour la lutte anti-tabac du 21 mai 2003.

Il convient de signaler l'adoption de l'ordonnance n°2003-580 du 4 septembre 2003 portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé. Cette ordonnance a pour but de moderniser l'hospitalisation publique et privée sous cinq ans. L'objectif est d'offrir aux établissements publics et privés des entités simplifiées de gestion et de planification hospitalière, en bref, elle vise à simplifier l'organisation sanitaire. L'ordonnance permet par ailleurs de développer l'investissement immobilier des établissements de santé.

Pour conclure sur ce chapitre 35 relatif à la protection de la santé, il faut encore indiquer que la France a fait l'objet de condamnations par la Cour de justice des communautés européennes pour non-transposition de directives en matière de santé publique. Elle a tout d'abord été condamnée le 15 mai 2003 (affaire C-3/01) pour le retard de transposition concernant la directive 96/29/EURATOM du Conseil du 13 mai 1996 fixant les normes de base en radioprotection (protection sanitaire de la population et des travailleurs contre les dangers résultant des rayonnements ionisants). Elle a aussi fait l'objet d'une mise en demeure le 12 février 2003 à propos de la non-transposition de la directive 2000/70/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2000 modifiant la directive 93/42/CEE du Conseil en ce qui concerne les dispositifs médicaux incorporant des dérivés stables du sang ou du plasma humains. La Cour a été saisie au fond en avril 2003. Ces retards sont d'autant plus fâcheux que ces directives ont été transposées dans la plupart des autres Etats membres.

Article 36. Accès aux services d'intérêt économique général

Le Comité Européen des Droits Sociaux ajourne sa décision concernant l'article 31 de la Charte sociale relative à cette question.

Article 37. Protection de l'environnement

Les autorités étatiques sont intervenues à plusieurs reprises dans ce domaine. La loi du 12 mars 2003 (n°2003-206) autorise l'approbation du protocole de Carthagène sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la convention sur la diversité biologique, adopté à Montréal le 29 janvier 2000 et signé à Nairobi le 24 mai 2000.

Confronté aux récentes catastrophes écologiques tels que l'Erika ou le Prestige, le législateur a choisi la voie de l'action, en permettant, grâce à la loi du 15 mars 2003 (n° 2003-346), qu'un navire étranger surpris en flagrant délit de dégazage ou de déversement de déchets pourra désormais être arraisonné et son capitaine traduit devant une juridiction nationale. La loi crée en effet une zone de protection écologique présente dans la zone économique.

La loi n°2003-699 du 30 juillet 2003 vise la prévention et la réparation des risques technologiques dans sa première partie. Elle a pour but de renforcer l'information du public, de maîtriser l'urbanisation des zones à risques, de prévenir les risques et de mieux garantir l'indemnisation des victimes. Cette loi est une réaction à l'explosion de l'usine AZF de Toulouse survenue le 21 septembre 2001. La seconde partie de cette loi concerne la prévention et réparation des risques naturels tels que les inondations et permet notamment d'accélérer l'indemnisation des victimes.

Le décret n°2003-920 du 22 septembre 2003 effectue la transposition de la directive 2000/59/CE. Ce décret concerne l'installation de réceptions portuaires pour les déchets d'exploitation des navires et les résidus de cargaison. Ce décret impose au directeur d'un port autonome l'élaboration d'un plan de réception et de traitement des déchets d'exploitation et des résidus de cargaison concernant les navires utilisant le port, les coûts liés au financement de réception et de traitement des déchets étant à la charge des armateurs.

Il est nécessaire de signaler que le ministre de l'écologie et de l'environnement a présenté le 6 octobre 2003 un plan de lutte contre le bruit et les nuisances sonores. Ce plan s'établira selon trois axes principaux :

Amélioration de l'isolation des logements les plus exposés au bruit. En ce sens, la taxe prélevée sur les compagnies aériennes au titre des nuisances sonores sera (à partir du 1er janvier 2004) intégralement affectée au financement des isolations des habitations voisines des aéroports.

Information et sensibilisation du public contre le bruit au quotidien.

Préparation de l'avenir, ce dernier axe visant au développement de nouveaux matériaux ou de nouvelles technologies susceptibles de réduire les émissions sonores.

Enfin, pour conclure, signalons que le président Jacques Chirac insiste aujourd'hui pour que la constitution française soit révisée de manière à y inclure une Charte de l'environnement. La Charte est actuellement discuté par les deux assemblées parlementaires. En bref, ce texte attribue à toute personne le droit de vivre dans un environnement équilibré et favorable à sa santé, et introduit également certaines notions telles que le développement durable ou encore le principe de précaution.

Article 38. Protection des consommateurs

En ce domaine, les autorités françaises ont surtout agi pour transposer des directives de droit communautaire. Un arrêté ministériel du 10 avril 2003 est intervenu concernant l'information sur la consommation des carburants et les émissions de dioxyde de carbone des voitures particulières neuves. Cet acte vise à transposer la directive 99/94/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999. La France a cependant été condamnée par la Cour de justice des Communautés Européennes le 19 juin 2003 (C-161/02) pour non-communication à la Cour des mesures de transposition.

CHAPITRE V : CITOYENNETÉ

Article 39. Droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen

La loi n° 2003-327 du 11 avril 2003 relative à l'élection des conseillers régionaux et des membres du Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques¹⁷³ a modifié les circonscriptions pour l'élection des représentants au Parlement de Strasbourg. En effet, la circonscription unique disparaît au profit de huit circonscriptions de dimension plurirégionales dans le but de rapprocher les élus des citoyens. En revanche, le mode de scrutin reste inchangé. La loi modifie également le régime des incompatibilités liées au mandat de parlementaire européen pour l'aligner sur celui des parlementaires nationaux : désormais, le député européen ne peut cumuler son mandat avec celui de Président de Conseil régional, de Président de Conseil général ou de maire.

¹⁷³ JO 12 avril 2003.

Article 40. Droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales*Législation, réglementation et jurisprudence nationales*

La France n'est pas signataire de la Convention du Conseil de l'Europe sur la participation des étrangers à la vie publique au niveau local, du 5 février 1992 (S.T.E., n°144).

La directive 94/80/CE du 19 décembre 1994 a été transposée par la loi organique n° 98-404 du 25 mai 1998.

Pratiques des autorités nationales

Au cours de la période sous examen, n'ont pas été organisées d'élections municipales.

Article 41. Droit à une bonne administration

Pas d'évolution notable.

Article 42. Droit d'accès aux documents

Pas d'évolution notable.

Article 43. Médiateur

Pas d'évolution notable.

Article 44. Droit de pétition

Pas d'évolution notable.

Article 45. Liberté de circulation et de séjour*Législation, réglementation et jurisprudence nationales*

Deux textes législatifs retiendront notre attention ici. Il s'agit, d'une part, de la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité. Il serait faux de dire que ces lois renforcent de manière systématique la répression et les pouvoirs de la police et qu'elles font la place trop belle aux aspirations sécuritaires de la population française, même se cela se confirme bien souvent. Elles contiennent néanmoins de notables avancées pour la protection des personnes. Les dispositions de la loi pour la sécurité intérieure relative à la lutte contre la traite des êtres humains sont à l'évidence fondées sur la nécessité de protéger la dignité de la personne humaine. Il en est de même des mesures relatives au sort des prostitué(e)s, qui développent l'action sociale pour les sortir des réseaux de proxénètes. La mise en place des fichiers de police permettant le contrôle des dispositions réprimant le trafic d'êtres humains ou le dispositif sanctionnant l'homophobie témoigne également de ce souci protecteur. La suppression de la double peine prévue par la loi sur la maîtrise de l'immigration également. Néanmoins, certaines des mesures prises par le législateur sont « à la limite » de leur conformité à la Convention européenne des droits de l'homme et les risques d'une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas à exclure.

En tout cas, elles fragilisent très certainement la situation des étrangers en situation irrégulière et des populations en situation précaire (mendiants, prostitué(e)s)....

La loi sur la maîtrise de l'immigration:

Rappelons que la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH, organe institué auprès du 1^{er} ministre et rassemblant des représentants d'associations et de l'administration) avait sévèrement critiqué le projet de loi présenté par le Gouvernement, en soulignant les « risques d'arbitraire » et de précarisation des étrangers. Elle notait une « tendance générale à accroître le rôle de la police et de l'administration par rapport au juge » et concluait qu'« on ne saurait borner la politique d'immigration à sa seule dimension policière »¹⁷⁴.

Les débats sur le projet ont contraint le législateur à rectifier le projet pour prendre en considération certaines de ces critiques. Ainsi le législateur a-t-il supprimé l'obligation pour les ressortissants communautaires d'avoir un titre de séjour en France lorsqu'il souhaite séjourner plus de trois mois sur le territoire sauf s'il souhaite exercer une activité économique¹⁷⁵.

En revanche, la loi transpose le système de protection temporaire institué par l'UE en cas de crise internationale entraînant un afflux massif de réfugiés. La loi précise de plus que la première carte de résident est délivrée après cinq ans de résidence sur le sol français et « l'intégration républicaine de l'étranger dans la société française, appréciée en particulier au regard de sa connaissance suffisante de la langue française et des principes qui régissent la République française ».

Elle réforme la législation relative aux mesures d'expulsion et à la peine complémentaire d'interdiction du territoire français susceptible d'être infligée aux étrangers pour un certain nombre de crimes et délits : cette dernière peine peut désormais seulement être prononcée à l'encontre des étrangers qui n'ont pas de liens personnels ou familiaux avec la France mais des garanties sont instaurées pour des étrangers qui ont des liens avec la France (sans pouvoir être regardés comme ayant construit toute leur vie personnelle en France)¹⁷⁶. La loi répond ainsi aux demandes des ONG, la Cimade et le GISTI par exemple, qui souhaitaient la disparition de la double peine.

La loi crée quatre catégories de protections quasi absolues contre l'expulsion ou la peine d'interdiction du territoire qui ne cèdent qu'en cas de terrorisme ou d'atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation et de l'Etat : l'étranger qui réside en France depuis l'âge de ses treize ans, l'étranger résidant régulièrement en France depuis au moins vingt ans, l'étranger non polygame qui réside en France régulièrement depuis au moins dix ans et qui, soit est marié à un ressortissant français ou à un étranger résidant depuis vingt ans au moins, soit est parent d'un enfant français résidant en France à condition qu'il exerce une part d'autorité parentale et qu'il subvienne aux besoins de l'enfant.

Il est également créé un fichier des empreintes digitales des demandeurs de visas, qui pose la question de sa conciliation avec la liberté de circulation des nationaux d'Etats tiers résidant légalement sur le territoire d'un Etat membre ; les conditions d'accueil dans les zones d'attente sont améliorées, un contrôle des attestations d'accueil est mis en place qui implique le maire de la commune où vit l'étranger ; les sanctions administratives ou pénales contre les passeurs et les transporteurs sont renforcées, le dispositif de lutte contre les mariages et les reconnaissances de paternité de complaisance, et contre la fraude à l'état civil étranger est amélioré. Les procédures d'éloignement des étrangers en situation irrégulière sont réformées

¹⁷⁴ Voir Le Monde, 17 mai 2003.

¹⁷⁵ Article 6 de la loi.

¹⁷⁶ Voir le commentaire sous l'article 49 de ce Rapport.

pour prévoir notamment leur réexamen systématique tous les cinq ans à compter de la date de leur adoption¹⁷⁷.

La loi pour la sécurité intérieure:

L'autre texte législatif important est la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure¹⁷⁸. Celle-ci permet la délivrance d'une autorisation de séjour à l'étranger qui porte plainte contre une personne qu'il accuse d'avoir commis à son encontre la traite des êtres humains ou le proxénétisme sous réserve que sa présence sur le territoire français ne constitue pas une menace pour l'ordre public. Cette autorisation lui permet de travailler. En cas de condamnation définitive de la personne mise en cause, la personne ayant déposé plainte ou ayant témoigné peut se voir délivrer une carte de résident, valable dix ans et renouvelable. Il s'agit ici d'encourager les prostitué(e)s à dénoncer leur proxénète et à leur garantir une carte de séjour et du travail sur le territoire français pour se sortir de la prostitution et leur permettre de s'insérer dans la société.

Cette même loi contient également un nouveau cas de retrait de la carte de séjour temporaire¹⁷⁹ qui a été fortement critiqué comme étant attentatoire aux droits fondamentaux. Ainsi, l'étranger passible de poursuites pénales pour traite des êtres humains, proxénétisme, racolage, exploitation de la mendicité d'autrui ou demande de fonds sous contrainte peut se voir retirer sa carte de séjour temporaire. Le Conseil constitutionnel¹⁸⁰ a considéré que « eu égard à la nature des infractions visées, qui portent toutes préjudice à l'ordre public, il était loisible au législateur de permettre le retrait de la carte de séjour temporaire des personnes passibles de poursuites de ce chef ». Il précise que par personnes passibles de poursuites pénales, il faut entendre les seuls étrangers ayant commis les faits qui les exposent à l'une des condamnations visées par la loi. Estimant que le retrait n'est pas une sanction mais une mesure de police, le Conseil décide que, dès lors que l'intéressé aura été mis en mesure de présenter ses observations dans les conditions du droit commun, ni le principe de la présomption d'innocence ni celui des droits de la défense ne peuvent être invoqués, sous réserve que l'autorité compétente prenne en considération le droit de chacun à mener une vie familiale normale¹⁸¹.

La jurisprudence:

Si l'on examine maintenant la jurisprudence, plusieurs décisions des juridictions administratives peuvent être relevées. Ainsi, comme on a déjà eu l'occasion de le constater, le Conseil d'Etat a opéré un revirement de jurisprudence quant à l'intensité de son contrôle sur le refus de délivrance d'une carte de séjour temporaire à un étranger qui devrait en bénéficier de plein droit¹⁸². La Haute juridiction abandonne le contrôle restreint et opère désormais un contrôle normal : en l'espèce, M. Bouhsane remplissait la condition relative à la durée de séjour nécessaire à l'obtention de la carte mais le Préfet, représentant de l'Etat lui refusa la délivrance au motif qu'il constituait une menace pour l'ordre public. Grâce à un revirement de jurisprudence, le Conseil d'Etat contrôle désormais « si les faits qu'elle [l'administration] invoque à cet égard sont de nature à justifier légalement sa décision ». En l'espèce, il considère que le requérant constituait bien une menace pour l'ordre public.

¹⁷⁷ D'autres dispositions ont été censurées par le Conseil constitutionnel dans une décision¹⁷⁷ du 20 novembre 2003. A ainsi été déclarée inconstitutionnelle la disposition qui prévoyait la prise en charge par l'hébergeant des frais de rapatriement de l'étranger si celui-ci n'y pourvoyait pas, pour rupture de l'égalité des citoyens devant les charges publiques. De même, certaines dispositions visant à lutter contre les mariages blancs sont censurées au nom de la liberté du mariage (cf supra).

¹⁷⁸ JO 19 mars 2003, p.4761.

¹⁷⁹ Voir le nouvel article 12 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 *relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*.

¹⁸⁰ Décision 2003-467 DC du 13 mars 2003, JO 19 mars 2003, p. 4789.

¹⁸¹ Considérants 81 à 87.

¹⁸² CE, 17 octobre 2003, *M. Bouhsane*, n° 24918.

Dans un autre arrêt du 23 avril 2003¹⁸³, le Conseil d'Etat se prononce sur le fond d'une affaire qui l'a amené à poser une question préjudicielle à la CJCE. Cette dernière¹⁸⁴ a indiqué qu'il est possible pour un Etat membre de prononcer, à l'égard d'un travailleur migrant ressortissant d'un autre Etat membre, des mesures de police administrative limitant le droit de séjour de ce travailleur à une partie seulement du territoire national, à condition que des mesures d'ordre public ou de sécurité publique fondées sur un comportement individuel le justifient et que le principe de proportionnalité soit respecté¹⁸⁵. En l'espèce, le Conseil d'Etat considère que la mesure du ministre de l'Intérieur (l'interdiction d'une partie du territoire national la plus proche de l'Espagne), visant un individu condamné pour association de malfaiteurs ayant pour but de troubler l'ordre public par l'intimidation ou la terreur et qui continue à entretenir des rapports avec l'organisation terroriste ETA, est proportionnée et par conséquent justifiée. Enfin, la Cour administrative d'appel de Marseille¹⁸⁶ juge fondée la décision d'expulsion du territoire français du requérant, auteur de faits d'agression sexuelle, dans la mesure où les effets de la décision attaquée, malgré leur étendue géographique et leur caractère définitif, ne sont, compte tenu des faits qui lui sont reprochés et des circonstances dans lesquels ils ont été commis, pas disproportionnés aux buts en vue desquels la mesure a été prise.

Pratiques des autorités nationales

Le Ministre de l'Intérieur, M. Sarkozy, souhaite autoriser l'accès des zones d'attente où sont maintenus les étrangers non admis sur le territoire aux organisations non gouvernementales de manière permanente. De même, une permanence médicale constante devrait être organisée¹⁸⁷.

D'autre part, la presse s'est fait l'écho d'une pratique du ministère de l'Intérieur permettant d'expulser des Roms se trouvant en situation régulière sur le territoire français¹⁸⁸. Cette pratique se fonde sur l'article 5-1-c de la Convention de Schengen qui prévoit que pour un séjour de moins de trois mois, l'admission dans l'espace Schengen « peut être accordée à l'étranger (...) [qui dispose] des moyens de subsistance suffisants, tant pour la durée du séjour envisagé que pour le retour dans le pays de provenance (...) ». Ne justifiant souvent pas de ressources suffisantes, les Roms se voient alors délivrés des arrêtés de reconduite à la frontière. Or, d'après la Convention de Schengen, le contrôle des étrangers doit se faire à l'entrée dans l'espace du même nom. Une fois entrés, ceux-ci ne peuvent plus faire l'objet d'un second contrôle.

Motifs de préoccupation

En ce qui concerne la loi du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, notre motif de préoccupation porte surtout sur l'interprétation qu'en auront les autorités chargées de l'appliquer. Nous pensons en particulier à l'interprétation des règles concernant la délivrance de la première carte de résident et à la mise en œuvre des contrôles des attestations d'accueil par les maires. A n'en pas douter les juridictions administratives seront amenées à connaître de cas litigieux. La vigilance reste de mise.

¹⁸³ CE, *Ministre de l'Intérieur contre Oteiza Y*, n°206913.

¹⁸⁴ CJCE, 26 novembre, *Aitor Oteiza Olazabal*, C-100/01.

¹⁸⁵ C'est-à-dire d'une part, qu'en l'absence d'une possibilité d'interdiction partielle du territoire, seule une mesure d'interdiction totale du territoire peut être prise et d'autre part, que le comportement répréhensible, lorsqu'il est le fait de ressortissants de l'Etat, donne lieu à des mesures répressives ou à d'autres mesures réelles et effectives destinées à le combattre.

¹⁸⁶ CAA Marseille, 28 mai 2003, *Miguel Cincunegui Iruetagoiena contre Ministre de l'Intérieur*, n°99MA02010.

¹⁸⁷ Voir *Le Monde*, 17 mars 2003.

¹⁸⁸ Voir *Le Monde*, 13 mai 2003, p. 12.

Article 46. Protection diplomatique et consulaire

Une coopération consulaire franco-allemande pour la protection européenne en pays tiers a été mise en place en janvier 2002. Elle prévoit entre autre une prise en charge des détenus et une participation réciproque aux réunions consulaires. Elle a été renforcée en juin 2003 et ont été définis plusieurs projets pilotes (organisation de visites aux détenus au Maroc, au Venezuela, au Pakistan et en Bosnie ; élaboration de plans communs au Nicaragua et en Iran). Par ailleurs, les chefs de postes consulaires des Etats de l'Union européenne ont pris l'habitude de se réunir lorsqu'une crise est susceptible d'éclater dans le pays de résidence (ce fut le cas à La Paz en Bolivie les 15 et 16 octobre 2003 entre Ambassadeurs de l'UE).

CHAPITRE VI : JUSTICE

Article 47. Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial

Jurisprudence internationale et observations d'organes internationaux de contrôle

-En matière pénale, la Cour EDH a remis en cause plusieurs aspects du déroulement du procès devant les juridictions françaises. Ainsi, au titre de l'article 6, elle condamne, conformément à une jurisprudence maintenant traditionnelle, la France pour défaut de communication des conclusions de l'avocat général près la Cour de cassation aux requérants qui n'étaient pas représentés par des avocats spécialisés¹⁸⁹.

La non-communication aux parties du rapport du conseiller-rapporteur place celles-ci dans une position défavorable par rapport aux avocats généraux qui ont en ont communication et est donc sanctionnée¹⁹⁰. Il ne suffit pas que le sens de l'avis du conseiller-rapporteur soit communiqué ; c'est l'intégralité de la première partie du rapport portant sur l'exposé des faits, de la procédure et des moyens de cassation qui doit être transmis. La Cour sanctionne aussi la présence des avocats généraux lors du délibéré même si la Cour note que cette pratique a cessé depuis octobre 2001¹⁹¹. En effet, la Cour de cassation a décidé d'interdire aux avocats généraux d'assister au délibéré et ceux-ci n'ont plus communication du rapport établi par le conseiller-rapporteur.

Dans une affaire *Rachdad c. France*¹⁹², la Cour condamne la France sur le fondement des paragraphes 1 et 3d) de l'article 6 dans le cas d'un individu condamné sur le fondement exclusif de déclarations de témoins qu'il n'a pu, à aucun moment de la procédure, interroger ou faire interroger.

Le non-respect de la durée raisonnable dans des procédures pénales est également cause de condamnations de la France¹⁹³.

¹⁸⁹ Cour EDH, 23 janvier 2003, *Richen et Gaucher c. France* (n^{os} 31520 et 34359/97) ; 8 juillet 2003, *Fontaine et Bertin c. France* (n^{os} 38410/97 et 40373/98) ; 7 octobre 2003, *Duriez-Costes c. France* (n^o 50638/99) ; 9 octobre 2003, *Gaucher c. France* (n^o 51406/99).

¹⁹⁰ Cour EDH, 7 janvier 2003 *Mac Gee c. France* (n^o 46802/99) ; 26 juin 2003 *Pascolini c. France* (n^o 45019/98) ; 8 juillet 2003 *Fontaine et Bertin c. France* (n^{os} 38410/97 et 40373/98) ; 14 octobre 2003 *Lilly France c. France* (n^o 53892/00) ; 27 novembre 2003 *Slimane-Kaïd c. France* (n^o 2) (requête n^o 48943/99) (qui vise aussi le défaut de transmission du projet d'arrêt).

¹⁹¹ Cour EDH, 8 juillet 2003 *Fontaine et Bertin c. France* (n^{os} 38410/97 et 40373/98) ; 27 novembre 2003 *Slimane-Kaïd c. France* (n^o 2) (n^o 48943/99).

¹⁹² Cour EDH, 13 novembre 2003, (n^o 71846/01).

¹⁹³ Cour EDH, 29 avril 2003, *Barrillot c. France* (n^o 49533/99) et *Rablat c. France* (n^o 49285/99) ; 3 juin 2003, *Benmeziane c. France* (n^o 51803/99) ; 22 juillet 2003, *Coste c. France* (n^o 50632/99) ; 30

En matière civile, on retrouve des cas où sont sanctionnés des non-respects du caractère raisonnable des procédures¹⁹⁴. Pour juger du caractère raisonnable de la durée d'une procédure civile, la Cour EDH n'hésite pas à prendre en compte la phase antérieure à la saisine du juge et qui est imposée au requérant. En l'espèce¹⁹⁵, la violation du délai raisonnable est due non pas à la longueur de la procédure judiciaire mais à la longueur de la procédure devant les organes non juridictionnels intervenant avant le juge.

Dans plusieurs affaires¹⁹⁶ (bien souvent les mêmes), la France est également condamnée au titre de l'article 13 pour l'absence en droit interne au moment de l'introduction des requêtes d'un recours effectif permettant aux requérants de faire valoir leur grief tiré de la durée de la procédure. Cependant, depuis lors, les deux Hautes juridictions françaises mettent en action beaucoup plus souvent la responsabilité de l'Etat du fait du service public de la justice (du fait de l'abandon de l'exigence d'une faute lourde et le passage à une faute simple), ce qui répond à l'exigence de la Cour EDH.

Dans un arrêt *Bayle c. France*¹⁹⁷, la France a été condamnée pour l'application dans un cas d'espèce de l'article 1009-1 du nouveau code de procédure civile. Celui-ci prévoit qu'un pourvoi peut être radié du rôle de la Cour de cassation si la condamnation prononcée par la juridiction d'appel n'a pas été exécutée. Il est à préciser que ce n'est pas la conformité de cet article à la Convention qui est en cause - la Cour EDH l'ayant déjà jugé compatible¹⁹⁸ - mais bien son application dans le cas d'espèce. La Cour relève que M^{me} Bayle était dans l'impossibilité de payer l'intégralité des sommes en cause, mais qu'elle a toutefois démontré sa volonté d'exécuter ladite condamnation et a procédé à une exécution partielle substantielle. Par ailleurs, eu égard à la jurisprudence de la Cour de cassation sur ce point, le pourvoi de M^{me} Bayle présentait des chances de succès. Dès lors, la Cour estime que la radiation du recours de l'intéressée était une mesure disproportionnée ayant entravé l'accès effectif de la requérante à la Cour de cassation.

La France a également été condamnée pour non respect de l'article 6§1 et du droit d'accès effectif à un tribunal dans une affaire où le requérant bénéficiant de l'aide juridictionnelle voulait s'opposer à un de ses anciens avocats. Les trois avocats successivement désignés pour assurer sa défense se sont désistés et pendant ce temps, la décision lui ayant accordé l'aide est devenue caduque. La Cour estime que la juridiction aurait dû lui fournir un avocat pour assurer sa défense¹⁹⁹.

Dans un arrêt *Chevrol c. France*²⁰⁰, la Cour EDH a condamné, sur le fondement du droit d'accès à un tribunal, le système du renvoi préjudiciel au Ministre des Affaires étrangères, en appréciation de la condition de réciprocité posée par l'article 55 de la Constitution (visant les

septembre 2003, *Beladina c. France* (n° 49627/99) ; 27 novembre 2003, *Slimane-Kaïd c. France* (n° 2) (n° 48943/99).

¹⁹⁴ Cour EDH, 7 janvier 2003 *Laidin c. France* (n° 39282/98) et *C.D. c. France* (n° 42405/98) ; 29 avril 2003 *Loyen et autres c. France* (n° 55926/00) ; 8 avril 2003 *Mocie c. France* (n° 46096/99) ; 25 mai 2003, *Sanglier c. France* (n° 50342/99) ; 17 juin 2003 *Asnar c. France* (n° 57030/00) , *Lutz c. France* (n° 49531/99) , *SCI Boumois c. France* (n° 55007/00) et *Seidel c. France* (n° 60955/00) ; 24 juin 2003 *Bouilly c. France* (requête n° 57115/00) ; 15 juillet 2003 *Granata c. France* (n°2) (n° 51434/99) .

¹⁹⁵ CEDH, 29 juillet 2003, *Santoni c. France*, 49580/99.

¹⁹⁶ Cour EDH, 7 janvier 2003 *Laidin c. France* (n° 39282/98) et *C.D. c. France* (n° 42405/98) ; 29 avril 2003 *Loyen et autres c. France* (n° 55926/00) ; 17 juin 2003, *Lutz c. France* (n° 49531/99) et *SCI Boumois c. France* (n° 55007/00) et *Seidel c. France* (n° 60955/00) ; 24 juin 2003 ; *Bouilly c. France* (requête n° 57115/00) ; 15 juillet 2003 *Granata c. France* (n°2) (n° 51434/99) et *Mouesca c. France* (n° 52189/99).

¹⁹⁷ Cour EDH, 25 septembre 2003 (n° 45840/99).

¹⁹⁸ Cour EDH, 14 novembre 2000, *Annoni di Gussola et autres c. France* ; Cour EDH, 31 juillet 2001, *Mortier c. France*.

¹⁹⁹ Cour EDH, 13 février 2003, *Bertuzzi c. France* (n° 36378/97).

²⁰⁰ Cour EDH, 13 février 2003 (n°49636/99).

traités internationaux), tel qu'il est exercé par le Conseil d'Etat²⁰¹. La Cour déclare qu' « en se fondant exclusivement sur l'avis préjudiciel du ministre des Affaires étrangères et en se considérant comme lié par lui [le Conseil d'Etat] s'est privé volontairement de la compétence lui permettant d'examiner et de prendre en compte des éléments de fait qui pourraient être cruciaux pour le règlement in concreto du litige qui lui était soumis » (§82). Ainsi, la saisine du Ministre n'est pas sur le principe condamnée. Mais l'avis rendu par l'autorité exécutive, non susceptible de recours, ne doit avoir qu'un caractère consultatif et être soumis au contradictoire. L'avis obligatoire du ministre était d'ores et déjà abandonné par la Haute juridiction administrative en ce qui concerne l'interprétation d'une convention internationale²⁰².

Par ailleurs, la Cour EDH a remis en cause, dans un arrêt *Yvon c. France*²⁰³, le rôle et la place du commissaire du gouvernement devant les juridictions de l'expropriation, personnage du procès institué par un décret du 11 octobre 1966. En effet, celui-ci, à la fois expert et partie au procès, occupe une position dominante dans la procédure et influence de manière non négligeable le pouvoir d'appréciation du juge dans la fixation des indemnités d'expropriation. Les forces en présence sont inégales puisque le commissaire du gouvernement, fonction occupée par le Directeur des services fiscaux du département dans lequel la juridiction a son siège, a notamment un accès privilégié par rapport à l'exproprié, au fichier des mutations immobilières. Le principe de l'égalité des armes n'étant pas respecté, la France est condamnée. La Cour de cassation s'est immédiatement rangée à l'interprétation de la Cour²⁰⁴.

En revanche, la Cour EDH a jugé inapplicable l'article 6§1 de la Convention à la procédure d'aide juridictionnelle²⁰⁵. Le requérant, en l'espèce, se plaignait d'un défaut d'impartialité de la procédure puisque le même magistrat avait présidé le bureau d'aide juridictionnelle puis statué sur le recours intenté contre le refus de cette aide. La Cour relève notamment que l'assistance d'un avocat n'était pas obligatoire dans la procédure pour laquelle l'aide juridictionnelle était demandée et que dès lors, l'intérêt de la justice n'exige pas que l'accusé dispose gratuitement d'un avocat. Il semble que ce soit ce point qui est motivé le refus de la Cour d'appliquer l'article 6§1.

Législation, réglementation et jurisprudence nationales

En ce qui concerne les nouveaux juges de proximité dont la création a soulevé des protestations ou du scepticisme, le Conseil constitutionnel, à l'occasion de son contrôle de la Loi organique relative aux juges de proximité²⁰⁶, accepte la création de telles juridictions, dont les membres ne sont pas des magistrats de carrière, sous réserve que les matières qui leur sont dévolues ne soient qu'une part limitée de celles dont s'occupent les magistrats professionnels et que des garanties statutaires appropriées soient adoptées. Il a censuré une disposition qui permettait le recrutement de personnes n'ayant ni formation ni expérience juridique²⁰⁷. Il a également insisté sur le rôle du Conseil supérieur de la magistrature dans le contrôle strict de l'aptitude des candidats qui sont nommés pour une durée de sept ans non renouvelable. A ce propos, le décret n° 2003-438 du 15 mai 2003²⁰⁸ précise que les candidats suivent une formation de cinq jours à l'Ecole nationale de la magistrature puis un stage en juridiction de seize jours qui peut être réduit par le Conseil supérieur de la magistrature pour tenir compte

²⁰¹ En l'espèce, CE, Ass, 9 avril 1999, *Mme Chevrol-Benkeddach*, n° 180277.

²⁰² CE, Ass, 29 juin 1990, *GISTI*, Lebon p. 170.

²⁰³ Cour EDH, 24 avril 2003, *Yvon c. France*, 44962/98.

²⁰⁴ Cass, 3^e civ., 2 juillet 2003, *Monzerian c. Département de la Drôme*.

²⁰⁵ Cour EDH, 12 juin 2003, *Gutfreund c. France*, n°45681/99.

²⁰⁶ Loi organique n° 2003-153 du 26 février 2003, JO 27 février 2003, p. 3479 ; Décision n° 2003-466 DC du 20 février 2003, JO 27 février 2003, p. 3480.

²⁰⁷ La loi visait les personnes justifiant de 25 ans d'expérience dans les fonctions d'encadrement dans le domaine administratif, économique ou social.

²⁰⁸ JO 17 mai 2003, p. 8488.

de l'expérience professionnelle du candidat. Ils ont ensuite une formation continue de dix jours. Les critiques sur ces nouveaux juges semblent s'être apaisées au vu des premiers candidats. Le décret n° 2003-542 du 23 juin 2003²⁰⁹ vient notamment déterminer les règles d'organisation et de fonctionnement de cette juridiction de proximité et étend en particulier le bénéfice de l'aide juridictionnelle aux demandes formées devant le juge de proximité.

Par ailleurs, le décret n° 2003-455 du 16 mai 2003²¹⁰ introduit la possibilité pour un témoin, de déposer de manière anonyme ou de faire une déclaration d'adresse dans un commissariat ou une brigade de gendarmerie afin de préserver son adresse personnelle.

De nombreuses décisions de justice peuvent être relevées en ce qui concerne le droit à un recours effectif et à un tribunal impartial. Beaucoup d'entre elles ont trait au principe d'impartialité, appliqué de plus en plus largement par les juridictions françaises, sous l'influence de la Cour EDH. Le moyen tiré du non-respect du principe d'impartialité est un moyen d'ordre public qui doit être relevé d'office par le juge d'appel et qui peut être invoqué pour la première fois en cassation²¹¹. En l'espèce, le Conseil d'Etat va réinterpréter la loi au regard des principes d'équité du procès et d'impartialité et déclarer que la loi devait être interprétée comme n'imposant pas, au sein d'un conseil régional de l'ordre des pharmaciens siégeant en matière disciplinaire, la présence du pharmacien-inspecteur régional dans le cas particulier où la plainte émane de son supérieur hiérarchique. Sous couvert de réinterprétation, le Conseil d'Etat va très loin puisqu'il réécrit les dispositions textuelles. Toujours en matière disciplinaire, le principe d'impartialité permet d'annuler une décision de la section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins dans laquelle deux juges avaient déjà siégé à la section des assurances sociales pour les mêmes faits²¹².

Le Conseil d'Etat, toujours à la lumière du principe d'impartialité, a mis en cause la composition de juridictions administratives spécialisées à savoir les commissions départementales des travailleurs handicapés²¹³ (CDTH) et la Commission centrale d'aide sociale²¹⁴ (CCAS). Examinant l'origine des membres de celles-ci, il déclare que la présence de fonctionnaires parmi les membres ne peut, par elle-même, être de nature à faire naître un doute objectivement justifié sur l'impartialité de la commission mais qu'il peut en aller autrement lorsque, sans des garanties appropriées assurant son indépendance, un fonctionnaire est appelé à siéger dans une juridiction en raison de ses fonctions et que celles-ci le font participer à l'activité des services en charge des questions soumises à la juridiction. Dès lors, la participation aux délibérations des CDTH du directeur régional du travail et de l'emploi qui est notamment chargé de mettre en œuvre localement la politique de l'emploi des personnes handicapées et dont les services participent au fonctionnement des COTOREP (commissions chargées du reclassement professionnel), est de nature à entacher d'irrégularité les décisions de la commission dans laquelle il siège. De même lorsque la CCAS statue sur des litiges portant sur des prestations d'aide sociale relevant de l'Etat, elle ne peut comprendre, parmi les membres appelés à siéger (le rapporteur inclus), de fonctionnaires exerçant leur activité au sein du service ou de la direction en charge de l'aide sociale au ministère des Affaires sociales.

La Cour administrative d'appel de Bordeaux a, elle, considéré qu'un juge des référés « qui a pris position sur la validité des moyens susceptibles de justifier la suspension de l'exécution de la décision administrative litigieuse » ne peut être membre de la formation de jugement de fond²¹⁵. De même, le Conseil d'Etat a annulé un arrêt de la Cour de discipline budgétaire et

²⁰⁹ JO 25 juin 2003, p. 10632.

²¹⁰ JO 23 mai 2003, p. 8818.

²¹¹ CE, 30 juillet 2003, *Mme Chatin-Tsai*, n° 248954.

²¹² CE, 4 octobre 2003, n° 182743.

²¹³ CE, 6 décembre 2002, *M. Aïn-Lhout*, 221319.

²¹⁴ CE, Ass., 6 décembre 2002, *M. Trognon*, 240028.

²¹⁵ CAA Bordeaux, 18 novembre 2003, *M. B.*, n° 02BX00018.

financière (CDBF) rendu par une formation comprenant deux membres de la Cour des comptes qui avaient participé à l'adoption d'un rapport public où était mise en cause la personne qui a ensuite été condamnée devant la CDBF²¹⁶.

Une autre Cour administrative d'appel, celle de Bordeaux a également jugé, dans la lignée de l'arrêt Procola c. Luxembourg de la Cour EDH²¹⁷, qu'un membre de la juridiction, ayant connu une affaire à l'occasion de l'exercice de ses fonctions consultatives en rendant un avis, ne peut plus se prononcer sur l'affaire au contentieux : « l'exigence d'impartialité, appréciée objectivement, faisait obstacle à ce que l'un des membres de la formation de jugement statuant sur cette affaire ou le commissaire du gouvernement appelé à conclure sur celle-ci eût été auparavant membre de la formation collégiale ayant rendu ledit arrêt »²¹⁸.

La Cour administrative d'appel de Nancy a annulé un jugement du Tribunal administratif de Strasbourg parce qu'un des magistrats de la formation de jugement avait auparavant participé à la phase amiable de la procédure et avait de ce fait « pris position sur le bien-fondé de la demande »²¹⁹.

En revanche, la Cour de cassation considère qu'aucun texte légal ou conventionnel n'interdit à un magistrat du ministère public qui ne décide pas du bien-fondé de l'accusation en matière pénale de requérir successivement dans la même affaire devant les cours d'assises statuant en première instance et en appel²²⁰.

D'autres décisions ont eu pour effet d'étendre les compétences du juge. A cet égard, le Conseil d'Etat a étendu le droit au juge en opérant un revirement de jurisprudence et en considérant que l'isolement carcéral imposé n'est plus une mesure d'ordre intérieur et est donc susceptible de recours pour excès de pouvoir²²¹. Cette mesure d'isolement dit administratif est prise par le chef d'établissement pour trois mois maximum mais peut être prolongée par le Directeur régional et au bout d'un an par le seul Ministre de la Justice. Bien que l'article D.283-2 du code de procédure pénale indique qu'il ne s'agit pas d'une mesure disciplinaire, cette mesure aboutit à priver la personne visée de beaucoup d'activités exercées en commun et à limiter les contacts humains. Le Conseil d'Etat revient ainsi sur une jurisprudence où il considérait que l'isolement n'avait pas pour effet d'aggraver les conditions de détention ni la situation juridique du détenu²²². La conséquence est que cette mesure devra être motivée, après avoir été soumise au contradictoire, un avocat pouvant être appelé.

Cependant, cette décision n'entraîne pas la disparition de la catégorie des mesures d'ordre intérieur. En effet, le Conseil d'Etat a estimé (sur conclusions contraires du Commissaire du Gouvernement qui relevait que cette mesure avait les mêmes effets qu'un placement à titre répressif qui, lui, est susceptible de recours) que le placement du détenu en cellule disciplinaire à titre préventif, en ce qu'elle n'est destinée qu'à préserver l'ordre intérieur dans l'établissement de détention, ne peut faire l'objet de recours pour excès de pouvoir²²³.

²¹⁶ CE, Ass., 4 juillet 2003, 234353.

²¹⁷ Cour EDH, 28 septembre 1995.

²¹⁸ CAA Bordeaux, 4 mars 2003, *Département des Deux-Sèvres*, n° 00BX01170 et 00BX02417.

²¹⁹ CAA Nancy, 5 décembre 2002, *M. Pruykemaker*, n° 99NC01482.

²²⁰ Cass, crim., 21 mai 2003, 02-87.150.

²²¹ CE, 30 juillet 2003, *Ministre de la Justice c. M. Remli*, Req n° 252712. Voir également CAA Paris, *Ghellam*, 10 mars 2003, n° 02PA03398.

²²² CE, 28 février 1996, *Fauqueux*, Lebon, p. 52. Il est à rappeler que le Comité de prévention de la torture considère que l'isolement peut constituer un traitement inhumain et dégradant. Voir les rapports sur sa visite en France du 27 octobre au 8 novembre 1991, p. 53 et sur celle du 14 mai au 26 mai 2000, p. 52.

²²³ CE, 12 mars 2003, *Ministre de la Justice c. Frérot*, n° 237437.

Rappelons en outre le revirement de jurisprudence du Conseil d'Etat, examiné sous l'article 45 du présent rapport, qui consiste à abandonner son contrôle restreint pour passer à un contrôle normal en ce qui concerne les refus de délivrance de carte de séjour temporaire²²⁴.

A l'inverse, le Conseil d'Etat s'est déclaré incompétent pour connaître des litiges relatifs au régime des pensions des parlementaires au motif que celui-ci fait partie du statut des parlementaires et se rattache à l'exercice de la souveraineté nationale par les membres du Parlement dont il n'appartient pas au juge administratif de connaître²²⁵. Il semble que cette décision soit en contradiction avec la jurisprudence de la Cour EDH²²⁶.

Dans le même temps, la Cour de cassation a accepté l'intervention du législateur dans un litige en cours. En effet, selon la Haute juridiction, si le principe de prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 de la Convention EDH s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice afin d'influer sur le dénouement judiciaire des litiges, elle a considéré que l'intervention du législateur par l'article 29 de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000, destinée à aménager les effets d'une nouvelle jurisprudence de nature à compromettre la pérennité du service public de la santé et de la protection sociale obéit à d'impérieux motifs d'intérêt général²²⁷. En acceptant cette validation législative (contrairement à sa Chambre sociale²²⁸ qui a estimé qu'un intérêt financier ne constitue pas un motif impérieux susceptible de justifier une atteinte au principe de non-ingérence), la Cour entraîne le rejet des réclamations concernant des rappels de salaire, des indemnités de congés payés et des dommages-intérêts. Ces réclamations étaient fondées sur une jurisprudence qui décidait que les heures de permanence de nuit effectuées par des éducateurs dans une chambre dite « de veille » (dans des établissements pour personnes inadaptées ou handicapées) constituaient du temps de travail effectif et ne pouvaient être rémunérées sous le régime d'équivalence. Rappelons que l'exception d'impérieux motifs d'intérêt général est issue de la jurisprudence de la Cour EDH²²⁹.

Les juridictions françaises ont également étendu la responsabilité de l'Etat dans plusieurs cas. Le service public hospitalier est, par exemple, responsable, même en l'absence de faute, des conséquences dommageables pour les usagers de la défaillance des produits et appareils de santé qu'il utilise. C'est un moyen d'ordre public et un nouveau cas de responsabilité sans faute²³⁰.

De même, le Conseil d'Etat reconnaît, pour la quatrième fois de son histoire, la responsabilité de l'Etat du fait d'une loi (loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature) et fait droit à la demande d'indemnisation de pisciculteurs pour les ravages causés à leur exploitation par la prolifération des cormorans, animaux protégés par ladite loi²³¹. L'existence d'un tel préjudice d'un caractère grave et spécial engage la responsabilité sans faute de l'Etat. Jusqu'à présent, le Conseil d'Etat jugeait que l'intérêt général poursuivi par cette loi s'opposait à la responsabilité de l'Etat.

²²⁴ CE, 17 octobre 2003, *M. Bouhsane*, n° 24918.

²²⁵ CE, Ass., 4 juillet 2003, *Papon*.

²²⁶ Cour EDH, 30 janvier 2003, *Cordova c. Italie*.

²²⁷ Cass, Ass. plén., 24 janvier 2003, 2 arrêts, 01-41.757 (*Mme Anger c. Promotion des handicapés dans le Loiret (Assoc.)*) et 01-40.967 (*Baudron c. Fédération des syndicats nationaux d'employeurs des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées*), Cass, Soc., 18 mars 2003, 01-40.911 (*Association pour la réalisation d'actions sociales spécialisées nationale pour la formation professionnelle des adultes c. Guegan*).

²²⁸ Cass, Soc, 24 avril 2001 *Etre enfant au Chesnay c. Terki*.

²²⁹ Cour EDH, 23 octobre 1997, *National and Provincial Building Society c. Royaume-Uni*, Rec. 1997, p.2325.

²³⁰ CE, 9 juillet 2003, *Assistance publique-Hôpitaux de Paris c. Mme M.*, 220437.

²³¹ CE, 30 juillet 2003, *Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre (adarc) et autres*, n° 215957.

D'autres décisions de la Cour de cassation méritent d'être relevées. La Cour de cassation déclare contraire à la Convention EDH la loi du 30 mai 1857 qui subordonne le droit d'agir en justice des sociétés de capitaux étrangères à une autorisation délivrée par décret et déclare que toute personne morale, quelle que soit sa nationalité, a droit au respect de ses biens et à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial²³². La Cour avait déjà eu l'occasion d'écarter cette loi mais ne pouvant l'annuler, cette loi continue à exister dans l'ordre juridique français.

La Chambre criminelle de la Cour de cassation a réinterprété l'article 494, al 1^{er} du Code de procédure pénale à la lumière des articles 6 §§ 1 et 3c) de la Convention EDH. Le Code de procédure pénale exige, dans les procédures d'opposition, la comparution personnelle de l'opposant. Désormais, depuis deux arrêts rendus en 2003 (Cass, crim, 19 février 2003 et 2 septembre 2003), « la comparution exigée (...) s'entend soit de l'opposant lui-même, soit de celle de son avocat ». La Cour de cassation a à cette occasion précisé que « le droit au procès équitable et le droit de tout accusé à l'assistance d'un défenseur s'opposent à ce qu'un prévenu non comparant et non excusé soit jugé sans entendre l'avocat présent à l'audience pour assurer sa défense ».

La Haute juridiction a annulé pour violation notamment de l'article 6§1 de la Convention EDH, un arrêt de Cour d'appel qui, dans une procédure où le ministère public est partie jointe, n'indique pas que ses conclusions ont été mises, le jour de l'audience, à la disposition des parties²³³.

Si le parquet devant la Cour de cassation n'est pas soumis aux délais et formes imposés aux demandeurs, il ne saurait méconnaître le respect dû au délai raisonnable de jugement des affaires pénales. La Cour déclare ainsi irrecevable le mémoire du Procureur général, déposé plus de neuf mois après la date de son pourvoi²³⁴.

La Cour est venue également préciser la portée du principe de l'immunité de juridiction des Etats étrangers. Ceux-ci ainsi que les organismes qui en émanent ne bénéficient de cette protection qu'autant que l'acte qui donne lieu au litige participe par sa nature ou sa finalité à l'exercice de la souveraineté de ces Etats. Ce privilège ne s'étend pas aux actes de « gestion administrative » comme le refus pour l'Etat saoudien de déclarer une enseignante de l'Ecole saoudienne de Paris à un régime français de protection sociale en vue de son affiliation²³⁵.

En revanche, la Cour de cassation a estimé que les garanties de l'article 6§1^{er} de la Convention EDH étaient respectées par la Commission d'instruction de la Cour de Justice de la République²³⁶. Etait en cause l'article 23 de la loi organique du 23 novembre 1993 qui donne à la Commission d'instruction le pouvoir de statuer sur la régularité des actes de l'information qu'elle a conduite. Pour la Cour de cassation, l'article 6§1^{er} est respecté dans la mesure où la Commission d'instruction, quand elle statue sur la régularité de la procédure, se prononce sous le contrôle de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation qui a, en la matière, pleine compétence pour statuer en fait et en droit. Elle suit ainsi la Cour EDH qui observe la procédure dans sa globalité.

Pratiques des autorités nationales

Des statistiques ont été rendues publiques concernant les délais de traitement des affaires devant certaines juridictions.

²³² Cass, com, 8 juillet 2003, 00-21.591, *Banque internationale pour le commerce et l'industrie de la Guinée c. Grégori international (Sté)*.

²³³ Cass, 3^e civ., 8 octobre 2003, *Laurent c. SCI rue Princesse*, 01-14.561.

²³⁴ Cass, crim., 10 décembre 2002, 02-82.540.

²³⁵ Cass, Ch. Mixte, 20 juin 2003, *Mme Soliman c. Ecole saoudienne de Paris et autres*.

²³⁶ Cass, Ass. Plén., 6 juin 2003, *Michel X*.

Ainsi, le Ministre de la Justice, en réponse à la question d'un député, a fourni les statistiques concernant l'état des affaires en stocks, le délai moyen de jugement ainsi que le délai théorique d'élimination des stocks devant les sept cours administratives d'appel²³⁷. Il a estimé qu'il devrait y avoir une augmentation des stocks dans les années à venir car, deux cours mises à part, le volume des affaires traitées est moins important que le volume d'affaires entrantes. Le délai moyen de jugement est compris entre 2 ans et 2 mois, et 3 ans et 2 mois.

Le rapport 2002 de la Cour de cassation nous informe également sur le délai moyen de traitement d'une affaire devant cette juridiction: il s'élève à 717 jours pour une affaire civile et 142 jours pour une affaire pénale, soit une amélioration dans les deux cas par rapport à 2001.

Par ailleurs, la presse s'est faite l'écho du cas d'un réfugié politique tunisien, Salah Karker, accusé par le ministère de l'Intérieur d'être « un soutien actif à un mouvement terroriste présent en France et dans d'autres pays européens » et assigné à résidence dans une chambre d'hôtel loin de sa famille depuis 1993. Il ne peut être expulsé en Tunisie où il est condamné à mort mais dans le même temps, il n'est pas poursuivi pénalement en France. Ces diverses demandes d'abrogation de la demande d'expulsion ont été rejetées²³⁸.

Motifs de préoccupation

Le cas de M. Karker évoqué plus haut appelle un règlement satisfaisant au plus vite : soit des faits justifient des poursuites pénales, soit rien ne peut être retenu contre lui et la demande d'expulsion doit être abrogée. Des considérations politiques ne seraient être suffisantes pour maintenir un statu-quo.

Par ailleurs, il y a de fortes chances pour que la Cour EDH soit amenée à se prononcer sur la validation législative opérée par l'article 29 de la loi du 19 janvier 2000, validation qui a été jugée tour à tour, par deux formations différentes de la Cour de cassation, non-conforme puis conforme à l'article 6§1^{er} de la Convention. Dans ce cas, si l'on se fie à la doctrine, il y aurait quelque risque que la Cour EDH condamne la France pour l'acceptation de cette validation législative par sa Haute juridiction²³⁹, validation qui ne protège qu'un intérêt financier.

Il serait également souhaitable que la loi de 1857 qui soumet à autorisation l'action en justice des sociétés étrangères soit abrogée.

Article 48. Présomption d'innocence et droits de la défense

Législation, réglementation et jurisprudence nationales

La loi du 12 juin 2003²⁴⁰ renforçant la lutte contre la violence routière impose quelques contraintes au contrevenant qui veut contester l'amende forfaitaire qui lui a été imposée. Le but poursuivi est d'empêcher les recours abusifs mais le mécanisme retenu peut être discuté sous l'angle de la présomption d'innocence. En effet, le contrevenant doit, à moins d'identifier le véritable conducteur (en fournissant, en outre, son adresse et la référence de son permis de conduire) ou de fournir la preuve de la destruction ou du vol de son véhicule, verser une consignation préalable d'une somme équivalente au montant de l'amende encourue. Dans le cas où il est condamné par le tribunal, l'amende est obligatoirement augmentée de 10% (article 530-1 du Code de procédure pénale). En parallèle, le décret n° 2003-293 du 31 mars

²³⁷ Voir JO AN Q 24 novembre 2003, p. 9039.

²³⁸ Voir Le Monde, 30 juin 2003, p. 9.

²³⁹ Voir S. Paricard-Pioux, Loi de validation : l'Assemblée plénière se prononce... et ne convainc pas, Dalloz 2003, n° 25, p. 1648.

²⁴⁰ Loi n° 2003-495, JO 12 juin 2003, p 9943, JO 13 juin 2003 p 1943.

2003 a étendu le domaine d'application de l'amende forfaitaire, ce qui réduit d'autant le pouvoir du juge d'individualisation de la sanction : sont désormais concernées la plupart des contraventions du Code de la route, à l'exception de celles de 5^e classe.

Dans un autre domaine, le décret n° 2003-543 du 24 juin 2003 relatif aux Cours administratives d'appel apporte deux principales innovations. Désormais, le ministère d'avocat est obligatoire devant ces cours²⁴¹. Par ailleurs, l'appel ne sera plus possible dans certaines matières où seule la voie de cassation restera ouverte²⁴². On retrouve ainsi un parallélisme avec la juridiction judiciaire.

En ce qui concerne la jurisprudence, le Conseil d'Etat a sanctionné l'arrêté du 24 avril 2001 concernant les droits des étrangers placés en rétention administrative qui ne prévoyait pas que les avocats et interprètes ont un accès à tout moment aux centres de rétention administrative lorsqu'un étranger en formule la demande et qu'un local adapté, équipé notamment d'une ligne téléphonique et d'un télécopieur, y permette la confidentialité des échanges entre les personnes placées en rétention et leurs avocats²⁴³.²⁴⁴

En revanche, le droit à l'assistance d'un avocat « pendant toute la durée du maintien en zone d'attente » n'implique pas que ce dernier soit en permanence sur place²⁴⁵.

Le Conseil d'Etat a également annulé le décret du 19 décembre 1991 incluant l'aide personnalisée au logement dans les ressources prises en compte pour l'octroi de l'aide juridique²⁴⁶. Ce même décret excluait desdites ressources l'allocation de logement familiale. Le Conseil d'Etat considère que les deux allocations « poursuivent des finalités sociales similaires ». Dès lors, le décret visé méconnaît le principe d'égalité en ce qu'il crée « une différence de traitement manifestement disproportionnée par rapport aux différences de situation séparant les demandeurs d'aide juridictionnelle selon qu'ils sont titulaires de l'une ou de l'autre des deux prestations ».

La Cour de cassation confirme son revirement de jurisprudence de 2001²⁴⁷ dans deux arrêts de 2003²⁴⁸ et réaffirme, au visa des articles 6§1 et 6§3 c), que même si le prévenu n'a pas comparu à l'audience et n'a pas présenté d'excuse, son avocat doit être entendu s'il résulte du dossier qu'il était mandaté à cette fin (dans ces espèces, la mention du nom de l'avocat dans la demande d'aide juridictionnelle ou dans les conclusions suffisent à faire présumer l'existence d'un mandat).

Motifs de préoccupation

La loi du 12 juin 2003 analysée ci-dessus poursuit sans aucun doute un but légitime à savoir éviter les recours abusifs. Cependant, la question de sa proportionnalité reste entière étant donné les difficultés créées au propriétaire d'un véhicule pour se dégager de sa responsabilité ou contester l'amende infligée. C'est surtout le fait que les infractions vont être de plus en plus relevées par des appareils automatiques et son corollaire (à savoir l'augmentation probable des infractions constatées) qui justifient ces obstacles dans la contestation de l'amende.

²⁴¹ Nouvel article R. 811-7 du Code de justice administrative. Certaines exceptions subsistent.

²⁴² Article 811-1 du Code de justice administrative.

²⁴³ CE, 30 juillet 2003, 236016.

²⁴⁴ Voir également CE 30 décembre 2002, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris*, n° 234415 (annulation de la décision d'un préfet refusant la demande de l'Ordre des avocats de disposer d'un local adapté).

²⁴⁵ CE, 30 juillet 2003, 247940.

²⁴⁶ CE, 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*, Req. n° 233618.

²⁴⁷ Cass, Ass. plén., 2 mars 2001.

²⁴⁸ Cass, crim., 12 mars 2003, 02-85.112 et 02-85.313. Voir également Cass, crim., 19 février 2003, 01-88.361.

Par ailleurs, le projet de loi sur la criminalité organisée, présenté par le Ministre de la Justice et actuellement discuté par les deux assemblées a soulevé des polémiques et des contestations de la part des magistrats, avocats et des associations de défense des droits de l'homme. Cependant, le texte n'ayant pas été adopté dans une version définitive, nous nous permettons de renvoyer au Rapport 2004 pour sa discussion.

Article 49. Principe de légalité et de proportionnalité des peines

Législation, réglementation et jurisprudence nationales

Nous examinerons ici la réforme de ce que l'on appelle la double peine, sanction qui a longtemps été combattue par les associations de défense des droits de l'homme et des droits des étrangers.

La loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité ne supprime pas la double peine, cette peine consistant en une interdiction du territoire une fois que le délinquant a purgé sa peine de prison²⁴⁹. Seules certaines personnes ne pourront plus se la voir infligée : l'étranger résidant en France depuis l'âge de ses treize ans ou depuis plus de vingt ans ; l'étranger non polygame résidant en France depuis plus de dix ans et qui est marié à un ressortissant depuis plus de trois ans ou qui est parent d'un enfant français mineur résidant en France, à condition qu'il contribue effectivement à l'entretien et à l'éducation de l'enfant²⁵⁰ ; l'étranger qui réside habituellement en France avec un titre de séjour et dont l'état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait avoir des conséquences d'une exceptionnelle gravité. Cependant, si l'étranger se rend coupable de certaines infractions très graves (atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation, actes de terrorisme...), l'interdiction du territoire peut être à nouveau prononcée²⁵¹.

Le principe de légalité des délits et des peines et celui de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère, contenus dans les articles 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 7§1^{er} de la Convention EDH, 111-3 et 112-1 du Code pénal font obstacle, selon la Cour de cassation, à ce que les articles de ce code réprimant les crimes contre l'humanité s'appliquent aux faits commis avant la date de leur entrée en vigueur, le 1^{er} mars 1994²⁵².

Motifs de préoccupation

Il nous semble regrettable de continuer à se référer à la nature de l'infraction pour savoir si l'interdiction du territoire peut être une peine complémentaire. Seule devrait être prise en compte le résultat de la balance entre les liens avec le pays d'origine et le degré d'intégration en France.

²⁴⁹ Qui a frappé 5000 personnes en 2001.

²⁵⁰ Et à condition que les faits à l'origine de la condamnation n'aient pas été commis à l'encontre du conjoint ou de ses enfants.

²⁵¹ Article 131-30-2 nouveau du Code pénal.

²⁵² Cass, crim., 17 juin 2003, *MRAP*, 02-80.719 et 02-84725 et *FIDH*, 02-83986.

Article 50. Droit à ne pas être jugé ou puni deux fois*Législation, réglementation et jurisprudence nationales*

La question s'est posée à propos de la nouvelle infraction de conduite sous l'influence de stupéfiants du nouvel article L 235-1 du Code de la route, issu de la loi du 3 février 2003²⁵³. Il existe déjà en effet un article L. 3421-1 du Code de la santé publique punissant l'usage de stupéfiants. Il semble cependant que le premier texte l'emporte sur le second du fait qu'il constitue une infraction spéciale.

Par ailleurs, on peut relever que le Conseil d'Etat n'a pas accueilli le moyen invoqué par des requérants et tiré de l'incompatibilité de la procédure disciplinaire applicables aux agents de l'Etat avec les stipulations de l'article 4 du Protocole additionnel n° 7 à la Convention EDH. Il considère comme compatible avec ladite Convention la double répression disciplinaire et pénale subi par un agent pour les mêmes faits²⁵⁴.

²⁵³ Loi n° 2003-87 du 3 février 2003 *sanctionnant la conduite sous l'influence de stupéfiants*, JO 4 février 2003, p 2103.

²⁵⁴ CE, 30 juillet 2003, *M. Fernand H.*, n° 232238.