



**RAPPORT DE M. TURBEAUX,
CONSEILLER**

Arrêt n° 486 du 29 mars 2023 (B) – Chambre criminelle

Pourvoi n° 22-83.458

Décision attaquée : cour d'appel de Toulouse du 27 avril 2022

Le procureur général près la cour d'appel de Toulouse

C/

Le procureur général près la cour d'appel de Toulouse a formé un pourvoi contre l'arrêt de ladite cour, en date du 27 avril 2022, qui, dans la procédure suivie contre M. [B] [K], Mme [S] [Z], Mme [E] [I] M. [Y] [O], Mme [P] [W], M. [T] [R], Mme [U] [C] et M. [N] [A], des chefs de vol aggravé, refus de remettre une convention secrète de déchiffrement et refus de soumettre aux opération de relevé signalétique, a prononcé leur relaxe.

1. RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCÉDURE

Le 28 mai 2019, à l'occasion d'un mouvement national de protestation en faveur de la lutte contre les changements climatiques, conduit par l'association ANV COP21, des portraits officiels du président de la République ont été dérobés dans les mairies de [Localité 1], [Localité 2], [Localité 3] et [Localité 4] en Gironde.

Ont été mis en cause M. [B] [K], Mme [S] [Z], Mme [E] [I] M. [Y] [O], Mme [P] [W], M. [T] [R], Mme [U] [C] et M. [N] [A]

Au cours de leur garde à vue, MM. [K], [O], [A] et Mme [I] ont refusé de se soumettre au prélèvement en vue de déterminer leur empreinte génétique ; MM. [O] et [K] ont refusé de remettre le code d'accès à leurs téléphones mobiles; ce dernier a, en outre, refusé de se soumettre aux opérations de relevé signalétique.

Par jugement du 6 décembre 2019, le tribunal correctionnel, après relaxes partielles, a déclaré Mme [Z], Mme [W], M. [R] et Mme [C] coupables de vol en réunion, Mme [I], M. [O] et M. [A] coupables de vol en réunion et refus de se soumettre à un prélèvement biologique, M. [K] coupable de vol en réunion et refus de se soumettre à un prélèvement biologique et un relèvement signalétique.

Le tribunal a ajourné le prononcé des peines en attente de restitution des portraits et cependant ordonné des mesures de confiscation.

Les prévenus et le procureur de la République ont relevé appel.

La cour d'appel de Bordeaux, par arrêt du 16 septembre 2020, a confirmé le jugement sur la culpabilité des prévenus et les a condamnés à des amendes.

Les prévenus ont formé un pourvoi en cassation.

Par arrêt du 22 septembre 2021 (Crim., 22 septembre 2021, pourvoi n°20-85.434, publié au Bulletin), la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la cour de Bordeaux et a renvoyé la cause et les parties devant la cour d'appel de Toulouse.

Par arrêt susvisé du 27 avril 2022, la chambre des appels correctionnels a prononcé la relaxe des prévenus.

*

Le procureur général près la cour d'appel de Toulouse a formé un pourvoi par déclaration faite au greffe de la cour d'appel le 2 mai 2022. Il a déposé un mémoire le 8 juin 2022 au greffe de la Cour de cassation après qu'un délai supplémentaire de quinze jours lui a été accordé pour ce faire par le greffe de la chambre criminelle.

La SCP Sevaux et Mathonnet s'est constituée en défense pour M. [K], Mme [Z], Mme [I] M. [O], Mme [W], M. [R], Mme [C] et M. [A] et a déposé un mémoire commun aux demandeurs.

•

La question est posée, notamment par le mémoire en défense, de la recevabilité du mémoire déposé par le procureur général au greffe de la Cour de cassation le 8 juin 2022 tandis que le pourvoi a été formé le 2 mai.

Selon l'article 584 du code de procédure pénale :

« Le demandeur en cassation, soit en faisant sa déclaration, soit dans les dix jours suivants, peut déposer, au greffe de la juridiction qui a rendu la décision attaquée, un mémoire, signé par lui, contenant ses moyens de cassation. Le greffier lui en délivre reçu. »

L'article 585 du même code prévoit :

« Après l'expiration de ce délai, le demandeur condamné pénalement peut transmettre son mémoire directement au greffe de la Cour de cassation ; les autres parties ne peuvent user du bénéfice de la présente disposition sans le ministère d'un avocat à la Cour de cassation.

Dans tous les cas, le mémoire doit être accompagné d'autant de copies qu'il y a de parties en cause. »

Le ministère public est dispensé de recourir au ministère d'un avocat au Conseil ; la Cour de cassation juge que les dispositions des articles 484 et 485 du code de procédure pénale ne lui sont pas applicables (Crim., 23 janvier 2001, pourvoi n° 00-84.439, Bull. n°17) :

L'article 585-2 du code de procédure pénale, issu de la loi n°2007-291 du 5 mars 2007, énonce :

« Sauf dérogation accordée par le président de la chambre criminelle, le mémoire du ministère public, lorsque ce dernier se pourvoit en cassation, doit parvenir au greffe de la Cour de cassation au plus tard un mois après la date du pourvoi. »

La chambre criminelle retient une application littérale de ce texte, on peut citer le sommaire de la première décision ayant eu à en connaître (Crim., 22 janvier 2008, pourvoi n°07-86.458, Bull. n°16) :

« Aux termes de l'article 585-2 du code de procédure pénale issu de la loi du 5 mars 2007, sauf dérogation accordée par le président de la chambre criminelle, le mémoire du ministère public, lorsque ce dernier se pourvoit en cassation, doit parvenir au greffe de la Cour de cassation au plus tard un mois après la date du pourvoi. »

La jurisprudence est constante à ce propos (Crim., 10 juin 2009, pourvoi n°09-80.617; Crim., 12 avril 2012, pourvoi n°12-80.113 ; en dernier lieu, implicitement Crim., 8 décembre 2021, pourvoi n°21-81.223).

Est irrecevable, comme ne répondant pas aux exigences de l'article 585-2 du code de procédure pénale, le mémoire déposé par le ministère public au greffe de la juridiction qui a statué et non au greffe de la Cour de cassation, où il n'est parvenu que plus d'un mois après la date du pourvoi (Crim., 6 novembre 2012, pourvoi n°12-82.353, Bull. n°237).

Est irrecevable, ne répondant pas aux exigences de l'article 585-2 du code de procédure pénale, le mémoire de l'officier du ministère public reçu au parquet général de la Cour de cassation, par son service pénal, distinct du greffe de ladite Cour en ce qu'il est placé, en application de l'article R. 123-3 du code de l'organisation judiciaire, sous la direction du secrétaire en chef du parquet, moins d'un mois après la date de déclaration de pourvoi, mais transmis par ce service puis reçu au greffe de la chambre criminelle plus d'un mois après cette date, sans qu'une dérogation ait été accordée par le président de ladite chambre (Crim., 13 mars 2018, pourvoi n°17-82.964, Bull. n°44).

Est irrecevable comme tardif le mémoire du ministère public parvenu au greffe de la Cour de cassation le vendredi 11 mai 2012, alors que le pourvoi avait été formé le mercredi 10 avril 2012, dès lors que lorsqu'un délai est exprimé en mois, il expire le jour du dernier mois qui porte le même quantième que le jour de l'acte, de l'événement, de la décision ou de la notification qui fait courir le délai, lequel ne peut être prorogé qu'en application des dispositions de l'article 801 du code de procédure pénale (Crim., 5 février 2013, pourvoi n°12-83.577, Bull. n°36).

*

En l'espèce, est joint au dossier de la procédure un échange de mails, le premier émanant du parquet général de Toulouse, du 2 juin 2022 à 16 h 33 de transmission du pourvoi et de « pièces annexes » dont il est dit que les originaux ont été confiés à une société d'acheminement de courrier dont l'agent n'a pu les déposer à la Cour de cassation, le 2 juin 2022 à 11 h 29, et qui sollicite une dérogation en invoquant l'article 585-2 du code de procédure pénale, le second émanant du greffe criminel de la Cour de cassation et indiquant :

« En vertu de l'article 585-2 du code de procédure pénale je vous informe qu'un délai supplémentaire de quinze jours, jusqu'au 16 juin 2022, vous est accordé pour le dépôt de votre mémoire. »

Contact pris avec les services du greffe, il apparaît qu'aucune demande de dérogation n'a été présentée au président de la chambre criminelle.

Il appartiendra à la Cour de cassation de statuer sur ce point.

2. ANALYSE SUCCINCTE DES MOYENS

Le mémoire présente deux moyens de cassation.

1- le moyen est pris de la violation de l'article 593 du code de procédure pénale.

Il reproche à l'arrêt attaqué d'avoir relaxé les prévenus, alors :

- qu'il ne pouvait être jugé que l'incrimination de vol en réunion constituait en l'espèce une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression des intéressés sans mieux caractériser, d'une part, l'intérêt général allégué par le message exprimé, d'autre part, l'existence d'un lien direct entre le comportement incriminé et la liberté d'expression sur un sujet d'intérêt général ;

- que la cour d'appel a porté une appréciation erronée sur la gravité des agissements constitutifs de l'infraction et l'importance du droit auquel ladite infraction porte atteinte.

2- le moyen est pris de la violation des articles 706-54, alinéas 2 et 3, 706-54-1, 706-55 alinéas 1 et 3, 55-1 alinéa 2, R. 53-9 et suivants et 591 du code de procédure pénale.

Il reproche à l'arrêt attaqué d'avoir relaxé les prévenus, alors qu'il ne pouvait être jugé que la mise en oeuvre des dispositions desdits articles portait une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privé protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, au regard du contexte de la commission de l'infraction et de sa gravité, sans rechercher si la mise en oeuvre de ces textes n'avait pas été justifiée, d'une part, pendant l'enquête pour rapporter la preuve des faits et en identifier les auteurs, d'autre part, ne répondait pas à un objet social différent de l'infraction de vol par ailleurs commise.

3. DISCUSSION

1- L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, relatif à la liberté d'expression, prévoit :

« 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »

De la structure du texte, dont la première partie énonce le droit et la seconde définit les conditions de possibles restrictions (clause d'ordre public), qui est aussi celle des articles 8, relatif au respect de la vie privée et familiale, 9, relatif à la liberté de pensée, de conscience et de religion, et 11, relatif à la liberté de réunion et d'association, il résulte que les droits en question sont dits « dérogeables ».

Les formalités, conditions, restrictions ou sanctions légalement prévues relatives à l'exercice de la liberté d'expression font, de la part de la Cour EDH, l'objet d'un contrôle de proportionnalité, qui infuse sa jurisprudence depuis sa première décision « phare » du

23 juillet 1968 à propos de certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique (n°1474/62, § 5) :

« La Cour retient que le but que les parties contractantes se sont proposé d'atteindre,

d'une manière générale, au moyen de la Convention européenne des Droits de l'Homme, était une protection efficace des droits fondamentaux de l'Homme, et ce sans doute en raison non seulement des circonstances historiques dans lesquelles la Convention a été conclue, mais aussi du développement social et technique de notre époque qui offre à l'État des possibilités considérables pour réglementer l'exercice de ces droits.

Aussi la Convention implique-t-elle un juste équilibre entre la sauvegarde de l'intérêt général de la communauté et le respect des droits fondamentaux de l'homme, tout en attribuant une valeur particulière à ces derniers. »

*

Outre la substance des idées et informations exprimées, l'article 10 protège aussi leur mode d'expression (CEDH, arrêt du 24 février 1997, de Haes et Gijssels c. Belgique, n°19983/92, § 48 ; CEDH, arrêt du 23 septembre 1998, Lehideux et Isorni c. France, n°55/1997/839/1045, § 52).

La Cour EDH applique également l'article 10 à des comportements, tels que :

- un "happening" ayant consisté en l'étendage de linges sales sur la grille du parlement à Budapest, fait poursuivi comme constitutif d'un rassemblement illégal (CEDH, arrêt du 12 juin 2012, Tatar et Faber c. Hongrie, n°26005/08 et 26160/08) ;
- un chant "anti Poutine" déclamé dans une cathédrale de Moscou par des membres du groupe "Pussy Riots", poursuivis pour hooliganisme (CEDH, arrêt du 19 juin 2012, Mariya Vladimirovna Alekhina et autres c. Russie, n°38004/12, § 206) ;
- le fait de détacher, en présence de nombreux témoins, de la part d'un opposant politique, le ruban d'une couronne mortuaire déposée par le président de l'Ukraine au pied d'un monument consacré à un poète célèbre le jour de l'indépendance (CEDH, arrêt du 30 octobre 2014, Shvydika c. Ukraine, n°17888/12, §§ 37-38) ;
- l'exposition de sculptures obscènes devant les locaux du parquet général de Moldavie ayant donné lieu à une poursuite du chef d'hooliganisme également (CEDH, arrêt du 15 janvier 2019, Matasaru c. République de Moldova, n°69714/16 et 71685/16, § 29) ;
- la pose d'un bonnet et d'une hotte de père Noël, sur laquelle était écrit le mot démission, sur une statue du fondateur du parti socialiste bulgare (CEDH, arrêt du 6 avril 2021, Handzhiyski c. Bulgarie, n°10783/14) ;
- l'application d'un tag à la peinture sur un groupe de statues de partisans érigé à Sofia à proximité du siège du parti socialiste, le jour de l'anniversaire de la révolution bolchevique de 1917 (CEDH, arrêt du 30 novembre 2021, Genov et Sarbinska c. Bulgarie, n°52358/15) ;
- très récemment, l'exhibition de sa poitrine dans une église par une militante Femen (CEDH, arrêt du 13 octobre 2022, Bouton c. France, n°22636/19).

*

Il arrive que la Cour EDH doive statuer sur des ingérences qui résultent de la loi elle-même ; cependant, la plupart du temps, « dans une affaire issue d'une requête individuelle sa tâche ne consiste point à contrôler in abstracto la loi et la pratique pertinentes ; il lui faut se borner autant que possible à l'examen du cas concret dont on l'a saisie, sans toutefois oublier le contexte général » (CEDH, arrêt du 6 décembre 2007, Johansson c. Finlande, n°10163/02).

Le guide édité par la Cour EDH présente les étapes de l'examen auquel procède la Cour dans les affaires concernant l'article 10 de la Convention. Après qu'a été établie l'existence d'une ingérence, sont effectués trois « tests », relatifs à la légalité de l'ingérence, sa légitimité et sa nécessité dans une société démocratique.

En ce qui concerne ce dernier « test », il est référé à l'arrêt fondateur, *Handyside c. Royaume-Uni*, du 7 décembre 1976, et notamment à un arrêt de Grande Chambre prononcé à l'égard de la France (CEDH, arrêt du 23 avril 2015, *Morice c. France*, n°29369/10) :

« 124. Les principes généraux permettant d'apprécier la nécessité d'une ingérence donnée dans l'exercice de la liberté d'expression, maintes fois réaffirmés par la Cour depuis l'arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* (7 décembre 1976, série A n°24), ont été résumés dans l'arrêt *Stoll c. Suisse* ([GC], n°69698/01, § 101, CEDH 2007-V) et rappelés plus récemment dans l'arrêt *Animal Defenders International c. Royaume-Uni* ([GC], n°48876/08, § 100, CEDH 2013) :

« I. La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, elle vaut non seulement pour les « informations » ou « idées » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent : ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de « société démocratique ». Telle que la consacre l'article 10, elle est assortie d'exceptions qui appellent toutefois une interprétation étroite, et le besoin de la restreindre doit se trouver établi de manière convaincante (...)

II. L'adjectif « nécessaire », au sens de l'article 10 § 2, implique un « besoin social impérieux ». Les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence d'un tel besoin, mais elle se double d'un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, même quand elles émanent d'une juridiction indépendante. La Cour a donc compétence pour statuer en dernier lieu sur le point de savoir si une « restriction » se concilie avec la liberté d'expression que protège l'article 10.

III. La Cour n'a point pour tâche, lorsqu'elle exerce son contrôle, de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais de vérifier sous l'angle de l'article 10 les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation. Il ne s'ensuit pas qu'elle doive se borner à rechercher si l'État défendeur a usé de ce pouvoir de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable : il lui faut considérer l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire pour déterminer si elle était « proportionnée au but légitime poursuivi » et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent « pertinents et suffisants » (...) Ce faisant, la Cour doit se convaincre que les autorités nationales ont appliqué des règles conformes aux principes consacrés à l'article 10 et ce, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents (...) »

125. Par ailleurs, s'agissant du niveau de protection, l'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans deux domaines

: celui du discours politique et celui des questions d'intérêt général [...].

126. [...].

127. Enfin, la nature et la lourdeur des peines infligées sont des éléments à prendre en considération lorsqu'il s'agit de mesurer la proportionnalité de l'ingérence, la Cour ayant

souligné qu'une atteinte à la liberté d'expression peut risquer d'avoir un effet dissuasif quant à l'exercice de cette liberté. [...] »

Doit donc être soumis à examen, en premier lieu, l'existence d'un besoin social impérieux.

En deuxième lieu la nature et de la lourdeur des sanctions, à propos de laquelle la Cour a noté (§ 127) dans la décision précitée *Morice c. France*, que « le caractère relativement modéré des amendes ne saurait suffire à faire disparaître le risque d'un effet dissuasif sur l'exercice de la liberté d'expression ».

On peut se reporter à cet égard à un arrêt plus récent (CEDH, arrêt du 9 mars 2017, *Athanasios Makris c. Grèce*, n°55135/10, §38) :

« Pour ce qui est des peines prononcées, la Cour réitère que la nature et la lourdeur des peines infligées sont aussi des éléments à prendre en considération lorsqu'il s'agit de mesurer la proportionnalité de l'ingérence (voir, par exemple, *Sürek*, précité, § 64, CEDH 1999-IV, *Chauvy et autres c. France*, n°64915/01, § 78, CEDH 2004-VI, et *Mor c. France*, n°28198/09, § 61, 15 décembre 2011). Or, en l'espèce, la cour d'appel du Pirée a condamné le requérant à une peine d'emprisonnement de six mois avec sursis. À cet égard, la Cour rappelle que même lorsque la sanction est la plus modérée possible, à l'instar d'une condamnation accompagnée d'une dispense de peine sur le plan pénal et à ne payer qu'un « euro symbolique » au titre des dommages-intérêts (*Mor*, précité, § 61), elle n'en constitue pas moins une sanction pénale et, en tout état de cause, cela ne saurait suffire, en soi, à justifier l'ingérence dans le droit d'expression du requérant. Elle a maintes fois souligné qu'une atteinte à la liberté d'expression peut avoir un effet dissuasif quant à l'exercice de cette liberté (voir, mutatis mutandis, *Cumpănă et Mazăre*

c. Roumanie [GC], no 33348/96, § 114, CEDH 2004 XI, et *Mor*, précité,), risque que le caractère relativement modéré des amendes ne saurait suffire à faire disparaître (*Morice*

c. France [GC], n°29369/10, § 176, 23 avril 2015). »

On se référera également à une décision prononcée en matière de dénonciation calomnieuse (CEDH., arrêt du 26 mars 2020, *Tête c. France*, n° 59636/16, § 68) :

« La nature et la lourdeur des sanctions infligées sont aussi des éléments à prendre en considération lorsqu'on évalue la proportionnalité de l'ingérence. En l'espèce, le requérant a été condamné à une amende de 3 000 EUR. Or à supposer qu'il faille retenir comme le suggère le Gouvernement que ce montant est modéré, il s'agit néanmoins d'une sanction pénale qui peut avoir un effet dissuasif quant à l'exercice de la liberté d'expression, lequel doit être pris en compte pour apprécier la proportionnalité de l'ingérence. Le prononcé même d'une condamnation pénale est l'une des formes les plus graves d'ingérence dans le droit à la liberté d'expression (voir, par exemple, *Lacroix c. France*, no 41519/12, § 50, 7 septembre 2017). Il faut de plus relever qu'à l'amende de 3 000 EUR s'ajoute la condamnation du requérant au paiement de 10 000 EUR au titre des frais exposés par les parties civiles (article 475-1 du code de procédure pénale) devant le tribunal de grande instance et la cour d'appel de Paris. »

En troisième lieu, l'exigence de motifs pertinents et suffisants de la part des juridictions nationales.

On peut citer sur ce dernier point une affaire où était en cause la poursuite pour incitation à la discrimination, délit prévu par l'article 24, alinéa 8, de la loi du 29 juillet 1881, de militants d'une campagne internationale « boycott, désinvestissement et sanctions, » initiée ensuite de l'avis rendu par la Cour internationale de Justice sur l'édification par l'Etat d'Israël d'un mur en territoire palestinien occupé.

Ceux-ci avaient pénétré dans un hypermarché et appelé au boycott des produits israéliens, en exposant des marchandises qu'ils estimaient être d'origine israélienne dans trois caddies placés à la vue des clients et en distribuant des tracts (CEDH, arrêt du 11 juin 2020, Baldassi et autres c. France, n°15271/16 et 6 autres) :

« 78. Une motivation circonstanciée était pourtant d'autant plus essentielle en l'espèce qu'on se trouve dans un cas où l'article 10 de la Convention exige un niveau élevé de protection du droit à la liberté d'expression. En effet, d'une part, les actions et les propos reprochés aux requérants concernaient un sujet d'intérêt général, celui du respect du droit international public par l'État d'Israël et de la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés, et s'inscrivaient dans un débat contemporain, ouvert en France comme dans toute la communauté internationale. D'autre part, ces actions et ces propos relevaient de l'expression politique et militante (voir, par exemple, Mamère c. France, n°12697/03, § 20, CEDH 2006 XIII). La Cour a souligné à de nombreuses reprises que l'article 10 § 2 ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou de questions d'intérêt général (Perinçek, précité, § 197, ainsi que les références qui y figurent). »

La Cour EDH a jugé que les questions environnementales sont un sujet d'intérêt général de particulière importance (CEDH, arrêt du 7 novembre 2006, Mamère c. France, n°12697/03, § 20).

On peut également citer à nouveau, qui est invoqué par le mémoire en défense, l'arrêt récent de la Cour EDH du 13 octobre 2022, tout en précisant que le raisonnement de la Cour est ici relatif à la mise en balance des intérêts :

« 63. La Cour doit, ensuite, vérifier si, dans le cadre du contrôle qu'il devait opérer au titre du paragraphe 2 de l'article 10, le juge interne a dûment effectué la mise en balance des intérêts divergents entre, d'une part, le droit de la requérante de communiquer au public ses idées sur les droits devant être reconnus aux femmes, dont celui de disposer de leur corps, et, d'autre part, le droit d'autrui au respect de la morale et de l'ordre public. Or, la Cour souligne que cet examen ne pouvait être valablement effectué par les juridictions internes qu'au moyen d'une analyse de l'ensemble des éléments en litige portant sur le contexte dans lequel se situait l'action litigieuse ainsi que sur les mobiles de la requérante.

64. À cet égard, la Cour note qu'en l'espèce, les juridictions internes, et plus particulièrement la cour d'appel, n'ont pas fait abstraction des déclarations de la requérante au cours de l'enquête pénale, décrivant les motivations politiques et féministes de son action, qui s'inscrivait dans un mouvement collectif et international visant à contester, de manière délibérément vive et choquante pour les convictions d'autrui, la position de l'Église catholique sur le sujet du droit des femmes (voir paragraphes 10-11). Toutefois, elles se sont bornées à examiner la question de la nudité de sa poitrine dans un lieu de culte, isolément de la performance globale dans laquelle elle s'inscrivait sans prendre en considération, dans la balance des intérêts en présence, le sens donné à son comportement par la requérante. En particulier, les juridictions internes ont refusé de tenir compte de la signification des inscriptions

figurant sur le torse et le dos de la requérante, qui portaient un message féministe en référence au manifeste pro-avortement de 1971 dit « manifeste des 343 salopes ». Elles ont relaté, sans la mettre en perspective avec les idées promues par la requérante, la mise en scène d'un « avortement de Jésus ». Elles n'ont pas davantage pris en considération les explications fournies par la requérante sur le sens donné à leur nudité par les militantes des Femen, auxquelles elle appartenait, dont la poitrine dénudée sert d'« étendard politique » ni sur le lieu de son action, à savoir un lieu de culte notoirement connu du public, choisi dans le but de favoriser la médiatisation de cette action.

65. La Cour en conclut que les motifs adoptés par les juridictions internes ne sont pas de nature à lui permettre de considérer qu'en l'espèce, elles ont procédé à la mise en balance entre les intérêts en présence de manière adéquate et conformément aux critères dégagés par sa jurisprudence.

66. Au vu de l'ensemble des éléments qui précèdent, et dans les circonstances particulières de l'espèce, la Cour considère que les motifs retenus par les juridictions internes ne suffisent pas à ce qu'elle regarde la peine infligée à la requérante, compte tenu de sa nature ainsi que de sa lourdeur et de la gravité de ses effets, comme proportionnée aux buts légitimes poursuivis.

67. Dans ces conditions, la Cour estime que l'ingérence dans la liberté d'expression de la requérante que constitue la peine d'emprisonnement avec sursis qui a été prononcée à son encontre n'était pas « nécessaire dans une société démocratique ».

68. Dès lors, il y a eu violation de l'article 10 de la Convention. »

*

Les motifs des deux arrêts relatifs à ce qu'on qualifierait en France de dégradations, des 6 avril et 30 novembre 2021, cités plus haut, qui répondent à des questions qui sont du même ordre que celles que suggère une action de « décrochage », méritent un examen.

Ces décisions sont rédigées seulement en anglais, ce qui n'en facilite pas l'accès ; il en sera proposé une traduction « libre ».

Arrêt du 6 avril 2021, Handzhiyski c. Bulgarie :

« 55. S'agissant de tels actes - lesquels, bien que susceptibles de profaner un monument, ne l'abîment pas - la question concernant la « nécessité démocratique » d'imposer des sanctions devient plus nuancée. Dans de telles situations, la nature précise de l'acte, l'intention recherchée, et le message qu'il cherche à véhiculer ne peuvent pas être traités avec indifférence.

Par exemple, des actes qui visent à critiquer un gouvernement ou ses politiques, ou attirer l'attention sur la souffrance ou la discrimination d'un groupe, ne peuvent pas être mis sur un pied d'égalité avec des actes cherchant volontairement à offenser la mémoire de victimes d'atrocités massives. La signification sociale du monument en question, les valeurs et idées qu'il symbolise, et le degré de vénération dont il jouit au sein de la communauté qu'il concerne seront aussi d'importantes considérations.

56. Au cas présent, le contexte suggère clairement que l'intention de l'acte du requérant était de protester contre le gouvernement en place et le parti politique qui le soutenait, dans le contexte d'une manifestation nationale prolongée contre le gouvernement, plutôt que de condamner le rôle historique de M. Blagoey ou d'exprimer du mépris à son égard (voir paragraphe 4-11 ci-dessus). Le requérant a simplement utilisé le monument de M. Blagoey comme un symbole du parti politique qu'il cherchait à critiquer. Il peut donc être difficilement déclaré que son acte cherchait à montrer du dédain à l'encontre de valeurs sociales ancrées.

Cela se confirmera par la suite par le fait qu'il semblerait que les réactions générées par cet acte furent mitigées [...]

57. Il devrait aussi être noté que la statue de M. Blagoey a été érigée pendant le régime communiste en Bulgarie, et semble avoir été vue comme suffisamment connectée aux valeurs et idées défendues par le régime pour avoir été enlevée, quoique pour seulement quelques années, peu de temps après que le régime a pris fin (voir paragraphes 8 et 9 ci-dessus). Ceci peu difficilement être comparé avec, par exemple, les monuments commémoratifs des soldats qui ont donné leur vie pour défendre leur pays [...].

58. Il peut aussi être admis que le geste symbolique du requérant ait été blessant pour certaines personnes ayant assisté à la scène ou en ayant été informé par les médias. Cependant, la liberté d'expression ne s'applique pas seulement aux « informations » ou « idées » qui sont favorablement reçues ou considérées comme inoffensives ou comme un cas d'indifférence mais aussi à celles qui offensent, choquent ou perturbent l'État ou tout secteur de la population (voir,

parmi de nombreux précédents, *Handyside c. le Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, § 49, etc.).

59. Il en résulte que l'interférence faite à la liberté d'expression du requérant – la conclusion qu'il était coupable de vandalisme mineur et l'amende en résultant – n'était pas « nécessaire dans une société démocratique », en dépit de la marge d'appréciation dont ont bénéficié les autorités nationales dans ce domaine. Il y a de ce fait eu une violation de l'article 10 de la Convention. »

Arrêt du 30 novembre 2021, *Genov et Sarbinska c. Bulgarie* :

« 76. Dans l'affaire *Handzhiyski* (précité, § 55), la Cour a poursuivi en disant que ce principe ne s'appliquait pas aux actes qui, bien qu'ils puissent profaner un monument public, ne l'endommageaient pas. La question de savoir s'il était « nécessaire dans une société démocratique » de sanctionner de tels actes était plus nuancée. Dans ces situations, la nature précise de l'acte, l'intention qui le sous-tend et le message qu'il cherche à transmettre ne peuvent être des questions indifférentes. La signification sociale du monument en question, les valeurs ou les idées qu'il symbolisait, et le degré de vénération dont il jouissait dans la communauté respective étaient également des considérations importantes.

77. Il s'ensuit que le premier point de décision sous cette rubrique est de savoir si le fait de taguer le monument l'a ou non endommagé.

78. Il n'y a pas de preuve que les requérants aient causé au monument un quelconque dommage irréversible. Il est vrai que le fait de taguer, bien que n'abîmant généralement pas une surface sous-jacente, altère la surface visible. Il est également vrai que le tag affecte l'apparence visuelle du monument d'une façon qui peut être permanente, ou du moins durable, en l'absence d'efforts suffisants pour enlever la peinture et ainsi restaurer le monument afin de lui rendre son aspect initial. Il demeure, cependant, que le dommage visuel produit par le fait de taguer, bien que demandant des efforts et de l'argent pour être effacé, est, comme récemment souligné par la Cour Suprême de Cassation Bulgare (voir paragraphe 40 ci-dessus), généralement complètement réversible. De ce fait, il n'abîme pas un monument dans une propension qui l'empêche, après avoir été nettoyé, de continuer à faire partie de l'héritage culturel d'un pays. C'est exactement ce qu'il s'est passé dans ce cas, puisque que le tag a été nettoyé sur le monument (voir paragraphe 17 ci-dessus).

79. Dans ce contexte, le tribunal qui a condamné les requérants a conclu que leur acte n'avait causé aucun dommage pécuniaire (voir paragraphe 29 ci-dessus), et le gouvernement n'a présenté aucune preuve quant au coût du nettoyage de la peinture pulvérisée et à la personne qui avait couvert ce coût (voir point 17 ci-dessus). Rien n'indique non plus que les amendes infligées aux demandeurs visaient à contribuer, ou contribuaient effectivement, à ces dépenses. En effet, ce n'était pas le but de la procédure de vandalisme à leur encontre (voir points 22 et 26 de l'amende ci-dessus).

80. Dans ces circonstances, il ne peut être dit que le geste des requérants a affecté le monument dans un degré suffisant pour considérer qu'il l'a abîmé.

81. Il s'ensuit que la nécessité de sanctionner l'acte des requérants doit être appréciée à la lumière de l'éventail de facteurs contextuels identifiés dans *Handzhiyski* (précité), qui ont été énoncés au paragraphe 76 ci-dessus.

82. Comme il a déjà été mentionné, rien n'indique que le geste des demandeurs ait causé des dommages graves ou irréversibles au monument, ou que l'enlèvement de la peinture pulvérisée ait nécessité des ressources importantes. Cet acte ne peut pas non plus être qualifié de vulgaire ou de gratuitement offensant. La manière secrète dont elle a été réalisée n'enlève rien à cette conclusion. Comme le souligne le paragraphe 59 ci-dessus, le contexte laisse clairement entendre que l'intention derrière cet acte était d'exprimer sa désapprobation à l'égard du récent bilan parlementaire du parti politique qui a fourni le principal soutien au gouvernement de l'époque, dans un contexte de protestations prolongées à l'échelle du pays, déclenchée initialement par ce bilan parlementaire (voir paragraphes 5 à 9 ci-dessus, et comparer avec Handzhiyski, cité ci-dessus, § 56). L'acte visait en outre à condamner le rôle global que ce parti politique, qui avait régné sous le régime communiste, et les « partisans » qui y étaient associés, avaient joué dans l'histoire de la Bulgarie (voir paragraphes 4 et 13 ci-dessus). On ne peut donc guère dire qu'il s'agissait d'exprimer un mépris pour les valeurs sociales profondément ancrées, contrairement, par exemple, à la profanation des pierres tombales.

83. Il convient également de noter à cet égard que le monument avait été érigé sous le régime communiste bulgare et qu'il était clairement lié aux valeurs et aux idées qui sous-tendaient ce régime (voir § 13 ci-dessus et comparer avec Handzhiyski, précité, § 57). Il ne peut donc guère être considéré comme jouissant d'une vénération universelle dans le pays. Le tribunal de première instance saisi de l'affaire contre les requérants a spécifiquement souligné l'intense débat public sur l'héritage du régime et en particulier sur le sort des monuments qui en sont l'héritage (voir point 21 ci-dessus). Il ne faut pas oublier à cet égard que l'assemblée législative de la Bulgarie a condamné ce régime comme « criminel » et a formellement qualifié le Parti communiste bulgare, qui a dominé le pays tout au long de ce régime, d'« organisation criminelle

[...] visant à faire prévaloir les droits de l'homme et le système démocratique » (voir paragraphes 42 à 44 ci-dessus).

84. Il en résulte que l'ingérence dans le droit à la liberté d'expression des requérants - la constatation qu'ils étaient coupables de vandalisme et les amendes qui en ont résulté - n'a pas été démontrée comme « nécessaire dans une société démocratique » au sens de l'article 10 de la Convention. Il y a donc eu violation de cette disposition. »

*

Une étude rapide des arrêts qui viennent d'être évoqués illustre les propos de M. Frédéric Sudre¹, qui rappelle que malgré l'énoncé de guides méthodiques, « le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour obéit à une démarche casuistique qui, là comme ailleurs, témoigne de [sa] réticence à se laisser enfermer dans des constructions méthodiques préétablies », et qui note que « la grille d'analyse de la Cour EDH, ébauchée par l'arrêt Handyside puis mise en place par touches successives, ne distingue pas formellement les trois éléments du contrôle de proportionnalité - adéquation, nécessité, proportionnalité stricto sensu - et se caractérise par sa flexibilité. »

*

Au cas de conflit entre deux droits protégés par la Convention, la Cour procède alors à la mise en balance des intérêts, comme elle a eu notamment l'occasion de le faire en 2012 (CEDH, arrêt du 7 février 2012, Axel Springer AG et Von Hannover n°2 c. Allemagne, n°40660/08 et 60641/08, § 108), où elle a indiqué les critères qui doivent

1

Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? La semaine juridique, éd. gén., n°11, 13 mars 2017, p. 502 et s.

être retenus pour arbitrer entre liberté d'expression et protection de la vie privée en matière de publications de presse.

Cependant l'article 34 de la Convention européenne des droits de l'homme, relatif aux requêtes individuelles, énonce :

« La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit. »

Une commune constitue une organisation gouvernementale, et ne peut, dès lors introduire devant la Cour EDH une requête individuelle (CEDH, décision sur la recevabilité de la requête n°55346/00 du 1^{er} février 2011, Ayuntamiento de Mula c. Espagne).

“Seuls les personnes physiques, les groupes de particuliers et les personnes morales pouvant être qualifiées d'« organisations non gouvernementales » au sens de l'article 34 peuvent être titulaires des droits découlant de la Convention, mais pas un État contractant ni une personne morale qui doit être regardée comme une organisation gouvernementale (paragraphes 61-62 ci-dessus). Toute autre conclusion serait contraire à l'objectif fondamental qui sous-tend la Convention et qui ressort à la fois de son article 1 et de son préambule” (CEDH, décision du 18 novembre 2020, [GC], Slovénie c. Croatie, n°54155/16).

Ainsi, la proportionnalité doit être appréciée, dans une espèce qui intéresse les droits d'une personne publique, comme un commune, à l'aune du but légitime que constitue la protection des droits d'autrui, et non dans le cadre d'une mise en balance entre droits protégés par la Convention.

*

Dans son arrêt du 23 juillet 1968 déjà cité, la Cour avait énoncé (§ 10) :

« En recherchant si, dans un cas d'espèce, il y a eu ou non distinction arbitraire, la Cour ne saurait ignorer les données de droit et de fait caractérisant la vie de la société dans l'État qui, en qualité de Partie Contractante, répond de la mesure contestée. Ce faisant, elle ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention. Les autorités nationales demeurent libres de choisir les mesures qu'elles estiment appropriées dans les domaines régis par la Convention. Le contrôle de la Cour ne porte que sur la conformité de ces mesures avec les exigences de la Convention. »

Le préambule de la Convention européenne des droits de l'homme évoque désormais expressément ce principe, à la suite de la déclaration de Brighton², et de l'adoption du

2

Conférence sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, réunie à Brighton les 19 et 20 avril 2012, dont on peut citer le point 3 : Les Etats parties et la Cour partagent la responsabilité de la mise en oeuvre effective de la Convention, sur la base du principe

Protocole n°15, entré en vigueur le 1^{er} août 2021 :

« [...] il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des Droits de l'Homme instituée par la présente Convention ».

On se reportera également aux motifs d'une décision de Grande Chambre concernant l'Italie, relative à l'adoption (CEDH, arrêt du 24 janvier 2017, Campanelli et Paradiso c. Italie, n°25358/12) et spécialement quant à la marge d'appréciation, à la pertinence et suffisance des motifs et à la proportionnalité (§ 192 et s.).

De manière générale, on note là encore que la Cour fait preuve, pour reprendre l'expression de M. Frédéric Sudre, d'une certaine flexibilité, que pourrait illustrer sa décision relative à gestation pour autrui, intéressant la France (CEDH, arrêt du 26 juin 2014, Mennesson c. France, n°65192/11, § 77) :

« [...] l'étendue de la marge d'appréciation dont disposent les États varie selon les circonstances, les domaines et le contexte et que la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard (voir, par exemple, Wagner et J.M.W.L. et Negrepontis-Giannisis, précités, § 128 et § 69 respectivement). Ainsi, d'un côté, lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe, que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, la marge d'appréciation est large. De l'autre côté, lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge laissée à l'État est d'ordinaire restreinte (voir en particulier, S.H. et autres c. Autriche, précité, § 94). »

Une décision récente, qui concerne la gestation pour autrui, une fois encore, a suscité nombre de commentaires de la part de la doctrine, sous l'angle de la marge d'appréciation (CEDH, décision du 8 février 2018, Charron et Merle-Pontet c. France, n°22612/155). Citons ses paragraphes 30 et 31 :

« La Cour rappelle en outre que, comme cela ressort de la jurisprudence citée au paragraphe 18 ci-dessus, l'obligation d'épuiser préalablement les voies de recours internes vise, entre autre, à donner aux États membres la possibilité de redresser la situation qui fait l'objet de la requête avant de devoir répondre de leurs actes devant un organisme international. Ce principe revêt une importance particulière s'agissant de griefs tirés de l'article 8, que cet article soit pris isolément ou combiné avec l'article 14. Il est en effet primordial lorsque la Cour aborde la question complexe et délicate de la balance à opérer entre les droits et intérêts en jeu dans le cadre de l'application de cette

fondamental de subsidiarité. La Convention a été conclue sur la base, entre autres, de l'égalité souveraine des États. Les États parties doivent respecter les droits et libertés garantis par la Convention, et remédier de manière effective aux violations au niveau national. La Cour agit en tant que sauvegarde si des violations n'ont pas obtenu de remède au niveau national. Lorsque la Cour constate une violation, les États parties doivent se conformer à son arrêt définitif.

disposition que cette balance ait préalablement été faite par les juridictions internes, celles-ci étant en principe mieux placées pour le faire (voir, mutatis mutandis, Courtney c. Irlande (déc), no 69558/10, 18 décembre 2012). Ainsi que le fait valoir le Gouvernement, à ce jour, les juridictions internes n'ont pas été amenées à se prononcer sur des requêtes dirigées contre des refus d'accès à un processus de PMA opposés à des couples homosexuels sur le fondement des dispositions de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique. En définitive, vu l'importance du principe de subsidiarité (voir, notamment, Burmych et autres c. Ukraine (radiation) [GC], nos 46852/13 et al, § 218, 12 octobre 2017), la Cour estime que, faute d'avoir saisi les juridictions administratives d'un recours en annulation pour excès de pouvoir de la décision du CHU de Toulouse du 15 décembre 2014, les requérantes n'ont pas épuisé les voies de recours internes, au sens de l'article 35 § 1 de la Convention. La requête doit donc être rejetée en application de l'article 35 §§ 1 et 4 de la Convention".

A propos de cet arrêt, M. Hugues Fulchiron relève³ :

« Quand on sait l'intensité des débats qui entourent depuis plusieurs années un principe désormais inscrit dans le Préambule de la Convention [la subsidiarité], on saisit l'importance d'une décision qui, à certains égards, pourrait servir de base à un rééquilibrage des missions entre la Cour EDH et le juge national. Par ricochet, elle valorise le contrôle de proportionnalité tel qu'il se construit en interne. »

•

La question du contrôle de proportionnalité se pose à la Cour de cassation dans des conditions particulières, qui tiennent à ce qu'elle n'est pas un troisième degré de juridiction.

L'article L 411-2 du code de l'organisation judiciaire énonce à ce propos :

« La Cour de cassation statue sur les pourvois en cassation formés contre les arrêts et jugements rendus en dernier ressort par les juridictions de l'ordre judiciaire. La Cour de cassation ne connaît pas du fond des affaires, sauf disposition législative contraire. »

L'article 591 du code de procédure pénale prévoit :

«Les arrêts de la chambre de l'instruction ainsi que les arrêts et jugements rendus en dernier ressort par les juridictions de jugement, lorsqu'ils sont revêtus des formes prescrites par la loi, ne peuvent être cassés que pour violation de la loi. »

L'article 593 apporte cependant une nuance⁴ :

3

Le contrôle de proportionnalité au service du principe de subsidiarité, Recueil Dalloz 2018, p. 649.

4

Voir à ce propos la préface, par André Vitu, de la première édition du livre sur la cassation en matière pénale, de MM. Jacques et Louis Boré, éd. Dalloz, p.IX.

« Les arrêts de la chambre de l'instruction, ainsi que les arrêts et jugements en dernier ressort sont déclarés nuls s'ils ne contiennent pas des motifs ou si leurs motifs sont insuffisants et ne permettent pas à la Cour de cassation d'exercer son contrôle et de reconnaître si la loi a été respectée dans le dispositif. Il en est de même lorsqu'il a été omis ou refusé de prononcer soit sur une ou plusieurs demandes des parties, soit sur une ou plusieurs réquisitions du ministère public. »

On peut citer M. le premier président Bertrand Louvel à ce propos⁵ :

« Il s'agit pour notre pays de trouver la voie devant lui permettre d'investir pleinement la marge nationale d'appréciation que la Cour de Strasbourg lui reconnaît et l'invite même à exercer effectivement. Un tel contrôle, qui est un contrôle de légalité puisqu'imposé par le droit international, n'affecte pas la technique de cassation traditionnelle, extrêmement souple et adaptable selon le degré de vérification que la Cour de cassation souhaite exercer, depuis le contrôle léger qu'elle porte par exemple sur l'interprétation des contrats, jusqu'au contrôle lourd qu'elle opère notamment à propos de l'application de la loi pénale. »

M. le président Pascal Chauvin relevait à la même époque⁶ :

« Vous observerez au passage que la mission de la Cour de cassation n'est pas si facile, puisqu'elle apparaît comme un juge du droit "coincé" entre deux juges du fait et du droit, selon la formule du regretté Jean-François Burgelin. »

*

Les travaux de la commission de mise en oeuvre de la réforme de la Cour de cassation ont donné lieu à la rédaction, en décembre 2018, d'un mémento du contrôle de conventionalité.

Il y est rappelé que l'application des droits et principes fondamentaux reconnus par la Cour de cassation incombe à tout juge, quel que soit le degré de juridiction (§ 26), que le juge du fond n'est pas dispensé de répondre à un grief d'atteinte aux droits protégés qui ne serait qu'implicitement formulé (§ 33) et qu'en tout état de cause ils doivent répondre à des conclusions invoquant la violation d'un droit ou d'un principe conventionnel (§ 34).

En ce qui concerne la Cour de cassation, il est dit que son contrôle sur la balance des intérêts doit porter sur des normes et non sur des faits, qu'il lui appartient, à partir des faits constants résultant de la décision attaquée, de déterminer si l'atteinte à un droit fondamental est justifiée (§ 37 et s.).

Les rédacteurs indiquent qu'il appartient à la Cour de cassation, compte tenu de sa mission, de fixer les critères juridiques susceptibles de guider les juges dans l'application du principe de proportionnalité (§ 41).

5

Réflexions à la Cour de cassation, recueil Dalloz 2015, p. 1326.

6

Contrôle de proportionnalité : une nécessaire adaptation aux exigences de la jurisprudence européenne; entretien avec M. Pascal Chauvin, Gazette du Palais, 6 décembre 2016, n°43.

*

La mise à l'écart, par le juge, de l'application de la loi pénale, n'est pas une hypothèse seulement induite par la confrontation d'une norme internationale avec une loi nationale; elle caractérise en effet la notion de fait justificatif, notamment l'état de nécessité dont la légitime défense est une des expressions.

L'état de nécessité a été défini hors de la contrainte, et de la confusion entre intention et mobile, par un arrêt de la chambre des appels correctionnels de Colmar (Colmar, 6 décembre 1957, Dalloz 1958, p. 357, 1^{ère} esp.) :

« Attendu que la reconnaissance de l'état de nécessité est un des fondements du droit; que toutes les civilisations juridiques évoluées, dégagées du légalisme initial, le consacrent, soit dans la loi, soit dans la doctrine et la jurisprudence ; que ce qui caractérise l'état ou l'effet de nécessité, c'est la situation dans laquelle se trouve une personne qui, pour sauvegarder un intérêt supérieur, n'a d'autre ressource que d'accomplir un acte défendu par la loi pénale. »

Il en est de même, toutes choses égales par ailleurs, en matière de légitime défense. On peut porter son attention sur l'intensité du contrôle qu'exerce la chambre criminelle sur le « test » de proportionnalité pratiqué par les juges du fond (Crim., 24 février 2015, pourvoi n°14-80.222 ; voir aussi Crim., 9 janvier 2018, pourvoi n°16-86.552, Bull. n°7; Crim., 6 octobre 2021, pourvoi n°21-84.295, publié au Bulletin).

La Cour de cassation a, par ailleurs, dégagé elle-même un fait justificatif à propos du vol de documents par un salarié pour les besoins de l'exercice des droits de la défense (Crim., 11 mai 2004, pourvoi n°03-85.521, Bull. n°117 ; Crim., 4 janvier 2005, pourvoi n°04-82.337, Bull. n°5).

•

La jurisprudence de la chambre criminelle, à propos de la mise en oeuvre de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, peut apparaître contrastée.

Elle a jugé, dans un arrêt ancien, compte tenu de l'évolution de la matière, qu'une poursuite du chef de discrédit porté à une décision juridictionnelle, ne pouvait, en tout état de cause, être contestée au regard de l'article 10 (Crim., 11 mars 1997, pourvoi n°96-82.283, Bull. n°96).

Il en a été de même en matière d'outrage. Dans une première décision, la Cour de cassation avait seulement constaté que les dispositions conventionnelles invoquées n'avaient pas été méconnues, sans s'en expliquer plus avant (Crim., 13 janvier 2016, pourvoi n°15-80.815).

Plus récemment une solution identique a été retenue, explicite cette fois (Crim., 29 mars 2017, pourvoi n°16-80.637, Bull. n°97) :

« Attendu qu'en l'état de ces énonciations, qui établissent que les prévenus ont tenu des propos de nature à porter atteinte à la dignité des agents publics concernés et au respect dû à leurs fonctions et qui ne rentrent en conséquence pas dans le champ de

l'article 10, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme, la cour d'appel a justifié sa décision ; d'où il suit que le moyen doit être écarté. »

En matière d'apologie de crimes d'atteintes volontaires à la vie, prévu par l'article 24, alinéa 5, de la loi du 29 juillet 1881, il a été jugé (Crim., 17 mars 2015, pourvoi n°13-87.358, Bull. n°56) :

« Attendu que, pour infirmer le jugement entrepris, l'arrêt retient, notamment, que les différentes mentions inscrites de part et d'autre du vêtement, ne peuvent être dissociées, s'agissant d'un unique support, et que l'association délibérée de ces termes, alors qu'aucune référence n'est faite à l'année de naissance de l'enfant, renvoie, pour toute personne qui en prend connaissance, au meurtre de masse commis le 11 septembre 2001 ; que les juges ajoutent, en ce qui concerne M. B., que la commande qu'il avait passée des inscriptions devant figurer sur ce tee-shirt, son insistance auprès de la mère de l'enfant pour qu'elle en revête celui-ci lorsqu'elle l'enverrait à l'école, lieu public par destination, traduisent sa volonté, non de faire une plaisanterie, comme il le soutient, mais de présenter sous un jour favorable les crimes évoqués, auprès des personnes qui, dans l'enceinte de l'établissement scolaire, seraient amenées à voir ce vêtement ; qu'ils en concluent que les faits reprochés au prévenu, qui ont dépassé les limites admissibles de la liberté d'expression, au sens de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce que M. B. a utilisé un très jeune enfant comme support d'un jugement bienveillant sur des actes criminels, caractérisent le délit d'apologie de crime visé par l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 ;

Attendu qu'en l'état de ces énonciations, la cour d'appel, qui, analysant le contexte dans lequel les mentions incriminées ont été imprimées et rendues publiques, a exactement apprécié leur sens et leur portée, et qui a caractérisé en tous ses éléments le délit dont elle a déclaré le prévenu coupable, a justifié sa décision. »

En matière de tapage injurieux, on peut relever une décision récente (Crim., 3 novembre 2020, pourvoi n°19-87.418) :

« Vu les articles 10 et 11 de la Convention européenne des droits de l'homme :

5. La liberté d'expression ne peut être soumise à des ingérences que dans le cas où celles-ci constituent des mesures nécessaires au regard du paragraphe 2 du premier de ces textes.

6. Il en est de même, s'agissant de la liberté de réunion et d'association, au regard du paragraphe 2 du second.

7. Pour dire établie la contravention de tapage injurieux, le jugement attaqué énonce qu'il résulte du procès-verbal de contravention et d'un rapport subséquent que le prévenu a été reconnu parmi des manifestants vociférant des propos injurieux destinés aux forces de police, en ces termes : « CRS au zoo, libérez les animaux », et qu'il n'apporte pas la preuve contraire de ces constatations circonstanciées.

8. En prononçant ainsi, alors qu'il résulte de ces énonciations et des pièces de procédure que le prévenu participait, pour exprimer et soutenir des opinions de nature politique et sociale, à une manifestation pacifique sur la voie publique, au cours de laquelle, avec d'autres manifestants, il a scandé un slogan qui n'excédait pas les limites admissibles de la liberté d'expression, de sorte qu'une condamnation pour tapage injurieux ne constituait pas une mesure nécessaire, dans une société démocratique, à la défense de l'ordre ou à la protection des droits et libertés d'autrui, le tribunal de police a méconnu les textes susvisés et les principes ci-dessus rappelés.

9. La cassation est, en conséquence, encourue. »

La Cour de cassation a prononcé des arrêts relatifs à la prohibition de la promotion du tabac, qui était incriminée à l'époque par l'article L. 3511-3 du code de la santé publique, au regard de la protection du droit à la liberté d'expression (Crim., 19 juin 2007, pourvoi n°06-88.014, Bull. n°170 ; Crim., 24 janvier 2012, pourvoi n°11-90.119; Crim., 18 mai 2016, pourvoi n°15-80.922, Bull. n°151).

On sait que le délit d'escroquerie, infraction contre les biens, n'est pas exclu par la Cour de cassation du champ d'application de l'article 10 (Crim., 26 octobre 2016, pourvoi n° 15-83.774, Bull. n°278).

Une ingérence disproportionnée a été retenue en matière d'exhibition sexuelle, qui est une infraction contre les personnes (Crim., 26 février 2020, pourvoi n°19-81.827, publié au Bulletin).

•

La Cour de cassation juge que l'infraction de vol est susceptible faire l'objet d'un contrôle de proportionnalité in concreto quant à l'ingérence qu'elle peut constituer dans l'exercice de la liberté d'expression.

A l'occasion des poursuites ici en cause, elle a ainsi censuré un arrêt rendu à propos d'une opération de décrochage du portrait du président de la République, dans une décision (Crim., 22 septembre 2021, pourvoi n°20-85.434, publié au Bulletin) dont le sommaire énonce :

« Dès lors qu'un moyen tiré de la liberté d'expression est invoqué devant les juges du fond, il appartient à ces derniers de rechercher si l'incrimination pénale des comportements poursuivis ne constitue pas, au cas particulier qui leur est soumis, une atteinte disproportionnée à cette liberté.

Encourt ainsi la cassation l'arrêt qui, sans procéder à cette recherche, énonce que la liberté d'expression ne peut être invoquée en l'espèce, car elle ne peut jamais justifier la commission d'un délit pénal. »

La cour d'appel avait jugé que la liberté d'expression, garantie par notre droit positif, ne pouvait être invoquée en l'espèce, car elle ne peut jamais justifier la commission d'un délit pénal.

A l'occasion de pourvois formés contre des arrêts également relatifs au mouvement de décrochage des portraits du président de la République dans les mairies, la Cour de cassation a prononcé trois arrêts, le 18 mai 2022, par lesquels elle a rappelé les exigences relatives au contrôle de proportionnalité, au cas où l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme est invoqué pour solliciter que soit écartée une incrimination ; elle a fixé les contours du contrôle en matière de vol, puis a confronté les critères retenus aux éléments factuels exposés par les décisions attaquées, et aux sanctions prononcées par les juges du fond (Crim., 18 mai 2022, pourvoi n°21-86.685, publié au Bulletin ; voir aussi Crim., 18 mai 2022, pourvoi n°20-87.272 ; Crim., 18 mai 2022, pourvoi n°21-86.647) :

« 10. Selon l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, toute personne a droit à la liberté d'expression, et l'exercice de cette liberté peut être soumis

à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, notamment à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui.

11. Ainsi que le juge la Cour de cassation, l'incrimination d'un comportement constitutif d'une infraction pénale peut, dans certaines circonstances, constituer une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression, compte tenu de la nature et du contexte de l'agissement en cause (Crim., 26 octobre 2016, pourvoi n° 15-83.774, Bull. Crim. 2016, n° 278 ; Crim., 26 février 2020, pourvoi n° 19-81.827, publié au Bulletin ; Crim., 22 septembre 2021, pourvoi n° 20-85.434, publié au Bulletin).

12. Lorsque le prévenu invoque une atteinte disproportionnée à sa liberté d'expression, il appartient au juge, après s'être assuré, dans l'affaire qui lui est soumise, du lien direct entre le comportement incriminé et la liberté d'expression sur un sujet d'intérêt général, de vérifier le caractère proportionné de la condamnation. Ce contrôle de proportionnalité requiert un examen d'ensemble, qui doit prendre en compte, concrètement, entre autres éléments, les circonstances des faits, la gravité du dommage ou du trouble éventuellement causé.

13. Dans le cas particulier d'une poursuite du chef de vol, doivent être notamment prises en compte la valeur matérielle du bien, mais également, le cas échéant, sa valeur symbolique, ainsi que la réversibilité ou l'irréversibilité du dommage causé à la victime.

14. Pour écarter l'argumentation des prévenus, qui faisaient valoir que l'incrimination de vol en réunion constituait en l'espèce une ingérence disproportionnée dans l'exercice de leur liberté d'expression, la cour d'appel retient qu'ils ont voulu, avec d'autres, dans un dessein politique, appeler l'attention des pouvoirs publics sur la méconnaissance, par la France, des engagements qu'elle a souscrits dans le cadre de la COP21.

15. Les juges énoncent que l'objet du vol est le portrait du Président de la République, exposé dans les locaux d'une mairie, peu important sa valeur marchande.

16. Ils relèvent que les prévenus ont refusé de restituer le portrait volé tant que la politique du gouvernement n'aurait pas changé, alors même que le maire de la commune avait fait en ce sens une démarche amiable. Ils remarquent que la restitution du portrait aurait évité, si ce n'est les poursuites, du moins une perquisition du domicile de la prévenue.

17. Ils en déduisent que les poursuites engagées contre les prévenus ne constituent pas une ingérence disproportionnée dans l'exercice de leur liberté d'expression.

18. Ils soulignent, pour motiver la peine prononcée, que les prévenus n'ont pas des profils de délinquants et que le vol qu'ils ont commis, d'un bien d'une valeur d'environ 35 euros, s'explique seulement par leur engagement sincère en faveur de la protection de la planète et de la lutte contre le réchauffement climatique, ce dont il résulte qu'une amende de 400 euros avec sursis constitue une sanction adaptée et proportionnée.

19. En l'état de ces motifs, la cour d'appel a justifié sa décision, sans encourir les griefs du moyen.

20. En effet, la Cour de cassation est en mesure de s'assurer que, bien que l'action menée par les prévenus se soit inscrite dans le cadre d'une démarche militante et puisse être considérée comme une expression au sens de l'article 10 précité, la condamnation prononcée n'est pas disproportionnée au regard de la valeur symbolique du portrait du Président de la République et du refus de le restituer tant que leurs revendications ne seraient pas satisfaites, ainsi que de la circonstance que le vol a été commis en réunion.»

Une décision ultérieure a maintenu cette jurisprudence, à propos de faits relatifs à l'intrusion de manifestants sur le parvis de la cathédrale Notre-Dame (Crim., 12 octobre 2022, pourvoi n° 21-87.005).

•

En l'espèce, les motifs de l'arrêt critiqué sont les suivants :

« En l'espèce, il résulte de l'enquête et des déclarations recueillies que M. [K], Mme [Z], Mme [I], M. [O], Mme [W], M. [R], Mme [C] et M. [A] ont pénétré dans les locaux des mairies de [Localité 1], [Localité 2], [Localité 3] et [Localité 4], aux heures d'ouverture du public, se sont rendus dans les salles de mariage où étaient accrochés les portraits officiels du Président de la République et se sont emparés de ces biens au préjudice des mairies qui en sont les propriétaires et ont été dépossédées contre leur gré. Ces comportements constituent le délit de vol en réunion, incriminé pénalement par les articles 31 1-1, 311-4 du code pénal, ayant pour but légitime de protéger la propriété d'autrui.

Toutefois, les auteurs des faits ont accroché à la place du portrait officiel du président de la République, une affiche de la silhouette du chef de l'Etat avec la formule "Urgence sociale et climatique - où est Macron ?" et plusieurs d'entre eux étaient vêtus d'un tee-shirt portant la mention "ANV COP21 ", mouvement ayant pour objet d'informer, de sensibiliser le public et le gouvernement sur l'urgence à agir en matière climatique et de dénoncer ce que ses militants qualifient d'inaction, tous éléments dont il s'évince que les agissements incriminés se sont inscrits dans le cadre d'une action politique et militante, entreprise dans le but d'alerter sur un sujet d'intérêt général, dont l'objet est le dérèglement climatique.

En outre, les auteurs étaient dénués d'intérêt personnel ou financier, ils ont agi à visage découvert, et les faits, qui se sont déroulés de façon non violente, ont porté sur un bien de très faible valeur marchande, le préjudice financier de chaque mairie étant constitué par le prix de l'affiche, 8,90 euros et celle du cadre en verre de 80X50.

Enfin, le vol de portraits officiels du président de la République, remplacés par des affiches figurant la silhouette du chef de l'Etat, exprimait de façon purement symbolique, un message relatif à l'inaction climatique que dénonçaient les auteurs des faits, et dès lors, n'apparaît pas avoir présenté une atteinte à la dignité de la fonction ou à celle de la personne humaine.

Dans ces conditions, compte-tenu de la nature et du contexte des agissements en cause, l'incrimination pénale constitue en l'espèce, une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression.

En conséquence, les prévenus seront relaxés de ce chef de prévention, sans qu'il soit besoin de répondre au moyen de relaxe tiré de l'existence alléguée d'un état de nécessité.»

Il appartiendra à la Cour de cassation d'apprécier, le cas échéant, les mérites du moyen.

■

2- L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, relatif au droit au respect de la vie privée et familiale énonce :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

On ne reviendra pas sur les principes adoptés par la Cour EDH relativement à l'application de cet article qui, comme l'article 10, énonce un droit dérogeable.

Le simple fait de mémoriser des données relatives à la vie privée d'un individu constitue une ingérence au sens de l'article 8 (CEDH, arrêt du 26 mars 1987, *Leander c. Suède*, série A n°116 § 48). Peu importe que les informations mémorisées soient ou non utilisées par la suite (CEDH, [GC], arrêt du 16 février 2000, *Amann c. Suisse*, n°27798/95, § 69, 2000). Quant aux profils ADN, ils contiennent une quantité importante de données à caractère personnel uniques (CEDH., arrêt du 4 décembre 2008, *S. et Marper*, n°30562/04 et 30566/04, § 75).

Dans une décision relative à un prélèvement génétique pratiqué sur une personne ayant participé à une manifestation d'agriculteurs, la Cour EDH (arrêt du 22 juin 2017 *Aycaguer c. France*, n°8806/12) a jugé :

« 43. La Cour observe ensuite que le Conseil constitutionnel a rendu, le 16 septembre 2010, une décision déclarant les dispositions relatives au fichier incriminé conformes à la Constitution, sous réserve entre autres « de proportionner la durée de conservation de ces données personnelles, compte tenu de l'objet du fichier, à la nature ou à la gravité des infractions concernées » (paragraphe 15 ci-dessus). À ce jour, cette réserve n'a pas reçu de suite appropriée (paragraphe 14 et 42 ci-dessus). Ainsi, la Cour relève qu'aucune différenciation n'est actuellement prévue en fonction de la nature et de la gravité de l'infraction commise, et ce nonobstant l'importante disparité des situations susceptibles de se présenter dans le champ d'application de l'article 706-55 du CPP. La situation du requérant en atteste, avec des agissements qui s'inscrivaient dans un contexte politique et syndical, concernant de simples coups de parapluie donnés en direction de gendarmes qui n'ont pas même été identifiés (paragraphe 7 et 8 ci-dessus), par comparaison avec la gravité des faits susceptibles de relever des infractions particulièrement graves visées par l'article 706-55 du CPP, à l'instar notamment des infractions sexuelles, du terrorisme ou encore des crimes contre l'humanité ou de la traite des êtres humains pour ne citer que ces exemples. En cela, la présente affaire se distingue clairement, en particulier, de celles qui concernaient spécifiquement des infractions aussi graves que la criminalité organisée (*S. et Marper*, précité) ou des agressions sexuelles (*Gardel, B.B. et M.B.*, précités).

44. Par ailleurs, s'agissant de la procédure d'effacement, il n'est pas contesté que celle-ci n'existe que pour les personnes soupçonnées, et non pour celles qui ont été condamnées, à l'instar du requérant. Or, la Cour estime que les personnes condamnées devraient également se voir offrir une possibilité concrète de présenter une requête en effacement des données mémorisées (*B.B. c France*, précité, § 68, et

Brunet, précité, §§ 41-43), et ce, comme elle l'a rappelé précédemment, afin que la durée de conservation soit proportionnée à la nature des infractions et aux buts des restrictions (paragraphe 37 ci-dessus ; cf., mutatis mutandis, Peruzzo et Martens c. Allemagne (déc.), nos 7841/08 et 57900/12, § 44, 6 juin 2013, ainsi que B.B. et M.B., précités, respectivement §§ 62 et 54).

45. Dès lors, la Cour estime que le régime actuel de conservation des profils ADN dans le FNAEG, auquel le requérant s'est opposé en refusant le prélèvement, n'offre pas, en raison tant de sa durée que de l'absence de possibilité d'effacement, une protection suffisante à l'intéressé. Elle ne traduit donc pas un juste équilibre entre les intérêts publics et privés concurrents en jeu.

46. Ces éléments suffisent à la Cour pour conclure que l'État défendeur a outrepassé sa marge d'appréciation en la matière. Dès lors, la condamnation pénale du requérant pour avoir refusé de se soumettre au prélèvement destiné à l'enregistrement de son profil dans le FNAEG s'analyse en une atteinte disproportionnée à son droit au respect de sa vie privée et ne peut passer pour nécessaire dans une société démocratique.

47. Partant, il y a eu violation de l'article 8 de la Convention. »

•

La loi n°2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure a donné aux officiers de police judiciaire un pouvoir de prélèvement externe sur tout témoin ou suspect.

Cette prérogative a un double objet, d'une part, la comparaison avec les traces et indices prélevés pour les nécessités de l'enquête, d'autre part, l'alimentation des fichiers de police.

A cet égard, le mémoire du procureur général fait grief à l'arrêt critiqué d'avoir écarté l'incrimination sans s'être expliqué sur le point de savoir si les relèvements n'avaient pas été justifiés par les nécessités de l'enquête.

Dans une décision rendue à ce propos (Cons. const., 13 mars 2003, décision n° 2003-467 DC), le Conseil constitutionnel a jugé :

« 54. Considérant que les dispositions contestées sont formulées en termes assez clairs et précis pour satisfaire aux prescriptions de l'article 34 de la Constitution ; que les « personnes susceptibles de fournir des renseignements sur les faits en cause » sont celles qui sont déjà tenues de comparaître devant l'officier de police judiciaire en vertu de l'article 62 du code de procédure pénale ; qu'il résulte des dispositions de l'article 706-54 du code de procédure pénale, dans sa rédaction issue de l'article 29 de la loi déferée, que les empreintes génétiques de ces personnes ne pourront en aucun cas être enregistrées, ni donc a fortiori conservées, dans le fichier national automatisé des empreintes génétiques ; que, dans ces conditions, lesdites personnes ne sont ni définies de façon trop imprécise, ni soumises, du fait de l'obligation nouvelle que leur impose l'article contesté, à une rigueur non nécessaire au sens de l'article 9 de la Déclaration de 1789 ;

55. Considérant, ainsi qu'il ressort de ses termes mêmes, éclairés par les débats parlementaires, que l'expression « prélèvement externe » fait référence à un prélèvement n'impliquant aucune intervention corporelle interne ; qu'il ne comportera donc aucun procédé douloureux, intrusif ou attentatoire à la dignité des intéressés ; que

manque dès lors en fait le moyen tiré de l'atteinte à l'inviolabilité du corps humain ; que le prélèvement externe n'affecte pas davantage la liberté individuelle de l'intéressé ; qu'enfin, le prélèvement étant effectué dans le cadre de l'enquête et en vue de la manifestation de la vérité, il n'impose à la « personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre l'infraction » aucune rigueur qui ne serait pas nécessaire ;

56. Considérant que les prélèvements externes ne portent pas atteinte à la présomption d'innocence ; qu'ils pourront, au contraire, établir l'innocence des personnes qui en sont l'objet ;

57. Considérant, enfin, qu'en l'absence de voies d'exécution d'office du prélèvement et compte tenu de la gravité des faits susceptibles d'avoir été commis, le législateur n'a pas fixé un quantum disproportionné pour le refus de prélèvement ; qu'il appartiendra toutefois à la juridiction répressive, lors du prononcé de la peine sanctionnant ce refus, de proportionner cette dernière à celle qui pourrait être infligée pour le crime ou le délit à l'occasion duquel le prélèvement a été demandé ; que, sous cette réserve, l'article 30 n'est pas contraire à la Constitution. »

L'article 55-1 du code de procédure pénale, dans sa version issue de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004, applicable jusqu'au 26 janvier 2022 prévoyait :

« L'officier de police judiciaire peut procéder, ou faire procéder sous son contrôle, sur toute personne susceptible de fournir des renseignements sur les faits en cause ou sur toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre l'infraction, aux opérations de prélèvements externes nécessaires à la réalisation d'examens techniques et scientifiques de comparaison avec les traces et indices prélevés pour les nécessités de l'enquête.

Il procède, ou fait procéder sous son contrôle, aux opérations de relevés signalétiques et notamment de prise d'empreintes digitales, palmaires ou de photographies nécessaires à l'alimentation et à la consultation des fichiers de police selon les règles propres à chacun de ces fichiers.

Le refus, par une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction, de se soumettre aux opérations de prélèvement, mentionnées aux premier et deuxième alinéas ordonnées par l'officier de police judiciaire est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. »

Il énonce désormais, en application de la loi n°2022-52 du 24 janvier 2022 relative à la responsabilité pénale et à la sécurité intérieure :

« L'officier de police judiciaire peut procéder, ou faire procéder sous son contrôle, sur toute personne susceptible de fournir des renseignements sur les faits en cause ou sur toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre l'infraction, aux opérations de prélèvements externes nécessaires à la réalisation d'examens techniques et scientifiques de comparaison avec les traces et indices prélevés pour les nécessités de l'enquête.

Il procède, ou fait procéder sous son contrôle, aux opérations de relevés signalétiques et notamment de prise d'empreintes digitales, palmaires ou de photographies nécessaires à l'alimentation et à la consultation des fichiers de police selon les règles propres à chacun de ces fichiers.

Le refus, par une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction, de se

soumettre aux opérations de prélèvement, mentionnées aux premier et deuxième alinéas ordonnées par l'officier de police judiciaire est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

Sans préjudice de l'application du troisième alinéa, lorsque la prise d'empreintes digitales ou palmaires ou d'une photographie constitue l'unique moyen d'identifier une personne qui est entendue en application des articles 61-1 ou 62-2 pour un crime ou un délit puni d'au moins trois ans d'emprisonnement et qui refuse de justifier de son identité ou qui fournit des éléments d'identité manifestement inexacts, cette opération peut être effectuée sans le consentement de cette personne, sur autorisation écrite du procureur de la République saisi d'une demande motivée par l'officier de police judiciaire. L'officier de police judiciaire ou, sous son contrôle, un agent de police judiciaire recourt à la contrainte dans la mesure strictement nécessaire et de manière proportionnée. Il tient compte, s'il y a lieu, de la vulnérabilité de la personne. Cette opération fait l'objet d'un procès-verbal, qui mentionne les raisons pour lesquelles elle constitue l'unique moyen d'identifier la personne ainsi que le jour et l'heure auxquels il y est procédé. Le procès-verbal est transmis au procureur de la République, copie en ayant été remise à l'intéressé. »

Le Conseil constitutionnel n'a pas été saisi à propos de ces dispositions modifiées et ne s'en est pas saisi d'office (Cons. const., 20 janvier 2022, décision n° 2021-834 DC).

Il est notable que l'article 7-1 du décret 87-149 du 8 avril 1987, modifié par le décret 2005-585 du 27 mai 2005, prévoit :

« I.-Sont effacées par le service gestionnaire :

1° Les traces et informations mentionnées au d du 1° de l'article 3, dès réception par ce service d'un avis l'informant de la découverte de la personne disparue ;

2° Les empreintes et informations mentionnées au 2° de l'article 3, dès réception par le service gestionnaire d'un avis l'informant du décès de la personne concernée ;

3° Les empreintes et informations mentionnées au 3° de l'article 3, dès réception par le service gestionnaire d'un avis l'informant de l'identification de la personne grièvement blessée ou décédée ;

4° Les traces et empreintes mentionnées au 5° de l'article 3 sur demande dudit organisme ou service ou parce que le service gestionnaire a été informé du décès de la personne en cause ou de sa découverte, lorsqu'il s'agit d'une personne disparue ;

5° Les empreintes et informations mentionnées au 6° de l'article 3, dès réception par le service gestionnaire d'un avis l'informant de l'identification de la personne décédée;

6° Les empreintes et informations liées en cas de décision de relaxe ou d'acquiescement devenue définitive, dès réception de l'avis en informant le service gestionnaire.

II.-Les empreintes et informations liées sont effacées en cas de décision de non-lieu, de classement sans suite pour absence d'infraction ou insuffisance de charges ou pour auteur inconnu, sauf si le procureur de la République estime que leur conservation apparaît nécessaire pour des raisons liées à la finalité du fichier au regard de la nature ou des circonstances de commission de l'infraction ou de la personnalité de la personne concernée.

Le procureur de la République ne peut s'opposer à l'effacement lorsque la prescription de l'action publique est acquise.

III.-Les empreintes et informations mentionnées aux 2° et 4° de l'article 3 sont effacées à la demande de l'intéressé, lorsque leur conservation n'apparaît plus nécessaire pour des raisons liées à la finalité du fichier au regard de la nature ou des circonstances de commission de l'infraction ou de la personnalité de la personne concernée.»

Ces dispositions, si elles sont comparables à celles qui, à propos du FNAEG, figurent dans les articles R 53-9 et suivants du code de procédure pénale, ne sont pas identiques en ce que ces dernières ne prévoient, pas, à l'instar des articles R. 53-13-2 et suivants du code précité, une obligation de notification de la décision du procureur de la République et une possibilité de recours devant le juge des libertés et de la détention.

*

Les articles 706-54 et suivants du code de procédure pénale sont consacrés au fichier national automatisé des empreintes génétiques.

Le FNAEG a été créé par la loi n°1998-468 du 17 juin 1998 relative aux infractions sexuelles et à la protection des mineurs.

Les textes afférents ont été modifiés en 2001, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2010, 2011, 2013, 2016, 2019, 2021 et 2022.

On se bornera à signaler la décision du Conseil constitutionnel (16 septembre 2010, décision n° 2010-25 QPC) prononcée en l'état de la législation antérieure à 2010, de conformité sous deux réserves :

« 18. Considérant, en cinquième lieu, que l'enregistrement au fichier des empreintes génétiques de personnes condamnées pour des infractions particulières ainsi que des personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient commis l'une de ces infractions est nécessaire à l'identification et à la recherche des auteurs de ces crimes ou délits ; que le dernier alinéa de l'article 706-54 renvoie au décret le soin de préciser notamment la durée de conservation des informations enregistrées ; que, dès lors, il appartient au pouvoir réglementaire de proportionner la durée de conservation de ces données personnelles, compte tenu de l'objet du fichier, à la nature ou à la gravité des infractions concernées tout en adaptant ces modalités aux spécificités de la délinquance des mineurs ; que, sous cette réserve, le renvoi au décret n'est pas contraire à l'article 9 de la Déclaration de 1789;

[...]

19. Considérant qu'aux termes du troisième alinéa de l'article 706-54, les officiers de police judiciaire peuvent également, d'office ou à la demande du procureur de la République ou du juge d'instruction, faire procéder à un rapprochement de l'empreinte de toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis un crime ou un délit, avec les données incluses au fichier, sans toutefois que cette empreinte puisse y être conservée ; que l'expression « crime ou délit » ici employée par le législateur doit être interprétée comme renvoyant aux infractions énumérées par l'article 706-55 ; que, sous cette réserve, le troisième alinéa de l'article 706-54 du code de procédure pénale n'est pas contraire à l'article 9 de la Déclaration de 1789. »

On indiquera en outre que l'article 706-54-1 du code de procédure pénale, issu de la n°2019-222 du 23 mars 2019 résulte de l'arrêt de la Cour EDH précité, du 22 juin 2017.

Les dispositions invoquées par le mémoire, dans leurs versions ici applicables, sont :

Article 706-54, alinéas 2 et 3 : « les empreintes génétiques des personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient commis l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 sont également conservées dans ce fichier sur décision d'un officier de police judiciaire agissant soit d'office, soit à la demande du procureur de la République ou du juge d'instruction ; il est fait mention de cette décision au dossier de la procédure.

Les officiers de police judiciaire peuvent également, d'office ou à la demande du procureur de la République ou du juge d'instruction, faire procéder à un rapprochement de l'empreinte de toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 avec les données incluses au fichier, sans toutefois que cette empreinte puisse y être conservée. »

Article 706-54-1 : « les empreintes génétiques des personnes mentionnées au premier alinéa de l'article 706-54 peuvent être effacées sur instruction du procureur de la République, agissant à la demande de l'intéressé. A peine d'irrecevabilité, la personne ne peut former sa demande d'effacement qu'à l'issue d'un délai fixé par le décret prévu au dernier alinéa de l'article 706-54.

Les empreintes génétiques des personnes mentionnées au deuxième alinéa de l'article 706-54 sont effacées sur instruction du procureur de la République agissant soit d'office, soit à la demande de l'intéressé.

L'effacement des empreintes est prononcé lorsque leur conservation n'apparaît plus nécessaire compte tenu de la finalité du fichier. Lorsqu'il est saisi par l'intéressé, le procureur de la République informe celui-ci de la suite qui a été réservée à sa demande ; si le procureur de la République n'a pas ordonné l'effacement, l'intéressé peut exercer un recours devant le président de la chambre de l'instruction. »

Article 706-55 : « le fichier national automatisé des empreintes génétiques centralise les traces et empreintes génétiques concernant les infractions suivantes :

1° Les infractions de nature sexuelle visées à l'article 706-47 du présent code ainsi que le délit prévu par l'article 222-32 du code pénal ;

2° 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, prévus par les articles 221-1 à 221-5, 222-1 à 222-18, 222-34 à 222-40, 224-1 à 224-8, 225-4-1 à 225-4-4, 225-5 à 225-10, 225-12-1 à 225-12-3, 225-12-5 à 225-12-7 et 227-18 à 227-21 du code pénal ;

3° Les crimes et délits de vols, d'extorsions, d'escroqueries, de destructions, de dégradations, de détériorations et de menaces d'atteintes aux biens prévus par les articles 311-1 à 311-13, 312-1 à 312-9, 313-2 et 322-1 à 322-14 du code pénal ;

4° Les atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation, les actes de terrorisme, la fausse monnaie, l'association de malfaiteurs et les crimes et délits de guerre prévus par les articles 410-1 à 413-12, 421-1 à 421-6, 442-1 à 442-5, 450-1 et 461-1 à 461-31 du code pénal ;

5° Les délits prévus aux articles 222-52 à 222-59 du code pénal, aux articles L. 2339-2, L. 2339-3, L. 2339-4, L. 2339-4-1, L. 2339-10 à L. 2339-11-2, L. 2353-4 et L. 2353-13 du code de la défense et aux articles L. 317-1-1 à L. 317-9 du code de la sécurité intérieure;

6° Les infractions de recel ou de blanchiment du produit de l'une des infractions mentionnées aux 1° à 5°, prévues par les articles 321-1 à 321-7 et 324-1 à 324-6 du code pénal. »

Article 706-56, alinéas 1 et 3 : « I.-L'officier de police judiciaire peut procéder ou faire procéder sous son contrôle, à l'égard des personnes mentionnées au premier, au deuxième ou au troisième alinéa de l'article 706-54, à un prélèvement biologique destiné à permettre l'analyse d'identification de leur empreinte génétique. Préalablement à cette opération, il peut vérifier ou faire vérifier par un agent de police judiciaire placé sous son contrôle ou par un agent spécialisé, technicien ou ingénieur de police technique et scientifique placé sous son contrôle, que l'empreinte génétique de la personne concernée n'est pas déjà enregistrée, au vu de son seul état civil, dans le fichier national automatisé des empreintes génétiques.[...]

Les personnes requises conformément à l'alinéa précédent peuvent procéder, par tous moyens y compris télématiques, à la demande de l'officier de police judiciaire, du procureur de la République ou du juge d'instruction, aux opérations permettant l'enregistrement des empreintes dans le fichier national automatisé des empreintes génétiques. »

Les alinéas 6 à 8 du même texte précisent :

« II.-Le fait de refuser de se soumettre au prélèvement biologique prévu au premier alinéa du I est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

Lorsque ces faits sont commis par une personne condamnée pour crime, la peine est de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.

Nonobstant les dispositions des articles 132-2 à 132-5 du code pénal, les peines prononcées pour les délits prévus au présent article se cumulent, sans possibilité de confusion, avec celles que la personne subissait ou celles prononcées pour l'infraction ayant fait l'objet de la procédure à l'occasion de laquelle les prélèvements devaient être effectués. »

Les articles R 53-9 et suivants du code de procédure pénale, relatifs au FNAEG, explicitent les conditions de mise en oeuvre de la loi, notamment quant à la procédure d'effacement des enregistrements.

•

Les juges du fond doivent répondre aux conclusions et mémoires qui invoquent la violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et une atteinte à la protection du droit à la vie privée ; ceci concerne aussi bien les chambres de l'instruction (Crim., 14 octobre 2020, pourvoi n°20-84.077, publié au Bulletin) que les chambres des appels correctionnels (Crim., 29 juin 2021, pourvoi n°21-80.186).

Cet examen requiert un contrôle de proportionnalité.

Encourt la cassation, sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'arrêt qui rejette une requête en relèvement de l'interdiction définitive du territoire français par des motifs qui méconnaissent le principe de proportionnalité destiné à assurer un juste équilibre entre, d'une part, le droit au respect de la vie privée et familiale, d'autre part, les impératifs de la défense de l'ordre public, de la prévention des infractions pénales et de la protection de la santé publique (Crim., 3 juin 2015, pourvoi n°14-86.507, Bull. n°138).

Au dernier état de sa jurisprudence, la Cour de cassation juge que compte tenu de la possibilité de solliciter l'effacement des données enregistrées dans le FNAEG, les

durées de conservation des empreintes génétiques sont proportionnées à la nature des infractions concernées et aux buts des restrictions apportées au droit au respect de la vie privée, garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (Crim., 15 janvier 2019, pourvoi n°17-87.185, Bull. n°11).

Cette appréciation a été confirmée (Crim., 28 octobre 2020, pourvoi n°19-85.812, publié au Bulletin) :

« Il résulte des articles 706-54 à 706-56 et R. 53-13-2 à R. 53-13-16 du code de procédure pénale qu'une personne placée en garde à vue, à l'égard de laquelle il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elle a commis l'une des infractions visées à l'article 706-55 du code de procédure pénale doit se soumettre à un prélèvement biologique destiné à l'analyse de son empreinte génétique, qui sera conservée dans le fichier national automatisé des empreintes génétiques.

Le refus de se soumettre à ce prélèvement constitue une infraction pénale. Le caractère obligatoire de ce prélèvement et la sanction encourue en cas de refus ne méconnaissent pas l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, car la personne qui n'a pas été condamnée pour l'infraction à l'occasion de laquelle le prélèvement a été effectué peut demander au procureur de la République l'effacement de son empreinte génétique du fichier automatisé, et dispose d'un recours juridictionnel effectif en cas de rejet de sa demande ou de défaut de réponse. »

La conformité du texte en lui-même n'a cependant été jugée acquise qu'avec l'entrée en vigueur du décret n°2021-1402 du 29 octobre 2021, qui fixe le délai à l'expiration duquel les personnes condamnées peuvent solliciter l'effacement de leurs empreintes génétiques (Crim., 8 décembre 2021, pourvoi n°20-84.201, publié au Bulletin).

La conformité de principe des dispositions relatives au FNAEG n'exclut pas la possibilité d'écarter l'incrimination qui s'attache au refus de se soumettre aux prélèvements, à l'issue d'un contrôle de proportionnalité qui porte sur l'application concrète, au cas d'espèce, de l'article 706-56 du code de procédure pénale.

Une cour d'appel a pu, sans se contredire, énoncer, d'une part, que les articles 706-54 à 706-56, R. 53-9 et suivants du code de procédure pénale, dans leur rédaction en vigueur à la date des faits, n'étaient pas contraires en eux-mêmes à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et retenir, d'autre part, dans le cadre de l'exercice de son contrôle de proportionnalité, une disproportion entre les faits reprochés aux prévenus et l'atteinte au respect de leur vie privée résultant de l'enregistrement de leur empreinte génétique au FNAEG (Crim., 22 septembre 2021, pourvoi n°20-80.489, publié au Bulletin).

*

L'application de l'article 55-1 du code de procédure pénale est soumise aux mêmes conditions de proportionnalité.

Est proportionnée au regard des impératifs de la sûreté publique, de la prévention des infractions pénales et de la protection de la santé publique, au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'atteinte à l'intimité de la personne mise cause et ayant reconnu sa culpabilité du chef de dégradations volontaires de bien public, infraction délictuelle, résultant de la prise et de la conservation de ses

empreintes digitales pendant une durée qui n'a pas dépassé quinze ans (Crim., 21 avril 2020, pourvoi n°19-85.089).

On citera un arrêt plus récent (Crim., 3 mars 2021, pourvoi n°19-86.847) :

« 32. L' article 55-1 du code de procédure pénale réprime le refus, par une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction, de se soumettre aux opérations de relevés signalétiques nécessaires à l'alimentation et à la constitution des fichiers de police, en particulier à la prise de ses empreintes digitales.

33. La Cour européenne des droits de l'homme a estimé que, si la prise d'empreintes digitales et leur conservation dans un fichier constituent une ingérence dans le droit reconnu à toute personne au respect de sa vie privée, prévu par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, cette ingérence est, en France, prévue par la loi - l' article 55-1 précité et le décret n°87-249 du 8 avril 1987 - les modalités de consultation du fichier étant strictement encadrées (CEDH K. C. France, 18 avril 2013, Requête n°19522/09). Par cette décision, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé, cependant, que les modalités de collecte et de conservation des données prévues en France étaient insuffisantes au regard des exigences de la Convention, les données pouvant être prélevées en cas de simple contravention, et conservées pendant une durée excessive, sans garantie de leur effacement pour les personnes reconnues innocentes.

34. Par le décret n°2015-1580 du 2 décembre 2015, tirant les conclusions de cette décision, la France a modifié le décret précité du 8 avril 1987, pour exclure le relevé d'empreintes digitales en matière contraventionnelle, limiter la durée de leur conservation et prévoir leur effacement du fichier en cas de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement.

35. Il en résulte que :

- d'une part, l'obligation, pour une personne soupçonnée d'un crime ou d'un délit, de se soumettre au relevé de ses empreintes digitales, de même que la sanction prévue en cas de refus, ne constituent pas une ingérence excessive dans le droit au respect de sa vie privée et familiale, reconnu par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ;
- d'autre part, la relaxe de l'infraction à l'occasion de laquelle le relevé a été effectué n'est pas contradictoire avec la condamnation pour refus de se soumettre à ce prélèvement.»

On pourra s'interroger sur la combinaison des dispositions du décret de 1987 modifié avec les exigences posées par l'arrêt du 28 octobre 2020.

•

En l'espèce, les motifs de l'arrêt critiqué sont les suivants :

« Si les mesures énoncées aux articles 706-54 al2 et 3, 706-54-1, 706-55, 706-56 al et3, 55-1 al2 et 3, R 53-9 et suivants du code de procédure pénale, sont nécessaires Pour parvenir à l'objectif de prévention et de répression des infractions les plus graves, le juge est néanmoins chargé de vérifier la proportionnalité de leur mise en oeuvre avec le droit au respect de la vie privée, garanti par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme.

En l'espèce, les prévenus ont refusé de se soumettre au prélèvement biologique et aux opérations de relevés signalétiques alors qu'ils n'avaient pas le statut de condamné,

mais celui de personne contre laquelle il existait des raisons plausibles de soupçonner qu'elle avait commis l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 du code de procédure pénale, à savoir un délit de vol aggravé par deux circonstances.

Cependant, ils avaient commis des faits dans un cadre d'une action politique et militante dans le but d'alerter sur un sujet d'intérêt général, qui présentaient un caractère de peu de gravité, en disproportion avec le délit aggravé par deux circonstances dont ils étaient soupçonnés lorsqu'ils ont refusé de se soumettre au prélèvement biologique et aux opérations de relevés signalétiques, ce dont il s'ensuit que la mise en oeuvre des dispositions légales portait une atteinte disproportionnée au respect de leur vie privée au sens de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme.

En conséquence, MM. [K], [O], [A] et Mme [I] seront relaxés du chef de refus de se soumettre au prélèvement biologique et M. [K] sera également relaxé du chef de refus de se soumettre aux opérations de relevés signalétiques. »

Il appartiendra à la Cour de cassation d'apprécier, le cas échéant, les mérites du moyen.