

# La régularité de la détention provisoire et son contrôle par les juridictions nationales et la Cour Européenne DDH\*

*Un aperçu sur des questions d'application et d'interprétation de l'article 5 § 1 lit. c) de la  
Convention Européenne de Droits de l'Homme  
et des conséquences possibles en cas de violation.*

## Introduction

L'article 5 de la Convention EDH est une des normes à la fois les plus invoquées et les moins compréhensibles de la Convention.<sup>1</sup> Le problème remonte à la création de la Convention. Les fondateurs de la Convention ont tenté de créer une norme dans la tradition de l'acte « *habeas corpus* » pour protéger le plus largement possible les droits à la liberté et à la sûreté ; mais, contrairement à ce qu'ils avaient dans les autres articles de la Convention, ils ont choisi de tenter de rédiger un règlement très détaillé au lieu de fixer un principe plus ou moins vaste.<sup>2</sup> Ainsi, l'article 5 est devenu une norme précise et détaillée – qui contient, entre autres, une liste exhaustive des motifs valables pour une privation de liberté<sup>3</sup> – qui fait, dans une mesure inconnue dans les autres articles, référence au droit national. En conséquence, l'article précité est devenu une norme qui pose un certain nombre de problèmes dans son application concrète. Cet inconvénient se voit renforcé par le fait que la norme en elle-même n'est pas facile à comprendre – mais qu'elle a à jouer un rôle d'autant plus primordial pour une protection adéquate des poursuivis. Or, malgré ces problèmes, les garanties de la liberté et de la sûreté de la personne, et surtout ses droits procéduraux, sont à la base d'un Etat de droit et indispensables pour ce dernier s'il prend au sérieux la notion d'« Etat de droit ». C'est à juste titre que,

---

\* par Karolin Krockner, Daniel Barth et Michael Hößl – stagiaires en droit auprès de la Cour d'Appel de Brandebourg, terminant leur formation en novembre 2010.

<sup>1</sup> Cf. déjà Trechsel, « *Die Garantie der persönlichen Freiheit (Art. 5 EMRK) in der Straßburger Rechtsprechung* », EuGRZ 1980, p. 514.

L'ancien président de la Cour Constitutionnelle Fédérale allemande, Roman Herzog, a même parlé d'une norme « confuse » - v. Herzog, « *Das Grundrecht auf Freiheit in der Europäischen Menschenrechtskonvention* », AöR 86, p. 194, 195.

<sup>2</sup> En règle générale, les droits de la CEDH présentent en quelque sorte des clauses générales comme dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme des Nations Unies du 10 décembre 1948. Une telle construction plus vaste et généraliste permet aux organes d'interprétation compétents d'élargir successivement le champ d'application de la norme et d'adapter ainsi les garanties aux besoins des sociétés qui évoluent (par ex. la Cour de Strasbourg a compris dans la garantie de l'Art. 8 al. 1er – protection de la correspondance – non pas seulement la correspondance écrite classique sous forme de lettre, mais aussi les entretiens téléphoniques ainsi que la correspondance écrite électronique – v. CEDH, affaire « *Weber et Saravia c/ Allemagne* », NJW 2007, 1433) ; mais en même temps, cela élargit le risque qu'un Etat tente de se cacher derrière un tel manque de précision et invoque des mesures critiquables sous prétexte qu'elles sont licites.

<sup>3</sup> voir Chapitre 1<sup>er</sup>, Section 3, 3/ ; page 10.

depuis longtemps, le droit de la procédure pénale est considéré comme étant du « droit constitutionnel appliqué »<sup>4</sup> ou vécu.

A une époque où l'existence même de l'Etat moderne et de ses fondements est mise en cause par certains, il apparaît à quel niveau l'Etat prend au sérieux, ou pas, les libertés publiques garanties à chaque individu. Qu'il s'agisse de cas récents ou plus datés, il existe suffisamment d'exemples. De plus en plus, les autorités publiques mettent en détention les suspects au cours des enquêtes et ce, quelques fois, pour des motifs douteux. De ce fait, il semble important d'étudier, dans un premier temps, les conditions dans lesquelles un suspect peut être mis en détention provisoire – selon le droit national et selon le droit international (chapitre 1<sup>er</sup>). Puis, dans un deuxième temps, il faudra examiner sous un angle de vue critique le contrôle du respect effectué dans ces conditions (chapitre 2<sup>nd</sup>). Enfin, nous allons consacrer la fin de cette analyse aux droits des personnes concernées en cas de violation du droit de l'Art. 5 § 1 lit. c) CEDH selon l'alinéa 5 de ladite norme (chapitre 3).

### **Chapitre 1<sup>er</sup> : Les conditions d'une détention régulière**

Dans une étude du droit de la détention provisoire régulière, il faut tout d'abord envisager les conditions posées pour une détention provisoire. Pour cela, il faudra d'abord vérifier quelles sont les dispositions du droit national quant à une telle privation de liberté (section 2), puis les comparer aux exigences du droit international (section 3). Dans ce but, un exemple concret devra nous aider à guider et mieux comprendre le système de l'article 5 CEDH (section 1). Enfin, il se révèle nécessaire de vérifier l'étendu de l'application de ces garanties (section 4).

### **Section 1 : Un exemple récent - le cas de Verena Becker**

Le 7 avril 1977, un groupe de la RAF<sup>5</sup>, composé de deux personnes et d'un complice, a commis un attentat meurtrier à Karlsruhe, qui a eu pour victime le procureur général fédéral de la République. Celui-ci a été tué, ainsi que ses deux complices. Un mois plus tard, Verena Becker et son accompagnateur Günter Sonnenberg – qui avait loué la voiture qui avait servi aux terroristes pour fuir lors de l'attentat – ont été arrêtés à Singen, près du lac de Constance. A ce moment, Sonnenberg était en possession du fusil utilisé lors de l'attentat contre le procureur général – fusil dont ils ont fait usage contre les forces de l'ordre lors de leur arrestation. Pour

---

<sup>4</sup> Sax, in: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner* (éd.), « *Die Grundrechte* », tome III/2, 1959, p. 967 ; de même BGHSt 19, 325, 330 ; BVerfGE 32, 373, 383.

<sup>5</sup> La « Rote Armee Fraktion » – RAF – était un groupe de terroristes d'extrême gauche, fondé par Andreas Baader, Gudrun Ensslin, Horst Mahler et Ulrike Meinhof, qui avait, à partir de 1970, commis jusqu'à sa dissolution en 1998 34 meurtres, plusieurs braquages de banque et des attentats à la bombe.

ce refus violent au cours de l'arrestation du 3 mai 1977, Verena Becker a été condamnée le 28 décembre 1977 à la prison à perpétuité. L'exécution de cette peine prononcée a été mise en sursis par une grâce présidentielle le 1<sup>er</sup> décembre 1989 ; puis elle a été exonérée du résidu de la peine encourue le 30 avril 1995 par la grâce présidentielle. Quant à l'enquête menée contre elle pour complicité lors de l'attentat du 7 avril 1977, l'autorité de poursuite y a mis fin en décidant un non-lieu faute de preuves le 31 mars 1980 en vertu du § 170 al. 2 du Code de la procédure pénale allemand (StPO). Depuis ce temps, Verena Becker vit dans la maison de sa sœur et se trouve bien intégrée dans la famille de celle-ci. Depuis 2005, elle reçoit une petite retraite, qui est complétée par des subventions RMI.

Au cours de l'année 2008, des nouveaux indices en faveur d'une participation quelconque de Verena Becker audit attentat du 7 avril 1977 sont apparus. Ainsi, le 9 avril 2008, le ministère public a ordonné la reprise de l'enquête contre Verena Becker pour ce crime. En l'espèce, des traces ADN et des notes personnelles de Verena Becker avaient été trouvées, qui ont pu être mises en relation avec des traces dans des preuves de l'attentat encore conservées. Malgré le fait qu'on ne puisse pas conclure à une participation directe et sur place de Verena Becker, les indices renforcent le soupçon qu'elle avait plaidé à l'époque en faveur de la réalisation de l'attentat. Pour cela, le juge d'instruction auprès de la Cour de Cassation fédérale a édicté le 26 août 2009 un mandat d'arrêt contre Verena Becker au motif de présomption grave de complicité de meurtre à l'encontre du procureur général et de ses deux accompagnateurs le 7 avril 1977. Après arrestation le 27 août 2009 et audience personnelle par le juge d'instruction, ce dernier avait décidé le maintien en exécution du mandat d'arrêt le 28 août 2009. Verena Becker a fait recours contre cette décision. La Cour de Cassation a donné suite, le 23 décembre 2009, à ce recours en annulant le mandat d'arrêt du 26 août 2009 et ordonné la mise en liberté de Verena Becker.<sup>6</sup>

## **Section 2 : Les conditions d'une détention provisoire régulière en droit national**

Ce cas bref devra, dans la suite de notre analyse, nous être utile dans l'étude et la compréhension des conditions pour que la détention provisoire respecte les règles. Ainsi, nous allons dans une première étape voir les exigences posées par le droit national pour une privation de liberté au motif d'une détention provisoire. En l'espèce, c'est § 112 StPO qui règle dans ses trois alinéas les conditions pour une détention provisoire en droit allemand. Ces trois conditions sont, d'une part exiger des indices graves ou concordants rendant vraisemblable la participation – comme auteur ou comme complice – à la commission d'une infraction (1/), d'autre

---

<sup>6</sup> pour plus de détails v. le résumé des faits de la décision de la Cour de Cassation fédérale, NStZ 2010, 445.

part avoir un motif d'arrestation au sens technique selon l'alinéa 2 ou 3 (2/), et enfin respecter le principe de la proportionnalité (3/).

1/ Des indices graves ou concordants rendant vraisemblable la participation, comme auteur ou comme complice, à la commission des infractions, § 112 al. 1<sup>er</sup>, phrase 1 StPO

Premièrement, le droit national exige l'existence d'une présomption de commission d'une infraction et que cette présomption ait atteint un degré suffisant de telle manière qu'on puisse parler d'indices graves ou concordants rendant vraisemblable la participation, à la commission des infractions. Or, le législateur n'a nulle part précisé ce qu'il faut entendre exactement par ce type de présomption. En général, on peut dire, « *la présomption est une appréciation, apportée par un organe de poursuite [...], en vertu d'une situation concrète, portant sur une personne donnée.* »<sup>7</sup> La jurisprudence l'a défini de telle manière, que soit établie l'existence d'indices graves portant la présomption si selon les constatations de l'enquête menée il existe une forte probabilité en faveur de l'accomplissement d'une infraction par l'inculpé en qualité d'auteur ou participant, peu importe qu'il ait réalisé ou juste tenté l'infraction.<sup>8</sup> A cet égard, il convient de souligner qu'une telle appréciation se trouve toujours en opposition avec la présomption d'innocence de l'Art. 6 § 2 CEDH, ce qui nécessite un examen soigneux des faits.

Dans la définition établie par la jurisprudence, nous pouvons dégager deux éléments constitutifs de cette première condition. D'un côté, c'est l'élément de preuve, qui justifie la probabilité accrue ; de l'autre côté, c'est l'élément matériel du droit pénal, à savoir l'infraction en question. Dans le cas de Verena Becker, l'élément de preuve ne posait pas de problème au juge d'instruction puisque les constatations de l'enquête presque ont engendré la certitude d'une participation quelconque de Madame Becker audit attentat du 7 avril 1977. On avait à ce moment-là trouvé des traces de son ADN, des notes personnelles sur l'attentat et des témoins qui l'avaient dénoncée. Par contre, les problèmes pour le juge d'instructions étaient posés dans le cas d'espèce plutôt par l'élément de l'infraction et la qualité de celle-ci – car la classification de la participation en tant qu'auteur, coauteur ou participant a une forte influence sur l'avis comminatoire joué ainsi directement sur les exigences à poser au niveau des indices requis pour justifier la proportionnalité de la mesure.

---

<sup>7</sup> Paeffgen, « Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts », p. 75.

<sup>8</sup> v : BGH, NStZ 1992, 449 ; BVerfG, NJW 1996, 1049.

## 2/ Motif d'arrestation au sens technique, § 112 alinéas 2 et 3 StPO

§ 112 alinéa 2 StPO énumère les motifs d'arrestation au sens technique. Ce sont le danger de fuite du délinquant, le danger de disparition des indices ou de corruption des témoins, la fuite du délinquant. De plus, § 112 alinéa 3 StPO justifie un mandat d'arrêt s'il existe le soupçon d'avoir commis un meurtre ou un autre crime grave qui se trouve énuméré dans ledit alinéa. Ce dernier motif demande des explications : même si le texte suggère qu'il suffit d'avoir commis ou d'avoir participé à la commission d'une des infractions énumérées, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a jugé qu'un mandat d'arrêt ne pouvait pas être basé uniquement sur des indices, même si l'infraction est une infraction grave.<sup>9</sup> Les juges de Karlsruhe ont appelé à une interprétation du § 112 al. 3 StPO qui se conforme aux exigences du droit constitutionnel. Ainsi, il doit y avoir au moins un danger de fuite du prévenu ou un autre des motifs d'arrestation de l'alinéa 2. Pourtant, le niveau du danger requis peut être plus léger : Aux yeux de la Cour constitutionnelle fédérale, un mandat d'arrêt peut valablement être édicté si « *l'hypothèse de la fuite [du prévenu] n'est pas à écarter* »<sup>10</sup>. Il convient de souligner que selon l'interprétation donnée par les juges de Karlsruhe, la seule existence de l'hypothèse du danger de fuite ne peut – même pour les infractions énoncées à l'alinéa 3 du § 112 StPO – jamais justifier une privation de liberté sans qu'un autre motif d'arrêt au sens de l'alinéa 2 l'accompagne.<sup>11</sup>

Dans le cas de Verena Becker, la Cour de cassation fédérale s'est finalement prononcée contre l'existence d'une telle hypothèse en se fondant sur trois raisons : tout d'abord, la participation anticipée constituait seulement une complicité, pour laquelle les juges ne considéraient l'avis comminatoire pas assez grave à motiver la fuite de Verena Becker. Ensuite, cette dernière était bien installée dans une ambiance familiale. Finalement, puisque Madame Becker faisait déjà l'objet d'une arrestation en vertu des délits réalisés lors du 3 mai 1977, pour la participation à l'attentat du 7 avril 1977 il devait y avoir, selon la théorie de la peine globale pour plusieurs infractions, une réduction de la peine prévue.

## 3/ Le respect du principe de la proportionnalité, § 112 al. 1<sup>er</sup>, phrase 2 StPO

En vertu des droits fondamentaux, toute ingérence étatique dans une des libertés énoncées dans la charte des droits fondamentaux doit être la mesure la moins grave et absolument nécessaire. Ainsi, une détention provisoire ne se conforme aux exigences constitutionnelles que si l'arrestation est indispensable pour assurer la poursuite pénale de l'infraction. En plus, il ne

---

<sup>9</sup> BVerfGE 19, p. 342, 350 s.

<sup>10</sup> *ibid.* – « *Fluchtgefahr nicht auszuschließen ist* ».

<sup>11</sup> v : Roxin/Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 26<sup>ème</sup> édition, § 30 n° 10.

doit pas exister de mesures moins restrictives. Cette exigence générale du droit constitutionnel se voit au niveau du simple droit réédité pour la détention provisoire à l'al. 1<sup>er</sup> phrase 2 du § 112 StPO. Il appelle à scruter et considérer la signification de l'infraction et les détriments causés à l'emprisonné comme par exemple les effets négatifs sur sa situation professionnelle ou familiale ou bien sur son état de santé. La signification de l'infraction se mesure selon des critères comme l'avis comminatoire, le dommage causé, la brutalité de l'action ou encore l'énergie criminelle réalisée.

### **Section 3 : Les exigences posées par la Convention Européenne des Droits de l'Homme pour une détention provisoire régulière**

Ces conditions pré-examinées en droit national doivent se justifier devant les engagements souscrits par les Etats contractants vis-à-vis de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Bien entendu, cette dernière ne fixe que le consensus minimal nécessaire des conditions pour la régularité de la détention provisoire au niveau international. Comme en droit allemand, les Etats membres ont souvent posé des conditions plus strictes pour la régularité selon le droit interne, ce qui leur est, bien sûr, possible.

#### 1/ Privation de liberté

Le champ de l'article 5 CEDH n'est ouvert que dans un cas de privation de liberté. La Cour ne cesse de rappeler qu'en proclamant le « droit à la liberté », l'article 5 vise la liberté physique de la personne et que son but est d'assurer que nul n'en soit privé de manière arbitraire. Ainsi, il faut établir une distinction entre les privations de liberté selon l'article 5 CEDH, et les restrictions à la liberté de circulation, relevant de l'article 2 § 4 du Protocole 4. Selon la Cour, « *la distinction à établir entre privation et restriction de liberté n'est que de degré ou d'intensité, non de nature ou d'essence* »<sup>12</sup>. Les juges de Strasbourg ont précisé que les critères de distinction concernent uniquement le degré et l'intensité des restrictions de liberté, et non les différences de confort d'un régime de détention à l'autre.<sup>13</sup> En conséquence, nous sommes appelés à établir pour chaque cas une appréciation concrète pour savoir s'il y a privation de liberté ou simple restriction. Dans la mesure où l'on se trouve bien en présence d'une privation de liberté, l'article 5 CEDH pose des conditions strictes pour que la privation de liberté soit régulière.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> CEDH, 2 oct. 1980, affaire « Guzzardi c/ Italie », § 93.

<sup>13</sup> v. CEDH, 28 nov. 2002, affaire « Lavents c/ Lettonie », § 62.

<sup>14</sup> Les juges de Strasbourg ont à plusieurs reprises exhorté à une interprétation étroite des privations de liberté autorisées – v. CEDH, affaire « Winterwerp c/ Pays-Bas » du 24 oct. 1979, § 37.

## 2/ Les conditions d'une détention provisoire régulière selon la Convention EDH

Bien que la Convention énonce des conditions détaillées pour qu'une privation de liberté soit admise (*infra*, c)), la tentative des pères fondateurs de la Convention de répondre avec l'article 5 à toute question possible n'a pas été fructueuse. En particulier, la Convention ne semble pas se prononcer sur la nécessité de la régularité de la privation de liberté en vertu des procédures prescrites en droit interne (*infra*, a)) et des exigences posées quant à la qualité de cette procédure prévue par la loi (*infra*, b)).

### a) La nécessité de la régularité de la détention et les exigences

Ainsi, dans un premier temps, la question de la nécessité du respect des procédures nationales pour la régularité de la détention provisoire a obtenu des réponses variées – en majorité affirmatives, mais également, parfois négatives. Le problème résulte d'une imprécision des textes conventionnels : tandis que le texte authentique anglais exige dans chacune des six lettres permettant une détention dans l'article 5 § 1 que la privation de liberté soit « *lawful* », le texte authentique français ne fait la reprise de l'adverbe « *régulièrement* » ou de l'adjectif « *régulière* » qu'à cinq reprises – et ne le cite en particulier pas pour la détention provisoire selon l'article 5 § 1 lit. c).<sup>15</sup> Or, la Cour a très tôt profité de l'occasion de souligner la finalité sous-jacente de l'article 5 § 1 : « *Dans une société démocratique adhérant à la prééminence du droit, une détention arbitraire ne peut jamais passer pour régulière.* »<sup>16</sup> Aux yeux de la Cour, cette finalité est reflétée non seulement par l'utilisation des adverbes ou adjectifs dans les clauses a) à f) de l'article 5 § 1 CEDH, mais surtout par l'expression utilisée pour introduire ces clauses et selon laquelle toute privation de liberté doit se passer « selon les voies légales ». Ainsi, dans l'affaire *Guzzardi c/ Italie*<sup>17</sup>, la Cour a clairement souligné que la condition de la régularité de la détention en vertu de la procédure nationale était impliquée, sans être explicitement mentionnée, ainsi que dans le cas de la lettre c) du § 1 de l'article 5.<sup>18</sup>

### b) La base légale en droit interne

Si la régularité de la détention selon le droit interne est requise, il faut nécessairement une base légale en droit interne qui prescrit une procédure à respecter pour la privation de liberté.<sup>19</sup> Soucieuse de ne pas forcer la distinction entre pays du *common law* et pays « continen-

<sup>15</sup> v. sur ce problème déjà *Herzog*, « *Das Grundrecht auf Freiheit in der Europäischen Menschenrechtskonvention* », AöR 86, p. 194, 197 et 210 à 212.

<sup>16</sup> CEDH, affaire « *Winterwerp c/ Pays-Bas* » du 24 oct. 1979, § 37, où elle confirme que le but de l'Art. 5 al. 1<sup>er</sup> est d'« *assurer que nul ne soit arbitrairement dépouillé de sa liberté* ». Dans son arrêt « *Kurt c/ Turquie* » du 25 mai 1998, la Cour a réaffirmé l'importance fondamentale « *du but même de l'article 5 : protéger l'individu contre l'arbitraire* » (§ 122).

<sup>17</sup> CEDH, requête 7367/76 – arrêt du 6 nov. 1980.

<sup>18</sup> v : CEDH, affaire « *Guzzardi c/ Italie* » du 6 nov. 1980, § 102.

<sup>19</sup> v : CEDH, affaire « *Engel et al. c/ Pays-Bas* » du 8 juin 1976, § 68 ; CEDH, affaire « *Winterwerp c/ Pays-Bas* » du 24 oct. 1979, § 39 ; CEDH, affaire « *Denizci et al. c/ Chypre* » du 23 mai 2001, § 392.

taux », la Cour de Strasbourg a adopté une conception fort souple de la « base légale », qui l'avait conduite à admettre que « *le mot 'loi' englobe à la fois le droit écrit et le droit non écrit* »<sup>20</sup>. Effectivement, elle a établie la distinction entre la loi matérielle et la loi formelle.<sup>21</sup> Ainsi, en ce qui concerne le domaine de la loi écrite, la Cour a estimé que la loi au sens de la Convention « *est le texte en vigueur tel que les juridictions compétentes l'ont interprété en ayant égard, au besoin, à des données techniques nouvelles* »<sup>22</sup> ; tout en exigeant une certaine « qualité » du texte en question pour lui reconnaître la qualité de « loi »<sup>23</sup> : c'est en particulier à partir de l'arrêt *Amuur c/ France*<sup>24</sup> que la Cour, invoquant la prééminence du droit, a considéré que les termes « selon les voies légales » concernent aussi la qualité de la loi, laquelle implique qu'une loi nationale, autorisant une privation de liberté, doit être suffisamment accessible et précise afin d'éviter tout risque d'arbitraire.<sup>25</sup> Ainsi, les juges ont intimement établi une liaison avec le principe de la prééminence du droit, « *notion inhérente à l'ensemble des articles de la Convention.* »<sup>26</sup>

### c) Les motifs admis pour une détention provisoire régulière

En ce qui concerne enfin l'article 5 § 1 lit. c) CEDH, il faut distinguer deux catégories de motifs contenus : d'un côté, il y a la détention répressive, à laquelle nous nous intéresserons ; de l'autre côté, l'article 5 § 1 lit. c) permet aussi une détention provisoire<sup>27</sup>, qui ne sera pas considérée dans cette étude. En ce qui concerne la détention à titre répressif, on peut lire dans le texte conventionnel qu'une détention peut avoir lieu en vue de conduire l'intéressé devant l'autorité judiciaire compétente, « *lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction [...] ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci* ».

Le texte exige ainsi dans tous les cas une infraction commise. Encore une fois, cette notion nous renvoie au droit national, auquel il incombe de déterminer les infractions incriminées.<sup>28</sup> Néanmoins, il faut se demander si la notion d'infraction utilisée dans la Convention englobe aussi le droit relatif aux dispositions légales ne constituant plus d'infractions pénales. Etant donné le but énoncé par la Convention de l'article 5 § 1, qui est de conduire l'intéressé devant

---

<sup>20</sup> CEDH, affaire « *Sunday Times c/ Royaume Uni (n° 1)* » du 26 avril 1979, § 47.

<sup>21</sup> v : CEDH, affaire « *Kruslin c/ France* » du 24 avril 1990, § 29.

<sup>22</sup> *ibid.*

<sup>23</sup> v : CEDH, affaire « *Malone c/ Royaume-Uni* » du 2 août 1984, § 67 ; CEDH, affaire « *Kruslin c/ France* » du 24 avril 1990, § 30.

<sup>24</sup> CEDH, requête 19776/92 – arrêt du 25 juin 1996.

<sup>25</sup> v : CEDH, affaire « *Amuur c/ France* » du 25 juin 1996, § 50.

<sup>26</sup> *ibid.*

<sup>27</sup> pour un exemple de celle-ci v. CEDH, affaire « *Ječius c/ Lituanie* » du 31 juil. 2000.

<sup>28</sup> v : *Peukert*, in : *Frowein/Peukert* (éd.), « *EMRK-Kommentar* », 3<sup>ème</sup> édition, Art. 5, n° 59. Sur la compétence de la Cour de contrôler les conditions du droit matériel national, v. affaire « *Lukanov c/ Bulgarie* » du 20 fév. 1997, § 41 ; v. aussi *infra*, chapitre 2, section 2, 1/, p. 15.



l'autorité judiciaire compétente pour le faire juger à propos de l'infraction commise,<sup>29</sup> il ne semble pas opportun d'englober aussi des infractions au sens de peine de police, qui ne sont passibles que d'une amende forfaitaire.<sup>30</sup> Ainsi, le mot « infraction » utilisé n'est que le terme global pour les actes incriminés par le droit matériel national – pas nécessairement pénal<sup>31</sup> –, passibles d'une peine privative de liberté.<sup>32</sup> Si ce critère est complété, tout stade d'infraction peut faire l'objet d'une arrestation dans le but de mettre en place une détention provisoire, tant que ce stade est passible d'une peine.

La Convention stipule deux motifs valables pour une détention provisoire répressive : D'une part, l'existence de raisons plausibles de soupçons quant au fait qu'une infraction ait bien été commise ; d'autre part, le danger de fuite. Les deux doivent être fondés au moment de la décision de l'arrestation de l'intéressé, sur des raisons plausibles. Contrairement au droit allemand, la Convention n'exige donc pas un degré atténué de vraisemblance de telle manière qu'elle ne revendique pas des indices graves ou concordants rendant vraisemblable l'infraction. Le même degré de probabilité suffit pour affirmer le danger de fuite.<sup>33</sup>

Or, la Convention ne nous dit rien sur la question de savoir si ces deux motifs peuvent justifier indépendamment l'un de l'autre une détention provisoire, ou s'il est nécessaire qu'ils soient donnés conjointement. Les défenseurs du premier avis argumentent avec le libellé du texte, qui fait une distinction claire entre les raisons plausibles et le danger de fuite.<sup>34</sup> Cependant, il nous semble que la réponse à cette question ne peut être que celle donnée par le deuxième avis. Compte tenu du but de l'article 5 § 1, qui est de conduire l'intéressé devant l'autorité judiciaire, le motif du danger de fuite est une condition supplémentaire, qui doit exister à côté des raisons plausibles de soupçon et ce, de manière simultanée.<sup>35</sup> Une telle construction irait dans le même sens que les exigences pré-étudiées en droit allemand et permettrait ainsi un contrôle effectif sur deux niveaux.

---

<sup>29</sup> v : CEDH, affaire « Ječius c/ Lituanie » du 31 juil. 2000, § 50.

<sup>30</sup> de même : Peukert, in : Frowein/Peukert (éd.), « EMRK-Kommentar », 3<sup>ème</sup> édition, Art. 5, n° 59 ; Guradze, « Die Europäische Menschenrechtskonvention », Art. 5, note 18.

<sup>31</sup> v : CEDH, affaire « Engel et al. c/ Pays-Bas » du 8 juin 1976, §§ 56 ss.

<sup>32</sup> v : Gollwitzer, « Menschenrechte im Strafverfahren », Art. 5 EMRK, n° 64.

<sup>33</sup> v : Gollwitzer, « Menschenrechte im Strafverfahren », Art. 5 EMRK, n° 68.

<sup>34</sup> comme ci : Herzog, « Das Grundrecht auf Freiheit in der Europäischen Menschenrechtskonvention », AöR 86, p. 194, 221 ; Trechsel, « Die Garantie der persönlichen Freiheit (Art. 5 EMRK) in der Straßburger Rechtsprechung », EuGRZ 1980, p. 514, 524.

<sup>35</sup> v : Reindl, « Untersuchungshaft und Menschenrechtskonvention », p. 71 ; Gollwitzer, « Menschenrechte im Strafverfahren », Art. 5 EMRK, n°s 65 et 68 ; de même Kühne/Esser, « Die Rechtsprechung des EGMR zur Untersuchungshaft », StV 2002, p. 383, 386, qui demandent une précision du libellé du texte de la Convention tout en soulignant que le danger de fuite n'est qu'un exemple pour les motifs d'arrestation nécessaires à accompagner les raisons plausibles de soupçon.

### 3/ Le caractère exhaustif de l'article 5 CEDH

Si l'article 5 CEDH stipule dans son § 1 que nul ne peut être privé de sa liberté sauf dans les six cas prévus autour de la lettre c), la Cour a profité de l'occasion, dans l'arrêt *Winterwerp c/ Pays-Bas*<sup>36</sup>, pour préciser qu'il s'agit d'une liste exhaustive et limitée d'exceptions, appelant à une interprétation étroite. Ainsi, les Etats membres ne peuvent pas élargir, dans leurs systèmes de droit respectifs et selon leur gré, les causes d'une privation de liberté. Or, puisque le proverbe dit que « des temps spéciaux nécessitent des mesures spéciales », il se pose la question de savoir si les garanties pré-étudiées s'appliquent dans toutes les circonstances.

## **Section 4 : La portée des droits garantis – de la sûreté en tous cas ?**

### 1/ Dérogation à l'article 5 CEDH en vertu de l'article 15 CEDH

L'article 5 CEDH ne fait pas partie des droits intangibles énoncés par l'article 15 § 2 de la Convention. Ainsi, il faut dans un premier temps se demander sous quelles conditions il est possible aux Etats contractants de déroger aux garanties souscrites en limitant leur exercice.

Selon les termes de la Convention, toute Haute Partie Contractante a le droit, en cas de guerre ou de danger public menaçant la vie de la nation, de prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la Convention, à condition que ces mesures soient strictement limitées aux exigences de la situation et qu'elles ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international, en l'espèce donc surtout le droit international humanitaire.<sup>37</sup> Dans l'affaire *Lawless c/ Irlande*, la Cour a estimé que la notion de « guerre ou cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation » utilisée par la Convention désigne, en effet, « *une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'État* »<sup>38</sup>. Selon cette jurisprudence, la nécessité d'adopter des mesures limitatives peut être valablement assumée s'il y a existence de plusieurs éléments constitutifs : premièrement, il faut l'existence d'un danger public imminent, deuxièmement, ce danger doit avoir des effets sur l'ensemble de la nation et, troisièmement, il doit présenter une menace pour la communauté organisée. Finalement, le caractère d'un tel danger public doit être exceptionnel, afin que les limites possibles ou prévues par la Convention elle-même soient clairement insuffi-

---

<sup>36</sup> CEDH, requête 6301/73 – arrêt du 24 oct. 1979, § 37. La Cour confirma sa jurisprudence pré-établie dans les affaires « *Engel et al. c/ Pays-Bas* » du 8 juin 1976, § 57, et « *Irlande c/ Royaume-Uni* » du 18 janv. 1978, § 194.

<sup>37</sup> v. *Heintze*, « *Europäischer Menschenrechtsgerichtshof und Durchsetzung der Menschenrechtsstandards des humanitären Völkerrechts* », ZRP 2000, 506, 507, selon lequel Art. 15 CEDH se trouve à l'interface entre le système européen de protection des Droits de l'Homme et le droit international humanitaire.

<sup>38</sup> CEDH, 1<sup>er</sup> juill. 1961, affaire « *Lawless c/ Irlande (n° 3)* », § 28.

santes pour assurer le maintien de la sécurité, de la santé et de l'ordre public.<sup>39</sup>

Or, une telle menace ne peut être admise dans le cas présent de Verena Becker. La question aurait pu rester sans réponse si, dans les années 70, il y avait eu une situation de danger public due au terrorisme de la RAF<sup>40</sup> – en tout état de causes en 2009, au moment de l'arrestation en question de Verena Becker, une telle situation n'existe pas. Néanmoins, si dans le cas présent, une dérogation en vertu de l'article 15 CEDH ne peut pas être opérée, il faut se demander si ce droit ne peut être sujet à d'autres limitations en vertu de la Convention.

## 2/ L'exception d'irrecevabilité de se faire prévaloir les droits garantis selon l'article 17 de la Convention

Il remonte déjà à l'époque de Robespierre d'opposer l'exception d'irrecevabilité de se faire prévaloir desdits droits aux actions contraires au but des droits invoqués. Ainsi, Louis Antoine de Saint-Juste a proclamé : « *Pas de liberté pour les ennemies de la liberté* ». Certes, il ne semble pas approprié de faire valoir, dans un système de liberté et de protection des Droits de l'Homme, des pensées de la Terreur pendant la révolution française; le principe lui-même, par contre, est bien admis et nécessaire pour défendre les valeurs à la base des sociétés démocratiques. Ainsi, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a très tôt adopté ce point de vue dans sa jurisprudence<sup>41</sup> et a modifié l'exclamation précitée de telle manière qu'on puisse la résumer à ce qu'il n'existe pas de liberté *absolue* aux ennemies de la liberté.

Quant à la Convention Européenne des Droits de l'Homme, cette expression de la défense légitime du système démocratique contre des atteintes à son existence a retrouvé son expression dans l'article 17. D'après ce dernier, « *aucune des dispositions de la [...] Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention* ». – En tentant d'interdire l'abus des droits de la Convention, l'article 17 manque de préciser les droits que l'intéressé ne saurait invoquer. Or, si nous l'interprétons à la lettre, cet article irait au-delà des limites posées par l'article 15 § 2 CEDH, qui exonère les droits essentiels de la possibilité d'en déroger. Si,

---

<sup>39</sup> v. Meyer-Ladewig, « *Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention* », 2<sup>ème</sup> édition, Art. 15, n° 4 ; CEDH, 1<sup>er</sup> juill. 1961, affaire « Lawless c/ Irlande (n° 3) », § 28.

<sup>40</sup> La Cour avait affirmé l'existence d'une telle situation à cause des activités de l'I.R.A. dans l'affaire « Lawless c/ Irlande (n° 3) », § 28 ; la Commission des Droits de l'Homme l'avait préalablement affirmé dans l'affaire « Grèce c/ Royaume-Uni » du 02 juin 1956.

<sup>41</sup> BVerfGE 2, 1, 12 s.

concernant la liberté et la sûreté, une limite n'existait pas non plus, toute possibilité serait offerte aux Etats membres de priver un individu des garanties procédurales et de détourner les bases de l'Etat de droit.<sup>42</sup> Ainsi, l'ancienne Commission et la Cour ont précisé que cette disposition ne peut être prise que si l'intéressé entend se prévaloir de la Convention pour justifier ou accomplir des actes contraires aux droits et libertés qu'elle consacre<sup>43</sup> ; par contre, elle ne saurait le priver ni des droits intangibles, ni du droit à la liberté et à la sûreté, ni des droits inhérents au principe de la prééminence du droit.<sup>44</sup>

Commission et Cour accentuent dans leur fondement le but général de l'article 17 CEDH, qui est « *d'empêcher que des groupements totalitaires puissent exploiter en leur faveur les principes posés par la Convention* »<sup>45</sup>. Or, elles ne manquent pas de préciser qu'il ne faut pas priver de tous les droits et libertés garantis par la Convention les individus dont on constate qu'ils se livrent à des activités visant à détruire un quelconque de ces droits et libertés, car l'article 17 CEDH couvre essentiellement les droits qui permettraient, si on les invoquait, d'essayer d'en tirer le droit de se livrer effectivement à des activités visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la Convention, mais qui n'empêcheraient pas un individu de revendiquer la protection des articles 5 et 6 (art. 5, art. 6) de la Convention.<sup>46</sup> On peut voir là les tentatives de jurisprudence de la Cour de donner aux garanties conventionnelles un caractère effectif,<sup>47</sup> tout en soulignant dans le cas d'espèce leur portée négative<sup>48</sup>.

L'article 17 CEDH stipule donc la déchéance de la protection conventionnelle vis-à-vis des activités liberticides, tout en protégeant les individus pour les droits essentiels humains aussi bien que procéduraux. En conséquence, les Etats membres ne peuvent pas invoquer les activités terroristes d'un individu pour le priver de la protection opérée par l'article 5 de la Convention.

---

<sup>42</sup> v : Frowein, in Frowein/Peukert (éd.), « *Europäische Menschenrechtskonvention EMRK-Kommentar* », 3<sup>ème</sup> édition, Art. 17, n° 2.

<sup>43</sup> v : CEDH, 1<sup>er</sup> juill. 1961, affaire « Lawless c/ Irlande (n° 3) », § 7.

<sup>44</sup> *ibid.*

<sup>45</sup> CEDH, 1<sup>er</sup> juill. 1961, affaire « Lawless c/ Irlande (n° 3) », § 6.

<sup>46</sup> v : *ibid.*

<sup>47</sup> La Cour a souligné dans l'arrêt « Airey c/ Irlande » du 9 oct. 1979, § 24, que « *la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs* ».

Dans la suite, elle a développé de ce fait proclamé et exigé par la Convention elle-même, ainsi que du but de la Convention, que les droits énoncés n'aient pas seulement une portée négative, visant à donner aux individus des droits de défense contre des ingérences de l'Etat en appelant à une abstention de toute ingérence étatique dans le domaine protégé, mais aussi un aspect positif, exigeant parfois l'adoption de mesures appropriées en vue d'assurer une protection contre une ingérence dans ces droits provenant soit d'agents de l'Etat, soit de particuliers – et qui pourrait même obliger les Etats membres à adopter les mesures nécessaires pour permettre aux intéressés la pleine jouissance des droits conventionnels. On appelle cette extension des garanties par la Cour « *la théorie des obligations positives* ». Dans l'affaire « Storck c/ Allemagne » du 16 juin 2005, p. ex., la Cour a souligné quelles sont les obligations positives découlant de l'Art. 5 al. 1<sup>er</sup> lit. e) de la Convention pour assurer une protection des personnes souffrant de maladies mentales – de ce fait plus vulnérables que d'autres et plus démunies (§§ 100 – 108).

<sup>48</sup> *expressis verbis* pour les articles 5 et 6 : CEDH, 1<sup>er</sup> juill. 1961, affaire « Lawless c/ Irlande (n° 3) », § 7.

Ainsi, la protection de l'article 5 § 1 lit. c) CEDH ne peut pas être refusée à Mme. Becker.

### **Chapitre 2<sup>nd</sup> : Le contrôle de la régularité de la détention provisoire**

Puisque nous avons vu les exigences pour la régularité de la détention provisoire, il convient de nous interroger à présent sur la mesure dans laquelle cette régularité est contrôlée et si, dans le cas d'espèce, ces conditions ont été respectées. Si, à première vue, le contrôle du respect du droit interne incombe aux autorités nationales (*infra*, section 1), il ne suffit pas que les prescriptions de la loi interne aient été suivies pour que la privation de liberté ait été réalisée « selon les voies légales » au sens de l'article 5 § 1. Il faut aussi que le droit interne se conforme lui-même aux principes généraux énoncés ou impliqués par la Convention, et particulièrement à l'objectif de l'article 5, qui est de protéger l'individu contre l'arbitraire. Ainsi, la Cour doit nécessairement avoir compétence pour rechercher si la procédure prescrite par la loi nationale a été observée (*infra*, section 2).

#### **Section 1 : Le contrôle du respect des règles internes – la compétence originaire des juridictions internes**

Régulièrement, les juges de Strasbourg n'hésitent pas à souligner que le mécanisme de sauvegarde, instauré par la Convention, revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des Droits de l'Homme. Ainsi, « *la Convention confie en premier lieu à chacun des Etats contractants le soin d'assurer la jouissance des droits et libertés qu'elle consacre. Les institutions créées par elle y contribuent de leur côté, mais elle n'entretient en jeu que par la voie contentieuse et après épuisement des voies de recours internes (art. 26).* »<sup>49</sup> Déjà dans l'affaire dite linguistique belge<sup>50</sup>, la Cour avait affirmé que « *le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme* »<sup>51</sup>. La jurisprudence strasbourgeoise, en liant les garanties de l'article 5 §§ 3 et 4 CEDH sous-jacentes au premier paragraphe, a confié ce contrôle exclusivement aux juridictions nationales ou au moins à une personne autorisée à exercer le pouvoir judiciaire, même si cette exigence générale n'est pas expressément stipulée

---

<sup>49</sup> CEDH, affaire « Handyside c/ Royaume-Uni » du 7 déc. 1976, § 48.

<sup>50</sup> CEDH, affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » du 23 juil. 1968, requête n° 1474/62 ; 1677/62 ; 1691/62 ; 1769/63 ; 1994/63 ; 2126/64.

<sup>51</sup> CEDH, « affaire linguistique belge » du 23 juil. 1968, § 10 ; de même CEDH, affaire « Handyside c/ Royaume-Uni » du 7 déc. 1976, § 40.

par l'article 5 § 1.<sup>52</sup>

En droit national allemand, le respect de la procédure prévue par le § 112 StPO est assuré par les juges d'instruction. Déjà le mandat d'arrêt, à la base de la détention provisoire, doit émaner du juge d'instruction ; v. § 114 al. 1<sup>er</sup> StPO. Après une arrestation, toute personne arrêtée a le droit de se voir traduit devant le juge d'instruction au plus tard le lendemain de son arrestation au motif du § 115 StPO. Lors de cette audience, le juge doit décider si les exigences pour la détention provisoire sont entièrement respectées, et – au cas où – ordonner la libération immédiate de l'intéressé si ces conditions ne sont plus remplies.

A tout moment, l'intéressé peut demander une révision du maintien de la détention provisoire en vertu des §§ 117 ss. StPO, qui donnent droit à un examen de la validité de la détention par le juge des libertés et de la détention (v. § 118 al. 1<sup>er</sup> StPO) – demande qui est possible tout le long de la détention et qui peut être renouvelée autant de fois que jugé nécessaire<sup>53</sup> – ou, en vertu des §§ 304 ss. StPO, qui règlent le droit de la demande de mise en liberté.

Verena Becker avait introduit un recours de demande de mise en liberté devant la Cour de Cassation fédérale en novembre 2009. Le 23 décembre 2009, les juges fédéraux ont donné suite à cette demande.<sup>54</sup> Ils ont jugé que le mandat d'arrêt et la mise en détention de l'intéressée n'étaient pas conformes aux exigences du § 112 StPO. En l'espèce, ils ont considéré le motif de détention invoqué de la fuite comme n'étant pas valable, en vertu du § 112 al. 3 StPO. De manière remarquable, les juges de la Cour de Cassation ont même renforcé les exigences d'interprétation du motif de détention selon le § 112 al. 3 StPO : tandis que la Cour Constitutionnelle fédérale avait encore exigé que « *l'hypothèse de la fuite n'est pas à écarter* »<sup>55</sup>, la Cour de Cassation a atténué cette exigence en stipulant qu'il n'y a pas place pour la détention au motif du § 112 al. 3 StPO que si il existent des assises importantes en faveur de l'hypothèse que l'intéressée va s'en fuir.<sup>56</sup> Dans le cas de Verena Becker, une telle hypothèse était à écarter clairement – ni la peine attendue pour l'infraction en question, ni les conditions financières et personnelles ne permettaient d'envisager une fuite de Mme. Becker.<sup>57</sup>

---

<sup>52</sup> v : CEDH, affaire « Baranowski c/ Pologne » du 28 mars 2000, § 57 ; note affirmative Kühne/Esser, « *Die Rechtsprechung des EGMR zur Untersuchungshaft* », StV 2002, p. 383, 385.

<sup>53</sup> v : Krauß, in: Graf (éd.), *BeckOK StPO*, 7<sup>ème</sup> édition, § 117, n° 2.

<sup>54</sup> v : BGH, NSTZ 2010, p. 445 – *op. cit.*

<sup>55</sup> BVerfGE 19, p. 342, 350 – « *Fluchtgefahr nicht auszuschließen ist* ».

<sup>56</sup> v : BGH, NSTZ 2010, p. 445, 448 – « *gewichtige Gründe gegen jede Fluchtgefahr sprechen* ».

<sup>57</sup> *ibid.*

## **Section 2 : Un contrôle subsidiaire du respect des normes internes par le juge européen ?**

Puisque ce n'est, dans tous les cas, pas les autorités nationales qui décident les retenues, il faut se demander si un contrôle secondaire du respect du droit national par les juges européens pourrait être effectué.

### 1/ La compétence de contrôle du juge européen du respect du droit interne

Il relève de la souveraineté étatique de créer et interpréter le droit dans les limites du territoire étatique sans qu'il n'y ait un contrôle supranational. A cet égard, il n'y a en principe pas de nécessité de convergence entre le droit national et le droit international.<sup>58</sup> Ainsi, la Cour souligne « *qu'elle n'a pas pour tâche de se pencher sur les erreurs de fait ou de droit prétendument commises par les juridictions internes et que c'est en premier chef aux autorités nationales, et notamment aux cours et aux tribunaux, qu'il incombe d'interpréter la législation interne.* »<sup>59</sup> Pour assurer quand même la pleine jouissance des droits garantis par la Convention, les juges de Strasbourg ont estimé que « *le rôle de la Cour se limite à vérifier la compatibilité avec la Convention des effets de pareille interprétation. Lorsqu'ils reconnaissent les droits garantis par la Convention, les Etats contractants, et en particulier leurs tribunaux, doivent appliquer le droit interne en respectant l'esprit de la Convention. Un Etat qui n'agit pas ainsi commet une violation de l'article de la Convention en cause.* »<sup>60</sup> En acceptant donc le principe de la subsidiarité, la Cour reconnaît aux Etats un pouvoir discrétionnaire dans la mise en œuvre de l'interprétation à donner aux garanties conventionnelles dans le cadre de l'application de leurs lois nationales. Par ainsi, la Cour a créé la doctrine dite de la « marge nationale d'appréciation »<sup>61</sup>. Celle-ci est avant tout l'expression d'une nécessité fonctionnelle : le juge européen prend acte de ce que les autorités nationales ont la meilleure connaissance des circonstances et des conditions locales d'application de la Convention, et constate que « *grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'Etat se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer* »<sup>62</sup> sur ces questions d'appréciation. Mais c'est aussi une exigence idéologique du système de la Convention : composante de la « société démocratique », le pluralisme entre les

---

<sup>58</sup> v : Herzog, « *Das Grundrecht auf Freiheit in der Europäischen Menschenrechtskonvention* », AöR 86, p. 194, 212

<sup>59</sup> CEDH, affaire « Storck c/ Allemagne » du 16 juin 2005, § 93.

<sup>60</sup> *ibid.*

<sup>61</sup> v : CEDH, affaire « Hanyside c/ Royaume-Uni » du 7 déc. 1976, §§ 48 ss. ; note explicative *Brems*, « *The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights* », ZaöRV 56, p. 240.

<sup>62</sup> CEDH, affaire « Handyside c/ Royaume-Uni » du 7 déc. 1976, § 48.

différents Etats membres joue à l'intérieur de la communauté des Etats européens.<sup>63</sup>

Néanmoins, la Cour a reconnu également la nécessité du contrôle secondaire par elle-même de l'application et l'interprétation du droit interne par les autorités compétentes. Tout en reconnaissant l'existence de la marge nationale d'appréciation de l'Etat, les juges des Strasbourg précisent en même temps que celle-ci ne saurait être illimitée et établissent l'aptitude du juge européen à en contrôler l'étendue. Ils le formulent ainsi : « *La marge nationale d'appréciation va donc de paire avec un contrôle européen* »<sup>64</sup>. Certes, elle se trouve surtout appliquée quand des *restrictions* aux droits protégés, prévues par la Convention elle-même, sont en question ; mais elle se voit aussi appliquée quand il s'agit des garanties conventionnelles mêmes.<sup>65</sup> Elle est donc l'expression de la mise en œuvre des questions de subsidiarité, de compétences entre le niveau national et international et de la question du degré de contrôle par le juge international des faits constatés et de l'interprétation du droit national par les autorités compétentes nationales.<sup>66</sup> A cet égard, il convient de souligner que plus la mesure en question de ce qu'est le contenu de l'idéal de la société démocratique s'éloigne, plus lâche devient le contrôle au niveau secondaire. Par contre, plus les valeurs essentielles de la société démocratique sont mises en question, plus la Cour renforce son contrôle.<sup>67</sup> Ainsi, bien que cela soit de la compétence primaire des autorités nationales, la Cour se voit régulièrement appelée à un contrôle aussi de l'application de la loi interne par les tribunaux nationaux.<sup>68</sup>

## 2/ L'exercice du contrôle quant au droit interne par le juge international

Quelle que soit la modestie qu'exprime la Cour de Strasbourg à cet égard, son contrôle va *de facto* bien au-delà : elle l'exerce de trois façons. D'abord, elle vérifie qu'il existe une base légale prévoyant la procédure de privation de liberté en droit national conformément aux exi-

---

<sup>63</sup> v. à cet égard CEDH, affaire « Parti communiste unifié de Turquie et al. c/ Turquie » du 30 janv. 1998, §§ 24 ss.

<sup>64</sup> CEDH, affaire « Handyside c/ Royaume-Uni » du 7 déc. 1976, § 49.

<sup>65</sup> sur les doutes quant à l'utilisation de ce terme pour l'application des droits garantis et le contrôle du respect du droit national par le juge international v. *Schokkenbroek*, « *The Basis, Nature and Application of the Margin-of-Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights* », HRLJ 1998, p. 30, 33. Dorénavant, puisque les effets sont les mêmes, nous l'appliquons aussi à cette question. Comme ici : *Breuer*, « *Staatshaftung für judikatives Unrecht* », à paraître, p. 506.

<sup>66</sup> v. la définition de *Pellonpää*, « *Kontrolldichte des Grund- und Menschenrechtsschutzes in mehrpoligen Rechtsverhältnissen* », EuGRZ 2006, p. 483.

<sup>67</sup> v. : *Pellonpää*, « *Kontrolldichte des Grund- und Menschenrechtsschutzes in mehrpoligen Rechtsverhältnissen* », EuGRZ 2006, p. 483, 484.

<sup>68</sup> la Cour elle-même a conclu expressément à cette compétence secondaire de contrôle du respect des dispositions conventionnelles par l'application du droit national p. ex. dans l'affaire « *Benham c/ Royaume-Uni* » du 10 juin 1996, § 41 : « *Comme, au regard de l'article 5 par. 1 (art. 5-1), l'inobservation du droit interne en-*



gences posées quant à la qualité de la base légale.<sup>69</sup> Ensuite, elle s'assure que cette procédure prévue au droit national a bien été respectée.<sup>70</sup> Dans le cas où ces conditions ne sont pas remplies, la Cour constate la violation de l'article 5 § 1 lit. c) sur ce seul motif<sup>71</sup>. Seulement si la question du respect du droit interne a été respectée, la Cour contrôle même le respect des exigences conventionnelles par le droit interne et son application.<sup>72</sup> Dans le cadre de ce contrôle, les juges de Strasbourg entrent même au contrôle de la bonne qualification des exigences par le droit national – tout en se limitant à un contrôle *prima facie*.<sup>73</sup> L'affaire *Wloch c/ Pologne*<sup>74</sup> nous donne un tel exemple, comme le prouve l'extrait suivant de l'arrêt de ladite affaire : la Cour juge que « *pour apprécier si la détention du requérant était régulière au sens de l'article 5 § 1 c) de la Convention, la Cour doit en outre tenir compte de la situation juridique telle qu'elle existait à l'époque des faits. [...] La Cour note [...] que les autorités nationales se sont largement appuyées sur les preuves rassemblées au cours de l'enquête et ont estimé à la lumière de ces éléments que, sur le plan des faits, les soupçons pesant sur le requérant étaient raisonnablement justifiés. [...] Dans l'ensemble, la Cour considère que rien ne montre que l'interprétation des dispositions légales invoquées par les autorités internes en l'espèce ait été arbitraire ou déraisonnable au point de conférer à la détention du requérant un caractère irrégulier* »<sup>75</sup>, raison pour laquelle la Cour conclut à la non-violation de l'article 5 § 1 lit. c). Néanmoins, cela montre jusqu'à quel point les juges de Strasbourg effectue un examen précis de la bonne application de la loi nationale par les autorités compétentes.

### **Chapitre 3 : Les conséquences d'une détention provisoire irrégulière**

Enfin, il semble être opportun de s'interroger sur les conséquences d'une détention provisoire irrégulière. L'article 5 § 5 CEDH affirme – tout en étant d'ailleurs le seul droit exprimant sa portée positive dans la Convention<sup>76</sup> – que « *toute personne victime d'une arrestation ou d'une détention dans des conditions contraires aux dispositions de cet article a droit à réparation.* »

<sup>69</sup> v. déjà *supra*, Chapitre 1, Section 3, 2/ b), p. 7.

<sup>70</sup> v. déjà *supra*, Chapitre 1, Section 3, 2/ a), p. 7.

<sup>71</sup> v. p. ex. CEDH, affaire « *Cicek c/ Turquie* » du 27 fév. 2001, § 166 : La Cour avait constaté la violation de l'Art. 5 sur le seul motif d'absence d'une base en droit interne permettant la détention de l'intéressé.

<sup>72</sup> v. p. ex. CEDH, « *Grauslys c/ Lituanie* » du 10 oct. 2000, §§ 39 s. : La Cour a – après avoir conclu au respect du droit interne – examiné si le droit interne a été appliqué de manière conforme aux exigences de la Convention. De même : CEDH, affaire « *Baranowski c/ Pologne* » du 28 mars 2000, §§ 54 – 58 ; CEDH, affaire « *Wiold Litwa c/ Pologne* » du 4 avril 2000, §§ 77 s.

<sup>73</sup> v : CEDH, affaire « *Labita c/ Italie* » du 6 avril 2000, §§ 155 ss. ; de même *Peukert*, in : *Frowein/Peukert*, « *EMRK-Kommentar* », 3<sup>ème</sup> édition, Art. 5, n° 63.

<sup>74</sup> CEDH, requête n° 27785/95 – arrêt du 19 oct. 2000.

<sup>75</sup> CEDH, affaire « *Wloch c/ Pologne* » du 19 oct. 2000, §§ 114 – 116.

<sup>76</sup> v : *Herzog*, « *Das Grundrecht auf Freiheit in der Europäischen Menschenrechtskonvention* », AöR 86, p. 194, 235.

### 1/ Le recours en réparation pour une détention irrégulière au niveau national

En droit allemand, le législateur national a adopté en 1971 la loi de dédommagement en vertu des mesures de poursuite<sup>77</sup> (StrEG). Selon le § 2 alinéa 1 de cette loi, toute personne qui a subi, par l'exécution d'une détention provisoire, un dommage a droit à une réparation aux frais du Trésor public. § 7 al. 3 StrEG précise que pour chaque jour de détention provisoire irrégulière, une indemnité de 25 € doit être payée. Ainsi, le droit national se conforme aux exigences posées par la Convention – qui permet, par ailleurs, de fonder son recours aussi directement sur l'article 5 § 5 devant les tribunaux nationaux.<sup>78</sup>

### 2/ Le recours en réparation pour une détention irrégulière au niveau européen

Mais la conséquence de l'existence même de l'article 5 § 5, aussi bien que la compétence de la Cour EDH à veiller au respect des dispositions conventionnelles par le contrôle subsidiaire de l'application du droit interne, doivent aller au-delà : pour tout individu victime d'une détention irrégulière quant aux exigences de l'article 5 § 5 CEDH, un recours en réparation devant la Cour de Strasbourg doit être possible. Or, les juges de Strasbourg semblent de se refuser à une application efficace de ce principe en écartant leur propre raisonnement.

La conséquence logique du fondement de la compétence du contrôle secondaire comme nous l'avons vue préalablement<sup>79</sup> sur la doctrine de la marge d'appréciation n'est pas seulement l'existence de la compétence du juge européen à conclure à l'irrégularité d'une mesure privative de liberté, jugée conforme au droit national par les juridictions nationales, mais devrait, au contraire – en prenant en compte que le juge national est mieux placé que le juge international pour se prononcer sur une telle conformité –, être aussi la constatation d'une violation de la Convention quand les tribunaux nationaux ont déjà déclaré irrégulière la détention.<sup>80</sup> Or, la Cour se refuse à une telle logique. Dans l'affaire Benham c/ Royaume-Uni<sup>81</sup>, elle précise à cet égard qu'« *une période de détention est en principe régulière si elle a lieu en exécution d'une décision judiciaire. La constatation ultérieure d'un manquement par le juge peut ne pas rejaillir, en droit interne, sur la validité de la détention subie dans l'intervalle.* »<sup>82</sup> Sans donner de raisonnement, il faut chercher dans l'affaire Bozano c/ France<sup>83</sup> pour trouver – en quelque sorte – une explication possible : « *Il arrive aux organes d'un État contractant de*

<sup>77</sup> Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen – Strafrechtsentschädigungsgesetz; v. BGBl. 1971-I, p. 157.

<sup>78</sup> v : Herzog, « *Das Grundrecht auf Freiheit in der Europäischen Menschenrechtskonvention* », AöR 86, p. 194, 235.

<sup>79</sup> *supra*, chapitre 2, section 2, 1/ ; p. 4.

<sup>80</sup> de même : Breuer, « *Staatshaftung für judikatives Unrecht* », à paraître, p. 507.

<sup>81</sup> CEDH, requête n° 19380/92 – arrêt du 10 juin 1996.

<sup>82</sup> CEDH, affaire « Benahm c/ Royaume-Uni » du 10 juin 1996, § 42.

<sup>83</sup> CEDH, requête n° 9990/82 – arrêt du 18 déc. 1986.

*commettre de bonne foi des irrégularités. Dans un tel cas, la constatation ultérieure du manquement par le juge peut ne pas rejaillir, en droit interne, sur la validité des mesures de mise en œuvre prises dans l'intervalle.* »<sup>84</sup> La Cour semble se fonder sur la distinction entre l'iniquité de résultat et l'iniquité de moyen, en prenant en compte des éléments de responsabilité de bonne ou de mauvaise fois,<sup>85</sup> pour arriver à une qualification du droit à la réparation selon l'article 5 § 5 CEDH comme simple norme d'iniquité de moyen, pour laquelle la question de la régularité se juge uniquement *ex poste*. Or, une telle interprétation dudit article ne peut pas être acceptée sans scrupule : bien que la distinction entre obligation de moyens d'un côté et obligation de résultat de l'autre côté ne soit pas inconnue à la Convention,<sup>86</sup> il faut se rappeler que tant qu'il s'agit de la composante de défense contre des ingérences, les droits protégés sont considérés comme étant des obligations de résultat.<sup>87</sup> Vu l'importance du droit à la liberté et à la sûreté, il convient de regarder le droit de l'article 5 § 5 CEDH également comme une obligation de résultat<sup>88</sup> ; dans une matière tellement sensible, il nous semble inadmissible d'établir un lien de relation quant à une violation du droit énoncé à l'article 5 § 5 CEDH si cette dernière a été réalisée par l'autorité agissante de bonne ou mauvaise fois.

La raison, pour laquelle la Cour considère l'adoption de la mesure privative de liberté par une autorité juridique comme régulière, semble être plutôt un transfert mal adapté – voire inapproprié – des considérations du common law au système juridique continental. Or, le droit des pays du common law « *distingue entre les actes d'une magistrates' court relevant de sa compétence et ceux qui constituent un dépassement de celle-ci. Les premiers sont valables et effectifs si ou tant qu'une juridiction supérieure ne les infirme pas, alors que les seconds sont frappés de nullité ab initio* »<sup>89</sup>. Tout récemment, la Cour a affirmé vouloir adopter cette distinction aussi sur tous les autres Etats membres du système conventionnel.<sup>90</sup> La conséquence de cette nouvelle jurisprudence sera que toute détention irrégulière ordonnée par un juge ne donnera droit à la réparation selon l'Art. 5 al. 5 que si la décision était arbitraire.<sup>91</sup> Soit noté en passant qu'en droit interne, la Cour de cassation fédérale tente également de se cacher derrière une telle distinction.<sup>92</sup>

---

<sup>84</sup> CEDH, affaire « Bozano c/ France » du 18 déc. 1986, § 55.

<sup>85</sup> v : Breuer, « Staatshaftung für judikatives Unrecht », à paraître, p. 507.

<sup>86</sup> v. p. ex. CEDH, affaire « Anguelova c/ Bulgarie » du 13 juin 2002, § 117.

<sup>87</sup> v : CEDH, affaire « Poiss c/ Autriche », § 117 : « *Most articles of the Convention guarantee certain results, without bothering how such results have been achieved.* » De même : Breuer, « Staatshaftung für judikatives Unrecht », à paraître, p. 508.

<sup>88</sup> comme ici : Herzog, « Das Grundrecht auf Freiheit in der Europäischen Menschenrechtskonvention », AÖR 86, p. 194, 238 ; Breuer, « Staatshaftung für judikatives Unrecht », à paraître, p. 508.

<sup>89</sup> CEDH, affaire « Benham c/ Royaume-Uni » du 10 juin 1996, § 43.

<sup>90</sup> v : CEDH, affaire « Mooren c/ Allemagne » du 9 juil. 2009, § 75.

<sup>91</sup> *ibid.*

<sup>92</sup> v : Breuer, « Staatshaftung für judikatives Unrecht », à paraître, p. 285, 286 ss. La Cour de cassation s'y est prononcée dans des sentences relatives à la responsabilité étatique pour des mesures privatives de liberté – qui

## **Conclusion**

L'application des exigences requises aussi bien par le droit national que par le droit international quant à une détention provisoire régulière incombe aux autorités juridiques nationales. Celles-ci sont appelées à veiller soigneusement au respect des conditions minimales : une base légale prescrivant une procédure protégeant contre toute privation de liberté arbitraire, la réalisation d'une infraction susceptible d'encourir une peine privative de liberté, ainsi que le bon fondement en fait et en droit à la fois des raisons plausibles des soupçons quant à cette infraction et le danger de fuite de la personne en question cumulatifs. Les juges européens sont appelés à un contrôle ferme dans ce domaine – non pas seulement du respect des dispositions conventionnelles, mais également de la bonne application du droit national.

Au moment du vice de procédure ou de forme quant aux exigences de la régularité de la détention provisoire, la victime a droit à une indemnisation en vertu de l'article 5 § 5. Or, à cet égard, les juridictions – nationales et internationales – sont appelées à ne pas se cacher derrière la *bona fide* des juridictions : une détention irrégulière reste irrégulière jusqu'au moment où il est reconnu qu'elle ne l'est plus; pour cette période, l'intéressé a droit à une indemnisation adéquate. Pour ce faire, les juridictions sont appelées à une prise en considération de deux éléments importants : les tribunaux nationaux doivent se rendre compte qu'elles sont le gardien primaire des libertés fondamentales des citoyens. Ainsi, elles ont à veiller au bon respect de l'importance cruciale de la liberté et de la sûreté des personnes. Quant à la Cour de Strasbourg, il serait souhaitable qu'elle ait le courage de suivre la ligne droite qu'elle a elle-même établie en reconnaissant sa compétence secondaire à contrôler la régularité des décisions nationales en vertu du droit interne – et à prolonger la protection par une jurisprudence adaptée. Quant à une interprétation et une application des dispositions donnant droit à une réparation après une détention irrégulière, il convient à toutes les juridictions d'accepter que, compte tenu, de la valeur primordiale de la liberté personnelle, les droits de l'article 5 § 1 CEDH et de § 112 StPO énoncent des garanties de résultat. Des considérations de bonne ou de mauvaise foi ne sont pas en mesure de réparer une détention irrégulière subie par l'intéressé.

---

la Loi fondamentale renvoie dans son article 34 devant les juridictions civiles. En l'espèce, v. la décision de la Cour de cassation, BGHZ 57, p. 33, 41.