



EUROPE DES DROITS & LIBERTÉS

EUROPE OF RIGHTS & LIBERTIES

DOCTRINE | EDITOR'S CHOICE

L.-A. Sicilianos, P. Titun, La Cour européenne des droits de l'homme à l'ère des nouvelles technologies

H. Keller, M. Christ, Le rôle du juge national face aux requêtes individuelles

J.-P. Jacqué, Encore un effort camarades... L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme est toujours à votre portée

DOSSIER THEMATIQUE | THEMATIC ARTICLES

La Charte sociale européenne, un instrument d'avenir!, piloté par F. Benoît-Rohmer, A. Rivière, A. Venant

FOCUS

La Pologne, la Cour de Justice et l'État de droit: une histoire sans fin?

La (re)mise en cause par la CourEDH de la présomption de «pays tiers sûr» et le confinement dans les «halls d'attente»

La perte de plein droit de la nationalité devant la Cour de Justice: les droits fondamentaux, accessoires du contrôle de proportionnalité?

In Flagrante Delicto and Procedural Safeguards of Judges: How far does the European Court of Human Rights go with Separation of Powers?

N ° 1

MARS 2020 | MARCH 2020

NOTPE EQUIPE | OUR TEAM

Président du Comité d'orientation | President of the Advisory Board

Linos-Alexandre Sicilianos

Vice-Président du Comité d'orientation | Vice-president of the Advisory Board

Florence Benoît-Rohmer

Membres du Comité d'orientation | Members of the Advisory Board

Rafaa Ben Achour (Judge, African Court on Human and Peoples' Rights), Laurence Burgorgue-Larsen (université Paris I-Sorbonne), Grainne de Burca (New York University), Maria Gavouneli (University of Athens), Constance Grewe (Université de Strasbourg), Paul Lemmens (Judge ECtHR), Rick Lawson (University of Leiden), Fabrizio Marrella (University Ca Foscari et LUISS), Hélène Tigroudja (Université d'Aix-en-Provence), Patrick Wachsmann (Université de Strasbourg), Zhang Wei (Chinese University of Political Science and Law)

Membres du Comité de rédaction | Members of the Editorial Board

Aude Bouveresse (Université de Strasbourg), Carla Buckley (University of Nottingham), Emanuel Castellarin (Université de Strasbourg), Peggy Duccolombier (Université de Strasbourg) Cathérine Haguenu-Moizard (Université de Strasbourg), Andréa Hamann (Université de Strasbourg), Dominique Ritleng (Université de Strasbourg), Julie Rondu (Université de Strasbourg), Aikaterini Tsampi (University of Groningen).

Directeur de la publication | Editor in chief

Christos Giannopoulos (Université de Strasbourg)

EUROPE DES DROITS & LIBERTES
EUROPE OF RIGHTS & LIBERTIES

MARS 2020

N° 1

Sommaire | Table of Contents

DOCTRINE | EDITOR'S CHOICE

- Sicilianos Linos-Alexandre, Titium Patrick, La Cour européenne des droits de l'homme à l'ère des nouvelles technologies 7
- Keller Helen, Christ Myriam, Le rôle du juge national face aux requêtes individuelles 17
- Jacqué Jean-Paul, Encore un effort camarades... L'adhésion de l'Union à la Cour européenne des droits de l'homme est toujours à votre portée 27

DOSSIER THEMATIQUE | THEMATIC ARTICLES

- Benoît-Rohmer Florence, Rivière Agathe, Venant Aline, Présentation 42
- Malinowski Jan, White up of the remarks made at the opening of the colloquy "European Social Charter, an Instrument of the Future!" 45
- Spano Robert, La prise en compte de la Charte sociale européenne dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 50
- Marguénaud Jean-Pierre, La critique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme liée aux droits économiques et sociaux 56
- Gaben Sacha, The European Pillar of Social Rights and the European Social Charter 65
- Moizard Nicolas, La Charte sociale européenne valorisée par les juges nationaux: le rôle perturbateur des syndicats 79
- Nivard Carole, Le rôle des juges nationaux dans l'application de la Charte sociale européenne en France 87
- Salcedo Beltrán Carmen, Le rôle des juges nationaux dans l'application de la Charte sociale européenne en Espagne 97
- Stoppioni Edoardo, Droits économiques et sociaux et organisations internationales financières et commerciales: repenser les formes d'un silence assumé 109
- Stagos Petros, Propos conclusifs au colloque sur la Charte sociale européenne 127

FOCUS

- Benoît-Rohmer Florence, La Pologne, la Cour de Justice et l'État de droit: une histoire sans fin? 136
- Brillat Manuela, A la recherche de la dignité perdue 152
- Di Marco Antonio, Interdiction d'entrée dans les eaux territoriales pour les bateaux humanitaires: le cas du décret-loi italien *sicurezza bis* 163
- Giannopoulos Christos, La (re)mise en cause de la présomption de «pays tiers sûr» et le confinement dans les «halls d'attente» 176
- Place Romain, La lutte contre l'immigration illégale sur le marché du logement locatif privé au Royaume-Uni: un effet discriminatoire révélé par l'expérience du client mystère 185
- Rondu Julie, La perte de plein droit de la nationalité devant la Cour de Justice : les droits fondamentaux, accessoires du contrôle de proportionnalité? 198
- Tsampi Aikaterini, *In Flagrante Delicto* and Procedural Safeguards of Judges: How far does the European Court of Human Rights go with Separation of Powers? 209
- Villalonga Florian, Interrogatoires menés sans notification du droit au silence: l'équité procédurale est-elle nécessairement compromise? 224

ISBN en cours d'attribution
Dépôt légal: 2020, mars

La Cour européenne des droits de l'homme à l'ère des nouvelles technologies

Linos-Alexandre Sicilianos* / Patrick Titium**

La Convention européenne des droits de l'homme, signée à Rome le 4 novembre 1950, reste le premier instrument concrétisant et rendant contraignants les droits énoncés dans la Déclaration universelle de 1948. Les signataires de la Convention ont exprimé leur attachement à des valeurs communes : la démocratie, le respect des libertés, la prééminence du droit. Mais, surtout, ils ont créé une juridiction pour veiller au respect de leurs propres engagements, abandonnant ainsi une part de leur souveraineté.

Cela fait plus de 60 ans que les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme (« Cour ») influencent les juges et les législateurs de tous les États parties et contribuent à l'harmonisation des normes européennes dans le domaine des droits et des libertés. La Cour, grâce à sa jurisprudence, a joué un rôle majeur dans l'amélioration de la protection des droits de l'homme sur le continent européen. Elle est maintenant universellement connue et reconnue puisqu'en Inde, au Japon ou au Canada, les cours suprêmes font référence à sa jurisprudence. Chaque jour, dans les juridictions des États membres du Conseil de l'Europe, la Convention est invoquée par les avocats et appliquée par les juges. De plus en plus, les juridictions nationales intègrent la Convention dans leurs décisions.

La Cour, quant à elle, a interprété la Convention de façon dynamique, à la lumière des conditions de vie qui ont évolué au fil du temps ; elle a élargi la portée des droits garantis, pour tenir compte des évolutions technologiques et sociétales qui étaient imprévisibles en 1950. Bref, la Convention reste un texte d'une grande modernité. Elle intervient dans toutes les situations de la vie et irrigue toutes les branches du droit. Surtout, la responsabilité partagée entre la Cour et les juridictions nationales a pour effet que la tâche d'assurer le respect des droits garantis par la Convention incombe, en premier lieu, aux juges internes. C'est cette subsidiarité qui constitue la ligne de partage entre les juridictions nationales, juge au premier chef des droits fondamentaux, et la Cour de Strasbourg.

Des questions nouvelles et parfois sensibles sont posées au juge interne ou international. Nous savons que, sur certaines de ces questions, le consensus est de plus en plus difficile à atteindre, au niveau des États comme au niveau européen. Parfois, le citoyen s'adresse au juge sur une question nouvelle alors que le législateur n'a pas encore tranché. C'est notamment le cas pour toutes les questions qui sont le résultat des évolutions technologiques et qui représentent un défi pour les droits de l'homme et les libertés fondamentales. Ce sujet, qui se caractérise par sa dimension planétaire, est essentiel.

* Président de la Cour européenne des droits de l'homme.

** Chef du Cabinet du Président de la Cour européenne des droits de l'homme.

Les auteurs d'un texte adopté en 1950 ne pouvaient tout simplement pas prévoir les évolutions technologiques qui ont eu lieu depuis, et moins encore leurs implications sur la Convention. Mais la Cour, en considérant la Convention comme « un instrument vivant à interpréter (...) à la lumière des conditions de vie actuelles », a certainement évité que ce texte ne devienne un « traité dormant », comme d'autres accords internationaux. L'irruption des nouvelles technologies dans le droit de la Convention a eu des effets juridiques dans deux domaines tout à fait essentiels. D'une part, pour tout ce qui concerne la liberté d'expression, protégée par l'article 10, et qui couvre aussi bien le droit de communiquer que celui de recevoir des informations (I). D'autre part, sous l'angle de la protection de la vie privée assurée par l'article 8 (II). La jurisprudence de la Cour relative à ces deux dispositions est fortement impactée par les nouvelles technologies.

Partie I - La liberté d'expression à l'ère des nouvelles technologies

A l'heure à laquelle de plus en plus de citoyens s'informent principalement, voire pour certains – et en particulier les plus jeunes – exclusivement, au moyen d'Internet, on ne sera pas surpris que des enjeux essentiels en matière de liberté d'expression se posent au regard de ce « nouvel imaginaire qui domine nos sociétés », pour reprendre la formule d'Alain Supiot.

Dès 2012, la Cour a été amenée à observer que « l'Internet est aujourd'hui devenu l'un des principaux moyens d'exercice par les individus de leur droit à la liberté d'expression et d'information »¹. Cette nouvelle forme de communication doit donc bénéficier, au même titre que les formes plus traditionnelles, de la protection assurée par la Convention européenne des droits de l'homme. Au niveau de la Cour, cette protection prend la forme d'un contrôle des ingérences de l'État dans l'exercice du droit garanti par l'article 10. Mais, l'article 17 prévoit aussi le cas où un individu abuse de ce droit, auquel cas il perd le bénéfice de la protection que la Convention accorde. Les ingérences de l'État peuvent évidemment porter atteinte au droit de communiquer et de recevoir des informations.

La Cour en a très rapidement pris conscience s'agissant d'Internet, principalement dans des affaires concernant la Turquie et dans lesquelles les autorités de ce pays avaient décidé de bloquer l'accès des citoyens à des sites internet, le plus connu internationalement étant le site *YouTube*. Dans une de ces affaires, *Cengiz c. Turquie* de 2015, les requérants étaient des professeurs d'université qui se plaignaient de ne pas pouvoir accéder à ce site suite à son blocage par les autorités. La position de la Cour a été claire : elle a affirmé que « les sites internet contribuent grandement à améliorer l'accès du public à l'actualité et, de manière générale, à faciliter la communication de l'information » (...) La possibilité pour les

¹ CourEDH, 18 novembre 2012, *Ahmet Yildirim c. Turquie*, n° 3111/10, para 54.

individus de s'exprimer sur Internet constitue un outil sans précédent d'exercice de la liberté d'expression »².

Évidemment, à l'occasion de ce type d'affaires, quelle que soit la nature de l'ingérence en cause, la Cour ne se contente pas de constater son existence. Elle examine les circonstances concrètes de l'adoption des mesures nationales et elle ne conclut à la violation de la Convention que si les conditions de légalité, de finalité et de nécessité ne sont pas satisfaites. En effet, pour être conforme à la Convention, l'ingérence doit, tout d'abord, être prévue par la loi, ce qui signifie qu'elle doit respecter le droit interne en vigueur. Cette condition de légalité peut être illustrée par l'affaire *Comité de rédaction de Pravoye Delo et Shtekel c. Ukraine*³. Elle concernait une action en diffamation dirigée contre un quotidien régional, à la suite de la publication d'une lettre téléchargée sur Internet. La Cour a estimé qu'en raison de l'absence, en droit ukrainien, de garanties adéquates pour les journalistes faisant usage d'informations tirées de l'Internet, les requérants ne pouvaient pas prévoir les conséquences de la publication litigieuse. Elle a donc conclu que la condition de légalité n'avait pas été satisfaite.

L'affaire *Ahmet Yildirim c. Turquie*⁴ a permis, elle, de préciser le sens de cette exigence en ce qui concerne le droit de recevoir des informations. Un tribunal avait bloqué l'accès à *Google Sites*, car ce serveur hébergeait un site internet dont le propriétaire faisait l'objet d'une procédure pénale. Cette mesure de blocage avait pour effet de verrouiller également l'accès à tous les autres sites hébergés par le serveur. Le requérant se plaignait de l'impossibilité d'accéder à son propre site internet du fait de cette mesure ordonnée dans le cadre d'une affaire pénale qui n'avait aucun rapport ni avec lui, ni avec son site. Il voyait dans cette mesure une atteinte à son droit à la liberté de recevoir et communiquer des informations et des idées.

Pour être conforme à la Convention, la loi nationale doit également être accessible et prévisible, ces conditions pouvant être illustrées par le très récent arrêt de Grande chambre *Magyar Kétfarkú Kutya Párt c. Hongrie*. Cette affaire concernait la mise en place d'une application mobile par un parti politique pour permettre aux électeurs, dans le cadre d'un référendum sur l'immigration organisé en 2016, de prendre, publier et commenter anonymement une photographie de leur bulletin de vote nul. La Grande chambre a jugé que les dispositions de la loi électorale, sur lesquelles les autorités s'étaient appuyées pour conclure à une violation du principe de l'exercice des droits fondamentaux, contenaient trop d'incertitude et d'imprécisions. Le parti requérant ne pouvait prévoir les sanctions prises à son encontre pour la mise à disposition de l'application, relevant de l'exercice de la liberté d'expression.

² CourEDH, 1^{er} novembre 2015, *Cengiz et autres c. Turquie*, nos 48226/10 et 14027/11, para 49 et 52.

³ CourEDH, 5 mai 2011, *Comité de rédaction de Pravoye Delo et Shtekel c. Ukraine*, para 63 à 66.

⁴ CourEDH, 18 novembre 2012, *Ahmet Yildirim c. Turquie*, n° 3111/10.

⁵ CourEDH, GC, 20 janvier 2020, *Magyar Kétfarkú Kutya Párt c. Hongrie*, n° 201/17.

Pour la Cour, la mesure en cause a eu des effets arbitraires et le contrôle juridictionnel du blocage d'accès n'a pas réuni les conditions suffisantes pour éviter les abus. Une restriction d'accès à une source d'information n'est compatible avec la Convention qu'à la condition de s'inscrire dans un cadre légal strict délimitant l'interdiction et offrant la garantie d'un contrôle juridictionnel contre d'éventuels abus. La Cour a considéré, d'une part, que la loi interne ne comportait aucune obligation pour les juges d'examiner le bien-fondé d'un blocage total de l'accès à *Google Sites* et, d'autre part, que les juges auraient dû tenir compte du fait qu'une telle mesure rendait inaccessible une grande quantité d'informations, ce qui affectait directement les droits des internautes et avait un effet collatéral important.

Outre cette condition de légalité, l'ingérence doit viser un but légitime, étant entendu que l'énumération des exceptions à la liberté d'expression figurant dans le second paragraphe de l'article 10 est exhaustive et que leur définition est restrictive. Les constats de défaut de but légitime sont rares, mais l'examen de cette condition est indispensable. Nous avons tous des difficultés à nous passer d'Internet, devenu une composante essentielle de notre droit à la liberté d'expression. Dans l'affaire *Kalda c. Estonie*⁶ de 2016, un détenu se plaignait du refus des autorités de lui accorder un accès à trois sites internet publiant des informations juridiques. Il soutenait que cette interdiction l'empêchait de mener des recherches juridiques. La Cour a observé que les États ne sont pas tenus de fournir aux détenus un accès à Internet. Toutefois, lorsqu'un État accepte d'autoriser un tel accès – ce qui était le cas en Estonie –, il doit alors motiver son refus de donner accès à des sites spécifiques, ce qui n'avait pas été le cas, d'où le constat de violation de l'article 10.

Bien entendu, si la mesure nationale est conforme aux trois conditions prévues par la Convention, la Cour constatera la non-violation. Tel a, par exemple, été le cas dans l'affaire *Delfi AS c. Estonie*⁷. Il s'agissait de la première affaire de Grande chambre dans laquelle la Cour était appelée à examiner un grief relatif à la responsabilité d'un portail d'actualités sur Internet en raison des commentaires laissés par les internautes. Deux réalités contradictoires étaient au cœur de l'affaire : d'une part, les avantages d'Internet que nous connaissons tous, notamment le fait qu'il constitue un outil sans précédent d'exercice de la liberté d'expression ; d'autre part, les risques qu'il présente, en particulier le fait qu'il permette que des propos haineux ou appelant à la violence soient diffusés dans le monde entier, en quelques secondes, et demeurent parfois en ligne indéfiniment. Autrefois, les médias classiques exerçaient un contrôle du contenu proposé au public. À l'heure d'Internet, ce contrôle *a priori* a disparu, offrant à tout un chacun la possibilité de s'exprimer sans filtre avec les dérives que l'on constate parfois.

Pour trancher cette affaire délicate, la Cour a procédé à une appréciation *in concreto* des éléments pertinents. Elle a attaché un poids particulier à la nature extrême des commentaires et au fait que *Delfi AS* était un portail d'actualités exploité à titre commercial. Ensuite, elle a tenu compte de ce que le portail n'avait pas assuré la possibilité de tenir les auteurs des

⁶ CourEDH, 19 janvier 2016, *Kalda c. Estonie*, n° 17429/10.

⁷ CourEDH, GC, 16 juin 2015, *Delfi AS c. Estonie*, n° 64569/09.

commentaires responsables de leurs propos. Enfin, elle a noté que les mesures prises par *Delfi AS*, pour empêcher la publication de commentaires diffamatoires ou retirer sans délai de tels commentaires après leur publication, avaient été insuffisantes. Ces éléments l'ont conduite à juger que la décision des juridictions internes de tenir la société requérante pour responsable reposait sur des motifs pertinents et suffisants, et donc à conclure à la non-violation de l'article 10. Notons à cet égard que l'arrêt *Delfi AS* est en phase avec la nécessaire responsabilisation des acteurs privés, dès lors que nous savons pertinemment que les acteurs publics ne sont absolument plus en mesure, dans nos sociétés de liberté, d'exercer le moindre contrôle *a priori* des opinions exprimées.

Parfois, le requérant est déchu de son droit de se prévaloir de l'article 10. En effet, on ne peut évoquer la question du contrôle des ingérences des autorités publiques dans l'exercice de la liberté d'expression, sans aborder, même brièvement, celle de la déchéance du droit de s'en prévaloir. Une telle possibilité découle de l'article 17 de la Convention, consacré à l'abus de droit. Son but général est, à l'évidence, « d'empêcher que des individus ou des groupements totalitaires puissent exploiter en leur faveur les principes posés par la Convention ».

Les discours encourageant une telle déchéance sont ceux qui menacent l'ordre démocratique, contiennent des propos négationnistes, des incitations à la haine raciale, religieuse ou sexuelle ou encore justifient la violence. Or, incontestablement, les nouvelles technologies ont augmenté les risques de voir surgir de tels contenus dans l'anonymat et à l'abri de tout contrôle. Dans ce contexte, cependant, la Cour, très fortement attachée à la liberté d'expression, fait usage de l'article 17 avec une extrême retenue, « à titre exceptionnel et dans des hypothèses extrêmes »⁸. Elle a par exemple été contrainte d'y recourir dans l'affaire *Belkacem c. Belgique*⁹ de 2017. Celle-ci concernait la condamnation du dirigeant de l'organisation « Sharia4Belgium » en raison de propos qu'il avait tenus dans des vidéos publiées sur *YouTube*. Le requérant appelait les auditeurs à dominer les personnes non-musulmanes, à leur donner une leçon et à les combattre. La Cour n'a eu aucun doute quant à la teneur fortement haineuse des opinions du requérant. Elle a fait sienne la conclusion des tribunaux internes selon laquelle l'intéressé cherchait, par ses enregistrements, à faire haïr, à discriminer et à être violent à l'égard des personnes qui ne sont pas de confession musulmane. Elle a constaté qu'une « attaque aussi générale et véhémement est en contradiction avec les valeurs de tolérance, de paix sociale et de non-discrimination qui sous-tendent la Convention ». Estimant que le requérant tentait de détourner l'article 10 de sa vocation, elle a jugé qu'il ne pouvait bénéficier de la protection offerte par cette disposition et que sa requête devait être rejetée. Au-delà du cas d'espèce, une telle menace fait l'objet d'une vigilance constante de la part de la Cour.

La protection de la vie privée répond quant à elle aux mêmes exigences.

⁸ CourEDH, GC, 6 janvier 2011, *Paksas c. Lituanie*, n° 34932/04, para 87.

⁹ CourEDH, 20 juillet 2017 (déc.), *Belkacem c. Belgique*, n° 34367/14.

Partie II - Les menaces que les nouvelles technologies font peser sur la protection de la vie privée

Les juges européens ont, très tôt, pris la mesure des risques que les progrès technologiques pouvaient faire courir à la vie privée. En 2004, dans la célèbre affaire *Von Hannover c. Allemagne*¹⁰, qui concernait des photos de la princesse Caroline de Monaco prises à son insu, la Cour rappelait la nécessité d'une « vigilance accrue (...) face aux progrès techniques d'enregistrement et de reproduction de données personnelles d'un individu ».

Tout comme pour la liberté d'expression, la protection de la vie privée est, essentiellement, assurée par un contrôle des ingérences de l'État. Toutefois, si parfois l'article 8 de la Convention interdit aux autorités publiques certaines actions, il arrive également que cette disposition sanctionne certaines omissions. Les ingérences des autorités publiques dans la vie privée des individus grâce aux nouvelles technologies sont multiples. Elles peuvent ainsi prendre la forme de perquisitions et de saisies des données électroniques dans le cabinet d'un avocat, de la conservation d'empreintes digitales dans un fichier électronique, de la décision d'un doyen d'université d'installer des caméras de surveillance dans les amphithéâtres, ou encore de l'établissement de différents régimes de surveillance, tels que l'interception massive des communications, le partage de renseignements avec des États étrangers et l'obtention de données de communication auprès de fournisseurs de services.

Aussi variées que soient ces ingérences, dans tous les cas, le contrôle de la Cour porte sur la satisfaction des trois conditions posées par la Convention : légalité, finalité et nécessité, déjà rencontrées *supra* à propos de la liberté d'expression. Pour être conforme à la Convention, l'ingérence doit donc, tout d'abord, être prévue par la loi. En ce domaine, le contrôle européen est minutieux, notamment quant à l'exigence de « prévisibilité » de la loi. Il l'est singulièrement pour les mesures de surveillance secrète qui « doivent se fonder sur une loi particulièrement précise », permettant de tenir compte de la sophistication croissante de la technologie disponible. Une affaire emblématique est certainement *Roman Zakharov c. Russie*¹¹ relative au système d'interception secrète des communications de téléphonie mobile en Russie. Eu égard au défaut de recours au niveau national, ainsi qu'au caractère secret des mesures de surveillance et au fait que celles-ci touchaient tous les usagers des services de téléphonie mobile, la Cour a examiné la législation russe *in abstracto*. Cet examen l'a conduite à considérer que les dispositions du droit russe régissant l'interception de communications ne comportaient pas de garanties adéquates et effectives contre l'arbitraire. Après avoir constaté des défaillances du cadre juridique dans un certain nombre de domaines, elle a conclu à la violation de l'article 8.

¹⁰ CourEDH, 24 juin 2004, *Von Hannover c. Allemagne*, n° 59320/00.

¹¹ CourEDH, GC, 4 novembre 2015, *Roman Zakharov c. Russie*, n° 47143/06.

Récemment encore, il en a été de même dans l'affaire *Ben Faiza c. France*¹². Celle-ci concernait des mesures de surveillance prises dans le cadre d'une enquête pénale portant sur un trafic de stupéfiants. La Cour a estimé que le droit français n'indiquait pas avec suffisamment de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine des mesures de géolocalisation.

Le contrôle ne porte d'ailleurs pas que sur le texte de la loi, mais aussi sur son accessibilité. Dans l'affaire *Shimovolos c. Russie*¹³, l'enregistrement d'un militant des droits de l'homme dans une « base de données des surveillances » était régi par un arrêté ministériel qui n'avait jamais été publié. Cette circonstance a conduit la Cour à estimer que le droit russe n'indiquait pas avec une clarté suffisante la portée du pouvoir conféré aux autorités internes pour recueillir et conserver des informations sur la vie privée des particuliers. Le contrôle européen porte également sur l'application de la loi interne. Dans l'affaire *Perry c. Royaume-Uni*¹⁴, le requérant se plaignait d'avoir fait l'objet d'une vidéosurveillance. La Cour a estimé que les critères de prévisibilité et d'accessibilité étaient satisfaits, mais que la police n'avait pas respecté les procédures énoncées par le code applicable, ce qui a amené la Cour à conclure à la violation de l'article 8.

L'ingérence doit, ensuite, viser un but légitime. Dans les affaires soumises à la Cour, l'atteinte à la vie privée opérée par les autorités publiques a pu être justifiée en vue de sauvegarder différents types d'intérêts publics. Ainsi, dans l'affaire *Uzun c. Allemagne*¹⁵, relative à la surveillance par GPS du requérant, il s'agissait d'enquêter sur plusieurs accusations de tentatives de meurtre revendiquées par un mouvement terroriste et la Cour n'a pas constaté de violation de l'article 8.

La protection des droits d'autrui doit également être prise en considération, par exemple ceux de l'employeur, comme dans la récente affaire *Libert c. France*¹⁶ concernant le licenciement d'un employé de la SNCF après que la saisie de son ordinateur avait révélé le stockage de fichiers à caractère pornographique et de fausses attestations réalisées au bénéfice de tiers. Là non plus, la Cour n'a pas constaté de violation. De même, dans l'affaire *López Ribalda et autres c. Espagne*¹⁷, la Grande chambre n'a pas constaté de violation de l'article 8 concernant la mise sous vidéosurveillance de caissières sans que celles-ci en soient préalablement averties, malgré une obligation légale. La Cour a en effet jugé qu'une telle mesure était clairement justifiée en raison des soupçons légitimes d'irrégularités graves et des pertes constatées. Cette mesure de surveillance était proportionnée et légitime.

¹² CourEDH, 8 février 2018, *Ben Faiza c. France*, n° 31446/12.

¹³ CourEDH, 21 juin 2011, *Shimovolos c. Russie*, n° 30194/09.

¹⁴ CourEDH, 17 juillet 2003, *Perry c. Royaume-Uni*, n° 63737/00.

¹⁵ CourEDH, 2 septembre 2010, *Uzun c. Allemagne*, n° 35623/05.

¹⁶ CourEDH, 22 février 2018, *Libert c. France*, para 46.

¹⁷ CourEDH, GC, 17 octobre 2019, *López Ribalda et autres c. Espagne*, nos 1874/13 et 8567/13.

L'ingérence doit, enfin, être nécessaire dans une société démocratique. On retrouve ici le même contrôle de proportionnalité que celui opéré pour les atteintes à la liberté d'expression. L'affaire *S. et Marper c. Royaume-Uni*¹⁸ est emblématique. Elle concernait la rétention dans une base de données des empreintes digitales et données ADN des requérants après que les procédures pénales dirigées contre eux se furent soldées par un acquittement pour l'un et un classement sans suite pour l'autre. La Cour a jugé que le caractère général et indifférencié du pouvoir de conservation des données personnelles des individus soupçonnés mais non condamnés ne traduisait pas un juste équilibre entre les intérêts en jeu et elle a donc constaté la violation de l'article 8. Dans l'affaire *Szabó et Vissy c. Hongrie*¹⁹, qui concernait la législation hongroise sur les opérations secrètes de surveillance antiterroriste, les requérants se disaient exposés au risque de faire l'objet de mesures injustifiées et exagérément intrusives. La Cour a admis que les formes prises par le terrorisme avaient pour conséquence naturelle un recours par les gouvernements à des technologies de pointe, notamment à des techniques de surveillance massive des communications. Cependant, elle a estimé que la législation en question ne fournissait pas les garanties nécessaires contre les abus et a donc conclu à la violation de l'article 8.

Bien entendu, comme pour la liberté d'expression, le contrôle de la Cour n'aboutit pas nécessairement à un constat de violation. Tel n'a, par exemple, pas été le cas dans l'affaire *Centrum För Rättvisa c. Suède*²⁰ qui concernait un dispositif de surveillance secrète susceptible de toucher tout usager de téléphonie mobile et d'Internet. La Cour a estimé que, de manière générale, le dispositif suédois offrait des garanties adéquates et suffisantes contre l'arbitraire et le risque d'abus et a conclu à la non-violation de l'article 8 de la Convention. Cette affaire est désormais en cours de réexamen par la Grande chambre, au même titre que l'affaire *Big Brother Watch c. Royaume-Uni*²¹.

La vie privée peut faire l'objet d'atteintes de la part des autorités publiques, comme nous venons de le voir, mais aussi de la part de particuliers. La Cour en conclut que les États doivent adopter des mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux. L'affaire *K.U. c. Finlande*²² permet d'illustrer un constat de violation pour manquement aux obligations positives. Elle concernait la publication sur un site de rencontres par Internet d'une annonce à caractère sexuel impliquant un garçon de 12 ans. La législation en vigueur au moment des faits ne permettait pas d'exiger du fournisseur d'accès à Internet qu'il divulgue l'identité de la personne qui avait publié l'annonce. La Cour a considéré qu'une protection effective du requérant impliquait l'adoption de mesures efficaces pour identifier et poursuivre la personne qui avait passé l'annonce. Pareilles mesures n'ayant pas été prises, la Cour a constaté la violation de l'article 8. On peut citer

¹⁸ CourEDH, GC, 4 novembre 2008, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, nos 30562/04 et 30566/04.

¹⁹ CourEDH, 12 janvier 2016, *Szabó et Vissy c. Hongrie*, n° 37138/14.

²⁰ CourEDH, 19 juin 2018, *Centrum För Rättvisa c. Suède*, n°35252/08.

²¹ CourEDH, 13 septembre 2018, *Big Brother Watch et autres c. Royaume-Uni*, n° 58170/13 et alii.

²² CourEDH, 2 novembre 2008, *K.U. c. Finlande*, n° 2872/02.

également l'affaire de Grande chambre *Bărbulescu c. Roumanie*²³ qui concernait le licenciement d'un employé après que ses communications électroniques avaient été surveillées. La Cour a jugé que les autorités internes n'avaient pas protégé de manière adéquate le droit du requérant au respect de sa vie privée et n'avaient donc pas ménagé un juste équilibre entre les intérêts en jeu. Partant, elle a conclu qu'il y avait eu violation de l'article 8.

Une des affaires intéressantes de ces dernières années est certainement l'affaire *M.L. et W.W. c. Allemagne*²⁴. Elle renvoie à ce phénomène d'hypermnésie collective qui découle d'Internet. Un phénomène dont le pendant est le droit à l'oubli revendiqué par certains. Chacun voudrait que l'on oublie ses erreurs et faiblesses passées. Or, Internet tend à rendre cela impossible. L'affaire concernait le refus de la Cour fédérale de justice d'interdire le maintien de l'accès à des dossiers de presse concernant la condamnation des requérants pour meurtre sur les portails internet de différents médias. La Cour a rappelé que les médias ont pour mission de participer à la formation de l'opinion démocratique, en mettant à la disposition du public des informations anciennes conservées dans leurs archives. Elle a également rappelé que la manière de traiter un sujet relève de la liberté journalistique. Enfin, la Cour a relevé qu'au cours de leur dernière demande de révision du procès, les requérants s'étaient eux-mêmes tournés vers la presse à laquelle ils avaient transmis un certain nombre de documents tout en l'invitant à en tenir le public informé. La Cour a donc conclu à l'absence de violation de l'article 8, et a ainsi refusé aux requérants le « droit à l'oubli » qu'ils réclamaient.

Il est certain que tant la Cour européenne des droits de l'homme que les juridictions nationales seront, au cours des prochaines années, invitées à trancher des questions liées au déréférencement de liens figurant sur des moteurs de recherche et préjudiciables aux intérêts de personnes physiques. Ces questions témoignent de la proximité des missions des juges internes et du juge européen, illustration supplémentaire de leur responsabilité partagée pour la protection des droits et des libertés. Bien d'autres exemples issus de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pourraient être cités encore, car celle-ci ne cesse de s'enrichir d'arrêts nés de l'apparition de ces nouvelles technologies.

Chaque jour, nous constatons les progrès et les innovations que nous procurent les nouvelles technologies. En même temps qu'elles nous ouvrent sur le monde, elles bouleversent notre vie privée, nos relations de travail, notre droit à l'image ou à l'oubli. Bref, notre rapport au monde. Mais nous ne pouvons plus nous en passer. Les mutations qu'elles provoquent, les risques qu'elles font apparaître pour nos libertés rendent indispensable l'intervention du juge, en tant que protecteur des droits fondamentaux.

²³ CourEDH, GC, 5 septembre 2017, *Bărbulescu c. Roumanie*, n° 61496/08.

²⁴ CourEDH, 28 juin 2018, *M.L. et W.W. c. Allemagne*, n° 60798/10 et 65599/10.

Forte de ses 60 années d'expérience, la Cour de Strasbourg est prête à affronter ces nouveaux défis. L'appui des juges nationaux, dans le cadre de la subsidiarité, lui sera d'une aide précieuse et indispensable.

Le rôle du juge national face aux requêtes individuelles

Helen Keller* / Myriam Christ**

Les débats politiques et médiatiques qui ont suivi les affaires *Lambert c. France*¹, *Menesson c. France*² ou encore *S.A.S. c. France*³ sont la preuve que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après « la Cour ») suscite un vif intérêt bien au-delà des cercles juridiques. Par contre, le fonctionnement même de la Cour et plus précisément le rôle à attribuer au juge national sont des thématiques mal connues. Ainsi, deux conceptions problématiques du rôle du juge national prédominent. D'une part, certaines personnes, souvent des non-juristes, sont d'avis que le juge national devrait défendre les intérêts de son pays d'origine. En vertu de cette première conception, le juge national aurait avant tout un rôle pédagogique, voire politique. D'autre part, certaines personnes, souvent des juristes, sont surprises que le juge national siège, de droit, dans la chambre, voire la Grande chambre lorsqu'une de ces deux formations judiciaires est amenée à examiner des requêtes individuelles dirigées contre son pays d'origine. Se pose alors la question de savoir comment une telle règle procédurale est compatible avec les garanties d'indépendance et d'impartialité.

Afin de réconcilier le « rôle de pédagogue », invoqué par les uns, et les exigences quant à l'indépendance et à l'impartialité de la Cour, mises en avant par les autres, la Convention européenne des droits de l'homme⁴ (ci-après « la CEDH ») et le Règlement intérieur⁵ (ci-après « le Règlement ») contiennent quelques dispositions qui visent à trouver un équilibre entre ces deux conceptions problématiques.

Dans un premier temps il convient donc de procéder à un bref rappel des dispositions pertinentes **(I)**. À la lumière de ces dispositions trois constellations différentes qui, chacune, soulèvent quelques questions quant au rôle à attribuer au juge national seront discutées plus en détail **(II)**. Après avoir abordé ces deux aspects théoriques cette

* Professeure à l'Université de Zurich et Juge à la Cour européenne des droits de l'homme.

** Diplômée en droit, assistante-doctorante à l'Université de Zurich.

Cette contribution est la version augmentée d'une session de formation à l'intention d'une délégation de juges et de procureurs francophones du Réseau européen de Formation Judiciaire (REFJ), qui a eu lieu le 9 juillet 2019 à Strasbourg. Les points de vue exprimés ci-après n'engagent les auteures uniquement.

¹ CourEDH, GC, 5 juin 2015, *Vincent Lambert c. France*, n° 46043/14. Cette affaire renvoie au débat sur l'euthanasie.

² CourEDH, GC, 26 juin 2014, *Menesson c. France*, n° 65192/11. Cette affaire est venue encadrer la gestation pour autrui en Europe.

³ CourEDH, GC, 1^{er} juillet 2014, *S.A.S. c. France*, n° 43835/11. Cette affaire s'est penchée sur la question de savoir si la loi française interdisant le port du voile était compatible avec la CEDH.

⁴ Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, communément appelée Convention européenne des droits de l'homme, adoptée le 4 novembre 1950, en vigueur depuis le 3 septembre 1953.

⁵ Règlement de la Cour européenne des droits de l'homme, communément appelé Règlement intérieur, adopté le 4 novembre 1998, en vigueur depuis le 1^{er} novembre 1998 (*sic*).

contribution se terminera sur une note plus personnelle dans la mesure où elle évoquera quelques expériences professionnelles de la première auteure (III).

Partie I - Notion et fondements juridiques

A. Le « juge national », une notion problématique

En son article 22, la CEDH prévoit que « les juges sont élus (...) au titre⁶ de chaque Haute Partie contractante sur une liste de trois candidats ». Il découle de ce texte qu'il n'est nullement obligatoire que les États membres nomment des ressortissants de ce même État. Par le passé, plusieurs juristes suisses ainsi qu'un juriste canadien ont siégé à la Cour au titre de la Principauté du Liechtenstein⁷.

De plus, en vertu de l'article 21, paragraphe 2 « le juge élu siège à titre individuel »⁸. En d'autres termes, la CEDH ne prévoit à aucun moment que le juge dit « national » défende les intérêts de l'État qui l'a nommé. Cette mission appartient aux Agents de gouvernement uniquement⁹. C'est pour ces deux raisons que le terme de « juge national » est problématique. Ce terme reflète une conception erronée du rôle des juges dans l'hypothèse où ces derniers sont amenés à juger des requêtes individuelles dirigées contre leur pays d'origine. Toutefois, cela n'a pas empêché que cette notion, qui prête à confusion, s'établisse en pratique.

B. Fondements juridiques

Les juges près la Cour siègent soit en tant que juge unique soit en tant que membre d'un comité de trois juges soit dans une des cinq chambres composées chacune de sept juges soit dans la Grande chambre qui elle est composée de 17 juges. Le rôle du juge national n'est pas le même dans chacune de ces quatre compositions judiciaires. En vertu de l'article 26, paragraphe 3 CEDH, un juge unique n'examinera aucune requête introduite contre son pays d'origine¹⁰. Au titre de l'article 28, paragraphe 3 CEDH, le juge national n'est pas membre de droit du comité composé de trois juges lorsqu'une affaire concerne l'État qui l'a nommé. Toutefois, cette même disposition permet de déroger à cette règle si le comité en fait la demande et que l'État impliqué ne s'oppose pas à ce que le comité applique la jurisprudence constante de la Cour.

En ce qui concerne les chambres composées de sept juges chacune et la Grande chambre constituée de 17 juges, le juge national siège, de droit, dans ces deux formations judiciaires,

⁶ Surligné par les auteures.

⁷ CourEDH, *Les juges de la Cour depuis 1959*, p. 4 [dernière consultation le 15 mars 2020].

⁸ Surligné par les auteures.

⁹ Article 35 Règlement.

¹⁰ Le juge unique sera par contre assisté d'un rapporteur non-judiciaire, qui saura répondre aux éventuelles questions dues à une spécificité juridique au niveau national (article 18A, paragraphe 1^{er} Règlement).

lorsqu'une de ces deux formations est amenée à juger une requête introduite contre son pays d'origine. Cette règle, qui figure à l'article 26, paragraphe 4 CEDH, confère donc une place toute particulière au juge national dans toutes les affaires qui soulèvent de nouvelles questions, c'est-à-dire dans toutes les affaires qui ne sont pas manifestement mal fondées et/ou qui ne relèvent pas de la jurisprudence constante. Le paragraphe 5 de ce même article précise que le juge national siègera dans la Grande chambre, et ceci même s'il a déjà eu à connaître de l'affaire lorsqu'elle a été examinée devant la chambre. Il convient de noter que cette dernière disposition n'est pas compatible avec la jurisprudence de la Cour dans la mesure où la Cour interdit aux États membres du Conseil de l'Europe qu'un juge siège deux fois dans une même affaire¹¹.

La CEDH et le Règlement prévoient dans quelles formations judiciaires un juge national peut ou ne peut pas siéger. Toutefois, ces deux textes légaux ne précisent pas les hypothèses dans lesquelles le juge national aura l'opportunité d'être « juge rapporteur ». L'expression « juge rapporteur » désigne un juge nommé pour préparer l'affaire de telle sorte qu'elle puisse être mise en délibération¹². En d'autres termes, il appartient au juge rapporteur de proposer une solution au litige. Il va sans dire que ce privilège procure un pouvoir certain d'influencer l'issue de l'affaire. Les articles 49 et 50 Règlement fixent uniquement que le président de chaque section dispose du pouvoir discrétionnaire de déterminer quel juge membre de la formation compétente sera juge rapporteur et que dans les affaires portées devant la Grande chambre le président de la Cour nomme le juge rapporteur.

Enfin, l'article 45, paragraphe 2 CEDH, qui prévoit que « si l'arrêt n'exprime pas en tout ou en partie l'opinion unanime des juges, tout juge » – c'est-à-dire également le juge national – « a le droit d'y joindre l'exposé de son opinion séparée ». L'opinion séparée, technique importée du système de droit de *common law*¹³, peut être définie comme étant « l'exposé officiel et par écrit de l'avis personnel d'un juge à l'égard d'une décision au délibéré de laquelle il a participé »¹⁴. Cet exposé peut soit approuver la décision prise mais pour d'autres motifs – on parlera alors de l'« opinion concordante » – soit désapprouver ladite décision et la motivation qui la sous-tend – on parlera alors de l'« opinion dissidente ». Dans la mesure où les opinions concordantes posent beaucoup moins de problèmes en pratique, cette contribution se concentrera sur les opinions dissidentes.

¹¹ L'article 6, paragraphe 1^{er} CEDH stipule, entre autres, que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue [...] par un tribunal indépendant et impartial ». Il est de jurisprudence constante qu'un juge ayant siégé dans une affaire ne saurait faire partie de la formation d'appel amenée à traiter cette même affaire (à titre d'exemple CourEDH, 12 septembre 2016, *Pereira Da Silva c. Portugal*, n° 77050/11, para 52-60 ; CourEDH, 1^{er} mai 2005, *Indra c. Slovaquie*, n° 46845/99, para 51-53 ; CourEDH, 26 août 1997, *De Haan c. Pays-Bas*, n° 84/1996/673/895, para 51). Lorsqu'une affaire a été jugée par une chambre et qu'une des parties fait appel, le juge national aura siégé et dans la chambre et dans la Grande chambre.

¹² Pour un aperçu plus détaillé du travail de juge rapporteur dans le cadre des procédures individuelles consulter l'art. 49 Règlement.

¹³ F. Rivière, *Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des droits de l'homme*, 1^{ère} édition, Bruxelles, Émile Bruylant 2005, p. 1.

¹⁴ Définition proposée par E. Zoller, telle que citée dans la thèse de Mme Rivière (v. note 13), p. 5.

Étant donné que les dispositions relatives au rôle du juge national sont lacunaires certaines règles non écrites se sont développées en pratique. Si la plupart d'entre elles contribuent à augmenter l'efficacité au sein de la Cour, quelques-unes de ces règles non écrites peuvent poser problème dans certaines circonstances. Dans un deuxième temps il est donc nécessaire de s'attarder sur trois contextes dans lesquels le juge national a un rôle non déterminé dans les textes légaux, mais un rôle très important en pratique.

Partie II - Contextes problématiques

D'abord, il convient de préciser le rôle particulier du juge national lorsqu'il est nommé « juge rapporteur » dans une affaire concernant son pays d'origine (A.). Ensuite, cette contribution se consacrera au rôle à attribuer au juge national dans le cadre de la procédure dite « Rule 39 », notion qui renvoie aux mesures provisoires que peut prononcer la Cour. Dans ce contexte se pose la question de savoir à quel point le juge national doit intervenir (B.). Enfin, l'analyse traitera de la question de savoir quel est l'usage approprié du mécanisme des opinions dissidentes lorsqu'est en cause le pays d'origine du rédacteur (C.).

A. La désignation du « juge rapporteur »

En vertu des dispositions pertinentes, le juge national ne sera jamais juge unique dans les affaires dirigées contre son pays d'origine¹⁵.

Les comités de trois juges traitent uniquement de cas qui relèvent de la jurisprudence bien établie de la Cour ou qui sont manifestement mal fondés¹⁶. En vertu de l'article 28, paragraphe 3 CEDH le juge national ne siègera pas dans un comité lorsqu'il s'agit d'une requête manifestement mal fondée dirigée contre son pays d'origine. Par contre, lorsqu'il s'agit d'affaires relevant de la jurisprudence bien établie, le juge national siègera dans le comité et sera nommé rapporteur.

Il découle de ce qui précède que l'influence d'un juge national est nulle dans les affaires traitées par un juge unique ou par un comité qui juge qu'une requête est manifestement mal fondée. L'influence du juge national qui siège dans un comité amené à appliquer la jurisprudence bien établie est négligeable : s'agissant d'une jurisprudence constante, il ne dispose que d'une marge de manœuvre minimale.

Les cas plus problématiques concernent les hypothèses dans lesquelles un juge national est rapporteur dans une affaire portée devant une chambre, voire devant la Grande chambre. Comme nous l'avons vu précédemment, les présidents de section peuvent désigner les juges rapporteurs de manière discrétionnaire. Néanmoins, une pratique qui concerne l'attribution des affaires traitées par les chambres s'est établie ces dernières années :

¹⁵ Voir *supra*, Partie I.B. Fondements juridiques.

¹⁶ Les cas relevant de notre jurisprudence dite « bien établie » en français sont appelés, au sein de la Cour, les cas « WECL » pour « well established case law ».

souvent le juge national est juge rapporteur dans toutes les affaires qui sont portées devant une chambre et qui sont introduites à l'encontre de son pays d'origine¹⁷. Toutefois, cette pratique subit trois nuances importantes : d'abord, le président de section veille à ce que tous les juges aient une charge de travail plus ou moins équilibrée. En d'autres termes, le juge élu au titre de l'Italie ne devra pas traiter toutes les affaires italiennes ; le juge de Saint-Marin préparera des dossiers en provenance d'autres pays également. Ensuite, dans le but d'éviter une quelconque pression sur le juge national, les dossiers dit « sensibles » ne seront pas préparés par le juge national. Enfin, les requêtes individuelles sont attribuées en fonction des compétences des juges membres de chaque chambre. Certains juges ont une expérience accrue en matière de droit de l'Union européenne, d'autres ont des connaissances linguistiques qui leur permettent de travailler dans plusieurs langues. Les présidents de chaque section veillent à utiliser ces différentes compétences de manière efficace.

Le rôle du juge national dans la Grande chambre est plus transparent. En effet, le juge national ne sera jamais rapporteur dans les affaires dirigées contre son pays d'origine. Cependant, il jouit de deux privilèges. D'une part, il assiste le comité de rédaction de cinq juges qui prépare la version écrite, dont les 17 juges débattent après l'audience. En d'autres termes, il n'a pas le droit de vote au sein de ce comité de rédaction, mais assistera aux réunions du comité en tant que conseiller. Le juge national retrouve alors son rôle de pédagogue. D'autre part, lors des délibérations, le juge national a toujours la possibilité d'exposer son point de vue une fois que le juge rapporteur a présenté l'affaire. Ces privilèges peuvent paraître considérables. Mais, étant donné que la Grande chambre est composée de 17 juges, la voix du juge national n'est pas aussi importante que lors des délibérés en chambre lors desquels le juge national, en plus d'être rapporteur, fait face à six collègues seulement.

B. Les mesures provisoires

L'article 39 Règlement, aussi connu sous l'acronyme « Rule 39 », prévoit que les vice-présidents de section peuvent statuer sur les demandes de mesures provisoires. Il s'agit de « mesures d'urgence qui, selon la pratique constante de la Cour, ne s'appliquent que lorsqu'il y a risque imminent de dommage irréparable »¹⁸. Elles sont avant tout prononcées dans le domaine du droit d'asile, par exemple lorsqu'une personne attend son expulsion dans un aéroport européen et estime que son expulsion violerait soit l'article 2 CEDH – le droit à la vie – soit l'article 3 CEDH – l'interdiction de la torture¹⁹.

¹⁷ L. Guerra, « National Judge and Judicial Independence: The Case of the Strasbourg Court », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Volume 24 (4), 2017, pp. 552-564, p. 559.

¹⁸ Cour européenne des droits de l'homme, Fiche thématique, [Les mesures provisoires](#), janvier 2019, p. 1 [dernière consultation le 15 mars 2020]. Pour une discussion plus approfondie et comparatiste de la thématique consulter H. Keller et c. Marti, « Interim Relief Compared : Use of Interim Measure by the UN Human Rights Committee and the European Court of Human Rights », *Heidelberg Journal of International Law*, 2013, pp. 325-372.

¹⁹ Pour un résumé des affaires phares, voir Cour européenne des droits de l'homme, Fiche thématique, [Les mesures provisoires](#), janvier 2019, pp. 2 suiv., précité.

La CEDH ainsi que le Règlement sont muets par rapport au rôle du juge national dans ce contexte. Toutefois, en pratique, il est de coutume que l'équipe en charge des mesures provisoires informe le juge national à propos d'une nouvelle requête. Le juge national peut alors faire part de son opinion sans pour autant que cette dernière soit contraignante pour le vice-président de section, juge en charge de prononcer les mesures provisoires. En pratique, ce n'est qu'après cette prise de position que le vice-président de section prend une décision contraignante. Lorsque la demande concerne le pays d'origine du vice-président de section un autre vice-président sera en charge de traiter la demande. Le juge national ne pourra donc jamais ordonner des mesures provisoires à l'encontre de son pays d'origine.

En pratique, le vice-président de section en charge de la demande ne prend que rarement une décision contraire à l'avis du juge national. Même si cette pratique confère un pouvoir considérable au juge national, il semble que cette pratique est judicieuse dans la mesure où le juge national connaît souvent mieux qu'un quelconque autre juge la politique nationale en matière d'expulsion.

C. Les opinions séparées

Dans le but, d'une part, de protéger les juges contre une quelconque pression extérieure et, d'autre part, de mieux garantir l'indépendance de la Cour²⁰, le principe du secret des délibérations est consacré aux articles 3, paragraphe 1^{er} et 22, paragraphe 1^{er} Règlement.

Néanmoins, en vertu de l'article 74, paragraphe 2 Règlement il est impossible, pour un juge, de se ranger complètement derrière le secret des délibérations. En effet, le Règlement prévoit que « tout juge qui a pris part à l'examen de l'affaire par une chambre ou par la Grande chambre a le droit²¹ de joindre à l'arrêt soit l'exposé de son opinion séparée, concordante ou dissidente, soit une simple déclaration de dissentiment ».

En pratique, contrairement à ce que pourrait laisser entendre cette disposition légale il est devenu coutume – à quelques exceptions près²² – qu'un juge rédige une opinion dissidente chaque fois qu'il fait partie de la minorité, c'est-à-dire également lorsque le juge national, membre de la minorité, considère que son pays d'origine n'a pas violé la CEDH²³. Se pose

²⁰ M. Eudes, « La légitimité du juge de la Cour européenne des droits de l'homme, Observations sur la représentativité et l'indépendance du juge de Strasbourg », *Revue québécoise de droit international*, 2000, pp. 131-166, spéc. p. 149.

²¹ Surligné par les auteures.

²² À titre d'exemple, consulter l'affaire CourEDH, GC, 24 janvier 2017, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, n° 25358/12. Pour une analyse plus globale à ce sujet, avec un accent tout particulier sur la situation actuelle en Suisse, voir H. Keller et L. Zimmermann, « Dissenting Opinions am Bundesgericht ? », *Revue de droit suisse*, brochure 2, 2019, pp. 137-158.

²³ Ces dernières dix années, à cinq reprises, le juge national a été le seul à rédiger une opinion dissidente dans une affaire portée devant la Grande chambre et qui concernait une requête individuelle. Consulter CourEDH, GC, 23 février 2016, *Mozzer c. République de Moldavie et Russie*, n° 11138/10 ; CourEDH, GC, 12 mai 2014, *Chypre c. Turquie*, n° 25781/94 ; CourEDH, GC, 19 octobre 2012, *Catan et autres c. Moldavie et Russie*,

alors la question suivante : quel est l'usage approprié du mécanisme des opinions dissidentes lorsqu'est en cause le pays d'origine du rédacteur ? En d'autres termes, lorsqu'une affaire concerne la France, que le juge national n'a su convaincre ses collègues qu'il n'y avait pas lieu d'admettre une violation et qu'il s'apprête à rédiger une opinion dissidente, devrait-il, en tant que juge national, prendre en compte certaines considérations particulières ?

Certains auteurs voient la technique des opinions dissidentes d'un œil très positif.

À titre d'exemple, Marina Eudes, écrivait, en 2000, que cette technique « est révélatrice de l'indépendance des juges les uns par rapport aux autres » et qu'elle peut également « illustrer la liberté des membres de la Cour par rapport à leur État d'origine. En effet, il n'est pas rare de voir des opinions séparées dans lesquelles des juges expriment ouvertement leur désaccord par rapport aux arguments développés par les représentants de leur État d'origine »²⁴.

Pour notre part, nous ne saurions entièrement souscrire à cette affirmation bienveillante à l'égard de la technique de l'opinion dissidente. À la suite de l'élargissement du Conseil de l'Europe et après quelques arrêts qui ont fait couler beaucoup d'encre dans les États condamnés²⁵ plusieurs politologues se sont penchés sur la question de savoir quel rôle il convenait d'attribuer au juge national au sein de la Cour. Afin de répondre à cette question ils ont procédé à des analyses empiriques des opinions dissidentes. Ces études ont révélé plusieurs tendances :

En 2007, le politologue néerlandais Erik Voeten²⁶ a pu montrer que les positions exprimées dans les opinions dissidentes ne dépendaient ni de la culture juridique dont le juge national était issu ni du respect effectif ou pas des droits de l'homme dans le pays d'origine du juge national. Par contre, les juges nationaux issus d'États qui souhaitaient adhérer à l'Union européenne – comme par exemple la Roumanie et la Bulgarie à l'époque – rédigeaient plus fréquemment des opinions dissidentes contre leur gouvernement national. En d'autres termes, ces juges nationaux ont fait preuve d'une indépendance considérable vis-à-vis de leur pays d'origine. Voeten explique cette tendance par le fait qu'une des conditions

n° 43370/04, 8252/05 et 18454/06 ; CourEDH, GC, 7 juillet 2011, *Bayatyan c. Arménie*, n° 23459/03 ; CourEDH, GC, 18 septembre 2009, *Varnava et autres c. Turquie*, n° 16064/90 et *alii*.

²⁴ M. Eudes (v. note 20), p. 150, pt. 16 ; Dans une veine similaire, F. Rivière, qui a consacré sa thèse à l'opinion séparée des juges à la Cour conclut son ouvrage en écrivant qu'« entendue comme un élément de contrôle du juge, [l'opinion dissidente] contribue de manière significative à dissiper la crainte qu'inspire, à l'instar du juge constitutionnel en droit interne, l'échelon ultime de la justice européenne des droits de l'homme », voir F. Rivière (v. note 13), p. 439.

²⁵ À titre d'exemple, les réactions qui ont fait suite à l'arrêt CourEDH, 6 octobre 2005, *Hirst c. Royaume-Uni*, n° 74025/01, étaient particulièrement virulentes, consulter E. Voeten, « The Politics of International Judicial Appointments : Evidence from the European Court of Human Rights », *International Organization* 61, Fall 2007, pp. 669-701, spéc. p. 669.

²⁶ E. Voeten, *Politics of International Judicial Appointments* (v. note 25), p. 670. Dans cette contribution l'auteur analyse toutes les opinions dissidentes entre 1959 et 2006.

d'adhésion à l'Union européenne est le respect des droits de l'homme²⁷. Une manière de prouver qu'un État candidat respecte ces droits consistait, à l'époque, à se montrer particulièrement actif au sein du Conseil de l'Europe.

Dans une étude publiée une année plus tard, le même auteur vient confirmer les conclusions de sa première publication, tout en ajoutant qu'une lecture attentive des opinions dissidentes peut révéler une certaine préoccupation de certains juges nationaux quant à leurs opportunités professionnelles une fois leur mandat terminé. En d'autres termes, Voeten a pu constater que certains juges nationaux ne prenaient que rarement position contre leur gouvernement de peur de ne plus être réélus à la fin de leurs mandats de six ans²⁸. Ces considérations ont entre autres motivé l'adoption du Protocole 14, qui prévoit, depuis juin 2010, que le mandat est de neuf ans non-renouvelables²⁹. L'entrée en vigueur de ce Protocole additionnel a donc renforcé l'indépendance des juges nationaux.

En 2009, deux politologues britanniques³⁰ ont également analysé les opinions dissidentes et sont parvenus à la conclusion que l'usage de cet instrument est très fréquent, mais que les opinions dissidentes rédigées par le seul juge national venant au soutien de son gouvernement sont très rares³¹. Les auteurs arrivent donc à une conclusion similaire à celle de Mme Eudes : les opinions dissidentes illustrent la liberté des membres de la Cour par rapport à leur État d'origine.

En 2019, Erik Voeten et un politologue norvégien Øyvind Stiansen, ont publié une nouvelle étude empirique³². En analysant les opinions dissidentes depuis 2005 les deux auteurs ont pu démontrer deux développements : d'abord, les gouvernements ont tendance, depuis 2010, à nommer des juges plus conservateurs. De plus, une partie considérable des juges est plus réservée lorsqu'il s'agit de condamner une « veille démocratie », comme, par exemple, le Royaume-Uni, le Danemark ou encore la Suisse. Ils expliquent ce deuxième phénomène par le fait que le Conseil de l'Europe a dû et doit faire face à de nombreuses critiques en provenance de ces États, mais qu'en même temps le Conseil de l'Europe ne fonctionne uniquement si ces pays le soutiennent sans (trop de) réserves. Il serait alors dans l'intérêt de la Cour qu'elle se montre bienveillante envers ces États. Cette sorte de révérence s'exprimerait également dans certaines opinions dissidentes.

²⁷ Articles 2 et 6, paragraphe 3 Traité sur l'Union européenne, adopté le 13 décembre 2007, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009.

²⁸ E. Voeten, « Impartiality of International Judges », *American Political Science Review*, volume 102, numéro 4, 2008, pp. 417-433.

²⁹ Article 23, paragraphe 1^{er} CEDH.

³⁰ R. C.A. White, I. Boussiakou, « Separate Opinions in the European Court of Human Rights », *Human Rights Law Review*, brochure 1, 2009, pp. 37-60.

³¹ Ibid. (v. note 30), p. 49.

³² E. Voeten et Ø. Stiansen, « [Backlash and Judicial Restraint: Evidence from the European Court of Human Rights](#) », disponible sur SSRN [dernière consultation le 15 mars 2020].

Il découle de ce qui précède que, lorsque qu'un juge national s'apprête à rédiger une opinion dissidente, il doit être conscient que sa prise de position sera lue dans son pays d'origine ainsi que dans les milieux académiques. De plus, au niveau de la Cour, il doit veiller à utiliser un vocabulaire neutre qui reflète son indépendance par rapport au gouvernement national. En effet, ce n'est uniquement ainsi qu'il peut préserver la confiance que ses collègues lui portent lorsque qu'il leur explique la situation juridique dans son pays d'origine.

Dans un troisième temps, dédié à l'expérience personnelle de la première auteure, il convient de s'attarder sur la confiance comme prérequis au bon fonctionnement de la Cour.

Partie III - La confiance, *conditio sine qua non* au bon fonctionnement de la Cour

La confiance joue un rôle central dans le quotidien à la Cour. À ce sujet, la première auteure souhaite partager cinq observations.

D'abord, force est de constater que la charge de travail est telle qu'un nombre considérable de tâches et de décisions sont déléguées à certaines personnes à titre individuel. Si cette répartition de travail ne reposait pas sur une confiance mutuelle, le bon fonctionnement serait remis en cause. Ceci est d'autant plus vrai lorsque le juge national doit traiter une requête individuelle dirigée contre son État d'origine.

Ensuite, en raison de la barrière linguistique le juge national revêt un rôle primordial. Très souvent, il est le seul membre de la formation judiciaire qui a accès à tous les éléments en langue originale du dossier et qui a donc une vue d'ensemble de l'affaire. Les autres juges siégeant dans la formation judiciaire doivent donc pouvoir faire confiance au juge national qu'il présente le dossier dans son ensemble de manière non-partiale.

Après, dans les affaires portées devant la Grande chambre, le juge national prend toujours la parole au plus tard après la présentation du juge rapporteur. Il lui revient la mission d'expliquer le droit national ainsi que la jurisprudence pertinente à ses seize collègues. De plus, il doit préciser s'il s'agit d'une affaire sensible ou pas.

Enfin, c'est à lui qu'il revient d'estimer si l'État défendeur est disposé à adopter des réformes dans le domaine contesté. Ce dernier aspect est surtout – mais pas uniquement – important dans le cadre de procédures dites « pilotes ». La Cour peut décider d'appliquer une telle procédure lorsque « les faits à l'origine d'une requête (...) relèvent l'existence, dans la Partie contractante concernée, d'un problème structurel ou systémique (...) qui a donné lieu (...) à l'introduction d'autres requêtes analogues »³³. Cette procédure a été suivie à l'encontre de certains États anciennement communistes, avant tout dans des affaires concernant le droit de propriété³⁴.

³³ Article 61, paragraphe 1^{er} Règlement.

³⁴ À titre d'exemple, le premier arrêt pilote CourEDH, GC, 22 juin 2004, *Broniowski c. Pologne*, n° 31443/96.

Dans le contexte suisse il est souvent nécessaire d'expliquer les particularités nationales, qui tiennent fréquemment au fédéralisme. Pour une personne peu familière avec le contexte helvétique il peut sembler étrange – voire arbitraire – que la même affiche soit interdite dans une ville, mais puisse être pendue légalement dans une autre³⁵. La même chose vaut pour les cours de natation : dans une ville, ces cours sont obligatoires, dans d'autres, ces cours ne le sont pas³⁶. Dans ces deux affaires il a fallu expliquer que ces lois cantonales reflètent la diversité qu'un système fédéral essaie de protéger et que par conséquent il n'y avait pas lieu de constater une violation.

Enfin, la confiance portée envers le juge national est également importante lorsque ce dernier doit expliquer le contexte historique ou politique de l'affaire. Ceci ne veut pas dire que la Cour prendra une décision politique ; mais, il est important que la Cour connaisse toutes les informations importantes de la requête – c'est-à-dire également les informations politiquement sensibles – avant de rendre un jugement. À titre d'exemple, lorsque la Cour a eu à traiter les requêtes kurdes dirigées contre le gouvernement turc³⁷, il n'était pas toujours évident d'estimer la véracité des faits allégués dans la requête. Dans ce cadre il était de première importance que les juges siégeant dans la Grande chambre puissent se fier aux explications de la juge turque de l'époque.

Toutefois, cette confiance peut très vite se perdre. Les juges observent très attentivement comment leurs collègues se comportent, pas seulement mais surtout lorsqu'un juge est amené à juger une affaire portée contre son pays d'origine. Ainsi, il est judicieux, pour le juge national, de présenter la situation juridique ainsi que le contexte historico-politique aussi objectivement que possible. Plus précisément, il peut être opportun de bien séparer ces informations générales de la propre position dans une affaire donnée. Ce n'est qu'en respectant ces quelques « règles » que le juge national peut être pris au sérieux et qu'il peut accomplir les différentes facettes de son rôle important de « juge national ».

Il découle de ce qui précède que le juge national jouit d'une position privilégiée s'il accomplit bien sa mission. Toutefois, dans les hypothèses où le juge national peine à présenter la situation nationale de manière objective nous ne pouvons-nous empêcher de citer Lénine : « la confiance n'exclut pas le contrôle ».

³⁵ CourEDH, GC, 13 juillet 2012, *Mouvement Raëlien c. Suisse*, n° 16354/06.

³⁶ CourEDH, 10 janvier 2017, *Osmanoğlu et Kocabaş c. Suisse*, n° 29086/12.

³⁷ À titre d'exemple CourEDH, GC, 12 janvier 2016, *Affaire parti pour une société démocratique (DPT) et autres c. Turquie*, n° 3840/10 et alii.

Encore un effort camarades... L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme est toujours à votre portée

Jean Paul Jacqué*

Après l'avis 2/13 de la Cour de Justice rendu le 18 décembre 2014¹, il apparaît clairement que la reprise du processus d'adhésion n'a pas été perçue comme une priorité par les institutions de l'Union. Auraient-elles cédé à la tentation du *statu quo* d'autant plus que, comme le montre la jurisprudence de la Cour sur la Charte des droits fondamentaux, la protection des droits fondamentaux n'est pas en péril dans l'Union et que, bien au contraire, depuis l'avis, le dialogue entre les deux Cours s'est développé de manière satisfaisante sur la base de l'article 52, paragraphe 3 de la Charte des droits fondamentaux, et à titre subsidiaire des principes généraux du droit. Il n'en demeure pas moins que la Cour a rappelé qu'il n'était pas possible d'invoquer directement la Convention devant elle dans la mesure où l'Union n'était pas une partie contractante et qu'elle ne prenait en considération celle-ci qu'en vue d'assurer la cohérence entre les deux instruments², ce qui reste en deçà des prescriptions de la Charte qui imposent à la Cour de donner le même sens et la même portée aux droits garantis par la Charte qu'à ceux garantis par la Convention, même si l'Union peut accorder une protection plus étendue.

Ces considérations n'impliquent pas pour autant qu'il faille abandonner toute perspective d'adhésion. La complexité juridique due à l'existence de deux systèmes de protection dont le champ d'application se recoupe largement et le risque de jurisprudences discordantes subsistent. En outre, il reste toujours difficile de comprendre pourquoi l'Union impose aux États candidats d'adhérer à une Convention à laquelle elle n'est pas partie, surtout à un moment où le conflit sur les valeurs bat son plein au sein de l'Union. Ensuite, et d'une manière générale, l'existence d'un contrôle indépendant externe, accepté par tous les États membres, a montré depuis des années qu'il contribuait à une amélioration de la protection des droits fondamentaux. Enfin, on voit mal pour quelle raison les mesures prises par les États membres dans le cadre de leurs compétences étaient soumises au contrôle de la CourEDH lequel a disparu lorsque ces compétences ont été transférées à l'Union, affaiblissant ainsi la protection offerte aux particuliers. De toute façon, l'article 6, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne impose à l'Union d'adhérer à la Convention européenne des droits de l'homme dans le respect des spécificités de l'Union décrites au protocole n° 8. Cette obligation voulue par les auteurs des traités doit être respectée et son non-respect pourrait donner lieu à une action en carence. Les travaux sur l'adhésion n'ont

* Professeur émérite à l'Université de Strasbourg, Directeur général honoraire au Conseil de l'Union européenne.

¹ CJUE, Ass. plén., 18 décembre 2014, *Avis 2/13 sur l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme*, ECLI:EU:C:2014:2454.

² CJUE, GC, 15 février 2016, *J.N.*, C-601/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:84.

d'ailleurs pas cessé, mais ils ont été conduits avec une remarquable lenteur. Après avoir analysé l'avis, la Commission a soumis au groupe de travail du Conseil certaines propositions destinées à satisfaire aux exigences de la Cour de Justice. Le groupe n'a pas encore conclu ses réflexions, mais la nouvelle Commission a inclus la poursuite du processus d'adhésion dans ses projets et la présidente l'a faite figurer dans la lettre de mission de la commissaire responsable des valeurs et de la transparence, Mme Jourova.

En effet, le *statu quo* n'est pas une solution. Le projet d'accord d'adhésion prenait en compte les spécificités de l'Union et visait à protéger celles-ci, même si la Cour de Justice a estimé que cette protection était insuffisante. Il n'en demeure pas moins qu'en l'absence d'adhésion, l'Union demeure vulnérable et sa seule protection réside dans le climat de coopération établi entre les deux Cours. Avant d'examiner les réponses que l'on pourrait apporter aux critiques de la Cour de Justice (II), il n'est pas inutile d'étudier cette vulnérabilité (I).

Partie I - L'absence d'adhésion, une menace pour l'Union?

Tant que l'Union n'est pas partie à la Convention, elle ne peut être visée par de requêtes individuelles devant la Cour européenne des droits de l'homme et les arrêts rendus par celle-ci ne s'imposent pas à elle. Ceci ne signifie pas pour autant qu'elle soit à l'abri de la censure de Strasbourg. Selon une pratique désormais bien établie, les particuliers peuvent soulever, devant la Cour européenne des droits de l'homme, la non-conformité à la Convention des mesures prises par les États membres en vue de mise en œuvre du droit de l'Union. Seul les actes et comportements de l'Union qui ne donnent pas lieu à mise en œuvre par les États peuvent bénéficier d'une immunité puisque l'Union n'est pas partie à la Convention³, mais pour les autres qui représentent la plus grande partie, la jurisprudence *Bosphorus* continuera à s'appliquer⁴. Elle implique qu'une requête présentée contre un État membre en raison de la mise en œuvre d'une disposition contraignante du droit de l'Union soit déclarée irrecevable dès lors que la protection des droits fondamentaux dans l'Union n'est pas manifestement insuffisante. Ainsi l'arrêt *Bosphorus* ne donne pas un blanc-seing à l'Union européenne. La condition d'insuffisance manifeste de protection s'apprécie au cas par cas et rien n'empêche la Cour de Strasbourg de se montrer plus exigeante sur ce point qu'elle ne l'a été auparavant. Dans son discours prononcé lors de la rentrée judiciaire 2015, le Président de la Cour réaffirmait que, malgré l'avis 2/13, la Cour continuerait à exercer son contrôle : « Pour ma part, ce qui m'importe, c'est qu'il n'y ait pas de vide juridique dans la protection des droits de l'homme sur le territoire de la Convention, que la violation soit le fait d'un État ou d'une institution supranationale. Notre Cour continuera

³ Cette immunité pourrait d'ailleurs être écartée en raison de la jurisprudence *Matthews* de la CourEDH (arrêt du 18 février 1999) qui permet de mettre à la charge des États certains actes de l'Union dès lors qu'ils ne sont pas soumis à un contrôle juridictionnel au sein de celle-ci.

⁴ CourEDH, GC, 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlande*, n° 45036/98.

donc d'apprécier la conventionalité des actes des États, quelle que soit leur origine, et les États sont et resteront responsables de leurs obligations au regard de la Convention »⁵.

En outre la portée de la jurisprudence *Bosphorus* est limitée. En effet, elle ne peut jouer que lorsque l'État agit « strictement » dans le cadre des obligations qui découlent du droit de l'Union, c'est-à-dire en l'absence de toute marge d'appréciation. Cette limitation est clairement mentionnée dans l'arrêt *Michaud* dans lequel la CourEDH a écarté l'application de *Bosphorus* parce que le droit de l'Union mis en œuvre était d'une directive laquelle, selon la CourEDH, laissait une marge d'appréciation aux États et parce qu'en l'espèce le Conseil d'État n'avait pas jugé bon de faire un renvoi préjudiciel à la Cour de Justice ce qui avait privé le requérant de la protection juridictionnelle effective équivalente que devrait lui accorder le droit de l'Union. Comme le confirmera la Cour par la suite, le jeu de *Bosphorus* est donc soumis à deux conditions : l'absence de marge d'appréciation et l'existence au sein de l'Union d'une protection juridictionnelle complète⁶. En outre, même dans ce cas, la présomption de protection équivalente peut être écartée en cas d'insuffisance manifeste de protection. Malgré la protection offerte par *Bosphorus*, la CourEDH a été amenée à examiner le droit de l'Union au regard des exigences de la Convention et, sur la base de la jurisprudence actuelle de la Cour européenne des droits de l'homme, on ne peut vraiment affirmer que les spécificités de l'Union soient protégées. De ce fait, l'absence d'adhésion présente des risques tant pour l'autonomie de l'Union que pour le rôle joué par la Cour de Justice.

A. Les atteintes à l'autonomie de l'Union

Le premier danger est de voir la Cour européenne des droits de l'homme s'immiscer dans la répartition des compétences entre l'Union et les États membres. En effet, pour appliquer les critères dégagés dans *Bosphorus*, la Cour européenne des droits de l'homme est inévitablement appelée à se prononcer sur la répartition des compétences entre l'Union et les États membres et sur le champ d'application du droit de l'Union. En effet, elle doit déterminer si l'action reprochée à l'État membre est la conséquence d'une obligation qui résulte du droit de l'Union puisque, si tel n'est pas le cas, l'exception liée à la protection équivalente ne jouera pas. Si l'on prend en considération les jurisprudences *M.S.S*⁷ et *N.S.*⁸, il est certes positif que les positions des deux Cours à propos de l'application du règlement Dublin soient compatibles, mais l'analyse menée par celles-ci repose sur des bases radicalement opposées. La Cour de Strasbourg analyse le règlement de Dublin comme

⁵ Discours du Président Spielmann lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour européenne des droits de l'homme, Strasbourg, 30 janvier 2015, disponible sur : https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20150130_Solemn_Hearing_2015_FRA.pdf

⁶ Dans l'arrêt de Grande Chambre, *Avotins c. Lettonie*, 23 mai 2016 : « La Cour rappelle que l'application de la présomption de protection équivalente dans l'ordre juridique de l'Union européenne est soumise à deux conditions, qu'elle a formulées dans l'arrêt *Michaud* (précité) : l'absence de marge de manœuvre pour les autorités nationales et le déploiement de l'intégralité des potentialités du mécanisme de contrôle prévu par le droit de l'Union européenne ».

⁷ CourEDH, GC, 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, n° 30696/09.

⁸ CJUE, GC, 21 décembre 2011, *N.S.*, C-411/10, ECLI:EU:C:2011:865.

accordant aux États membres un pouvoir discrétionnaire d'examiner eux-mêmes ou non une demande d'asile tandis que la Cour de Justice replace cet article dans le cadre de la confiance mutuelle et impose d'utiliser cet article en cas de risques systémiques dans un autre État membre. Pour l'une, on est en présence d'un pouvoir discrétionnaire qui s'exerce dans le cadre de la compétence reconnue aux États membres tandis que, pour l'autre, ce caractère discrétionnaire disparaît en cas de risque systémique dans l'État de renvoi. La Cour européenne des droits de l'homme s'est livrée à une appréciation textuelle du règlement qui ne tient pas compte du système dans lequel l'article s'insère pour écarter l'application de *Bosphorus*. De la même manière, dans *Michaud*⁹, au motif que le Conseil d'Etat n'a pas fait de renvoi préjudiciel, la Cour apprécie la compatibilité d'une mesure de transposition d'une directive avec la Convention sur un point où l'État ne disposait pas vraiment d'une marge d'appréciation. Dans toutes ces situations, la Cour européenne des droits de l'homme apprécie librement le champ d'application du droit de l'Union afin de déterminer si elle contrôlera ou non la compatibilité d'une mesure nationale de mise en œuvre. Le jeu de la coresponsabilité, prévu dans le projet d'accord d'adhésion, aurait permis pour préserver l'autonomie de l'Union en tant que capacité à déterminer elle-même ce qui relève de ses compétences et de celle de ses États membres puisqu'il permettait, dans une hypothèse de ce type, à l'Union et à l'État membre de faire partie commune, la responsabilité de chacun étant déterminée après l'arrêt de la Cour dans le cadre de l'Union.

De même, le fait que l'article 53 CEDH reconnaisse la possibilité pour les États membres d'appliquer des normes plus protectrices que celles contenues dans la Convention, a conduit la Cour de Justice à craindre que cette disposition n'aille à l'encontre de sa jurisprudence tendant à préserver la primauté du droit de l'Union. Un État pourrait éventuellement s'appuyer sur la faculté reconnue par l'article 53 pour refuser d'appliquer le droit de l'Union au motif que son système constitutionnel est plus protecteur que celui prévu par la Charte des droits fondamentaux. Ainsi serait remise en cause de la jurisprudence *Melloni*¹⁰ selon laquelle un État ne saurait invoquer une garantie interne supérieure à celle offerte par la Charte pour s'abstenir d'appliquer une disposition impérative du droit de l'Union. Dans cette hypothèse, un État membre invoquerait l'article 53 CEDH pour arguer que le droit de l'Union lui interdit d'offrir une protection supérieure à celle offerte par la Convention. À vrai dire, adhésion sur la base du projet d'accord ou non, la situation n'est pas différente. Dans la mesure où, actuellement, les États ne peuvent, selon le droit de l'Union, revendiquer une protection supérieure si elle conduit à mettre en cause la primauté, l'adhésion ne pourrait recréer une faculté dont ils ne disposent plus actuellement selon le droit de l'Union.

⁹ CourEDH, 6 décembre 2012, *Michaud c. France*, n° 12323/11, para 115 : « Ainsi, la Cour se doit de constater que, du fait de la décision du Conseil d'Etat de ne pas procéder à un renvoi préjudiciel alors que la Cour de justice n'avait pas déjà examiné question relative aux droits protégés par la Convention dont il était saisi, celui-ci a statué sans que le mécanisme international pertinent de contrôle du respect des droits fondamentaux, en principe équivalent à celui de la Convention, ait pu déployer l'intégralité de ses potentialités. Au regard de ce choix et de l'importance des enjeux en cause, la présomption de protection équivalente ne trouve pas à s'appliquer ».

¹⁰ CJUE, GC, 26 février 2013, *Melloni*, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107.

Enfin, selon l'avis 2/13, le projet d'accord d'adhésion ne protégerait pas le principe de la confiance mutuelle qui est un principe constitutionnel de l'Union. Mais l'absence d'adhésion laisse le problème intact dans la mesure où la difficulté porte moins sur des questions structurelles que sur des divergences de jurisprudence entre Luxembourg et Strasbourg. Fondé sur le postulat sur lequel la protection des droits fondamentaux est satisfaisante dans tous les États membres, le principe implique que les États membres répondent aux demandes des autres États membres sans vérification supplémentaire sauf cas de défaillance systémique ou, selon la formule de l'avis 2/13, de circonstances exceptionnelles. Le renvoi dans le pays de première entrée des demandeurs d'asile en application du règlement Dublin, par exemple, doit être effectué sans vérification supplémentaire sauf défaillance systémique de l'accueil dans ce pays. Selon la jurisprudence de Cour européenne des droits de l'homme à l'époque de l'avis 2/13, il était nécessaire, dans certains cas, d'effectuer un examen au cas par cas, ce qui pourrait rendre le système inopérant. L'absence d'adhésion laissait subsister le problème et plaçait les États devant une situation difficile. Née d'une apparente divergence de jurisprudence, la solution ne pouvait être trouvée qu'à travers une coopération entre les deux Cours se traduisant par des inflexions jurisprudentielles. Cela fut bien le cas au point que l'on peut se demander aujourd'hui s'il est bien nécessaire de modifier l'accord d'adhésion sur ce point.

B. La préservation du monopole de la Cour de Justice

La position de la Cour de Justice est simple. La Cour européenne ne devrait pouvoir se prononcer sur la conformité du droit de l'Union à la Convention qu'après que la Cour de Justice aurait été amenée à examiner la question. Elle ne pourrait se prononcer sur des matières pour lesquelles la Cour de Justice n'est pas compétente. Après tout, il s'agit simplement d'adapter aux spécificités de l'Union, la règle d'épuisement des voies de recours internes en tenant compte du renvoi préjudiciel. Dans la situation actuelle, l'arrêt *Michaud* montre que l'absence d'implication préalable de la Cour de Justice dans une affaire non seulement n'empêche pas la CourEDH de statuer, mais, bien plus, risque de la conduire à statuer au fond sur la base d'une interprétation du droit de l'Union donnée par le juge national, interprétation qui peut être erronée. Ce n'est pas que la Cour de Strasbourg nie l'importance du renvoi préjudiciel. Au contraire, sa jurisprudence souligne l'importance de celui-ci et considère comme une violation de la Convention le fait de ne pas motiver le refus de procéder à un renvoi préjudiciel et de ne pas y avoir recours lorsque le droit de l'Union l'impose¹¹. Mais, hormis les cas dans lesquels la requête est fondée sur

¹¹ CourEDH, 20 septembre 2011, *Ullens de Schooten et Rezabek c. Belgique*, n° 3989/07 et *alii*, para 62 : « les juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne sont tenues, lorsqu'elles refusent de saisir la CJUE à titre préjudiciel d'une question relative à l'interprétation du droit de l'UE soulevée devant elles, de motiver leur refus au regard des exceptions prévues par la jurisprudence de la Cour de justice. Il leur faut donc indiquer les raisons pour lesquelles elles considèrent que la question n'est pas pertinente, ou que la disposition de droit de l'UE en cause a déjà fait l'objet d'une interprétation de la part de la CJUE, ou encore que l'application correcte du droit de l'UE s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable » ; voir aussi, CourEDH, 8 avril 2014, *Dhabbi c. Italie*, n° 17120/09, para 31.

le défaut de renvoi, cela n'empêchera pas la Cour européenne des droits de l'homme, lorsqu'elle statue au fond, de se fonder sur l'interprétation du droit de l'Union telle qu'elle résulte du jugement du tribunal national. Comme on le sait, il n'appartient pas à la Cour, qui n'est pas un troisième degré de juridiction, d'interpréter elle-même le droit national ou, en l'occurrence, l'interprétation nationale du droit de l'Union, mais de le prendre en tant que tel comme un fait. Il faudrait des circonstances exceptionnelles pour que la Cour écarte l'interprétation donnée par le juge national. Dans un arrêt de 2016, la Cour européenne des droits de l'homme interprète la directive sur les services audiovisuels et le règlement Bruxelles I, alors que les juridictions nationales n'avaient pas fait usage du renvoi préjudiciel. Certes, elle fait référence à la jurisprudence de la Cour de Justice, mais en donne sa propre interprétation¹². Ainsi, alors que le système de l'implication préalable, prévu dans le projet d'accord d'adhésion, protégeait le monopole d'interprétation de la Cour, en l'absence d'adhésion et sauf erreur manifeste d'interprétation, l'interprétation donnée par le juge national sera prise en considération. Certes, la Cour de Justice pourrait s'en laver les mains puisque l'arrêt rendu à Strasbourg ne sera pas opposable à l'Union qui n'est pas partie à la procédure, mais il le sera aux États membres et à leurs juridictions, ce qui est susceptible de créer des difficultés du type de celles qui se sont manifestées lors de l'exécution de l'arrêt *Matthews*¹³.

La compétence de la Cour de Justice peut être affectée dans d'autres cas dans lesquels les États pourraient être tentés de contourner le système de l'Union en portant leurs différends ou leurs questions devant la Cour européenne des droits de l'homme. Dans l'avis 2/13, la Cour de Justice a estimé que le projet d'accord ne protégeait pas sa juridiction en n'excluant pas de la compétence de Strasbourg les requêtes interétatiques liées au droit de l'Union et en n'interdisant pas aux États membres d'utiliser la procédure de l'avis consultatif prévue au protocole 16 CEDH pour obtenir des avis sur des questions présentant un lien avec le droit de l'Union. Il est vrai qu'une telle situation serait contraire à l'article 344 TFUE s'agissant des recours interétatiques et à l'obligation de renvoi préjudiciel s'agissant du protocole 16. Si la Cour EDH acceptait de statuer sur de tels cas tant que l'adhésion n'est pas réalisée, ses arrêts ne lieraient l'Union pour autant qu'il s'agisse de recours interétatiques. Les avis donnés sur la base du protocole 16 n'ont pas de force contraignante,

¹² Cour EDH, 1 mars 2016, *Arlewin c. Suède*, n° 22302/10, para 63 : « The Court is thus not convinced by the Government's argument that the AV Directive determines, even for the purposes of EU law, the country of jurisdiction when an individual brings a defamation claim and wishes to sue a journalist or a broadcasting company for damages. Rather, jurisdiction under EU law is regulated by the Brussels I Regulation. According to Articles 2 and 5 of that Regulation, both the United Kingdom and Sweden appear to have jurisdiction over the present matter (...). Thus, while leaving open the question – in effect raised by the Government – whether a binding provision of EU law would have affected their responsibility under Article 1 of the Convention, the Court finds that the Government have not shown that Swedish jurisdiction was barred in the case due to the existence of such a provision ».

¹³ Cour EDH, GC, 18 février 1999, *Matthews c. Royaume-Uni*, n° 24833/94. Le Royaume-Uni a été condamné à Strasbourg en raison de l'Acte sur les élections du Parlement au suffrage universel a tenté en vain de faire modifier cet acte afin de permettre la participation des résidents de Gibraltar aux élections européennes. Devant l'échec de ces tentatives, il a préféré courir le risque de violer le droit communautaire plutôt que la CEDH. Il a fallu une interprétation très indulgente du droit de l'Union pour laver le Royaume-Uni de son péché (CJCE, GC, 12 septembre 2006, *Espagne c. Royaume-Uni*, C-145/04, ECLI:EU:C:2006:543).

mais les arrêts rendus dans les affaires interétatiques lieraient les États membres. Ainsi, en cas d'adhésion sur la base du projet d'accord ou de non-adhésion, la situation est pratiquement identique et, dans tous les cas, le remède est entre les mains de la Commission qui dispose du pouvoir de saisir la Cour d'une procédure en manquement contre les États membres responsables. En fait, sur ce point la discipline relève de l'ordre interne de l'Union et il n'est pas évident que les États membres ou leurs juridictions suprêmes braveraient la Cour de Justice en contournant celle-ci en s'adressant à Strasbourg plutôt qu'à Luxembourg. Dans son avis, la Cour de Justice a simplement voulu profiter de l'adhésion pour introduire dans l'accord des dispositions visant à prévenir de telles situations.

S'agissant de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC), la Cour de Justice exclut que la Cour européenne des droits de l'homme puisse se prononcer sur des questions pour lesquelles sa compétence est exclue par les traités. Ici encore, l'absence d'adhésion laisse subsister le problème. Si l'Union avait adhéré, l'essentiel des requêtes auraient été dirigées selon le projet d'accord contre les États membres lorsqu'ils mettaient en œuvre les dispositions PESC et il aurait appartenu à l'Union de décider si elle voulait faire jouer la coresponsabilité. L'Union adhérait à la Convention pour toutes ses politiques, la Cour européenne aurait eu à connaître de requêtes relatives à la PESC. Or, la compétence de la Cour de Justice est limitée par les traités en ce domaine aux mesures restrictives prises à l'égard des personnes physiques et morales. Dans les autres cas, la seule voie possible aujourd'hui pour un particulier est de s'adresser au juge national et ensuite de soumettre éventuellement le cas à la CourEDH. Sur un plan pratique, la question essentielle n'est sans doute pas l'éventualité de décisions contraignantes de l'Union contraires aux droits fondamentaux, mais bien celle de la violation des droits de l'homme sur le terrain dans le cadre d'opérations mises en place par l'Union. Or, dans ce cas, les violations sont matériellement commises par des personnels mis à disposition par les États membres. Il est donc vraisemblable que la CourEDH se reconnaitra compétente dans la mesure où le juge national a accepté de statuer. Comme la Cour l'a rappelé à plusieurs reprises, et notamment dans l'affaire *Bosphorus* à propos des compétences transférées à une organisation internationale : « il serait contraire au but et à l'objet de la Convention que les États contractants soient exonérés de toute responsabilité au regard de la Convention dans le domaine d'activité concerné : les garanties prévues par la Convention pourraient être limitées ou exclues discrétionnairement, et être par là même privées de leur caractère contraignant ainsi que de leur nature concrète et effective »¹⁴. En outre, bien qu'applicable aux résolutions du Conseil de Sécurité des Nations Unies, la Cour pourrait, à propos de la mise en œuvre des décisions PESC par les États, avoir recours à la jurisprudence *Al-Dulimi et Montana Management inc.*¹⁵ Enfin, lorsque les décisions sont prises à l'unanimité et qu'il n'existe pas de possibilité de contrôle juridictionnel au sein de l'Union, la responsabilité des États pourrait être établie sur la base de l'arrêt de la CourEDH *Matthews*.

¹⁴ Précité.

¹⁵ CourEDH, GC, 20 juin 2016, *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse*, n° 5809/08.

En somme, sur ce point comme sur d'autres, le refus de l'adhésion n'empêchera pas la Cour européenne des droits de l'homme d'exercer son contrôle si elle le souhaite.

En conclusion, sans remettre en cause, l'analyse faite par la Cour de Justice, il est évident que la situation actuelle est moins favorable que celle qui aurait résulté de l'adhésion. Les États membres peuvent être attirés devant la Cour dans des cas où le droit de l'Union est applicable sans que cette dernière se voie reconnaître le statut de partie. La Cour européenne ne pourra, en l'absence d'implication préalable de la Cour de Justice, se prononcer que sur l'interprétation du droit de l'Union telle qu'elle résulte des arrêts rendus par les juges nationaux. D'ailleurs, en l'absence de renvoi préjudiciel, la Cour ne fera pas jouer la jurisprudence *Bosphorus* si la Cour de Justice n'a pas déjà été appelée à statuer sur la même affaire. En l'absence du mécanisme de coresponsabilité, il appartient à la Cour, lorsqu'il ne s'agit pas d'un règlement, d'apprécier elle-même la marge d'appréciation laissée aux États membres par le droit de l'Union dans le cadre de la mise en œuvre de celui ou de statuer sur la répartition des compétences. Ainsi, en refusant les garanties offertes par l'accord d'adhésion sur ces points, la Cour place l'Union dans une position de vulnérabilité plus grande qu'elle ne l'aurait été en cas d'adhésion. Bien entendu, l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme ne visera que les États membres et restera inopposable à l'Union. Mais, ce faisant, les États membres sont placés dans une situation inextricable puisqu'ils doivent soit exécuter l'arrêt et violer le droit de l'Union, soit respecter le droit de l'Union et violer la Convention. Enfin, du point de vue des particuliers, leur position était facilitée par l'accord d'adhésion puisque les conditions de recevabilité étaient simplifiées par le jeu de la coresponsabilité qui leur évitait de se livrer à des analyses complexes pour déterminer s'il valait mieux attaquer l'Union et un État membre. Sans adhésion, ils devront se livrer à une étude approfondie de la situation pour savoir si, au regard de la jurisprudence *Bosphorus*, leur affaire sera déclarée recevable. Si l'efficacité de la protection judiciaire est un élément essentiel de la garantie des droits fondamentaux, il est difficile de prétendre que le maintien de la situation actuelle facilitera la vie du justiciable. Ces arguments militent en faveur du respect de l'article 6 et d'une reprise des négociations. Encore faut-il répondre aux préoccupations exprimées par la Cour de Justice.

Partie II - Les voies vers un accord

Pour résoudre la situation née de l'avis, on a parfois émis l'idée de procéder à une révision des traités et notamment d'abroger le protocole n° 8. Cette idée se heurte à de sérieux obstacles. Outre la réticence des États membres à l'idée d'ouvrir une procédure de révision et le fait que la force des convictions quant à l'adhésion varie selon les États, ce qui conduirait certains à s'opposer à une révision, la disparition du protocole ne résoudrait pas le problème, puisque son contenu ne fait que reprendre pour l'essentiel des principes qui résultent des traités et de la jurisprudence antérieure de la Cour de Justice. Il est plus sage d'aborder les objections de la Cour de Justice une par une et de trouver pour chacune une solution appropriée. Sur certains points, des solutions sont possibles, à condition qu'elles

soient acceptées par les parties à la Convention non-membres de l'Union européenne, ce qui n'est pas évident. En outre, les réserves générales à la Convention ne sont pas possibles et il n'est pas possible de résoudre les questions soulevées par la Cour de Justice par cette voie. Dans ces conditions, il paraît utile d'apporter des réponses spécifiques à chacun des points soulevés par la Cour de Justice. Sur chacun d'entre eux, il n'existe pas toujours de réponse unique, mais un certain nombre d'options dont la faisabilité dépend certes de l'analyse de la Cour de Justice, mais aussi de la position des parties à la Convention qui ne sont pas membres de l'Union. La négociation sera sans doute difficile, car certains États membres du Conseil de l'Europe se sont montrés réticents lors des négociations du projet d'accord à reconnaître les spécificités de l'Union européenne. Enfin, si le nouvel accord devait être à nouveau soumis à l'examen de la Cour de Justice, il serait important qu'il soit accompagné des modalités internes relatives à la coresponsabilité et à l'implication préalable de telle sorte que la Cour puisse avoir une vue globale de la position de l'Union à l'égard de la Convention.

A. Préserver l'autonomie de l'Union

Le reproche formulé par Cour de Justice porte sur le fait que l'acceptation d'une demande de coresponsabilité dépend de la CourEDH. De même, cette Cour peut décider de mettre fin au jeu de la coresponsabilité en cours d'examen en décidant de ne statuer qu'à l'encontre de l'État membre ou de l'Union. Dans ces hypothèses, la CourEDH se fait juge de la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres. Pour répondre à la critique de la Cour, il suffit de modifier sur ce point le projet en supprimant le pouvoir d'opposition de la CourEDH en la matière. La mise en œuvre de la coresponsabilité deviendrait de droit sur demande de l'Union ou d'un État membre. Dans la mesure où l'intervention de la CourEDH était limitée à une vérification *prima facie* de l'existence d'un lien avec le droit de l'Union, on peut présumer que si les États ou l'Union actionnent la coresponsabilité, c'est bien parce qu'ils ont estimé, à l'issue d'un débat interne à l'Union, qu'un tel lien existe. Aussi la modification à apporter revêt une portée limitée. De la même manière, le pouvoir de la CourEDH de décider, lorsque la coresponsabilité joue, de mettre fin à celle-ci en cours d'instance pourrait disparaître sans grande difficulté. Bien sûr, une telle solution requiert l'accord de toutes les parties à la Convention, mais, si celles-ci tiennent à l'adhésion, ce changement, qui n'a aucune conséquence pour elles, devrait être acceptable. En résumé, si la CourEDH estime qu'une affaire a un lien avec le droit de l'Union, elle pourra proposer la mise en jeu de la coresponsabilité, mais il appartiendra à l'Union et à l'État membre d'en décider. Si l'Union et un État membre décident de mettre en œuvre la coresponsabilité, celle-ci sera de droit. En cas de violation de la Convention, les coresponsables seront condamnés solidairement et il appartiendra à l'Union seule de décider, selon ses procédures internes et sous le contrôle de la Cour de Justice, qui, de l'Union ou de l'État membre, sera chargé de l'exécution de l'arrêt. On pourrait également prévoir que si, pendant l'examen d'une requête, la Cour de Justice saisie dans le cadre de l'implication préalable ou d'une autre manière, ne décèle pas de lien entre la mesure nationale contestée et le droit de l'Union, la coresponsabilité puisse prendre fin. Pour

répondre à une autre objection de la Cour, il convient de préciser que si un État membre a fait une réserve compatible avec la Convention, la requête devra être jugée irrecevable en ce qui le concerne¹⁶.

S'agissant de l'article 53 CEDH et des normes plus protectrices, il s'agit ici de préserver la primauté du droit de l'Union en évitant que la Cour européenne des droits de l'homme ne reconnaisse la possibilité de mettre en cause celle-ci sur la base de l'article 53 CEDH. La CourEDH ne devrait pas pouvoir sanctionner l'Union pour avoir refusé à un État membre d'appliquer une norme nationale plus protectrice que la Charte dans une hypothèse de type *Melloni*. En fait, le problème ne revêt pas une consistance réelle puisque, en application du droit de l'Union tel qu'interprété par la Cour de Justice, les États membres ne peuvent maintenir de normes plus protectrices faisant obstacle à la primauté dans le champ d'application du droit de l'Union. Ils ne peuvent donc invoquer à Strasbourg un droit dont ils ne disposent plus. Faut-il sur ce point introduire une disposition spécifique dans le projet d'accord que l'article 53 CEDH ne doit s'appliquer qu'en conformité avec le droit de l'Union ? Elle préciserait que cet article ne peut jouer dans les relations entre l'Union et ses États membres que si les normes supérieures invoquées par les États membres le sont en conformité avec le droit de l'Union et notamment l'article 53 de la Charte, tel qu'interprété par la Cour de Justice. Il convient de rappeler que, dans son avis, la Cour de Justice ne demande pas une modification de l'accord, mais insiste seulement sur la nécessité d'une coordination entre l'article 53 de la Charte et la Convention.

La question de la confiance mutuelle est l'une des plus délicates parce qu'elle ne porte pas sur des aspects structurels ou institutionnels, mais sur une divergence de jurisprudence entre les deux Cours. Cette divergence est liée au fait que chaque Cour exerce une mission qui lui est propre. La CourEDH est tenue d'examiner au fond un grief soulevé par une victime tandis que la Cour de Justice n'est pas appelée à se prononcer sur les faits d'une espèce, mais à interpréter le droit de l'Union au regard des droits fondamentaux au bénéfice d'une juridiction nationale. Strasbourg donne une réponse concrète à un cas précis tandis que Luxembourg donne une réponse abstraite à une question d'interprétation à l'occasion d'une affaire traitée par un juge national. Un même cas peut donc recevoir une solution différente parce qu'il est traité dans une optique différente. Cependant, on note un rapprochement progressif des positions des deux Cours.

La situation a évolué depuis l'arrêt *N.S* dans lequel la Cour de Justice subordonnait la levée de la confiance mutuelle à l'existence d'une défaillance systémique ou, dans l'avis 2/13, à des circonstances exceptionnelles. Dans son arrêt *Aranyosi et Căldăraru*, à propos de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen, la Cour de Justice rappelle bien sa jurisprudence sur les circonstances exceptionnelles, mais souligne qu'en présence d'informations témoignant de l'existence de défaillances nationales dans la protection des droits

¹⁶ Voir sur les réserves, CourEDH, 23 octobre 2001, *Oksana Kozlova et Tatjana Smirnova c. Lettonie* (déc.), n° 57381/00.

fondamentaux que la juridiction nationale doit vérifier s'il existe un risque concret de violation de l'article 4 de la Charte (traitements inhumains et dégradants) pour la personne concernée¹⁷. Elle confirmait cette analyse à propos du non-respect du droit à une protection juridictionnelle effective dans l'arrêt *L.M.*¹⁸. De son côté, dans l'arrêt *Tarakhel*¹⁹, la Cour européenne des droits de l'homme soulignait bien la situation spécifique des requérants qui étaient des personnes particulièrement vulnérables aux besoins desquels le système national ne pouvait satisfaire. Cet arrêt qui a été analysé comme une critique de la position de la Cour répondait donc à des circonstances particulières à l'espèce et ne constituait pas à une prise de distance par rapport au principe de confiance mutuelle. D'ailleurs, dans le cadre de la coopération judiciaire, la CourEDH n'avait pas vu d'obstacle à la reconnaissance et à l'application par un État d'un jugement rendu dans un autre État membre dès lors que le requérant avait bénéficié de l'ensemble des garanties juridictionnelles dans cet État²⁰. Enfin, dans l'affaire *Avotiņš c. Lettonie*²¹, la CourEDH reconnaissait sans ambiguïté l'importance de la reconnaissance mutuelle comme moyen d'assurer l'efficacité du fonctionnement d'espace de liberté, de sécurité et de justice et affirmait son souci de respecter les exigences de la coopération internationale en ce domaine. Certes, elle estime aussi que l'automatisme de la reconnaissance n'est pas totale et que, lorsque le juge national est saisi d'allégations sérieuses de violation de la Convention, il doit exercer un contrôle proportionné à l'importance de ces allégations. Le devoir du juge national se limite cependant à éviter une insuffisance manifeste de protection des droits garantis par la Convention. Le fossé entre les deux Cours est moins profond que l'on ne pouvait le penser au lendemain de l'avis 2/13 et un rapprochement, certes limité, s'est opéré. Dans ces conditions, une déclaration de l'Union et de ses États membres annexée à l'accord, explicitant tant la nature que l'importance du principe et invitant la Cour européenne à en tenir compte constituerait peut-être une solution adéquate d'autant plus que la Cour de Justice pourrait être amenée à se prononcer dans de telles affaires par le biais de l'implication préalable. Est-il possible d'amender l'accord pour garantir le respect du principe de confiance mutuelle ? Il a été suggéré d'introduire dans l'accord un article qui confirmerait la situation existante en rendant celle-ci opposable à la CourEDH. Cet article se lirait ainsi : « When implementing European Union law, the Member States may, under European Union law, be required to presume that fundamental rights have been observed by the other Member States. The Member States remain obliged to refuse cooperation with another Member State if there are substantial grounds for believing that such cooperation results in a serious breach of human rights and fundamental freedoms as recognized in the Convention or the protocols »²². Cette dernière solution

¹⁷ CJUE, GC, 5 avril 2016, *Aranyosi et Căldăraru*, C-404/15 et C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198.

¹⁸ CJUE, GC, 25 juillet 2018, *L.M.*, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586.

¹⁹ CourEDH, GC, 4 novembre 2014, *Tarakhel c. Suisse*, n° 29217/12.

²⁰ CourEDH, 18 juin 2013, *Povse c. Autriche*, n° 3890/11.

²¹ CourEDH, GC, 23 mai 2016, *Avotiņš c. Lettonie*, n° 17502/07.

²² Meijers Committee, Standing committee of experts on international immigration, refugee and criminal law, CM1604, Note on Mutual trust and Opinion 2/13 on accession of the European Union to the European Convention on Human Rights.

pourrait être retenue si la solution de la déclaration jointe à l'acte final n'est pas jugée suffisamment sûre.

B. Préserver le rôle de la Cour de Justice

A propos de l'implication préalable, la Cour de Justice avait deux objections essentielles. La première concernait l'absence d'un système d'information sur les requêtes. Il est aisé de prévoir dans le futur accord l'information de l'Union. La seconde portait sur la limitation par le rapport explicatif de l'implication préalable au seul cas d'appréciation de validité du droit de l'Union en excluant l'interprétation de celui-ci. Il n'est pas difficile de modifier le rapport sur ce point. Mais il serait sans doute utile d'introduire cette précision dans le futur accord. Enfin, il serait prudent d'indiquer qu'il appartient seulement à la Cour de Justice de se prononcer sur le point de savoir si une question a été tranchée auparavant et de décider de déclencher la procédure de l'implication préalable.

Quant au protocole n° 16 et au respect de l'article 344 TFUE, le problème est de même nature. Il s'agit d'éviter que les États membres ne contournent les voies imposées par les traités en s'adressant à Strasbourg plutôt qu'à Luxembourg. S'agissant du protocole n° 16 qui institue la procédure de l'avis consultatif, certains ont envisagé le recours à une déclaration des États réunis au sein du Conseil européen, constituant un accord en forme simplifiée entre les États membres, dans laquelle ceux-ci s'engageraient à ne pas utiliser l'usage dudit protocole pour toute question en lien avec le droit de l'Union. Dans la mesure où l'Union n'est pas partie au protocole, il est logique que la question soit réglée par les États membres eux-mêmes. Mais il n'est pas certain qu'une telle solution soit acceptable par la Cour de Justice parce qu'elle n'empêcherait pas la CourEDH de statuer malgré tout dans la mesure où le protocole ne contient pas de disposition en ce sens. La solution la plus efficace serait d'ajouter au projet d'accord une disposition excluant le recours à la procédure de l'avis consultatif pour les questions ayant un lien avec le droit de l'Union. Pour éviter que la CourEDH ne soit amenée à statuer sur le champ d'application du droit de l'Union, une procédure serait instituée qui reposerait sur une notification à l'Union des demandes d'avis émanant d'États membres. L'Union vérifierait si ces demandes ont un lien avec le droit de l'Union et, dans ce cas, en informerait la CourEDH laquelle renoncerait à statuer.

En ce qui concerne le risque de contournement de l'article 344 TFUE par l'utilisation de l'article 33 CEDH (recours interétatiques), l'adhésion complique la situation. Le problème ne se pose pas seulement pour les recours interétatiques, mais aussi, après l'adhésion, pour le cas dans lequel un État membre formerait un recours contre l'Union sur la base de l'article 33 CEDH. Ici encore une déclaration des États membres annexée à l'accord et qui rappellerait les obligations de l'article 344 TFUE et exclurait tout recours d'un État membre contre l'Union est envisageable. Mais ce système n'est pas étanche puisqu'il repose sur la volonté de la CourEDH de déclarer le recours irrecevable et il n'ajoute rien à la situation actuelle puisque la compétence de la Cour de Justice est fondée sur le traité. La

solution est d'opter une solution comparable à celle envisagée pour le protocole n° 16. Le nouvel accord devrait exclure toute requête interétatique portant sur une question en relation avec le droit matériel de l'Union. Au cas où une requête entre États membres serait introduite, l'Union devrait en être informée et mise à même déterminer selon ses procédures internes si cette requête est en lien avec le droit de l'Union. Si tel est le cas, la CourEDH devrait déclarer la requête irrecevable. Dans le cas où l'affaire donnerait lieu à une procédure d'infraction au sein de l'Union, la CourEDH devrait attendre pour statuer le résultat de la procédure. Enfin, les requêtes présentées par un État membre contre l'Union devraient être exclues puisqu'elles sont nécessairement en rapport avec le droit de l'Union. Dans la mesure où le protocole n° 16 CEDH est optionnel et où la prohibition des requêtes interétatiques ne s'appliquerait pas aux États tiers lorsqu'ils voudraient agir contre les États membres de l'Union ou contre celle-ci, ceux-ci n'y verraient sans doute pas d'inconvénients.

La véritable difficulté est relative à la PESC. Il serait certes envisageable d'exclure la PESC du champ couvert par l'accord, mais il n'est pas exclu que les États parties non-membres n'acceptent pas cette situation exceptionnelle. Il n'est pas actuellement politiquement envisageable que les États acceptent de modifier les traités de telle sorte que la compétence de la Cour de Justice puisse être étendue à l'ensemble de la PESC. Ce point pourrait donc bloquer le processus d'adhésion pendant longtemps. Cependant des solutions plus simples pourraient être retenues. Ainsi, au lieu de soumettre l'ensemble des actes PESC à la Cour de Justice, il sera envisageable d'étendre la compétence de la Cour de Justice au seul contrôle de la conformité des actes PESC au respect des droits fondamentaux. Il suffirait d'ajouter à l'article 275, deuxième alinéa, un simple membre de phrase qui se lirait ainsi « et le contrôle de la conformité de ces actes aux droits fondamentaux ». La rédaction de cet alinéa serait alors la suivante : « Toutefois, la Cour est compétente pour contrôler le respect de l'article 40 du traité sur l'Union européenne et se prononcer sur les recours, formés dans les conditions prévues à l'article 263, quatrième alinéa, du présent traité concernant le contrôle de la légalité des décisions prévoyant des mesures restrictives à l'encontre de personnes physiques ou morales adoptées par le Conseil sur la base du titre V, chapitre II, du traité sur l'Union européenne et pour contrôler la conformité des actes adoptés sur cette base aux droits fondamentaux protégés par l'Union ».

Cet ajout pourrait être opéré lors du processus de ratification de l'accord d'adhésion et sa portée limitée pourrait peut-être assurer son acceptabilité. Sur cette base, les objections formulées par la Cour de Justice dans l'avis 2/13 n'auraient plus de raison d'être. Si cette solution ne peut être retenue, la Cour pourrait admettre qu'en l'espèce l'Union est représentée par la collectivité des États membres contre lesquels les requêtes pourraient être dirigées et un dispositif d'implication préalable pourrait être envisagé, lors de tels recours, sur une base établie *ad hoc*, dans le cadre de l'adoption des dispositions internes relatives à l'implication préalable. Certes, il s'agit d'une architecture complexe et la révision limitée du traité envisagée est beaucoup plus simple. Bien entendu, il n'est pas exclu que la Cour apporte à l'avenir des précisions sur l'étendue de ses compétences sur la

PESC, par la porte de la responsabilité ou par d'autres voies, ce qu'elle a refusé de faire dans l'avis 2/13 malgré les appels du pied de la Commission. Elle n'a pas cependant exclu tout contrôle dans le futur en faisant référence à l'exclusion de son contrôle uniquement de certains actes et réservant sa future jurisprudence²³. Au vu de l'arrêt *Rosneft*²⁴, la Cour accepterait-elle de faire un pas en avant et de répondre à une question préjudicielle portant sur l'interprétation de la Charte à propos d'une mesure nationale de mise en œuvre d'un acte PESC ? Cependant, il est difficile d'attendre une telle évolution pour rouvrir les négociations, d'où l'urgence à retenir l'une des solutions proposées ci-dessus.

Conclusion

L'examen des réponses à apporter à l'avis 2/13 est actuellement en cours au sein du Conseil de l'Union, il devrait être mené rapidement à terme. En effet, aujourd'hui, en l'absence d'adhésion, la situation de l'Union au regard de la Convention est, à travers la mise en œuvre de la responsabilité de ses États membres, malheureusement objectivement moins bonne qu'elle ne l'aurait été après une adhésion, même sur la base du projet d'accord imparfait aux yeux de la Cour. Certes le défi est double. Il s'agit de trouver des solutions juridiquement correctes, mais aussi politiquement acceptables par les États parties à la Convention non-membres de l'Union. Dans l'ensemble, les solutions proposées ne modifient pas la situation de ces parties à l'égard de la Convention et se limitent à adapter les mécanismes existant à la spécificité de l'Union. Aucune d'entre elles ne conduit à une impunité de l'Union à l'égard de la Convention. Le principal souci qui les anime est, dans le respect de l'autonomie de l'Union, de laisser les institutions de celle-ci, au premier rang desquelles la Cour de Justice, se prononcer en premier sur le respect de la Convention sans mettre en cause le fait qu'en dernier ressort il appartiendra à la CourEDH de déterminer la conformité des actes et des actions de l'Union et de ses États membres avec la Convention.

²³ Avis 2/13, points 251 et 252 : « Malgré l'interprétation systématique de ces dispositions effectuée par la Commission dans sa demande d'avis, et contestée par certains des États membres ayant soumis des observations à la Cour, visant en substance à définir l'étendue du contrôle juridictionnel de la Cour en la matière comme étant suffisamment large pour appréhender toutes les situations pouvant faire l'objet d'une requête devant la CourEDH, il y a lieu de relever que la Cour n'a pas encore eu l'opportunité de préciser la portée des limitations de sa compétence résultant, en matière de PESC, desdites dispositions. Toutefois, afin de prendre position sur la présente demande d'avis, il suffit de constater que, en l'état actuel du droit de l'Union, certains actes adoptés dans le cadre de la PESC échappent au contrôle juridictionnel de la Cour ».

²⁴ CJUE, GC, 28 mars 2017, *Rosneft*, C-72/15, ECLI:EU:C:2017:236.

DOSSIER THEMATIQUE | THEMATIC ARTICLES

**LA CHARTE SOCIALE EUROPEENNE
THE EUROPEAN SOCIAL CHARTER**

Présentation

La Charte sociale européenne, un instrument d'avenir!

Florence Benoît-Rohmer* / Agathe Rivière** / Aline Venant***

Le présent dossier est issu d'un colloque consacré à la Charte sociale organisé à l'Université de Strasbourg le 20 septembre 2019 par Mmes Agathe Rivière et Aline Venant, ATER à l'université de Strasbourg, sous la responsabilité du Professeur Benoit-Rohmer. Ce colloque s'inscrit dans la continuité du séminaire d'experts, « Renforcer la protection des droits sociaux en Europe pour plus d'unité et d'égalité », organisé la veille au Conseil de l'Europe dans le cadre de la Présidence française du Conseil des Ministres de cette organisation en partenariat avec l'Institut de recherches Carré de Malberg de l'Université de Strasbourg. Ce séminaire répondait aux vœux de la présidence française de renforcer l'effectivité des droits sociaux afin de mieux garantir la justice sociale et de répondre aux défis contemporains qui se posent aujourd'hui en matière sociale sur notre « Vieux continent ». Dans ce but, la France milite aujourd'hui pour réformer et moderniser les mécanismes de suivi et de contrôle mis en place par la Charte sociale afin de permettre une plus grande appropriation, par les Etats membres, des rapports et des conclusions du CEDS.

Ce dossier entend démontrer que si l'influence de la Charte sociale n'a cessé d'augmenter depuis son entrée en vigueur, celle-ci présente des potentialités encore inexploitées qui devraient faire d'elle l'instrument incontesté de protection des droits sociaux tant au niveau européen que dans les droits internes des Etats parties.

A l'échelle européenne, il s'agit de renforcer les liens déjà existants entre la Charte sociale et la convention européenne des droits de l'homme et avec le droit de l'Union européenne. Le bilan mitigé de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de protection des droits sociaux et le peu de références de sa jurisprudence à la Charte sociale interroge (**Docs 2 et 3**). En revanche, l'Union européenne se réfère plus volontiers à cet instrument. Outre les références à la Charte sociale effectuées dans le Traité sur l'Union européenne (article 6) et le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (article 151 TFUE), la plupart des droits garantis par la Charte sociale révisée trouvent désormais des correspondances, bien qu'avec parfois quelques différences quant à leurs contenus, avec des dispositions du droit primaire et du droit dérivé de l'UE. De plus, la Charte des droits fondamentaux de l'UE s'est inspirée de la charte sociale qui constitue également l'un des

* Professeur à l'Université de Strasbourg, Présidente honoraire de l'Université Robert Schuman (Strasbourg).

** Doctorante en droit public à l'Université de Strasbourg, Institut de recherches Carré de Malberg UR 3399 et Attaché temporaire d'enseignement et de recherche.

*** Doctorante en droit public à l'Université de Strasbourg, Institut de recherches Carré de Malberg UR 3399 et Attaché temporaire d'enseignement et de recherche.

fondements du « socle européen des droits sociaux » tant souhaité par le président Juncker **(Doc. 4)**. Une consolidation des synergies entre la charte sociale et le droit de l'Union européenne ne devrait-elle pas alors passer par l'adhésion de l'Union européenne à celle-ci pour faire de la charte sociale la véritable constitution sociale de l'Europe ?

Au niveau national, malgré les efforts du Comité européen des droits sociaux, l'impact de la Charte reste minime. L'approche face à la Charte sociale varie d'ailleurs selon les Etats, mais trop nombreux encore sont les juges nationaux qui, comme le juge français, se montrent réticents à accorder un effet direct à ses dispositions **(Docs 5 et 6)**. L'attitude du juge espagnol pourrait servir d'exemple car il est plus réceptif à promouvoir les droits garantis par la Charte **(Doc. 7)**.

Enfin, l'idée serait de mieux intégrer la Charte sociale dans le contexte international. La mondialisation pose aujourd'hui la question de la capacité des organisations économiques et financières à prendre en considération les droits économiques et sociaux. La fragmentation du système multilatéral doit être évitée et toute réforme éventuelle du mécanisme de la Charte devrait être mis en perspective avec d'autres mouvements similaires, tels que les réformes envisagées par l'Organisation internationale du Travail **(Doc. 8)**.

La Charte sociale, instrument de plus en plus présent en Europe, pourrait ainsi devenir l'instrument de l'avenir, qui permettrait non seulement de renforcer l'acquis social et l'effectivité des droits sociaux, mais aussi que sa place de Constitution sociale de l'Europe soit méritée.

LISTE DES CONTRIBUTIONS

Doc. 1 - Jan Malinowski, *Write up of the remarks made at the opening of the colloquy 'European Social Charter, an Instrument of the Future!'*

Doc. 2 - Robert Spano, *La prise en compte de la Charte sociale européenne dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*

Doc. 3 - Jean-Pierre Marguénaud, *La critique de la jurisprudence de la CourEDH liée aux droits économiques et sociaux*

Doc. 4 - Sacha Garben, *The European Pillar of Social Rights and the European Social Charter*

Doc. 5 - Nicolas Moizard, *La Charte sociale valorisée par les juges nationaux : le rôle perturbateur des syndicats*

Doc. 6 - Carole Nivard, *Le rôle des juges nationaux dans l'application de la Charte sociale européenne en France*

Doc. 7 - Carmen Salcedo Beltran, *Le rôle des juges nationaux dans l'application de la Charte sociale européenne en Espagne*

Doc. 8 - Edoardo Stoppioni, *Les droits économiques et sociaux et les organisations internationales financières et commerciales*

Doc. 9 - Petros Stangos, *Propos conclusifs au colloque « La Charte sociale européenne, un instrument d'avenir! »*

Write up of the remarks made at the opening of the colloquy “European Social Charter, an Instrument of the Future!”

Jan Malinowski*

I welcome this event and congratulate the organisers and Strasbourg University for it. I can only applaud every occasion when legal professionals and scholars—and future legal professionals—discuss social rights and the European Social Charter.¹ I am particularly pleased to be here because the Council of Europe in general and, more specifically, the Department of the European Social Charter and the European Committee of Social Rights, have a longstanding love relation with academia. At present, when think-tanks are so fashionable, academia seems to be somewhat forgotten. But academia and universities are the most formidable think-tank that there is and there has ever been. It has been around for a long time. Academia is an engine of progress, it provides ideas and advances creative solutions, it is frequently a resource for us in the Council of Europe from which to draw expertise. There is a permanent symbiosis between the Council of Europe and universities.

What better place for a sequel to yesterday’s Expert Seminar held at the Council of Europe on ‘reinforcing social rights protection in Europe: to achieve greater unity and equality’. That event was organised within the framework of activities of the ongoing French Presidency of the Committee of Ministers of the Council of Europe. The French Presidency also supported wholeheartedly the organisation and celebration of this colloquy, and was very supportive that the Council of Europe’s seminar should be organised together with or, as it was, in liaison with Strasbourg University.

Let me introduce the subject and open the colloquy with some scattered reflections and thoughts. I will not focus [only] on the European Social Charter. Many of you have been specialising on the Charter and have worked on it for many years, much more than I have, and I have nothing to teach you about the Charter. In addition, many of you contributed or attended and actively participated in yesterday’s Expert Seminar at the Council of Europe, so there is no point in attempting to repeat or summarise what was discussed there.

Two years ago, in November 2017, the Committee of Ministers of the Council of Europe gave terms of reference to the Steering Committee on Human Rights—known as the CDDH—to provide an ‘analysis of the legal framework of the Council of Europe for the protection of social rights in Europe, identify good practices and make, as appropriate, proposals with a view to improving the implementation of social rights’. I would underline that the mandate involved ‘proposals with a view to *improving the implementation of social*

* Head of the Department of the European Social Charter, Executive Secretary of the European Committee of Social Rights, Council of Europe.

¹ 1961, ETS 35.

rights'. The work was done by a CDDH drafting group on social rights, the CDDH-SOC, whose chairperson is here with us today, Mr Vít Schorm.

But, is there real appetite for change, or for radical change in the existing paradigms? The mandate given by the Committee of Ministers to make 'proposals with a view to improving the implementation of social rights' suggests that there is. But the two excellent reports produced by CDDH-SOC in response to that mandate put on record Member States' concerns about legal certainty, predictability and the personal scope in the application of the European Social Charter, as if looking for arguments for restraint rather than opportunities for advancement. In a way, the focus is on the 'what' or even the 'how', when we should perhaps be focusing on 'WHY'.

It is clear that there is unease about the way the European Social Charter is applied, unease among Member States that was expressed during CDDH-SOC discussions and in responses to a questionnaire and broad consultation that the drafting group conducted. This is the 'what', the articulation of social rights under the Charter, and the "how", the monitoring of those rights and their construction or exegesis by the European Committee of Social Rights, its decisions in the collective complaints procedure and its conclusions in the framework of monitoring through the reporting procedure.

How about the 'why'? First of all, social rights are human rights. As such, they share the characteristics of universality, indivisibility and interconnectedness of human rights, whether they are civil and political rights or economic, social and cultural rights. More fundamentally still, upholding social rights is the right thing to do, it is about human dignity. Dignity shared by, and owed to, each and every human being. Social rights are referred to in the Council of Europe as human rights in everyday life, or '*droits de l'homme au quotidien*'.

These are rights—such as employment and fair remuneration, safety at work, non-discrimination and equal pay, education and training, housing, healthcare, social security and assistance, unemployment benefits, decent housing and livelihood, participation in the life of the community—that every citizen enjoys daily or, in their absence, suffers in body and soul every instant.

As we heard yesterday, the 'why' is also about social and democratic sustainability. If a social rights shortfall persists in a democracy, people feel let down by those elected to govern. Disenfranchised, people are vulnerable to anti-system and populist rhetoric. Democratic security is thwarted. The sense of vulnerability is magnified if people feel left behind, as many do because of austerity measures, technological change or globalisation. Growing inequality can also render people receptive to hate speech aimed at "the other". Fear mongers drive polarisation even further on the back of ethnic, religious and racial diversity and, sometimes, related violence. And there is migration, a disruptive

phenomenon that is likely to grow exponentially as population flows increase because of the effects of climate-change.

A specific question for academics and practitioners alike, human rights lawyers and international law specialists, could perhaps be about the value—the weight and value—of Part I of the European Social Charter. It cannot just be empty words. Part I stipulates that the ‘Parties accept as the aim of their policy, to be pursued by all appropriate means both national and international in character, the attainment of conditions in which the [rights and principles set out there] may be effectively realised’. Part III, Article A, repeats that ‘each of the Parties undertakes ... to consider Part I of this Charter as a declaration of the aims which it *will* pursue by all appropriate means.’ Emphasis on ‘*policy to be pursued by all appropriate means*’ and a commitment to ‘*aims that the state will pursue*’. This should be examined against the repeated mantra, reiterated in the preamble to the Charter, about the indivisibility of human rights and the declared objective of ‘maintenance and further realisation of human rights and fundamental freedoms’.

What are the implications of the limits imposed by the selective monitoring under the Charter? What are the implications of programmatic *versus* enforceable provisions? What is the meaning or the limits of an ‘*a la carte*’ approach, today, in the area of human rights? Is it acceptable to consider that the Charter allows for opt-out human rights, or is it just about opting out from monitoring?

Article 22 of the 1961 Charter or Part IV, Article C, of the Revised Charter,² provides for a reporting process in respect of provisions under Part II of the Charter that have not been accepted by a state at the time of ratification or approval or in a subsequent notification. Is Article 22 a sort of self-imposed non-conformity? How should Article 22—the obligation to periodically report on non-accepted provisions and examination by the European Committee of Social Rights of the degree to which the situation is apt for the country in question to be invited to accept such provisions—be articulated as part of the monitoring procedures under the European Social Charter?

Yesterday, during the Expert Seminar, Professor Petros Stangos, a member and former Vice President of the European Committee of Social Rights, and your rapporteur today, raised the question of monitoring under the Charter as part of a governance framework. This is an important angle that merits being explored further.

Governance strikes me as a quality dimension in decision-making processes, not just about management or a mere question of structures and interactions, or even the accumulation or addition of executive decisions. It is not a formal question of decision-making systems, structures, layers and interactions. Management or executive decision-making—sometimes well-founded but sometimes short-sighted, short-range or short-term—is to be

² 1996, ETS 163.

distinguished from *governance*, which encompasses the processes that inspire, the inputs that inform, shape and control the quality of decisions, to make them better, rendering them strategic, providing wide-ranging, long-term holistic solutions. *Good governance* is about decision-makers availing themselves of the best and most complete possible information, so as to be able to take the best possible, well-informed decisions. *Good democratic governance* adds a further dimension: participation. In a democratic society, people who are affected by a decision must be able to participate in the decision-making process.

Against this backdrop, the European Social Charter and the results of the monitoring processes conducted by the European Committee of Social Rights are governance—or good governance—ingredients in decision-making processes in the national domestic sphere. This is true whether this good governance component inspires decisions of policy-makers and legislators, executive authorities or judicial authorities.

Which leads me to another reflection, on the notion of sovereignty. Montesquieu advocated the separation of the powers of the state—executive, legislative and judicial; this is broadly accepted as a pre-condition for democracy. President Lincoln gave us the words that we all adhere to (at least I do), that democracy is the government of the people, for the people, by the people. The so-called ‘powers’ of the state are thus reduced in a democracy to the exercise of authority by delegation from those who matter in democracy, the people. This has been translated into modern constitutions as the ultimate power (or sovereignty) in a democracy lying with the people. Sovereignty belongs to the people, subject of course to fundamental human rights, democracy and rule of law imperatives. Elected public officials and civil servants of all categories are there to serve the people, and pursue the common interest or public good.

However, the notion of state sovereignty seems stuck to old and outdated ideas. It is perhaps time to redefine sovereignty as the responsibility or the duty to protect the people—true owners of sovereignty—within a state’s jurisdiction and the associated obligation to promote and preserve their enjoyment of human rights, moving away from the conception that allows it to be used as a prerogative to harm or to subjugate citizens without interference from other members of the international community, an ill-founded remnant of the old-time rulers’ divine right.

The idea of who does sovereignty belong to, who it is there to serve, coupled with human rights—and social rights—imperatives should point to the direction that has to be followed. It is indefensible that sovereignty is used against, and not in the interest of, those to whom it belongs. Social rights are not about affordability. It is no longer possible to take at face value the argument of decision-makers that resources are lacking, when taxation penalises low income households, favours accumulation of wealth and exacerbates inequalities. It is equally unacceptable for regulation to open loopholes and allow for relocation of wealth so that tax evasion reaches, according to reputed investigators, unimaginable levels. Delivery of rights and delivery against international human rights obligations is about

prioritisation, and human rights—including social rights—must come first. Prioritisation that is favourable to the few as opposed to the many, that increases poverty and inequalities, that fails to secure the enjoyment of basic social rights to all members of the community on an equitable basis, is either the result of ignorance or ineptitude if decision-makers should have known but did not know better, which makes them incompetent, or it is the result of knowingly taking a decision that does not serve the interests that ought to be served, which may well be characterised as corruption.

This brings me to the conclusion of my remarks and of my opening statement in the following terms. It may be high time to change the narratives about social rights. The moment may be ripe to re-write the social contract, developing through inclusive multi-stakeholder dialogue—that is, through good democratic governance—a new social contract fit for twenty-first century democracies that respect fully human rights and uphold the rule of law, replacing if necessary the centuries-old social contract assumptions. Even more important, it is necessary to affirm unequivocally the notion of social rights primarily as a matter of rights. Rights cannot be subordinate to policy and services. On the contrary, social policy should be at the service of social rights, and delivery has to be secured through social services. This is about putting the rights—or the ‘why’—first, with the ‘how’ articulating social policy, and ‘what’ corresponding to the delivery of the services that those policies enable.

I suspect that academia—and university, the most formidable think-tank of all—has a lot to tell us and to teach us about the questions that I have glossed over. Your capacity for creativity, foresight and innovation, your ability to provide critical thinking and point to the direction that might be followed will continue to be, as a form of cross-fertilisation, at the centre of our love relationship.

I look forward to your discussions and to discovering the answer to the question that gives title to this colloquium: *‘La Charte sociale européenne: un instrument d’avenir?’*

La prise en compte de la Charte sociale européenne dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Robert Spano*

Vous avez souhaité que je présente la jurisprudence de notre Cour en matière de droits sociaux. Je m'en réjouis, car c'est une question à laquelle on n'attache pas toujours l'importance qu'elle mérite et elle est très importante à mes yeux et je sais aussi pour plusieurs de mes collègues à la Cour et en particulier notre ancien président et mon cher ami Guido Raimondi qui a souvent rappelé l'importance de ce sujet.

Comme vous le savez, la Convention européenne des droits de l'homme est essentiellement consacrée aux droits civils et politiques. Pourtant, les droits économiques et sociaux sont moins absents qu'on ne le pense de la Convention. Je songe à la liberté syndicale (article 11), au droit de propriété (article 1er du Premier Protocole), au droit à l'instruction (article 2 du même Protocole) ou à l'interdiction du travail forcé, qui accompagne celle de l'esclavage et de la servitude (article 4 de la Convention).

En réalité, l'instrument du Conseil de l'Europe qui garantit les droits sociaux est la Charte sociale européenne. Ce texte énumère des droits fondamentaux et d'autres plus secondaires. Certes, la Charte sociale est un instrument complémentaire de la Convention européenne des droits de l'homme, mais elle n'est pas directement justiciable devant la Cour. Beaucoup le déplorent. Ils estiment qu'il n'y a pas de raison de limiter la protection juridictionnelle aux droits civils et politiques. Je suis sûr que le professeur Marguénaud évoquera cela dans son discours.

Des commentateurs et des commentatrices observent, à juste titre, que, dans leur vie quotidienne, les gens attachent autant d'importance, voire davantage, au respect de leurs droits sociaux fondamentaux qu'à celui de leurs droits politiques. L'indivisibilité des droits de l'homme, auxquelles René Cassin, l'un des pères de la Déclaration universelle, tenait tant, impliqueraient que tous soient protégés le plus efficacement possible. Or, la protection juridictionnelle, par sa solennité, son autorité et sa valeur contraignante, est le mode de protection le plus efficace.

Depuis l'arrêt *Airey c. Irlande*¹, que vous connaissez tous et qui fût en quelque sorte l'arrêt fondateur, on a assisté à un grand nombre d'incursions de la Cour sur le terrain de la Charte sociale, ainsi qu'à une utilisation extensive de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. Les exemples sont multiples des jurisprudences qui nous rapprochent dans des domaines de plus en plus variés : travail forcé ; interdiction des licenciements

* Vice-président de la Cour européenne des droits de l'homme.

¹ CourEDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, n° 6289/73.

discriminatoires et des discriminations à l'embauche ; droit d'association syndicale ; droit de grève ; droit à la sécurité sociale et à l'assistance sociale et médicale ; prestations sociales. Grâce à l'interprétation dynamique qui caractérise le travail du Comité européen des droits sociaux et le nôtre, ces points de chevauchement ne peuvent que se multiplier.

Ainsi, l'article 1 §2 de la Charte sociale interdit le travail forcé, tout comme l'article 4 de la Convention. Toutefois, ces dispositions ne comportent pas de définition de cette notion. C'est la Cour qui a délimité la portée de l'article 4 §2 dans une jurisprudence importante (*Van der Musselle c. Belgique*² de 1983, déjà ancienne, et *Siliadin c. France*³ de 2005, dont je parlerais dans un instant). Selon la Cour, la notion de travail « forcé ou obligatoire » évoque l'idée d'une contrainte, physique ou morale. Il doit s'agir d'un travail exigé « sous la menace d'une peine quelconque et, de plus, contraire à la volonté de l'intéressé, pour lequel celui-ci ne s'est pas offert de son plein gré ».

Dans la célèbre affaire *Siliadin c. France* de 2005, nous étions sur le terrain de l'esclavage moderne. La Cour, pour condamner la France qui était l'État défendeur, a relevé les conditions particulièrement dures auxquelles la requérante, une jeune domestique arrivée d'Afrique, était soumise (absence de rémunération, privation de congés, temps de travail illimité, etc.). Pour conclure à la violation de l'article 4, la Cour a estimé que la requérante avait été maintenue en servitude, qui est un état prohibé par cet article et qui est, en quelque sorte, intermédiaire entre l'esclavage au sens strict et le simple travail forcé ou obligatoire. Or, à l'époque, la législation française n'était pas suffisamment protectrice pour une personne aussi vulnérable face à des agissements malfaisants, si bien que l'État avait manqué à ses obligations positives dans le cadre de l'article 4.

Une affaire récente traite également de la question du travail forcé : il s'agit de l'affaire *Chowdury et autres c. Grèce*⁴ du 30 mars 2017. Elle concerne 42 requérants bangladais, sans permis de travail, soumis à du travail forcé. Leurs employeurs les avaient recrutés pour cueillir des fraises dans une exploitation située à Manolada, en Grèce, mais ils ne leur versaient pas leurs salaires et ils les faisaient travailler dans des conditions physiques extrêmes, sous le contrôle de gardes armés. La Cour a jugé tout d'abord que la situation des requérants relevait de la traite des êtres humains et du travail forcé, précisant que l'exploitation par le travail constitue un aspect de la traite des êtres humains. Elle a jugé ensuite que l'État avait manqué à ses obligations de prévenir la situation de traite des êtres humains, de protéger les victimes, d'enquêter efficacement sur les infractions commises et de sanctionner les responsables de la traite.

S'agissant toujours des droits des travailleurs, la Cour a eu, à maintes reprises, l'occasion de consacrer l'interdiction des licenciements discriminatoires et des discriminations à

² CourEDH, Ass. plén., 23 novembre 1983, *Van der Musselle c. Belgique*, n° 8919/80.

³ CourEDH, 26 juillet 2005, *Siliadin c. France*, n° 73316/01.

⁴ CourEDH, 30 mars 2017, *Chowdury et autres c. Grèce*, n° 21884/15.

l'embauche. Ainsi, dans les affaires *Glaserapp et Kosiek c. Allemagne* de 1986, la Cour a précisé que, si l'accès à un emploi dans la fonction publique ne peut, en tant que tel, constituer le fondement d'un grief tiré de la Convention, la manière dont les États réglementent l'embauche et le maintien dans l'emploi des fonctionnaires doit cependant respecter les droits garantis par la Convention.

Un des domaines en matière de droits sociaux qui a vu la Cour intervenir à de nombreuses reprises est celui de l'article 11 de la Convention (liberté de réunion et d'association), notamment pour ce qui concerne le droit d'association syndicale. Cela concerne souvent son aspect négatif, c'est-à-dire le droit de ne pas adhérer à un syndicat. Ainsi, dans son arrêt *Sigurður A. Sigurjónsson c. Islande*⁶ de 1993, l'arrêt le plus célèbre de mon pays d'origine, la Cour a relevé que le droit de ne pas adhérer à un syndicat existe dans une majorité d'États Membres du Conseil de l'Europe et réunit un large consensus au niveau international. La liberté du choix syndical est essentielle.

Encore en matière syndicale, la Cour a eu à plusieurs reprises l'occasion d'apporter des garanties et l'affaire *Demir et Baykara c. Turquie*⁷ du 12 novembre 2008 en est un exemple très connu.

Un arrêt très récent mérite également d'être cité : il s'agit de l'affaire *Tek Gıda İş Sendikası c. Turquie*⁸ du 4 avril 2017. Le syndicat requérant regroupait à l'époque des faits des salariés travaillant dans le secteur de l'industrie agroalimentaire. En 2003, un certain nombre de salariés employés dans les usines d'une société adhèrent à ce syndicat. En février 2004, celui-ci demanda au ministère du Travail et de la Sécurité sociale que sa représentativité soit établie pour qu'il puisse conclure, au nom de ses adhérents, des conventions collectives de travail avec la société en question. Par une décision du 26 mai 2004, le ministère accueillit cette demande et valida la représentativité du syndicat. La société employeur saisit le tribunal du travail d'un recours en annulation de cette décision. Par un jugement du 2 décembre 2004, le tribunal, statuant sur le fondement d'un rapport d'expertise, fit droit à cette demande, estimant que le nombre d'adhérents au syndicat était trop faible pour qu'il puisse revendiquer la représentativité en question. Le syndicat se pourvut en cassation mais son pourvoi fut rejeté. Entre-temps, l'employeur avait invité les salariés membres du syndicat à résilier leur adhésion sous peine de licenciement ; 40 d'entre eux refusèrent et furent licenciés pour raisons économiques ou pour insuffisances professionnelles. Ces derniers saisirent, à différentes dates, les tribunaux de travail pour licenciement abusif et demandèrent leur réintégration dans la société. Par plusieurs jugements, les tribunaux ordonnèrent à l'employeur de réintégrer les salariés licenciés et, à défaut, de leur verser une indemnité pour licenciement abusif. La Cour de

⁵ CourEDH, Ass. plén., 28 août 1986, *Glaserapp c. Allemagne*, n° 9228/80; CourEDH, Ass. plén., 28 août 1986, *Kosiek c. Allemagne*, n° 9704/82.

⁶ CourEDH, 20 juin 1993, *Sigurður A. Sigurjónsson c. Islande*, n° 16130/90.

⁷ CourEDH, GC, 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, n° 34503/97.

⁸ CourEDH, 4 avril 2017, *Tek Gıda İş Sendikası c. Turquie*, n° 35009/05.

cassation confirma ces jugements. Aucun des salariés ne fut réintégré. Devant la CEDH, le syndicat requérant a invoqué en particulier l'article 11 (liberté de réunion et d'association). La Cour n'a pas constaté de violation de l'article 11 pour ce qui concerne le refus de reconnaître la représentativité du syndicat requérant mais elle a estimé qu'il y avait violation de cette disposition à raison de manquements à l'obligation positive de l'État d'empêcher l'employeur d'exclure tous les salariés affiliés au syndicat requérant par des licenciements abusifs.

Je souhaiterais encore dire un mot sur le droit de grève. Il n'est pas expressément garanti par la Convention. Toutefois, compte tenu de l'importance que revêt cette arme pour les travailleurs et les syndicats, une interdiction de faire grève peut être considérée comme une ingérence dans l'exercice des droits garantis par l'article 11. C'est ce que notre Cour a jugé, par exemple, dans l'arrêt *Unison c. Royaume-Uni*⁹ de 2002. Nous avons considéré que le droit de grève représente un des moyens les plus importants au travers desquels l'État peut assurer la liberté pour un syndicat de protéger les intérêts professionnels de ses membres. Cela avait été indiqué dès 1976 dans l'affaire *Schmidt et Dahlström c. Suède*¹⁰. Le droit de grève a d'ailleurs valeur constitutionnelle dans plusieurs États européens. À cet égard, je vous rappelle que devant la Cour nous avons actuellement une affaire importante qui concerne le droit de grève des fonctionnaires en Allemagne dans laquelle la Cour constitutionnelle allemande a rendu un arrêt très discuté.

Je vous rappelle que la Cour s'est également livrée à une utilisation extensive de l'article 14 de la Convention, en faveur des droits économiques et sociaux. Les exemples pertinents concernent essentiellement le droit à la sécurité sociale et à l'assistance sociale et médicale et la question des prestations sociales.

C'est sous l'angle de l'article 1 du Protocole 1 (protection de la propriété et des biens), seul ou combiné avec l'article 14 de la Convention, que la Cour a élaboré une jurisprudence importante en matière de protection sociale. Cette jurisprudence a été consacrée à l'occasion de l'affaire *Gaygusuz c. Autriche*¹¹, qui avait trait au refus opposé par les autorités autrichiennes de reconnaître une allocation d'urgence à un chômeur, au motif qu'il n'avait pas la nationalité autrichienne. La Cour a considéré que la différence de traitement ne reposait sur aucune justification objective ou raisonnable.

La question des prestations sociales comporte de nombreux aspects.

Il s'agit d'abord de déterminer quels types de prestations sociales entrent dans le champ d'application de l'article 1 du Protocole 1. À cet égard, la jurisprudence est abondante et

⁹ CourEDH, 10 janvier 2002, *Unison c. Royaume-Uni*, n° 53574/99.

¹⁰ CourEDH, 6 février 1976, *Schmidt et Dahlström c. Suède*, n° 5589/72.

¹¹ CourEDH, 19 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, n° 17371/90.

couvre un large éventail de prestations (voir par exemple l'arrêt pilote *Bourdov c. Russie*¹² de 2002, à propos d'une allocation de maladie consécutive à la catastrophe de Tchernobyl).

Il faut ensuite vérifier quelles sont les conditions d'accès à ces prestations, notamment lorsque le requérant se prétend victime d'une discrimination prohibée par l'article 14. Là aussi, les arrêts et décisions en la matière sont nombreux ; ainsi l'affaire *Stec et autres c. Royaume-Uni*¹³ de 2006. Dans cet arrêt de Grande chambre, après avoir considéré que la création de prestations sociales, même sans cotisations de la part du bénéficiaire, engendrait un intérêt patrimonial relevant de l'article 1 du Protocole 1, qui porte sur la protection de la propriété, la Cour a jugé que l'avantage conféré aux femmes par la législation britannique n'était pas contraire à l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole 1. Il faut noter que cet arrêt s'inspire explicitement d'un arrêt de la CJUE rendu sur la même question, et qu'il cite. C'est là un exemple de la volonté de convergence jurisprudentielle des deux grandes cours européennes.

Un autre exemple marquant qui concerne, lui, les prestations sociales : l'arrêt rendu par la Grande chambre le 13 décembre 2016 dans l'affaire *Bélané Nagy c. Hongrie*¹⁴. L'affaire concernait une prestation de sécurité sociale versée à la requérante, Mme Nagy. Elle avait touché pendant près de dix ans une pension d'invalidité, avant que celle-ci ne soit supprimée. Sa demande tendant à ce que cette pension lui soit de nouveau versée fut rejetée au motif que, par l'effet d'une réforme législative, elle n'avait plus droit à cette prestation. Mme Nagy voyait dans la suppression de sa pension d'invalidité une violation de son droit au respect de ses biens. La Cour a jugé, en particulier, que l'article 1 du Protocole n° 1 s'appliquait à l'égard de Mme Nagy étant donné que celle-ci pouvait nourrir une espérance légitime de recevoir la pension, si elle satisfaisait aux critères énoncés par l'ancienne législation. Le refus de lui verser la pension était prévu par la loi (telle que découlant de la nouvelle législation) et poursuivait un but légitime (l'économie des deniers publics). Cependant, ce refus n'était pas proportionné, en particulier parce qu'il avait entièrement privé une personne vulnérable de sa seule source de revenus par l'application d'une législation d'effet rétroactif et dépourvue de mesures transitoires adaptées à la situation de Mme Nagy.

Ces quelques exemples témoignent de la diversité des affaires que nous avons à juger dans un domaine qui n'était pas à l'origine notre domaine de compétence.

Cette diversité n'est pas surprenante si on tient compte du fait que la Convention est, selon la formule consacrée, « un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions actuelles ». Or, s'il est bien une matière qui évolue sans cesse, c'est la matière sociale. La crise économique et migratoire qui touche notre continent affecte inévitablement notre jurisprudence.

¹² CourEDH, 7 mai 2002, *Bourdov c. Russie*, n° 59498/00.

¹³ CourEDH, GC, 12 avril 2006, *Stec et autres c. Royaume-Uni*, n° 65731/01 et *alii*.

¹⁴ CourEDH, GC, 13 décembre 2016, *Bélané Nagy c. Hongrie*, n° 53080/13.

Dans le contexte de crise économique que nous connaissons, la Cour doit prendre en compte les situations budgétaires nationales et ne peut garantir de droit absolu à la protection sociale. C'est ce qu'elle a réaffirmé à l'occasion de la décision d'irrecevabilité *Koufaki et Adedy c. Grèce*¹⁵ du 7 mai 2013, en se montrant à l'écoute du législateur national qui souhaitait remédier à une crise budgétaire grave et assainir les finances de son État de manière durable. Toutefois, le contexte économique ne peut pas justifier toute réduction de prestation existante. Ainsi, dans l'arrêt *N.K.M. c. Hongrie*¹⁶ du 14 mai 2013, la Cour a estimé que les moyens employés pour réduire la prestation sociale étaient disproportionnés au but légitime de sauvegarde du Trésor Public.

C'est toujours un équilibre subtil que notre Cour essaye d'atteindre. Dans les matières que nous évoquons aujourd'hui, c'est d'autant plus délicat que les paramètres à prendre en considération sont nombreux et complexes.

Madame la Professeure,
Mesdames et Messieurs,

On a vu à quel point les droits fondamentaux irriguent actuellement la matière économique et sociale. On pourrait même s'interroger sur la réelle hiérarchie entre les deux catégories de droits. Quelle est la valeur d'une parfaite protection des droits de liberté pour quelqu'un qui ne dispose pas d'un toit et d'une nourriture suffisante, pour ne pas parler des soins de santé qui lui sont nécessaires ?

Soyez certains que notre Cour a pour la Charte Sociale la plus grande considération et c'est pourquoi je me réjouis du dialogue que nous allons avoir aujourd'hui autour des droits de l'homme que nous défendons tous.

¹⁵ CourEDH, 7 mai 2013, *Koufaki et Adedy c. Grèce* (déc.), n° 57665/12 et n° 57657/12.

¹⁶ CourEDH, 14 mai 2013, *N.K.M. c. Hongrie*, n° 66529/11.

La critique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme liée aux droits économiques et sociaux

Jean-Pierre Marguénaud*

Dans un colloque dont l'intitulé proclame avec un grand point d'exclamation que la Charte sociale européenne est un instrument d'avenir, on pouvait s'attendre à ce que la critique de la jurisprudence de la Cour liée aux droits économiques et sociaux soit confiée à un procureur qui aurait impitoyablement requis le bannissement de la Cour européenne des droits de l'homme d'un domaine ignoré par la Convention européenne des droits de l'homme et ses protocoles additionnels où elle n'a jamais su rien faire d'utile pour laisser la place au super héros des droits sociaux, le Comité européen des droits sociaux, équipé tel un nouvel Arthur, d'une arme irrésistible nommée Charte sociale européenne révisée en nouvelle Excalibur.

Les auteurs auront donc commis une erreur sur la personne : c'est à Carole Nivard, l'étoile montante du droit européen des droits sociaux, toujours prête à « miser de préférence sur la Charte sociale européenne »¹, qu'il fallait confier ce rôle, lequel, pour le soussigné ne peut même pas être un rôle de composition. Ce serait, en effet, trahir son coauteur Jean Mouly avec qui, depuis une vingtaine d'années, il commente la jurisprudence sociale de la Cour européenne des droits de l'homme pour qui ils sont allés jusqu'à envisager la qualification de « Cour européenne des droits sociaux »². On risque donc d'avoir un plaidoyer là où l'on attendait un réquisitoire. Pour autant, la conclusion ne sera pas, et c'est l'essentiel, que la Charte sociale européenne et le Comité européen des droits sociaux n'ont aucun avenir : ils en ont un, qui pourrait être radieux, à condition de s'appuyer sur la Convention européenne des droits de l'homme telle qu'interprétée par la Cour dans une perspective de synergie des sources et d'articulation des rôles des organes de contrôle.

Ainsi faut-il proposer un bilan économique et social de la Cour européenne des droits de l'homme **(I)** qui autorisera des perspectives d'enrichissement des droits économiques et sociaux dans une dynamique européenne **(II)**.

* Professeur agrégé de Droit privé et de Sciences criminelles.

Chercheur à l'Institut de droit européen des droits de l'homme (IDEDH) Université de Montpellier

¹ C. Nivard, « Que faut-il attendre de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droits sociaux ? », *Revue de droit du travail*, 2017, pp. 16-18.

² J.-P. Marguénaud et J. Mouly, « L'avènement d'une Cour européenne des droits sociaux », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 739.

Partie I - Le bilan économique et social de la Cour européenne des droits de l'homme

Ce bilan ne peut pas être qualifié de positif, mais il est loin d'être catastrophique. Pour le dresser sans complaisance ni acharnement, on pourrait parler d'un élan social brisé (A) et d'un esprit social sauvegardé (B).

A. Un élan social brisé

Pendant longtemps, on s'en était tenu à une stricte répartition des rôles entre la Convention de 1950 consacrée aux droits civils et politiques et la Charte de 1961 réservée aux droits sociaux. La Cour européenne des droits de l'homme avait d'ailleurs pris prétexte de l'existence de la Charte sociale européenne pour refréner son audace sociale³. Pourtant, s'est peu à peu affirmé un phénomène de « perméabilité de la Convention européenne des droits de l'Homme aux droits sociaux » détecté par Frédéric Sudre⁴ dans une formule célèbre. Il s'est, principalement réalisé grâce à la mobilisation de trois techniques d'interprétation que l'on peut rattacher à trois arrêts si essentiels que M. le juge Robert Spano les a lui aussi convoqués.

Il s'agit d'abord, à tout seigneur tout honneur, du mythique arrêt *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979⁵, bien connu pour avoir affirmé que les droits garantis par la Convention doivent être interprétés de façon à être concrets et effectifs et non plus théoriques et illusoires, qui a aussi posé le principe d'indivisibilité des droits de l'homme en proclamant à la surprise générale qu'aucune cloison étanche ne sépare les droits économiques et sociaux du domaine de la Convention.

Il faut ensuite mettre en évidence l'arrêt *Gaygusuz c. Autriche* du 16 septembre 1996⁶ qui est, pour ainsi dire, le premier à avoir ouvert à l'influence de la Convention des pans entiers du droit social par le jeu subtil de la combinaison de l'article 14 consacrant le principe de non-discrimination avec d'autres articles du texte de 1950 ou de ses protocoles additionnels et notamment l'article 1 du Protocole n° 1 qui embrasse les salaires et la plupart des prestations sociales.

Le troisième arrêt, qui est aussi le plus symptomatique de l'élan social que la Cour avait pris au début du XXI^e siècle est l'arrêt de Grande chambre *Demir et Baykara c. Turquie*, rendu le 12 novembre 2008⁷, jour de la soutenance de thèse de la présidente de séance Peggy Ducoulombier. Chacun sait, en effet, que cet arrêt révolutionnaire est parvenu à raccorder le droit à négociation collective à l'article 11 qui n'en dit mot grâce à la mise en

³ CourEDH, Ass. plén., 27 octobre 1975, *Syndicat national de la police belge c. Belgique*, n° 4464/70 ; CourEDH, ch., 6 février 1976, *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suède*, n° 5614/72.

⁴ F. Sudre, « La « perméabilité » de la Convention européenne des droits de l'Homme aux droits sociaux », in *Pouvoir et Liberté, Mélanges Jacques Mourgeon*, Bruylant, 1998, p. 467.

⁵ CourEDH, ch., 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, n° 6289/73.

⁶ CourEDH, ch., 16 octobre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, n° 17371/90, D. 1998.438 note J. Mouly et J.-P. Marguénaud.

⁷ CourEDH, GC, 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, n° 34503/97.

œuvre de la synergie des sources permettant d'enrichir l'interprétation d'un article de la Convention à la lumière d'autres instruments internationaux que, parfois, l'État défendeur peut même ne pas avoir signés.

L'année 2008 est cependant une année paradoxale : c'est celle au cours de laquelle l'élan social de la Cour a été le plus puissant, mais c'est aussi celle où il a commencé à se briser sous le double choc de la crise économique et de la crise migratoire.

C'est en effet à l'automne 2008 que s'est cristallisée la crise bancaire et financière, enclenchée par la crise des *subprimes*, dont les ravages économiques ne sont plus à décrire. C'est aussi en 2008, le 27 mai, qu'a été rendu l'arrêt véritablement scélérat qu'est l'arrêt *N. c. Royaume-Uni*, coupable d'avoir brisé la dynamique enclenchée par l'arrêt *Airey* pour pouvoir justifier l'expulsion d'une jeune mère de famille atteinte du sida vers son pays africain d'origine où il n'était que trop facile à prévoir que, privée des médicaments qui la maintenaient en vie en Europe, elle allait mourir à bref délai sous les yeux de ses enfants en bas-âge. Ainsi, pour pouvoir justifier cette ignominie n'a-t-elle pas hésité à affirmer que « même si les droits qu'elle énonce ont des prolongements d'ordre économique et social, la Convention vise essentiellement des droits civils et politiques ».

Depuis 2008, l'aggravation ou la persistance des crises économique et migratoire dont la Cour n'est pas responsable, l'ont poussée, comme elle l'a fait, pour d'autres raisons dans d'autres domaines tels que celui de la privation de liberté au sens de l'article 59, à des régressions dont il n'y a pas nécessairement lieu de l'excuser.

S'agissant de l'expulsion fatale des mères de famille étrangères malades du sida, mieux vaut se taire sur la terrible réplique de l'arrêt *N. c. Royaume-Uni* résultant de l'arrêt devenu *S.J c. Belgique* du 27 février 2014¹⁰ qui a enfoncé un nouveau coup de poignard dans le principe de l'indivisibilité des droits de l'homme. Du point de vue de la crise économique, il faut malheureusement insister davantage sur la décision *El Orabi c. France* du 7 mai 2010¹¹ qui, en refusant d'aborder la question du refus d'un droit de réversion d'une pension à une algérienne veuve d'un soldat français, a effectivement amorcé un reflux de l'influence sociale de la combinaison de l'article 14 avec l'article 1 du Protocole n° 1. C'est ce qui a encore été récemment attesté, au regard de l'article 8, par un arrêt du 11 décembre 2018 *Belli et Arquier-Martinez c. Suisse*¹² suivant lequel il n'est pas contraire à la Convention d'exiger la résidence dans le pays où sont versées des prestations sociales non contributives.

⁸ CourEDH, GC, 27 mai 2008, *N. c. Royaume-Uni*, n° 26565/05.

⁹ CourEDH, GC, 15 mars 2012, *Austin c. Royaume-Uni*, n° 39692/09.

¹⁰ CourEDH, 5^{ème} sect., 27 février 2014, *S.J. c. Belgique*, n° 7055/10.

¹¹ CourEDH (déc.), 5^{ème} sect., *El Orabi c. France*, n° 20672/05.

¹² CourEDH, 3^{ème} sect., 11 décembre 2018, *Belli et Arquier-Martinez c. Suisse*, n° 65550/13.

C'est surtout le refus de faire prévaloir le principe de non régression sociale face aux contraintes liées à la crise économique qui distingue la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle en la matière, est effectivement beaucoup moins sociale que ne tente de le rester le Comité européen des droits sociaux¹³. C'est à partir de la décision d'irrecevabilité *Poulain c. France* du 8 février 2011¹⁴, suivant laquelle des mesures tendant à assurer l'équilibre et la pérennité d'un système de retraite par répartition poursuivent un but d'intérêt général et répondent par conséquent à toutes les exigences de conventionnalité, que la Cour semble avoir accepté de baisser les bras. Elle n'est d'ailleurs toujours pas prête à les relever comme en témoigne à l'envi le récent arrêt *Yavas c. Turquie* du 5 mars 2019¹⁵ qui n'a pas vu matière à un constat de violation de l'article 1 du Protocole n° 1 dans un cas de diminution de 50% des pensions de retraite.

Face à la crise économique et à la crise migratoire, auxquelles il faudrait ajouter la crise politique de contestation systématique de tout ce qui porte les couleurs de l'Europe, la Cour européenne des droits de l'homme plie incontestablement dans le domaine des droits économiques et sociaux. Pourtant elle ne rompt pas, car elle s'attache à conserver l'esprit nécessaire pour empêcher une véritable imperméabilité de la Convention aux droits sociaux.

B. Un esprit social sauvegardé

Après 2008, il faut reconnaître à la Cour le mérite d'avoir surmonté, grâce à l'arrêt *Enerji Yapi -Yol Sen c. Turquie* du 21 avril 2009¹⁶, ses hésitations à rattacher pleinement le droit de grève à l'article 11. Elle aura également su marquer les esprits en plaçant les autorités françaises face à la nécessité d'admettre de véritables syndicats autonomes dans la gendarmerie et dans l'armée par ses arrêts *Matelly*¹⁷ et *Adefdromil*¹⁸ du 2 octobre 2014.

Il faut lui être particulièrement reconnaissant de l'attention renforcée que, malgré la crise économique, elle a su porter à la santé et à la sécurité des salariés par l'arrêt *Vilnes c. Norvège* du 5 décembre 2013¹⁹ instituant une obligation précontractuelle d'information des candidats à une activité salariée intrinsèquement dangereuse, l'arrêt *Brincat c. Malte* du 24 juillet 2014²⁰ qui a courageusement neutralisé les considérations relatives au coût des mesures protectrices des travailleurs exposés à l'amiante et l'arrêt *Howald Moor c. Suisse* du 11 mars 2014²¹ qui, au regard des exigences du droit à un procès équitable garanti par

¹³ CEDS, décisions sur le bien-fondé du 23 mai 2012, *GENOP-DEI et ADEDY c. Grèce*, récl. n° 65/2011 et n° 66/201, *Droit social* 2013.339 note J. Mouly et J.-P. Marguénaud.

¹⁴ CourEDH (déc.), 5^{ème} sect., 8 février 2011, *Poulain c. France*, n° 52273/08.

¹⁵ CourEDH, 2^{ème} sect., 5 mars 2019, *Yavas et autres c. Turquie*, n° 36366/06.

¹⁶ CourEDH, 3^{ème} sect., 21 avril 2009, *Enerji Yapi -Yol Sen c. Turquie*, n° 68959/01.

¹⁷ CourEDH, 5^{ème} sect., 2 octobre 2014, *Matelly c. France*, n° 10609/10.

¹⁸ CourEDH, 5^{ème} sect., 2 octobre 2014, *Adefdromil c. France*, n° 32191/09.

¹⁹ CourEDH, 1^{ère} sect., 5 décembre 2013, *Vilnes c. Norvège*, n° 52806/09.

²⁰ CourEDH, 5^{ème} sect., 24 juillet 2014, *Brincat et autres c. Malte*, n° 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11, 62338/11.

²¹ CourEDH, 2^{ème} sect., 11 mars 2014, *Howald Morr et autres c. Suisse*, n° 52067/10 et 41072/11.

l'article 6§1, a estimé que le point de départ du délai de prescription de l'action des salariés atteints de maladies liées à l'amiante devait être retardé pour tenir compte de leur longue période de latence.

Au chapitre du renforcement des droits sociaux malgré la crise économique, on peut citer un arrêt qui mériterait d'être mieux connu pour avoir appliqué, le premier selon toute vraisemblance, l'article 4§2 à une hypothèse classique de droit du travail, l'arrêt *Chitos c. Grèce* du 4 juin 2015²² estimant que la clause de dédit-formation ne prévoyant pas la possibilité de rééchelonner le paiement de la somme due par le travailleur démissionnaire avant le terme, s'analysait en un travail forcé. Au regard de cet article 4, on lui saura gré d'avoir continué, par son arrêt *Chowdury c. Grèce* du 30 mars 2017²³, à l'utiliser, dans le prolongement de l'essentiel arrêt *Rantsev c. Chypre et Russie* du 7 janvier 2010²⁴ pour le faire servir à la lutte contre la traite des êtres humains.

Même si elle a été un peu ralentie par l'arrêt *Libert c. France* du 22 février 2018²⁵, il faut encore souligner la remarquable avancée réalisée par l'arrêt de Grande chambre *Barbulescu c. Roumanie* du 5 septembre 2017²⁶ pour offrir aux salariés une protection de leur vie privée contre la surveillance de leur ordinateur professionnel par leur employeur. Pour achever cet inventaire qui aurait dû être davantage raisonné, on choisira de mettre en lumière un arrêt qui semble particulièrement révélateur de la volonté de sauvegarder un esprit social. Il s'agit de l'arrêt *Cakarevic c. Croatie* du 26 avril 2018²⁷ constatant une violation de l'article 1 du Protocole n° 1 parce que l'on avait obligé un salarié en détresse à rembourser les indemnités de chômage qui lui avaient été versées à tort. Cet arrêt suffirait presque à lui seul à prouver que la Cour n'a pas renoncé à démentir la célèbre formule de Pierre-Henri Imbert « Droits des pauvres, pauvres droits »²⁸ qu'il m'a semblé indispensable de citer à Strasbourg dans un colloque consacré aux droits sociaux. Contre vents et marées, contre crises et soubresauts, la Cour européenne des droits de l'homme a donc su maintenir le minimum de perméabilité de la Convention aux droits sociaux nécessaire pour pouvoir encore envisager des perspectives.

²² CourEDH, 1^{ère} sect., 4 juin 2015, *Chitos c. Grèce*, n° 51637/12.

²³ CourEDH, 1^{ère} sect., 30 mars 2017, *Chowdury c. Grèce*, n° 21884/15.

²⁴ CourEDH, 1^{ère} sect., 7 janvier 2010, *Rantsev c. Chypre et Russie*, n° 25965/04.

²⁵ CourEDH, 5^{ème} sect., 22 février 2018, *Libert c. France*, n° 588/13.

²⁶ CourEDH, GC, 5 septembre 2017, *Barbulescu c. Roumanie*, n° 61496/08.

²⁷ CourEDH, 1^{ère} sect., 26 avril 2018, *Cakarevic c. Croatie*, n° 48921/13.

²⁸ Pierre Imbert, « Droits des pauvres, pauvre(s) droit(s) ? – Réflexion sur les droits économiques, sociaux et culturels », *Revue de droit public et sciences politiques*, 1989, p. 739.

Partie II - Les perspectives d'enrichissement des droits économiques et sociaux par la coopération entre la CourEDH et le Comité européen des droits sociaux

Même si la Cour faisait preuve d'un plus grand dynamisme social, on pourrait toujours lui reprocher, comme Carole Nivar²⁹, de s'en tenir à des incursions nécessairement parcellaires et contingentes inaptes à la réalisation d'une protection globale et cohérente des droits sociaux. Ce point de vue pourrait sans doute être nuancé en hasardant l'hypothèse suivant laquelle la Convention pourrait assez rapidement couvrir toute la matière sociale grâce au développement tentaculaire des notions de « vie privée » au sens de l'article 8³⁰ ou de « biens » au sens de l'article 1 du Protocole n° 1 et à la gamme infinie des combinaisons de l'article 14 avec les autres articles de la Convention. Mieux vaut concéder cependant que grâce à la Charte sociale européenne et au Comité européen des droits sociaux, on parviendra à plus de globalité et à plus de cohérence. Le problème majeur qui restera alors, c'est que l'on ne sera pas arrivé à une véritable protection. Pour mieux faire saisir la réalité et l'importance de cette lacune, et détecter les moyens de la combler on peut partir du communiqué de presse diffusé sur le site de la Confédération générale du travail (CGT) le 15 mars 2019³¹ (A) et s'inspirer de la fable de l'aveugle et du paralytique (B) qui composeront un attelage insolite.

A. Le communiqué de presse de la CGT du 15 mars 2019

Le 15 mars 2019 est le jour de la publication de la décision sur le bien-fondé du Comité européen des droits sociaux *CGT c. France*³² concluant à l'unanimité que les dispositions de la loi dite « El Khomri »³³ du 8 août 2016 relatives à l'aménagement du temps de travail sur une période pouvant aller jusqu'à 3 ans violait l'article 4 §2 de la Charte sociale européenne révisée prescrivant la reconnaissance du droit à un taux de rémunération majoré pour les heures de travail supplémentaires. Cette décision a été accueillie par un communiqué de presse étonnant diffusé le jour même par la CGT, auteur de la réclamation collective triomphante. On y lit :

« Cette décision est une belle victoire pour la CGT et les travailleurs qui pourront, désormais, saisir le juge pour faire écarter l'application des mécanismes d'aménagement de leur temps de travail contraires à la Charte et demander le paiement d'heures supplémentaires. Il s'agit, également, d'un

²⁹ C. Nivard, « Que faut-il attendre de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droits sociaux ? », *op. cit.*, p. 16.

³⁰ J. Mouly, « Vie professionnelle et vie privée. De nouvelles rencontre sous l'égide de l'article 8 de la Convention européenne » in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, dir. Frédéric Sudre, Bruylant, 2005, p. 279.

³¹ CGT, Communiqué de presse « [Victoire de la CGT contre l'aménagement du temps de travail sur trois ans](#) », publié le 15 mars 2019 [dernière consultation le 15 mars 2020].

³² CEDS, décision sur le bien fondé du 18 octobre 2018, *Confédération générale du travail (CGT) c. France*, récl. n° 154/2017.

³³ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, *JORF* n° 0184 du 9 août 2016 texte n° 3.

désaveu pour les gouvernements français successifs qui pensaient pouvoir s'affranchir en toute impunité des conventions internationales dont ils sont signataires. Le gouvernement n'a donc pas d'autres choix que d'abroger cette mesure de la loi "El Khomri" ».

Il s'agit incontestablement d'une belle victoire mais quelqu'un aura fait croire à la CGT ou la CGT aura voulu faire croire à tout le monde qu'en saisissant le Comité européen des droits sociaux, elle avait obtenu... un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme qui seul peut effectivement entraîner ces heureuses conséquences voluptueusement décrites. Pour le moment ce communiqué de presse est médiatiquement sympathique mais juridiquement surréaliste : les décisions sur le bien-fondé du Comité européen des droits sociaux sont dépourvues de la force et de l'autorité que la centrale syndicale victorieuse lui prête.

On peut ardemment souhaiter, toutefois que les rêves, en tout cas ces rêves, de la CGT deviennent réalité. Pour les exaucer, il y a schématiquement deux solutions : ou bien conférer aux décisions sur le bien-fondé une autorité comparable à celle dont ont été progressivement revêtus les arrêts de la Cour à partir de l'article 46§1 de la Convention qui n'a pas d'équivalent dans la Charte, ou bien faire reprendre par la Cour les solutions que le Comité, présenté comme un véritable « laboratoire d'idées sociales »³⁴, a déjà testées et validées. La première solution est tout à fait crédible. En dépit de l'existence de l'article 46§1 la portée des arrêts de la Cour n'était, après tout, guère plus étincelante dans les années 1960 que ne l'est celle des décisions sur le bien-fondé du Comité aujourd'hui. On peut donc envisager de conquérir pour celles-ci ce qui a été progressivement obtenu pour ceux-là suivant une évolution dont il convient de s'interdire ici de retracer les étapes. Il faudra cependant s'armer de patience et bien soupeser le poids de deux obstacles spécifiques. Le premier, c'est que, malgré les admirables efforts de Jean-François Akandji-Kombé, Diane Roman, Carole Nivard et une petite dizaine d'autres, l'activité du Comité et les potentialités de la Charte mobilisent infiniment moins la doctrine que ne l'avaient fait la Convention et la Cour aux temps de leurs premiers pas. Le second, c'est que, à la différence de ceux de la Cour qui sont des juges, les membres du Comité, jusqu'à plus ample informé, ne sont encore que des experts indépendants.

Dans ces conditions, il vaut mieux se tourner vers l'autre solution dont la pertinence peut se recommander d'une fable.

B. La fable de l'aveugle et du paralytique

« L'aveugle et le paralytique » est une célèbre fable de La Fontaine qui n'est pas de La Fontaine mais de Florian qui la glissa dans un recueil imprimé en 1792, heureusement

³⁴ J. Mouly et J.-P. Marguénaud, « Le Comité européen des droits sociaux, un laboratoire d'idées sociales méconnu », *Revue du droit public*, 2011, n° 3, p. 685.

réédité en 2005 par le Centre international d'étude du XVIIIème ; Elle se termine sur les vers suivants :

« J'ai des jambes et vous des yeux :
Moi, je vais vous porter ; vous, vous serez mon guide :
Vos yeux dirigeront mes pas mal assurés,
Mes jambes, à leur tour, iront où vous voudrez.
Ainsi, sans que jamais notre amitié décide
Qui de nous deux remplit le plus utile emploi,
Je marcherai pour vous, vous y verrez pour moi ».

En matière de droits sociaux, la Cour n'est peut-être pas tout à fait aveugle mais elle a la vue très basse et elle n'est pas équipée de lunettes pour la relever. Le Comité, lui, a une vue particulièrement renforcée par un puissant télescope nommé Charte sociale européenne révisée. Seulement, il est à peu près paralysé parce que ses décisions sur le bien-fondé sont privées de l'autorité dont les arrêts de la Cour sont en revanche pourvus. En faisant porter par la Cour ce que le Comité a pu déjà si bien voir, on pourrait faire véritablement avancer les droits sociaux dans la bonne direction sans que jamais l'amitié, inhérente à l'appartenance au même Conseil de l'Europe, décide lequel des deux organes remplit le plus utile emploi.

Cette coopération, mariant la synergie des sources et l'articulation des compétences, est d'ailleurs déjà à l'œuvre et elle n'est pas à sens unique. Ainsi Carole Nivard a-t-elle déjà eu l'occasion de remarquer³⁵ que le Comité, par sa décision du 27 janvier 2016 *Conseil européen des Syndicats de police c. France*³⁶ a fait évoluer sa jurisprudence relative à la question de la liberté syndicale des gendarmes afin de tenir compte des arrêts précités de la Cour *Matelly et Adefdromil c. France* du 2 octobre 2014.

Pour l'avenir des droits sociaux éclairé par la fable de Florian, c'est évidemment lorsque la prise en compte se réalise dans l'autre sens qu'elle est la plus intéressante. Plus d'une dizaine d'arrêts de la Cour en montrent d'encourageants exemples. Un des plus significatifs est apporté par l'arrêt (précité) *Demir et Baykara c. Turquie* du 12 novembre 2008, le grand arrêt qui a théorisé la synergie des sources dans ses paragraphes 85 et 86³⁷, et qui, pour justifier le raccordement à l'article 11 du droit de dénonciation collective s'est référé³⁸ à l'article 6§2 de la Charte sociale européenne et « au sens donné par le CEDS à [cet] article ». Plus récemment, dans l'arrêt *Adyan c. Arménie* du 12 octobre 2017³⁹ elle s'est référée tant au titre du rappel des « Textes internationaux pertinents » que dans le corps de

³⁵ C. Nivard, « Que faut-il attendre de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droits sociaux ? », *op. cit.*, p.18.

³⁶ CEDS, décision sur le bien-fondé du 27 janvier 2016, *Conseil européen des syndicats de police (CESP) c. France*, récl. n° 101/2013.

³⁷ CourEDH, GC, *Demir et Baykara c. Turquie*, préc., para 85-86.

³⁸ *Ibid.*, para 149.

³⁹ CourEDH, 1^{ère} sect., 12 octobre 2017, *Adyan c. Arménie*, n° 75604/11.

son raisonnement « en droit » à des conclusions du Comité européen des droits sociaux pour décider qu'un service de remplacement de 42 mois dépassant de plus d'une fois et demi la durée du service militaire armé de 24 mois constituait une violation de l'article 9 de la Convention qui garantit le droit à la liberté de pensée et de conscience. Il faut surtout citer l'arrêt *Sidabras et Dziautas c. Lituanie* du 27 juillet 2004⁴⁰ relatif à la lustration dans lequel la Cour, pour amorcer la reconnaissance du droit à gagner sa vie par le travail, a dit attacher un poids particulier au texte de l'article 1§2 de la Charte sociale européenne et à l'interprétation qu'en donne le Comité européen des droits sociaux⁴¹. De tels exemples d'arrêts sur l'image de l'aveugle portant le paralytique sont cependant trop rares et trop aléatoires. Pour un meilleur avenir des droits sociaux, la coopération doit se renforcer.

Il faut ici en appeler à une rationalisation de la si prometteuse mise en synergie des sources. Elle est trop cruciale, en effet, pour être abandonnée à la pratique du doigt mouillé et à l'humeur ou à l'ambiance néolibérale du moment. On peut par exemple s'étonner que dans l'arrêt *R.M.T. c. Royaume-Uni* du 8 avril 2014⁴², la Cour ait refusé la protection de l'article 11 aux grèves de solidarité par une neutralisation de la synergie des sources et plus particulièrement de celle qui pouvait résulter des multiples conclusions du Comité européen des droits sociaux qui avait déclaré incompatible avec l'article 6§4 de la Charte sociale européenne leur interdiction par les règles britanniques. Pour faire avancer l'Europe sociale, ce n'est pas de temps en temps que la Cour devrait accorder un poids particulier aux décisions du Comité : elle devrait le faire systématiquement, chaque fois que l'occasion s'en présente, au nom de l'amitié qui doit souder l'aveugle et le paralytique ayant l'une et l'autre vocation à promouvoir les valeurs du Conseil de l'Europe.

Encore faudrait-il que les occasions de faire jouer cette stimulante synergie ne soient pas rarissimes. Or, une particularité procédurale pourrait aider à les multiplier. On sait que la recevabilité, devant le Comité, des réclamations collectives n'est pas subordonnée à la condition d'épuisement des voies de recours internes qui étouffe et décourage tant de requérants individuels devant la Cour. On pourrait donc imaginer, question économique et sociale par question économique et sociale, que, parallèlement et simultanément, une réclamation collective soit portée par un syndicat devant le Comité et une demande introduite devant le juge national par un salarié. Il y aurait alors quelques chances pour qu'il n'y ait pas un trop grand décalage entre le moment où le Comité aurait rendu sa décision sur le bien-fondé et celui où les voies de recours internes auraient été épuisées. Alors, le requérant individuel pourrait presque aussitôt faire porter par la Cour ce que le Comité aurait déjà eu le temps de voir et, au lieu de se mesurer à elle, le lièvre passerait le relais à la tortue pour terminer sur une fable de La Fontaine qui est bien de La Fontaine...

⁴⁰ CourEDH, 2^{ème} sect., 27 juillet 2004, *Sidabras et Dziautas c. Lituanie*, n° 55480/00 et 59330/00.

⁴¹ *Ibid.*, para 47.

⁴² CourEDH, 4^{ème} sect., 8 avril 2014, *National Union of rail, maritime and transport workers c. Royaume-Uni*, n° 31045/10.

The European Pillar of Social Rights and the European Social Charter

Sacha Garben*

1. INTRODUCTION

Gothenburg, 17 November 2017. After several trying years of social depression in the European Union (EU) and the Western world more generally, the Presidents of the European Commission, European Parliament, and European Council sign a ‘solemn’ Inter-Institutional Proclamation on the European Pillar of Social Rights.¹ As stated by one commentator, it ‘represents the most encompassing attempt to raise the profile of social policy in two decades, since the inclusion of the employment chapter in the Amsterdam Treaty and the formulation of the European Employment Strategy’.² This high-profile political reaffirmation of a broad set of social rights and principles could, in line with the Rome Declaration,³ be taken as an indication that in the future post-Brexit EU27, there may be a stronger commitment to EU social policy. The times, it seems, they are-a-changing...

Yet, no matter how ‘solemnly’ proclaimed, the Pillar is not legally binding. This means that individuals cannot directly rely on it in court proceedings should they consider that the ‘rights’ contained in the EPSR have not been respected, nor can the European Commission initiate infringement proceedings against Member States where they fail to live up to the Pillar’s standards. This is a slightly uncomfortable reality, which some could consider a disappointment especially in light of the prominent reference to social rights : the Pillar spites its own name. As further explained in Section II below, it would, however, be misguided to focus only on the lack of direct legal enforceability of the EPSR, as it would fail to appreciate its real legal and political importance, which is more subtle and indirect. The EPSR’s significance lies in its programmatic nature, and it will only show its true worth in its implementation. The precedent of the 1989 Community Charter on the Fundamental Social Rights of Workers with its accompanying Action Programme should

* Professor of European Union Law, College of Europe, Bruges, on leave from the European Commission. The views presented in this article are entirely personal and do not in any way reflect the official position of the European Commission. This Article is an adaptation of Garben, [‘The European Pillar of Social Rights: An Assessment of its Meaning and its Significance’](#) [2019] *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, [last accessed 17 December 2020] and Garben, ‘The European Pillar of Social Rights: Effectively Addressing Displacement?’ (2018) 14 *European Constitutional Law Review* 210. The author wishes to thank Professor F. Benoît-Rohmer and Mr Christos Giannopoulos, as well as the participants of the *Colloque European Social Charter* held in Strasbourg on 20 September 2019.

¹ [2017] OJ C428/10.

² Plomien, ‘EU Social and Gender Policy beyond Brexit: Towards the European Pillar of Social Rights’ (2018) 17(2) *Social Policy & Society* 281 at 292.

³ The Rome Declaration of 25 March 2017 outlined the importance of a strong social Europe based on sustainable growth, which promotes economic and social progress as well as cohesion and convergence, for the EU27 going forward.

be recalled in this context : an important part of the EU social *acquis* was progressively adopted on that basis. In the context of the Pillar, a range of important measures has been proposed as part of this new social action plan for Europe, some of which have already been successfully adopted.

From the perspective of other prominent instruments containing social rights, such as the EU Charter and the ESC, the EPSR may at face value appear, at best, a rather meaningless replication and, at worst, a harmful dilution and a ‘crowding out’. However, as explained in Section III below in further detail, such a hostile stance would be myopic, in that it does not appreciate that the EPSR actually acts as a catalyst for (the rights contained in) these other instruments. In a certain sense, the EPSR’s legal value is vicarious : it operates indirectly through other social rights instruments and encourages their actual implementation and expression. The EU Charter does not apply to the Member States unless they act in the scope of EU law. This means that the social rights contained in the Charter are dependent on being given further expression in legislation, and this is precisely what the Pillar’s ‘implementation process’ is contributing to. The ESC, in turn, has not been fully ratified in both its incarnations by all the EU Member States, and furthermore does not benefit from the same enforcement mechanisms that rights contained in EU law do. The European Commission’s monitoring of the implementation of the Pillar is encouraging the Member States to ratify where they have not done so, and to apply where they have, the ESC, and it is contributing to making the rights contained in the ESC a reality through the adoption of (enhanced) social protection in the EU Member States. It is the Pillar’s indirect nature of an action programme rather than a rights’ charter, that makes it instrumental for the EU Charter and ESC rather than a dangerous duplication, which it could have been in case it had been legally binding *in se*.

2. WHAT(EVER) IS THE PILLAR AND ITS PURPOSE?

A. A Pillar of (Non-)Rights?

In a narrow sense, the Pillar is a set of twenty social rights and principles, categorized in three chapters. Chapter I entitled ‘Equal Opportunities and Access to the Labour Market’ comprises the right to education, training and life-long learning, equal treatment between men and women, non-discrimination on grounds of gender, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation, and ‘active support to employment’. Chapter II is called ‘Fair Working Conditions’ and features the rights to ‘secure and adaptable employment’, fair wages, information about employment conditions and protection in case of dismissals, social dialogue and involvement of workers, work-life balance, and healthy, safe and well-adapted work environment and data protection. Chapter III entitled ‘Social Protection and Inclusion’ contains the rights and principles concerning childcare and support for children, social protection, unemployment benefits, minimum income, old-age income and pensions, health care, inclusion of people with disabilities, long-term care, housing and

assistance for the homeless, and access to essential services.⁴

The Proclamation states that the aim of the Pillar ‘is to serve as a guide towards efficient employment and social outcomes when responding to current and future challenges which are directly aimed at fulfilling people’s essential needs, and towards ensuring better enactment and implementation of social rights’.⁵ It ‘should be implemented at both Union level and Member State level within their respective competences’,⁶ and ‘does not entail an extension of the Union’s powers and tasks as conferred by the Treaties’.⁷ As stated above, the Pillar takes the legal form of a proclamation and as such is not legally binding.⁸ This means that the rights and principles it features are not, by virtue of the Pillar, enforceable against either the EU Institutions or the Member States.

Nor should they be. Virtually all of the rights and principles it contains, are already legally binding on the EU and/or the Member States by virtue of the EU Charter of Fundamental Rights, the ESC as well as the various Conventions of the International Labour Organization (ILO). It would have been a harmful duplication to create another binding social rights instrument at EU level with overlapping content. The Commission’s explanations indicate that the Pillar ‘draws on’ these pre-existing instruments and that nothing in it shall be interpreted as restricting or adversely affecting them.⁹ The Pillar reaffirms the rights already present in the EU and in the international legal acquis and complements them to take account of new realities. As such, the Pillar does not affect principles and rights already contained in binding provisions of Union law : by putting

⁴ While the Pillar includes a relatively wide range of social rights and principles and gives them a generous reading, a conspicuous absence is the right to a maximum weekly working time, adequate rest periods, and paid annual leave, as laid down in Article 31(2) of the EU Charter and in the Working Time Directive 2003/88/EC and further sector-specific legislation. The CJEU has held these to constitute social rights of fundamental importance (see, for example, *Schultz-Hoff and Stringer and Others*, C-350/06 and C-520/06, EU:C:2009:18). Puzzlingly, the Pillar does not mention these fundamental social rights to maximum working time and minimum rest period and annual paid leave, nor does it reference workers’ dignity (while it does mention dignity in reference to old age (Principle 15), disability (Principle 17), and minimum income (Principle 14)). While the Pillar cannot affect the rights laid down in the Charter in a direct way, this does raise the question whether the right to healthy and safe working conditions is politically being redefined to exclude the issue of working time. The fact that the Commission conceives its interpretative communication on working time as part of the Pillar package, however, provides an argument to quell that concern: Interpretative Communication on Directive 2003/88/EC of the European Parliament and of the Council concerning certain aspects of the organisation of working time [2017] OJ C165/1.

⁵ Recommendation 12.

⁶ Recommendation 17.

⁷ Recommendation 18.

⁸ The Pillar was first launched by means of a Commission Recommendation (Article 292 TFEU –AUTHOR: can you please give the full treaty name and the official citation for the first reference?) and subsequently endorsed by the Inter-Institutional Proclamation of 17 November 2017. In both manifestations, it is non-binding, meaning that its legal value is limited to a source of interpretation of EU law, which the Court of Justice of the European Union may use in its case law. For recommendations, their non-binding nature follows from Article 288 TFEU. Proclamations are not mentioned in the Treaties and their legal status is therefore somewhat more ‘obscure’. See Rasnaca, ‘Bridging the Gaps or Falling Short? The European Pillar of Social Rights and What It Can Bring to EU-level Policymaking’, 5 *ETUI Working Paper* (2017) at 14.

⁹ SWD [2017] 200 final, at 2, European Commission, Staff Working Document accompanying the Commission Communication establishing a European Pillar of Social Rights.

together rights and principles which were set at different times, in different ways and in different forms, it seeks to render them more visible, more understandable and more explicit for citizens and for actors at all levels. In so doing, the Pillar establishes a framework for guiding future action by the participating Member States.¹⁰

The Pillar thus reaffirms the political commitment of the EU institutions, including the Member States in the Council, to deliver on these social rights and principles as contained in different pre-existing social instruments and reiterated in the EPSR.

While in a legal sense, the Pillar cannot directly affect the meaning of these rights and principles as featured elsewhere, it does provide an indication of how the political institutions at present understand these rights and principles and how they thus may give effect to them in the context of their current policies. Since especially fundamental social rights depend to an important extent on the legislator and policymaker to give them full effect, the Pillar could be taken as an indication on the content and direction of the ‘implementation’ of the rights and principles it contains. Moreover, the Court of Justice of the European Union (CJEU), as well as national courts, may use the Pillar as a source of interpretation of the rights and principles as laid down in other instruments, especially where a new act, at EU or national level, refers to the Pillar in the preamble or in the preparatory works.¹¹

B. The Pillar’s Implementation Process: Making Social Rights a Reality

The ‘implementation’ of the Pillar through new legislative and other acts should be considered the most important part of the Pillar initiative. The overall ‘Pillar package’ features a range of legislative and non-legislative proposals, some pre-dating the Pillar and some amending existing law and/or policy, and some new. As such, while the precedent of a ‘proclamation’ was set by the EU Charter of Fundamental Rights, the format of the overall Pillar initiative is more akin to the Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers, which is a political declaration signed in 1989 by (then) all the EU Member States except the UK, which signed in 1997.¹² The Community Charter is declaratory, but it is a source of inspiration for the CJEU, especially in the interpretation

¹⁰ COM [2017] 250 final, *European Commission, Communication to the Parliament, Council, the EESC and the Committee of the Regions, establishing a European Pillar of Social Rights*.

¹¹ On how fundamental rights are given (further) effect through legislation in the EU legal order, see generally Muir, ‘The Fundamental Rights Implications of EU Legislation: Some Constitutional Challenges’ (2014) 51 *Common Market Law Review* 219.

¹² The comparison with the 1989 Community Charter carries a little further, in the sense that like the Pillar it initially also had a ‘differentiated’ scope of application, excluding the UK. Although both the Commission’s original Pillar Recommendation and the subsequent Inter-Institutional Proclamation indicate that the Pillar is ‘primarily conceived’ for the Euro area, the former considered that the Pillar would be ‘applicable to all Member States that wish to be a part of it’, while the latter instead states that ‘it is addressed to all Member States’. It could therefore be argued that since the adoption of the Proclamation, the Pillar no longer should have a differentiated scope. Moreover, none of the proposed legal implementation measures have been proposed as enhanced cooperation and instead are conceived to apply to all Member States.

of the rights featured in the EU Charter of Fundamental Rights that are based on rights first set out in the Community Charter.¹³ Most importantly, many rights listed in the Community Charter were implemented in secondary law through the Social Charter Action Programme,¹⁴ such as on occupational health and safety, written statement, posted workers, working time, pregnant workers, and younger workers. The broader Pillar initiative could be likened to such an action plan.

The 2018 Commission Staff Working Document ‘Monitoring the Implementation of the European Pillar of Social Rights’ provides the general overview of what can be considered part of the broader Pillar initiative.¹⁵ The document lists per right/principle the most relevant existing measures at EU level, the ongoing and new initiatives, as well as national measures that are relevant ‘in the spirit of the Pillar’. It does not identify specifically which instruments are considered to be an implementation of the Pillar, but it would seem to include most of the measures that are featured in the category entitled ‘recent and ongoing initiatives at EU level’. This comprises a few dozens of EU actions, ranging from : country-specific recommendations on minimum wages, to a proposed Regulation on a pan-European Pension Product ;¹⁶ and from a proposal for a Recommendation on promoting common values, inclusive education, and the European dimension of teaching,¹⁷ to a proposal for a Regulation to strengthen EU cooperation on health technology assessment.¹⁸

Of course, not all of these measures are equally integral to the Pillar. The proposal on a recast of the Electricity Directive,¹⁹ which is mentioned in relation to Principle 20 on ‘Access to Essential Services’, is arguably not as central to the Pillar project as the Directive on Predictable and Transparent Working Conditions. And a number of measures that are thematically closely connected to the Pillar, such as the equality directives,²⁰ are

¹³For example, *International Transport Workers’ Federation, Finnish Seamen’s Union v Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti* C-438/05, EU:C:2007:772, at paras 43–44; Opinion of Advocate General Trstenjak of 24 January 2008 in *Gerhard Schultz-Hoff v Deutsche Rentenversicherung Bund* C-350/06, EU:C:2008:37, at para 38.

¹⁴ COM [1989] 568.

¹⁵ SWD [2018] 67 final.

¹⁶ COM [2017] 343.

¹⁷ OJ [2018] C195/1, adopted by the Council on 22 May 2018.

¹⁸ COM [2018] 51 final.

¹⁹ COM [2016] 864 final.

²⁰ The Pillar package subsumes three existing legislative proposals in the field of non-discrimination, some of which had been stalled in the Council for some time. The hope is that the Pillar itself, as well as the changed political climate of which the Pillar is part, may lead to a breakthrough in the arduous negotiations on these measures. Whether or not thanks to the Pillar, one of these initiatives, the Proposal for a for a European Accessibility Act, has now been successfully adopted: Directive (EU) 2019/882 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on the accessibility requirements for products and services, OJ L 151, 7 June 2019, at 70–115. The most contentious is the Proposal for a Council Directive on implementing the Principle of Equal Treatment between Persons Irrespective of Religion or Belief, Disability, Age or Sexual Orientation, that has been blocked in the Council for almost a decade: COM [2008] 426. Another stalled instrument that the Pillar hopes to recover is the proposed Gender Balance on Boards Directive, submitted by the Commission in November 2012: COM [2012] 614. The Directive is aimed at improving gender balance in corporate boards of large listed companies, setting the aim of a minimum of 40 percent of non-executive members of the underrepresented sex on company boards, to be achieved by 2020 in the private sector and by 2018 in public-sector companies.

stalled legislative proposals that (long) pre-date the Pillar. Can these therefore really be said to be an ‘implementation’? The mere fact that the Pillar post-dates these proposals should arguably not prevent them as being conceptualized as part, or even an implementation, of it. In the case of the Charter of Fundamental Rights, some of the social directives that pre-dated it have been considered to give expression to a Charter right and have been interpreted in light of it.²¹ Moreover, if these pending proposals are successfully adopted now, post-Pillar, it arguably proves the usefulness of the latter in unlocking the blockages. One of the Pillar’s main values could indeed be to facilitate the advancement of the social *acquis* by providing political leverage : it increases the cost of opposing or down-leveilling social initiatives for all institutions that have ‘solemnly’ proclaimed their attachment to these values, which includes the Member States in the Council.

It is also true that many of the central Pillar implementation initiatives are ‘repackaging’ exercises. The two main achievements to date, to wit the Work-Life Balance Directive and Predictable and Transparent Working Conditions Directive discussed below, as well as the Social Scoreboard, are not entirely new but replace the existing Maternity Leave and Written Statement Directives and the Scoreboard of Key Employment and Social Indicators respectively. Is the Pillar therefore merely putting old wine in new bottles ? The extent to which these initiatives develop new rights and policies should not be underestimated. The mere fact that they would replace existing measures does not detract from their value either in a self-standing sense or as part of the Pillar project. It could be argued that for every measure -whether old or new, whether closely or loosely connected to the Pillar’s themes - the fact that it is mentioned in the Pillar’s context is relevant, because the association to it may have political consequences for negotiation, adoption and, subsequently, interpretation. Furthermore, the Pillar package does also introduce a number of novelties, such as the proposal for a European Labour Authority²² and the initiative on Access to Social Protection for Workers and the Self-Employed.²³

C. The Pillar’s Main Achievement (To Date): Two New Social Directives

Two major milestones in the on-going Pillar process have already been achieved. The EU has adopted a new Work-Life Balance Directive 2010/18/EU, to replace Directive 92/85/EEC on maternity protection and the 2010 Parental Leave Directive, as well as Directive 2019/1152 on Predictable and Transparent Working Conditions, replacing the Written Statement Directive 91/533/EEC. Considering the time-consuming nature of the EU legislative process generally, and the specific difficulties in the adoption of social

²¹ As Advocate General Bobek states in his Opinion of 5 September 2018 in *Torsten Hein v Albert Holzkamm GmbH & Co.* Case C-385/17, EU:C:2018:666, at para 38, in relation to the Working Time Directive: ‘Pursuant to Article 31(2) of the Charter, every worker has the right to an annual period of paid leave: no further details are provided on that right. Article 7(1) of Directive 2003/88, which the Court has ruled has direct effect, gives specific expression to that right’.

²² COM [2018] 131 final.

²³ COM [2018] 132 final.

legislation over the past years,²⁴ the swift adoption of these two measures in the wake of the EPSR cannot but be considered remarkable.

The Work-Life Balance Directive takes a broad approach to the issue of gender equality and caring duties, and introduces several important new minimum rights, such as

- (i) the possibility for flexible uptake (piecemeal and part-time) of the four months' individual entitlement to parental leave (Article 5(1) and (6)) and a payment thereof, to be determined by the Member States/Social Partners (Article 8(3));
- (ii) allowing the four-months entitlement to be taken up until the child reaches the age of twelve (instead of eight) and making 2 months thereof non-transferable between parents (Article 5(1) and (2));
- (iii) an entitlement to ten working days of paternity leave when a child is born, paid at sick pay level (Article 4 and 8(3)); and
- (iv) an entitlement to five days of leave per year per worker to take care of seriously ill or dependent relatives (Article 6).

It seems fair to say that this Directive, even if it has watered-down some of the crucial pay entitlements initially proposed by the Commission in its initiative, improves the existing rights and possibilities of millions of women and men in Europe to combine work with family life in many Member States, and as such could be expected to yield significant social (and possibly economic) benefits.

Directive 2019/1152 on Predictable and Transparent Working Conditions reinforces the rights already contained in the Written Statement Directive about the information the worker is entitled to receive in their employment contract by applying them to all workers irrespective of the form of their employment. It determines its scope of application by reference to national employment law but also taking into account the case law of the CJEU,²⁵ making it likely that the CJEU will confirm that it applies to all who meet the uniform EU law definition of 'worker': i.e. anyone who performs services under the direction of someone else for remuneration.²⁶ While the CJEU has traditionally excluded 'marginal and ancillary' work from this definition, the Directive makes it clear that in the case of zero-hours or other on-call contracts, no *de minimis* applies.²⁷ This is likely to bring

²⁴ See Barnard, 'EU Employment Law and the European Social Model: The Past, the Present and the Future' (2014) 67 *Current Legal Problems* 199.

²⁵ Article 1(2) determines that the Directive applies to every worker in the Union who has an employment contract or employment relationship as defined by the law, collective agreements or practice in force in each Member State with consideration to the case-law of the Court of Justice.

²⁶ Case 66/85, *Deborah Lawrie-Blum v Land Baden-Württemberg* ECLI:EU:C:1986:284.

²⁷ Article 1(3) states that Member States may decide not to apply the obligations in this Directive to workers who have an employment relationship in which their predetermined and actual working time is equal to or less than an average of three hours per week in a reference period of four consecutive weeks. Article 1(4) in turn stipulates that Paragraph 3 shall not apply to an employment relationship where no guaranteed amount of paid work is predetermined before the employment starts.

precisely those workers that find themselves in a particularly vulnerable contractual situation into the protective scope of the Directive.

In addition to the more procedural rights on receiving information in writing, the Directive introduces more important substantive elements of protection, defining core labour standards for all workers, particularly for the protection of atypical, casual forms of employment such as on-call work and zero-hours contracts. The Directive lays down a maximum duration for probation of six months (where a probation period is foreseen) in Article 8, the right to reference hours in which working hours may vary under very flexible contracts to allow some predictability of working time (Article 10), the prohibition of exclusivity clauses (Article 9), the right to request a new form of employment (and employer's obligation to reply) in Article 12, the right to training (Article 13), and strong enforcement mechanisms in relation to the rights provided, including a reversal of the burden of proof in cases of dismissal where the worker has exercised the rights provided for in the Directive (Article 18).

3. THE PILLAR AND THE EUROPEAN SOCIAL CHARTER

A. Clash of International and EU Law in the Area of Social Rights

The Pillar needs to be seen in the context of some tensions between the EU and international social law, including the ESC. As set out in more detail in other contributions to this volume, over the past ten years, before the launch of the Pillar, a number of important tensions emerged in the context of the austerity policy pursued in the economic crisis and in the context of the right to strike.²⁸

The EU's austerity policy, or, more particularly, the national reforms that had to be executed in countries in return for receiving financial assistance in accordance with Memorandums of Understanding signed by the Commission and the national government, have met the scrutiny of the European Committee of Social Rights.²⁹ On several occasions, the Committee has held that the national implementing measures infringed the European Social Charter. It upheld the complaint of Greek trade unions against the introduction of special 'apprenticeship contracts' for young workers, which provided for a minimum wage lower than the poverty line, did not provide three weeks' paid annual leave and did not mandate any type of training, as being contrary to Articles 4(1), 7(7), 10(2) and 12(3) of

²⁸ Rocca, 'Enemy at the (Flood) Gates: EU "Exceptionalism" in Recent Tensions with the International Protection of Social Rights' (2017) 7 *European Labour Law Journal* 55. See also, for a more extensive discussion of the issues raised in this section: Garben, 'The Problematic Interaction between EU and International Law in the Area of Social Rights' (2018) 7(1) *Cambridge International Law Journal* 77.

²⁹ The legal status of these instruments under EU law is unclear but even if they were to be considered EU norms, they would not be subject to the direct scrutiny of the European Committee of Social Rights, as the EU is not a signatory to these instruments. As such, it is only the compliance of the national measures implementing the Memoranda that can be brought under review. On the legal status of the Memoranda, see: Kilpatrick, 'Are the Bailouts Immune to EU Social Challenge Because They Are Not EU Law?' (2014) 10 *European Constitutional Law Review* 393, at 406.

the Charter.³⁰ It also upheld the complaint against compensation-free dismissal during a one-year trial period as in breach of Article 4(4)³¹ and against pension reforms.³² With regard to the argument of the Greek government that it had no choice as it was due to comply with the Memorandum, the Committee noted that ‘the fact that the contested provisions of domestic law seek to fulfil the requirements of other legal obligations does not remove them from the ambit of the Charter’.³³

It should be noted that not all the measures that were taken by the Greek government in the context of the Eurozone crisis and that were condemned by the European Committee of Social Rights were the direct ‘implementation’ of stipulations by the Troika in the Memorandums of Understanding. For instance, the first Memorandum of Understanding provided that Greece was ‘following dialogue with social partners, government to adopt legislation on minimum wages to introduces sub-minima for groups at risk such as the young and long term unemployed’, but it did not specifically require the adoption of the apprenticeship contract with its regressive terms, for which Greece was condemned by the Committee of Social Rights, as such.³⁴ Similarly, while the Memorandum did specify that Greece was to ‘extend the probationary period for new jobs to one year’, it did not require these to be without any protection against unjustified dismissal. This means that at least to a certain extent the fault lies with the Member States’ interpretation of the various norms. Nevertheless, in some cases, it would seem that the ‘creditors’ did not realistically leave much room for manoeuvre for the Greek government to comply with its conditionalities and still comply with international social norms. While these conditionalities do not constitute ‘EU law’ *stricto sensu*, a slightly thicker and less formalistic notion of political responsibility would include the EU’s (and particularly the European Commission’s) role in the formulation of these requirements. They may have lacked binding force, but the impending threat of bankruptcy would seem a more effective enforcement mechanism than any formal judicial proceedings could be. As such, this situation could be considered a *de facto* outright incompatibility between the EU legal/political order and the international one.

The more recent decision of the European Committee of Social Rights in *Greek General Confederation of Labour (GSEE) v Greece*³⁵ would seem to confirm this approach. It is noteworthy that the European Commission itself, in its observations presented in the case, seemed to accept a direct link between the Eurozone crisis measures and the disputed Greek

³⁰ *General Federation of Employees of the National Electric Power Corporation (GENOP-DEI) and Confederation of Greek Civil Servants’ Trade Unions (ADEDY) v Greece* (Complaint) European Committee of Social Rights No 66/2011.

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

³³ *Pensioners’ Union of the Athens-Piraeus Electric Railways (I.S.A.P.) v Greece* (Complaint) European Committee of Social Rights No 78/2012, p 10.

³⁴ Directorate-General for Economic and Financial Affairs, European Commission, *The Economic Adjustment Programme for Greece: Occasional Papers 61 May 2010* (European Union 2010) 80.

³⁵ *Greek General Confederation of Labour (GSEE) v Greece* (Complaint) European Committee of Social Rights No 111/2014, 23 March 2017.

legislation. The decision notes that the European Commission did not dispute that the legislation adopted between 2010 and 2014 in response to the economic and financial crisis has affected the rights guaranteed by the 1961 Charter and that the ‘legislation reflects the conditions laid down by the “Troika”’.³⁶ The European Committee of Social Rights considered that ‘the pressure of the creditor institutions was considerable by prescribing in such detail measures which affected notably the right to work, the minimum wage and working time for both adult and young workers, dismissal protection, information and consultation in the workplace and collective bargaining’ and that these measures ‘resulted in a dismantling of important parts of labour law and the employment system in Greece’.³⁷ This, more than in previous decisions, implicates the responsibility of the Troika.

A second problematic case of conflict has arisen in relation to the well-known and controversial judgments of the CJEU in *Viking* and *Laval*.³⁸ In those cases, the CJEU considered collective action undertaken by workers to protect their interests to be *a prima facie* restriction on companies’ free movement rights enshrined in the EU Treaties. While in *Viking*, the CJEU left it open to the national court to consider whether the restriction could be justified, in *Laval* it held that it could not. The CJEU did refer to the fundamental nature of the right to take collective action as recognized by the ESC but did not refer to the case law developed by the Committee of Social Rights. In response to the judgment, the Swedish government adopted the so-called *Lex Laval*, a package of measures to bring Swedish law into compliance with EU law. In response to the ensuing complaint, the European Committee of Social Rights stated that the facilitation of free cross-border movement of services and the promotion of the freedom of an employer or undertaking to provide services in the territory of other States— which constitute important and valuable economic freedoms within the framework of EU law—cannot be treated, from the point of view of the system of values, principles and fundamental rights embodied in the Charter, as having a greater a priori value than core labour rights, including the right to make use of collective action to demand further and better protection of the economic and social rights and interests of workers.³⁹

B. The Pillar as an Olive Branch and Catalyst

The Pillar does not specifically address or resolve either of these two conflicts, as it does not directly and specifically pertain to Euro-crisis governance or the qualification of collective action as a restriction of the internal market freedoms. It nevertheless deserves to be noticed that the Social Scoreboard does apply to the general framework of economic governance

³⁶ Ibid. at para 80.

³⁷ Ibid. at para 86.

³⁸ *International Transport Workers’ Federation and Finnish Seamen’s Union v Viking Line ABP and OÜ Viking Line Eesti* C-438/05, EU:C:2007:772; *Laval un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan and Svenska Elektrikerförbundet* C-341/05, EU:C:2007:809.

³⁹ *Swedish Trade Union Confederation (LO) and Swedish Confederation of Professional Employees (TCO) v Sweden* (Complaint) European Committee of Social Rights No 85/2012, 3 July 2013, at para 122.

(the European Semester), helping to further ‘socialize’ it,⁴⁰ and that the EU has revised the controversial Posting of Workers Directive which was at issue in the *Laval* case. There has been some ambiguity as to whether the revision of the Directive, to ensure the principle of ‘equal pay for equal work’, is considered part of the Pillar. The proposal was presented by the Commission in its ‘Mobility Package’ on the same day as the Pillar in its ‘Social Package’, but it did not seem to be conceptualized as a part of it. Of course, in overall terms, both the launch of the Pillar and the revised Posting Directive were part of former Commission President Juncker’s commitment to social values and to deliver on election promises made to ensure a ‘Social Triple A Rating’ for Europe. Accordingly, several stakeholders and politicians explicitly linked the Pillar and the revision of the Posting Directive,⁴¹ and this link is also underlined by the fact that the Council reached agreement on the Directive on the same day as it approved the Inter-Institutional Proclamation on the Pillar.⁴² The revised Directive has now been successfully adopted,⁴³ which takes away some of the social ‘sting’ of the *Laval* doctrine, by allowing more space for the imposition of national wage standards in the context of the temporary provision of labour across borders in the internal market. It does not however reconsider the balance between the right to strike and collective bargaining on the one hand and the EU economic freedoms, as maligned by the Committee.

Still, the Pillar should be seen as an attempt by the EU to quell the concerns that have arisen in relation to these conflicts and constitutes an important olive branch that the EU has extended to the Council of Europe (as well as the ILO). The Council of Europe’s Secretary-General published an Opinion on the Commission’s initiative to establish the Pillar, addressing it to the President of the European Commission, on 2 December 2016.⁴⁴ In his letter, after mentioning the increasing conflicts, the Secretary-General welcomed the Pillar to ‘help consolidate the synergy between the standard-setting systems that protect these fundamental rights across the continent to ensure that they are effectively implemented by the states concerned’. He also emphasized that legal certainty and coherence between European standard-setting systems protecting fundamental social rights needed to be promoted, ensuring that the European Social Charter, ‘the Social Constitution of Europe’, is central to the Pillar. Concretely, he recommended that ‘the provisions of the [Revised ESC] should

⁴⁰ Zeitlin and Vanhercke, ‘Socializing the European Semester? Economic Governance and Social Policy Coordination in Europe 2020’ (2014) *SIEPS Report*.

⁴¹ ‘[Social Pillar and Directive on Posted Workers: The Two Sides of the EU Social Policy?](#)’, *AEDH*, 25 October 2017, European Economic and Social Committee, Opinion on the Revision of the Posting of Workers Directive [2017] OJ C75/81.

⁴² See European Council, ‘[Posting of Workers: Council Reaches Agreement](#)’, 24 October 2017, European Council, ‘[Employment, Social Policy, Health and Consumer Affairs Council: Posting of Workers](#)’, 23 October 2017 [last accessed 24 September 2019].

⁴³ Directive 2018/957 amending Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services [2018] OJ L173/16.

⁴⁴ Opinion of the Secretary General of the council of Europe on the European Union Initiative to Establish a European Pillar of Human Rights, 2 December 2016, available at: rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806dd0bc [last accessed 17 January 2020].

be formally incorporated in the [Pillar] as a common benchmark for states in guaranteeing these rights’ and ‘the collective complaints procedure, based on the Additional Protocol to the [ESC], should be acknowledged by the [Pillar] for the contribution that it makes to the effective realization of the rights established in the Charter and to the strengthening of inclusive and participatory social democracies’.

His requests have not (yet) been met entirely. Still, the Pillar extensively engages with the international social *acquis* and the ESC specifically. The 2016 Staff Working Document on the EU social *acquis* accompanying the Commission’s initial consultation on a European Pillar of Social Rights devoted a subsection to ‘social rights and principles as laid down in international law’,⁴⁵ the 2017 Commission Communication establishing a Pillar of Social Rights stresses that ‘the Pillar takes direct inspiration from the existing wealth of good practices across Europe, and builds on the strong body of law which exists at EU and international level’ mentioning particularly the ESC (and the ILO),⁴⁶ and the preamble of the Inter-Institutional Proclamation references the ESC.⁴⁷ More concretely, in the 2018 Staff Working Document ‘Monitoring the Implementation of the European Pillar of Social Rights’, the specific Pillar principles are connected to relevant international law, and the Pillar is used as a catalyst for Member States’ engagement with these international measures. Most importantly, in relation to Principle 12 on Social Security, the Commission suggests that Members ratify/apply ‘the Revised European Social Charter, and may review the reservations made for some Articles of the revised European Social Charter’.⁴⁸ This approach, especially if extended in the future of the EPSR follow up process, may contribute to the full ratification of the ESC by all the EU Member States and could thereby significantly raise its profile and impact.

Indeed, it is argued here that making a contribution towards the full ratification of all provisions of both incarnations of the ESC by all EU Member States is, at this stage, the most important contribution that the EPSR could make to impact and stature of the ESC. Arguably, such full ratification constitutes the only really effective doorway to some of the other proposals that have been made to further raise the profile of the ESC in the European Union, such as using the EPSR follow-up to reference the interpretations given to the ESC by the European Committee of Social Rights, aligning the status of the ESC with that of other international human rights instruments in the case law of the CJEU, and using the ESC as an element in the EU’s impact assessments for new legislative initiatives.⁴⁹ The Member States’ uneven acceptance of the various ESC provisions and the collective complaint’s procedure greatly undermines the ESC’s claim for its rights - and the

⁴⁵ SWD [2016] 50 final.

⁴⁶ COM(2017) 250 final, at 6.

⁴⁷ Recitals 3 and 16.

⁴⁸ SWD [2018] 67 final, at 50.

⁴⁹ A recent study at the request of the Secretariat of the European Social Charter and the CoE-FRA-ENNHRI-Equinet Platform on Economic and Social Rights puts forward a number of concrete recommendations to strengthen the role of the ESC in the context of the EPSR. See de Schutter, ‘The European Pillar of Social Rights and the Role of the European Social Charter in the European Union Legal Order’ (Council of Europe, 2019).

Committee's interpretation thereof - to be accepted as general principles of EU law and to accord it a(n even) more prominent role. Of course, the EU legal framework already explicitly accommodates, and thus to a certain extent internalizes, international social instruments such as the ESC. The ESC is referenced in the preamble of the Treaty on European Union and Article 151 TFEU, and further mentioned in the preamble of the EU Charter of Fundamental Rights, which 'reaffirms' 'the rights as they result, ... from the Social Charters adopted by the ... Council of Europe'. Although the non-regression clause of Article 53 of the Charter only explicitly mentions the European Convention on Human Rights and not the ESC, the CJEU does refer to the ESC as well as the case law of the Committee of Social Rights as a source of inspiration for the interpretation of EU law.⁵⁰ This seems especially warranted where secondary EU law makes explicit reference to the ESC.⁵¹ For the EU legal order generally, and the CJEU specifically, to go further than this current accommodation, it would seem that an increased, if not full, uptake by the EU Member States would be crucial.

4. CONCLUDING REMARKS

The year 2020 brings a new Commission, which will have its own take on the importance and meaning of the European Pillar of Social Rights. While past achievements, such as the adoption of new social directives and the renewed prominence attached to the ESC, deserve to be recognized, there is still much untapped potential in the Pillar project. Apart from the important pending equality directives, the EPSR brings both scope and hope for the adoption of additional EU social measures, addressing the rise in atypical employment and precariousness, as well as for a stepped-up enforcement of the existing social *acquis*. Furthermore, it is to be hoped that the yearly monitoring of the implementation of the Pillar by the European Commission is continued, and that it will increasingly integrate the ESC, like other international instruments such as the ILO Conventions, into the assessment – encouraging the EU Member States to fully ratify both incarnations of the ESC. After the unfortunate divergence over the past decade, it can be hoped that the Pillar marks a return to the previous more respectful and fruitful interaction between these overlapping legal orders, which both have much to lose from conflict and to gain from collaboration.

All this is desirable from the perspective of a more social Europe, of course. But it also seems important from a democratic perspective. A robust and well-functioning democracy

⁵⁰ For the ESC, see *Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) v Tiziana Bruno and Massimo Pettini and Daniela Lotti and Clara Matteucci* C-395/08 and C-396/08, EU:C:2008:677, at para 31; RX-II *Réexamen European Commission v Guido Strack* C-579/12, EU:C:2013:570. See also Opinion of Advocate General Wahl in *Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis (AGET Iraklis) v Ypourgos Ergasias, Koinonikis Asfalisis kai Koinonikis Allilengyis* C-201/15, EU:C:2016:429, at para 60. For the Committee see recently Opinion of Advocate General Bobek in *Werner Fries v Lufthansa CityLine GmbH* C-190/16, EU:C:2017:225.

⁵¹ For example, Council Directive 2011/36/EU of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA [2011] OJ L101/1; Council Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 concerning the status of third-country nationals who are long-term residents [2004] OJ L16/44; Council Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification [2003] OJ L251/12.

needs, as a pre-condition, a certain level of social protection and equality. Without that, neither the process nor the outcome of majoritarian decision-making can be called either democratic or legitimate. That, arguably, is the primary function of constitutionalized social rights that condition the legislative process at national and European level. At the same time, it is arguably the *only* extent to which they should be constitutionalized ; the crucial but limited purpose for which they should be removed from the ordinary process of democratic decision-making. For it should be emphasized that socio-economic issues are the bread and butter of politics, are highly salient and that therefore sufficient space should be left for the people to determine concretely, in a particular place and time, what they consider to be the place of the market and the economy in society.⁵² This is part of the genius of the EPSR : it (re-)establishes the legislative process as the main instrument through which social rights – whether protected by virtue of EU, ESC or international law - are given concrete shape and reality. Above all, the Pillar has the potential, already partially realized, to empower the European legislator and to revive the use of the Social Policy Title in the TFEU and thereby the Community Method for social decision-making. That is a victory on both the social and the democratic front.

⁵² For a more extensive elaboration of this argument, see Garben, ‘The Principle of Legality and the EU’s Legitimacy as a Constitutional Democracy: A Research Agenda’ in Garben, Govaere and Nemitz, *Critical Reflections on Constitutional Democracy in the European Union* (2019). For these reasons, we should be equally, if not more, careful not to ‘over-constitutionalise’ economic freedoms, something which the EU arguably has done, not in the least with the *Laval* and *Viking* doctrine.

La Charte sociale valorisée par les juges nationaux: le rôle perturbateur des syndicats

Nicolas Moizard*

La Charte sociale européenne révisée est, comme d'autres textes supranationaux, invoquée de plus en plus fréquemment devant les juges nationaux¹. Cet appel à la Charte s'effectue dans un contexte particulier et est initié par des acteurs bien identifiés. Les organisations syndicales de salariés utilisent la Charte sociale dans une stratégie d'action globale contre des réformes socialement régressives dans les Etats parties². Les juges nationaux sont dans ce cas appelés à se prononcer sur la conventionalité de réformes émanant des pouvoirs publics, parfois adoptées à l'invitation d'organisations internationales (FMI, Union européenne, Banque Mondiale...). Les institutions européennes et internationales se trouvent dans une position schizophrénique. Elles sont à la fois commanditaires de réformes portant atteinte aux droits sociaux et produisent des textes proclamant des droits sociaux ou imposant aux Etats un filet de protection minimale, comme c'est le cas de l'Union européenne. Les recours devant les juges nationaux deviennent alors l'un des moyens de contrer les réformes nationales, de façon concomitante avec d'autres modes d'action collective (grèves, manifestations, pétitions, coalitions, boycott...), ou de recours devant d'autres juges ou comités (Organisation Internationale du travail, Cour de Justice de l'Union européenne, Cour européenne des droits de l'Homme...)³.

Le mouvement syndical tente de s'adapter à la globalisation de l'économie dans un jeu d'alliances et de coalitions de syndicats locaux, nationaux et internationaux dans un combat qui tous azimuts qui ne se limite plus aux Etats mais vise de plus en plus les firmes multinationales⁴. Il n'est alors pas surprenant que cette lutte prenne aussi la forme de l'action en justice qui est l'« un des principaux leviers d'action des syndicats »⁵. Ces actions ne visent pas seulement à avoir un effet massif de résistance face aux reculs des droits sociaux. Elles entendent également faire naître des convergences sur l'interprétation des droits sociaux entre les différents organes, ce que certains désignent comme un

* Professeur à l'Université de Strasbourg, UMR DRES 7354, équipe de droit social, Directeur de l'Institut du travail.

¹ J.-F. Akandji-Kombé, « Le droit social : droit national, européen ou international ? », in Ph. Waquet (dir), *13 paradoxes en droit du travail*, Lamy, 2012, *spéc.* p. 181.

² L. Israël, *L'arme du droit*, Les Presses de SciencesPo, 2009, 137 p., *spéc.* p. 95.

³ Les usages du droit et de la justice émanent aussi au niveau européen de la Confédération européenne des syndicats. Voir aussi J. Louis, *La Confédération européenne des syndicats à l'épreuve du droit et de la justice*, *Genèse, usages et limites d'un mode d'action syndicale en faveur de l'Europe sociale*, H. Michel (dir.), thèse de Science politique, Université de Strasbourg, 12 décembre 2019, 775 p..

⁴ Voir C. Lévesque and G. Murray, « Local Union Strategies in Cross-Border Alliances, From Defensive Isolation to Proactive Solidarity », *Labor Studies Journal*, vol. 35, n° 2, juin 2010, p. 222 ; M. Corpet, « faire progresser le droit. Un enjeu des alliances entre syndicats et ONG contre l'impunité des multinationales », *Mouvements*, n° 95, 2018, p. 42.

⁵ Voir P. Lockiec (*Droit du travail, Tome II Les relations collectives de travail*, PUF, Thémis droit, 2011, n° 30) qui évoque l'action en justice au nom de l'intérêt collectif de la profession.

phénomène de « fertilisation croisée » entre les divers instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme »⁶. Les textes y incitent parfois⁷. L'exemple le plus significatif est le souhait que la Cour de Justice de l'Union européenne s'inspire de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme et des décisions du comité européen des droits sociaux pour rééquilibrer le poids de l'action collective face aux libertés économiques. Outre cette articulation progressiste entre les textes, les syndicats recherchent une consolidation des droits sociaux pour que ceux-ci aient une signification de plus en plus précise et concrète.

Cet usage des textes internationaux perturbe l'ordonnement habituel de ces normes. Il s'agit parfois de les éprouver dans des litiges nationaux opposant l'employeur et le salarié. Les normes internationales doivent alors être extraites des procédures qu'elles prévoient. Le débat en France porte surtout sur l'application de l'article 24 de la Charte sociale européenne. Cette dernière disposition serait le fondement, en combinaison avec d'autres normes, de l'inconventionnalité de la nouvelle fourchette d'indemnisation d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse introduite par les réformes de septembre 2017. S'agissant de la Charte sociale européenne, cela impose de ne pas la cloisonner dans ses mécanismes internes de contrôle (I). Une fois admise cette ouverture, les organisations syndicales mobilisent en justice de la Charte sociale devant les juridictions nationales et l'intègrent à leurs revendications (II).

Partie I - Décloisonner la Charte

Pour que les juges fondent leurs décisions sur la Charte sociale, il est nécessaire de ne pas l'enfermer dans ses mécanismes de contrôle. Cette interprétation de la Charte sociale devant les juridictions nationales ne va pas de soi. Pour certains, les engagements souscrits par les Etats parties sont uniquement de nature interétatique et les Etats ont prévu un périmètre précis à la Charte sociale au sein du Conseil de l'Europe⁹. Ils se réfèrent à l'Annexe de la Charte qui dispose que « la Charte contient des engagements juridiques de caractère international dont l'application est soumise au seul contrôle visé par la

⁶ Voir J.-Fr. Flauss, « Les interactions normatives entre les instruments européens relatifs à la protection des droits sociaux », *L.P.A.*, 26 juillet 2001, no 148, p. 9; S. Robin-Olivier et P. Rémy, « Les migrations jurisprudentielles, facteurs de développement du droit international du travail ? », in M.-A. Moreau, H. Muir Watt et P. Rodière (dir.), *Justice et mondialisation en droit du travail, du rôle du juge aux conflits alternatifs*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, p. 65.

⁷ Voir par ex. les dispositions finales de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui articulent celle-ci avec la Convention européenne des droits de l'homme (art. 52, par. 3) et plus généralement avec tous les textes internationaux auxquels sont parties l'Union, la Communauté et tous les Etats membres (art. 53).

⁸ Voir not. S. Laulom, « Le Comité européen des droits sociaux condamne la jurisprudence Laval », *Sem. soc. Lamy*, 2014, no 1616, p. 5; K. Chatzilaou, « La réponse du Comité européen des droits sociaux aux arrêts Viking et Laval », *RDT*, 2014, p. 160 ; notre contribution, « Le droit d'action collective en droit de l'Union après la décision LO et TCO du comité européen des droits sociaux », *RTDH*, 2015, n° 103, p. 603.

⁹ A rapp. de A. Gardin et J.-P. Lhernould qui estiment que « s'il n'existe pas de hiérarchie entre conventions internationales, leur influence ne saurait se valoir lors du délicat travail de conciliation des droits qu'elles consacrent » (« Le barème d'indemnisation du licenciement face au droit européen et international. Le cœur et la raison », *RJS* 5/19, p. 353).

Partie IV »¹⁰. Cela signifie que la Charte est soumise au seul contrôle du Comité européen des droits sociaux (CEDS) dans le cadre de la procédure sur rapports et, pour les Etats qui l'ont accepté, du système de réclamations collectives. Ces mécanismes de contrôle se sont en effet considérablement développés depuis que le système des réclamations collectives a été instauré. Les syndicats ont là une voie d'accès devant le CEDS et il ne serait pas possible d'invoquer la Charte sociale par d'autres moyens.

Une autre critique est émise à l'encontre de cette mobilisation de la Charte sociale devant les juges nationaux. Une instrumentalisation de la Charte sociale risquerait de mettre à mal les équilibres fragiles au sein du Conseil de l'Europe. Tous les Etats parties ne seraient pas prêts politiquement et culturellement à accepter une invocabilité élargie des droits sociaux contenus dans la Charte. Mieux vaudrait une portée limitée de la Charte sociale qu'un emballement de l'ensemble. Les difficultés au sein de l'OIT montreraient l'exemple à ne pas suivre. Les Etats parties ont pris des engagements précis et freineraient tout développement de la Charte si celle-ci était conçue comme une arme contre des réformes nationales votées démocratiquement. Les mêmes critiques sont faites à l'égard de la Cour européenne des droits de l'Homme lorsqu'elle mobilise des articles de la Charte sociale à l'encontre d'Etats parties qui n'ont pas adhéré à ces dispositions¹¹.

Cependant, l'existence de systèmes internes de contrôle propres à chaque instrument international n'a jamais signifié l'interdiction pour les juges nationaux de mobiliser eux-mêmes ces normes¹². S'agissant de la Charte sociale, comme l'estime le Professeur Olivier de Schutter, membre du Comité des Droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies, « cela signifie simplement que les Etats s'engagent à se soumettre au contrôle du Comité européen des Droits sociaux, ne soumettent pas leurs différends à d'autres instances internationales de règlement de litiges et acceptent que la Charte sera surveillée à travers les mécanismes qu'elle définit pour son suivi. Ce n'est pas une interdiction au juge national de prendre appui sur la Charte, d'en tenir compte et d'en faire application dans les litiges qui sont portés devant les juridictions nationales ». Compte tenu de l'extension du contrôle des juges sur le fondement des textes internationaux, il n'est plus admissible d'affirmer qu'un texte qui reconnaît des droits sociaux fondamentaux est dépourvu de justiciabilité¹³. Dans le préambule de sa version révisée, la Charte sociale européenne rappelle en ce sens, « la nécessité de préserver le caractère indivisible de tous les droits de l'homme, qu'ils soient civils, politiques, économiques, sociaux ou culturels ».

¹⁰ Partie III de l'Annexe de la Charte sociale européenne révisée (CSER).

¹¹ CourEDH, GC, 12 nov. 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, n° 34503/97 : J.-F. Renucci et c. Birsan, *D.* 2007, p. 410.

¹² Voir en ce sens, O. de Schutter, dans une intervention intitulée « La prise en compte de la Charte sociale européenne au niveau national (par les parlements, les gouvernements, et les juridictions) » lors d'un séminaire ayant pour thème « [Charte Sociale Européenne : le Processus de Turin](#) », Strasbourg, 4 décembre 2014, p. 18 et s. [dernière consultation le 15 mars 2020].

¹³ Voir S. Grevisse, « Le renouveau de la Charte sociale européenne », *Dr. soc.* 2000, p. 887 ; J.-M. Belorgey, « La Charte sociale du Conseil de l'Europe et son organe de régulation : le Comité européen des droits sociaux », *RDSS*, 2007, p. 237.

La « valorisation » de la Charte sociale interroge d'emblée sur sa portée devant les juges nationaux. L'usage de la Charte sociale à ce niveau connaît des limites classiques tenant à la connaissance de ce texte et de la diffusion de la jurisprudence des décisions du Comité européen des droits sociaux. Cela nécessite également de dépasser une vision programmatique des droits sociaux, confortée par le caractère optionnel sur certains aspects de la Charte. Pour la partie II, la Charte permet en effet aux Etats parties de limiter leur engagement à un certain nombre d'articles¹⁴. Tout dépend alors de la sélection des Etats. Un Etat peut retenir un article de la Charte qui ne fait pas explicitement partie de cette liste de dispositions dans lesquelles il doit faire ce choix. Cet article de la Charte s'impose alors de la même façon que les autres dispositions, en application du principe de l'exécution de bonne foi des engagements internationaux¹⁵. Ceci vaut pour la France pour qui la Charte est un tout indivisible¹⁶.

Les intitulés normatifs de la Charte sociale sont parfois équivalents à ceux d'autres textes internationaux. Cette proximité est délibérée et souvent explicitée dans les travaux préparatoires. C'est le cas de l'article 24 de la Charte sociale européenne, sur la protection en cas de licenciement, qui a fait son entrée au moment de la révision de la Charte, et qui trouve son inspiration dans l'article 10 de la Convention 158 de l'OIT. Il serait incohérent de donner des effets et des interprétations distincts à ces deux normes internationales contenant le même énoncé¹⁷.

L'usage par les juges nationaux de la Charte sociale pourrait donner lieu à des interprétations régressives, si celles-ci se faisaient indépendamment du contexte institutionnel de la Charte. L'enjeu principal lié à l'effet direct de la Charte sociale est l'autorité donnée aux décisions du Comité européen des droits sociaux, qui n'est pas une juridiction¹⁸. Or, le juge national ne serait pas toujours enclin à reprendre les décisions du CEDS¹⁹. Mais la prise en considération de ces décisions ne suppose pas nécessairement que les juridictions nationales attribuent un effet direct aux articles de la Charte sociale²⁰. En droit du travail français, l'exemple des conventions de forfaits jours sur l'année pour

¹⁴ Art. A (engagements), par. 1, c, Partie III, CSER.

¹⁵ Article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 : « Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi. »

¹⁶ Voir C. Nivard, « La contribution de la France à la Charte sociale européenne », *Droits fondamentaux*, n° 15, janvier-décembre 2017.

¹⁷ Voir J. Mouly, « Qui a peur du Comité européen des droits sociaux ? (À propos des avis de la Cour de cassation du 17 juillet 2019 relatifs au barème Macron) », *Dr. soc.* 2019, p. 814 ; C. Nivard, « L'obscur clarté du rejet de l'effet direct de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée », *Dr. soc.*, 2019, p.792.

¹⁸ A rapp. de J.-P. Marguénaud (RDT 2019) qui soulève aussi l'enjeu de préserver le droit du travail « du déferlement du contrôle de proportionnalité *in concreto* ».

¹⁹ Voir en ce sens, M. Schmitt qui observe, s'agissant de l'obligation du juge national de se référer et de suivre l'interprétation donnée par les organes de contrôle internes aux normes internationales, que « la réponse semble relever de la seule compétence des Etats » (« Les avis d'assemblée plénière du 17 juillet 2019 ou l'occasion manquée d'une (re)conceptualisation du contrôle de conventionnalité », *RDT*, 2019, p. 699) ; J. Mouly, *Dr. soc.* 2019, préc. ; J. Icard, *Sem. Soc. Lamy*, 2019, préc..

²⁰ Voir en ce sens, J.-P. Marguénaud, « Le barème d'indemnisation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse sauvé dans la confusion des sources européennes du droit social », *RDT*, 2019, p. 693.

calculer la durée du travail des cadres montre toutes les ressources de la chambre sociale de la Cour de cassation pour s'inspirer partiellement des décisions du CEDS sans se prononcer clairement sur la valeur de la Charte²¹.

La question technique de l'invocabilité de la Charte sociale européenne révisée devant les juridictions nationales est ravivée par l'usage syndical de cet instrument.

Partie 2 - La mobilisation syndicale de la Charte

Les syndicats incluent les réclamations devant le CEDS dans leur action. Une violation de la Charte sociale constatée par le CEDS est utilisée par les syndicats devant les juges nationaux et les pouvoirs publics pour réclamer un retrait des réformes qu'ils dénoncent. Une décision favorable du CEDS sera ensuite mise en avant par les syndicats nationaux dans les litiges portés devant les juridictions nationales. Le contexte général d'atteinte aux droits sociaux permet d'ailleurs à des syndicats d'utiliser des décisions du CEDS concernant d'autres droits nationaux que le leur²².

En France, la lutte contre le « barème Macron » relatif à l'indemnisation des licenciements injustifiés est une bonne illustration de cette mobilisation. Depuis l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017²³, le Code du travail fixe des montants minimaux et maximaux d'indemnisation qui varient en fonction de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise²⁴. Un groupe de travail interne à la commission sociale du syndicat des avocats de France (SAF), en collaboration avec des avocats au Conseil et des professeurs d'Université, a élaboré un « argumentaire » contre le plafonnement des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse²⁵. Cet argumentaire a été modifié à plusieurs reprises pour tenir compte des décisions de justice. Il entend mobiliser deux textes supranationaux, l'article 10 de la convention n° 158 de l'OIT et l'article 24 de la Charte sociale européenne. Les différentes versions de cet argumentaire ont été mises en lignes sur le site internet du SAF et publiées dans la revue *Droit ouvrier*, revue juridique de la Confédération générale du travail²⁶. Le texte de la quatrième version du 15 novembre 2019 indique en introduction qu'il « précise et complète encore les moyens juridiques démontrant l'inconventionnalité du plafond

²¹ Cass. Soc. 29 juin 2011, n° 09-71.107, FS-PBRI, *Bull. civ.* n° 181. La Cour de cassation ne se réfère pas aux nombreuses décisions du Comité européen des droits sociaux constatant la violation de la Charte sociale sur ce point, et mentionne la CSER via la référence qui en est faite dans le Traité de fonctionnement de l'Union européenne. Voir J.-F. Akandji-Kombe, « Réflexions sur l'efficacité de la Charte sociale européenne : à propos de la décision du Comité européen des droits sociaux du 23 juin 2010 », *RDT*, 2011, p. 233.

²² C'est le cas du combat judiciaire contre le barème Macron où les syndicats français se prévalent de la décision *Finnish Society of Social Rights c. Finlande*, du 8 septembre 2016, Réclamation n° 106/2014.

²³ Voir l'art. L 1235-3 du Code du travail. L'ordonnance n° 2017-1387 a été ratifiée par la loi n° 2008-217 du 29 mars 2018.

²⁴ L'indemnité minimale varie également selon que le salarié licencié appartient à une entreprise employant habituellement moins de 11 salariés ou, au contraire, de 11 et plus.

²⁵ A rapp. de L. Israël, « Le droit mis au service de causes politiques. Un détour par le *cause lawyering*, un modèle d'origine nord-américaine », in E. Dockès (dir.), *Au cœur des combats juridiques, pensées et témoignages de juristes engagés*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, Actes, 2007, p. 8.

²⁶ Le numéro de janvier 2020 de *Droit ouvrier* (p. 22 et s.) publie la 4^{ème} version de cet argumentaire.

d'indemnisation. Chacun est libre de s'inspirer de cet argumentaire, voire de le copier dans ses écritures afin de poursuivre le combat judiciaire contre cette disposition inique ». Les juridictions du fond ne s'en sont pas privées. Elles ont repris parfois en partie cet argumentaire, donnant dans certains jugements un effet différent selon les textes ou s'appropriant certaines notions comme celle de la « réparation adéquate ». Les Conseils de prud'hommes ont donné une diffusion sans doute inégalée dans son importance aux normes internationales, et spécialement à la Charte sociale européenne²⁷. Elles se sont livrées à une interprétation vivante. Celle-ci a été dénoncée par le Ministère du travail qui a mis en cause la formation des conseillers prud'hommes²⁸. Là est peut-être aussi la source de l'irritation de beaucoup. Les organisations syndicales ont-elles-mêmes conçu ou diffusé des argumentaires qui ont été repris par les conseillers prud'hommes. Or, les conseillers prud'hommes sont des juges non professionnels répartis dans deux collèges « salariés » et « employeurs ».

Depuis l'ordonnance n° 2016-388 du 31 mars 2016, les juges sont nommés par arrêté conjoint des ministres de la Justice et du Travail, sur proposition des organisations syndicales de salariés et professionnelle d'employeurs, après mesure de leur audience, recueillie dans le cadre de la mise en œuvre de la représentativité syndicale et patronale. Il convient de constater d'emblée que l'inconventionnalité du barème décidée par une juridiction prud'homale a nécessité un accord entre les conseillers employeurs et salariés²⁹. Une convergence de vue s'est probablement installée sur un risque de dépossession du rôle du juge sur sa marge d'appréciation dans la réparation d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Derrière les critiques faites à l'égard du niveau de formation des conseillers, il se fait parfois une mise en cause de la partialité des juges et de leurs liens avec leurs organisations syndicales de rattachement³⁰. Si la formation initiale des conseillers prud'hommes est désormais commune aux deux collèges et assurée par l'École nationale de la magistrature, la formation continue est assurée par des organismes de formation

²⁷ L'un des symboles de cet usage est bien sûr une décision du 20 février 2006 du Conseil de prud'hommes de Longjumeau qui a abouti par la suite à l'invalidation du Contrat nouvelles embauches par la chambre sociale de la Cour de cassation sur le fondement de la Convention n° 158 de l'OIT. V. E. Dockès, « Du CNE au CPE, après le jugement du Conseil des prud'hommes de Longjumeau », *Dr. soc.* 2006, p. 356; Cass. Soc. 1^{er} juill. 2008, n° 07-44.124, *Bull. civ.* V, n° 146 ; S. Maillard, *D.* 2008, p. 1986; *RDT*, 2008, p. 504, avis J. Duplat ; J.-M. Servais, « L'application par la France de la Convention de l'OIT », n° 158, *RDT*, 2008, p. 196.

²⁸ Voir *Le Monde* du 6 janvier 2019. Le président et le vice-président du CPH de Troyes avaient écrit à la Ministre du travail et à la Ministre de la Justice « pour rappeler à l'ordre, voire à la loi, les responsables de ces dérives ».

²⁹ Le Medef, la CPME et l'Union des entreprises de proximité (U2P) ont cherché à savoir qui étaient ces juges issus du monde patronal dont les choix ont déplu puisqu'ils ont fait obstacle à une mesure réclamée par les mouvements d'employeurs. Voir *Le Monde* du 1^{er} avril 2019.

³⁰ Sur cette question, la chambre sociale de la Cour de cassation (Cass. Soc. 19 déc. 2003 ; note M. Keller, *D.* 2004, p. 1688) semble estimer que la juridiction prud'homale est compatible avec l'article 6 par. 1 Convention. Sur la position de la CourEDH concernant la juridiction du travail suédoise, v. CourEDH, 26 octobre 2004, *Kurt Kellermann AB c. Suède*, section IV, n° 41579/98 ; J.-P. Marguénaud et J. Mouly, « L'impartialité des juridictions du travail devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *Dr. soc.*, 2005, p. 803. V. Th. Pasquier, « Neutralité et impartialité devant le conseil des prud'hommes », *RDT*, 2015, p. 275.

internes aux syndicats et par d'autres organismes agréés, comme les instituts du travail³¹. Les organisations syndicales représentatives qui désignent des conseillers prud'hommes intègrent la formation de leurs conseillers dans un parcours de formation et la conçoivent comme une formation syndicale.

Les réformes nationales ayant des motivations communes, ces décisions judiciaires circulent ensuite parmi les réseaux juridiques nationaux et européens proches des syndicats. Il s'agit d'aider à créer des interprétations convergentes freinant les régressions sociales. Le juge national serait « instrumentalisé » par les syndicats *via* la Charte sociale. Ce serait pour certains entrer dans le jeu des acteurs sociaux, facteur d'instabilité. L'acteur syndical perturberait alors l'ordonnancement juridique. Il souhaiterait que l'Etat applique les décisions du CEDS sans que le comité des Ministres du Conseil de l'Europe ait adressé une recommandation à l'Etat partie. Il donnerait ainsi trop d'effets à une décision d'experts et déformerait un instrument destiné à rester de la *soft law*.

Le syndicat est pourtant dans son rôle. La Charte sociale et les décisions du CEDS s'intègrent aux revendications syndicales. L'arme du droit appartient de longue date à sa stratégie. Elle ne fait pas toujours l'unanimité au sein du mouvement syndical, face à d'autres moyens de lutte plus traditionnels. Par ailleurs, certains syndicats estiment qu'utiliser les normes juridiques est une façon de les accepter. L'usage des sources supranationales n'est d'ailleurs pas toujours couronné de succès et peut même aboutir à une interprétation régressive³². Les fondements et les instances retenus pour former les recours ont ainsi toute leur importance. Il serait surprenant de refuser ce moyen de contestation aux syndicats, si l'on tient compte de l'importance donnée à la liberté syndicale par la Cour européenne des droits de l'Homme sur le fondement de l'article 11 de la Convention³³. Les syndicats prennent au sérieux les normes supranationales et s'en servent comme outil à l'action collective. Qui pourrait le leur reprocher ? Pour tenir compte du changement des lieux de décision publics et privés, ils ont dû s'organiser à un niveau européen et international, parfois même de façon souple, sous la forme d'alliances internationales ponctuelles. Devant le recul généralisé des droits sociaux dans les politiques publiques nationales, il est compréhensible que les syndicats se tournent vers la Charte

³¹ Voir Lacoste-Mary, N. Maggy-Germain, « La place des instituts du travail dans la formation prud'homale : contribution à la constitution d'une université ouverte », *Dr. soc.*, 2017, p. 594.

³² L'exemple caractéristique est celui de l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, relatif à l'information et à la consultation des travailleurs, pour lequel la CJUE a refusé d'attribuer un effet direct horizontal (v. CJUE, 15 janvier 2014, AMS, C-176/12 ; J. Louis, « « Qui perd gagne ! ». L'affaire « AMS c. CGT » : recours à la justice et passage à l'Europe d'un conflit syndical », *Politix*, 2017/2, n° 118, p. 29. Plus généralement sur le risque d'une interprétation régressive, v. notre étude, « The risks of invoking fundamental social rights », *European labour law journal*, 2014, vol. 5, n° 3-4, pp. 322-333.

³³ Voir CourEDH, GC, 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, para 98 à 107 ; J.-P. Marguénaud et J. Mouly, « L'avènement d'une Cour européenne des droits sociaux (à propos de CourEDH, 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*) », *D.* 2009, p. 739 ; Fr. Sudre, « La réécriture de la Convention par la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges Jean-Paul Costa*, Dalloz, Paris, 2011, p. 597 ; P. Wachsmann, « Réflexions sur l'interprétation 'globalisante' de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges Jean-Paul Costa*, préc., p. 667.

sociale. Il est naturel que les organisations syndicales utilisent des interprétations issues d'organismes qui comme la Charte, ont pour objet exclusif de proclamer des droits sociaux. Dans certaines organisations, comme l'OIT, les syndicats participent à l'élaboration de la norme. S'agissant de la Charte sociale européenne, la procédure de réclamations collectives a attiré davantage l'attention des syndicats sur le CEDS et il est logique ensuite que les décisions de celui-ci prennent leur place dans un combat syndical et judiciaire. Certes, parfois, cela passe par des revendications allant au-delà des obligations juridiques des Etats. Ainsi, les organisations syndicales peuvent demander aux autorités publiques de se mettre en conformité avec une décision du CEDS. C'est ce qui correspond à une revendication ayant par nature pour finalité de faire évoluer l'état du droit positif.

Le rôle des juges nationaux dans l'application de la Charte sociale européenne en France

Carole Nivard*

Au sein du Conseil de l'Europe, la France fait figure de bonne élève au regard du système de la Charte sociale européenne. De fait, ses représentants ont participé activement à la rédaction de la Charte sociale européenne du 18 octobre 1961, qu'elle a été le neuvième Etat à ratifier en 1973¹. Par la suite, elle a pris part à la rédaction de la Charte sociale européenne révisée du 3 mai 1996, dont elle a accepté l'ensemble des dispositions², et qu'elle a ratifiée en 1999 de même que le Protocole additionnel de 1995 prévoyant un système de réclamations collectives³.

Pourtant au sein de l'ordre juridique interne français, la Charte sociale européenne a eu très peu de retentissement. Elle est demeurée longtemps totalement méconnue alors même que la Convention européenne des droits de l'homme, pourtant ratifiée ultérieurement⁴, connaissait un succès fulgurant à partir du début des années 1980⁵.

Plusieurs motifs peuvent être avancés pour expliquer cette ignorance de la Charte. Tout d'abord, la protection offerte par ce traité a suscité peu d'intérêt dans la mesure où le droit interne était perçu comme pleinement conforme à la Charte, voire plus exigeant à divers égards⁶. Ensuite, les conclusions du Comité d'experts indépendants ont été longtemps

* Maître de conférences de droit public à l'Université de Rouen.

¹ La ratification a été rendue possible par l'adoption de la loi n° 72-1205 du 23 décembre 1972 autorisant l'approbation de la Charte sociale européenne, mais la France n'a déposé son document d'approbation au secrétariat général du Conseil de l'Europe que le 9 mars 1973 et ne se trouve formellement engagée que depuis le 8 avril 1973. Par ailleurs, la Charte n'est devenue contraignante dans l'ordre juridique français qu'en 1974 à la suite de sa publication par le décret n° 74-840 du 4 octobre 1974 portant publication de la Charte européenne sociale.

² Elle est à l'heure actuelle le seul Etat partie, avec le Portugal, à avoir accepté tous les articles de la Charte.

³ Ratifications autorisées par la loi n° 99-174 du 10 mars 1999 autorisant l'approbation de la Charte sociale européenne (révisée) et la loi n° 99-173 du 10 mars 1999 autorisant l'approbation du protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives. Le dépôt des instruments d'approbation auprès du Conseil de l'Europe date du 7 mai 1999 (entrée en vigueur au 1^{er} juillet 2000). Enfin, la publication de ces traités résulte du décret n° 2000-111 du 4 février 2000 portant publication du protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives ainsi que du décret n° 2000-110 du 4 février 2000 portant publication de la Charte sociale européenne (révisée).

⁴ Cf. Loi n° 73-1227 du 31 décembre 1973 autorisant la ratification de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de ses protocoles additionnels nos 1, et 5 4 ,3 et Décret n° 74-360 du 3 mai 1974 portant publication de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de ses protocoles additionnels nos 1, 3, 4 et 5, ainsi que des déclarations et réserves qui ont été formulées par le Gouvernement de la République française lors de la ratification.

⁵ Ce qui se traduit par une augmentation exponentielle du nombre d'arrêtés présentant un moyen de contrariété avec la Convention.

⁶ Voir les débats parlementaires lors de la ratification de la Charte de 1961 : Compte rendu de la séance du 12 décembre 1972 de l'Assemblée nationale, JORF, 1972-1973, N° 112 A. N., 13 décembre 1972, p. 6079 ; Compte rendu de la séance du 20 décembre 1972 du Sénat, JORF, 1972-1973, N° 81 S., 21 décembre 1972, p. 3304.

négligées en raison du caractère non juridictionnel de cet organe et de son autorité affaiblie par l'intervention des organes politiques du Conseil de l'Europe dans le processus de monitoring.

Or cette méconnaissance transparaît également en justice, devant les prétoires des juges internes, qui ne se sont quasiment pas saisis de la Charte sociale européenne, ce qui affecte indubitablement l'effectivité de ce traité dans l'ordre juridique français.

Ce silence est le fait des requérants en premier lieu. Ainsi, le moyen de la violation de la Charte n'a été quasiment pas soulevé devant la Cour de cassation avant 2010⁷. En second lieu, il s'explique du fait des juges eux-mêmes qui n'ont pas toujours répondu au moyen d'inconventionnalité. Il faut ainsi attendre un arrêt du 14 avril 2010⁸ pour que la Cour de cassation statue pour la première fois explicitement sur le moyen de non-conformité à la Charte.

Pour autant, une évolution au sein de la jurisprudence est clairement perceptible ces dix dernières années et traduit plus ouverture à l'égard de la Charte. Pourquoi un tel changement ? Il nous semble découler d'un double mouvement. D'une part, on peut y voir l'effet du processus de « relance » de la Charte qui a abouti, au début des années 1990, à l'adoption de la Charte sociale européenne révisée ainsi qu'à la mise en place du système de réclamations collectives. Cette dernière procédure a donné lieu à l'adoption de décisions du Comité européen des droits sociaux (antérieurement « Comité d'experts indépendants ») qui ont marqué par leur audace et leur caractère stimulant⁹. Il en a résulté une visibilité accrue du système de la Charte. Une seconde explication réside, d'autre part, dans la conjoncture économique et sociale récente. A la faveur des crises économique et des finances publiques, des politiques de détricotage des droits du travail nationaux ainsi que des « acquis » de l'Etat providence, ont pu être menées. Cette remise en cause des législations sociales a paradoxalement mis en valeur le niveau de protection de la Charte (et, de façon plus générale, de celle des traités internationaux du travail et de consécration des droits sociaux). Les acteurs de défense des droits sociaux ont ainsi intégré la Charte sociale européenne et son système de contrôle dans leur stratégie d'action, notamment judiciaire.

Ce mouvement demeure néanmoins timide pour le moment. La justiciabilité de la Charte sociale européenne s'avère ainsi toujours embryonnaire devant les juges français **(I)**. Une amplification du mouvement est cependant possible si les juges acceptent de donner une pleine effectivité à ce traité **(II)**.

⁷ A notre connaissance, entre 1996 et 2010, seuls sept arrêts font état d'un moyen invoquant la Charte.

⁸ Cass., soc., 14 avril 2010, *Sté SDMO Industries*, n° 09-60426 et 09-60429.

⁹ J.-P. Marguénaud et J. Mouly, « Le Comité EDS : un laboratoire d'idées sociales méconnu », *RDP*, 2011, p. 685.

Partie I – Une justiciabilité encore embryonnaire de la Charte sociale européenne

Si la justiciabilité de la Charte sociale européenne n'est encore que faiblement admise, c'est que les juges français éprouvent une certaine réticence à admettre l'invocabilité des dispositions de la Charte devant eux (A). Cette réticence nous semble pourtant discutable (B).

A. Une réticence persistante des juges français

Toute justiciabilité a été longtemps déniée à la Charte sociale européenne. En effet, jusqu'au début des années 2010, l'invocabilité de ce traité a été quasi systématiquement rejetée ou son appréciation éludée devant le juge administratif¹⁰. Devant le juge judiciaire, les quelques arrêts pour lesquels la Charte sociale européenne était invoquée, soit ne répondaient pas explicitement au moyen¹¹, soit ont semblé rejeter implicitement son application directe¹².

Cette situation a cependant évolué récemment dans le sens d'une plus grande ouverture, même si celle-ci demeure pour l'heure très prudente et ne semble pas encore stabilisée. En effet, la justiciabilité de la Charte est désormais admise devant le juge administratif. Plus précisément, le Conseil d'Etat a reconnu pour la première fois l'effet direct d'une disposition de la Charte par un arrêt *Fischer* du 10 février 2014¹³. Un tel revirement de jurisprudence a clairement été rendu possible par l'adoption de l'arrêt *Gisti et Fapil* deux ans auparavant¹⁴. Par ce dernier arrêt, l'Assemblée du Conseil d'Etat est venue fixer le régime de l'invocabilité des sources internationales devant le juge administratif. Elle a ainsi posé que seules les sources d'effet direct étaient invocables à l'encontre d'un acte administratif ou d'une loi contraire, puis précisé les critères subjectif et objectif¹⁵ de détermination d'un tel effet direct. Elle a notamment spécifié que l'absence d'effet direct « ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les États parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit ». Or, ce critère « rédactionnel » était justement un des arguments traditionnellement opposés à la reconnaissance d'un effet direct de la

¹⁰ Voir CE, 20 avril 1984, *Valton et Crépeaux*, n° 37772 et 37774. Cf. C. Nivard, « L'effet direct de la Charte sociale européenne devant les juridictions suprêmes françaises », *RDLF*, 2012, chron. n° 28.

¹¹ Cass., crim., 12 novembre 2009, n° 09-82.017 ; Cass., soc., 27 juin 2007, n° 06-42.084 ; Cass., com., 6 février 2007, 05-11.246 ; Cass., soc., 12 février 2002, n° 99-44.567 ; Cass., soc., 24 janvier 2002, n° 00-14.780.

¹² Voir notamment Cass., soc., 17 décembre 1996, n° 92-44.203.

¹³ CE, 10 février 2014, *Fischer*, n° 358992.

¹⁴ CE, ass., 11 avril 2012, *Gisti et Fapil*, n° 322326.

¹⁵ Selon les termes de l'arrêt, « une stipulation doit être reconnue d'effet direct par le juge administratif lorsque, eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité invoqué, ainsi qu'à son contenu et à ses termes, elle n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre États et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers ; que l'absence de tels effets ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les États parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit ».

Charte¹⁶. Un tel élément se trouvant désormais relativisé, le changement de jurisprudence en a été facilité.

Cela étant dit, l'admission de l'effet direct de la Charte s'avère non seulement parcellaire pour l'heure mais elle est par ailleurs vouée à n'être que partielle. En effet, l'arrêt *Fisher* reconnaît l'effet direct du seul article 24 (Droit à la protection en cas de licenciement). Par la suite, le Conseil d'Etat a admis ce même effet s'agissant de l'article 5 (Droit syndical)¹⁷. En revanche, il a confirmé l'absence d'effet direct d'autres dispositions de la Charte sociale européenne révisée, en l'occurrence son article 1^{er} (Droit à l'emploi)¹⁸ et son article 2 (Droit à des conditions de travail équitables)¹⁹.

Du côté de la Cour de cassation, l'ouverture à la Charte s'est traduite par une tendance de la Chambre sociale à se référer plus régulièrement à cette source dans ses motifs. Pour autant, elle n'a toujours pas admis explicitement sa justiciabilité. En effet, dans la plupart des cas, la Chambre sociale constate l'absence d'incompatibilité avec les dispositions de la Charte mais sans statuer au préalable sur le point de son effet direct²⁰. La réticence de la Cour de cassation à franchir le pas de cette reconnaissance a été particulièrement palpable à l'occasion du contentieux dit « des forfait-jours ». En effet, la législation relative à ce système de décompte du temps de travail des cadres avait fait l'objet de plusieurs constats de violation de la Charte par le Comité européen des droits sociaux²¹. Or, lorsque la Chambre sociale a eu à condamner ce système, elle l'a fait sur le fondement de dispositions constitutionnelles et de droit de l'Union européenne, et non pas sur celui de la Charte²².

Enfin, *last but not least*, la formation plénière pour avis de la Cour de cassation est venue récemment rejeter l'effet direct horizontal de l'article 24 de la Charte par deux avis du 17 juillet 2019²³. La formation plénière avait été saisie par des conseils de prud'hommes l'interrogeant sur la conventionnalité de la barémisation des licenciements abusifs. Il s'agit

¹⁶ Selon cet argument, la Charte n'octroierait pas de droits dont les individus pourraient directement se prévaloir mais s'adresserait uniquement aux Etats parties, ce que traduirait sa rédaction qui emploie des formules types « Les Etats s'engagent à... » et non pas « Toute personne a droit à... ». Voir notamment Conseil d'Etat, *Droit international et Droit français*, La Documentation française, Notes et études documentaires, n° 4803, 1986, pp. 49-50.

¹⁷ CE, 23 juillet 2014, *SNCL*, nos 358349 et autres, confirmé par CE, 30 janvier 2019, n° 401681.

¹⁸ CE, 28 décembre 2018, n° 411846.

¹⁹ CE, 30 janvier 2015, *Union syndicale solidaires*, n° 363520.

²⁰ Cass., soc., 14 avril 2010, *Sté SDMO Industries*, n° 09-60426 et 09-60429 ; Cass., soc., 10 novembre 2010, *Syndicat des cheminots Force Ouvrière de la Loire et al.*, n° 09-72856 ; Cass., soc., 1^{er} déc. 2010, *Association de gestion des actions en faveur des personnes âgées (AGAFPA)*, n° 10-60117 ; Cass., soc., 8 déc. 2010, n° 10-60223 Cass., soc., 16 février 2011, *Sté Robert Bosch France*, n° 10-60189 et 10-60191 ; Cass., soc., 23 mars 2011, *GIE des laboratoires*, n° 10-60185.

²¹ CEDS, 16 novembre 2001, *Confédération française de l'Encadrement CFE-CGC c. France*, réclamation n° 9/2000 ; CEDS, 12 octobre 2004, *Confédération française de l'Encadrement CFE-CGC c. France*, réclamation n° 16/2003 ; CEDS, 7 décembre 2004, *Confédération générale du Travail (CGT) c. France*, réclamation n° 22/2003 ; CEDS, 23 juin 2010, *Confédération Générale du Travail (CGT) c. la France*, réclamation n° 55/2009.

²² Cass., soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107.

²³ Cass., form. plén. pour avis, 17 juillet 2019, avis n° 15012 et n° 15013.

de la mise en place par l'Ordonnance n° 2017-1387²⁴ d'un barème, contraignant pour le juge, enfermant dans des montants planchers et plafonds, l'indemnisation des travailleurs ayant fait l'objet d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. La question se posait en justice de savoir si un tel barème était compatible avec l'article 24 CSERev ainsi qu'avec l'article 10 de la Convention OIT n° 158 sur le licenciement. Or, les juges du fond ont eu des appréciations divergentes sur le point de la conventionnalité du barème, mais également sur celui de l'invocabilité de ces sources internationales. Ainsi, certains conseils de prud'hommes avaient reconnu l'effet direct de l'article 24 CSERev²⁵, quand d'autres l'avaient refusé²⁶. Les saisines pour avis de la Cour de cassation avaient justement pour but de mettre fin à cette dissonance entre les juges du fond. La Cour de cassation a bien tranché, mais de façon décevante. Elle dénie l'effet direct de l'article 24 CSERev dans un litige entre particuliers. En revanche, elle reconnaît l'effet direct de l'article 10 de la Convention OIT n° 158 tout en concluant à la conventionnalité de la législation française.

Même si cela ne préjuge pas d'un rejet futur de l'invocabilité de l'ensemble des dispositions de la Charte sociale européenne, il s'agit tout de même d'un mauvais coup porté à l'effectivité de la Charte devant les tribunaux français. En effet, si la Charte se voyait dénier toute justiciabilité, le risque existe d'en faire un « instrument du passé »²⁷ ! Cette position apparaît en outre à contrecourant du contexte juridique et politique actuel. Elle s'avère *prima facie* divergente de celle retenue par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Fisher*. Par ailleurs, elle contredit l'affichage politique de la France qui préside au même moment le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe et a fait du renforcement de la Charte sociale, une de ses priorités²⁸.

B. Une réticence discutable des juges français

La réticence des juges français à admettre l'invocabilité de la Charte sociale européenne au sein de leur prétoire conduit à la priver de façon contestable d'un instrument majeur du contrôle de son respect et nuit en définitive à l'effectivité des normes qu'elle édicte. La Charte sociale est pourtant un traité international engageant la France, et à ce titre, elle est censée primer sur les lois contraires en vertu de l'article 55 de la Constitution. Or, si le législateur contrevient aux engagements internationaux de la France, il revient au juge

²⁴ Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail.
²⁵ CPH Troyes, 13 décembre 2018, n° 18/00418 ; CPH Amiens, 19 décembre 2018, n° 18/00040 ; CPH Lyon, 21 décembre 2018, décision n° 18/01238 ; CPH Angers, 17 janvier 2019, n° 18/00046 ; CPH, Longjumeau, 14 juin 2019, n° 18/00391.

²⁶ CPH Le Mans, 26 septembre 2018, n° 18/00109.

²⁷ Pour prendre le contrepied du titre choisi par les organisatrices du colloque « La Charte sociale européenne, un instrument d'avenir ! ».

²⁸ Priorités de la Présidence française du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe (17 mai – 27 novembre 2019), CM/Inf(2019)17 en date du 10 mai 2019 (« Traditionnellement attachée à l'Europe sociale, la France mettra en exergue, durant sa présidence, la Charte sociale européenne. (...) La présidence contribuera à promouvoir la ratification des instruments du Conseil de l'Europe, ainsi que la coopération avec l'Union européenne. Elle encouragera également la réflexion sur les moyens d'améliorer les procédures existantes et le dialogue entre le Comité européen des droits sociaux et les Etats membres »).

ordinaire de constater cette inconventionnalité et écarter l'application de l'acte législatif le cas échéant. En refusant d'admettre toute invocabilité à un traité, faute d'effet direct, les juges privent de fait ce traité de tout contrôle interne du respect de sa primauté au détriment du principe de légalité. Une telle position relève d'une vision réductrice de la justiciabilité des sources internationales qui lie effet direct et invocabilité alors qu'une convention internationale, même dépourvue d'effet direct, devrait pouvoir être prise en compte par le juge (voir *infra II B*).

Si le rejet de tout invocabilité de la Charte ou de certaines dispositions est en soit problématique, le motif principal qui le justifie est également discutable. Tant le juge administratif²⁹ que judiciaire³⁰ ont fondé leur appréciation sur l'ampleur de la marge d'appréciation étatique réservée aux Etats parties qui empêcherait l'octroi direct de droits aux individus. Les dispositions de la Charte nécessiteraient ainsi d'être précisées et/ou concrétisées par l'adoption de mesures nationales. Elles n'auraient ainsi aucune portée normative exigible en l'absence de l'intermédiation des autorités nationales. Or, l'identification d'une telle marge d'appréciation est une question d'interprétation qui laisse une certaine latitude aux juges. Il en résulte des appréciations qui peuvent diverger comme cela a été le cas s'agissant de l'article 24 de la Charte dont le Conseil d'Etat a pu estimer, contrairement à l'assemblée plénière pour avis de la Cour de cassation, que les stipulations de cet article « ne requièrent l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers »³¹.

Certes, les dispositions de la Charte sont formulées dans des termes souvent généraux et sont incontestablement d'une texture ouverte. Néanmoins, leur rédaction, et la marge d'appréciation qui en résulterait pour les autorités nationales, ne semblent pas spécifiquement plus importantes que celle laissée par d'autres dispositions internationales qui, elles, ont été reconnues d'effet direct par les juges français. Peut-on sans sourciller considérer que les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et des Conventions internationales du travail sont rédigées dans des termes précis ne laissant pas ou peu de pouvoir d'appréciation aux Etats parties ? D'ailleurs, la différence que fait la formation plénière de la Cour de cassation dans ses avis n° 15012 et n° 15013 entre l'article 24 de la Charte sociale révisée et l'article 10 de la Convention OIT n° 158 sur le licenciement ne se justifie pas (en tout cas, en ce qu'elle affirme fonder son jugement sur l'ampleur de la marge d'appréciation). On ne perçoit pas en effet l'origine de cette distinction s'agissant d'articles rédigés dans les mêmes termes, se référant notamment au caractère « adéquat » de l'indemnité et au caractère « approprié » de la réparation...

²⁹ CE, 28 décembre 2018, *préc.* ; CE, 30 janvier 2015, *Union syndicale solidaires*, *préc.*

³⁰ Cass., Avis n° 15012 et n° 15013, *préc.*

³¹ CE, 10 février 2014, *Fischer*, *préc.*

Partie II – Les voies de renforcement de la justiciabilité de la charte sociale européenne

La réticence des juges français à connaître du respect de la Charte sociale européenne ne se justifie pas. Elle nous semble en effet reposer largement sur une appréhension frileuse de la portée juridique des sources internationales du droit, voire sur des considérations « a-juridiques ». Le renforcement de la justiciabilité de la Charte en France supposerait donc au préalable de prendre ce traité véritablement « au sérieux » (A). Il nécessiterait ensuite d'admettre l'existence de différentes formes de justiciabilité distinctes du seul « effet direct » (B).

A. La nécessité de prendre la Charte sociale européenne au sérieux

La Charte souffre d'une méconnaissance de la part de la grande majorité des acteurs du droit. Il n'est pas rare de rencontrer des erreurs matérielles dans les renvois faits à la Charte dans les conclusions ou rapports des juges et même au sein des décisions elles-mêmes³². Encore récemment, les conclusions de l'avocat général relatives aux avis du 17 juillet 2019 de la formation plénière de la Cour de cassation se réfèrent à l'article 24 de la Charte sociale européenne « signée par la France le 18 octobre 1961 et ratifiée le 9 mars 1973 », alors que la France n'est plus tenue par cette Charte depuis qu'elle a ratifié la Charte sociale européenne révisée et surtout, que cet article ne figurait pas dans la Charte de 1961... La rigueur avec laquelle la Charte est citée se trouverait assurément renforcée si ce traité était plus longuement étudié lors de la formation des étudiants en droit, des avocats et des magistrats.

Au-delà du texte du traité lui-même, il semble nécessaire de renforcer la connaissance et la prise en compte de la jurisprudence du Comité européen des droits sociaux, sans laquelle les termes du traité n'ont que peu de consistance. Peut-on imaginer ce que serait la portée de la Convention européenne des droits de l'homme si elle était privée de son interprétation par la Cour européenne des droits de l'homme ? Il est régulièrement rappelé que le Comité européen des droits sociaux ne rend pas de décisions contraignantes. Mais cela ne signifie pas pour autant qu'elles n'ont aucune valeur ! En ratifiant la Charte et en acceptant la compétence de son organe de contrôle, les Etats se sont engagés à respecter ces décisions. Par ailleurs, les textes résultant du processus de relance prévoient désormais que l'appréciation juridique du Comité européen des droits sociaux sur le respect de la Charte ne peut plus être remise en cause par les organes politiques³³. En conséquence, en tant

³² Voir pour des illustrations, C. Nivard, « L'effet direct de la Charte sociale européenne devant le juge administratif - Retour sur la question évolutive de l'effet direct des sources internationales », *RDLF*, 2016, chron. n° 22.

³³ Rapport explicatif du Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives du 9 novembre 1995, §46 sous article 9 (« Le Comité des Ministres ne peut pas remettre en cause l'appréciation juridique donnée par le Comité d'experts indépendants ») ainsi que les articles 24§2 (« le Comité européen des droits sociaux appréciera, d'un point de vue juridique, la conformité ») et 27 (le Comité gouvernemental donne son avis « sur la base de considérations de politique sociale et économique ») de la Charte tel que modifiés par

qu'organe seul habilité au plan international à contrôler la conformité du droit et des pratiques des Etats membres avec la Charte, son interprétation peut être qualifiée d'authentique. Cette interprétation fait corps avec le texte de la Charte qui doit dès lors être lue à la lumière de la jurisprudence du Comité en tant qu'interprète privilégié.

Or, pour l'heure, les juges français ne se sentent pas tenus de suivre les interprétations du Comité européen des droits sociaux³⁴. Pour autant, force est de constater que les conclusions et rapports des avocats généraux et juges rapporteurs s'y réfèrent de plus en plus³⁵. Les appréciations et interprétations du Comité sont désormais souvent connues des juges lorsqu'ils statuent sur un point donnant lieu à une jurisprudence du Comité, et ils se positionnent par rapport à elles (même sans les citer). Les décisions du Comité ont en effet acquis une plus grande visibilité ces dernières années grâce à la mise en place de la procédure de réclamations collectives ainsi qu'à l'intérêt croissant que lui a porté la doctrine mais également certains syndicats et organisations non gouvernementales.

Il faut inverser la tendance des juges à minorer le caractère contraignant des dispositions de la Charte. La Charte sociale européenne est un traité international, elle ne relève donc pas de la *soft law* ! Le fait qu'une violation de la Charte n'entraînera pas au plan international de sanction contraignante ne remet pas en cause cette affirmation. En effet, les faiblesses du mécanisme de contrôle supranational d'un traité ne doivent pas anéantir son effectivité dans l'ordre juridique interne³⁶ ! Certes, on ne peut nier que ces modalités de contrôle exercent une influence sur l'effectivité. L'existence d'une instance juridictionnelle internationale dont les décisions sont obligatoires pour les Etats parties contribue certainement à l'application effective d'un traité. Toutefois, rien dans le droit international ne conditionne la sanction interne du respect des traités internationaux à l'existence d'un mécanisme international de contrôle, qui plus est, de nature juridictionnelle. De la même manière, du point de vue de l'ordre interne cette fois, la Charte sociale constitue une source interne soumise aux règles constitutionnelles. Or, l'article 55 de la Constitution ne conditionne ni la validité, ni la valeur et ni l'effectivité des traités, aux mécanismes internationaux de contrôle qui leur sont associés. Il pourrait encore être avancé que si la Charte ne relève pas de la *soft law* en tant que source contraignante, elle en relève matériellement dans le sens où son contenu serait trop faiblement normatif³⁷. Cette considération ne nous semble cependant pas valable pour l'ensemble des dispositions de la Charte sociale. En outre, elle ne vaut plus au fur et à mesure que la substance

le Protocole portant amendement à la Charte sociale européenne du 21 octobre 1991 (appliqué bien que non entré en vigueur).

³⁴ CE, ord., 7 décembre 2017, n° 415243 (« il ne résulte ni des stipulations invoquées, ni, en tout état de cause, de l'interprétation qu'en a donnée le Comité européen de droits sociaux dans sa décision du 8 septembre 2016 »).

³⁵ En témoignent le Rapport commun aux demandes d'avis ainsi que les Conclusions de l'Avocat général sur les avis n° 15012 et n° 15013, *préc.*

³⁶ Pour une confusion faite entre absence de sanction contraignante au plan international et *soft law*, voir les conclusions du rapporteur public C. Oriol sur l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris du 12 février 2015, n° 14PA01500, *AJDA*, 2015, 1434.

³⁷ Selon la distinction faite par P. Weil, « Le droit international en quête de son identité : cours général de droit international public », *RCADI* 1992-VI, tome 237, p. 215 et sq.

normative de la Charte se trouve précisée par l'interprétation qui en est faite au niveau européen et interne.

Dans cette perspective de revalorisation de la Charte, les juges ne sont pas les seuls en cause. Plus la Charte sera prise au sérieux par l'ensemble des acteurs concernés (autorités publiques françaises, Etats Parties à la Charte, Conseil de l'Europe, Union européenne...), plus les juges seront incités à en faire autant. Le CEDS lui-même a un rôle à jouer. En effet, il se doit de consolider sa crédibilité aux yeux des autorités et juges internes en continuant à motiver ses décisions et conclusions de façon toujours aussi rigoureuse et pédagogique.

B. La nécessité de multiplier les formes de justiciabilité de la Charte sociale européenne

Le renforcement de la justiciabilité de la Charte sociale européenne devant les juges français présuppose le découplage entre effet direct et invocabilité. Il s'agit en conséquence de reconnaître différentes formes de justiciabilité des traités internationaux, selon l'objet du litige et l'effet recherché.

Pour ce qui concerne la Charte sociale en particulier, l'effet direct de certaines de ses dispositions pourrait, dans un premier temps, être aisément admis. En effet, certains articles sont rédigés de façon suffisamment « précise » pour définir des droits dont les particuliers pourraient directement se prévaloir. Entre autres exemples, la reconnaissance du droit à une rémunération égale entre travailleurs masculins et féminins (article 4 §3), le droit des travailleurs et employeurs à des actions collectives (article 6 §4) ou encore le droit des travailleuses à un congé maternité de 14 semaines minimum (article 8 §1) garantissent des intérêts suffisamment déterminés pour être opposables en justice. Par ailleurs, certaines dispositions, telles qu'interprétée par le Comité européen des droits sociaux, définissent des obligations immédiatement exigibles, ne laissant pas de large marge d'appréciation aux Etats. Tel est le cas de l'obligation de prévoir une législation interdisant les châtiments corporels des enfants sur le fondement de l'article 17 §1b³⁸ ou encore de l'obligation de s'assurer du respect effectif de l'interdiction du travail des enfants³⁹.

De même, il semblerait plus cohérent de reconnaître l'effet direct des dispositions de la Charte qui consacrent des droits équivalents à ceux garantis par d'autres traités reconnus, eux, d'effet direct. Qu'on pense par exemple à la liberté d'association protégée en justice sur le fondement de l'article 11 CEDH mais pas de l'article 5 CSE⁴⁰.

³⁸ CEDS, 7 décembre 2004, *Organisation mondiale contre la torture (OMCT) c. Grèce*, réclamation n° 17/2003.

³⁹ CEDS, 9 septembre 1999, *Commission Internationale de Juristes (CIJ) c. Portugal*, réclamation n° 1/1998.

⁴⁰ Par ex. le droit de gagner sa vie par un travail librement entrepris (article 1§2) se trouve également consacré sur le fondement de l'article 4 CEDH et 6 PIDESC. Le droit syndical (article 5) et le droit de négociation collective (article 6) sont protégés sur le fondement de l'article 11 CEDH. Le droit à la protection en cas de licenciement (article 24) est consacré par la Convention OIT n° 158. Les droits posant un principe d'égalité (articles 19 §4 à 7, 20, 27) sont garantis par plusieurs textes de droit de l'Union européenne.

Au-delà, et dans un deuxième temps, l'invocabilité en justice de l'ensemble des dispositions de la Charte devrait être admise en dehors de leur effet direct. En effet, en tant que dispositions conventionnelles internationales engageant la France, elles priment sur le droit interne contraire et il revient avant tout au juge de faire respecter le principe de légalité. Comme l'avait proposé le rapporteur public Gaëlle Dumortier dans ses conclusions sous l'affaire *Gisti et Fapil*⁴¹, cela reviendrait à distinguer effet direct et invocabilité en justice. Il n'est ainsi pas nécessaire qu'un traité international soit d'effet direct pour être utilement invoqué dans certains contentieux au titre d'une interprétation conforme du droit interne par exemple ou afin d'engager la responsabilité de l'Etat du fait de sa violation. Par ailleurs, le traité international peut toujours « être un référentiel du contrôle de légalité »⁴² et être donc invocable dans un contentieux essentiellement objectif confrontant une norme à une autre.

Enfin, dans un dernier temps, la Charte peut encore déployer ses effets dans l'ordre juridique interne par des voies plus indirectes ou « par ricochet ». En effet, son standard de protection peut être pris en compte par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁴³, celle de la CJUE⁴⁴, par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁴⁵ ou le droit dérivé de l'UE... avant que ces normes soient elles-mêmes réceptionnées par les juges internes.

On peut comprendre la prudence des juges s'agissant d'un traité de consécration de droits humains, qui plus est de droits sociaux, dont les dispositions peuvent apparaître particulièrement vagues et les obligations spécifiquement indéterminées ou dépendantes des choix politiques du législateur. Le travail d'interprétation nécessaire est important, certes. Mais il me semble à la portée des juges, à condition qu'ils y soient formés et qu'ils se montrent ouverts à l'influence des normes et jurisprudences adoptées dans d'autres ordres ou systèmes juridiques et qui circulent.

Ce serait une belle contribution à la définition du standard européen de droits sociaux fondamentaux, une manière de prendre leur part à la construction d'une Europe sociale par le droit (ce qui pourrait stimuler le politique qui en demeure, et en demeurera, l'artisan principal).

⁴¹ Conclusions sur CE, Ass., 11 avril 2012, *Gisti et Fapil*, RFDA, 2012. 547.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Voir C. Nivard, *La justiciabilité des droits sociaux. Etude de droit conventionnel européen*, Bruylant 2012, 807 p. ; J.-F. Akandji-Kombé, « Le dialogue entre le CEDS et la CEDH en matière professionnelle », *Revue de droit du travail*, 2014, p. 359.

⁴⁴ Voir notamment CJUE, GC, 6 novembre 2018, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV*, aff. C-684/16 ; CJUE, GC, 6 novembre 2018, *Bauer*, aff. jtes C-569/16 et C-570/16 ; CJCE, GC, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd*, C-341/05 ; CJCE, GC, 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union*, C-438/05 ; CJUE, 19 septembre 2013, *Commission c. Strack*, C-579/12 ; CJCE, GC, 15 avril 2008, *Impact*, C-268/06 ; CJCE, 2 février 1988, *Blaizot*, aff. 24/86 ; CJCE, 15 juin 1978, *Defrenne III*, aff. 149/77.

⁴⁵ Les explications relatives à la Charte des droits fondamentaux (2007/C 303/02) renvoient à de nombreux articles de la Charte sociale européenne ayant inspiré la rédaction de certaines dispositions de la Charte des droits fondamentaux.

Le rôle des juges nationaux dans l'application de la Charte sociale européenne en Espagne

Carmen Salcedo Beltrán*

Je voudrais commencer cette contribution par le titre du Colloque dont elle émane, « La Charte sociale européenne : un instrument d'avenir ! », pour préciser qu'en Espagne, depuis l'année 2013, la Charte sociale européenne (ci-après : la Charte) et l'interprétation authentique du Comité européen des droits sociaux¹ (ci-après : le Comité), par le biais de ses décisions sur le bien-fondé et ses conclusions, sont devenues les instruments les plus importants et les plus effectifs pour garantir les droits sociaux. C'est pour cela que j'avance l'affirmation, avec laquelle je finirai cette étude et après l'avoir démontrée, selon laquelle la Charte est un « instrument d'avenir » mais aussi et surtout « un instrument du présent » dans l'ordre juridique espagnol.

Pour fonder cette affirmation, j'ai structuré l'analyse en trois parties. Les deux premières portent sur le présent de la Charte et de la jurisprudence du Comité, alors que la troisième porte sur leur avenir. Plus précisément, la première constatera la situation actuelle au niveau législatif **(I)**. La deuxième expliquera le rôle central et le travail remarquable effectué par les juridictions de première et de seconde instance en matière sociale, les deux permettant à l'Espagne de devenir l'État le plus avancé au regard de la mise en œuvre effective de la Charte **(II)**. Enfin, la troisième abordera l'avenir législatif et judiciaire qui s'explique par un sentiment d'incertitude lié à l'absence de gouvernement stable depuis le 1^{er} juin 2018² **(III)**.

* Professeure à la faculté de Droit de l'Université de Valence (Espagne) et Directrice du Groupe de Recherche Internationale « Droits de l'homme et Charte Sociale Européenne » (GIUV 2013-148) et de [Lex Social, Revista de los Derechos Sociales](#).

¹ Sur le fonctionnement du Comité européen des droits sociaux, voir Régis Brillat, « Le Règlement du Comité européen des Droits sociaux », in P. Stangos et Ch. Deliyanni-Dimitrakou (dir.), *Parcours en Europe sociale, à bord du Comité européen des droits sociaux. Hommage à Jean-Michel Belorgey*, Athens-Tessaloniki, 2017, Sakkoulas, pp. 39-61.

Le 10 septembre 2019, le Comité européen des droits sociaux a révisé son règlement pour y ajouter une nouvelle disposition (art. 26A, *Jonction et examen en parallèle des réclamations*), qui introduit la possibilité pour le Comité de joindre deux ou plusieurs réclamations ou d'examiner des réclamations en parallèle. De plus, cette révision a modifié l'article 36 (*Mesures immédiates*), afin de se doter du pouvoir d'ordonner aux parties tout au long de la procédure des mesures immédiates.

² Heureusement, suite aux élections législatives du 10 novembre 2019, un gouvernement de coalition de gauche a été formé, le parlement espagnol s'est constitué le 3 décembre 2019 et la XIV^e Législature a été ouverte formellement le 3 février 2020. En revanche le domaine judiciaire a davantage progressé grâce au récent arrêt du Tribunal constitutionnel de 20 décembre 2018. Les premiers résultats sont déjà constatables en 2019 (IV). À savoir, l'indifférence du législateur n'a pas empêché le progrès des instances judiciaires.

Partie I - Le cadre législatif en vigueur

La législation actuelle de l'Espagne au regard de la Charte est déplorable³. Je ne manque pas de reprocher l'absence de ratification de la version révisée de la Charte et du Protocole sur les réclamations collectives à chacune de mes interventions en Espagne, quelle que soit l'entité qui organise la conférence ou colloque, peu importe qu'il s'agisse de partis politiques, du gouvernement, de syndicats, etc... Même si le Protocole n'a été ratifié que par quinze États membres⁴, la première l'a été par trente-quatre. La réalité espagnole est inadmissible, inexcusable et incohérente dans la mesure où la Charte est aujourd'hui considérée comme la « Constitution sociale de l'Europe »⁵, c'est-à-dire le traité le plus important en ce qui concerne les droits sociaux.

Différents rapports du Conseil d'État considèrent que cette ratification est possible et qu'il n'existe aucune raison pour ne pas l'effectuer. Dans son avis du 11 mai 2000⁶, il a notamment déclaré en ce qui concerne la Charte révisée qu'« en principe, son application dans notre pays ne pose pas de problèmes, puisqu'elle est en conformité avec notre droit interne, donc sa ratification n'impliquerait aucune modification de notre législation »⁷. Pourtant, cette même institution signale aussi l'existence « d'une certaine réticence des États membres, surtout de ceux appartenant à l'Union européenne, envers la ratification de ce texte, même si la plupart d'entre eux l'ont signé. Celle-ci ne répond qu'à l'inclusion dans

³ Pour une analyse d'ensemble sur l'évolution de la législation espagnole, voir G. García González, « La recepción de la Carta Social Europea en el ordenamiento español: aspectos jurídicos, políticos e institucionales (1978-2018) », [Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2018, n° 137, pp. 43-78](#) [dernière consultation le 15 mars 2020].

⁴ À l'occasion du séminaire organisé par la présidence française du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 19 septembre 2019 à Strasbourg dans le but de renforcer la protection des droits sociaux en Europe pour plus d'unité et d'égalité, les représentants des 15 États parties à la Charte sociale européenne qui ont accepté le Protocole additionnel de 1995 (Belgique, Bulgarie, Croatie, Chypre, Finlande, France, Grèce, Irlande, Italie, Norvège, Pays-Bas, Portugal, République tchèque, Slovaquie et Suède) ont fait un appel à tous les États du Conseil de l'Europe pour ratifier la Charte sociale européenne aujourd'hui en vigueur (43 des 47, Liechtenstein (signature), Monaco, Saint-Marin, Suisse (signature), pour ratifier la version révisée (34 des 43, Croatie, République tchèque, Danemark, Allemagne, Islande, Luxembourg, Pologne, Espagne, Royaume Uni) et pour accepter le Protocole additionnel de 1995 prévoyant un système de réclamations collectives ; voir également, L. Jimena Quesada, « Retrospectiva del proceso de Turin: origen y trabajos preparatorios de la Carta Social Europea », [Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2018, n° 137, pp. 17-42](#) [dernière consultation le 15 mars 2020].

⁵ Voir à ce propos le [Rapport général de la Conférence à haut-niveau sur la Charte sociale européenne, L'Europe repart à Turin](#), Turin, 17-18 octobre 2014. Les pages 43 et 168, parmi d'autres, se réfèrent à cette dénomination :

« Toutes ces initiatives seront menées à bien pour que la Charte sociale puisse, dans l'intérêt de tous, toujours demeurer la Constitution sociale de l'Europe » o « Ce processus serait un pas déterminant pour la relance de la construction européenne car, comme d'aucuns l'ont indiqué de manière emblématique à l'occasion de la Conférence, il est essentiel que l'Europe prenne appui sur les valeurs fondamentales autour desquelles elle a vocation à rassembler les États et leurs citoyens –et tout spécialement sur les valeurs de la Charte, cette « Constitution sociale de l'Europe » (...). » [dernière consultation le 15 mars 2020]

Sur ce sujet, voir aussi Ol. De Schutter (dir), *The European social Charter: a Social Constitution for Europe/La Charte sociale européenne: une Constitution sociale pour l'Europe*, Bruxelles, 2010, Bruylant, pp. 10 et suiv.

⁶ Dossier n° 1740/2000, accessible en ligne : <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2000-1740> [dernière consultation le 15 mars 2020].

⁷Paragraphe premier.

le texte en vigueur de plus d'obligations et à l'interprétation de celles-ci, et de leur portée, réalisée par le Comité d'experts Indépendants »⁸.

Les prétextes pour ne pas ratifier la Charte révisée concernent principalement le rôle attribué au Comité⁹. En somme, il n'y a pas d'objection non surmontable par rapport à un engagement théorique à l'égard des droits inscrits dans ce texte, ce qui signifie que la préoccupation centrale concerne surtout le suivi du traité, autrement dit, sa supervision. Le gouvernement et les partis politiques promettent la ratification, surtout s'ils sont dans l'opposition, mais ces promesses ne sont pas tenues ou, permettez-moi l'expression, « ont toutes terminé en eau de boudin ».

Grâce au parti politique Unidas Podemos, le Conseil des Ministres avait enfin accepté, le 1^{er} février 2019, de ratifier la version révisée de la Charte, mais pas le Protocole concernant les réclamations collectives¹⁰. À compter de cet accord important, nous avons commencé à travailler sur la question de la ratification du Protocole moyennant la déclaration spécifique d'acceptation de l'art. D, Partie IV de la Charte révisée¹¹. Malheureusement, la convocation de nouvelles élections législatives générales, les quatrièmes en quatre ans¹², a stoppé cet accord et le processus a été repris à zéro.

⁸ Ibidem. L. Jimena Quesada remarque que cette « réticence » de l'UE trouve sa raison d'être dans la possibilité que des positions de la Cour de Justice de l'Union européenne et du Comité européen des droits sociaux divergent et que « (...) no existe una solución a escala europea (lo mismo que sucede cuando se producen contenciosos paralelos entre el Tribunal de Luxemburgo y el Tribunal de Estrasburgo), de modo que el operador jurídico interno se habría visto ante un dilema de difícil resolución », et, au cas où cette situation pourrait se produire, « (...) si la solución más favorable a los derechos sociales fuera la de la UE, no habría problema alguno desde la perspectiva de la Carta Social Europea, pues ésta contiene una cláusula de estándar mínimo susceptible de ser mejorado por otra normativa supranacional o nacional (...) [pendant que] si la solución procediera del Consejo de Europa, tal vez se generaría mayor complejidad, derivada en gran medida de la fuerte impronta de los principios de primacía y efecto directo del Derecho comunitario europeo (...) siendo la solución ideal (...) la ratificación de la Carta Social Europea por parte de la Unión Europea (...) » in *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales*, Valencia, 2007, Tirant lo Blanch p. 24 et ss. et « La factibilidad de los derechos sociales en Europa: debate actual y perspectivas », *Estudios de Economía Aplicada*, 2009, vol. 27-3, p. 755 et 756.

⁹ Voir la réponse de l'Espagne au [Questionnaire relatif aux bonnes pratiques sur la mise en œuvre des droits sociaux au niveau national](#) réalisé par le Groupe de rédaction sur les droits sociaux du Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH), 12 décembre 2017, au regard du Comité européen des droits sociaux :

« (...) some objections have been made, because regarding certain aspects, the ESCR's European Committee of Social Rights maintains a specific interpretation of the ESCR, not at all compulsory in light of the text of the Charter and of its interpretative Appendix. (...) This interpretation increases considerably the content of the obligations deriving from the Charter in force, thus creating legal uncertainty for the ratifying States » (pp. 122 et 123)

¹⁰ Disponible en ligne: <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/010219-enlacecartasocial.aspx>.

¹¹ Voir L. Jimena Quesada et Carmen Salcedo Beltrán, « [La Carta Social Europea revisada \(Constitución Social de Europa\) y el Acuerdo del Consejo de Ministros: el compromiso con los derechos y ¿con sus garantías?](#) », 6 février 2019 [dernière consultation le 15 mars 2020].

¹² Concrètement entre 2015 et 2019, le 20 décembre 2015, le 26 juin 2016, le 28 avril 2019 et le 10 novembre 2019.

Début octobre 2019 la responsable du Ministère de Travail, des Migrations et de la Sécurité Sociale en fonction promet publiquement de ratifier les deux instruments¹³. Le 30 décembre 2019, le Parti socialiste ouvrier espagnol et Unidas Podemos ont présenté un accord gouvernemental de coalition qui s'engage exactement sur les mêmes points¹⁴. On verra bien au cours des prochains mois, si ces ratifications vont s'effectuer. L'Espagne a donc ratifié jusqu'à aujourd'hui l'ensemble des dispositions de la Charte du 18 octobre 1961¹⁵, le Protocole additionnel complétant les droits sociaux et économiques de 5 mai 1988¹⁶ et le Protocole d'amendement du 21 octobre 1991 réformant le mécanisme de contrôle¹⁷.

Cette situation montre qu'au niveau législatif, l'Espagne est en retard par rapport à la plupart des pays européens. Elle est liée par les droits et garanties qu'elle a reconnus ainsi que par les interprétations authentiques du Comité européen des droits sociaux par le biais de ses conclusions et aussi de ses décisions sur le bien-fondé. J'insiste sur le fait, que je développerai aussi plus loin, que si l'Espagne n'a pas ratifié le Protocole sur les réclamations collectives et si les réclamations collectives ne sont pas autorisées, il est cependant possible d'invoquer les décisions sur le bien-fondé si elles abordent un article ratifié par l'Espagne. Autrement dit, il faut différencier le « manque de légitimation » avec l'« effet direct ou invocabilité » de la décision sur le bien-fondé.

Partie II - La pratique judiciaire actuelle

À la différence des imperfections liées à la réticence, voire la résistance, des pouvoirs politiques au pouvoir, les juridictions nationales appliquent la Charte et la jurisprudence du Comité de manière très satisfaisante. C'est une situation étonnante, même incroyable et paradoxale par rapport à la situation décrite dans la première partie de mon analyse. Elle reste cependant réelle¹⁸. Se pose donc la question d'expliquer comment on est parvenu à ce succès.

En effet, ce succès s'explique par les nombreuses modifications législatives adoptées par le gouvernement espagnol à partir de l'année 2012, pour répondre aux exigences établies

¹³ Discours d'inauguration de la conférence « *Mise en œuvre des droits sociaux : les leçons tirées. Premier dialogue entre le Comité européen des droits sociaux et la Cour interaméricaine des droits de l'homme* », Madrid, les 3 et 4 octobre 2019, disponible in : <https://go.coe.int/o3nxO>.

¹⁴ Voir p. 7, point 1.10 du document [Coalición progresista. Un nuevo acuerdo para España](#) [dernière consultation le 15 mars 2020].

¹⁵ Instrument de ratification du 29 avril 1980 (BOE du 26 juin 1980).

¹⁶ Ce Protocole fut signé le 5 mai 1998 et ratifié le 24 janvier 2000 (BOE du 25 avril).

¹⁷ Comme l'antérieur, il a été signé le 21 octobre 1991 et ratifié le 24 janvier 2000 (BOE du 25 avril).

¹⁸ Pour une analyse détaillée, voir C. Salcedo Beltrán, « La aplicabilidad directa de la Carta Social Europea por los órganos judiciales », *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 2016, n° 13, pp. 27-52 ; C. Salcedo Beltrán, « Derechos sociales y su garantía: la ineludible aprehensión, disposición e implementación de la Carta Social Europea (Constitución Social de Europa) », *Revista de Derecho Social*, 2018, n° 83, pp. 45-74 ; L. Jimena Quesada, « El control de convencionalidad y los derechos sociales: Nuevos desafíos en España y en el ámbito comparado europeo (Francia, Italia y Portugal) », *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 2018, n° 22, pp. 31-58.

par l'Union européenne en échange de l'assistance financière reçue pour faire face à la situation critique du secteur bancaire. L'adoption de ces réformes a été facilitée par le fait que le Parti Populaire (la droite) détenait au Congrès des députés la majorité absolue lors de la dernière législature. Celle-ci avait permis l'approbation de Décrets-lois royaux en cas d'extraordinaire et urgente nécessité que la Cour constitutionnelle, à l'exception des votes dissidents émis par trois magistrats, a justifié par la crise économique, le déficit budgétaire et public, etc¹⁹.

Les réformes qui ont été notamment adoptées portent sur les éléments suivants²⁰:

Premièrement, la réforme du marché du travail qui réduit le montant de l'indemnité en cas de licenciement sans cause de 45 jours par année travaillée dans la limite de 42 mois, quelle que soit l'ancienneté de l'employé, à 33 jours dans la limite de 24 mois. Pour l'instant, il n'existe pas de plafonnement mais un parti politique (*Ciudadanos*) l'a incorporé à son programme ; deuxièmement, la facilitation pour les chefs d'entreprise de procéder à des licenciements collectifs pour motif économique (baisse significative des commandes ou du chiffre d'affaires, par exemple) ; troisièmement, la création d'un nouveau type de contrat dénommé « contrat de soutien aux entrepreneurs ». En général, le régime qui lui est appliqué est celui des contrats réglementés par le Statut des travailleurs (*Estatuto de los Trabajadores*²¹) et des conventions collectives qui s'appliquent aux contrats ordinaires à durée indéterminée, à l'exception toutefois de la durée de la période d'essai²². Cette dernière constitue le point le plus polémique puisqu'elle a été fixée à une durée « d'une année » indépendamment du poste de travail et de la compétence préalable du travailleur. Les critiques de la doctrine ne se sont pas faites attendre, puisque le caractère à durée indéterminée du contrat reste assez relatif avec l'établissement de cette période d'essai d'une année, ce qui le transforme plutôt en un contrat temporaire sans cause ou un contrat à licenciement libre sans indemnité, avec une durée d'une année²³. Depuis le 1^{er} janvier

¹⁹ Voir, parmi d'autres, les arrêts n° 12/2015 du 15 février 2015, n° 81/2015 du 30 avril 2015 et n° 95/2015 du 14 mai 2015 ; Voir aussi en ce sens, P. García Majado, « [EL presupuesto habilitante del Decreto-Ley ante la crisis económica](#) », *Revista de derecho constitucional europeo*, 2016, n° 25, pp. 2 et ss. [dernière consultation le 15 mars 2020] et L. Jimena Quesada, *Devaluación y blindaje del Estado social y democrático de Derecho*, Valencia, 2017, Tirant lo Blanch, pp. 187 et ss.

²⁰ La motion de censure déposée et soutenue par le Parti Socialiste contre le gouvernement du Parti Populaire a permis de retirer certaines réformes législatives. Pour une analyse sur ce point, voir J. Luis Gil y Gil, « Actualités juridiques internationales, Espagne », *Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale*, 2019, n° 1, pp. 202-205.

²¹ Real Decreto Legislativo 2/2015 du 23 octobre 2015, par lequel est approuvé le *Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*.

²² Art. 4.3 de la Loi 3/2012, du 6 juillet 2012 ; sur ce point, voir aussi, C. Salcedo Beltrán, « El contrato de apoyo a emprendedores: su difícil encaje en la normativa internacional, europea y nacional », *Revista de Derecho Social*, 2013, n° 62, pp. 93-128. Celui-ci est présenté comme le contrat phare et son objectif, établi par la Loi 3/2012, est de « rendre facile l'emploi stable et, en même temps, favoriser l'initiative entrepreneuriale ».

²³ Cf., entre autres, M. Arantzazu, V. Palacio: « El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de Medidas Urgentes para la reforma del mercado laboral (Una breve presentación de la reforma en el ámbito del Derecho Individual) », in *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2012, n° 31 (extraído de [www.iustel.com/v2/revistas/](#), p. 266 o Carlos Hugo Preciado Doménech, *Una primera aproximación al RDL 3/2012, de reforma laboral*, Albacete, 2012, Bomarzo).

2019 ce contrat a été abrogé par le Décret-loi royal 28/2018 du 28 décembre sur la revalorisation des retraites publiques et pour d'autres mesures urgentes en matière sociale, du travail et d'emploi ; quatrième, au regard des conventions collectives et du droit à la négociation, un grand nombre de modifications ont eu lieu, parmi d'autres, la priorité aux accords d'entreprise, le délai maximum des conventions collectives en vigueur fixé à deux ans, la possibilité pour les chefs d'entreprises de modifier très facilement les conditions de travail, la modification de la classification des salariés dans les conventions collectives. Cette dernière se réalisait auparavant par catégories, elle se fait actuellement par groupes professionnels, ce qui aboutit à ce qu'un travailleur soit obligé d'exercer plusieurs fonctions et postes du travail au sein d'une même entreprise. En revanche, la modification la plus importante concerne le fait que l'entrepreneur est unilatéralement autorisé à ne pas appliquer les conditions de travail préalablement convenues avec les représentants des travailleurs dans les pactes et conventions librement négociés au niveau des entreprises. Bref, les entrepreneurs sont autorisés à suspendre ou à écarter les questions contenues dans une convention collective et à déroger unilatéralement aux conventions collectives librement négociées.

Outre ces évolutions, il est aussi utile de mentionner les éléments suivants. Tout d'abord, l'autorisation donnée au Gouvernement d'ordonner, dans des circonstances exceptionnelles, la reprise du travail par voie d'arbitrage obligatoire, compte tenu de la durée ou des conséquences d'une grève, de l'attitude des parties et de la gravité du préjudice porté aux droits et libertés d'autrui et à l'économie nationale. Ensuite, l'absence de consultation des syndicats ou des organisations d'employeurs les plus représentatifs. De plus, l'exclusion de l'accès des étrangers en situation irrégulière aux soins de santé financés par des fonds publics au travers du système national de santé, sauf dans des « situations spéciales », adoptée par le Décret-loi royal 16/2012, du 20 avril, sur les mesures urgentes visant à garantir la viabilité du système national de santé et à améliorer la qualité et la sécurité des prestations. Ce dernier portait modification de la Loi organique 4/2000 du 11 janvier, sur les droits et libertés des étrangers en Espagne et sur leur insertion sociale et de la Loi 16/2003 du 28 mai, sur la cohésion et la qualité du système national de santé et ajoutait un nouvel article 3 ter (assistance sanitaire dans des situations particulières : urgence à cause de maladie grave ou accident ; assistance à la femme enceinte, avant et après l'accouchement ; étrangers mineurs de dix-huit ans). Heureusement, la couverture universelle a été rétablie par le Décret-loi royal 7/2018, du 27 juillet, sur l'accès universel au système national de santé.

Enfin, en ce qui concerne les pensions, les réformes prévoient l'abrogation du mode de calcul de leur revalorisation, en ne prenant pas en compte l'inflation mais un système qui fournit au Gouvernement une grande marge de manœuvre, ce qui aura pour effet d'entraîner, entre autres, un recul du pouvoir d'achat, l'introduction du facteur de durabilité pour tous les nouveaux retraités, l'indexation du montant des retraites à l'espérance de vie

et à la croissance du pays ainsi que des modifications concernant l'âge légal pour partir à la retraite²⁴.

Or la plupart des réformes adoptées ne respectent pas les engagements de l'État au regard de la Charte. Les premières personnes licenciées ou affectées par celles-ci ont déjà saisi les juridictions de première instance pour contester ces mesures sur la base des droits de la Charte. À partir de l'année 2013, les juges de première instance ont commencé à reconnaître l'effectivité des droits de la Charte moyennant un « contrôle de conventionalité » au regard de la Charte garanti par l'article 96 de la Constitution²⁵ et par la loi 25/2014 du 27 novembre sur les Traités et autres accords internationaux, qui la complète. Il faut souligner, entre autres, les articles 28 et suivants de cette loi qui sont libellés comme suit :

« Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité », « Les traités internationaux seront d'application directe sauf si leur texte demande des lois à ce sujet (...) », « Tous les pouvoirs publics doivent respecter les engagements internationaux », « Les Traités ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois sauf la Constitution ».

Le 19 novembre 2013 le juge de l'ordre social n° 2 de Barcelone a rendu le premier jugement portant sur la période d'essai d'un an du contrat de travail à durée indéterminée de soutien aux entrepreneurs. Il a mis en exergue certains principes extrêmement importantes en affirmant que la Charte « (...) est un traité international qui fait partie du droit interne (...) avec la même valeur contraignante que les traités de l'Union européenne ; ceci dit, et compte tenu du principe de la hiérarchie des normes, il a une valeur supérieure à la Loi nationale (...) »²⁶. À partir de cet important jugement, même s'il n'y avait pas unanimité entre les juges, ceux de première instance résistaient au cours des années 2014 et suivantes et se ralliaient à cette position dans des matières différentes²⁷.

²⁴ Décret-loi royal 28/2012 du 30 novembre relatif aux mesures de consolidation et de garantie du système de sécurité sociale, loi 23/2013 du 23 décembre, qui réglemente le facteur de durabilité et l'indice de revalorisation du système de pensions de la sécurité sociale.

²⁵ « Les traités internationaux régulièrement conclus et une fois publiés officiellement en Espagne feront partie de l'ordre juridique interne. Leurs dispositions ne pourront être abrogées, modifiées ou suspendues que sous la forme prévue dans les traités eux-mêmes ou conformément aux normes générales du droit international ».

²⁶ Numéro 412/13 ; voir traduction en français C. Salcedo Beltrán, « [Juge de l'ordre social n° 2 de Barcelone sentence n° 412 du 19 novembre 2013 \(recours : procédure de licenciement n° 426/2013\)](#) », *Lex Social, Revista de los derechos sociales*, 2015, n° 1, pp. 229-236 [dernière consultation le 15 mars 2020].

²⁷ Voir, parmi d'autres, juge de l'ordre social n° 2 de Barcelone sentence n° 412 du 19 novembre 2013 ; juge de l'ordre social n° 1 de Tarragone sentence n° 179 du 2 avril 2014 ; juge de l'ordre social n° 1 de Mataró sentence n° 144 du 29 avril 2014 ; Juge de l'ordre social n° 3 de Barcelone sentence n° 352 du 5 novembre 2014 ; juge de l'ordre social n° 19 de Barcelone sentence n° 491 du 17 novembre 2014 ; juge de l'ordre social n° 1 de Toledo sentence n° 667 du 27 novembre 2014 ; juge de l'ordre social n° 9 de Grande Canarie sentence n° 705 du 31 mars 2015 ; juge de l'ordre social n° 2 de Fuerteventura sentence n° 58 du 31 mars 2015 ; juge de l'ordre social n° 1 de Toledo sentence n° 202 du 9 avril 2015 ; Juge de l'ordre social n° 1 de Las Palmas sentence n° 74 du 11 mai 2015 ; juge de l'ordre social n° 1 de Las Palmas sentence n° 896 du 3 juin 2015 ; juge de l'ordre social n° 31 de Barcelone sentence n° 219 du 8 juin 2015 ; juge de l'ordre social n° 12 de Barcelone sentence n° 220 du 4 septembre 2015 ; juge de l'ordre social n° 12 de

Quant aux magistrats de la deuxième instance, ils étaient à l'origine particulièrement réticents vis-à-vis des jugements de la première instance. La situation va changer à partir de 2017²⁸, et des arrêts qui valident certains jugements de la première instance commencent enfin à être prononcés. C'est ainsi que, de nos jours, l'effet direct de la Charte et de la jurisprudence du Comité a été admise dans les sept domaines²⁹ suivants : (a.) le contrat de soutien aux entrepreneurs et la période d'essai de douze mois³⁰ ; (b.) l'abrogation de la revalorisation des pensions³¹ ; (c.) la reconnaissance de la période d'astreinte dans la journée de travail³² ; (d.) la garantie d'un niveau minimum suffisant des allocations³³ ; (e.) la protection juridique de la famille concernant l'aménagement de la journée de travail³⁴, (f) le droit de la mère et de l'enfant à une protection sociale et économique³⁵ et (g.) le droit à la sécurité et à l'hygiène dans le travail face à un licenciement pour les absences répétées ou prolongées au travail suite à une maladie³⁶.

Il faut insister sur trois points des jugements et arrêts qui concernent l'effet contraignant des articles ratifiés de la Charte ratifiés, l'effet direct « entre particuliers » du traité ainsi que le fondement juridique sur des décisions sur le bien-fondé prononcées au regard des pays qui ont ratifié le Protocole.

Il est évident que relever ce défi a été extrêmement compliqué car les problèmes que l'Espagne rencontre actuellement concernant l'application de la Charte sont similaires à ceux des autres États, mais il s'en est ajouté d'autres plus spécifiques. Il s'agit, plus précisément, d'une série de difficultés qui tiennent, si l'on veut synthétiser, premièrement, à un déficit de connaissance de la Charte et des Protocoles qui entraîne une confusion entre

Barcelone sentence n° 291 du 7 septembre 2015 ; juge de l'ordre social n° 12 de Barcelone sentence n° 37 du 5 novembre 2015 ; Juge de l'ordre social n° 3 de La Corogne sentence n° 493 du 23 novembre 2015 ; Juge de l'ordre social n° 3 de Barcelone sentence n° 321 du 27 octobre 2015 ; juge de l'ordre social n° 26 Barcelone sentence du 12 mars de 2018 ; juge de l'ordre social n° 3 Talavera de la Reine sentence n° du 29 juin 2018 ; juge de l'ordre social n° 1 et n° 2 Palma de Majorque 26 juillet 2019 et 6 novembre 2019.

²⁸ Arrêt Tribunal Supérieur Justice Iles Canaries 28 janvier 2016, Rec. 581/2015 ; arrêt Tribunal Supérieur Justice Iles Canaries 30 mars 2016, Rec. 989/2015 ; arrêt Tribunal Supérieur Justice Iles Canaries 18 avril 2016, Rec. 110/2016 ; Arrêt Tribunal Supérieur Justice Castille et Léon/Valladolid 18 mayo 2016, Rec. 361/2016 ; arrêt Tribunal Supérieur Justice Castille et Léon/Valladolid 26 septembre 2016, Rec. 1527/2016 ; arrêt Tribunal Supérieur Justice Castille et Léon/Valladolid 19 décembre 2016, Rec. 2099/2016 ; arrêt Tribunal Supérieur Justice Iles Canaries 1er janvier 2017, Rec. 1300/2016 ; arrêts Tribunal Supérieur Justice Canaries/Las Palmas de la Grande Canarie 27 août 2019, Rec. 533/2019 et 14 février 2020, Rec.1429/2019, arts. 8.3 et 16 Charte sociale européenne ; arrêt Tribunal Supérieur Justice Catalogne 17 janvier 2020, Rec. 5532/2019.

²⁹ Quatre entre 2013-2018, deux en 2019 et le dernier en 2020.

³⁰ L'effet direct de l'art. 4.4 de la Charte, *Fédération générale des employés des compagnies publiques d'électricité (GENOP-DEI)/Confédération des syndicats des fonctionnaires publics (ADEDY) c. Grèce*, réclamation n° 65/2011, décision sur le bien-fondé du Comité européen des droits sociaux du 23 mai 2012 et Conclusions Espagne 2014.

³¹ Il s'agit, plus précisément, de l'effet direct de l'article 12 de la Charte et de la décision sur le bien-fondé du Comité du 7 décembre 2012, *Fédération des pensionnés salariés de Grèce (IKA – ETAM) c. Grèce* (réclamation n° 76/2012).

³² L'effet direct de l'art. 2 de la Charte sociale européenne, et la décision sur le bien-fondé du Comité du 23 juin 2010, *Confédération Générale du Travail (CGT) c. France* (réclamation n° 55/2009).

³³ Effet direct de l'art. 13 de la Charte.

³⁴ Effet direct de l'art. 16 de la Charte.

³⁵ Effet direct de l'art. 17 de la Charte.

³⁶ Effet direct de l'art. 3 de la Charte.

le droit de l'Union européenne et la Charte, entre les différentes versions de la Charte au détriment de la Charte mais au profit du droit de l'Union et de la ConvEDH, entre les principes de la Partie I (principes) et les obligations (droits) de la Partie II de la Charte, ainsi qu'aux erreurs entre le manque de légitimation active et l'effet de la décision sur le bien-fondé face à la même situation (article ratifié).

Il faut également souligner un manque de connaissance de la jurisprudence du Comité par les praticiens du droit qui est dû au fait que les conclusions et les décisions sur le bien-fondé du Comité ne sont publiées qu'en anglais et français, au mépris du Comité quant à l'indépendance de ses membres, à une remise en cause de l'effet contraignant des conclusions et des décisions sur le bien-fondé ainsi qu'aux avis ou décisions (pas les arrêts, mot en espagnol *Auto*) du Tribunal Suprême espagnol que ne valorisent ni la Charte ni la jurisprudence du Comité³⁷.

Outre cela, il est possible d'observer l'existence d'un problème d'articulation correcte entre les différentes sources des normes. Ceci est susceptible d'entraîner une confusion entre le « contrôle de constitutionnalité » et le « contrôle de conventionalité », clé face aux arrêts du Tribunal Constitutionnel de 2014 et 2015 qui ont statué sur la « constitutionnalité » des réformes du marché du travail et des pensions³⁸. Les votes dissidents sont très importants dans ces jurisprudences.

Les défenseurs de la Charte ainsi que les chercheurs ont tenté de faire face à ces déficits par un travail de diffusion dans tout le pays auprès des barreaux d'avocats, des juges, des syndicats, des ONGs, des associations, c'est-à-dire auprès de toute personne physique ou morale susceptible d'invoquer l'effet direct du traité. Ce travail de diffusion s'est développé dans trois directions : la diffusion de la Charte de 1961 en insistant d'abord sur son effet contraignant dans le cadre normatif espagnol, c'est-à-dire sur les 23 articles que l'Espagne a ratifiés puis sur la traduction et l'effet contraignant de la jurisprudence du Comité. Ont été également mis en exergue les concepts de base qu'il faut invoquer dans les demandes introduites devant les instances judiciaires comme la hiérarchie entre le droit international et le droit national (articles 1 Code civil et 9.3 Constitution). À cet égard, il a été nécessaire de rappeler la différence capitale entre les contrôles de conventionalité et de constitutionnalité³⁹. Le premier peut être défini, de façon très simple, en faisant référence à

³⁷ Voir, en ce sens, les décisions du 4 novembre 2015, du 30 novembre 2016 ou du 20 avril 2017.

³⁸ Arrêts 119/2014 du 16 juillet, 8/2015 du 22 janvier, 49/2015 du 5 mars, 95/2015 du 14 mai, 140/2015 du 22 juin, 139/2016 du 21 juillet. Voir sur ce sujet L. Jimena Quesada, « Impacto práctico de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales », Conférence impartie à Barcelone XXVII Jornadas catalanas de derecho del trabajo "In memoriam Profesor M.R. Alarcón", 17-18 mars 2016, accessible en ligne : <file:///D:/Downloads/JimenaQuesadaLuis.pdf> ; Voir aussi, du même auteur, « La protección internacional de los derechos sociales y laborales: sinergias y voluntades del principio *favor libertatis* », in J. Fargas Fernández (dir.), *Los derechos laborales desde la perspectiva general del contrato y de la normativa internacional*, Barcelona, 2016, Huygens, pp. 59-84.

³⁹ La différence est reconnue/prevue par les articles 10.2 et 96 de la Constitution de 1978 et par la Loi 25/2014, du 27 novembre sur les Traités et autres accords internationaux ; sur ce point, voir aussi Jimena Quesada, « Crítica a la desconsideración hacia el Comité Europeo de Derechos Sociales por parte del Tribunal Constitucional », in M. Viviana

la question, posée par L. Jimena Quesada, de savoir « si un organe de la juridiction ordinaire peut refuser d'appliquer une loi interne en vigueur (non constitutionnelle) au cas où celle-ci s'opposerait à un traité international, intégré régulièrement dans le cadre juridique interne (ou bien à l'interprétation réalisée par l'organe supérieur de contrôle reconnu par le traité) ». La réponse est assurément affirmative, car le contrôle de conventionalité offre la possibilité d'annuler une règle juridique interne si le contenu de celle-ci s'oppose à un traité international ou bien à l'interprétation de celui-ci donnée par son organe statutaire de contrôle, ceci en conformité les dispositions constitutionnelles mentionnées antérieurement⁴⁰.

Enfin, il a fallu insister sur l'absence de hiérarchie au sein du droit international, notamment entre le droit de l'Union européenne et le droit du Conseil de l'Europe qui intègre l'ordre juridique interne moyennant une technique législative différente mais celle-ci n'entraîne pas un effet contraignant différent. Les principes, règles et obligations de l'UE ne sont pas toujours en accord avec le système de valeurs, de principes et de droits de la CSE⁴¹. Récemment, un remarquable arrêt du Tribunal Constitutionnel, l'arrêt 140/2018 du 20 décembre 2018 a confirmé le point de vue des juridictions de première et de deuxième instance judiciaire au regard du contrôle de conventionalité⁴². L'un des magistrats auteur des votes dissidents en ce qui concerne les arrêts de constitutionnalité de 2014 et 2015⁴³, a été rapporteur de cet arrêt.

Cette analyse montre que le contrôle de conventionalité en matière de protection des droits sociaux est essentiel en Espagne puisqu'il permet de soutenir de manière ferme et incontestable que les juridictions de première et deuxième instances sont tenues de ne pas appliquer la loi non conforme à un traité. En d'autres termes, l'arrêt précise que le Tribunal Constitutionnel n'a pas le dernier mot par rapport aux garanties de droits, les instances inférieures peuvent « sélectionner le droit applicable ». La réalité montre à ce sujet « (...) une véritable guerre (...) » au lieu d'un « dialogue des juges » non seulement entre les organismes de contrôle européens mais aussi parmi les différentes instances judiciaires domestiques⁴⁴.

Caruso Fontán et M. Reyes Pérez Alberdi (dir), *Diálogos judiciales en el sistema europeo de protección de derechos : una mirada interdisciplinar*, Valencia, 2018, Tirant lo Blanch, pp. 151-175.

⁴⁰ *En Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derecho*, Navarra, 2013, pp. 24 et 25.

⁴¹ Voir l'affaire *Laval*, *Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) c. Suède*, réclamation n° 85/2012, décision sur le bien-fondé 3 juillet 2013. Une étude en C. Salcedo Beltrán, *Negociación colectiva, conflicto laboral y Carta Social Europea*, Albacete, 2014, Bomarzo.

⁴² Voir l'étude magistrale du L. Jimena Quesada, « La consagración del control de convencionalidad por la Jurisdicción Constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales.: Comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre », *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2019, n° 53, pp. 1-29.

⁴³ Voir *supra* note de bas de page numéro 37.

⁴⁴ A. Supiot, « La guerre du dernier mot », in E. Pataut, F. Petit, S. Robin-Olivier et A. Supiot, (dir.), *Droit social international et européen en mouvement, Liber amicorum en hommage à Pierre Rodière*, Issy-les Moulineaux, 2019, Lextenso, p. 459 et suiv.

Partie III - L'avenir au niveau législatif et judiciaire

Au regard du pouvoir législatif, il est très souhaitable que le gouvernement respectera et mettra en œuvre les engagements qu'il a pris dans le cadre de l'accord de coalition. S'agissant des juridictions, l'analyse a démontré qu'elles sont déjà très favorables à la Charte, surtout depuis l'arrêt 140/2018 du Tribunal constitutionnel. Les juridictions de la deuxième instance ont aussi multiplié au cours de l'année 2019 les arrêts au titre du contrôle de conventionalité, y compris ceux concernant la Charte, et toutes aujourd'hui se réfèrent à l'arrêt du Tribunal Constitutionnel. Il s'agit, plus précisément, des arrêts suivants :

- (a) Arrêt Tribunal Supérieur Justice Canaries/Las Palmas de la Grande Canarie du 12 mars 2019, arts. 8.3 et 16 Charte Sociale Européenne, protection juridique famille. Réduction (durée/nouvel aménagement) journée du travail ;
- (b) Arrêt Tribunal Supérieur Justice Galice 26 avril 2019, Rec. 4258/2018, art. 4.4 Charte Sociale Européenne et la durée période d'essai ;
- (c.) Arrêt Tribunal Supérieur Justice Canaries/Las Palmas de la Grande Canarie 2 juillet 2019, Rec. 369/2019, art. 3 Charte sociale européenne ;
- (d.) Juge de l'ordre social n° 1 et n° 2 Palma de Majorque 26 juillet 2019 6 novembre 2019, arts. 8.3 et 16 Charte sociale européenne ;
- (e) Arrêts Tribunal Supérieur Justice Canaries/Las Palmas de la Grande Canarie 27 août 2019, Rec. 533/2019 et 14 février 2020, Rec.1429/2019, arts. 8.3 et 16 Charte sociale européenne ;
- (f) Arrêt Tribunal Supérieur Justice Catalogne 17 janvier 2020, Rec. 5532/2019, art. 3 Charte sociale européenne et le droit à la sécurité et à l'hygiène dans le travail face à un licenciement pour les absences répétées ou prolongées au travail suite à une maladie⁴⁵.

Il faut continuer à travailler et faire face aux trois déficits, sans oublier le déficit de formation sur la Charte sociale en matière de formation universitaire.

Enfin, les gouvernements doivent faire en sorte que toutes les mesures nécessaires soient prises pour que ces droits soient effectivement garantis au moment où le besoin de protection se fait le plus sentir⁴⁶. Dans le cas contraire, les instances judiciaires peuvent laisser inappliquée la législation nationale espagnole qui porte atteinte aux droits sociaux des citoyens et travailleurs reconnus directement par la Charte sociale européenne.

⁴⁵ Certains jours après, l'arrêt du Tribunal Supérieur Justice Extremadura 23 janvier 2020, Rec. 656/2019 justifie un licenciement semblable et la compatibilité au regard de la Convention n° 158 OIT. En ce qui concerne la violation de la Charte n'est pas analysée.

⁴⁶ Observation du Comité européen des droits sociaux relative à l'application de la Charte sociale européenne dans le contexte de la crise économique actuelle (Introduction générale Conclusions XIX-2). Le Comité a aussi souligné que « (...) dans le cadre de la Charte, les Parties ont accepté de poursuivre par tous moyens utiles la réalisation de conditions propres à assurer l'exercice effectif d'un certain nombre de droits (...) » en soulignant que « la crise économique ne doit pas se traduire par une baisse de la protection des droits reconnus par la Charte ».

Conclusion: respect, conventionalité et volonté

Il reste toujours nécessaire de rappeler et de demander aux États de respecter leurs engagements internationaux, l'effet direct des traités et de la jurisprudence contraignante de l'organisme de surveillance. Face à leur passivité ou au mépris dont les États font preuve à l'égard des engagements internationaux, ce sont les juges qui sont devenus les gardiens des droits sociaux. Aujourd'hui, l'Espagne peut faire figure d'exemple à ce sujet.

Il est fondamental de placer la Charte sociale européenne dans le panorama international et européen au centre de n'importe quelle initiative et de mettre l'accent sur la prise en compte de ce Traité comme la « Constitution sociale de l'Europe ». À ce sujet, le récent Avis du Secrétaire général du Conseil de l'Europe, sur le Socle européen des droits sociaux observe :

« (...) qu'il est nécessaire, que, dans le respect des compétences et du droit applicable de l'Union européenne, d'un côté, les dispositions de la Charte sociale européenne (révisée) soient formellement intégrées dans le Socle européen des droits sociaux en tant que référence commune des États pour la garantie de ces droits, (...) [et, d'un autre côté], la procédure de réclamations collectives soit reconnue par le Socle européen des droits sociaux pour la contribution qu'elle apporte à la réalisation effective des droits de la Charte, ainsi qu'au renforcement de démocraties inclusives et participatives ».

La refondation et la restauration de la démocratie en Europe doivent passer par l'acceptation du rôle significatif de ce traité et de son organisme de surveillance⁴⁷. Les droits existent, leurs garanties aussi. En conséquence, la seule chose nécessaire pour appliquer la Charte et la jurisprudence du Comité est d'avoir la volonté de le faire⁴⁸.

⁴⁷ Voir, « [Partie IV – De la démocratie en Europe](#) », actes du colloque des 18 et 19 juin 2018, Collège de France, où il est indiqué que « Sans une telle renaissance démocratique, les 'élites dirigeantes' continueront de se couper de l'expérience infiniment riche et diverse de la vie des peuples et d'en faire la proie des démagogues » (spéc. p. 199) [dernière consultation le 15 mars 2020].

⁴⁸ L. Jimena Quesada, *Devaluación y blindaje del Estado social y democrático de Derecho...*, précité, p. 58.

Droits économiques et sociaux et organisations internationales financières et commerciales: repenser les formes d'un silence assumé

Edoardo Stoppioni*

Quand on rentre dans les locaux de l'Organisation mondiale du commerce à Genève, on est d'emblée frappé par les imposantes peintures murales de Gustave-Louis Jaulmes qui célèbrent « La joie universelle », « Le travail dans l'abondance » ou « Le bienfait des loisirs ». On pourrait croire que cette iconographie est la preuve d'une attention accrue de l'OMC pour les droits économiques et sociaux ou du moins que « l'OMC porte sur ses murs des promesses qui ne cadrent pas spontanément avec son image de temple de la mondialisation libérale »¹. Or, il ne faut pas être dupe des apparences ; c'est plus par un accident historique que l'on est face à cette rencontre entre droits économiques et sociaux et organisations internationales économiques, puisque l'OMC a simplement repris les locaux qui étaient auparavant ceux du Bureau international du travail et que celui-ci a quittés en 1975.

Pour être provocateur, on pourrait dire que ces peintures murales sont à peu près tout ce qui existe concernant les droits économiques et sociaux dans l'enceinte des organisations internationales économiques. En effet, quand on pense, en droit international, aux relations entre ces deux entités, on est rapidement confronté à un silence, issu du fait que les organisations internationales financières et commerciales ont tendance à rejeter en dehors de leur enceinte les problèmes liés aux droits de l'homme (qu'ils soient de première ou deuxième génération). C'est la lecture qu'en fait la majorité de la doctrine, y voyant deux entités qui « *evolved in splendid isolation* »², en tant que régimes séparés³.

Ce « mutisme »⁴ apparaît à l'évidence paradoxal : l'absence de relations entre droit international économique et droits de l'homme ne peut être qu'un mythe, puisqu'il est indéniable que l'économie est fondée sur l'idée de liberté et que les droits humains ont une importante dimension économique⁶. Mais cette dichotomie, qui dépeint les organisations

* Docteur en droit international (Université Paris1 Panthéon-Sorbonne), *Senior Research Fellow* à l'Institut Max Planck pour le droit procédural de Luxembourg. Je remercie les organisatrices du beau colloque qui a donné lieu à la contribution orale qui a constitué la base de cet article ainsi que les intervenants pour leurs commentaires et questions.

¹ H. Ruiz Fabri, « Qui gouverne à l'OMC et que gouverne l'OMC ? », *En Temps Réel* – Cahier n° 44 – octobre 2010, p. 4.

² T. Cottier, « Trade and Human Rights: A Relationship to Discover », *JIEL*, vol. 5(1), 2002, p. 112.

³ E.-U. Petersmann, « Human Rights and International Economic Law: Common Constitutional Challenges and Changing Structures », *EUI Working Papers*, Law 2012(7), pp. 1–22.

⁴ H. Ghérari, « Les droits de l'homme et l'Organisation mondiale du commerce », in L. Boy, J.-B. Racine, F. Siirainen, *Droit économique et droits de l'homme*, Paris, Larcier, 2009, p. 170.

⁵ J.-B. Racine, « Droit économique et droits de l'homme: introduction générale », in L. Boy, J.-B. Racine, F. Siirainen, *Droit économique et droits de l'homme*, Paris, Larcier, 2009, p. 9.

⁶ J.-F. Flauss, « La convention européenne des droits de l'homme: une nouvelle interlocutrice pour le juriste d'affaires », *RJDA*, 1995, p. 524. Voy. également la thèse de O. Baillet, *L'économie dans la jurisprudence de la Cour européenne*

internationales économiques comme tournées vers l'économie, là où les droits de l'homme s'intéressent à la personne, a des origines anciennes et a mené Gerorges Scelle à parler, déjà au début du siècle dernier, de « querelle de l'économique et du social »⁷.

Cette scission des valeurs protégées a valu d'importantes critiques au droit international économique et à ses agents institutionnels⁸, qui ont été accusés de ce que Heidegger aurait défini comme étant une « réduction de l'être humain à une unité calculable »⁹. L'idée fondamentale réside dans le fait que le droit international économique et ses institutions seraient imperméables aux considérations non-économiques, à cause d'un certain complexe de supériorité¹⁰, qui explique la fragmentation de l'ordre juridique international en une série de régimes normatifs auto-poïétiques, solipsistes et hégémoniques¹¹.

Ces contestations ont commencé dès 1987, lorsque l'UNICEF publie un rapport extrêmement critique à l'égard du FMI (*Adjustment with a Human Face*) contestant l'absence de prise en considération de la question des droits sociaux et de l'impact sur ceux-ci de ses politiques macroéconomiques de prudence et orientées vers le capitalisme libre-échangiste¹².

Concernant l'OMC, en 2000, un rapport d'un groupe d'experts mandaté par la Sous-Commission aux droits de l'homme des Nations Unies qualifie l'OMC de « véritable cauchemar » pour les droits de l'homme¹³. Ce *Nightmare Report* appelle à repenser un système de libre-échange qui, sous couvert d'égalité, discrimine entre les pays les plus avancés et les moins avancés par les effets de ses règles. Cette posture fit rapidement s'insurger la communauté des experts de droit international des échanges, qui dénoncèrent l'hypocrisie d'une critique qui ne tiendrait pas compte du fait que « *WTO and EC diplomats have contributed no less to poverty reduction and international rule of law (as a precondition for democratic self-governance in our globally integrated world) than UN*

des droits de l'homme, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2019.

⁷ G. Scelle, *L'Organisation internationale du travail et le BIT*, Paris, Rivière, 1930, p. 86.

⁸ L. Bartels, « Trade and Human Rights », in *Oxford Handbook of International Trade Law*, Oxford, OUP, 2009, p. 572:

« These negative effects are of two main types. The first is that, in the short term, trade liberalization ipso facto harms inefficient producers, and can also be costly at the aggregate level, especially for developing countries. In principle, these costs can be compensated by the greater earnings produced by free trade, but this does not always happen in the short term, or in some cases at all. Second, some of the rules imposed by trade regimes go beyond a simple reduction of protectionist measures, and can interfere with the ability of countries to pursue human rights objectives. These negative effects are very real, and will be discussed in more detail shortly ».

⁹ M. Heidegger, *Holzwege*, Frankfurt, Vittorio Klostermann, 2003 (traduction par l'auteur).

¹⁰ P. Picone, A. Ligustro, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Padova, Cedam, 2002, p. 634.

¹¹ M. Koskenniemi, « International Law and Hegemony: A Reconfiguration », *Cambridge Review of International Affairs*, vol. 17, 2004, pp. 197–218.

¹² G. A. Cornia, R. Jolly, F. Stewart, *Adjustment with a human face*, Oxford, OUP, 1989.

¹³ Preliminary Report submitted by J. Oloka Onyango and Deepika Udagam to the 52nd Session of the Sub-Commission on the Protection of Human Rights – U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2000/13 (2000), §15; "UN-Commissioned Report Calls WTO A 'Nightmare' for Developing Nations", *WTO REPORTER*, 17 August 2000.

human rights diplomats discrediting the WTO as ‘a veritable nightmare’ for developing countries and women »¹⁴.

De même, entre 2009 et 2011, Olivier de Schutter, Rapporteur spécial du Conseil des droits de l’homme des Nations Unies sur le droit à l’alimentation, fit valoir que le commerce international et les règles de l’OMC peuvent entrer en conflit avec la sécurité alimentaire¹⁵. Ses allégations, selon lesquelles le droit à l’alimentation est « otage » des négociations de l’OMC, furent rejetées par Pascal Lamy qui soutint l’intégrité du système OMC¹⁶.

Le rapport de 2018 de Philip Alston, rapporteur spécial sur la pauvreté extrême et les droits de l’homme, s’inscrit dans cette continuité en incitant le FMI à privilégier les plus démunis : « L’extrême pauvreté est abjecte, porte atteinte aux droits fondamentaux et relève d’un choix politique. Le FMI ne doit plus la considérer comme un élément abstrait inscrit comme un autre au bilan. Dans l’esprit qui est actuellement le leur, les membres du personnel du FMI jouent un rôle essentiellement technique, scientifique et apolitique (...) le FMI a été une organisation dotée d’un grand cerveau, d’un ego démesuré et d’une conscience minuscule. S’il tenait sérieusement compte de la protection sociale, plutôt que de prendre des engagements symboliques dans la mise en place de dispositifs de protection sociale minimale, il pourrait montrer qu’il a bel et bien tiré des enseignements de ses erreurs passées »¹⁷.

Le but de cet article est donc de resituer ce discours dichotomique dans l’histoire et de remonter aux origines de cette scission discursive. Cette scission mène presque à l’émergence de deux discours parallèles (celui du droit international économique et celui des droits de l’homme), ce qui entraîne une absence de prise en considérations des seconds dans le premier. Il sera démontré que ce silence est le produit d’une certaine vision de l’économie et de l’ordre juridique international qui s’est développée au fil des années, qui est venue irradier le mode de fonctionnement des organisations internationales économiques **(I)**. Dans un second temps, il sera question d’analyser les possibles modes de dépassement de ce silence, leur structure de fonctionnement et leurs postulats **(II)**.

¹⁴ E.-U. Petersmann, « [Human Rights, International Economic Law and ‘Constitutional Justice’: A Rejoinder by Ernst-Ulrich Petersmann](#) », *EJIL:Talk*, 9 Décembre 2008 [dernière consultation le 15 mars 2020].

¹⁵ O. de Schutter, « [The World Trade Organization and the Post-Global Food Crisis Agenda: Putting Food Security First in the International Food System](#) », 2011. Le rapporteur a pu soutenir que « La sécurité alimentaire est l’éléphant dans le salon que l’OMC devrait prendre en compte (...) Le monde est au beau milieu d’une crise alimentaire qui exige une réponse politique rapide. Mais l’Organisation Mondiale du Commerce (OMC) n’a pas adapté son ordre du jour, et les pays en développement craignent à juste titre de se retrouver les mains liées à cause des règles commerciales » [dernière consultation le 15 mars 2020].

¹⁶ Pascal Lamy a pu affirmer « *I fundamentally disagree with your assertion that countries need to limit reliance on international trade to achieve food security objectives* »; voy. la réponse institutionnelle, accessible sur https://www.wto.org/english/news_e/news11_e/agcom_14dec11_e.htm#comments.

¹⁷ Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l’homme et l’extrême pauvreté, A/HRC/38/33, 8 mai 2018, §§65 et 72.

Partie I - Le son du silence

La première question qu'il s'agit de poser est celle de savoir d'où vient et comment opère ce silence, dont le constat semble faire l'unanimité. Il est soutenu que ce silence est un produit de l'histoire et d'une vision particulière de l'économie internationale et de ses structures juridiques qui a émergé avec la pensée néolibérale (A). Cette posture innerve progressivement la pratique et le discours internes aux organisations internationales financières et commerciales (B).

A. Le silence, produit de la pensée néolibérale

Si l'on veut remonter aux sources philosophiques de cette scission discursive entre droits de l'homme et institutions internationales économiques, il est inéluctable de questionner les origines communes du droit international économique et des droits de l'homme dans la pensée libérale. A ce propos, dans l'histoire, les discours soulignant les synergies ne manquent pas : selon ceux-ci, libéraliser l'économie permettrait de faire éclore une protection accrue de l'être humain (également au cœur d'une certaine posture doctrinale¹⁸). C'est l'idée de « paix par le commerce » de Montesquieu¹⁹ ; c'est encore l'idée de Max Weber pour qui les Républiques maritimes italiennes reconnaissent un droit de citoyenneté aux marchands à raison de leur contribution à l'éclosion économique de la cité²⁰.

Mais cette communauté d'origine intellectuelle est progressivement altérée par une scission de la pensée libérale elle-même : à l'unité initiale se substitue une dichotomie entre un libéralisme politique se souciant de la liberté individuelle et un néo-libéralisme concentré exclusivement sur la liberté économique et la priorité du marché. Comme l'affirme Foucault dans ses cours au Collège de France :

« Pour le néolibéralisme, le problème n'était pas du tout de savoir, comme dans le libéralisme de type Adam Smith, le libéralisme du XVIIIe siècle, comment, à l'intérieur d'une société politique toute donnée, on pouvait découper, ménager, un espace libre qui serait celui du marché. Le problème du néolibéralisme, c'est au contraire de savoir comment on peut régler l'exercice

¹⁸ O. Diggelmann, « Menschenrechte und Wirtschaftsvölkerrecht. Antagonismen – Synergien – Grundoptionen », in M. Senn, B. Winiger, B. Fritschi, P. Avramov (éd.), *Recht und Globalisierung/Droit et mondialisation*, Stuttgart, Nomos, 2010, p. 84: « Zwischen Wirtschaftsvölkerrecht und Menschenrechten bestehen auch bedeutende Synergien. Das Freihandelsrecht trägt in verschiedener Hinsicht zu Rahmenbedingungen für die Politik bei, die den Menschenrechten zu Gute kommen ».

¹⁹ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Livre XX, chapitre I & II:

« Le commerce guérit des préjugés destructeurs; et c'est presque une règle générale que partout où il y a des mœurs douces il y a du commerce, et que partout où il y a du commerce il y a des mœurs douces. (...) L'effet naturel du commerce est de porter à la paix. Deux nations qui négocient ensemble se rendent réciproquement dépendantes : si l'une a intérêt d'acheter, l'autre a intérêt de vendre ; et toutes les unions sont fondées sur des besoins mutuels ».

²⁰ G. Muhlmann *e.a.*, *Histoire des idées politiques*, Paris, PUF, 2012, p. 81.

global du pouvoir politique sur les principes d'une économie de marché. Il s'agit donc non pas de libérer une place vide, mais de rapporter, de référer, de projeter sur un art général de gouverner les principes formels d'une économie de marché »²¹.

Emmanuelle Jouannet a pu soutenir qu'il existerait aujourd'hui un consensus important sur la thèse selon laquelle la globalisation et le développement de la pensée néolibérale auraient normalisé l'empire du marché, ainsi que le rôle hégémonique de règles économiques capitalistes qui l'emportent sur un droit international incapable de les saisir²². C'est pourquoi il serait primordial de déconstruire ce phénomène : « *focusing on this question of the forms of law embodied in the two fields of trade and human rights is helpful, perhaps even necessary, in developing an understanding of the relationship between liberal democratic politics and global capitalist economics* »²³.

Le droit international économique est en effet innervé structurellement par la pensée néolibérale. A cet égard, les travaux récents des historiens sont inspirants. Ainsi, Quinn Slobodian soutient que le néolibéralisme consiste moins en une école de pensée fondée sur le laisser-faire économique que dans la volonté de certains d'intellectuels (Friedrich Hayek, Ludwig von Mises, Wilhelm Röpke et Michael Heilperin notamment) d'utiliser des disciplines et institutions internationales (la Société des Nations, la CJUE, l'OMC ou le droit international des investissements) pour isoler les marchés de l'intervention étatique et des revendications démocratiques, en vue d'atteindre davantage d'égalité et de justice sociale²⁴.

L'architecture institutionnelle des trois piliers du droit international économique (commerce, investissement et monnaie) a été pensée à Bretton Woods, dans un contexte de reconstruction post-seconde guerre mondiale, avec une attention quasi-exclusive pour la reconstruction économique. Dans ce cadre, s'affrontaient deux postures différentes : la vision libérale du laisser-faire économique et celle keynésienne de l'interventionnisme étatique. C'est lorsque la première a emboîté le pas à la seconde, à partir des années 1970, que le triomphe du libéralisme économique a commencé à rendre muettes les revendications alternatives : que ce soit le nouvel ordre économique international prôné par les pays de la décolonisation ou l'économie administrée, prônée par les pays de

²¹ M. Foucault, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France (1978-1979)*, Paris, Gallimard-Seuil, 2004, pp. 150-151.

²² E. Tourme-Jouannet, « Empire du droit et empire du marché : réflexions préliminaires », Workshop «*Droit international, Empire et marché*» de l'École de droit de la Sorbonne, 28 septembre 2013, papier distribué aux participants p. 1.

²³ A. Orford, « Beyond Harmonization: Trade, Human Rights and the Economy of Sacrifice », *Leiden Journal of International Law*, vol. 18 (2), June 2005, p. 180.

²⁴ Q. Slobodian, *The Globalists - The End of Empire and the Birth of Neoliberalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2018, 400 p..

tradition socialiste. Le néolibéralisme s'impose progressivement en tant que pensée unique et cela a un impact majeur sur l'architecture institutionnelle de l'économie internationale²⁵. Le pilier commercial en est l'exemple le plus évident. Les tribulations y commencent déjà lors des négociations du GATT, qui devait être partie du projet plus vaste de l'Organisation internationale du commerce. Cette OIC et son droit auraient fait place aux deux visions de l'économie, libérale et keynésienne, en cherchant un équilibre entre libre-échange et règles prônant le plein emploi ou soutenant le commerce des produits de base. Une telle tentative de mise en balance a rapidement échoué à cause du refus du sénat américain de ratifier un tel accord, de sorte que ce n'est que la partie portant sur le libre-échange qui fut mise en application provisoire et le GATT de 1947 perdurera comme étant le seul instrument de régulation du pilier commercial.

Les tentatives de réflexion concernant l'inclusion d'une « clause sociale » dans les accords de l'OMC à compter des années suivantes vont également constituer un échec. Cette initiative américaine et norvégienne en 1998 essaie d'intégrer les droits sociaux à l'OMC par le biais d'une telle clause. Cependant, la structure néolibérale mise en place continue de résister aux droits économiques et sociaux, ce que la doctrine analyse comme une « *mised opportunity* », motivée par la nature impérialiste du droit international qui présenterait la tendance structurelle à garder ces questions séparées²⁶.

On peut en conclure que cette posture historique néolibérale déteint sur le fonctionnement institutionnel et le silence à l'égard des valeurs non marchandes devient un mode de fonctionnement interne aux organisations internationales économiques. Pour transposer les réflexions de Anne-Charlotte Martineau, le langage institutionnel fait plus que normaliser le biais néolibéral, il le « routinise »²⁷.

B. Le silence, discours intériorisé par la pratique institutionnelle

Dans un ouvrage novateur, Guy Fiti Sinclair analyse l'évolution du discours des organisations internationales sur leur pratique institutionnelle et retrace le mouvement général (et informel) d'expansion des pouvoirs inscrits dans leur mandat comme participant de la dynamique de réforme libérale²⁸. Il étudie compare également les discours

²⁵ U. Özsü, « Neoliberalism and the new international economic order: A history of “contemporary legal thought », *In Search of Contemporary Legal Thought*, 2017.

²⁶ A. Richford, « Would Inserting Labour Standards within the WTO Framework Represent a Neo-Imperial Intervention in Developing World Economies? », papier présenté à la conférence *Colloquium in Critical International Law* de l'Université SOAS, 20 septembre 2018.

²⁷ A.-C. Martineau, « The Politics of Normalization », *NYU J. Int'l L. & Pol.*, vol. 41, 2009, pp. 832-834: « to say that adjudication is 'normalizing' is to agree with the way in which the Appellate Body translates free trade into determinate policy decisions. To call it 'routinizing' is to disagree with the social and political arrangements legitimates by the Appellate Body' ».

²⁸ G. Fiti Sinclair, *To Reform the World - International Organizations and the Making of Modern States*, Oxford, OUP, p. 283: traitant d'une

« expansion of the legal powers exercised by international organizations (IO expansion) can best be understood in light of its interconnections with the making and remaking of modern states on a broadly

sur l'économie tenu dans les différentes enceintes internationales, pour conclure à l'existence de :

« continuities and discontinuities in patterns of thought and practice in international governance - from “civilization” to “modernization” to “globalization” ; from laissez-faire liberalism to postwar “embedded liberalism” to turn-of-the-century “neoliberalism” ; and from “social government” to postcolonial developmentalism to “global governance.” In doing so, it sheds light on the puzzle of apparently contradictory goals and purposes pursued by present-day international organizations, such as the “neoliberal” policy prescriptions of the World Trade Organization, the International Monetary Fund, and the World Bank, on the one hand, and the more socially oriented programs of the ILO and the UN Development Program, on the other »²⁹.

Ainsi, la vision néolibérale caractérisant les organisations internationales économiques influence également la vision de leur mandat et de leur fonctionnement dans l'ordre juridique international. A l'OMC, comme dans le cadre du FMI, s'ancre une lecture du mandat comme étant strictement limité aux questions économiques, ce qui conforte l'idée de mutisme, silence voire surdité à l'égard des valeurs non économiques.

Dans le cadre de l'OMC, cette tendance se concrétise dans la vision selon laquelle l'organisation a une compétence limitée aux questions commerciales et ne saurait s'étendre au-delà. Si le préambule mentionne la volonté des Membres de reconnaître que leurs « rapports dans le domaine commercial et économique devraient être orientés vers le relèvement des niveaux de vie, la réalisation du plein emploi et d'un niveau élevé et toujours croissant du revenu réel », les accords de l'OMC, quant à eux, ne contiennent pas de référence explicite aux droits humains, il n'y a pas d'affaire contentieuse en traitant directement et les membres n'ont que très rarement tendance à soulever ce genre de questions dans cette enceinte³⁰.

D'importants débats ont pu venir bouleverser cet état des choses, débats connus sous l'expression « *trade and ...* »³¹, faisant état des difficultés d'inclusion de valeurs exogènes

Western model. As I have tried to show, both processes are driven by a dynamic of liberal reform which, by seeking to maximize liberty, requires incessant fine-tuning of institutions, individuals, and society. Throughout the twentieth century, that dynamic led international organizations repeatedly to seek to shape and reshape the structures of authority, political rationalities, and technologies of government in states. In the process, international law itself was reimagined and transformed through the incorporation of new concepts, doctrines, and techniques drawn from national traditions of public law ».

²⁹ *Ibid.*, pp. 296-297.

³⁰ H. Hestermeyer, « Economic, Social and Cultural Rights in the World Trade Organization: Legal Aspects and Practice », in E. Riedel, G. Giacca, *Economic, Social, and Cultural Rights: Contemporary Issues and Challenges*, 2013, pp. 260-286.

³¹ J. P. Trachtman, « Institutional linkage: transcending “trade and...” », *American Journal of International Law*, vol. 96.1, 2002, pp. 77-93.

dans l'enceinte de cette organisation internationale. Différents thèmes ont pu faire émerger la réflexion à ce propos : les rapports entre commerce et environnement dans les réflexions concernant les énergies fossiles ou renouvelables³² ou concernant les quotas-carbone, les rapports entre commerce et violations du droit humanitaire dans l'affaire des diamants « ensanglantés »³³, ou encore les relations entre commerce et droit à la santé dans les affaires concernant le tabac³⁴ ou l'accès aux médicaments dans les pays en voie de développement.

Ce dernier est intimement lié à l'affaire concernant l'impact de l'Accord sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) sur la lutte contre le SIDA, notamment en Afrique. L'Accord sur les ADPIC, qui fait partie intégrante du droit de l'OMC, prévoit l'obligation de garantir les droits de propriété intellectuelle pour la protection des brevets pharmaceutiques ce qui engendrait un monopole *de facto* du détenteur du brevet et donc un problème d'accès aux médicaments. Le débat émergea lorsqu'une multinationale pharmaceutique saisit les juges en Afrique du Sud en 1998 en contestant une loi qui permettait au ministre de la santé de limiter les droits issus des brevets pour permettre un accès à certains médicaments à un prix raisonnable, en invoquant l'argument du droit de l'OMC protégeant ses propres droits de propriété intellectuelle. Les discussions au sein de l'OMC menèrent finalement à l'amendement de l'article 31 de l'Accord sur les ADPIC³⁵.

Dans le cadre du FMI, la justification principalement mise en avant à l'appui de ce silence concernant les droits de l'homme dans la pratique institutionnelle est toujours l'idée du mandat limité. Telle est substantiellement la position du « rapport Gianviti », qui porte le nom du conseiller juridique du FMI qui en 2002 rédigea un article de référence sur la place des droits économiques et sociaux dans le cadre de l'institution³⁶. L'argumentation s'articule autour de deux concepts forts. D'une part, les statuts du FMI lui confèrent seulement des pouvoirs de surveillance et d'assistance financière. L'on soutient que le FMI est une « *monetary agency, not a development agency* », donc il se doit de se limiter à son mandat.

D'autre part, il soutient que le Pacte relatif aux droits économiques et sociaux ne s'applique pas au FMI et que ses dispositions n'ont pas non plus de valeur coutumière ; le FMI ne

³² H. B. Asmelash, « Energy subsidies and WTO dispute settlement: Why only renewable energy subsidies are challenged », *Journal of international economic law*, vol. 18.2, 2015, pp. 261-285.

³³ V. Grado, « Divieto di commercio di diamanti “insanguinati” e ordinamento dell'OMC », in A. Ligustro, G. Sacerdoti (éd.), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia*, Napoli, Scientifica, 2011, p. 954 pointant du doigt la « tendenziale chiusura del sistema dell'OMC nei confronti delle problematiche di carattere non commerciali ».

³⁴ B. McGrady, *Trade and public health: the WTO, tobacco, alcohol, and diet*, Cambridge, CUP, 2011; E. Stoppioni, H. Asmelash, « [Balancing between Trade and Public Health: The Latest Step in the Plain Packaging Saga](#) », *EJIL:Talk*, 8 août 2018 [dernière consultation le 15 mars 2020].

³⁵ H. Hestermeyer, *Human rights and the WTO: the case of patents and access to medicines*, Oxford, OUP, 2007.

³⁶ F. Gianviti, « Economic, social and cultural rights and the International Monetary Fund », *IMF Seminar on Current Developments in Monetary and Financial Law*, Washington, DC (May 7-17, 2002).

peut que promouvoir indirectement ces droits en soutenant la croissance économique, mais il ne peut le faire autrement sans déborder du cadre prévu par le statut.

Une question qu'il faut se poser pour nuancer la posture de l'exigence d'intégration d'une clause sociale dans les organisations internationales économiques est tout de même celle de savoir si procéder de la sorte ne constituerait pas pour autant une posture néo-impérialiste. Une telle incorporation, au vu de l'histoire du droit international économique qui a été façonné comme un mécanisme d'oppression des Etats du Nord sur le Sud à travers la doctrine du libre-échange, ne transformerait-elle pas le social en un moyen de « civiliser » et d'imposer à nouveau, en le légitimant autrement, le libre-échange au « colonisé »³⁷ ? Comme l'affirment les approches tiers-mondistes, le droit international, en raison de son indétermination, présente la possibilité duale de devenir un instrument aidant le plus faible ou renforçant le plus fort³⁸. De même, l'intégration du social risque d'un côté d'aider le plus faible tout en habilitant le plus fort à le discriminer en raison de son « niveau inférieur de civilisation ». La réflexion sur l'intégration des logiques doit donc prendre acte des logiques de pouvoir consubstantielles à l'ordre juridique international et ne pas se transformer en un instrument ultérieur au service de la loi du plus fort.

Partie II - Dépasser le silence

En dehors de la réflexion purement juridique, de nombreuses voix ont essayé de montrer les points morts de ce silence érigé en mode de fonctionnement des organisations internationales économiques. Ainsi, le philosophe Thomas Pogge a lourdement critiqué la Banque mondiale, le FMI et l'OMC dont le dysfonctionnement des règles asymétriques contribuerait à la persistance de la pauvreté dans le monde et à imposer un ordre international structurellement injuste. En se cachant derrière le consentement formel des États, ces institutions dominées par une logique occidentale seraient en train de violer le devoir moral fondamental de ne pas causer de dommage à autrui³⁹.

L'économiste Amartya Sen a soutenu quant à lui que, en l'état des relations économiques internationales, les droits politiques et sociaux devaient devenir une nouvelle priorité. Ainsi, en raison du fait qu'ils sont potentiellement « *conductive to development (...), these freedoms and rights are also very effective in contributing to economic progress* »⁴⁰. Il est nécessaire donc de comprendre quelles sont les structures juridiques qui pourraient permettre un tel dépassement du silence actuel, qu'elles soient juridictionnelles (B) ou issues de changements politiques institutionnels (A).

³⁷ A. Richford, « Would Inserting Labour Standards within the WTO Framework Represent a Neo-Imperial Intervention in Developing World Economies? », papier présenté à la conférence *Colloquium in Critical International Law* de l'Université SOAS, 20 septembre 2018.

³⁸ B. S. Chimni, « An Outline of a Marxist Course on Public International Law », *Leiden Journal of International Law*, vol. 17, 2004, pp. 25-26.

³⁹ T. Pogge, *World Poverty and Human Rights: Cosmopolitan Responsibilities and Reforms*, Cambridge, Polity Press, 2008.

⁴⁰ A. Sen, *Development as Freedom*, Oxford, OUP, 1999, p. 5.

A. Les possibilités de dépassement normatif

Plusieurs réflexions ont porté sur la manière de transformer le contenu normatif du droit international économique, afin de mettre un terme au mutisme concernant les droits de l'homme. Isabelle Feichtner a soutenu que les internationalistes négligent le potentiel d'une modification normative des accords eux-mêmes : « *international lawyers should be idealistic and should not give up on the idea that political debate in international relations is possible in a sense which is not reducible to mere power politics* »⁴¹. C'est pourquoi, elle soutient que la dérogation (*waiver*) en droit de l'OMC est une voie fondamentale à explorer. Au sens de l'article IX(3) des Accords de Marrakech, la Conférence ministérielle peut décider à la majorité des trois quarts de ses membres de suspendre certaines obligations OMC dans des circonstances exceptionnelles. C'est souvent comme cela que des questions sensibles relatives aux droits de l'homme ont été résolues : que l'on pense à l'affaire des diamants ensanglantés où l'on a permis la discrimination commerciale à l'égard de diamants issus de conflits africains et extraits pour financer des violations massives des droits de l'homme et du droit humanitaire.

A cela s'oppose la vision de ceux qui soutiennent qu'une dérogation conserve tout de même la vision actuelle des rapports de système, selon laquelle les droits de l'homme seraient une exception, qu'il faut prendre en compte de manière ponctuelle en soustrayant une question particulière à l'emprise d'un droit de l'OMC qui autrement ne saurait se saisir des aspects non commerciaux du différend⁴².

D'autres voies d'intégration normative fonctionnent moins sur un schéma *aut aut* pouvant se révéler intellectuellement problématique, c'est le cas des « conditionnalités droits de l'homme ». Ces incitations au respect des droits de l'homme pour bénéficier d'un avantage économique peuvent être insérées dans des systèmes généralisés de préférence, qui sont donc appelés SPG+ : l'idée est celle d'un « *rewards-based system* »⁴³, « *a carrot* »⁴⁴ en vue du respect des droits de l'homme, conditionnant les avantages commerciaux à la volonté de certains membres « *to ratify and implement a list of human rights and good governance conventions* »⁴⁵. Un risque important de cette posture, courante dans les schémas de SPG américain et européen, est que la conditionnalité imposée unilatéralement par le puissant ne prenne pas en compte les exigences de progrès social mais, avant tout, les avantages commerciaux que les économies développées peuvent en tirer, au détriment du sujet ultime de ces droits de l'homme.

41 I. Feichtner, « The Waiver Power of the WTO: Opening the WTO for Political Debate on the Reconciliation of Competing Interests », *EJIL*, vol. 20(3), 2009, p. 644.

42 J. Pauwelyn, « WTO Compassion or Superiority Complex: What to Make of the WTO Waiver for Conflict Diamonds », *Mich. J. Int'l L.*, vol. 24, 2002, p. 1177.

43 L. Bartels, « The WTO Enabling Clause and Positive Conditionality in the European Community's GSP Program », *JIEL*, vol. 6(2), 2003, pp. 507-532.

44 B. Wardhaugh, « GSP+ and Human Rights: Is the EU's Approach the Right One? », *JIEL*, vol. 16, 2013, p. 828.

45 L. Bartels, « The WTO Legality of the EU's GSP+ Arrangement », *JIEL*, vol. 10, 2007, p. 869.

Il en va de même pour un autre type de conditionnalités, insérées dans les instruments d'accèsion des nouveaux membres à l'OMC, demandant le respect des droits de l'homme pour bénéficier de l'accès au « club » de l'OMC : c'est ce qui s'est passé récemment concernant le droit au procès équitable pour l'accèsion de Cambodge et de l'Arménie et concernant les standards sociaux pour l'accèsion du Vietnam et de la Chine⁴⁶. Ainsi, il a pu être considéré que « *human rights concerns are a small but emerging component of (...) discussions* »⁴⁷.

En ce qui concerne le cas du FMI, le Rapport de mai 2018 dressé pour le Comité des droits de l'homme des Nations Unies par Philipp Alston, rapporteur spécial sur la pauvreté extrême et les droits de l'homme, propose plusieurs voies pour dépasser le silence du FMI à l'égard des droits de deuxième génération. Il en identifie principalement deux. La première est l'instrument classique des « conditionnalités droits de l'homme » : l'idée de soumettre l'aide financière à la condition du respect de droits fondamentaux. Beaucoup a été fait dans ce cadre et le rapporteur Alston souligne que récemment les prêts du FMI pour l'Égypte et la Jordanie ont même été soumis à des « *gender conditionnalités* ». La deuxième est celle de repenser la notion flexible de « macro-criticité ». L'idée de macro-criticité consiste dans la qualification d'une situation comme critique pour atteindre la stabilité macroéconomique et il s'agit de la qualification centrale pour enclencher toute action du FMI d'ordre structurel. Selon Alston, les situations de conflit, violence ou de malaise social important devraient pouvoir être qualifiées de macro-critiques afin d'enclencher une aide du FMI. La pratique semble lentement aller dans ce sens : en 2016, les problèmes de corruption au Congo ont été considérés macro-critiques pour financer des actions étatiques. Néanmoins, les problèmes relatifs aux droits sociaux ne sont pas encore rangés dans cette catégorie dont Alston propose l'élargissement⁴⁸.

L'avantage de ce type de réforme structurelle, comme le souligne Isabelle Feichtner, est de permettre de dépasser la fragmentation par la voie politique en restructurant les priorités de la communauté internationale⁴⁹. Ainsi, ces instruments de flexibilité permettent une « *openness to non-legal as well as non-economic arguments* »⁵⁰. Si le juge a une difficulté consubstantielle à intégrer des éléments exogènes à son champ de connaissance juridictionnelle pour des raisons évidentes de légitimité, ces schémas politiques ne présentent pas ces limites ontologiques et peuvent permettre d'articuler le pluralisme sans craindre un manque de légitimité.

⁴⁶ S. Aaronson, « Seeping in slowly: how human rights concerns are penetrating the WTO », *World Trade Review*, vol. 6(3), 2007, pp. 424–425.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 438.

⁴⁸ Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme et l'extrême pauvreté, A/HRC/38/33, 8 mai 2018, paragraphes 17/22 et 26/29.

⁴⁹ I. Feichtner, *précité*, p. 633.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 635.

B. Les possibilités de dépassement juridictionnel

Certaines branches du droit international économique ont progressivement été l'objet d'un processus de juridictionnalisation⁵¹. Ainsi, la question s'est posée de savoir dans quelle mesure les droits de l'homme en général (et les droits économiques et sociaux en particulier) pouvaient être pris en compte dans le cadre de règlement des différends à l'OMC⁵² ou dans le cadre de l'arbitrage d'investissement⁵³.

Si l'on prend comme exemple le cas de l'OMC précédemment étudié, l'idée générale serait que la jurisprudence de l'OMC « *must 'breathe' the rest of international law and its interpretation will reflect it* »⁵⁴. Toutefois, pour que cela puisse être le cas, il existe deux sortes d'objections. Tout d'abord, il est certain que le juge de l'OMC a une compétence spécialisée et limitée aux différends portant sur les accords de l'OMC (comme cela découle d'une lecture croisée des articles 1, 3, 4, 7, 11 et 19 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends). Une doctrine plutôt minoritaire soutenant que les pouvoirs inhérents du juge lui permettraient de se saisir de tout litige ayant des aspects liés au commerce mais basé sur la violation des droits économiques et sociaux par exemple⁵⁵. Or, il est généralement admis que le juge de l'OMC ne peut engager la responsabilité internationale d'un membre pour violation d'un traité de protection des droits de l'homme.

Cela ne veut pas pour autant dire qu'il ne puisse pas prendre en considération les sources externes. Le point de départ commun est l'interprétation du texte de l'article 3(2) du Mémoire, où il est affirmé que :

« Le système de règlement des différends de l'OMC est un élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral. Les Membres reconnaissent qu'il a pour objet de préserver les droits et les obligations résultant pour les Membres des accords visés, et de clarifier les dispositions existantes de ces accords conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public. Les recommandations et décisions de l'ORD ne peuvent pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés ».

Concernant le degré de prise en considération, un débat éternel concerne le droit applicable par le juge : à la position de Joel Trachtman, qui voit dans la compétence spécialisée une

⁵¹ H. Ruiz Fabri, « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre États », *Revue de l'arbitrage*, n. 3, 2003, pp. 881-947.

⁵² G. Marceau, « WTO Dispute Settlement and Human Rights », *EJIL*, vol. 13(4), 2002, pp. 753-814.

⁵³ Pour un panorama des questions, voy. C. Reiner, C. Schreuer, « Human Rights and International Investment Arbitration », in P.-M. Dupuy, F. Francioni, E.-U. Petersmann, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, OUP, 2009.

⁵⁴ G. Marceau, *précité*, p. 775.

⁵⁵ T. Schoenbaum, « WTO Dispute Settlement: Praise and Suggestions for Reform », *ICLQ*, 2000, vol. 47, p. 653.

limite à toute prise en considération du droit exogène⁵⁶, s'oppose celle de Joost Pauwelyn qui soutient que le droit exogène doit être prise en compte dans l'interprétation et peut être utilisé comme moyen de défense, tant qu'il ne constitue pas le fondement d'une plainte⁵⁷. En tout état de cause, il existe deux voies principales par lesquelles le juge de l'OMC pourrait prendre en considération les droits économiques et sociaux. La première est ce que l'on appelle « test de similarité ». Avant de conclure à l'existence d'une discrimination commerciale, le juge doit vérifier que les deux produits en cause soient comparables, qu'ils soient similaires. Autrement dit, on ne pourrait pas les mettre sur le même marché et donc aucune discrimination ne serait à déceler. Dans ce contexte, on pourrait concevoir que les processus de fabrication soient pris en compte : un produit textile fabriqué en violation des droits fondamentaux des travailleurs ne pourrait pas être considéré comme similaire par rapport à un produit comparable fabriqué dans le respect des droits sociaux⁵⁸. La jurisprudence de l'OMC n'a pas eu l'occasion de trancher en ce sens mais l'évolution de la jurisprudence ne semble pas non plus l'exclure : que l'on pense à la prise en compte des goûts des consommateurs depuis l'affaire du *Phoque*⁵⁹ ou à la dangerosité des produits dans l'affaire *Amiante*⁶⁰.

La deuxième voie prétorienne serait une interprétation large de la clause d'exception, notamment celle de l'Article XX du GATT. Textuellement, les droits fondamentaux ne sont pas énumérés en tant que valeurs que l'on peut protéger en faisant échec aux obligations commerciales, probablement parce que la réflexion sur les liens avec ceux-ci était beaucoup trop embryonnaire à l'époque de la rédaction du texte de l'article⁶¹. Le point central est de savoir comment le juge pourrait lire cette clause de manière extensive⁶². Seule une mention cursive des articles fabriqués dans les prisons figure à l'article XX(e), qu'une minorité de la doctrine met en avant comme une possible clause de coordination, notamment afin d'injecter dans le contentieux de l'OMC la théorie des processus de fabrication⁶³.

⁵⁶ J. Trachtman, « The Domain of WTO Dispute Resolution », *Harvard Int L J*, vol. 40(2), 1999, pp. 333-377.

⁵⁷ J. Pauwelyn, « How to Win a World Trade Organization Dispute Based On Non-World Trade Organization Law? Questions of Jurisdiction and Merits », *Journal of World Trade*, vol. 37, 2003, pp. 997-1030.

⁵⁸ S. Charnovitz, « The law of environmental PPMs in the WTO: Debunking the myth of Illegality », *Yale J. Int'l L.*, vol. 27, 2002, p. 59.

⁵⁹ Rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Mesures prohibant l'importation et la commercialisation de produits dérivés du phoque*, WT/DS401/AB/R, 22 mai 2014.

⁶⁰ Rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, WT/DS135/AB/R, 12 mars 2001, §114.

⁶¹ R. Howse, Makau Mutua, « Protecting Human Rights in a Global Economy – Challenges for the World Trade Organization », *Human Rights in Development Yearbook*, 2001, p. 62.

⁶² M. Krajewski, « Balancing Trade and Non-trade Policy Objectives in GATS: Potentials and Limits of Article XIV », in F. Ortino, S. Ripinsky, *WTO Law and Process: Proceedings of the 2005 and 2006 Annual WTO Conferences*, Londres, BIICL, 2007, p. 32: « human rights are not recognised as such as non-trade values by the world trading system. The question therefore arises whether human rights can be considered under other objectives, in particular under the definition of public morals ».

⁶³ G. M. Zagel, « WTO and Human Rights: Examining Linkages and Suggesting Convergence », *IDLO Voices of Development Jurists Paper Series*, vol. 2(2), 2005, p. 15.

La jurisprudence s'est montrée ouverte à une interprétation évolutive de l'article XX, notamment en matière environnementale depuis l'affaire des *Crevettes*⁶⁴. On pourrait donc imaginer que dans le futur la protection des droits économiques et sociaux puisse être prise en compte pour faire exception à la violation d'une obligation commerciale dans ce cadre. Malgré certains scepticismes⁶⁵, le Commissaire pour les droits de l'homme de l'ONU semblait aller dans ce sens, en invoquant une coordination avec les droits de l'homme par le biais de la clause de moralité publique de l'article XX(a) du GATT et XIV(a) du GATS⁶⁶, ce qui a été considéré par la doctrine comme étant la solution la plus cohérente avec les règles coutumières d'interprétation et avec le préambule⁶⁷.

Telle a été également la position prônée par un Comité ILA présidé par Ernst-Ulrich Petersmann dans une résolution de 2008 : « *WTO members and bodies are legally required to interpret and apply WTO rules in conformity with the human rights obligations of WTO members under international law* »⁶⁸. Il est intéressant de constater que cette posture de Petersmann vient d'une vision particulière de l'ordre juridique international qui est inspirée de sa lecture du droit de l'Union européenne. Déjà dans sa thèse, il avait pu soutenir que le droit de l'intégration européenne est caractérisé par un « *normative individualism* » qui le distingue des autres projets d'intégration économique⁶⁹ et qui aurait amené à l'évolution de ce droit économique dans un droit sensible aux droits humains. Ainsi, sa thèse est celle de l'exigence de lire le droit international économique de manière générale en termes de constitutionnalisme multi-niveau. En adoptant une posture kantienne, il considère que les conflits sociaux viennent des incohérences propres à la condition humaine, c'est pourquoi seule une protection des droits fondamentaux à tous les niveaux normatifs permet une efficacité réelle de ces droits.

L'absence de références aux droits de l'homme dans le droit du FMI, de la Banque mondiale et de l'OMC constitue donc un problème structurel majeur qu'il faudrait résoudre par « *mainstreaming human rights into the law of worldwide organizations* »⁷⁰. Ce *mainstreaming*, judiciaire ou politique, serait « *the central challenge of human rights law*

⁶⁴ Rapport de l'Organe d'appel, États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, WT/DS8/AB/R, 12 octobre 1998, §158.

⁶⁵ H. Ghérari, *op. cit.*, p. 195: « à suivre la position officielle de l'OMC, il ne peut être tenu compte des procédés et méthodes de production non liés aux produits de telle sorte que les produits locaux et étrangers devraient être tenus pour 'similaires', et donc bénéficier du principe de non-discrimination dès lors qu'ils répondent au test de similarité et quand bien même ils auraient été fabriqués différemment (...). D'où toute l'utilité du recours à l'article XX ».

⁶⁶ Office of the UN High Commissioner for Human Rights, *Human Rights and World Trade Agreements – Using General Exception Clauses to protect Human Rights*, New-York and Geneva, 2005, HR/PUB/05/5, *passim*.

⁶⁷ R. Howse, M. Mutua, *précité*, p. 64.

⁶⁸ ILA Resolution 5/2008 on Human Rights and International Trade Law, *ILA Report*, 2008.

⁶⁹ Ernst-Ulrich Petersmann, *Constitutional Function and Constitutional Problems of International Economic Law. International and Domestic Foreign Trade Law and Policy in the United States, the European Community and Switzerland*, Fribourg, FUP/Boulder Publishers, 1991, 516 p..

⁷⁰ E.-U. Petersmann, « From 'Negative' to 'Positive' Integration in the WTO: Time for Mainstreaming Human Rights into WTO Law? », *Common Market Law Review* vol. 37(6), 2000, pp. 1363–1382.

and international economic law in the 21st century »⁷¹. Il en tire deux corollaires fondamentaux. Premièrement, le juge économique doit prendre conscience de sa fonction constitutionnelle et interpréter le droit international économique en utilisant tous les moyens extensifs laissés par la Convention de Vienne, afin de parvenir à une interprétation conforme aux principes de justice⁷² :

« the judicial task of settling disputes with due regard to the constitutional rights of citizens and constitutional restraints of governance powers is essential for maintaining an ‘overlapping consensus’ on ‘principles of justice’ among states and citizens with competing self-interests and conflicting conceptions for a good life, social justice and an efficient regulation of the economy »⁷³.

Deuxièmement, il faudrait repenser la forme même du droit international économique en termes davantage orientés vers l’individu, repenser les garanties du droit international économique comme « *empowering citizens, obliging governments and reinforcing individual rights* »⁷⁴, puisque « *the basic EC and WTO guarantees of liberty and non-discrimination should also be recognized as (...) human rights protecting personal liberty and human dignity* »⁷⁵. On devrait aller vers la reconnaissance du droit de l’OMC comme structuré autour d’une idée fondamentale de droit au commerce des individus.

Cette position a engendré un important débat. D’une part, Philip Alston souligne que cette vision ignore le « *fundamentally different ideological underpinning* » entre droits de l’homme et droit international économique : si les droits de l’homme sont basés sur une importance fondamentale accordée à la subjectivité de l’individu comme porteur d’une dignité inaliénable, les droits relatifs au commerce voient l’individu comme un objet au service d’un objectif économique et non pas un sujet⁷⁶. Procéder par simple *mainstreaming* reviendrait à dénaturer ce que les droits de l’homme sont dans une enceinte économique qui n’est pas prête à s’en saisir, à opérer une greffe destinée à être rejetée ou du moins dénaturée. D’autre part, Robert Howse s’insurge contre le deuxième corollaire : « *Petersmann’s notion that substantive obligations of the WTO law (...) be understood as*

⁷¹ E.-U. Petersmann, « Human Rights and International Economic Law: Common Constitutional Challenges and Changing Structures », *EUI Working Papers*, Law 2012(7), pp. 1–22.

⁷² E.-U. Petersmann, « Constitutional problems of multilevel judicial governance in trade and investment regulation », *EUI Working Papers*, Law 2012(8), pp. 1–27.

⁷³ E.-U. Petersmann, « Introduction and Summary: ‘Administration of Justice’ in International Investment Law and Adjudication? », in P.-M. Dupuy, F. Francioni, E.-U. Petersmann, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, OUP, 2009, p. 17.

⁷⁴ E.-U. Petersmann, « Human Rights, International Economic Law and Constitutional Justice: A Rejoinder », *EJIL*, vol. 19(5), 2008, pp. 956.

⁷⁵ E.-U. Petersmann, « Human Rights, International Economic Law and Constitutional Justice: A Rejoinder », *Jean Monnet Working Papers*, vol. 12, 2012, p. 3.

⁷⁶ P. Alston, « Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann », *EJIL*, vol. 13, 2002, p. 842.

fundamental rights would make it more difficult than at present for WTO members to defend their public policies in terms of reasonable limits on those obligations »⁷⁷.

Il semble donc évident que la question centrale n'est pas tant celle de l'opportunité de dépasser le silence mais de trouver un moyen de dépasser ce silence qui ne risque pas de maintenir inchangées les structures existantes et de déplacer simplement l'origines de leurs problèmes de fonctionnement.

*

La question de la place des droits économiques et sociaux dans les organisations internationales économiques reflète certaines structures philosophiques qui animent le droit international libéral. Celui-ci s'est construit en suivant une logique de fragmentation de la société, qui a été décrite par les penseur de la modernité juridique. Cette fragmentation, cette scission entre matière économique et sociale, en est devenue un trait caractéristique et le mutisme des organisations internationales économiques à l'égard des droits économiques et sociaux n'est que le reflet inéluctable de cette « querelle de l'économique et du social », pour reprendre déjà la constatation de Scelle.

Cette fragmentation peut donner l'impression d'un droit international schizophrène, qui évolue en compartiments isolés et qui ne se soucie pas de se saisir de la globalité des problèmes de la société internationale. Toutefois, il est important de ne pas simplement prôner une absorption de la question des droits de l'homme dans l'enceinte des organisations internationales économiques mais de prendre quelques précautions intellectuelles.

Le rapport Gianviti précité opère un rapprochement anachronique avec le droit de l'Union européenne, en soutenant en 2002 que « *the European Community, not being a party to the European Convention on Human Rights [the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms], is not bound by its provisions* », vision qui fait clairement l'impasse de toute l'action de la CJUE et de l'importance de sa réflexion sur la place des droits fondamentaux, avant tout en ce qui concerne leur balancement avec les libertés économiques (il suffit de penser aux affaires *Schmidberger*⁷⁸ ou *Omega*⁷⁹). Cette

⁷⁷ R. Howse, « Human Rights in the WTO: Whose Rights, What Humanity? Comment on Petersmann », *EJIL*, vol. 13(3), 2002, p. 655.

⁷⁸ CJUE, GC, 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v. Republik Österreich*, C-112/00, point 74.

⁷⁹ CJUE, GC, 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, C-36/02, point 35. Certains y ont vu un véritable modèle à suivre pour le droit international économique (voy. A. R. Ziegler, B. Boie, « The Relationship between International Trade Law and International Human Rights Law », in E. De Wet, J. Vidmar, *Hierarchy in International Law – The Place of Human Rights*, Oxford, OUP, 2012, pp. 281–285.

volonté d'anachronisme montre bien que le fait de voir certaines questions comme juridiquement scindées relève de la volonté politique.

Tout d'abord, il a été souligné que le silence à l'égard des droits de l'homme dans les enceintes institutionnelles économiques est le produit d'une vision particulière de l'économie internationale, prônée par la pensée néolibérale. Cette tendance à faire prévaloir la logique de marché sur toute autre logique exogène s'est par la suite traduite en une réception de ce discours de fermeture dans les pratique des organisations internationales économiques. L'idée du mandat limité, d'un cadre de compétence centré exclusivement sur les thèmes économiques attribué à l'organisation, innerve le quotidien du discours institutionnel et parfois même la jurisprudence des mécanismes de règlement des différends organisés dans ces cadres.

Economistes, philosophes et juristes se sont élevés contre ce morcellement, qui a mené les organisations internationales économiques à une certaine démission de la pensée à l'égard des problèmes liés aux droits de l'homme causés par leur *modus operandi*. Ces voix appellent à prendre davantage au sérieux l'exigence de décloisonnement, que ce soit au nom d'une obligation morale de ne pas causer de mal à autrui, de leur potentiel de contribution à un développement économique salubre ou afin d'assurer une protection multi-niveau des droits de la personne. Toutefois, des nuances s'imposent. Il semble difficile de faire prendre une greffe dans un organisme pensé pour s'occuper de manière segmentée de questions internes : la posture de « routinisation » de l'OMC et du FMI ne serait pas pour autant modifiée. Qui plus est, prêcher une intégration pure et simple des droits économiques et sociaux dans les cadres institutionnels actuels, indépendamment des diversités et frictions structurelles inhérentes à la divergence axiologique sur laquelle les deux branches se sont construites, risque de pérenniser la logique néolibérale à l'origine de la scission. Elle risquerait même de devenir un futur outil de domination, permettant aux puissants de discriminer commercialement à l'encontre des pays moins avancés qui ne respecteraient pas leurs standards sociaux, sans une véritable réflexion concernant la meilleure manière de parvenir à un relèvement de ces conditions sociales au profit de l'individu privé d'une telle protection au niveau national et international. Une jonction non réfléchie viendrait simplement habilitier des mécanismes de réaction pérennisant le jeu de pouvoir à l'œuvre dans la société internationale. Ne continuerait-on pas ainsi à réduire l'humain à une unité calculable, simplement avec des mots et fonctionnements différents ?

Les changements et les avancements sont souhaitables mais il faut être conscients des risques sous-jacents à la manière de procéder. Le rôle de la doctrine est sans doute de pointer du doigt les angles morts laissés par la pratique mais aussi les limites des solutions envisagées. En l'absence de volonté politique des acteurs qui ont le pouvoir de faire changer le *statu quo*, il n'est pas inutile de changer le discours que nous portons sur ces débats, d'en montrer les ombres et les lumières et d'œuvrer pour un dépassement progressif des logiques à l'œuvre dans des organisations internationales façonnées par la

fragmentation fonctionnelle et certaines logiques impérialistes du droit international tel que nous le connaissons aujourd'hui.

Propos conclusifs

La Charte sociale européenne, un instrument d'avenir!

Petros Stangos*

Douze ans avant la tenue du colloque du 20 septembre 2019 dont les travaux sont publiés dans ce premier numéro de *l'Europe des droits et libertés (Eur DL)*, un autre colloque consacré à la Charte sociale européenne avait eu lieu, à Strasbourg. Son objet, portant exclusivement sur le langage et la typologie du droit (« Bilan de la pratique des réclamations collectives dans le cadre de la Charte »), semble se distancier du colloque de septembre dernier, dont le titre (« La Charte en tant qu'instrument d'avenir ») renvoie, implicitement, à l'espace politique.

Le collègue qui, au colloque de 2008, était chargé de la mission dont je fus investi pour celui de 2019 (tirer les conclusions des travaux ainsi que des contributions publiées), était le professeur Jean-François Akandji-Kombé. D'autre part, dans son introduction aux travaux du colloque de septembre 2019, Florence Benoît-Rohmer a rendu hommage à Régis Brillat, ex-secrétaire exécutif de la Charte, en reconnaissance de son dévouement à la Charte et à la promotion des droits sociaux dans toutes les sociétés européennes. À l'instar de ce geste honorifique de Florence Benoît-Rohmer envers Régis Brillat, je ne voudrais pas, en clôturant les contributions au colloque, omettre de rendre hommage au professeur Jean-François Akandji-Kombé. Le début de son engagement systématique et continu dans l'étude du système de la Charte avait coïncidé avec le lancement de la procédure des réclamations collectives (1998) et, depuis, ses innombrables études en la matière l'ont érigé en pionnier de la fonction que remplit la communauté académique des juristes de l'Europe eu égard à la Charte : fonction délibérément qualifiée par Jan Malinowski dans le présent volume de « moteur de progrès » mettant des idées et des solutions créatives au service du Conseil de l'Europe, en général, et du système de la Charte, en particulier.

En principe, je souscris à l'aveu que Jean-François Akandji-Kombé formula en 2008 : l'exercice consistant à tirer les conclusions d'un colloque est réputé pour sa difficulté¹. Les difficultés que présenta l'élaboration des conclusions du récent colloque ne devraient pas être attribuées à l'articulation prétendument malaisée à établir entre les contributions des auteurs de ce volume. Loin de là. En effet, une source de difficultés résidait dans le « penchant politique » que l'intitulé du colloque, lui en premier, impliquait. En effet, ce « penchant » pourrait être illustré sur le plan formel par le fait que, comme annoncé par la direction scientifique du colloque (Florence Benoît-Rohmer, Agathe Rivière, Aline

* Professeur, Faculté de Droit de l'Université Aristote de Thessaloniki, Membre du Comité européen des droits sociaux.
¹ J.-F. Akandji-Kombé, « Les réclamations collectives dans le cadre de la Charte sociale européenne : bilan et perspectives », *L'Europe des libertés*, n° 28, janvier 2009, pp. 11 et s.

Venant), celui-ci devait s'inscrire dans la continuité d'un « séminaire d'experts » qui s'était déroulé à la veille du colloque. Organisé par la présidence française du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, à l'occasion de sa clôture, ce séminaire était intitulé « *Renforcer la protection des droits sociaux en Europe pour plus d'unité et d'égalité* ». Il est vrai que, tout au long de 2019 et, peut-être même déjà depuis l'année précédente, les organes directeurs du Conseil de l'Europe en matière de droits de l'homme (les Délégués des ministres, le Comité directeur des droits de l'homme) s'étaient transformés en véritables laboratoires où étaient formulées des propositions et des initiatives visant à améliorer la protection des droits sociaux en Europe. Cette amélioration devait résulter des ajustements à apporter à l'organisation et au fonctionnement du Comité européen des droits sociaux en sa qualité d'organe d'interprétation et de suivi de l'application de la Charte sociale européenne. Parrainées par la présidence française du Comité des ministres, au second semestre 2019, ces propositions et initiatives étaient - et le sont toujours – censées préparer un avenir radieux pour le système institutionnel et normatif de la Charte². Elles auraient été stimulées par les intérêts politiques des gouvernements nationaux, bien qu'elles concernaient une entité supranationale essentiellement apolitique. En effet, initialement dénommé « *Comité d'experts indépendants* »³ (indépendants, par rapport aux gouvernements et à leurs politiques), le Comité européen des droits sociaux raisonne et œuvre, en application de la Charte et des droits sociaux qu'elle garantit, par des moyens de réflexion exclusivement juridiques.

La connaissance du *modus operandi* du Comité et, notamment, celle de la procédure des réclamations collectives est plus ou moins suffisamment accessible tant au public qu'aux juristes avertis. Il convient toutefois de rappeler que l'œuvre normative produite par le Comité et son interprétation de la Charte dans le cadre de cette procédure, se concrétise dans un ensemble complexe de dispositifs particuliers et de formulations générales que nous tous, en tant que juristes, appelons « jurisprudence ». Le procédé original menant à cette production consiste, essentiellement, dans des formules juridiques mises au service des concepts normatifs inventés par le Comité. Les formules juridiques développées par le Comité sont des structures argumentatives, qui reposent à la fois sur l'emprunt et le parasitage de formules existant dans les patrimoines juridiques nationaux ou dans les autres instruments juridiques européens de protection des droits de l'homme. Quant aux concepts normatifs, qui constituent le droit à proprement parler de la Charte et au moyen desquels le Comité la « réécrit », en quelque sorte, ils rendent possible, mais aussi ils limitent ce que les acteurs du système de la Charte (les requérants, les gouvernements, mais aussi les juges

² Les propositions sont incluses dans le document *Improving the protection of social rights in Europe*, volume II : *Report indentifying good practices and making proposals with a view to improving the implementation of social rights in Europe, adopted by the CDDH in its 91st meeting (18-21 June 2019)*, mise à la disposition du public lors du « séminaire d'experts » de la présidence française ; c'est de cette publication que je tire les exemples de propositions exposées aux pages suivants.

³ La dénomination « d'origine » remonte à la Charte sociale européenne de 1961 (article 25). Elle sera modifiée, de « Comité d'experts indépendants » en « Comité européen des droits sociaux » par le Comité lui-même, dès l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 1998, du Protocole additionnel de 1995 prévoyant un système de réclamations collectives.

nationaux, qui sont, eux aussi, chargés de l'application de la Charte) peuvent dire ou faire en matière de protection des droits sociaux, et même ce qu'ils peuvent vouloir dire ou faire.

Pensées au sein des instances gouvernementales du Conseil de l'Europe « pour l'avenir » de la Charte, les propositions visant à améliorer l'efficacité de la mise en œuvre des droits sociaux qu'elle garantit sont loin de s'attaquer frontalement au véritable problème auquel celle-ci se heurte dans les États parties à la Charte. En effet, tant les décisions rendues par le Comité sur le bien-fondé des réclamations collectives que les conclusions qu'il adopte sur l'application de la Charte par les États parties dans le cadre de l'examen des rapports nationaux, sont dépourvues de force contraignante. Il en est ainsi, en dépit du fait que l'organe de régulation de la Charte se dote du « monopole » de l'interprétation de la Charte, en vertu du Protocole additionnel relatif aux réclamations collectives⁴. Ainsi, les décisions du Comité ne s'inscrivent que dans un corpus normatif qui, étant développé au moyen des instruments classiques du droit international que sont les deux versions de la Charte, lie les États parties en vertu des règles constitutives de tout ordre juridique international. Toutefois, les gouvernements peinent à s'accommoder même de cette contrainte « modérée » associée aux décisions du Comité. Cette difficulté apparaît tant au sein des ordres juridiques nationaux qu'au sein des politiques nationales de protection sociale et d'emploi.

Ainsi, certaines propositions avancées par les gouvernements en vue de l'amélioration de la protection des droits sociaux pourraient être qualifiées de banales et présentent un caractère communicationnel (il s'agit, p.ex., de l'invitation à tous les États parties d'adhérer à la Charte révisée de 1996 et au Protocole additionnel de 1995 sur les réclamations collectives). D'autres, cependant, visent à encadrer, voire, à nuancer l'efficacité des moyens d'action normative dont dispose le Comité dans le champ d'application tant matériel que personnel de la Charte : appel au Comité de « rassurer » les États [sic] quant à l'équité et à l'efficacité de la procédure des réclamations collectives ; appel au Comité à impliquer davantage l'État défendeur dès la phase de l'examen de la recevabilité de la réclamation (de manière à décroître le nombre de réclamations examinées sur le fond) ; appel au Comité de « renforcer le dialogue » avec les parties au litige (au lieu de lui permettre de camper derrière la pratique de délibération) ; appel aux États d'examiner la possibilité de désigner des « membres nationaux *ad hoc* » au sein du Comité pour toute réclamation collective où aucun ressortissant de l'État concerné ne siège au Comité à ce moment-là, etc., etc...

D'autre part, les propositions intergouvernementales sur l'« avenir » de la Charte accordent une place « prioritaire » au besoin de rendre obsolète (à tout le moins, en partie) la jurisprudence audacieuse que le Comité a consacré dans son interprétation de la clause du §1 de l'Annexe à la Charte. Il s'agit d'une clause unique en son genre pour un instrument

⁴ Rappelons qu'aux termes de l'article 12 du Protocole additionnel sur les réclamations collectives, « (...) la Charte contient des engagements juridiques de caractère international dont l'application est soumise au seul contrôle visé (...) par les dispositions du présent Protocole ».

de protection des droits de l'homme que la Charte se veut être. Ainsi, conformément à celle-là, les dispositions de la Charte s'appliquent à toute personne indépendamment de sa nationalité. Toutefois, s'agissant des « étrangers », elles ne s'appliqueraient que dans la mesure où ils sont des ressortissants des autres parties résidant légalement ou travaillant régulièrement sur le territoire de la partie intéressée. Pour le Comité, la restriction du champ d'application personnel figurant à l'Annexe ne saurait se prêter à une interprétation dont l'effet serait de priver les étrangers en situation irrégulière - qu'ils soient ressortissants des États parties ou de pays tiers - de la protection des droits les plus élémentaires consacrés par la Charte. L'interprétation ne devrait pas non plus porter préjudice à leurs droits fondamentaux, tels que le droit à la vie ou à l'intégrité physique, ou encore le droit à la dignité humaine. Or, dans leurs propositions, les gouvernements ont appelé chaque État partie à déterminer s'il étend, au moyen d'une déclaration unilatérale, le champ d'application personnel de la Charte au moins aux ressortissants des pays tiers qui résident légalement et travaillent régulièrement sur le territoire de l'État concerné, « et non pas aux migrants en situation irrégulière ».

Telle qu'elle s'est exprimée au colloque du 20 septembre et qu'elle le fait dans les contributions composant le présent volume, la doctrine du droit social et des droits de l'homme s'est penchée, avec la rigueur et la méthode qui lui sont propres, sur la tâche d'esquisser un avenir de la Charte sociale européenne meilleur en ce qui concerne la protection efficace des droits sociaux que celle-ci garantit. Elle mit le doigt « là où ça blesse », c'est-à-dire, sur le degré réduit de contrainte qu'exercent les décisions du Comité, voire, le système normatif global de la Charte. Elle a également proposé des voies concrètes pour y échapper. Dans ce sens, à mon avis, le colloque du 20 septembre 2019 s'inscrit moins dans la continuité du séminaire de la présidence française du Conseil de l'Europe que dans celle de la détermination constante du corps académique strasbourgeois en matière de droit social et des droits de l'homme de façonner, par la mise en place des colloques scientifiques, le droit social européen-conventionnel. C'est de cette catégorie d'événements que relèvent non seulement le colloque susmentionné de 2002 sur les réclamations collectives, mais aussi celui de 2017 « Renverser la perspective : les droits sociaux comme remèdes aux crises européennes ! », où la Charte et son avenir avaient dominé une large partie des débats⁶.

Tirant prétexte du communiqué – cité par Jean-Pierre Marguénaud- concernant une centrale syndicale française qui, à la suite d'une décision du Comité favorable à sa réclamation, préconisait comme suite à donner à la décision, à l'intérieur de l'ordre juridique français, aux fins de la rendre effective, le recours au juge national, Nicolas

⁵ Voir en particulier *Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH) c. France*, réclamation n° 14/2003, décision sur le bien-fondé du 8 septembre 2004, §§ 30 et 31 et *Défense des Enfants International (DEI) c. Belgique*, réclamation n° 69/2011, décision sur le bien-fondé du 23.10.2012, §§28-39.

⁶ Voir les actes du colloque co-organisé par F. Benoît-Rohmer, Nicolas Moizard et Mélanie Schmitt (dir), « Renverser la perspective: les droits sociaux comme remèdes aux crises européennes ! », *Revue des droits de l'homme*, 2018, n°3 (Colloques et conférences).

Moizard énonce, en guise de principe, que la violation de la Charte constatée par le Comité devra ensuite être utilisée par le réclamant devant les juges nationaux et les pouvoirs publics pour réclamer le retrait des mesures dénoncées. Depuis la première année de mon mandat au Comité, en 2009, j'ai à plusieurs reprises suggéré, à l'écoute de réclamants potentiels ou réels, qu'afin de pallier au peu de contrainte qui caractérise les décisions du Comité sur le bien-fondé des réclamations, il est indispensable que le réclamant ayant obtenu gain de cause devant le Comité mette en œuvre une stratégie post-litigieuse auprès du système juridictionnel interne. Aux propos tenus par Nicolas Moizard, j'ajouterais que je préconise comme stratégie post-litigieuse au niveau national à la suite d'une décision du Comité sur le bien-fondé d'une réclamation donnée, une démarche adoptée par le réclamant « vainqueur » visant à inciter les personnes physiques (membres, éventuellement, du syndicat ou de l'ONG ayant introduit la réclamation devant le Comité) lésées dans leur sphère personnelle et matérielle, à engager devant le tribunal interne compétent la responsabilité civile de l'État fautif pour violation d'une norme de droit international – une disposition de la Charte- dûment incorporée dans l'ordre juridique interne. Cette violation est susceptible générer de dommages et intérêts conformément au droit national de responsabilité civile extracontractuelle. La violation de la norme conventionnelle mériterait de figurer parmi les prémisses du raisonnement judiciaire, confortée par la décision du Comité sur le bien-fondé qui l'aurait constatée et circonscrite par le fait que cette décision émane d'un organe – le Comité- investi du monopole du contrôle des engagements juridiques souscrits par les États parties à la Charte. Comme le montre Carmen Salcedo Beltrán, bien que l'Espagne ne soit pas liée par le Protocole de 1995 portant sur les réclamations collectives, le juge espagnol assure une effectivité accrue des dispositions de la Charte. En effet, il les applique dans le domaine des mesures nationales inscrites dans le registre de la politique d'austérité, telles qu'elles sont interprétées par le Comité dans le cadre de la procédure des réclamations collectives.

Pour Carmen Salcedo Beltrán, l'avenir de la Charte est envisagé dans l'horizon étroit de son propre pays, qui ambitionne d'adhérer à la Charte sociale européenne révisée et au Protocole additionnel sur les réclamations collectives. Il s'agit là, pour elle, d'un processus qui consolidera la démocratie en Espagne. De même, pour Sacha Garben, le Socle européen des droits sociaux de l'Union européenne de 2017 et, indirectement, la Charte sociale européenne (dans la mesure où le Socle affirme, timidement, s'inspirer de dispositions de la Charte), deviendront, une fois pleinement mis en œuvre, un levier pour la constitution d'une « démocratie robuste et bien fonctionnelle » au sein de l'Union européenne. Néanmoins, Sacha Garben s'abstient de donner la moindre explication au fait qu'au moment de son élaboration, les auteurs du Socle ont purement et simplement rejeté la proposition solennellement formulée par le Secrétaire général du Conseil de l'Europe selon laquelle la Charte sociale européenne devrait faire partie intégrante du Socle, en tant que droit commun de l'ensemble des États membres de l'Union qui sont, en même temps, parties contractantes à la Charte. Pourtant, Sacha Garben est très sensible aux tensions qui règnent entre l'ordre juridique de l'Union, tel qu'il est façonné par la Cour de Justice de l'UE, et le système normatif de la Charte, tel qu'il est interprété par le Comité. En effet, au

titre des mesures nationales qu'ils adoptent en application du droit économique de l'Union, les États parties à la Charte et membres de l'Union emportent des violations des obligations qui pèsent sur eux en vertu de celle-là. Lors du colloque du 20 septembre 2019, je me suis posé la question de savoir comment Sacha Garben ne s'était pas aperçue que cette tension s'estomperait progressivement une fois que l'incorporation de la Charte dans le Socle placerait à l'avant de la scène (de l'application du Socle par la voie législative à l'intérieur de l'UE) la manière dont les dispositions de la Charte sont interprétées par le Comité⁷. En outre, pour Sacha Garben, l'Union européenne devrait encourager l'ensemble des États membres d'adhérer en particulier à la Charte révisée. Selon elle, si cette adhésion se réalisait un jour, « la porte serait ouverte » pour que la Cour de Justice de l'Union érige certaines dispositions de la Charte, telles qu'interprétées par le Comité dans ses décisions sur les réclamations collectives, en source de droit applicable au cas d'espèce. Au colloque du 20 septembre, j'ai révélé qu'une telle perspective n'était pas envisageable, du côté de la Cour. En effet, dans le cadre du dialogue que le Comité entretient avec la Cour (tout comme il en entretient avec la Cour européenne des droits de l'homme), deux de ses présidents (le président actuel, Koen Lenaerts, et son prédécesseur, Vassileios Skouris) ont déclaré en toute sérénité que la Cour de Justice ne saurait pas recourir à de sources de droit extérieures à l'Union si ces sources ne sont pas interprétées et appliquées par un organe juridictionnel !

Bien que sa contribution ne traite ni du présent ni de l'avenir de la Charte, Edoardo Stoppioni ne s'est pas éloigné des préoccupations exprimées tant par Carmen Salcedo Beltrán que par Sacha Garben quant au lien étroit qui doit unir la démocratie avec l'univers des droits sociaux. Ainsi, il déplore le « tout économique » qui domine l'action normative et matérielle des organisations financières et commerciales internationales notamment en période de récession et de crise. En conclusion de sa remarquable contribution, il envisage le décloisonnement de l'économie et du social au nom de l'obligation morale de contribuer à un développement économique salubre pour les êtres humains.

Enfin, les analyses stimulantes de Carole Nivard, Jean-Pierre Marguénaud et Olivier de Schutter nous proposent des voies à suivre pour « guérir » ce qui « blesse », à savoir la contrainte réduite des décisions normatives du Comité rendues notamment dans le cadre de la procédure des réclamations collectives. Pour Carole Nivard, le standard de protection des droits sociaux tel qu'il est construit par la jurisprudence du Comité européen des droits sociaux peut être sauvegardé et rendu efficace s'il est pris en compte par la Cour européenne des droits de l'homme, par la Cour de Justice de l'UE, par la Charte des droits fondamentaux de l'UE ou le droit dérivé de celle-ci. En effet, les normes issues de ces jurisprudences sont « réceptionnées » par les juges internes. En conclusion de sa

⁷ J'ai exploré divers aspects de l'élaboration, en 2016, du Socle européen des droits sociaux et de sa mise en application ultérieure (jusqu'à la fin de 2018) d'abord dans mon étude [« Des synergies entre le droit de l'Union européenne et la Charte sociale européenne, à l'heure du Socle européen des droits sociaux »](#) in *Lex Social*, n° 1/2019, vol. 9, (traduite de l'original en espagnol, paru in *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, n° 137/2018, pp. 139-160) et, ensuite, dans mon étude « Guerre des valeurs entre l'Union européenne et la Charte sociale européenne : la « pacification » tant attendue », parue in *Liber Amicorum en hommage à Pierre Rodière. Droit social international et européen en mouvement*, L.G.D.L.-Lextenso, Paris, 2019, pp. 475-487.

contribution, Jean-Pierre Marguénaud se met à la recherche d'une « synergie stimulante » entre le Comité et la Cour européenne des droits de l'homme, en particulier, de sorte que le standard de protection de l'un ou l'autre des droits sociaux élaboré par le Comité se pérennise grâce à - et à travers de- un arrêt de la Cour, qui a force exécutoire à l'intérieur de l'État partie concerné.

Une fois de plus, avec sa riche contribution, Olivier de Schutter se montre combatif : la seule voie qui permettra, à terme, à la Charte sociale européenne de devenir un instrument efficace de régulation sociale entre les mains non seulement des gouvernements, mais aussi des partenaires sociaux, consiste dans l'adhésion de l'Union européenne à la Charte (révisée) et au Protocole additionnel portant sur la procédure des réclamations collectives. Olivier de Schutter est un « vieux routier » de l'adhésion de l'UE à la Charte. Sa première étude en la matière remonte à 2005⁸. À l'heure actuelle, il explore la possibilité de l'adhésion en prenant dûment en considération les indications juridiques fournies par l'avis 2/13 rendu par la Cour de Justice en décembre 2014 au sujet de l'adhésion de l'UE à la Convention européenne des droits de l'homme. En même temps, dans cette exploration, il est guidé par le souci de tempérer, au moyen de l'adhésion, la tension qui se fomentent entre le droit de l'UE et la Charte chaque fois que le Comité déclare le bien-fondé de réclamations qui allèguent de violations de la Charte au motif des mesures nationales prises en exécution ou en application des obligations de l'État concerné découlant du droit de l'UE. Les décisions sur le bien-fondé des réclamations de 2011 et de 2012 portées contre la Grèce au motif de violations de la Charte par les mesures nationales de politique d'austérité « ordonnées » par l'Union européenne dans le contexte de la crise de la dette souveraine du pays, ainsi que la décision du Comité dans l'affaire dite « anti-Laval » de 2012 portée contre la Suède, ont constitué pour Olivier de Schutter, mais aussi pour Sacha Gaben dans sa contribution précitée, les sources de leur préoccupation et de leurs propositions pour sortir de la tension entre les deux ordres juridiques, avant que cette dernière se dégénère en « crise de confiance » entre eux. Il convient de se demander, enfin, dans l'attente (pour combien de temps ?) de l'adhésion de l'UE au système normatif de la Charte, si le Comité lui-même ne s'est pas déjà engagé dans la voie d'alléger la tension entre les deux systèmes juridiques (la Charte et le droit de l'UE).

En effet, dans des réclamations ultérieures portées contre la Grèce et l'Irlande, le Comité a exempté les États concernés des violations de la Charte au titre des mesures nationales qui, tout en ayant été prises dans un contexte de crise économique, n'entretenaient qu'un lien plus ou moins lâche avec les obligations consacrées par le droit de l'Union⁹. Néanmoins, il s'agit là d'une piste à explorer séparément, dans l'avenir, par les auteurs du présent volume ou bien par d'autres juristes aussi reconnus.

⁸ O. de Schutter, « Anchoring the European Union to the European Social Charter: The Case for Accession », in G. de Burca & B. de Witte (eds.), *Social Rights in Europe*, Oxford University Press, 2005, pp. 111-152.

⁹ Voir, concrètement, *Confédération générale grecque du travail (GSEE) v. Grèce*, réclamation n° 111/2014, décision sur le bien-fondé du 23 mars 2017 et *Irish Congress of Trade Unions c. Irlande*, réclamation n° 123/2016, décision sur le bien-fondé du 12 septembre 2018.

En guise de conclusion, force est de constater qu'une distance considérable sépare les ambitions des États parties en matière de réforme du système de la Charte et les réflexions des experts, indépendants des servitudes de la politique, visant à remédier aux carences du système de la Charte quant à l'effectivité des décisions prises par le Comité européen des droits sociaux notamment dans le cadre de la procédure des réclamations collectives. Il ne faut pas croire qu'un jour les gouvernements partageront avec la doctrine les réflexions et propositions que celle-ci élabore. Cela ne devra pas en décevoir les serviteurs. Comme Edoardo Stoppioni l'a écrit, le rôle de la doctrine est de pointer du doigt les limites des solutions envisagées. J'ajouterais qu'il est illusoire de croire que la doctrine ne dispose d'aucun pouvoir. Certaines, ne dispose-t-elle pas du *jus decidendi*. Mais, son pouvoir consiste à façonner et à structurer le droit. Compte tenu de cela, dans le cas de la Charte sociale européenne et de la procédure des réclamations collectives du Comité européen des droits sociaux, elle devra continuer de défendre la qualité primordiale du système normatif de la Charte, déjà mise en exergue par Jan Malinowski dans son rapport introductif, mais aussi par des auteurs externes au cercle des juristes ici présents¹⁰ : être une entité qui assure la participation des acteurs nationaux et européens à l'élaboration des politiques nationales de protection sociale et de l'emploi, en privant les gouvernement de leur monopole en la matière, aux termes d'une procédure contentieuse, dont l'objet est avant tout normatif, en autodisciplinant les États autour des normes juridiques et en balisant le débat civique.

¹⁰ Voir, à titre indicatif, J. Peuch, « 'Participer' à la Charte sociale à travers une épreuve quasi judiciaire : enjeux, intérêts et limites du système des réclamations collectives », *Journal européen des droits de l'homme*, 2018/3, pp. 202-226.

FOCUS

La Pologne, la Cour de Justice et l'État de droit: une histoire sans fin?

Florence Benoît-Rohmer*

La Cour de Justice est-elle devenue le gardien ultime de l'État de droit dans l'Union européenne ? Les arrêts rendus récemment contre la Pologne sonnent effectivement comme autant d'avertissements adressés à cet État pour l'obliger à revenir sur les réformes de son système judiciaire afin de les mettre en conformité avec le principe de l'État de droit. Ces réformes portent incontestablement atteinte à la séparation des pouvoirs en affectant profondément l'indépendance et l'impartialité des juges. La Pologne, comme quelques autres États membres de l'Union, mène actuellement une véritable offensive contre le pouvoir judiciaire au prétexte que la société aurait perdu confiance en ses juges en raison notamment de la longueur très excessive des procédures judiciaires, du formalisme de celles-ci ainsi que du passé communiste de certains d'entre eux qui, parce qu'opposés au changement, les rendraient inaptes à défendre les valeurs sur lesquelles l'Union européenne est fondée¹. Pour rétablir cette confiance, les autorités polonaises ont décidé de restaurer un contrôle démocratique sur l'institution judiciaire et d'épurer celle-ci des juges qui ont servi le régime communiste.

Les réformes entreprises portent tant que la composition que sur le fonctionnement des juridictions et ont abouti à ce qu'elles perdent progressivement l'autonomie qu'elles avaient gagnée face à un pouvoir exécutif de plus en plus puissant. Les premières réformes ont concerné le fonctionnement du Tribunal constitutionnel, désormais composé quasi exclusivement de membres favorables au parti au pouvoir. A celles-ci s'est ajoutée, en 2017, un second train de mesures visant les tribunaux ordinaires, le Conseil national de la Magistrature et la Cour suprême. Celles-ci se sont notamment matérialisées par une loi abaissant l'âge de la retraite obligatoire pour les juges de la Cour suprême de 70 à 65 ans et pour les juridictions ordinaires de 67 à 65 ans pour les hommes et de 67 à 60 ans pour les femmes. Elles devaient ainsi permettre le renouvellement d'une partie des magistrats en poussant vers la sortie ceux qui étaient les plus critiques à l'égard du pouvoir politique en place. En outre, la loi donne la possibilité au Président de la République de prolonger le mandat au-delà de l'âge officiel de la retraite pour les membres de la Cour suprême et au Ministre de la Justice pour les juridictions ordinaires, sur la base de critères relativement flous. Le coup d'estocade a été donné par le cumul des fonctions de ministre de la justice et de procureur général, par le rôle disciplinaire que joue le procureur général à l'égard des présidents de juridiction et par la loi dite « muselière » du 4 février 2010 qui permet de sanctionner les juges qui s'opposent aux réformes remises en cause par Bruxelles.

* Professeur à l'Université de Strasbourg, Présidente honoraire de l'Université Robert Schuman (Strasbourg).

¹ Cf. White Paper on the Reform of the Polish Judiciary, The chancellery of the Prime Minister, 7 mars 2018.

Ces réformes ont été fortement décriées non seulement parce qu'elles sapent l'indépendance de la justice polonaise, mais aussi parce qu'elles constituent un risque sérieux pour l'ordre juridique de l'Union. Ce dernier repose sur les valeurs consacrées par l'article 2 du traité sur l'Union, dont celle du respect de l'État de droit, que chaque État membre partage avec tous les autres. C'est ce respect commun qui permet le jeu de la confiance mutuelle que se doivent les États membres et qui permet à ceux-ci de donner suite à des décisions adoptées dans d'autres États membres (jugements, mandats d'arrêt...) sans exercer de vérifications supplémentaires². Le fonctionnement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice est à ce prix. Toute atteinte à l'indépendance de la justice dans un État membre ébranle irrémédiablement la confiance que les États se doivent mutuellement en présupposant le respect des droits fondamentaux par les autres États membres. En effet, l'État de droit constitue l'un des remparts contre l'exercice arbitraire du pouvoir et implique que tout litige juridique doit être traité conformément à la règle de droit par un juge indépendant. La Cour de Justice a affirmé de longue date que l'Union était une union de droit³. Aujourd'hui elle ne manque pas de rappeler aux États membres qu'en adhérant à l'Union, ils ont librement et volontairement adhéré aux valeurs communes de l'article 2 TUE qu'ils se sont engagés à respecter et à promouvoir⁴.

Face à cette menace pour l'État de droit, la Commission avait par le passé activé à l'encontre de la Pologne le dispositif qu'elle avait élaboré dans le Cadre de l'UE pour renforcer l'État de droit, mais celui-ci était resté sans effet. La Commission avait donc demandé au Conseil en décembre 2017 l'activation de l'article 7§1⁵. Mais la volonté politique est lente à se manifester et le Conseil, après avoir organisé à plusieurs reprises des dialogues, n'a pas encore donné suite à cette demande. La Commission a alors décidé de renforcer la pression sur la Pologne en se tournant vers la Cour de Justice qui, elle, n'est pas impliquée dans la procédure politique de l'article 7. Elle a introduit contre cet État plusieurs recours en manquement qui se sont opportunément combinés avec des renvois préjudiciels à l'initiative de juridictions nationales. Ces recours ont permis à la Cour, après qu'elle ait constaté que la procédure politique de l'article 7 TUE et la voie juridique du recours en manquement se complétaient et qu'elles pouvaient être appliquées de manière parallèle, de prendre le relais et d'apprécier les réformes judiciaires polonaises à l'aune de l'État de droit.

L'arrêt *Commission c. Pologne* rendu en juin 2019 constitue le premier signal adressé à la Pologne par la Cour de Justice pour l'obliger à mettre en conformité les mesures législatives concernant la Cour suprême avec le principe de l'État de droit. Il a été suivi par d'autres arrêts concernant la réforme des juridictions ordinaires et la création d'une chambre

² En ce sens, CJUE, 18 décembre 2014, avis 2/13 (Adhésion de l'Union à la CEDH), EU:C:2014:2454, point 168.

³ CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste "Les Verts" contre Parlement européen*, affaire C-294/83, ECLI:EU:C:1986:166.

⁴ Cf. par exemple, CJUE, 24 juin 2019, *Commission c. Pologne*, C-619/18, point 41, ECLI:EU:C:2019:531.

⁵ Cf. Proposition motivée conformément à l'article 7, paragraphe 1, TUE, concernant l'État de droit en Pologne, 20 décembre 2017 COM (2017) 835 final. Demande approuvée par le Parlement européen le 1^{er} mars 2018 (2018/2541(RSP)).

disciplinaire au sein de la Cour suprême elle-même et qui reprennent en grande partie le raisonnement de la Cour utilisé dans l'affaire *Commission c. Pologne*. La solution retenue par la Cour avait été préparée de longue date à l'occasion d'un arrêt rendu dans le cadre d'un renvoi préjudiciel qui concernait le Portugal, suivi par un autre arrêt à l'initiative du juge irlandais relatif à un mandat d'arrêt européen issu par les autorités polonaises. De leur côté, les juridictions polonaises ont utilisé le renvoi préjudiciel pour mettre en cause les réformes en s'appuyant sur la condamnation de celle-ci en manquement. C'est cette attitude qui a notamment provoqué l'adoption de la fameuse loi « muselière ».

L'enchaînement des affaires est particulièrement remarquable dans cette saga judiciaire. Elle est lancée par un renvoi préjudiciel portugais qui n'a pas de lien avec la situation polonaise, mais dont le résultat fournit la base d'une réponse à une question préjudicielle irlandaise relative à la Pologne (I). Ces affaires convainquent la Commission de porter des actions en manquement devant la Cour de Justice (II) et les condamnations en manquement donnent aux juges polonais l'occasion de poursuivre leur combat par de nouvelles questions préjudicielles (III).

Partie I - La mise en cause de l'indépendance des juridictions polonaises: une solution annoncée

La question de l'indépendance de la justice était déjà par le passé au cœur d'un certain nombre d'arrêts rendus par la Cour de Justice⁶. Mais elle n'avait pas eu l'occasion de se prononcer sur « l'indispensable liberté » des juges nationaux au regard de l'importance primordiale du principe de l'État de droit et d'en tirer les conséquences. C'est chose faite grâce à deux renvois préjudiciels à l'initiative des juges portugais et irlandais.

A. L'arrêt *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* et le recours privilégié à l'article 19 TUE

Alors que se développe le conflit entre la Commission et la Pologne, la Cour de Justice rend le 27 février 2018 l'arrêt *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (ASJP)⁷. La question soulevée concerne celle de savoir si le principe de l'indépendance des juges s'oppose à l'application aux juges d'un État membre - en l'occurrence la Cour des comptes portugaise - de mesures temporaires de réduction salariale liées à des contraintes d'élimination d'un déficit budgétaire excessif ainsi qu'à un programme d'assistance financière de l'Union. Au fond, la réponse de la Cour n'est pas surprenante. Elle considère que les mesures concernées ne visaient pas spécifiquement les membres de la Cour des comptes, mais devaient être considérées comme des mesures générales visant à faire contribuer un ensemble de membres de la fonction publique nationale à l'effort d'austérité

⁶ Voir p. ex, CJUE, GC, 19 septembre 2006, *Wilson*, C-506/04, EU:C:2006:587.

⁷ CJUE, GC, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117.

imposé au Portugal. En conséquence, celles-ci n'ont pas porté atteinte à l'indépendance des membres de la Cour des comptes portugaise. Elle aurait pu se limiter à cette constatation⁸.

Mais la Cour des comptes portugaise demandait expressément si les mesures en cause portaient une atteinte à l'indépendance des juges et si l'article 19 TUE qui oblige les États à prévoir les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union et l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux qui consacre le droit à un procès équitable étaient applicables.

Dans l'arrêt *ASJP*, la Cour de Justice retient à dessein une solution applicable non seulement au cas portugais, mais à d'autres dont celui de la Pologne. Elle considère que l'article 19 TUE doit être interprété comme permettant de garantir l'indépendance des juridictions appelées à statuer sur des questions liées à l'application ou à l'interprétation du droit de l'Union. Elle privilégie dans son raisonnement l'article 19 TUE au détriment de l'article 47 de la Charte qui vise le droit à un tribunal impartial. Partant du constat que le principe de l'État de droit, consacré par l'article 2 TUE, permet aux justiciables de contester en justice la légalité de toute décision ou de tout autre acte national relatif à l'application à leur égard d'un acte de l'Union, elle considère que l'article 19 TUE concrétise l'État de droit en imposant aux États membres d'établir les voies de recours nécessaires pour assurer aux justiciables le respect de leur droit à une protection juridictionnelle effective dans tous les domaines couverts par le droit de l'Union. Enfin, elle relève que la nécessité d'une telle protection est confirmée par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux qui consacre le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial.

L'article 47 de la Charte n'est ici mentionné que dans le seul but de corroborer les constatations effectuées sur le fondement de l'article 19. Il en résulte, comme le souligne l'avocat général Tanchev, qu'aux termes de cet arrêt, l'article 19, paragraphe 1, TUE est devenu « une norme autonome permettant d'assurer la conformité des mesures nationales aux exigences de la protection juridictionnelle effective, dont l'indépendance judiciaire, qui complète l'article 47 de la Charte (et, le cas échéant, d'autres dispositions de la Charte) »⁹. Surtout l'utilisation par la Cour de l'article 19 TUE au détriment de l'article 47 de la Charte lui a stratégiquement permis d'étendre le champ d'application de l'indépendance de la justice. Comme elle le rappelle, l'article 19 vise « tous les domaines couverts par le droit de l'Union » alors que la Charte ne s'applique que dans les hypothèses où les États membres mettent en œuvre le droit de l'Union, au sens où l'entend l'article 51, paragraphe 1, de celle-ci. Le recours à l'article 47 de la Charte aurait effectivement restreint le champ

⁸ La Cour avait été appelée par le passé à se prononcer sur l'impact sur la pension des juges roumains de mesures d'austérité prévues par un Protocole d'accord conclu entre la Roumanie et la Commission. Elle avait conclu que, puisque le Protocole mettait en œuvre le droit de l'Union au sens de l'article 51, paragraphe 1, de la Charte, les requérants pouvaient invoquer la Charte. Mais, en l'occurrence, elle n'avait pas été amenée à se prononcer sur la question de l'indépendance judiciaire puisqu'il s'agissait de juges retraités, arrêt du 13 juin 2017, GC, *Florescu e.a.*, C-258/14, ECLI:EU:C:2017:448.

⁹ E. Tanchev, conclusions sous l'arrêt *Commission c. Pologne* (Cour suprême), point 56.

d'application de l'indépendance du juge aux seuls cas concrets où un tribunal aurait été appelé à mettre en œuvre de droit de l'Union¹⁰.

Il restait à définir les éléments à prendre en compte pour satisfaire l'exigence d'une protection juridictionnelle effective. Parmi ceux-ci, la Cour considère que la préservation de l'indépendance des juridictions est primordiale, ce que confirme l'article 47, deuxième alinéa, de la Charte, qui mentionne l'accès à un tribunal « indépendant » parmi les exigences liées au droit fondamental à un recours effectif. Pour la Cour, l'indépendance est inhérente à la mission de juger et s'impose tant au niveau de l'Union que pour les juridictions nationales. Elle est au demeurant essentielle au bon fonctionnement du système de coopération judiciaire qu'incarne le mécanisme de renvoi préjudiciel prévu à l'article 267 TFUE, en ce que, conformément à une jurisprudence constante de la Cour, ce mécanisme ne peut être activé que par une instance, chargée d'appliquer le droit de l'Union, qui répond à ce critère d'indépendance.

Se conformant à sa jurisprudence, la Cour précise que pour être considérée comme indépendante, l'instance concernée doit exercer ses fonctions juridictionnelles « en toute autonomie, sans être soumise à aucun lien hiérarchique ou de subordination à l'égard de quiconque et sans recevoir d'ordres ou d'instructions de quelque origine que ce soit, et qu'elle soit ainsi protégée d'interventions ou de pressions extérieures susceptibles de porter atteinte à l'indépendance de jugement de ses membres et d'influencer leurs décisions »¹¹. L'arrêt *LM* va donner opportunément à la Cour de Justice l'occasion de développer la jurisprudence *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* en l'appliquant au cas polonais.

B. L'arrêt *LM* (défaillances du système judiciaire) et l'ouverture à un contrôle décentralisé

C'est cette fois-ci à la demande de la High Court irlandaise que la Cour de Justice rend le 25 juillet 2018 un deuxième arrêt décisif dans le cadre d'une procédure préjudicielle d'urgence qui élargit le pouvoir du juge national de ne pas appliquer le principe de confiance mutuelle aux cas de violation du droit à un procès équitable dans un autre État membre¹². L'arrêt concerne l'exécution de mandats d'arrêts européens émis par les autorités judiciaires polonaises. La High Court, parfaitement consciente des défaillances judiciaires systémiques en Pologne, demande si l'autorité judiciaire d'exécution appelée à décider de la remise d'une personne pouvait s'abstenir de donner suite à un mandat d'arrêt européen en raison de défaillances systémiques ou généralisées liées à l'indépendance du

¹⁰ Cf. S. Platon, « La justice européenne au secours de l'État de droit ? La Cour de justice gardienne de l'indépendance des tribunaux nationaux », *Journal d'Actualité des Droits Européens*, publié en ligne le 24 mai 2018, qui estime que l'article 47 aurait pu vraisemblablement s'appliquer à l'espèce.

¹¹ Voir les arrêts CJUE du 19 septembre 2006, *Wilson*, préc., point 51, ainsi que du 16 février 2017, *Margarit Panicello*, C-503/15, EU:C:2017:126, point 37 et jurisprudence citée.

¹² CJUE, 25 juillet 2018, *LM*, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586.

pouvoir judiciaire de l'État membre d'émission et attentatoires au droit fondamental à un procès équitable devant un tribunal indépendant consacré à l'article 47 de la Charte.

Comme elle l'avait fait précédemment dans l'arrêt *ASJP* et au vu des mêmes arguments, la Cour insiste dans l'arrêt *LM* sur le caractère primordial dans un État de droit de la préservation de l'indépendance de la justice pour garantir une protection juridictionnelle effective aux justiciables, notamment dans le cadre du mécanisme du mandat d'arrêt européen. Elle considère que l'autorité judiciaire d'exécution peut s'abstenir de donner suite à un mandat d'arrêt européen lorsque la personne faisant l'objet du mandat risque de subir, en cas de remise à l'autorité judiciaire d'émission, une violation de son droit fondamental à un tribunal indépendant inhérent au droit à un procès équitable garanti par l'article 47 de la Charte¹³. L'arrêt *LM* est remarquable en ce qu'il procède intentionnellement à une extension de la jurisprudence *Aranyosi et Caldăraru*¹⁴ qui admettait jusqu'à présent que l'exécution d'un mandat d'arrêt puisse être reporté dans le seul cas où la personne courrait un risque réel de traitement inhumain et dégradant au sens de l'article 4 de la Charte des droits fondamentaux en cas de remise à l'État membre d'exécution. Avec l'arrêt *LM*, la Cour décide de ne plus restreindre les possibilités d'inexécution d'un mandat d'arrêt européen aux seuls cas de violation d'un droit absolu, mais considère au contraire nécessaire d'étendre cette hypothèse au droit à un procès équitable.

La Cour juge dans cet arrêt que, si elle est attentive à la demande de la Commission d'activation de l'article 7 TUE à l'encontre de la Pologne, il ne lui revient pas dans le cadre d'un renvoi préjudiciel de se prononcer sur la situation polonaise¹⁵. Conformément à la jurisprudence *Aranyosi*, elle confère au juge national d'exécution le soin de vérifier au cas par cas l'exactitude des défaillances systémiques ou généralisées du système judiciaire de l'État d'émission du mandat. Cette appréciation, conformément aux indications de la Cour, doit être menée en deux temps. Dans un premier temps le juge doit évaluer *in abstracto* s'il existe des défaillances systémiques et généralisées susceptibles de compromettre l'indépendance des juridictions de l'État d'émission. Dans un deuxième temps il lui faudra apprécier, de manière concrète et précise, si, dans les circonstances de l'espèce, il existe des motifs sérieux et avérés de croire que, à la suite de sa remise à l'État membre

¹³ Ibid., point 59.

¹⁴ CJUE, 5 avril 2016, *Aranyosi et Caldăraru*, C-404/15 et C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, point 88 et jurisprudence citée.

¹⁵ Pour la Cour, il n'appartient qu'au Conseil européen de constater une violation grave et persistante des valeurs de l'UE énoncées à l'article 2 TUE dans l'État d'émission d'un mandat d'arrêt européen, dans le cadre de la procédure de l'article 7 §2 TUE, ce qui aurait pour effet de contraindre le juge national à refuser automatiquement la remise des personnes concernées. Elle estime toutefois que les informations contenues dans la proposition adressée par la Commission au Conseil sur le fondement de l'article 7 constituent aux yeux de la Cour des éléments « particulièrement pertinents ». Mais tant qu'une décision du Conseil européen n'est pas intervenue pour constater une violation grave et persistante dans l'État membre d'émission des valeurs énoncées à l'article 2 du TUE suivie de la suspension par le Conseil de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen, le juge national continue à être lié par son obligation d'exécuter le mandat d'arrêt, sauf motifs sérieux et avérés l'obligeant à se livrer à une évaluation circonstanciée de la situation dans l'État d'émission.

d'émission, la personne recherchée court un risque réel de violation de son droit fondamental à un procès équitable¹⁶.

Concrètement, une telle solution revient à donner au juge national d'exécution le dernier mot et de faire de lui dans le cadre de l'espace de liberté, sécurité et justice l'un des défenseurs de l'État de droit lui conférant dans le cadre du mandat d'arrêt le soin de constater les violations portées dans les États membres à l'indépendance de leurs juges. Une telle solution présente certainement l'avantage de « décentraliser » et de multiplier les pressions sur la Pologne et d'inciter les juges européens à procéder à une appréciation plus approfondie des réformes du système judiciaire réalisées par le parti au pouvoir en Pologne. Cette solution n'en est pas moins critiquable en ce qu'elle impose non pas une solution uniforme, mais un examen effectué par le juge national au cas par cas et qu'elle risque d'avoir peu d'effet pour contraindre la Pologne à garantir de manière globale l'État de droit¹⁷.

Témoignent de ces difficultés plusieurs décisions récemment rendues par des juridictions des États membres. Ainsi, suite à l'arrêt *LM*, la High Court irlandaise a décidé contre toute attente de donner suite au mandat d'arrêt, après avoir appliqué à la situation polonaise les orientations définies par la Cour. Si la juge en charge du dossier est convaincue de l'existence d'un risque réel lié à un manque d'indépendance de la magistrature en Pologne fondé sur des déficiences systémiques ou généralisées conduisant à ce que le droit à un procès équitable soit violé, elle a en revanche considéré au vu des informations fournies par l'État d'émission que les déficiences en cause n'atteignent pas le seuil d'un risque réel de déni flagrant du droit de l'intéressé à un procès équitable¹⁸. En revanche, l'*Oberlandesgericht* de Karlsruhe a jugé récemment dans un cas similaire, qu'une menace sérieuse pesait sur l'État de droit en Pologne et que le droit du requérant à un procès équitable ne serait pas respecté s'il était remis à la Pologne, en se fondant notamment sur la fameuse loi « muselière » adoptée en janvier 2020 qui interdit aux juges de critiquer les réformes judiciaires du gouvernement sous peine de sanctions. Quant à la Norvège qui participe à l'espace liberté sécurité justice, le *Norwegian Courts administration (NCA)* a décidé de cesser toute coopération judiciaire avec la Pologne après l'adoption de la loi « muselière ».

Le deuxième apport de l'arrêt *LM* est la tentative de définir l'indépendance judiciaire¹⁹. La Cour tente d'ailleurs d'y conceptualiser et de perfectionner les critères qui permettent de l'évaluer. L'on aurait pu s'attendre à ce qu'elle se réfère à la jurisprudence abondante de la Cour européenne des droits de l'homme (« CourEDH »). Elle a préféré synthétiser sa propre

¹⁶ Voir, par analogie, dans le contexte de l'article 4 de la Charte, l'arrêt *Aranyosi et Căldăraru*, précité.

¹⁷ Voir sur ce point K. L. Scheppelle, « [Rule of Law Retail and Rule of Law Wholesale: The ECJ's \(Alarming\) "Celmer" Decision](#) », *VerfassungBlog*, publié le 28 juillet 2018 [dernière consultation le 15 mars 2020].

¹⁸ Jugement confirmé par la Cour suprême irlandaise, le 12 novembre 2019.

¹⁹ Voir D. Kosař, « [The CJEU Has Spoken Out, But the Show Must Go On](#) », *VerfassungBlog*, publié le 2 août 2018 [dernière consultation le 15 mars 2020].

jurisprudence développée par le passé soit dans le contexte du renvoi préjudiciel pour déterminer les juridictions susceptibles de la saisir, soit dans le cadre de l'interprétation d'une disposition spécifique du droit de l'Union²⁰ ou de l'article 19 TUE²¹. Pour la Cour, la notion d'indépendance revêt ainsi deux aspects. Le premier aspect, d'ordre externe, suppose que « l'instance concernée exerce ses fonctions en toute autonomie, sans être soumise à aucun lien hiérarchique ou de subordination à l'égard de quiconque et sans recevoir d'ordres ou d'instructions de quelque origine que ce soit », alors que l'aspect d'ordre interne « est lié à la notion d'impartialité et vise l'égle distance par rapport aux parties au litige et à leurs intérêts respectifs au regard de l'objet de celui-ci »²². Cette « indispensable liberté » des juges requiert des garanties telles l'inamovibilité et la perception d'un niveau de rémunération en adéquation avec l'importance des fonctions exercées ainsi que des règles claires en ce qui concerne notamment « la composition de l'instance, la nomination, la durée des fonctions ainsi que les causes d'abstention, de récusation et de révocation de ses membres, qui permettent d'écarter tout doute légitime, dans l'esprit des justiciables, quant à l'imperméabilité de ladite instance à l'égard d'éléments extérieurs et à sa neutralité par rapport aux intérêts qui s'affrontent ». De manière intéressante et certainement non anodine, la Cour précise, sans se fonder sur une quelconque jurisprudence antérieure, que l'indépendance des juges suppose également un régime disciplinaire garantissant tout risque d'utilisation d'un tel régime pour contrôler politiquement le contenu des décisions judiciaires...

L'utilisation de ces critères sera certainement délicate car comme l'a montré la Pologne dans son Livre blanc, la plupart des mesures polonaises contestées par la Commission se retrouvent dans d'autres systèmes juridiques même si, dans ces systèmes, elles sont contrebalancées par d'autres garanties alors que le législateur polonais semble avoir compilé toutes les mesures nationales critiquables sans avoir prévu de contrepoids.

Les arrêts *ASPJ* et *LM* ont incontestablement renforcé la protection juridictionnelle de l'État de droit, valeur fondatrice de l'Union européenne, et de l'exigence d'indépendance de la justice qui lui est inhérente. Ils ont aussi posé les principes qui serviront à la cour de trancher les recours en manquement contre la Pologne dont elle avait été saisie par la Commission.

Partie II - La remise en cause des réformes polonaises par la voie du recours en manquement

Face à l'absence de réaction du Conseil concernant sa demande d'activation de l'article 7, la Commission avait hésité à procéder à des recours en manquement parce qu'elle doutait de la possibilité d'avoir recours à la Charte dans une situation dont il n'était pas évident qu'elle relève de l'article 51, paragraphe 1. L'arrêt *ASPJ* a dissipé ses doutes et elle a décidé d'introduire plusieurs recours en manquement contre la Pologne à l'occasion des réformes

²⁰ CJUE, 19 septembre 2006, *Wilson*, préc. et CJUE, 9 octobre 2014, *TDC A/S.*, C-222/13, ECLI:EU:C:2014:2265.

²¹ Cf. arrêt du 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, préc.

²² Arrêt du 19 septembre 2006, *Wilson*, préc.

judiciaires que cet État avait entreprises. Dans un premier arrêt *Commission c. Pologne*, la Cour condamne cette dernière en raison de sa législation sur l'abaissement de l'âge de la retraite des membres de la Cour suprême. Dans une seconde affaire *Commission contre Pologne*, la même solution est retenue quant à l'abaissement de l'âge de la retraite des juges ordinaires.

A. L'arrêt *Commission c. Pologne* (indépendance de la Cour suprême) et le constat par la CJUE d'un manquement aux obligations découlant de l'article 19 TUE

S'appuyant sur les arrêts *ASPJ* et *LM*, la Grande chambre de la Cour considère dans l'arrêt *Commission c. Pologne* du 24 juin 2019, qu'en adoptant et appliquant la loi sur la Cour suprême, la Pologne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, TUE. La condamnation est cette fois-ci sans appel. L'affaire trouve son origine dans la nouvelle loi polonaise sur la Cour suprême adoptée en décembre 2017, qui, d'une part, abaissait l'âge de la retraite des juges de la Cour suprême à 65 ans, avec effet immédiat dès son entrée en vigueur fixée au 3 avril 2018 et, d'autre part, accordait au Président de la République le pouvoir discrétionnaire de maintenir dans leurs fonctions, sur leur demande, les juges, et d'autre part, accordait au président de la République le pouvoir discrétionnaire de proroger l'activité de certains juges au-delà de l'âge de retraite nouvellement fixé. L'impact de cette réforme sur la Cour suprême était considérable puisque comme le relève la Cour « près d'un tiers des membres en exercice de cette juridiction » était concerné par ce remaniement.

La Cour a accepté la demande de la Commission de soumettre l'affaire à la procédure accélérée²³ ainsi que la demande à titre de mesure provisoire non seulement de suspendre l'application des dispositions législatives relatives à l'abaissement de l'âge de départ des juges de la Cour suprême mais également de prendre toute mesure nécessaire afin d'assurer que les juges de la Cour suprême mis à la retraite d'office puissent continuer d'exercer leurs fonctions au poste qu'ils occupaient²⁴. La Pologne a tactiquement reculé sur ce point²⁵ et le Président de la République a adopté le 21 novembre 2018 une loi modifiant la nouvelle loi sur la Cour suprême. Celle-ci abroge la loi du 20 décembre 2017, permettant ainsi aux juges mis d'office à la retraite d'être réinstallés à leur poste. La Cour de Justice a néanmoins décidé que cette abrogation ne privait pas le litige de son objet dès lors qu'elle était survenue postérieurement à l'expiration du délai imparti dans l'avis motivé de la Commission.

S'appuyant sur le raisonnement qu'elle avait suivi dans l'arrêt *ASPJ* qu'elle cite abondamment, la Cour prend d'abord position sur l'applicabilité de l'article 19 TUE qui impose aux États membres d'établir les voies de recours nécessaires pour assurer une

²³ Ordonnance en date du 15 novembre 2018, *Commission c. Pologne*, C-619/18, ECLI:EU:C:2018:910.

²⁴ Ordonnance du 19 octobre 2018 rendue en l'absence d'observations de la partie défenderesse, confirmée en grande chambre après procédure contradictoire le 17 décembre 2018, *Commission c. Pologne*, C-619/18 R, ECLI:EU:C:2018:1021.

²⁵ Sur le modèle de ce qu'avait fait le Fidesz en 2012 en Hongrie, quand il avait lui aussi cédé sur la question de l'abaissement de l'âge de la retraite des juges, sans revenir sur d'autres points controversés de ses réformes.

protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union. Il n'est pas contesté que la Cour suprême ait vocation à se prononcer sur des questions portant sur l'application ou l'interprétation de ce droit. Par conséquent, les mesures litigieuses, en ce qu'elles portent atteinte à l'indépendance de cette juridiction, relèvent du champ d'application de l'article 19 TUE.

Pour considérer que la Pologne a violé l'État de droit, tel qu'il est protégé par l'article 2 TUE et trouve son expression concrète à l'article 19 TUE, la Cour fait porter son raisonnement sur le principe d'inamovibilité des juges. Elle le considère comme le corollaire de l'indépendance de la justice²⁶ car il constitue une garantie pour les juges qu'il est censé préserver de toute pression extérieure « en exigeant qu'ils puissent rester en fonction tant qu'ils n'ont pas atteint l'âge obligatoire du départ à la retraite ou jusqu'à l'expiration de leur mandat lorsque celui-ci revêt une durée déterminée ». Mais il ne s'agit pas d'un principe absolu car il peut faire l'objet de restrictions si des motifs légitimes et impérieux les justifient et dans le respect du principe de proportionnalité. La révocation d'un juge pourrait par exemple être admise en cas d'incapacité de celui-ci à poursuivre ses fonctions en raison d'une incapacité ou d'un manquement grave, moyennant le respect de procédures appropriées.

La Cour innove en ajoutant une condition supplémentaire inspirée de la théorie des apparences telle que développée par la CourEDH. Les mesures, même justifiées et proportionnées ne doivent pas être de nature à jeter un doute légitime dans l'esprit des justiciables quant à l'impartialité et la neutralité politique de ceux qui ont pour mission de juger. Citant l'arrêt de la CourEDH *Denisov c. Ukraine* du 25 septembre 2018, l'Avocat général Tanchev insiste dans ses conclusions sur l'arrêt, sur le fait que les apparences peuvent revêtir de l'importance, de sorte qu'« il faut non seulement que justice soit faite, mais aussi qu'elle le soit au vu et au su de tous. Il y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer au justiciable ».

Appliquant ces principes au cas d'espèce, la Cour considère que la mesure d'abaissement de l'âge du départ à la retraite des juges de la Cour suprême qui a pour conséquence de faire partir prématurément à la retraite un nombre important de juges en exercice, n'est pas justifiée par un objectif légitime et qu'en conséquence elle porte atteinte au principe d'inamovibilité des juges et à leur indépendance. Elle rejette l'argumentaire de la Pologne point par point. À la Pologne qui invoquait que la mesure était justifiée par la volonté d'harmoniser cet âge avec l'âge général de la retraite applicable à l'ensemble des travailleurs en Pologne et d'optimiser la structure d'âge des cadres de cette juridiction, la Cour émet des doutes sérieux sur le fait que la réforme ait été guidée par de tels objectifs, et non par une volonté de procéder à une mise à l'écart d'un certain groupe de juges de cette juridiction. Pour la Cour, ces soupçons sont confortés par l'existence de mécanisme permettant au président de la République de décider, de manière discrétionnaire, de

²⁶ Voir également l'arrêt du 19 septembre 2006, *Wilson*, C-506/04, préc., point 51.

prolonger le mandat de certains juges, ajouté au fait de « l'impact potentiellement considérable de la réforme en cause sur la composition et la continuité fonctionnelle de la Cour suprême ».

La Cour aurait pu en rester là, mais à l'évidence, elle a préféré aller encore plus loin. Elle réfute l'argument tiré de l'alignement de l'âge de la mise à la retraite des juges de la Cour suprême sur celui des travailleurs dans la mesure où ces derniers ne sont pas mis à la retraite d'office mais bénéficient simplement du droit de cesser leur activité professionnelle, ainsi que celui lié au souci d'éviter une éventuelle discrimination, en termes de durée d'exercice des fonctions de juge, entre ces juges et ceux qui seront nommés à cette juridiction après cette date. Elle critique également le fait qu'en procédant à un abaissement immédiat et considérable de l'âge de départ à la retraite, sans prévoir de mesures transitoires, la réforme ne respecte pas le principe de proportionnalité²⁷.

Quant au deuxième grief de la Commission lié au pouvoir discrétionnaire accordé par la nouvelle loi sur la Cour suprême au Président de la République de prolonger l'activité de certains juges au-delà de l'âge de retraite nouvellement fixé, la Cour indique que les États membres qui optent pour un tel mécanisme sont tenus de veiller « à ce que les conditions et les modalités auxquelles se trouve soumise une telle prolongation ne soient pas de nature à porter atteinte au principe de l'indépendance des juges ». Certes, rien n'empêche que cette compétence soit dévolue au président de la république, mais encore faut-il que les décisions qu'il prend soient assorties de conditions et de garanties appropriées destinées à éviter de mettre en péril l'indépendance des juges concernés.

Or pour la Cour, ces exigences ne sont pas respectées. D'une part, les décisions prises par le Président de la République revêtent un caractère discrétionnaire et sont insusceptibles de recours. L'intervention du conseil national de la magistrature aurait pu permettre de rendre la procédure plus objective mais en l'occurrence elle ne saurait dissimuler l'emprise du Président de la république sur cette instance. Elle constate qu'en l'absence de règle l'obligeant à motiver ses avis, ceux-ci ne permettent pas d'éclairer de manière objective l'exercice du pouvoir conféré au président de la République « si bien que ce pouvoir est de nature à engendrer des doutes légitimes, notamment dans l'esprit des justiciables, quant à l'imperméabilité des juges concernés à l'égard d'éléments extérieurs et à leur neutralité par rapport aux intérêts susceptibles de s'affronter devant eux ».

Ces solutions seront reprises pour partie dans l'arrêt *Commission c. Pologne* qui concerne les juridictions polonaises ordinaires.

²⁷ Voir, en ce sens, CJUE, 6 novembre 2012, *Commission c. Hongrie*, C-286/12, EU:C:2012:687, points 68 et suiv.

B. L'arrêt *Commission c. Pologne* (indépendance des juridictions ordinaires) du 5 novembre 2019, une confirmation de l'arrêt précédent

La Cour de Justice « condamne » dans cet arrêt à nouveau la Pologne²⁸ pour manquement au droit de l'Union en raison de la loi polonaise du 12 juillet 2017 qui fixe l'âge du départ à la retraite des juges des juridictions de droit commun et des procureurs ainsi que l'âge du départ anticipé à la retraite des juges de la Cour suprême à 60 ans pour les femmes et à 65 ans pour les hommes, alors que ces âges étaient fixés antérieurement pour les deux sexes à 67 ans. En outre, la loi confère au ministre de la Justice le pouvoir de prolonger la période d'activité des juges des juridictions de droit commun au-delà des nouveaux âges du départ à la retraite. Le ministère des affaires étrangères polonais a immédiatement réagi à cet arrêt en rappelant que « les critiques de la Commission européenne ont été déjà prises en compte » dans une loi du 12 avril 2018, qui est revenue sur les dispositions controversées. La Cour a toutefois décidé de poursuivre son examen.

Il n'est guère surprenant que la Cour ait considéré que la Pologne a manqué à ses obligations résultant de l'article 157 TFUE selon lequel chaque État membre assure l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail, mais aussi de la directive 2006/54 relative à l'égalité de traitement dans les régimes professionnels de sécurité sociale. Elle relève que la loi polonaise a introduit des conditions directement discriminatoires fondées sur le sexe, notamment en ce qui concerne le moment auquel les intéressés peuvent bénéficier d'un accès effectif aux avantages prévus par les régimes de pension concernés. À l'argument polonais selon lequel ces différences constituent des mesures de discrimination positive, elle oppose que ces différences « ne sont pas de nature à compenser les désavantages auxquels sont exposées les carrières des fonctionnaires féminins ».

En outre, confirmant l'arrêt *Commission c. Pologne* (Indépendance de la Cour suprême) du 24 juin 2019, elle considère que les procédures entourant le pouvoir du ministre de la justice d'autoriser ou non un juge à exercer au-delà de l'âge de la retraite sont « de nature à engendrer des doutes légitimes quant à l'imperméabilité des juges concernés à l'égard d'éléments extérieurs et à leur neutralité ». En effet, d'une part, les critères sur le fondement desquels le ministre est appelé à prendre sa décision sont trop vagues et ne sont pas vérifiables. La décision ne doit pas être motivée et est insusceptible de faire l'objet d'un recours juridictionnel. D'autre part, la durée de la période pendant laquelle les juges sont susceptibles de demeurer dans l'attente de la décision du ministre relève de la discrétion de ce dernier.

Enfin, insistant sur le rôle crucial joué par le principe d'inamovibilité comme elle l'avait fait dans l'arrêt *Commission c. Pologne* du 24 juin 2019, la Cour constate que la combinaison de la mesure d'abaissement de l'âge normal du départ à la retraite des juges

²⁸ CJUE, CG, 5 novembre 2019, *Commission c. Pologne* (indépendance des juridictions ordinaires), C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924.

des juridictions de droit commun et de celle consistant à conférer au ministre de la Justice le pouvoir discrétionnaire d'autoriser la poursuite de l'exercice des fonctions de ceux-ci au-delà du nouvel âge ainsi fixé, méconnaît un tel principe. Invoquant à nouveau la théorie des apparences, elle considère que cette combinaison de mesures est de nature à créer, dans l'esprit des justiciables, des doutes légitimes quant au fait que le nouveau système pourrait en réalité viser à permettre au ministre d'écarter, une fois atteint l'âge normal du départ à la retraite nouvellement fixé, certains groupes de juges tout en maintenant en fonction une autre partie de ceux-ci.

Partie III - Le renvoi préjudiciel à l'initiative des juges polonais: l'arrêt *A.K. e.a* (Indépendance de la chambre disciplinaire de la Cour suprême) du 19 novembre 2019 et les exigences d'indépendance politique

Les juges polonais ont saisi l'occasion pour s'appuyer sur la jurisprudence de la Cour de Justice afin de mener leur combat contre la législation polonaise. Dans l'arrêt *A.K. e. a.*²⁹, la chambre du travail et des assurances sociales de la Cour suprême avait saisi la Cour de Justice d'un renvoi préjudiciel portant sur l'indépendance et l'impartialité de la chambre disciplinaire constituée en son sein par la nouvelle loi sur la Cour Suprême au regard de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux.

Bien que, à la suite de l'arrêt *Commission c. Pologne* (indépendance de la Cour suprême) du 24 juin 2019, les juges requérants ont été maintenus ou réintégrés dans l'exercice de leurs fonctions, la Cour suprême s'est trouvée confrontée à un problème de compétence. La chambre du travail et des assurances sociales demande en effet à la Cour de Justice si, alors même que le type de litige en cause relevait normalement de la compétence de la chambre disciplinaire nouvellement instituée au sein de la Cour suprême, elle devait écarter les règles nationales de répartition des compétences juridictionnelles pour éventuellement se saisir elle-même du fond de ces litiges en raison des doutes qu'elle avait sur l'indépendance de cette nouvelle instance, dès lors que le litige présentait un lien avec le droit de l'Union européenne.

Il convient de noter que, s'agissant d'un litige relatif à la mise en œuvre du droit de l'Union, en l'occurrence de la directive 2000/78 qui interdit de discriminer sur le fondement de l'âge en matière d'emploi, la Cour ne fonde plus son raisonnement sur l'article 19§1, second alinéa, TUE, mais sur l'article 47 de la Charte. En toute occurrence, souligne-telle, un examen séparé des articles 2 et 19, TUE, ne pourrait que corroborer les conclusions de la Cour sur le fondement de l'article 47 de la Charte, et « n'apparaît pas nécessaire aux fins de répondre aux interrogations de la juridiction de renvoi et de la solution des litiges dont celle-ci est saisie ».

²⁹ CJUE, GC, 19 novembre 2019, C-585/18, C-624/18 et C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982.

Pour la Cour, le droit à un recours effectif et à un tribunal indépendant prévu à l'article 47 et confirmé par la directive 2000/78 s'oppose à ce qu'un tel litige puisse être jugé par une juridiction qui ne serait ni indépendante ni impartiale. La Cour n'entend pas se prononcer elle-même sur la question de l'indépendance de la nouvelle chambre disciplinaire au regard de l'article 47 de la charte et de la directive, mais elle confie ce soin à la juridiction de renvoi au regard d'orientations extrêmement précises qu'elle fixe dans l'arrêt et qui laissent à penser que la juridiction de renvoi ne pourra pas faire autrement que de constater un manque d'indépendance.

À cet égard, la Cour rappelle l'importance des exigences d'indépendance et d'impartialité qui supposent « l'existence de règles, notamment en ce qui concerne la composition de l'instance, la nomination, la durée des fonctions ainsi que les causes d'abstention, de récusation et de révocation de ses membres, qui permettent d'écarter tout doute légitime, dans l'esprit des justiciables, quant à l'imperméabilité de ladite instance à l'égard d'éléments extérieurs et à sa neutralité par rapport aux intérêts qui s'affrontent ». Elle ajoute que l'État de droit se caractérisant par la séparation des pouvoirs, l'indépendance des juridictions doit être garantie à l'égard des pouvoirs législatif et exécutif et qu'à ce titre les juges doivent être mis à l'abri d'interventions ou de pressions extérieures susceptibles d'orienter leurs décisions, ce qui mettrait en péril leur indépendance.

S'appuyant sur sa jurisprudence *Commission c. Pologne* de juin 2019 (indépendance de la Cour suprême), la Cour relève en premier lieu que la nomination des membres de la chambre disciplinaire par le Président de la république n'est pas de nature à créer une dépendance à l'égard du pouvoir politique, ni à engendrer des doutes quant à leur impartialité, si, une fois nommés, ils ne sont soumis à aucune pression et ne reçoivent pas d'instructions dans l'exercice de leurs fonctions. Par ailleurs, l'intervention, en amont, du Conseil national de la magistrature, chargé de proposer les juges en vue de leur nomination, est susceptible d'encadrer objectivement la marge de manœuvre du président de la République, à condition, toutefois, que cet organe soit lui-même suffisamment indépendant à l'égard des pouvoirs législatif et exécutif ainsi que du président de la République, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier. Pour cela il lui faudra tenir compte non seulement des conditions dans lesquelles ont été nommés les nouveaux juges de la chambre disciplinaire, du rôle joué par le Conseil national de la magistrature mais aussi d'éléments plus spécifiques tenant au contexte de la création de la chambre disciplinaire dans le cadre de la nouvelle loi sur la Cour suprême dont elle rappelle qu'elle a été déclarée incompatible avec le droit de l'Union.

Plus concrètement s'agissant du Conseil national de la magistrature polonais³⁰, la Cour précise qu'au vu des éléments soulignés par la chambre du travail et des assurances sociales permettant de faire douter de l'indépendance politique de cette instance, la juridiction de renvoi doit faire porter son examen tant sur sa nouvelle composition, les circonstances

³⁰ Article 186, paragraphe 1, de la Constitution polonaise : le KRS est gardien de l'indépendance des juridictions et des juges.

politiques ayant conduit à sa mise en place, le nouveau mode de désignation des juges qui y siègent³¹, que sur la manière dont cet organe « s’acquitte de sa mission constitutionnelle de gardien de l’indépendance des juridictions et des juges et dont il exerce ses diverses compétences, en particulier s’il le fait d’une manière susceptible de jeter le doute sur son indépendance à l’égard des pouvoirs législatif et exécutif »³². Il convient également de vérifier la portée du recours qui peut être exercé contre les propositions du Conseil national de la magistrature, dans la mesure où les décisions de nomination des juges effectuées par le Président de la République ne sont pas, elles, susceptibles de faire l’objet d’un contrôle juridictionnel.

S’agissant de la chambre disciplinaire, la Cour a estimé que, dans le contexte issu de l’adoption, fortement contestée, de la nouvelle loi sur la Cour suprême qu’elle a déclarée contraire au droit de l’Union dans son arrêt du 24 juin 2019, *Commission c. Pologne*, il faut tenir compte du fait que la chambre disciplinaire s’est vue confier une compétence exclusive pour connaître des litiges concernant la mise à la retraite des juges de la Cour suprême qui relevaient jusqu’alors de la compétence des juridictions ordinaires, qu’elle est composée uniquement de juges nouvellement nommés, ou encore qu’elle semble jouir d’un degré d’autonomie particulièrement poussé au sein de la Cour suprême.

De manière générale, la Cour précise que, si chacun des éléments examinés, pris séparément, n’est pas forcément critiquable et de nature à mettre en doute l’indépendance d’une instance telle que la chambre disciplinaire, il pourrait, en revanche, en aller différemment en cas de combinaison de ces différents éléments. Elle insiste aussi à plusieurs reprises sur l’importance des apparences et estime nécessaire d’évaluer si ces éléments pris ensemble ne sont pas de nature à jeter le doute dans l’esprit des justiciables quant à l’impartialité et la neutralité politique du Conseil national de la magistrature et de la chambre disciplinaire au regard du pouvoir exécutif et législatif³³. Ces observations permettent d’anticiper une décision négative lorsqu’elle examinera le recours en manquement sur la chambre disciplinaire³⁴.

Enfin, la Cour rappelle que l’article 47 produit un effet direct et que, dans l’hypothèse où la juridiction nationale estimerait que les mesures législatives concernant la chambre

³¹ Point 143 de l’arrêt. Il faut, pour la Cour, prendre en considération « la circonstance que ce conseil nouvellement composé a été mis en place moyennant un raccourcissement du mandat de quatre ans en cours des membres qui composaient jusqu’alors cette instance ». Il faut également tenir compte « de la circonstance que les quinze membres du conseil national de la magistrature élus parmi les juges l’étaient, auparavant, par leurs pairs magistrats et le sont désormais par une branche du pouvoir législatif parmi des candidats pouvant être présentés notamment par des groupes de deux mille citoyens ou de vingt-cinq juges », « une telle réforme conduisant à des nominations portant le nombre de membres de la KRS directement issus des pouvoirs politiques ou élus par ceux-ci à vingt-trois sur les vingt-cinq membres que compte cet organe, ou encore l’existence éventuelle d’irrégularités qui auraient pu entacher le processus de nomination de certains membres de la KRS dans sa nouvelle composition ».

³² Point 144 de l’arrêt.

³³ M. Krajewski, M. Ziólkowski, « [The Power of ‘Appearances’](#) », *Verfassungblog*, publié le 26 novembre 2019 [dernière consultation le 15 mars 2020].

³⁴ CJUE, *Commission c. Pologne*, C-791/19, requête du 22 novembre 2019.

disciplinaire sont contraires à cet article, elle a le devoir de laisser inappliquées celles-ci en vertu du principe de primauté du droit de l'Union³⁵. Donnant suite à cette invitation, la chambre du travail et des assurances sociales de la Cour suprême a constaté le 5 décembre 2019, que la chambre disciplinaire ne constituait pas une juridiction indépendante. Malgré ce jugement, la chambre disciplinaire a poursuivi son activité et dans la mesure où la loi « muselière », adoptée en réaction à l'arrêt *A.K.*, rend désormais impossible la contestation des jugements rendus par les cours établies conformément à la législation en vigueur, les jugements rendus par la chambre disciplinaire ne peuvent plus être remis en cause. Comme le constate la Commission de Venise, il existe un risque de chaos juridique dans lequel les cours ne reconnaissent pas la validité des jugements rendus par d'autres cours³⁶.

Conclusion

En raison de l'incapacité des autorités politiques de l'Union de traiter efficacement la question polonaise par les procédures offertes par les traités, le débat s'est déporté vers la Cour de Justice. Celle-ci a fait son devoir pour préserver le système juridique de l'Union d'atteintes à l'État qui compromettent non seulement le bon fonctionnement de l'espace judiciaire, mais l'ensemble des politiques de l'Union. Dès lors que l'indépendance judiciaire n'est respectée, tout investisseur, tout prestataire de services voit son activité menacée s'il opère dans un État qui ne respecte pas l'État de droit. Mais il s'agit d'une histoire sans fin. La Cour est instrumentalisée par les juges polonais qui s'appuient sur elle dans leur combat pour sauvegarder leur indépendance au risque de subir des sanctions en Pologne de ce fait. L'approche décentralisée en matière de coopération judiciaire fait peser une charge importante sur les juridictions nationales. Certes, à la suite des affaires en manquement, l'existence d'une violation systémique ne peut être contestée, mais elles doivent évaluer au cas par cas le risque que subirait le requérant en ce qui concerne son droit à une protection judiciaire effective, ce qui conduit à des solutions différentes selon les États membres. Enfin, le risque d'un conflit ouvert entre la Cour et un gouvernement polonais qui ne donnerait pas suite à ces jugements n'est pas exclu. Et, dans ce cas, l'imposition d'astreintes ou d'amendes prévue à l'article 260 TFUE n'est sans doute pas de nature à régler un conflit qui serait devenu ouvertement politique. Peut-être, si ce moment devait malheureusement survenir, les États membres de l'Union prendraient-ils conscience de leurs responsabilités.

³⁵ Point 166 de l'arrêt.

³⁶ Avis n° 977/2019, 16 janvier 2020, CDL-PI(2020)002.

A la recherche de la dignité perdue (obs. sous CourEDH, 28 février 2019, *Khan c. France*, n° 12267/16)

Manuela Brillat*

L'arrêt *Khan c. France* rendu, à l'unanimité, par la Cour européenne des droits de l'Homme en début d'année a suscité des réactions franchement positives. Du défenseur des droits – qui a pris acte d'un « arrêt majeur »¹ - à la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme², en passant par les commentateurs³, y compris médiatiques⁴, tous ont souligné les faits « particulièrement graves »⁵ de l'affaire et l'issue « inéluctable »⁶ par une « condamnation retentissante »⁷. Les voix s'accordent pour relever l'importance de l'intervention de la Cour pour protéger les mineurs étrangers isolés.

Il est vrai que les faits de l'affaire se prêtaient particulièrement à une réaction sévère de la juridiction européenne. Jamil Khan, ressortissant afghan, arriva seul en France à l'âge de 11 ans, suite à la disparition de son père. En attendant de pouvoir passer au Royaume-Uni, il s'installa à Calais dans une cabane dans la lande et entra en contact avec des associations. L'une d'entre elles saisit le juge des enfants d'une demande de placement provisoire et de désignation d'un administrateur *ad hoc*. Le juge des enfants accéda à ces demandes par deux ordonnances distinctes, exécutoires de plein droit. Or les services de l'aide sociale à l'enfance n'ont jamais exécuté ces décisions. Jamil Khan a ainsi subi le démantèlement de la lande et la destruction de sa cabane avant de devoir s'installer dans un abri de fortune dans des conditions de promiscuité et d'absence d'hygiène encore plus dramatiques que dans la lande de Calais. Dans ces circonstances, la Cour a constaté que l'État n'a pas protégé le mineur non accompagné des conditions de vie dégradantes dans la lande de Calais et elle a conclu à la violation de l'article 3 de la Convention.

Une telle décision doit être saluée en raison de la prise de position claire de la Cour qui illustre parfaitement l'importance de l'article 1^{er} de la Convention, fondement des obligations positives, à l'heure où se développe toujours plus la notion de marge

* Docteur en droit public, avocat au barreau de Strasbourg.

¹ Défenseur des droits, [Communiqué de presse](#) [dernière consultation le 15 mars 2020].

² CNCDH, Actualités, [« Arrêt Khan c. France : la France condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme »](#), 5 mars 2019 [dernière consultation le 18 août 2019].

³ A. Guérin, « Affaire Khan c. France : l'arbre qui cache la jungle », *JADE*, n° 17, 14 mai 2019.

⁴ Voir notamment : J. Pascual, « Mineur isolé étranger : la France condamnée par la CEDH pour 'traitement dégradant' », *Le Monde*, 28 février 2019 ; « Calais : la France condamnée pour le 'traitement dégradant' d'un mineur afghan », 28 février 2019.

⁵ A. Guérin, « Affaire Khan c. France ... », préc. ; AB Caire, « La carence française face à l'extrême vulnérabilité d'un mineur étranger isolé dans la lande de Calais », *Rec. Dalloz*, 2019, pp. 1092-2005 ; D. Goetz, « Traitement dégradant d'un mineur isolé étranger : la France condamnée », *Dalloz Actualité*, 5 mars 2019.

⁶ D. Goetz, « Traitement dégradant ... », préc.

⁷ *Idem*.

d'appréciation des États⁸. Ainsi, en venant au secours d'un enfant livré à lui-même en territoire étranger, la juridiction européenne réaffirme clairement le rôle primordial que joue la Convention - « instrument de l'ordre public européen »⁹ - dans la garantie effective des droits humains de tous et de chacun.

Aussi louable que soit cette position, elle ne doit cependant pas occulter quelques lacunes que l'on aurait aimé enfin comblées dans le raisonnement de la Cour. Un aspect en particulier mérite d'être étudié puisqu'il aurait pu faire de cet arrêt l'occasion idéale d'un pas de plus vers l'effectivité des droits : l'absence de toute utilisation de la notion de dignité humaine.

Pour ce faire, il convient de repartir des faits de l'affaire qui ne plaçaient pas la Cour dans un contexte classique lié à l'article 3 : le seuil de gravité n'a pas été atteint dans le cadre d'un traitement physique violent lié à une interpellation policière¹⁰, à des conditions de détention¹¹ ou au comportement des forces de police¹² ; il ne s'agissait pas non plus d'un traitement moral insoutenable découlant de la disparition d'un proche¹³. Le requérant mettait en cause une précarité extrême¹⁴, des conditions de vie au quotidien d'une insalubrité marquée, avec des risques indéniables tant sur sa santé que sur sa sécurité. Or la lutte contre la pauvreté fait généralement partie – selon une dichotomie classique des plus critiquables¹⁵ - des droits dits sociaux et économiques et non des droits dits civils et politiques garantis par la Convention.

C'est donc l'indivisibilité des droits qui se situe au cœur de l'arrêt *Khan* et qui nous rappelle que tous les droits humains sont interconnectés, qu'il n'est pas possible, au moins en pratique, de les séparer par catégories. La Déclaration de Vienne de 1993 nous l'indiquait déjà¹⁶. La Cour nous le démontre à nouveau dans cet arrêt : en se fondant sur les liens

⁸ Voir par exemple : F. Tulkens, L. Donnay, « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme : paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 1, 2006, pp. 3-23. Voir aussi pour les obligations positives : C. Madeleine, *La technique des obligations positives dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, Paris, 2014, 590 p..

⁹ CourEDH, GC, 23 mars 1995, *Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires)*, n° 15318/89, para 75.

¹⁰ Voir, entre autres, CourEDH, 16 novembre 2017, *Boukrourou c. France*, n° 30059/15.

¹¹ Voir, entre autres, CourEDH, 28 mai 2019, *Clasens c. Belgique*, n° 26564/16.

¹² Voir par exemple : CourEDH, GC, 28 septembre 2015, *Bouyid c. Belgique*, n° 23380/09.

¹³ Voir par exemple : CourEDH, 21 octobre 2013, *Janowiec et autres c. Russie*, n° 55508/07 et 29520/09.

¹⁴ L'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce* faisait déjà état de la précarité du requérant demandeur d'asile mais la Cour expliquait bien que la question n'était pas de savoir si l'obligation de fournir des conditions de vie décentes aux demandeurs d'asile fait partie de l'obligation qui découle de l'article 3 dans la mesure où elle figurait dans le droit positif national à travers la transposition du droit européen. La question du seuil de gravité n'apparaît d'ailleurs pas vraiment dans cet arrêt qui se concentre sur l'absence de mise en œuvre d'une législation nationale. Voir : CourEDH, GC, 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, n° 30696/09, para 263.

¹⁵ M. Brillat, *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les différents ordres juridiques européens*, Institut Universitaire Varenne, Paris, 2015, p. 369 et suiv.

¹⁶ Déclaration de Vienne adoptée par la Conférence mondiale sur les droits de l'Homme, 25 juin 1993 : « Tous les droits de l'Homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés ».

indissolubles entre les catégories de droit, la Chambre a poursuivi une certaine extension du champ matériel de l'article 3, dans le sillage de l'arrêt *Rahimi c. Grèce*¹⁷.

L'arrêt *Khan* est cependant ambivalent. D'un côté, il prend appui sur le principe d'indivisibilité des droits pour étendre l'applicabilité de l'article 3 à la situation matérielle précaire de personnes extrêmement vulnérables. Ce faisant, les juges mobilisent tous les principes et concepts juridiques possibles pour entourer la situation du requérant de leur attention. De l'autre, la Chambre omet d'évoquer, et de prendre appui, sur des notions constitutives pour l'Europe et qui sont, en réalité, au cœur de l'affaire soumise à son examen : aucune référence directe à la notion de dignité humaine – ce qui pour être désormais un classique de Strasbourg ne doit pas pour autant cesser d'interpeler ; aucune référence non plus à une éventuelle discrimination alors même que nous sommes face à un État qui n'a pas pris en compte la vulnérabilité, pourtant reconnue comme extrême par la Cour, du requérant. Or la discrimination ne consiste pas uniquement à distinguer là où il n'y a pas lieu de le faire mais aussi à ne pas distinguer alors qu'il le faudrait.

Ainsi, même si cet arrêt confirme, entre les lignes, que l'indivisibilité des droits est la voie de leur majeure effectivité (I), la Cour manque néanmoins l'occasion de faire de la dignité humaine le véritable régulateur de l'égalité en intégrant l'absence de prise en compte de la vulnérabilité à la définition de discrimination. Ce silence aurait presque pu passer inaperçu tant il est assourdissant (II).

Partie I - L'indivisibilité des droits comme voie de leur majeure effectivité

En confirmant la vulnérabilité de l'enfant mineur étranger (A), l'arrêt *Khan* se situe au cœur de la mouvance européenne qui décline concrètement les enjeux de la vulnérabilité par l'utilisation du principe de l'indivisibilité des droits (B).

A. La confirmation de la vulnérabilité de l'enfant mineur étranger

Le requérant alléguait l'état « d'extrême vulnérabilité »¹⁸ dans lequel il se trouvait en raison du démantèlement de la lande de Calais. Ce caractère vulnérable était, par ailleurs, reconnu et mis en avant par les juridictions françaises saisies de la situation du requérant¹⁹. Les tiers-intervenants ont également fait état de la vulnérabilité du requérant et des mineurs étrangers non-accompagnés en général²⁰. La Cour a repris ces analyses, suivant la ligne de sa jurisprudence antérieure. Elle a ainsi rappelé que « dans les affaires relatives à l'accueil

¹⁷ CourEDH, GC, 05 avril 2011, *Rahimi c. Grèce*, n° 8687/08. Cette extension vers certains droits économiques et sociaux ne concerne pas uniquement les mineurs étrangers isolés. Voir pour un exemple récent concernant l'article 2 : CourEDH, 27 août 19, *Magnitskyi et autres c. Russie*, n° 32631/09 et 53799/12 (non définitif) dans lequel la Cour constate une violation de l'article 2 en raison de l'absence de soins adéquats prodigués au requérant.

¹⁸ CourEDH, *Khan c. France*, préc., para. 3.

¹⁹ *Ibid.*, para. 19.

²⁰ La CNCDH parle d'une « particulière vulnérabilité » (*Khan*, préc., para. 61), le groupe d'information et de soutien aux immigrés également (*Khan*, préc., para. 63).

d'étrangers mineurs, accompagnés ou non accompagnés, il convient de garder à l'esprit que la situation d'extrême vulnérabilité de l'enfant est déterminante et prédomine sur la qualité d'étranger en séjour illégal »²¹. En effet, dans sa jurisprudence antérieure, la Cour avait déjà reconnu qu'un mineur étranger non-accompagné en situation irrégulière fait partie de la « catégorie des personnes les plus vulnérables de la société »²².

Combinée à l'article 1^{er} de la Convention, cette affirmation fait naître une obligation positive particulière à la charge de l'État : celle de prendre en main et de prendre soin de cette catégorie de personnes²³. L'État doit activement protéger les mineurs isolés. L'apport intéressant de l'arrêt *Khan* est de préciser le contenu de cette obligation. Dans la jurisprudence antérieure, l'État défendeur était resté totalement passif²⁴ face à la situation du requérant mineur étranger isolé alors que dans l'arrêt *Khan*, l'État a agi à travers le Juge des Enfants qui a adopté une ordonnance de placement et des démarches ont été effectuées pour exécuter cette ordonnance²⁵. Cette reconnaissance d'une action de l'État ne suffit cependant pas à exonérer l'État de sa responsabilité²⁶ : l'obligation positive qui pèse sur lui dans le cadre d'une personne en extrême vulnérabilité est donc réelle et poussée. Il ne suffit pas que les autorités judiciaires prennent des décisions ; encore faut-il que l'État mette tout en œuvre pour les exécuter et effectivement protéger le mineur, et ce indépendamment du comportement de celui-ci.

De la vulnérabilité de la personne découle une analyse spécifique en matière de protection effective des droits qui prend en compte la situation de faiblesse et ses conséquences pratiques sur la capacité des personnes à effectivement exercer leurs droits ou à en revendiquer l'application effective par les autorités étatiques. La jurisprudence de la Cour avait parfois laissé un goût amer sur ce point. En particulier, les arrêts *Valentin Câmpeanu c. Roumanie*²⁷ et *Lambert et autres c. France*²⁸ avaient suscité des réactions parfois vives sur ce point²⁹. Dans le sillage de l'opinion concordante du Juge Pinto de Albuquerque³⁰, il convient de rappeler que la Cour n'avait pas saisi l'occasion que représentait l'affaire roumaine pour tirer toutes les conséquences de la vulnérabilité du requérant³¹. Quant à

²¹ *Khan*, préc., para. 74.

²² *Rahimi*, préc., para.87. Pour plus de détail sur la jurisprudence de la Cour, voir, entre autres : c. Ruet, « La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, n° 102, 2015, pp. 317-340 ; J.-Y. Carlier, « Des droits de l'Homme vulnérable à la vulnérabilité des droits de l'Homme, la fragilité des équilibres », *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, vol. 79, n° 2, 2017, pp. 175-204. Plus généralement, voir : c. Boiteux-Picheral, *La vulnérabilité en droit européen des droits de l'Homme*, Anthemis, Limal, 2019, 230 p.

²³ *Idem*. Voir aussi : *Khan*, préc., para. 88.

²⁴ *Rahimi*, préc., para. 92: la Cour précise bien que l'Etat grec a fait preuve d'indifférence envers le requérant.

²⁵ *Khan*, préc., para. 91: la Cour indique bien que l'Etat défendeur n'est pas resté inactif.

²⁶ *Ibid.*, para. 92.

²⁷ CourEDH, GC, 17 juillet 2014, *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Campeanu c. Roumanie*, n° 47848/08.

²⁸ CourEDH, GC, *Lambert et autres c. France*, 5 juin 2015, n° 46043/14.

²⁹ Voir, en particulier : H. Keller, A. Garin, « Câmpeanu : *quo vadis* ? Le recours individuel en péril », *RTDH*, n° 111, 2017, pp. 485-509, p. 488.

³⁰ Opinion jointe à l'arrêt.

³¹ M. Brillat, *Le principe ...*, *op. cit.*, p. 303.

l'arrêt *Lambert*, si la Cour rappelle qu'elle prend en compte l'état de vulnérabilité d'une personne liée, notamment, à son état de handicap³², elle n'en a tiré par la suite aucune conséquence dans son raisonnement juridique. Au contraire, elle a totalement occulté cet aspect dans ses développements relatifs à la possibilité pour l'un ou l'autre des membres de la famille de Vincent Lambert d'introduire une requête en son nom, pour protéger ses droits. Que la conclusion du raisonnement plaise ou non, il aboutit à une situation paradoxale dans laquelle une personne hors d'état d'exprimer sa volonté ne peut faire valoir ses droits à travers un membre de sa famille là où une personne décédée aurait, devant la Cour, davantage de possibilités³³. Les positions radicalement opposées des parents et de l'épouse de Vincent Lambert qui souhaitaient tous s'exprimer en son nom ont certainement pesé dans la décision de la Cour. Toutefois, du point de vue strictement juridique, le raisonnement (non) développé avait un goût d'inachevé.

La jurisprudence qui a suivi a approfondi la question de la vulnérabilité pour en faire un instrument d'interprétation de certains articles de la Convention. L'arrêt *Khan* en est l'exemple même. Son apport se situe dans la déclinaison qui est faite de la vulnérabilité du requérant qui prend alors des contours précis grâce au principe d'indivisibilité des droits.

B. Une vulnérabilité déclinée par le principe d'indivisibilité

D'emblée, la Cour rappelle que l'évaluation du seuil de gravité minimum qui doit être atteint pour que l'article 3 s'applique est « relative par essence : elle dépend de l'ensemble des données de l'espèce, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques ou mentaux, ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime »³⁴. Pour être qualifié de dégradant, le traitement doit être « de nature à inspirer à ses victimes des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à les humilier et à les avilir »³⁵. Ces principes sont issus de la jurisprudence classique de la Cour en matière d'article 3. C'est d'ailleurs sur ces aspects qu'elle s'est fondée pour constater une violation dans l'arrêt *Rahimi* : elle avait indiqué que le requérant avait subi « une angoisse et une inquiétude profondes »³⁶ en raison de l'inaction des autorités, ce qui avait conduit le requérant à souffrir de troubles du sommeil et de la parole³⁷.

Dans l'arrêt *Khan*, la Cour se fonde davantage sur les conditions matérielles de vie du requérant pour affirmer que le seuil de gravité de l'article 3 a été atteint. Ainsi, elle constate que « le requérant a vécu durant de six mois dans un environnement manifestement inadapté à sa condition d'enfant, caractérisé notamment par l'insalubrité, la précarité et

³² *Lambert* préc, para. 92.

³³ Voir parmi d'autres : CourEDH, GC, 18 septembre 2009, *Varnava et autres c. Turquie*, n° 16064/90 et autres ; CourEDH, GC, 15 octobre 2009, *Micaleff c. Malte*, n° 17056/06 ; CourEDH, GC, 21 octobre 13, *Janowiec et autres c. Russie*, n° 55508/07 et autres.

³⁴ *Khan*, préc., para 72.

³⁵ *Idem*.

³⁶ *Rahimi*, préc., para 92. L'aspect psychologique était aussi pris en considération dans l'arrêt *M.S.S.*, préc., para 263.

³⁷ *Idem*.

l'insécurité »³⁸. Par ailleurs, « le fait qu'il ait fallu attendre que le juge des enfants ordonne le placement du requérant pour que son cas soit effectivement considéré par les autorités compétentes conduit en lui-même à s'interroger sur le respect à son égard, par l'État défendeur, de l'obligation de protection et de prise en charge des mineurs isolés étrangers qui résulte de l'article 3 de la Convention »³⁹. La conclusion est franche : « ces circonstances particulièrement graves et l'inexécution de l'ordonnance du juge des enfants destinée à protéger le requérant, examinées ensemble, constituent une violation des obligations pesant sur l'État défendeur, et [...] le seuil de gravité requis par l'article 3 de la Convention est atteint »⁴⁰.

La vulnérabilité extrême du requérant – caractérisée par son jeune âge et l'absence d'adulte autour de lui – est donc déclinée par les conditions de logement précaires, un quotidien insalubre, l'absence d'accès aux soins et à l'éducation. Or ces droits relèvent des droits dits sociaux et économiques dont il est coutume de dire que la Convention n'assure pas la protection. Or c'est par l'application du principe de l'indivisibilité des droits et l'appel aux droits économiques et sociaux que la Cour a conclu à l'applicabilité de l'article 3 en l'espèce. Contrairement au raisonnement suivi dans l'affaire *Rahimi*, les aspects plus psychologiques du seuil de gravité n'apparaissent pas dans l'arrêt *Khan* lorsque le passage des principes aux faits de l'espèce est effectué.

Ainsi, dans le contexte d'un requérant vulnérable, la Cour interprète le seuil de gravité de l'article 3 en se fondant sur les droits sociaux et économiques. Cette utilisation de l'indivisibilité des droits est intéressante dans la mesure où l'organe jumeau de la Cour, le Comité européen des droits sociaux effectuait déjà un raisonnement similaire en sens inverse : c'est par l'appel aux droits civils et politiques qu'il a décliné la vulnérabilité. En effet, dans les décisions interprétant l'Annexe⁴¹ à la Charte, le Comité s'est appuyé sur le droit à la vie pour étendre le champ d'application personnel de la Charte sociale⁴². « Attentif à l'interaction complexe entre les deux catégories de droits »⁴³, le Comité interprète l'Annexe dans le sens où la restriction qu'elle comporte ne peut « produire des conséquences préjudiciables déraisonnables lorsque la protection des groupes vulnérables est en jeu »⁴⁴. Le droit à la vie est l'indicateur qui permet de déterminer si de telles conséquences existeraient. Cet aspect a conduit le Comité à juger que le droit à l'assistance médicale ne pouvait être nié aux ressortissants étrangers y compris en situation

³⁸ CourEDH, *Khan c. France*, précité, para 85.

³⁹ *Ibid.*, para 88.

⁴⁰ *Ibid.*, para 94.

⁴¹ Le premier paragraphe de l'Annexe à la Charte sociale européenne révisée restreint le champ d'application personnel de la Charte aux étrangers ressortissants des autres États parties ou travaillant légalement sur le territoire de l'État partie.

⁴² CEDS, 8 septembre 2004, *Fédération Internationale des Ligues de droits de l'Homme c. France*, recl. n° 14/2003 ; CEDS, 20 octobre 2009, *DEI c. Pays-Bas*, recl. n° 47/2008.

⁴³ CEDS, *Fédération Internationale*, prec., para 28.

⁴⁴ *DEI*, prec., para 37.

irrégulière⁴⁵, tout comme le droit d'un enfant à un abri, quelle que soit sa situation de résidence⁴⁶.

En somme, dans le contexte d'un groupe vulnérable, certains droits sociaux sont l'indicateur du seuil de gravité de l'article 3 et certains droits civils et politiques sont les indicateurs de conséquences préjudicielles déraisonnables qui permettent d'étendre le champ d'application personnel de la Charte. L'apport du principe d'indivisibilité se confirme indéniable : celle d'une majeure effectivité des droits reconnus aux individus.

Une différence importante existe cependant entre l'approche du Comité et celle offerte par l'arrêt *Khan*. Elle est liée à l'absence de référence directe, par la Cour européenne, à deux autres notions européennes, pourtant constitutives, qui pourraient porter encore plus loin le raisonnement suivi.

Partie II - Le silence assourdissant sur deux notions européennes constitutives

Le silence de la Cour porte sur deux notions européennes constitutives. En effet, l'arrêt *Khan* ne fait ni mention de la dignité humaine (A) ni d'une éventuelle discrimination (B).

A. La dignité humaine, l'Absenté des développements de la Cour

Contrairement au Comité qui, dans le cadre de groupes vulnérables⁴⁷, fait appel à la notion de dignité humaine, la Cour européenne ne fait, elle, aucune référence à cette notion qui constitue pourtant le socle des droits humains⁴⁸ et qui pourrait jouer un rôle porteur par rapport à l'article 3 de la Convention. Ce silence n'est pas surprenant pour les connaisseurs de la juridiction européenne qui ne fait pas place décente à la dignité humaine dans sa jurisprudence⁴⁹. Le constat de violation atteint dans l'affaire *Khan* pourrait conduire à ne pas s'arrêter sur la grande Absente des arrêts de la Cour. Or ce silence est d'autant plus remarquable que dans une précédente décision concernant précisément le niveau de vie d'une requérante, la Cour avait clairement indiqué qu'elle ne pouvait exclure qu'une situation dans laquelle un requérant « totalement dépendant de l'aide publique serait confronté à l'indifférence des autorités alors qu'il se trouverait dans une situation de privation ou de manque à ce point grave qu'elle serait incompatible avec la dignité

⁴⁵ Fédération internationale des Ligues de droits de l'Homme, *prec.*, para 32.

⁴⁶ *DEI*, *prec.*, para 48.

⁴⁷ *DEI*, *prec.*, para 34. Voir aussi par exemple : CEDS, 28.06.11, *COHRE c. France*, recl. n° 63/2010, para 54 ; CEDS, 11 septembre 2012, *Médecins du Monde-International c. France*, recl. n° 67/2011, para 79. Précisions aussi que le terme de dignité humaine apparaît dans le corps de la Charte sociale révisée alors qu'il est absent de la Convention européenne des droits de l'Homme, à l'exception du Protocole n° 13.

⁴⁸ Voir parmi d'autres : J. Habermas, *La constitution de l'Europe*, Gallimard, Paris, 2008, p.136.

⁴⁹ Sur la notion de dignité humaine dans la jurisprudence de la Cour européenne, voir : c. Grewe, « [La dignité humaine dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme](#) », *Revue Générale du Droit*, 2014 [dernière consultation le 15 mars 2020]. Sur le lien avec le principe de non-discrimination, voir aussi M. Brillat, *Le principe, op. cit.*, p. 397.

humaine » puisse entrer dans le champ d'application de l'article 3⁵⁰. L'arrêt *Khan* confirme la pratique d'une utilisation sporadique de la notion de dignité humaine par la Cour, pourtant « au cœur de la Convention »⁵¹.

Cette absence de systématisation de la notion de dignité humaine est fondamentale dans le système européen des droits de l'Homme puisqu'il indique que cette notion peut – au mieux – être appréhendée comme une valeur, mais pas comme un droit avec un caractère normatif⁵². Bien plus, même comme valeur et malgré le lien « lien particulièrement fort »⁵³ entre l'article 3 et cette valeur, l'arrêt *Khan* nous rappelle que la dignité humaine ne joue pas de rôle dans la mise en œuvre des garanties conventionnelles. En effet, si l'on reprend les trois rôles attribués à la dignité-valeur⁵⁴, l'arrêt *Khan* n'en retient qu'un, et, qui plus est, de manière implicite : celui d'unificateur de l'ensemble des droits humains, en combinaison avec le principe d'indivisibilité. Contrairement à la démarche du Comité⁵⁵, la Cour n'utilise pas la dignité humaine pour définir le sens des droits garantis par la Convention⁵⁶ et, en particulier dans cette affaire, pour définir le seuil de gravité dans le contexte d'un groupe vulnérable, bien que certaines affaires aient pu susciter un espoir en ce sens lors des dernières années⁵⁷. Contrairement au Comité encore⁵⁸, la dignité humaine n'entre pas non plus en ligne de compte, pour la Cour, dans l'analyse de la restriction des droits⁵⁹.

Ce positionnement – ne pas choisir, c'est encore choisir⁶⁰ - explique que le raisonnement suivi par la Cour ne porte pas toujours plus loin sur le chemin pourtant emprunté, ou que l'analyse peine à sortir d'un schéma préétabli. L'arrêt *Khan* en est le révélateur dans une lecture renversée de son contenu : la solution claire et courageuse de la Cour, obtenue par l'indivisibilité des droits, doit être saluée, mais ce raisonnement élargi ne trouve, en réalité, que rarement d'application en dehors de la reconnaissance de toute vulnérabilité du requérant. Ainsi, par exemple, les décisions d'irrecevabilité adoptées par la Cour à propos

⁵⁰ CourEDH, (dec.), 18 juin 2009, *Budina c. Russie*, n° 45603/05. Traduit en français dans l'arrêt *M.S.S.*, préc., para 253.

⁵¹ *Bouyid*, préc., para 89 : « la Cour a souligné que le respect de la dignité humaine se trouve au cœur même de la Convention et qu'avec la liberté de l'homme, elle en est l'essence même ».

⁵² Sur la distinction entre dignité valeur et dignité droit voir, notamment : A. Barak, *Human dignity – The Constitutional Value and the Constitutional Right*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp. 12-13.

⁵³ *Bouyid*, préc., para 90.

⁵⁴ *Ibid.*, para 103.

⁵⁵ L'interprétation de la notion de « conséquence déraisonnable préjudicielle » se fonde sur le droit à la vie dont le lien avec la dignité humaine est clairement indiqué.

⁵⁶ A. Barak, *Human dignity...*, op. cit., p. 105.

⁵⁷ Voir notamment : *Bouyid*, préc., dans lequel la Cour utilise l'atteinte à la dignité humaine pour indiquer que le seuil de gravité a été atteint lorsqu'en raison d'une gifle assénée par les forces de l'ordre au requérant privé de liberté.

⁵⁸ L'interprétation de l'Annexe – qui constitue une restriction aux droits garantis par la Charte – se fonde sur le principe de dignité humaine.

⁵⁹ Ainsi, dans l'arrêt *S.A.S.*, la Cour a-t-elle fermement rejeté l'invocation par le gouvernement de la notion de dignité humaine indiquant qu'elle ne figure pas parmi les buts légitimes ouvrant droit à une restriction des droits : CourEDH, GC, 1^{er} juillet 2014, *S.A.S. c. France*, n° 43835/11, para 116-117.

⁶⁰ J-P Sartre, *L'existentialisme est un humanisme*, 1946, Gallimard, Paris, 108 p..

des mesures d'austérité⁶¹ n'ont pas reçu la même analyse en matière d'indivisibilité des droits, manquant ainsi de s'appuyer sur la notion de dignité humaine pour réguler l'application des droits garantis par la Convention. Les affaires contre la France en matière de conditions carcérales étaient aussi attendues sur ce point⁶².

Une décision plus récente doit surtout interpeler. Le 25 juin 2019, la Cour a déclaré irrecevable une requête dirigée contre la Suisse⁶³ portée par un homme paraplégique qui se plaignait de ne pouvoir accéder à un cinéma. Il invoquait un grief tiré de la combinaison de l'article 14 avec les articles 8 et 10 de la Convention. La Chambre a jugé que la requête était incompatible *ratione materiae* avec la Convention⁶⁴, ce qui signifie, donc, que l'accès à un cinéma n'entre pas dans le champ d'application matériel des articles 8 et 10. La déclinaison du raisonnement met en lumière la difficulté d'une telle analyse : si un État décidait demain d'interdire l'accès à un cinéma aux femmes, aux personnes de couleur ou étrangères ? Plus de vingt ans après l'arrêt *Botta*⁶⁵, la Cour n'a pas bougé d'une virgule sur ces questions. Or c'est justement sur le terrain de l'égalité que la dignité humaine peut jouer son premier rôle ; c'est justement sur cet aspect que l'arrêt *Khan* déçoit car il présentait une formidable occasion de l'affirmer.

B. La discrimination oubliée

La notion de dignité humaine, même appréhendée comme valeur et non comme droit, pourrait permettre de réguler l'égalité pour lui donner une signification concrète en phase avec « l'instrument vivant »⁶⁶ qu'est la Convention. Cette approche permettrait, principalement, d'aboutir à un raisonnement plus complet en matière de discrimination, raisonnement qui prendrait pleinement en compte la différence. Concrètement, il s'agirait de faire de la dignité humaine le régulateur de l'obligation positive qui pèse sur l'État en matière de non-discrimination : quel traitement est-il acceptable ou non sur le territoire de la Convention ?

Par exemple, dans la décision précitée contre la Suisse, l'appel à la dignité humaine aurait conduit à considérer que l'accès à un cinéma fait partie de l'article 8 en tant qu'activité sociale normale dans nos sociétés permettant d'entretenir des relations interpersonnelles⁶⁷. Juger l'inverse revient à envoyer le message selon lequel l'exclusion dans les faits d'une partie de la population d'une activité populaire commune ne pose aucune difficulté du point de vue de la construction d'une société démocratique : cette approche est contraire au

⁶¹ Voir par exemple : CourEDH, (dec.), 7 mai 2013, *Koufaki et ADEDY c. Grèce*, n° 57665/12 et 57657/12.

⁶² CourEDH, 30 janvier 2020, *J.M.B. et autres c. France*, n° 9671/15.

⁶³ CEDS, (dec.), 25 juin 2019, *Glaisen c. Suisse*, n° 40477/13.

⁶⁴ *Ibid.*, para 55.

⁶⁵ CourEDH, 24 février 1998, *Botta c. Italie*, n° 21439/93.

⁶⁶ CourEDH, 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, n° 5856/72, para 31.

⁶⁷ Peut-être même de l'article 10, invoqué par le requérant, en tant qu'activité permettant de recevoir des informations. Le raisonnement développé dans ces lignes sur l'article 8 s'appliquerait aussi à l'article 10.

principe de dignité humaine tel qu'entendu depuis 1945⁶⁸, dans la mesure où elle tolère le développement d'une classe de citoyens de seconde zone qui, en raison de leur différence, sont placés au ban de la famille humaine pour ce qui concerne une activité sociale des plus banales. Parce qu'elle porte en elle l'autorisation d'une telle situation, la décision de la Cour ne peut être comprise, d'autant plus que le raisonnement proposé dans ces lignes n'aurait pas nécessairement conduit à un constat de violation. En effet, la Cour aurait très bien pu poursuivre sur le terrain des accommodements raisonnables : dans la mesure où le requérant avait accès dans le même quartier à deux autres cinémas du même exploitant équipés pour les fauteuils roulants, l'État avait fait tout ce qui était raisonnablement attendu de lui en matière de prise en compte de la différence. Les *afficionados* des décisions d'irrecevabilité auraient même pu décliner un tel raisonnement jusqu'à aboutir au constat d'une requête manifestement mal fondée. Ainsi, la critique de la décision *Glaisen* se situe-t-elle davantage dans ses potentielles déclinaisons que dans le résultat atteint en l'espèce.

De la même façon, l'absence totale de référence à une quelconque discrimination dans l'arrêt *Khan* est problématique. La vulnérabilité n'est pas appréhendée par la Cour sous l'angle de la discrimination⁶⁹ alors même que ce constat indique un désavantage dans la situation du requérant, et qu'il pourrait ainsi conduire à conclure à l'existence d'une discrimination indirecte. En l'espèce, le raisonnement est simple : l'État s'est comporté comme avec n'importe quel autre enfant ; le juge a été saisi, il a émis une ordonnance, les autorités ont fait quelques pas pour essayer de la mettre en œuvre. A aucun moment, la situation particulière du requérant – mineur, mais mineur étranger non accompagné - n'a été prise en compte pour inciter l'État à adopter un comportement plus ciblé. La particulière vulnérabilité du requérant le plaçait dans une situation différente d'un enfant français sur son propre territoire avec des adultes. Cet aspect n'est pas évoqué par la Cour qui relève pourtant que les autorités auraient dû tenir compte des spécificités des mineurs étrangers non accompagnés pour garantir leur protection⁷⁰. Ainsi, si les autorités ne sont pas restées passives, elles n'ont pas agi en tenant compte des particularités de la situation de vulnérabilité du requérant, manquant de donner à leur action le sens de l'efficacité : la prise en compte de la différence fait partie intégrante du principe d'égalité et constitue le cœur de son application matérielle.

Une telle utilisation de la notion de vulnérabilité – en lien avec l'égalité – permettrait de répondre aux critiques de protection catégorielle⁷¹ souvent dirigées contre cette notion. En effet, prendre en compte la vulnérabilité comme indice d'une discrimination renforce l'effectivité des droits pour tous, en s'assurant que toutes les dimensions d'une situation

⁶⁸ Pour un aperçu historique de l'évolution de la notion de dignité, voir notamment : O. Jouanjan, « [La dignité de la personne humaine dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe](#) », *Revue Générale du Droit*, 2014 [dernière consultation le 15 mars 2020].

⁶⁹ La France a fait de la vulnérabilité économique le 21^{ème} motif de discrimination interdit par la loi. Il a été ajouté au Code pénal en 2016.

⁷⁰ *Khan*, préc., para 90.

⁷¹ Voir par exemple : P. Martens « La nouvelle controverse de Valladolid », *RTDH*, 2014, pp. 304 et s.

soient bien prises en considération : l'État serait ainsi débiteur d'une véritable obligation d'attention spéciale qui lui demanderait de réellement envisager toutes les conséquences d'une situation sur l'ensemble des droits d'une personne. Ce faisant, la mise en œuvre des droits – et l'exécution de l'arrêt de la Cour – serait plus précise et plus en adéquation avec les besoins de l'individu.

En somme, dire que l'État n'a pas fait ce qui était attendu de lui est bien ; lui donner les éléments pour mieux traiter les situations similaires à l'avenir est mieux

Interdiction d'entrée dans les eaux territoriales pour les bateaux humanitaires: le cas du décret-loi italien *sicurezza bis*

Antonio Di Marco*

« *Quelle patrie est assez barbare pour permettre de telles mœurs ? On nous refuse l'accueil d'une plage ; on nous déclare la guerre ; on nous interdit de mettre pied à terre* »

(Virgile, *Enéide*, Livre 1, 539-40)

1. « Sécurisation de l'immigration » et droit de la mer: le cas problématique du décret *sicurezza bis*

La politique migratoire des pays européens des trois dernières décennies est marquée, comme on le sait, par une approche défensive et sécuritaire qui considère comme « ennemi principal » l'immigration clandestine. Le migrant irrégulier a été envisagé en tant que « risque sécuritaire », que les Etats traitent de plus en plus avec des mesures d'urgence justifiées par des motifs de sécurité et d'ordre publics¹.

Le décret-loi 2019 n° 59 concernant les « dispositions urgentes en matière de sécurité et d'ordre publics »², converti en loi le 5 août 2019, est un exemple évident de ce que l'on appelle la « sécurisation de l'immigration ». Il s'agit d'un acte visant à renforcer la lutte contre l'immigration clandestine, présenté au public sous le nom de « *decreto sicurezza bis* »³ et adopté selon la procédure de législation d'exception et d'urgence prévue par l'art.

* Docteur en droit des Universités Alma Mater de Bologne, de Strasbourg et de Catane.

¹ La tendance à envisager le migrant irrégulier en tant que « risque sécuritaire » remonte en réalité à la fin des années 1970. Elle s'est imposée toutefois comme un des critères fondamentaux des politiques migratoires des pays européens à partir des années 1990. Sur ce que l'on appelle « sécurisation de l'immigration » la bibliographie est très vaste ; voy. qu'à titre d'exemple : I. Atak, J.C. Simenon, *The criminalization of Migration*, Montreal, 2018 ; G. Gatta, « La criminalizzazione della 'clandestinità fra scelte nazionali e contesto europeo », in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2015 (1), pp. 188 ss ; A. Di Stasi, L. Kalb (dir.), *La gestione dei flussi migratori tra esigenze di ordine pubblico sicurezza interna ed integrazione europea*, Napoli, 2013, pp. 135-159 ; E. Jimenez, F. Crépeau (dir.), *La criminalisation de l'immigration*, Montréal, 2013 ; D. Duez, *L'Union européenne et l'immigration clandestine, de la sécurité intérieure à la construction de la communauté politique*, Bruxelles, 2008 ; J. Huysmans, *The Politics of Insecurity: Fear, migration and Asylum in the EU*, London, 2006 ; J. Huysmans, « The European Union and the Securitization of Migration », in *Journal of Common Market Studies*, 2000 (5), pp. 751-777.

² D.Lgs, 14 giugno 2019, n. 53, « Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica », GU n. 138, (ci-dessous « *decreto sicurezza bis* »).

³ Ce décret-loi fait suite à ce que l'on appelle « *decreto sicurezza* », concernant principalement les statuts de la protection internationale (D.Lgs, 4 ottobre 2018, n. 113, « Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata », GU n. 231. Ce décret a été converti en loi le 1 décembre 2018. Voy. GU n. 281, p. 1.

77 de la Constitution italienne.

Le décret-loi *sicurezza bis* a été adopté dans un contexte de fort conflit avec les organisations non gouvernementales (ONG) qui participent au sauvetage de personnes en Méditerranée centrale. Depuis 2018, les autorités italiennes refusent d'accorder aux ONG l'autorisation de débarquer les migrants sauvés en mer ; dans les cas où les débarquements se sont imposés pour raisons d'assistance aux migrants, les navires ont été confisqués et les membres d'équipage ont fait l'objet d'enquêtes pour infractions « d'association de malfaiteurs en vue de favoriser l'immigration clandestine »⁴. L'interdiction de débarquement de migrants sauvés en mer a même concerné, dans certains cas, des navires militaires italiens qui avaient récupéré des migrants sauvés dans les eaux internationales par des bateaux humanitaires.

Le décret *sicurezza bis* prévoit notamment la possibilité d'interdire l'entrée dans les eaux territoriales aux navires étrangers pour raisons d'ordre public (art. 1) et des sanctions administratives très sévères pour les contrevenants (art. 2). Ces dispositions ont suscité de vives réactions et certains experts des Nations Unies ont immédiatement fait valoir que cela constituait une « criminalisation des opérations de recherche et sauvetage en mer »⁶.

La question s'est posée de savoir si le nouveau décret-loi constituait ou non une violation des instruments internationaux sur les secours et les sauvetages en mer. La motivation du décret *sicurezza bis* est en effet une « urgence et nécessité extraordinaire [posée par] un détournement du droit international de la mer »⁷ (§2), qui doit forcément se confronter aux obligations du droit humanitaire (§3). Dans ce cas de figure, il s'agit de vérifier si l'interdiction d'entrée dans les eaux territoriales est compatible avec l'obligation de prêter assistance aux personnes sauvées en mer, en prenant en compte la spécificité des bateaux humanitaires opérant en Méditerranée centrale (§4) et l'obligation de débarquer les personnes sauvées en mer dans les meilleurs délais raisonnablement possibles (§5).

Dans cet article, nous illustrerons si et dans quelle mesure l'interdiction d'entrée dans les eaux territoriales pour les bateaux humanitaires viole le droit de la mer (§6).

⁴ C'est le cas, par exemple : du navire de l'ONG Proactiva Open-Arms, placé sous séquestre le 18 mars 2018 à la suite d'une opération de secours ; de le Mare Jonio, un navire de l'ONG Mediterranea Saving Humans ayant secouru 49 migrants, bloqué au large de Lampedusa, et mis sous séquestre le 21 mars 2019 ; du navire Sea-Watch 3, placé sous séquestre après avoir accosté au port de Lampedusa dans la nuit du 28 au 29 juin 2019, dont le capitaine, Carola Rackete, a été arrêtée pour aide à l'immigration clandestine, puis libérée par la justice italienne. Sur le cas de le navire Open-Arms voy. F. De Vittor, « Soccorso in mare e favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: sequestro e dissequestro della nave Open Arms », in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018 (2), pp. 209-454.

⁵ C'est le cas, par exemple, du navire des garde-côtes italiens Diciotti, que après cinq jours d'errance au large de Lampedusa, accoste au port de Catane le 20 août 2018 selon les indications du ministère des Transports ; le ministre de l'intérieur, toutefois, n'autorise pas le navire à débarquer les 177 migrants, qui restent bloqués jusqu'au 26 août. C'est le cas aussi du navire des garde-côtes italiens « Gregoretti », pour lequel le ministre de l'intérieur n'a pas autorisé le débarquement de 135 migrants sauvés le 26 juillet 2019 et qui sont restés bloquée à bord jusqu'au 31 juillet.

⁶ Voy. United Nation, Office of the High Commissioner of Human Rights, « UN experts condemn criminalisation of migrant rescues and threats to the independence of judiciary », UN Press Release, Geneva, 18th July 2019, p. 1 (contenu disponible uniquement en anglais - traduction en français par l'auteur).

⁷ Decreto *sicurezza bis*, cit., p. 1.

2. « Urgence et nécessité extraordinaire » à la base du décret *sicurezza bis*

L'adoption d'une procédure législative d'urgence conformément à l'art. 77 de la Constitution italienne n'a rien de nouveau en matière d'immigration ; des procédures similaires ont été utilisées pour le décret-loi *Minniti* du 3 février 2017 et le décret *sicurezza* du 4 octobre 2018. A chaque fois, le gouvernement a engagé sa responsabilité sur la conversion de ces décrets en loi par les Chambres, ce qui a eu pour effet de réduire considérablement les délais d'adoption, et a évité le débat parlementaire⁸.

Dans le cas du décret *sicurezza bis*, le recours à cette procédure, fortement contesté par une partie de la doctrine italienne⁹, se fonde sur l'« urgence et la nécessité extraordinaire [posée par] un détournement du droit international de la mer, de nature à porter atteinte à l'ordre public et à la sécurité nationale »¹⁰, qui reste toutefois à préciser. La motivation quant aux « cas de nécessité et d'urgence extraordinaire » ne se fonde pas sur des éléments spécifiques ; il est « apodictique », c'est-à-dire sans preuves ou démonstration¹¹.

Les pratiques de « détournement du droit international de la mer », auxquelles le décret en cause fait référence, peuvent être relevées à partir des directives du Ministre de l'intérieur instituant ce que l'on appelle « la politique des ports fermés ». Il s'agit de directives demandant aux autorités en charge de la surveillance des frontières maritimes d'interdire l'entrée, le transit ou le stationnement des navires qui « exercent de façon impropre des opérations des sauvetage [...], et visent à favoriser l'entrée de personnes en violation des lois sur l'immigration »¹².

Selon l'analyse des directives du ministère de l'intérieur, les ONG mettraient en place une

⁸ Sur l'adoption des décret-loi *Minniti* et *Sicurezza* voy. : A. Del Guercio, « Dal decreto Minniti-Orlando al decreto Salvini : decretazione d'urgenza, securitizzazione della politica d'asilo e compressione dei diritti fondamentali. Quando la legge genera vulnerabilità », in A. d'Angiò, M. Visconti, *Personne fragili. La vita psichica dei migranti forzati tra cura ed esclusione*, Napoli, 2019, pp. 49-94.

⁹ Plusieurs auteurs de droit interne affirment que, sur la base du « risque migratoire », les derniers gouvernements italiens ont établi un « état permanent d'urgence et nécessité extraordinaire », en assumant un rôle prépondérant dans la réglementation du phénomène migratoire de nature à marginaliser de facto le Parlement. Il s'agirait d'une violation du principe de la séparation des pouvoirs et de la souveraineté populaire, qui résulte du non-respect des critères fondamentaux pour justifier une dérogation au monopole législatif du Parlement, c'est-à-dire : l'« urgence et la nécessité extraordinaire » et l'« homogénéité de l'acte d'urgence ». Sur ce point, en plus de la doctrine précitée, voy. S. Curreri, « Prime considerazioni sui profili d'incostituzionalità del decreto legge n. 113/2018 », in *Federalismi.it*, 2018, fasc. XXII, pp. 2-3; M. Ruotolo, « Brevi note sui possibili vizi formali e sostanziali del d.l. n. 113 del 2018 », in *Osservatorio costituzionale*, 2018 (3), pp. 1 ss.; N. Tomeo, « I presupposti costituzionali per l'approvazione del decreto-legge n. 113/2018 », in *Immigrazione* 2018 (132), pp. 1-2.

¹⁰ Decreto *sicurezza bis*, cit., p. 1.

¹¹ Il convient de noter que la Cour constitutionnelle italienne a établi que « l'utilisation du décret-loi ne peut pas se fonder sur un énoncé apodictique pour les cas de nécessité ou d'urgence extraordinaire » (voy. Corte costituzionale, sent. n. 171 del 2007, traduction de l'auteur).

¹² Direttiva 18 marzo 2019, Per il coordinamento unificato dell'attività di sorveglianza delle frontiere marittime e per il contrasto all'immigrazione illegale ex articolo 11 del d.lgs. n. 286/1998 recante il Testo Unico in materia di Immigrazione, p. 8.

« coopération médiatisée qui encourage le franchissement des frontières par voie maritime et favorise l'entrée irrégulier de migrants sur le territoire national »¹³. Elles opéreraient sans la coordination des autorités italiennes, dans une zone de *Save And Research* (SAR) qui ne serait pas sous la responsabilité de l'Italie, mais de celle de Malte ou de la Libye¹⁴. Par conséquent, toujours selon les directives du Ministère de l'intérieur, chaque tentative des ONG d'accoster dans un port italien, plutôt que de se diriger vers les ports de Malte, de la Libye, de la Tunisie, ou finalement des Etats dont les navires battent le pavillon, constituerait un « transfert abusif de migrants en situation irrégulière sur le territoire italien, en violation du droit international de la mer »¹⁵.

L'entrée dans les eaux territoriales italiennes d'un bateau humanitaire, avec des personnes sauvées ou interceptées en mer dans une zone SAR de responsabilité non italienne, constitueraient selon le gouvernement italien un « passage offensif » conformément à l'art. 19, §2, g) de la Convention de Montego Bay (CMB) sur le droit de la mer, puisque « ce navire se livre à [...] l'embarquement ou débarquement [...] de personnes en contravention aux lois [...] d'immigration de l'Etat côtier »¹⁶.

3. Art 19, §2, g) de la Convention de Montego Bay et obligations humanitaires

Les conditions prévues par l'art. 19, §2, let. g) de la CMB figurent à l'art. 1 du décret-loi *sicurezza bis*. Cet art. complète l'art 11-ter du Texte Unique sur l'Immigration (TUI) en prévoyant la possibilité pour le ministre de l'intérieur de limiter ou interdire l'entrée, le transit ou le stationnement des navires dans ses eaux territoriales¹⁷.

L'adoption d'une mesure *ex art. 11-ter* TUI relève, comme on le sait, de la compétence exclusive des Etats côtiers sur leurs eaux territoriales et leurs ports. L'article 21, §1, let. h) de la CMB reconnaît la compétence des Etats pour « adopter [...] des lois et règlements relatifs aux passages inoffensifs dans leurs eaux territoriales, qui peuvent porter sur [...] la prévention des infractions aux lois et règlements [...] d'immigration des Etat côtier ». Les Etats ne sont pas obligés d'accueillir les navires battant pavillon d'un autre Etat, sauf dans

¹³ Direttiva 15 aprile 2019 ex articolo 11 del d.lgs. n. 286/1998 recante il TUI, Controllo sulla Mare Ionio, p. 2.

¹⁴ Voy. : Direttiva Intervento dell'assetto "Alan Kurdi" (ONG Sea Eye) iniziato in 3 aprile 2019, cit., p. 2 ; Direttiva Intervento di Sea Watch 3 del 15 maggio 2019 in area SAR libica, p. 2.

¹⁵ Voy. Direttiva Intervento dell'assetto "Alan Kurdi" (ONG Sea Eye) iniziato in 3 aprile 2019, cit., p. 3 ; Direttiva Intervento di Sea Watch 3 del 15 maggio 2019 in area SAR libica, cit. p. 2.

¹⁶ Voy. l'art. 19 de la Convention de Montego Bay du 10 décembre 1982 (United Nations - Treaty Series Nations Unies - Recueil des Traités, 1994, Vol 1834, pp. 1-31363).

¹⁷ Le décret *sicurezza bis* innove par rapport au cadre juridique précédent en permettant au ministre de l'intérieur d'intervenir directement dans la gestion des navires qui participent aux opérations de sauvetage/interception en mer ; avant l'adoption du décret en cause, le Ministre de l'intérieur pouvait indiquer dans quel port débarquer les migrants, afin de faciliter les opérations d'identification, mais il ne pouvait pas décider « si » les navires pouvaient accoster un port. Pour l'adoption de la mesure *ex art. 11 ter* TUI il faut avoir, dans tous les cas, l'accord du Ministre de la défense et du Ministre des Transports. Sur le point voy. M. Magri, « Obbligo di soccorso in mare, funzioni della Guardia costiera e respingimenti "delegati": sui poteri del Ministro dell'interno », in *Istituzioni del Federalismo*, 2019 (1), pp. 149-180.

des cas de force majeure¹⁸ ou dans les hypothèses prévues par des traités bilatéraux ou multilatéraux¹⁹. Il s'agit d'une application spécifique du principe général selon lequel chaque Etat est libre d'admettre ou de refouler sur son propre territoire des citoyens étrangers et d'établir sa propre politique d'immigration ; comme pour la règle générale, ces règles spécifiques doivent obligatoirement se confronter aux limites posées par les droits fondamentaux.

Le Tribunal international du droit de la mer (ITLOS) a expressément établi, à partir de l'affaire *Saiga n. 2*, que « *Considerations of humanity must apply to the Law of the Sea as they do in other areas of international law* »²⁰. Il a ensuite affirmé, dans l'affaire *Louisa*, que les Etats signataires de la CMB « *are required to fulfil their obligations under international law, in particular human rights law* »²¹. L'application de la CMB doit bien sûr tenir compte des droits fondamentaux, comme suggéré dans les clauses de compatibilité prévues à l'article 311 §2²² et 293 de la CMB²³.

Ce que l'on vient de mettre en évidence signifie que chaque mesure de lutte contre l'immigration clandestine par voie maritime, impliquant l'interdiction de transit ou entrée dans les eaux territoriales conformément à l'art. 19 de la CMB, devrait également être confrontée aux dispositions du droit international humanitaire. C'est indiqué sans équivoque dans les clauses de sauvegarde du Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer²⁴ et dans le Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes²⁵.

Dans le cas d'espèce qu'ont motivés l'adoption du décret *sicurezza bis*, il faudrait

¹⁸ Voy. R. Churchill, V. Lowe, *The Law of the Sea*, Manchester University Press, 1999, p. 63 ss.

¹⁹ Voy. S. Carbone, F. Munari, *La disciplina dei porti tra diritto comunitario e diritto interno*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 26 ss. ; L. Tullio, *Codice della navigazione con le principali leggi complementari e convenzioni internazionali*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 475 ss.

²⁰ ITLOS, 1^o July 1999, M/V SAIGA (No. 2), in ITLOS Reports, 1999, 62; ITLOS 18 December 2014, Juno Trader, in ITLOS Reports, 2014, 38-39.

²¹ ITLOS, 28 May 2013, M/V Louisa, in ITLOS Reports, 2013, 46.

²² L'article 311, §2 de la CMB établit que « La Convention ne modifie en rien les droits et obligations des Etats Parties qui découlent d'autres traités compatibles avec elle, et qui ne portent atteinte ni à la jouissance par les autres Etats Parties des droits qu'ils tiennent de la Convention, ni à l'exécution de leurs obligations découlant de celle-ci ». Sur le point voy., par exemple, T. Treves, « Human Rights and the Law of the Sea », in Berkeley J. Int'l L., 2010, p. 6.

²³ Selon l'article 293 de la CMB « une cour ou un tribunal ayant compétence en vertu de la présente section applique les dispositions de la Convention et les autres règles du droit international qui ne sont pas incompatibles avec celle-ci ». Sur les rapports entre droit de la mer et droits fondamentaux voy., par exemple, B.H. Oxman, « Human Rights and the United Nations Convention on the Law of the Sea », in Colum. J. Transnat. L., 1998, p. 399 ss.; B. Vukas, « Droit de la mer et droits de l'homme », in G. Cataldi (dir.), *La Méditerranée et le droit de la mer à l'aube du 21^e Siècle*, Bruxelles, 2002, p. 85 ss.; I. Papanicolopulu, « International Judges and the Protection of Human Rights at Sea », in N. Boschiero, T. Scovazzi, c. Pitea, c. Ragni (dir.), *International Courts and the Development of International Law. Essays in Honour of Tullio Treves*, The Hague, 2013, p. 535 ss.

²⁴ Voy. l'art. 19 du Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000, RTNU, Vol. 2241, p. 519.

²⁵ Voy. l'art. 14 du Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants du 15 novembre 2000, RTNU, Vol. 2237, p. 319.

notamment tenir en compte de l'obligation de prêter assistance aux personnes sauvées en mer : règle de droit coutumier codifiée à l'art. 12 de la Convention de Genève sur l'haute mer du 1958²⁶, par l'art. 98 de la CMB, par la Convention pour la sauvegarde de la vie humaine en mer (SOLAS)²⁷ et par la Convention internationale pour la sauvegarde de la vie humaine en mer (SAR)²⁸.

4. Application de l'obligation de prêter assistance aux personnes sauvées en mer par les bateaux humanitaires opérant en Méditerranée centrale

L'application des obligations humanitaires prévues par la Convention SAR aux bateaux humanitaires opérant en Méditerranée centrale a été très contestée par ce que l'on appelle la « politique des ports fermés ». Comme nous l'avons relevé dans les pages précédentes, selon le gouvernement italien, l'Italie ne serait pas destinataire des obligations en cause parce que les embarcations en détresse sont repérées dans des zones SAR sous la responsabilité de Malte ou de la Lybie, par des bateaux qui exerceraient de façon abusive des activités de sauvetage²⁹.

La zone SAR où les embarcations en détresse sont repérées n'est pas, toutefois, un élément constitutif de l'obligation de prêter assistance aux personnes sauvées en mer. L'institution des zones SAR vise principalement à coordonner les activités de recherche des Etats côtiers voisins, en prévoyant des compétences fonctionnelles pour garantir que « les capitaines des navires qui prêtent assistance en embarquant des personnes en détresse en mer soient dégagés de leurs obligations et s'écartent le moins possible de la route prévue, sans que le fait de les dégager de ces obligations ne compromette davantage la sauvegarde de la vie humaine en mer »³⁰. Les autorités responsables de la zone SAR ont la compétence pour coordonner les opérations de sauvetage et indiquer le port « le plus proche et sûr » qui, comme on verra dans les pages suivantes, ne correspond pas forcément à un port de l'Etat responsable de la zone SAR³¹. La Convention SAR se limite à préciser qu'« à moins que les Etats intéressés n'en décident autrement d'un commun accord, une Partie devrait permettre aux unités de sauvetage des autres Parties de pénétrer immédiatement dans ses eaux territoriales »³².

²⁶ Faite à Genève le 29 avril 1958. Entrée en vigueur le 30 septembre 1962. Nations Unies, *RTNU*, vol. 450, p. 82.

²⁷ Convention internationale de 1974 pour la sauvegarde de la vie humaine en mer, 11 janvier 1974, *RTNU*, Vol. 1184, p. 277 (Chapitre V, Règle 10 A).

²⁸ Convention Internationale sur la Recherche et le Sauvetage maritime, 29 avril 1979, *RTNU*, Vol. 1405, p. 134, point 3.1.9. Sur les conventions SOLAS et SAR voy. A. c. Velasco, « The International Convention on Maritime search and rescue: legal mechanisms of responsibility sharing and cooperation in the context of sea migration », in *The Irish Yearbook International Law*, 2015, p. 57 ss.; R. Button, « International law and Search and Rescue », in J. Schildknecht, R. Deckey, M. Fink, L. Ferris (dir.), *Operational Law in International Straits and current maritime security challenges* », 2018, p. 107 ss.

²⁹ Voy les directives du ministère de l'intérieur citées aux notes 12-15.

³⁰ Convention SAR, cit., art. 3.1.9.

³¹ Sur le point, en plus de la bibliographie mentionnée à la note 28, voy. F. V. Paleologo, « Gli obblighi di soccorso in mare nel diritto internazionale e nell'ordinamento interno », in *Questione Giustizia*, 2/2018, p. 215 ss..

³² Convention SAR, cit., art. 3.1.2.

Une partie de la doctrine italienne suggère, toutefois, que les obligations SAR ne s'appliquent pas aux navires des ONG puisque la notion d'« unités de sauvetage des autres Parties » ne concernerait que les navires militaires ou « publics »³³. Cette interprétation restrictive de la notion en cause se fonde sur la pratique de l'inclusion de « clauses d'entrée » dans les accords *ex art.* 3.1.5 de la Convention SAR³⁴, qui prévoient l'admission immédiate des unités de sauvetages « publiques » de chacune parties de l'accord³⁵. Les navires étrangers privés, comme ceux des ONG, ne relèveraient pas de ces accords et, par conséquent, leur navigation dans les eaux territoriales ne serait règlementée que par les dispositions sur le « passage inoffensif » décrites dans la CMB³⁶.

L'interprétation que l'on vient de mettre en évidence est contestable à plus d'un titre. En premier lieu, les accords *ex art.* 3.1.5 de la Convention SAR visent à simplifier l'admission des unités de sauvetage des Etats côtiers voisins afin d'éviter « autant que possible toute formalité »³⁷ ; les « clauses d'entrée » ne relèvent pas de la définition d'« unité de sauvetage » en tant que telle, mais du régime d'admission que devrait être simplifié pour les unités de sauvetage. La définition d'« unité de sauvetage » donnée par la Convention SAR inclut les « autres services appropriés, publics ou privés, ou des subdivisions de ces services, qui ne peuvent être désignés comme unités de sauvetage mais [qui] sont en mesure de participer aux opérations de recherche et de sauvetage »³⁸.

Deuxièmement, l'obligation de prêter assistance aux personnes sauvées en mer ne concerne pas seulement les « navires publics » mais bien évidemment tous les navires³⁹ ; il s'agit d'une règle de *jus cogens* à laquelle aucune dérogation n'est permise⁴⁰. Cela signifie que les navires « privés » ou battant pavillon de pays non voisins et qui « n'en auraient décidé autrement d'un commun accord » devraient accomplir l'ensemble des formalités nécessaires à l'entrée dans les eaux territoriales de l'Etat côtier, selon les dispositions sur le « passage inoffensif » de la CMB ; par contre, le régime de navigation dans les eaux territoriales serait également règlementé par les dispositions de la Convention SAR et SOLAS, dans la mesure où les navires concernés auraient participé aux opérations de

³³ G. Paccione, « Quadro giuridico e ruolo delle navi ONG nelle operazioni di soccorso in mare », in *Diritto.it*, 2017, p. 12.

³⁴ « Les Parties devraient conclure avec les Etats voisins des accords spécifiant les conditions d'admission réciproque des unités de sauvetage dans les limites ou au-dessus de leurs eaux territoriales ou de leur territoire. Ces accords devraient également prévoir des dispositions visant à accorder l'admission de ces unités en évitant autant que possible toute formalité ».

³⁵ C'est le cas, par exemple, de l'accord entre l'Italie et la Slovénie sur le SRR et la coordination sur les opérations de secours et recherche, para 2.14 (le texte de l'accord est contenu dans le Global SAR PLAN, disponible sur le site www.imo.org) [dernière consultation le 15 mars 2020].

³⁶ G. Paccione, « Quadro giuridico e ruolo delle navi ONG nelle operazioni di soccorso in mare », cit., p. 12.

³⁷ Voy la note 34.

³⁸ Convention SAR, cit., art. 2.4.1.

³⁹ Voy. M. Sormani, « Obbligo di soccorso in mare, evoluzione degli assetti navali nel mare mediterraneo e ruolo delle ONG », in *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, 2019, p. 85 ss.

⁴⁰ Voy. U. Leanza, F. Graziani, « Poteri di enforcement e di jurisdiction in materia di traffico di migranti via mare: aspetti operativi nell'attività di contrasto », in *La Comunità Internazionale*, 2/2014, p. 163 ss.

recherche et de sauvetage.

A la lumière de ce qui précède, il semble suffisamment clair que le fait d'opérer dans une zone SAR autre que celle de la responsabilité de l'Etat côtier ou d'être un « navire privé » n'est pas de nature à qualifier une entrée dans les eaux territoriales en « passage offensive » conformément à l'art. 19, §2, g) de la CMB. Il demeure primordial de mettre en sécurité les personnes secourues et l'obligation des Parties concernées de « prendre les dispositions nécessaires pour que le débarquement [des personnes secourues] ait lieu dans les meilleurs délais raisonnablement possibles »⁴¹.

5. Obligation de débarquement dans les meilleurs délais raisonnablement possibles

L'obligation de « prendre les dispositions nécessaires pour que le débarquement [des personnes secourues] ait lieu dans les meilleurs délais raisonnablement possibles » implique que l'Etat qui a reçu la demande de débarquement doit tout de suite « entreprendre le processus d'identification du ou des lieux les plus appropriés pour débarquer les personnes trouvées en détresse en mer, puis en informe le ou les navires et les autres parties concernées »⁴².

Les parties concernées sont « les Etats du pavillon et les Etats côtiers [qui] devraient prendre des dispositions efficaces pour prêter sans tarder leur concours aux capitaines et les libérer de leurs obligations à l'égard des personnes récupérées en mer par des navires »⁴³.

Le critère d'identification du ou des lieux les plus appropriés pour débarquer les personnes trouvées en détresse en mer est, comme on le sait, celui du « lieu sûr »⁴⁴. Ce dernier est seulement mentionné par la Convention SAR ; la définition précise est fournie que par l'Organisation Maritime Internationale (OMI), selon laquelle « un lieu sûr est un emplacement où les opérations de sauvetage sont censé[s] prendre fin. C'est aussi un endroit où la vie des personnes secourues n'est plus menacée et où l'on peut subvenir à leurs besoins fondamentaux (tels que la fourniture de vivres, d'un abri et de soins médicaux). De plus, c'est un endroit à partir duquel peut s'organiser le transport des personnes secourues vers leur prochaine destination ou leur destination finale »⁴⁵. Comme l'a remarqué l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE), la notion de « sûreté » va donc au-delà de la simple protection du danger physique et prend également en compte la perspective des droits fondamentaux sur le lieu de débarquement proposé⁴⁶.

⁴¹ Convention SAR, cit., point 3.1.9.

⁴² Ibid., point 4.8.5.

⁴³ Voy. Organisation maritime internationale (OMI), Directives sur le traitement des personnes secourues en mer, 20 mai 2004, annexe 34, point 3 §1.

⁴⁴ Convention SAR, cit., point 1.3.2.

⁴⁵ OMI, Directives sur le traitement des personnes secourues en mer, cit., point 6 §12.

⁴⁶ APCE, rés. 1821 (2011), L'interception et le sauvetage en mer de demandeurs d'asile, de réfugiés et de migrants en situation irrégulière, 21 juin 2011, point 9.5.

Dans la pratique, cela veut dire que le gouvernement responsable doit « traiter chaque situation au cas par cas »⁴⁷ et que le port de débarquement n'est pas nécessairement le port le plus proche. En réalité, le « critère de proximité » n'est aucunement mentionné dans les lignes directrices de l'OMI ; par contre, l'OMI indique que le choix du port de destination est fait normalement par le « gouvernement responsable, qui doit en décider avec le capitaine du navire »⁴⁸.

L'opinion du capitaine du navire apparaît essentielle, qu'il s'agisse d'un navire commercial ou d'un bateau humanitaire. Dans le cas d'un navire commercial, pour lequel tout déroutement coûte chère, un « lieu sûr » peut être le prochain port d'escale prévu du navire⁴⁹ ; dans les cas des bateaux humanitaires, il peut relever la compétence du capitaine « de veiller à ce que les survivants ne soient pas débarqués en un lieu où leur sécurité serait compromise »⁵⁰. Il est donc légitime, sur la base de cette compétence attribuée aux capitaines des bateaux humanitaires, que ces derniers refusent de se diriger vers les ports de la Libye (parce qu'ils ne sont pas considérés comme des « lieux sûrs »), de la Tunisie (parce le pays n'a jamais adopté de législation sur les réfugiés), ou de l'Etat de leur pavillon (possiblement excessivement éloigné pour garantir un débarquement rapide des personnes sauvées).

En cas d'absence d'accord entre les parties concernées sur un « lieu sûr », en principe, un gouvernement qui a reçu une demande de débarquement de personnes sauvées en mer ne devrait pas pouvoir pas faire patienter les navires concernés en mer. L'OMI précise qu'« un navire prêtant assistance ne devrait pas être considéré comme un lieu sûr, du seul fait que les survivants, une fois qu'ils se trouvent à bord du navire, ne sont plus en danger immédiat. Il se peut qu'un navire prêtant assistance ne dispose pas des installations et du matériel appropriés pour accueillir des personnes supplémentaires à bord sans mettre sa propre sécurité en péril ou pour s'occuper correctement des survivants. Même si le navire a la possibilité d'héberger les survivants en toute sécurité et peut faire office de lieu sûr provisoire, on devrait le dégager de cette responsabilité dès que d'autres dispositions peuvent être prises »⁵¹.

La première urgence est de débarquer les personnes et de libérer le navire, comme il est bien établi par l'OMI : « les gouvernements et le RCC [*Rescue Coordination Center*] responsables devraient tout mettre en œuvre pour réduire au maximum la durée du séjour des personnes secourues à bord du navire prêtant assistance. Les autorités

⁴⁷ OMI, Directives sur le traitement des personnes secourues en mer, cit., point 2.6.

⁴⁸ Ibid., point 6.10.

⁴⁹ Ce cas de figure explique comme la notion de « port le plus proche » ne devrait pas être considérée au sens géographique ; c'est plutôt le port le plus facile à atteindre. Sur le point on peut relever que l'art. 1-1 de la règle V/33 de la Convention SOLAS et le point 3.1.9 de la Convention SAR imposent aux Gouvernements l'obligation de coordonner et coopérer pour veiller à ce que les capitaines de navires qui prêtent assistance en embarquant des personnes en détresse en mer soient dégagés de leurs obligations et s'écartent le moins possible de la route prévue.

⁵⁰ OMI, Directives sur le traitement des personnes secourues en mer, cit., point 5.1.6.

⁵¹ Ibid., point 6.13.

gouvernementales responsables devraient tout mettre en œuvre pour que les personnes secourues qui se trouvent à bord du navire soient débarquées le plus rapidement possible »⁵².

En cas de conflit, s'il n'aurait pas été possible de trouver un accord entre les parties concernées, prime l'obligation d'assistance et de secours, comme le confirme la suspension de l'interdiction d'entrée *ex art. 11-ter TUI* pour le bateau *Open Arms* adoptée par le Tribunal administratif de la *Regione Lazio* le 14 août 2019 ; dans le cas d'espèce, les juges administratifs italiens ont évalué qu'une situation de détresse d'un navire est apparemment en contradiction avec la définition de « passage offensif » conformément à l'art. 19, §2 CMB⁵³.

6. Conclusions: application erronée du droit de la mer et violation des obligations humanitaires

A la lumière de ce qui précède, une mesure d'interdiction d'entrée dans les eaux territoriales conformément à l'art. 19, §2, let. g) de la CMB ne devrait pas être pas applicable dans les cas de figure qui ont motivé l'adoption d'urgence du décret-loi *sicurezza bis*. C'est à dire le cas d'ONG qui ont sauvé des personnes dans la zone SAR de Malte ou de la Libye, qui n'ont pas reçu l'autorisation à accoster à Malte ou qui se refusent de se diriger vers les ports de la Libye ou de l'Etat du pavillon.

Comme expliqué précédemment, en premier lieu, le fait d'agir dans la zone SAR de Malte ou de la Lybie n'affecte pas les obligations humanitaires posées par la Convention SAR. Les autorités italiennes sont obligées de prendre charge des demandes d'assistance qui lui sont adressées, en trouvant une solution rapide pour le débarquement des personnes sauvées en mer.

En second lieu, les Etats ne peuvent pas justifier l'éventuel non-respect de leurs obligations humanitaires en prétextant la violation du droit par un autre Etat. En effet, le principe de réciprocité ne s'applique pas aux traités relatifs aux droits de l'homme et au droit humanitaire⁵⁴. Par conséquent, l'interdiction d'entrée dans les eaux territoriales aux bateaux qui ont récupéré des personnes en mer et qui demandent l'autorisation à les débarquer ne pourrait pas être fondée sur le refus de l'Etat côtier voisin, éventuellement responsable de l'assistance et du secours.

Enfin, le refus persistant d'un capitaine de se diriger vers les ports de Libye ou de l'Etat de

⁵² Ibid., points 6.8-6.9.

⁵³ Voy. Tribunale Amministrativo regionale per il Lazio, 14 agosto 2019, Pro - Activia Open Arms c. Ministro dell'interno, p. 2.

⁵⁴ Sur ce point il suffit de rappeler l'art. 60§ 5 de la Convention de Vienne de 1969, selon lequel « les paragraphes 1 à 3 ne s'appliquent pas aux dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des traités à caractère humanitaire, notamment aux dispositions excluant toute forme de représailles à l'égard des personnes protégées par lesdits traités ».

son pavillon se fonde sur la compétence attribuée au capitaine du navire de pouvoir définir le port le plus facile à atteindre en fonction de sa route prévue et de l'obligation à « veiller à ce que les personnes secourues ne soient pas débarquées en un lieu où leur sécurité serait compromise ». L'exercice de telles prérogatives par les capitaines des navires (commerciaux ou humanitaires) n'est pas de nature à transformer ces opérations de sauvetage en « passage offensifs » conformément à l'art. 19, §2 CMB.

De facto et de jure, donc, les autorités italiennes sont obligées d'accorder une autorisation aux bateaux humanitaires pour débarquer les personnes sauvées en mer dans tous les cas où elles ont reçu une demande d'autorisation de débarquement, et où il n'aurait pas été possible de trouver un accord entre les autres parties concernées. Ensuite, les autorités italiennes pourraient, si elles le jugent utile, saisir, au choix, le Tribunal international du droit de la mer, la Cour internationale de Justice, ou demander l'arbitrage ou l'arbitrage spécial contre les Etats qui ont refusé l'autorisation d'accoster ou de proposer un lieu sûr pour le débarquement ; agir en justice contre le capitaine du navire, en vérifiant si le refus de se diriger vers d'autres ports était effectivement fondé.

Les capitaines des navires humanitaires qui ont finalement accosté dans les ports italiens ont tous fait l'objet de poursuites pour association de malfaiteurs en vue de favoriser l'immigration clandestine. La justice italienne a toutefois systématiquement reconnu que les capitaines de navires humanitaires poursuivis n'ont pas violé les dispositions du droit de la mer en favorisant l'immigration clandestine, étant donné que la Libye n'est effectivement pas un lieu sûr et que Malte refuse systématiquement de proposer un port de débarquement⁵⁵ ; les juges italiens ont donc annulé la mise sous séquestre de chacun des navires humanitaires⁵⁶.

En conclusion, le décret-loi *sicurezza bis* semble se fonder sur une « urgence et nécessité extraordinaire » (la prétendue violation du droit de la mer par les ONG) que ne trouve aucun fondement dans la pratique, comme l'a confirmé la justice italienne.

De manière générale, il semble très difficile de soutenir qu'en l'état actuel il y a une

⁵⁵ En ce qui concerne Malte, il convient de rappeler que La Valette n'a pas ratifié les amendements de 2004 de la Convention SAR qui obligent l'Etat responsable de la zone SAR à indiquer un lieu sûr pour le débarquement. Cela a été pris en compte, par exemple, dans le cas du navire de l'ONG Proactiva Open-Arms, où l'accusation faisait valoir que le capitaine n'avait même pas demandé l'autorisation au débarquement à Malte. Le juge italien a évalué l'incertitude juridique des obligations SAR de Malte et l'absence de disponibilité effective de la part de La Valette de possibilité d'accueil des personnes sauvées en mer, notamment pour l'aide d'urgence à une femme enceinte et un nouveau-né de trois mois. Voy. Tribunale di Ragusa, ufficio del giudice per le indagini preliminari, decreto di rigetto di richiesta di sequestro preventivo, 16 avril 2018, p. 16.

⁵⁶ C'est le cas, par exemple : du navire de l'ONG Proactiva Open-Arms, placé sous séquestre le 18 mars 2018 et restitué le 16 avril 2018 ; du navire Mare Jonio, mis sous séquestre le 21 mars 2019 et restitué le 2 août 2019 ; du navire Sea-Watch 3, placé sous séquestre le 18 mai 2018, restitué le 1 juin 2019 et remis à nouveau sous séquestre le 28 juin 2019. Il convient également de relever, que si la mesure d'interdiction d'entrée dans les eaux territoriales ex 19, §2, let. g) de la CMB est sans fondement dans les cas cités dans cet article, aussi les sanctions liées à celui-ci par l'art. 2 du décret *sicurezza bis* ne sauraient pas être appliquées.

situation d' « urgence extraordinaire » par rapport au phénomène migratoire si l'on considère la diminution spectaculaire des débarquements de migrants sur les côtes italiennes au cours de ces deux dernières années⁵⁷ ; le nombre de demandeurs de protection internationale, qui est dans un rapport de 2 requérants pour 1000 habitants ⁵⁸ ; des statistiques sur les crimes qui placent l'Italie parmi les pays le plus sûr d'Europe⁵⁹ ; et finalement du nombre restreint de débarquements de personnes sauvées en mer par les bateaux humanitaires, qui ne représentent qu'à peine le 8% du total de migrants arrivés par voie maritime⁶⁰.

S'il y a une « urgence extraordinaire », elle concerne plutôt les 576 morts recensés en Méditerranée centrale du 1^{er} janvier au le 5 août 2019, qui viennent s'ajouter aux 14 768 morts de la période 2014-18⁶¹. A partir de l'institution de ce que on l'appelle la « politique des ports fermés » le rapport entre départs et personnes mortes en mer est dramatiquement changé : en 2018 un personne décédait en mer pour 29 départs ; en 2019 le rapport est de 1 décès pour 6 départs⁶².

Comme argumenté par l'Assemblée générale des Nations unies « la réticence de certains États côtiers à autoriser le débarquement des personnes sauvées en mer ou l'imposition de conditions préalables au débarquement ou de sanctions aux compagnies maritimes peut porter atteinte au caractère absolu du régime de recherche et de sauvetage. Elle peut aussi porter atteinte à la protection dont ont besoin les demandeurs d'asile et les réfugiés qui peuvent se trouver parmi les rescapés et aboutir au refoulement »⁶³.

L'adoption du décret-loi *sicurezza bis* et des mesures d'interdictions d'entrée dans les eaux territoriales aux bateaux humanitaires semble « codifier » une pratique dénoncée par les institutions internationales depuis des années, qui s'inscrit dans un cadre dramatique où les Etats européens se sont pratiquement désengagés des efforts de sauvetage en Méditerranée

⁵⁷ Du 1^{er} janvier 2019 au 2 août 2019, 3 896 migrants ont débarqué sur les côtes italiennes. En 2018, le nombre des arrivés a été de 23 330. En 2017, le nombre de migrants qui ont accostés les ports italiens a été de 119 369. Au cours de ces deux dernières années les débarquements des migrants ont radicalement diminué (-95,91%). Voy. [les statistiques publiées par le Ministère de l'intérieur italien](#) [dernière consultation le 15 mars 2020].

⁵⁸ L'Italie compte environ 131 000 demandeurs protection internationale (voir le document précédent).

⁵⁹ Les statistiques publiées par le Ministère de l'intérieur italien montrent une diminution sensible des crimes. Voy. l'élaboration des statistiques du Ministère de l'intérieur dans le 1^o Rapporto sulla Filiera della Sicurezza in Italia, 2018, Censis, pp. 7-13.

⁶⁰ Dans la première partie de 2019, les ONG ont débarqué 248 migrants sur les côtes italiennes, sur un total de 3 896 migrants arrivés dans les ports italiens sur la même période. Voy. [les statistiques des gardes côtes italiens](#), élaborés par Marco Villa, chercheur de l' Istituto per gli Studi di politica internazionale [dernière consultation le 15 mars 2015].

⁶¹ Sur le point voy. [les statistiques fournies par l'Organisation Internationale pour les migrations \(OIM\)](#) [dernière consultation le 15 mars 2020].

⁶² Sur l'élaboration des statistiques voy., par exemple, [les données fournies par Amnstey International Italy](#) [dernière consultation le 15 mars 2020].

⁶³ Voy. Le Rapport du Secrétaire général présenté aux États parties conformément à l'article 319, pour information, sur les questions de caractère général intéressant les États parties et ayant surgi à propos de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, 21 octobre 2005, Doc off AG NU, 61e sess, Doc NU A/61/63 (2006), para 84.

centrale⁶⁴. Il s'agissait d'une pratique qui, même si limitée par la justice ordinaire au cas par cas, représente une grave violation de l'obligation de prêter assistance aux personnes sauvées en mer, du fait de la gravité du phénomène et de ses conséquences.

⁶⁴ Sur le point voy. UNHCR concerned at new measures impacting rescue at sea in the Central Mediterranean, [Communiqué du 6 août 2019](#) [dernière consultation le 15 mars 2020].

**La (re)mise en cause de la présomption du « pays tiers sûr » et le
confinement dans les « halls d'attente »
(obs. sous CourEDH, GC, *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, 21 novembre 2019,
n° 47287/15)**

Christos Giannopoulos*

« Le monde s'emmure »¹. La construction des murs nouveaux progresse sur tous les continents, non plus pour interdire aux individus de quitter un territoire, mais pour les empêcher d'entrer. L'Europe ne fait pas exception à cette régression globale. Elle se barricade aussi pour faire face à une crise migratoire sans précédent qui divise les États membres en démontrant que le rêve d'une démocratie triomphante et libérale cède progressivement sa place à des tendances nationalistes. Tel est le cœur du problème juridique de l'arrêt *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, rendu par la Grande chambre le 21 novembre 2019, qui porte sur le périple de deux ressortissants du Bangladesh qui ont demandé l'asile en Hongrie en traversant une grande partie de l'Europe du sud-ouest. Après leur entrée sur le territoire hongrois, ils ont été placés pour vingt-trois jours dans la zone de transit de Röszke en attendant l'examen de leur demande. L'asile leur a été refusé par les autorités compétentes et ils ont été reconduits en Serbie qui est présumée selon le droit national comme un « pays tiers sûr ».

Lors de la procédure en droit interne, leurs avocats plaidaient en substance que l'autorité compétente en matière d'asile (« l'Autorité de la citoyenneté et de l'immigration ») avait méconnu les dispositions de la directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil (directive « procédure ») qui s'est attachée à fixer des procédures communes pour assurer la mise en œuvre d'un régime d'asile européen commun (« RAEC »)². Selon eux, le danger pour leur vie et pour leur santé était associé aux défaillances dans le fonctionnement du système d'asile serbe et potentiellement au risque subséquent d'un refoulement en « chaîne » vers la Macédoine du Nord ou vers la Grèce, une pratique interdite au titre de l'article 33 de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés³. En appel, les requérants ont soutenu que l'autorité compétente n'avait pas cherché à déterminer de manière appropriée si la Serbie pouvait être considérée comme un pays tiers sûr dans leur cas particulier. Le tribunal administratif et du travail de Szeged (« tribunal »)

* Maître des conférences en droit public à l'Université de Strasbourg, Institut de recherches Carré de Malberg UR 3399.

¹ L. Joffrin, « Éditorial », *Libération*, Dossier sur les 30 ans après Berlin, *Le monde s'emmure*, parution du 9 novembre 2019, p. 2.

² Directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte), publiée au Journal officiel le 29 juin 2013.

³ L'article 33 de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 porte sur la défense d'expulsion et de refoulement et prévoit dans son 1^{er} paragraphe qu'« Aucun des États contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires ou sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques ».

en analysant à nouveau la situation particulière des deux requérants ainsi qu'une série de rapports publiés sur l'efficacité du système d'asile serbe a rejeté leur demande en considérant que la Serbie était un « pays tiers sûr ». Par conséquent, les deux requérants ont été forcés de quitter le territoire hongrois le 8 octobre 2015.

Dans ce contexte, la CourEDH a examiné pour la première fois une question relevant des conditions d'accueil et de séjour dans la zone de transit de Röszke qui se situe à la frontière terrestre entre deux États membres du Conseil de l'Europe. La spécificité de cet endroit porte sur le fait qu'il sert de « hall d'attente » pour tous les demandeurs d'asile qui demandent la protection internationale en traversant les frontières serbo-hongroises. Cela explique les raisons pour lesquelles le Gouvernement hongrois a demandé le renvoi de l'affaire devant la Grande chambre de la Cour de Strasbourg mais aussi la grande mobilisation des acteurs privés et des organes internationaux qui ont présenté des observations écrites conformément aux articles 36, paragraphe 2 de la Convention et 44, paragraphe 2 du règlement intérieur de la CourEDH⁴.

La Grande chambre a, dans un premier temps, écarté l'exception préliminaire soulevée par le gouvernement hongrois qui considérait que la mise en place d'une liste nationale de « pays tiers sûr » était une obligation juridique stricte prévue par la directive « procédure ». Tout en réitérant que « les États contractants demeurent soumis aux obligations qu'ils ont librement contractées en adhérant à la Convention »⁵, même lorsqu'ils appliquent le droit de l'Union européenne, la Cour de Strasbourg a considéré que la saga judiciaire *Bosphorus*⁶ ne pouvait pas s'appliquer en l'espèce. Le fait de retenir les requérants dans la zone de transit, de leur interdire d'entrer en Hongrie dans l'attente d'un examen formel de leur demande d'asile et de reconnaître la Serbie en tant qu'un espace de sûreté, étaient, à son avis, des décisions prises dans le cadre du « pouvoir d'appréciation que le droit de l'Union européenne (...) conférait »⁷ à ses États membres. Ce constat lui a permis d'examiner les déficiences procédurales concernant l'expulsion de deux personnes vers la Serbie, les conditions de vie et la restriction de liberté dans la zone de transit frontalière de Röszke pour conclure à l'unanimité à une violation procédurale de l'article 3 de la Convention **(I)** tout en écartant à l'unanimité la piste d'une violation matérielle de l'article 3 de la Convention **(II)** ; la partie la plus intéressante de son raisonnement porte sur le choix de la Grande chambre de déclarer irrecevables les griefs formulés par les requérants sur le terrain

⁴ Il s'agit, plus précisément, des gouvernements bulgare, polonais et russe, du Haut-commissaire des Nations unies pour les réfugiés (« HCR »), du Conseil néerlandais des réfugiés, de la Commission internationale de juristes, du Conseil européen pour les réfugiés et les exilés, ainsi que de cinq universitaires italiens. Or, la cible principale de la Cour, à savoir la Serbie n'a pas présenté des observations écrites pour défendre son système national d'asile. Une intervention qui pourrait s'avérer cruciale pour le sort de l'affaire dans la mesure où le gouvernement hongrois inscrit sa défense sur le fait qu'elle « ne devrait pas avoir à supporter une charge supplémentaire pour pallier les déficiences des systèmes d'asile de ces pays » (para 161).

⁵ Para 96 ; voir aussi, CourEDH, gr. ch., 23 mai 2016, *Avotiņš c. Lettonie*, no 17502/07, para 105 ; CourEDH, gr. ch., 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, n° 45036/98, para 340.

⁶ CourEDH, gr. ch., 30 juin 2005, *Bosphorus c. Irlande*, n° 45036/98, para 157.

⁷ Para 97.

de l'article 5 paragraphes 1 et 4 concernant la privation de leur liberté du fait de leur confinement dans la zone de transit (III).

Partie I – Les déficiences procédurales dans la procédure d'expulsion vers un « pays tiers sûr »

La loi n° LXXX de 2007 relative à l'asile a transposé en droit hongrois la directive « procédure » en prévoyant les critères de la reconnaissance d'un pays tiers sûr, alors que la liste nationale des « pays d'origine sûrs » et des « pays tiers sûrs » a été émise par l'article 2 du décret gouvernemental n° 191/2015. Outre les États membres de l'Union européenne, la présomption de sûreté a été élargie non seulement aux pays candidats à l'adhésion de l'Union (à l'exception de la Turquie) mais aussi à tous les pays faisant partie de la route migratoire de l'Europe du sud-est. Cette décision du gouvernement d'Orban se fondait sur le fait que ceux-ci respectaient cumulativement les trois conditions suivantes : *primo*, ils avaient ratifié de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 ; *secundo*, ils avaient mis en place une procédure d'asile ; et *tertio*, ils avaient ratifié la Convention européenne des droits de l'homme.

Ayant ratifié sans aucune limitation géographique la Convention de Genève en 2001 et la ConvEDH en 2004, la Serbie qui avait modifié récemment son droit d'asile grâce à une aide financière européenne, figurait dans cette liste nationale de « pays tiers sûr » à cause de son placement géographique même si elle a toujours constitué un « espace de mobilités complexes »⁹ qui n'offre jusqu'à aujourd'hui que de garanties minimales pour les demandeurs d'asile¹⁰. Sur ce point, le gouvernement hongrois a accepté ouvertement devant la Grande chambre que l'ajout de la Serbie dans la liste nationale des « pays tiers sûr » visait à lui permettre de « faire face à une vague migratoire sans précédent »¹¹ et de délocaliser le problème migratoire en dehors de son territoire bien qu'il n'existât pas de « lien de connexion [suffisant] entre le demandeur et le pays tiers concerné »¹². En termes figurés, le gouvernement avait accepté qu'elle eût détourné l'instrument de coopération qui lui a été offerte par la directive de 2013 et, en conséquence, qu'elle eût instrumentalisé la coopération en matière d'asile prévue par l'article 78§2 TFUE qui est au cœur du RAEC¹³.

⁸ Le même décret a enlevé au rang des « pays tiers sûr » la Bosnie-Herzégovine et le Kosovo, le premier ayant déposé le 15 février 2016 sa demande d'adhésion à l'Union conformément à la procédure prévue par l'article 49 TUE du traité de Lisbonne, alors que le Kosovo est déjà identifié comme un candidat potentiel à l'adhésion.

⁹ Voir, entre autres, C. Corbineau, « Migration et asile en Serbie : une européanisation des politiques publiques et associatives ? », in *Géocarrefour*, Dossier « Les Balkans et l'Europe », vol. 89/3, 2014, pp. 183-191.

¹⁰ Pour un aperçu général de l'évolution de la législation serbe en matière d'asile et des pratiques nationales, voir [le rapport du Conseil européen sur les réfugiés et les exilés \(« ECRE »\)](#), publié en mars 2018 [dernière consultation le 15 mars 2020].

¹¹ Para 112 et para 153.

¹² Directive, article 38, para 2, point a).

¹³ V. aussi, P.-F. Laval, « L'instrumentalisation de l'Etat tiers : vers un dévoiement de la coopération européenne en matière d'asile », *Revue de l'Union européenne*, 2016, p. 339.

Pour la Grande chambre, le fait de répertorier des « pays présumés sûrs pour les demandeurs d’asile »¹⁴ ne contrevient pas à l’esprit de la Convention. Au contraire, il s’agit d’une possibilité qui est prévue par la directive « procédure » refondée. Il s’agit concrètement de l’article 33, paragraphe 2, point c, qui autorise les États membres de l’Union de se dispenser d’un examen au fond des demandes de protection internationale¹⁵ et de se livrer à un examen simplifié sur leur recevabilité lorsque l’individu sera renvoyé vers un « pays tiers sûr ». Ainsi, la Cour de Strasbourg souligne que lorsqu’un pays partenaire figure sur une liste nationale de pays tiers sûr, « l’expulsion [...] doit être précédée d’un examen approfondi de la question de savoir si la procédure d’asile du pays tiers de destination offre des garanties suffisantes pour éviter que le requérant soit expulsé directement ou indirectement vers son pays d’origine »¹⁶. Cela signifie que l’État concerné doit évaluer de manière appropriée les risques qu’une telle expulsion pourrait engendrer pour le demandeur d’asile alors que cette exigence s’applique tantôt à l’égard des expulsions vers un « pays tiers européen sûr » (catégorie juridique prévue par l’article 39), et tantôt à l’égard des expulsions vers un « pays tiers sûr » (catégorie juridique prévue par l’article 38 de la directive). De la sorte, la grande chambre semble encadrer le pouvoir discrétionnaire des États qui élaborent des listes nationales de pays tiers sûr tout en pointant du doigt la Hongrie qui « révisa sa position et déclara [en 2015] que la Serbie était un pays tiers sûr »¹⁷.

Cette vision peut paraître plus audacieuse que celle donnée par la CJUE à l’occasion de l’arrêt *Shiraz Baig Mirza* du 17 mars 2016 portant sur la reprise en charge d’un demandeur d’asile par un État membre et l’interdiction des déplacements secondaires au sein de l’Union. En l’espèce, la Cour de Luxembourg avait souligné que « la réglementation et la pratique nationales concernant le concept de pays tiers sûr sont sans incidence sur la détermination de l’État membre responsable et le transfert du demandeur concerné dans cet État membre »¹⁸, tout en soulignant que le règlement Dublin III « n’impose nullement à l’État membre responsable, lorsque celui-ci reprend en charge un demandeur, qu’il informe l’État membre procédant au transfert de sa réglementation relative aux pays tiers sûrs ou de la pratique de ses autorités compétences en cette matière »¹⁹. Même si le contexte

¹⁴ Para 152.

¹⁵ L’article 33, paragraphe 2 de la directive « procédure » prévoit que « Les États membres peuvent considérer une demande de protection internationale comme irrecevable uniquement lorsque : (...) c) un pays qui n’est pas un État membre est considéré comme un pays tiers sûr pour le demandeur en vertu de l’article 38 » ; voir également le considérant 44 de ladite directive qui prévoit que « Les États membres ne devraient pas être tenus d’examiner une demande de protection internationale au fond lorsqu’ils peuvent raisonnablement s’attendre à ce que le demandeur, du fait d’un lien suffisant avec un pays tiers tel que défini par le droit national, cherche à obtenir une protection dans ce pays tiers et qu’il existe des raisons de penser que le demandeur sera admis ou réadmis dans ce pays », ainsi que le considérant 46 qui prévoit que « Lorsque les États membres appliquent les concepts de pays tiers sûr au cas par cas ou désignent des pays comme sûrs en adoptant des listes à cet effet, ils devraient tenir compte, entre autres, des lignes directrices et manuels opérationnels, et des informations sur les pays d’origine (...) ».

¹⁶ Para 136.

¹⁷ Para 153.

¹⁸ CJUE, 17 mars 2016, *Shiraz Baig Mirza c. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, para 57, ECLI:EU:C:2016:188.

¹⁹ *Ibid.*, para 58.

était différent et plus complexe dans la mesure où la personne concernée, ressortissant Pakistanais, avait posé sa demande d'asile en Hongrie avant de s'enfuir vers la République Tchèque, la Cour de Justice a esquivé la question épineuse de la validité des conditions dans lesquelles la Hongrie a fixé en 2015 la liste des « pays tiers sûr ».

Sur la base de ces éléments théoriques, la Grande chambre réitère sa conviction que l'interdiction des traitements inhumains et dégradants est « une valeur de civilisation étroitement liée au respect de la dignité humaine, qui se trouve au cœur de la Convention »²⁰ et que « la teneur des obligations découlant de la Convention pour l'État à l'origine de la mesure d'expulsion peuvent, elles, différer selon le contexte »²¹. Cela signifie que l'article 3 couvre deux hypothèses : la première porte sur le risque direct pour un requérant de subir un mauvais traitement par les autorités de police du pays de renvoi ou l'impossibilité, dans son cas particulier, d'avoir accès à une protection effective à cause de la défaillance du système national d'asile ; la deuxième porte sur le risque indirect pour les requérants d'être refoulés « en chaîne » vers un autre pays intermédiaire, et même vers son pays d'origine. Cela étant, l'expulsion, l'extradition ou toute autre mesure d'éloignement d'un étranger du territoire peut se justifier uniquement lorsqu'il y a « des motifs sérieux et avérés »²² de croire que le requérant ne serait pas exposé à un risque réel de traitements contraires à l'article 3 de la Convention. Le fait d'exposer un individu à ce risque emporte en soi violation de l'article 3 de la Convention²³ alors que « le fait de constater *a posteriori*, dans le cadre d'une procédure interne ou internationale, que l'intéressé ne courait pas de risques dans son pays d'origine, ne peut servir à exonérer rétrospectivement l'État de l'obligation procédurale décrite ci-dessus »²⁴.

Concernant les deux Bangladais, la Grande chambre a conclu que la décision du gouvernement hongrois de les expulser emporte la violation de l'article 3 de la Convention sur son volet procédural. Les autorités nationales n'ont pas tenu dûment compte des constats fiables du HCR ainsi que des autres documents disponibles concernant le risque réel d'un déni d'accès à une procédure d'asile effective ou d'un refoulement en « chaîne » à l'infini. De plus, elles ont incité les requérants à quitter illicitement le territoire et à se rendre de manière volontaire en Serbie sans négocier avec les autorités serbes les modalités d'un retour ordonné.

Partie II – Les conditions de confinement pendant la période intermédiaire

En dehors des défaillances procédurales, les requérants se plaignaient des conditions de leur confinement dans la zone de transit de Röszke. Composée de conteneurs installés dans

²⁰ Para 124 ; voir aussi, CourEDH, gr. ch., 15 décembre 2016, *Khlaifia et autres c. Italie*, n° 16483/12, para 158.

²¹ Para 128.

²² Para 126.

²³ CourEDH, Ass. plén., 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, n° 14038/88, para 90-91 ; CourEDH, 30 octobre 1991, n° 13163/87 et alii, série para 103 ; CourEDH, 11 janvier 2007, *Salah Sheekh c. Pays-Bas*, n° 1948/04, para 135 ; CourEDH, gr. ch., *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, n° 27765/09, para 114.

²⁴ Para 137.

une étroite zone en plein air, entourée de clôtures de quatre mètres de haut environ surmontées de fil de fer barbelé, ce mur « intelligent » équipé de caméras infrarouges et de capteurs de chaleur et de mouvement marque les bordures externes de l'Union européenne. Cette façon de « protéger le mode de vie européen » a fait l'objet d'une large couverture médiatique internationale et a été fortement critiquée par plusieurs instances internationales, y compris de la part des intervenants à la procédure devant la CourEDH. La HCR, par exemple, dans son rapport concernant les mesures juridiques et la pratique consécutive adoptée entre juillet 2015 et juillet 2015 par la Hongrie, a constaté « une lourde restriction à la liberté de circulation assimilable à une privation de liberté » tout en soulignant à nouveau « qu'aucun demandeur d'asile ne devrait être reconduit [en Serbie] »²⁵, alors que le Représentant spécial du Secrétaire général du Conseil de l'Europe dans un rapport publié le 13 octobre 2017 sur les migrations et les réfugiés avaient constaté que les conditions d'hygiène dans cette zone étaient satisfaisantes et que les personnes qui y séjournaient pour une durée moyenne de trente-trois jours recevaient des soins médicaux élémentaires²⁶.

Les requérants, de leur côté, s'appuyaient sur leur extrême vulnérabilité pour soutenir que leur confinement dans la zone de transit dans l'attente de la décision sur la demande d'asile constituait un soi un traitement inhumain et dégradant. Pour ce faire, ils mentionnaient l'effet cumulé provenant des leurs conditions de vie pénibles et des mauvais traitements qu'ils ont subis tout au long de leur vie. Le gouvernement, de son côté, a mis l'accent sur la pression et les difficultés réelles que la Hongrie rencontre pour gérer la crise migratoire et le grand afflux des migrants. Il a souligné la nécessité de dissocier l'espèce des conclusions faites dans l'affaire *M.S.S. c. Belgique et Grèce* concernant la violation matérielle de l'article 3 dans la mesure où leur séjour dans la zone de transit était tout à fait compatible avec les standards européens concernant la nourriture, l'hygiène, l'abri et l'accès à une assistance médicale et que par conséquent leur traitement par les autorités hongroises n'était pas d'une gravité suffisante pour qu'il puisse emporter la violation de l'article 3 de la Convention.

En appliquant les principes qu'elle avait systématisés à l'occasion de l'arrêt *Khlaifia et autres c. Italie* au sujet des conditions d'accueil de ressortissants tunisiens à Lampedusa, durant le Printemps arabe en 2011, la Cour a réitéré la responsabilité d'un État d'assurer de manière adéquate la santé et le bien-être des personnes retenues²⁷. La Cour a cependant écarté les allégations liées à l'extrême vulnérabilité des deux requérants. S'il est possible de reconnaître que *de plano* tous « les demandeurs d'asile peuvent être considérés comme vulnérable du fait de leur parcours migratoire et des expériences traumatiques qu'ils

²⁵ Para 71 du rapport, intitulé « [Hungary As a Country of Asylum. Observations on restrictive Legal Measures and Subsequent Practice implemented between July 2015 and March 2016 / La Hongrie, pays d'asile. Observations sur les mesures juridiques restrictives et la pratique consécutive adoptées entre juillet 2015 et mars 2016](#) », HCR, mai 2016 . Pour une mise à jour, voir aussi [la base des données sur l'asile de l'ECRE](#) [dernières consultations le 15 mars 2020].

²⁶ Doc. sg/Inf(2017)33 du 13 octobre 2017.

²⁷ *Ibid.*, para 160.

peuvent avoir vécues en amont »²⁸, les deux requérants n'étaient pas plus vulnérables que d'autres demandeurs d'asile majeurs confinés dans la même zone de transit pendant cette période²⁹. À cet égard, la Grande chambre s'aligne sur la conclusion de la chambre que « rien n'indique que les conditions matérielles fussent mauvaises, et en particulier qu'il y eût des carences en matière d'espace personnel, d'intimité, de ventilation, de lumière naturelle ou de promenade »³⁰. Les épreuves et les mauvais traitements que les deux requérants soutenaient avoir subis au Pakistan, en Afghanistan, en Iran et en Turquie concernaient une période qui a pris fin lorsqu'ils sont arrivés en Grèce, en 2010 et en 2013 respectivement³¹. Ils ne se trouvaient pas dans une situation d'incertitude concernant le traitement de leur demande d'asile car ils ont pu suivre en temps réel les différentes étapes de la procédure, alors que leur séjour dans la zone de transit de Röske n'a pas été démesurément contraignant³².

Partie III – Les restrictions de liberté de fait dans la zone de transit Röske

La Cour de Strasbourg a reconnu depuis longtemps la différence entre la restriction de la liberté de circuler et la privation de liberté. La première est protégée par l'article 2 du Protocole n° 4 en ce qui concerne les personnes se trouvant régulièrement sur le territoire d'un État membre, alors que toute restriction ou privation de liberté relève de l'applicabilité de l'article 5 de la Convention. Les frontières entre les deux dispositions peuvent être dessinées assez facilement³³. Il en va différemment de l'identification de la ligne de démarcation entre les mesures de restriction et celles de privation de liberté sous le pavillon de l'article 5 puisque « entre privation et restriction de liberté, il n'y a qu'une différence de degré ou d'intensité, non de nature ou d'essence »³⁴. Cela étant, la Cour réitère la nécessité d'« adopter une approche pragmatique et réaliste tenant compte des conditions et défis actuels »³⁵ qui permettra aux États de contrôler leurs frontières et prendre des mesures pour lutter contre le flux migratoire. Ainsi, le *distinguo* s'opère sur un éventail de quatre critères jurisprudentiels : l'analyse de la situation personnelle des requérants et de leurs choix ; l'évaluation des objectifs poursuivis par le régime juridique applicable dans le pays concerné ; le calcul de la durée du maintien ; et, enfin, l'appréciation de la nature et du degré des restrictions qui ont été imposées aux personnes concernées³⁶.

Parmi ces critères, l'évaluation des objectifs poursuivis par la politique migratoire hongroise fut un véritable casse-tête pour la Grande chambre. À son avis, le confinement

²⁸ CourEDH, gr. ch., *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, précité, para 232.

²⁹ Para 192.

³⁰ Para 189.

³¹ Para 192.

³² Para 193.

³³ Para 211.

³⁴ CourEDH, gr. ch., 23 février 2016, *De Tommaso c. Italie*, n° 43395/09, para 80 ; voir aussi, CourEDH, 11 octobre 2016, *Kasparov c. Russie*, n° 53659/07.

³⁵ Para 213.

³⁶ Para 217.

de deux Bangladais dans la zone de transit se distingue des autres cas où elle avait constaté qu'une privation de liberté consentie emporte la violation de l'article 5. Il s'agit, plus précisément, d'une série d'affaires qui portaient sur le maintien des demandeurs d'asile dans la zone internationale d'un aéroport³⁷ et notamment de l'arrêt *Amuur c. France* où la Cour avait souligné que « la simple possibilité pour des demandeurs d'asile de quitter volontairement le pays où ils entendent se réfugier ne saurait exclure une atteinte à la liberté »³⁸. Dans la même logique, l'espèce se distingue des autres affaires portant sur le maintien d'une personne au sein des centres d'accueil installés sur les îles grecques et italiennes aux fins de l'identification et de l'enregistrement des migrants car ceux-ci « ne pouvaient rejoindre que par bateau le pays d'où ils étaient arrivés »³⁹.

Cela s'explique tantôt par le fait que les deux requérants sont entrés sur le territoire hongrois de leur propre chef et tantôt par le droit des autorités hongroises de procéder aux vérifications d'identité nécessaires⁴⁰ pour exercer leur droit souverain de contrôler l'entrée sur le territoire hongrois. En d'autres termes, la CourEDH reconnaît que l'existence d'une zone de contrôle terrestre (et par conséquent le confinement dans la zone de transit de tous les demandeurs d'asile qui traversent les frontières serbo-hongroises) peut se justifier par l'afflux massif de demandeurs d'asile et de migrants. Ainsi, « le but de la zone de transit [est] de servir de lieu d'attente où les demandeurs d'asile séjournaient le temps que les autorités décident de les admettre ou non en Hongrie »⁴¹. Tout en reconnaissant qu'il y a *de plano* une restriction de la liberté de circuler dans les « halls d'attente » qui y ont été installés, les deux requérants ne se trouvaient pas dans un lien de dépendance avec les autorités hongroises. Selon la CourEDH, les requérants ont fait le « choix » de ne pas s'éloigner du territoire hongrois alors qu'ils auraient pu gagner la frontière à pied et la traverser pour passer en Serbie sans besoin « d'embarquer dans un avion pour retourner dans le pays d'où ils sont venus »⁴². D'ailleurs, l'existence même d'un accord de réadmission entre la Serbie et l'Union européenne pourrait théoriquement servir pour organiser leur retour en Serbie même si l'efficacité de ce type d'accords internationaux n'est pas évaluée par la CourEDH.

Ce constat est surprenant à deux titres : premièrement, la Grande chambre ferme artificiellement la voie à une lecture systématique des articles 3 et 5 de la Convention en soulignant que « la Convention ne peut être interprétée comme établissant un tel lien entre

³⁷ Voir entre autres, CourEDH, 27 novembre 2003, *Shamsa c. Pologne*, n° 45355/99 et alii, para 47 ; CourEDH, 12 février 2009, *Nolan et K. c. Russie*, no 2512/04, paras 93 à 96.

³⁸ CourEDH, 25 juin 1996, *Amuur c. France*, n° 19776/92, para 48.

³⁹ Para 240 ; voir aussi, CourEDH, 25 janvier 2018, *J. R et autres c. Grèce*, n° 22696/16, paras 85 à 87 concernant les conditions de détention de demandeurs d'asile dans un *hotspot* dans le cadre de la Déclaration UE-Turquie ; CourEDH, *Khlaifia et autres c. Italie*, précité, paras 65 à 72.

⁴⁰ Para 221.

⁴¹ Para 231.

⁴² Para 236. Cette vision a été critiquée par le juge Biancu dans son opinion partiellement dissidente à laquelle s'est rallié le juge Vučinić. Selon lui, la terminologie utilisée par la majorité dans les paragraphes 220 à 223 n'est pas approprié car la possibilité pour les deux requérants de se rendre en Serbie « ne relèverait pas d'un choix, mais plutôt d'une fatalité ».

l'applicabilité de l'article 5 et une question distincte concernant le respect par les autorités des obligations découlant de l'article 3. »⁴³ Son refus de se servir de l'article 3 pour reconnaître l'existence d'une circonstance aggravante susceptible d'emporter la violation de l'article 5 dans le cas des mesures d'éloignement du territoire s'appuie sur une pirouette plutôt surprenante qu'inexplicable ; le fait que la violation procédurale de l'article 3 (l'expulsion en Serbie) ne s'appuyait pas sur le risque pour les deux requérants de subir en Serbie des traitements inhumains et dégradants mais sur celui « d'un refoulement vers la République de Macédoine du nord ou vers la Grèce »⁴⁴ ou d'un déni d'accès à une procédure d'asile effective. Deuxièmement, la CourEDH inscrit toutes ses analyses dans une logique de vérification de l'applicabilité de l'article 5, paragraphes 1 et 4, alors que la Chambre avait déclaré recevables les griefs des deux requérants en soulignant que « [ceux-ci] ne pouvaient quitter cette zone pour gagner la Serbie sans en subir de lourdes conséquences indésirables, à savoir sans renoncer à leurs demandes d'asile et s'exposer à un risque de refoulement »⁴⁵. Ce stratagème de la Grande chambre a été critiqué par le juge Biancu dans son opinion partiellement dissidente. À son avis, l'approche interprétative suivie par la majorité constitue une régression qui « revient des années en arrière sur l'interprétation qui avait été faite de l'article 5 ». Cela est dû au fait que certains des critères susmentionnés pour traiter de l'applicabilité de l'article 5, paragraphes 1 et 4, sont en substance des critères liés au traitement de l'affaire sur le fond et relèvent de l'application de cette disposition. Il s'agit, plus précisément, de l'analyse de l'objectif des mesures privatives de liberté qui sont prises par les autorités nationales à l'encontre des requérants qui sont habituellement examinées à un stade ultérieur de son analyse⁴⁶.

Inéluctablement, le rejet de l'applicabilité de l'article 5, paragraphes 1 et 4 de la Convention dans des situations comme celle des requérants atteste de la volonté de la CourEDH d'éviter la création d'une usine à gaz juridique et d'accroître encore un peu plus un contentieux déjà de masse en matière d'asile.

⁴³ Para 246.

⁴⁴ Para 242.

⁴⁵ CourEDH, 14 mars 2017, *Ilias et Ahmad c. Hongrie*, n° 47287/15, para 55.

⁴⁶ Voir entre autres, CourEDH, 21 janvier 2017, *Rozhkov c. Russie (no 2)*, no 38898/04, para 74 ; CourEDH, 22 février 2011, *Soare et autres c. Roumanie*, no 24329/02, para 234 ; CourEDH, 9 novembre 2010, *Osyenko c. Ukraine*, no 4634/04, paras 51 à 65 ; CourEDH, 22 mai 2008, *Iliya Stefanov c. Bulgarie*, no 65755/01, para 71 ; CourEDH, gr. ch., 29 janvier 2008, *Saadi c. Royaume-Uni*, n° 13229/03, para 74.

La lutte contre l'immigration illégale sur le marché du logement locatif privé au Royaume-Uni: un effet discriminatoire révélé par l'expérience du client mystère

(obs. sous R (Joint Council for the Welfare of Immigrants) v Secretary of State for the Home Department [2019] EWHC 452 (Admin))

Romain Place*

Alors qu'en France, à l'appui d'un nouveau principe de fraternité à valeur constitutionnelle¹, le Conseil constitutionnel a déclaré inconstitutionnelle la répression de « toute aide apportée à la circulation de l'étranger en situation irrégulière, y compris si elle constitue l'accessoire de l'aide au séjour de l'étranger et si elle est motivée par un but humanitaire »², le dispositif britannique de lutte contre l'immigration illégale sur le marché du logement locatif privé a été déclaré incompatible avec l'article 14 combiné à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme³ (CEDH).

Au Royaume-Uni, les lois *Immigration Act* 2014 et 2016 ont mis en œuvre une politique de « dissuasion migratoire » consistant à instaurer un « environnement hostile » : chaque personne doit prouver la légalité de sa situation. L'une de leurs conséquences a été de constater, à tort, l'irrégularité de la situation de certaines personnes incapables d'apporter cette preuve. Il en fut ainsi de la génération « *Windrush* », venue des colonies britanniques à partir de 1948 pour participer à l'effort de reconstruction d'après-guerre. À l'époque, le ministère de l'Intérieur (*Home Office*) « ne s'est pas donné la peine de leur donner des papiers »⁴ car le *British Nationality Act* 1948 avait conféré à toute personne née dans les colonies britanniques un droit automatique de résidence, en tant que « citoyenne du Royaume-Uni et de ses colonies ». L'*Immigration Act* 1971 a étendu ce droit illimité de résidence à toutes les personnes étrangères « habituellement résidentes » au Royaume-Uni au 1^{er} janvier 1973. Néanmoins, les bénéficiaires de ces dispositions n'ont pas toujours reçu les documents nécessaires à l'établissement de la preuve de leur statut. Le *Home Office*

* Doctorant en droit public à l'Université de Strasbourg, Institut de recherches Carré de Malberg UR 3399 et Attaché temporaire d'enseignement et de recherche à Sciences Po Strasbourg.

¹ Voir notamment M. Verpeaux, « Fraternité et Constitution – Constitutionnalisation et Constitution », *Revue Française de Droit Administratif*, n° 5, 2018, pp. 966-976.

² Conseil constitutionnel, Déc. n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, M. Cédric H. [Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger], cons. 13. Un délit « d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour illégal d'un étranger » existe également au Royaume-Uni : *Immigration Act* 1971, s 25(1) et (2).

³ *R (Joint Council for the Welfare of Immigrants) v Secretary of State for the Home Department (Residential Landlords Associations, Equality and Human Rights Commission, and Liberty intervening)* [2019] EWHC 452 (Admin).

⁴ S. Wolff, « La génération 'Windrush' : un dommage collatéral de la politique britannique de dissuasion migratoire », *The Conversation*, 5 juin 2018, [dernière consultation le 15 mars 2020]. Voir aussi l'ouvrage récent d'A. Gentleman, *The Windrush Betrayal: Exposing the Hostile Environment*, London, Guardian Faber Publishing, 2019.

ne détenait pas non plus de registre réunissant les noms des personnes concernées⁵. Enfin, le *British Nationality Act* 1981 actuellement en vigueur, venant remplacer la loi de 1948, dispose qu'une personne née au Royaume-Uni après le 1^{er} janvier 1983 acquiert la citoyenneté britannique si l'un de ses parents est « installé » (*settled*) au Royaume-Uni au moment de sa naissance. Or, il est souvent très difficile pour les personnes issues de la « génération *Windrush* » de prouver la date d'arrivée de leurs parents ou leur statut migratoire. Étant maintenant astreintes à établir la preuve de leur statut, ces personnes se sont retrouvées dans une situation vulnérable et précaire, certaines perdant leur domicile et leur travail⁶, d'autres étant détenues et expulsées à tort⁷. En avril 2018, le *Home Office* a réagi en adoptant un « Plan *Windrush* » permettant aux personnes arrivées au Royaume-Uni avant 1989 de demander gratuitement la délivrance des documents nécessaires pour le prouver⁸. Un dispositif d'indemnisation financière a également été mis en place en avril 2019, visant à compenser certains préjudices subis, tels que les frais de justice, la détention ou l'expulsion, ou le refus d'accès à certains services (bancaires, de santé ou d'éducation)⁹. Le projet de loi d'autorisation de la dépense de ces fonds vient d'être déposé à la Chambre des Communes : une première lecture en a été donnée le 8 janvier 2020¹⁰.

Cette politique de « l'environnement hostile » conditionne ainsi l'accès à certains services (publics ou privés) à la démonstration de la légalité de la situation des personnes. Une obligation de vérification des documents fournis par celles-ci repose alors notamment sur les banques¹¹ et les propriétaires-bailleurs privés. La détermination du statut migratoire de la personne ne dépend donc plus seulement de sa situation juridique objective, mais aussi de « la relation contingente entre la personne et l'organe public ou privé auquel elle fait face pour obtenir un service ou un droit »¹². L'*Immigration Act* 2014 régit en ce sens l'accès à la location d'un logement privé¹³. Cette loi, d'abord mise en œuvre comme

⁵ M. Gower, « Windrush generation: Government action to 'right the wrongs' », *House of Commons Library Briefing Paper*, number CBP 8779, 8 janvier 2020, p. 7.

⁶ Voir le rapport parlementaire *House of Commons Home Affairs Committee*, « The Windrush generation », Sixth Report of session 2017-19, HC 990, 3 juillet 2018, pt 17, accessible en ligne : <https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmhaff/990/99002.htm> [dernière consultation le 15 mars 2020].

⁷ *Ibid.*, pt 13.

⁸ Voir les annonces faites par la Ministre Amber Rudd à la Chambre des Communes le 23 avril 2018 (*Hansard*, HC vol. 639, col. 619).

⁹ Voir *Home Office*, « [Windrush Compensation Schemes Rules](#) », octobre 2019, part 3 [dernière consultation le 15 mars 2020]. Le contenu de ce dispositif a fait l'objet de débats à la Chambre des Communes le 9 avril 2019 (*Hansard*, HC vol. 658, col. 192).

¹⁰ *Windrush Compensation Scheme (Expenditure) Bill* 2019-20 (déposé par la Ministre de l'Intérieur Priti Patel). L'évolution de son statut peut être consultée en ligne : <https://services.parliament.uk/bills/2019-20/windrushcompensationschemeexpenditure.html> [dernière consultation le 15 mars 2020].

¹¹ Voir M. White, « Your Immigration Status Please », *European Human Rights Law Review*, n° 4, 2018, pp. 352-366.

¹² S. York, « The "hostile environment" – how Home Office immigration policies and practices create and perpetuate illegality », *Journal of Immigration, Asylum and Nationality Law*, vol. 32, n° 4, 2018, pp. 363-384, spéc. p. 363.

¹³ Voir la justification de Theresa May : *Home Office*, « Tackling illegal immigration in privately rented accommodation », Consultation document, 10 octobre 2013, p. 1, accessible en ligne : <https://www.gov.uk/government/consultations/tackling-illegal-immigration-in-privately-rented-accommodation>

programme pilote dans la région des *West Midlands*, est entrée en vigueur le 1^{er} février 2016, uniquement en Angleterre.

Le jugement du 1^{er} mars 2019 de la *High Court of Justice*, juridiction de première instance d'Angleterre et du Pays de Galles, est rendu par Mr Justice Martin Spencer, juge unique¹⁴ statuant sur une requête de l'association caritative nationale *Joint Council for the Welfare of Immigrants (JCWI)*¹⁵. Celle-ci conteste les dispositions législatives interdisant à un propriétaire de louer un logement à une personne qui n'a pas la nationalité britannique, suisse ou d'un pays de l'Espace Économique Européen (EEE) et qui ne possède pas de droit d'entrer ou de séjourner au Royaume-Uni¹⁶. Le propriétaire doit exiger et vérifier les documents d'identité pertinents du locataire. Si le locataire potentiel ne possède pas de passeport ou de permis de résidence, il doit fournir au moins deux documents figurant dans une liste alternative, tels que son permis de conduire et une lettre de son employeur. Le propriétaire qui accepte de louer son logement à une personne en situation irrégulière s'expose à une amende ou une peine d'emprisonnement¹⁷.

Lors de la consultation organisée, et pendant le débat parlementaire¹⁸, de nombreux acteurs¹⁹ ont alerté le *Home Office* à propos du risque que la sévérité des sanctions encourues engendre un comportement discriminatoire de la part des propriétaires, à l'encontre des personnes indûment considérées comme présentant un risque plus élevé d'être en situation irrégulière. Cette vulnérabilité des étrangers face aux comportements discriminatoires dans la recherche d'un logement locatif n'est pas inconnue à la France, comme l'a récemment montré le Défenseur des droits²⁰. Au Royaume-Uni, un sondage de

[dernière consultation le 15 mars 2020]. Voir aussi les explications de J. Bates, « No Passport = No Tenancy: The Immigration Act 2014 and the Immigration Bill 2015 », *Journal of Housing Law*, vol. 19, n° 1, 2016, pp. 4-10.

¹⁴ Un juge unique statue en principe sur les recours de première instance (*High Court of England and Wales*) en *judicial review*, c'est-à-dire sollicitant le contrôle juridictionnel d'un acte ou d'une décision d'une autorité exerçant une fonction publique (*Senior Courts Act 1981*, s 19). Néanmoins, cette loi prévoit la possibilité pour la *High Court* de réunir au moins deux juges (formant alors une *Divisional Court*), en fonction de l'importance ou des enjeux d'une requête. Voir *Civil Procedure Rules*, Part 54 – *Judicial Review and Statutory Review*, Rules 54.11A et 54.12.

¹⁵ Seule une personne ayant « un intérêt suffisant dans l'affaire en cause » peut voir sa requête déclarée recevable (*Senior Courts Act 1981*, s 31(3)). Cette disposition ne fournissant aucun critère explicite pour déterminer l'intérêt à agir d'une personne, la Cour suprême britannique en adopte une lecture assez large : il n'est ainsi pas nécessaire, pour le requérant, de démontrer une proximité personnelle ou un grief personnel. Le requérant peut agir dans « l'intérêt public », à la condition qu'il n'agisse pas comme un *busybody*, c'est-à-dire qu'il « n'interfère pas dans un sujet pour lequel il n'a aucune préoccupation légitime ». Les circonstances dans lesquelles les juges estimeront que le requérant est concerné par la question sur laquelle porte le litige « changeront d'un cas à un autre, selon le contexte particulier et les moyens de la requête » (*Walton v Scottish Ministers* [2012] UKSC 44, para 92 (Lord Reed)). En l'espèce, cette association a intérêt à agir en matière de politique migratoire et de lutte contre les discriminations.

¹⁶ *Immigration Act 2014*, s 21.

¹⁷ *Immigration Act 2014*, s 23, s 33A. Les sanctions encourues ont été renforcées par l'*Immigration Act 2016*, s 39.

¹⁸ Voir, par exemple, le 10 février 2014 : la Baronne Hussein-Ece dénonce le risque d'un « profilage ethnique » (*Hansard*, HL Vol.752, col.494) tandis que la Baronne Lister, avec des mots plus durs, dénonce le risque que cette loi « nous précipite tous dans le caniveau puant de la xénophobie » (*Hansard*, HL Vol.752, col.490).

¹⁹ Dont la doctrine académique, par ex. E. Schatzberger, « The Immigration Act 2014 : “Not on the list you're not coming in; landlords forced to discriminate” », *The Conveyancer and Property Lawyer*, n° 5, 2015, p. 395.

²⁰ *Les droits fondamentaux des étrangers en France*, mai 2016, p. 210 [dernière consultation le 15 mars 2020]. Voir aussi son *Enquête sur l'accès aux droits*, vol. 5, « Les discriminations dans l'accès au logement », décembre 2017.

propriétaires²¹ organisé par le *JCWI* a révélé que les personnes ayant un statut migratoire complexe, ou ayant besoin d'un délai pour présenter les documents requis, sont désavantagées alors même qu'elles bénéficient du droit de louer. 42 % des propriétaires sondés ont reconnu qu'à cause du dispositif, ils étaient moins enclins à louer leur logement à des personnes n'ayant pas de passeport britannique. 27 % d'entre eux ont déclaré être réticents à l'idée de louer à des personnes « d'apparence étrangère ». Le *Home Office* a toutefois estimé qu'un tel risque pouvait être évité grâce à un « code des bonnes pratiques »²² et une assistance en ligne à l'attention des propriétaires²³. Après avoir publié un nouveau rapport s'appuyant notamment sur l'expérience du « client mystère »²⁴ pour démontrer l'existence d'une discrimination sur le fondement de la nationalité et de l'ethnicité, l'association a déposé un recours en *judicial review*, sollicitant du juge l'émission de deux déclarations.

D'abord, elle demande au juge de déclarer les sections 20 à 37 de l'*Immigration Act 2014* incompatibles avec l'article 14 combiné à l'article 8 de la CEDH. Une telle déclaration peut être émise sur le fondement du *Human Rights Act 1998 (HRA)*, qui assure l'incorporation des droits de la CEDH dans l'ordre juridique interne²⁵. Celui-ci exige, d'abord, que les lois soient interprétées conformément aux droits protégés par la CEDH²⁶, désormais invocables devant les juridictions britanniques²⁷. Si une telle interprétation est impossible, les juges peuvent décider d'émettre une déclaration d'incompatibilité²⁸ « signalant au Parlement que la disposition législative est incompatible avec les droits conventionnels »²⁹. Le droit constitutionnel britannique étant fondé sur le principe de

²¹ « *No Passport Equals No Home* » (2015) [dernière consultation le 15 mars 2020]. Les résultats de cette évaluation sont aussi présentés dans S. Lukes, c. Patel, c. Peel, « The Right to Rent », *Journal of Immigration, Asylum and Nationality Law*, vol. 31, n° 1, 2017, pp. 51-69.

²² Ce code est accessible en ligne : <https://www.gov.uk/government/publications/right-to-rent-landlords-code-of-practice> (dernier accès le 26 août 2019), voir spéc. p. 10.

²³ *Home Office*, Immigration Bill, « Impact Assessment », 25 septembre 2013, accessible en ligne : <https://www.parliament.uk/documents/impact-assessments/IA13-24E.pdf>, spéc. p. 19 [dernière consultation le 15 mars 2020].

²⁴ « *Passport Please* » (2017) accessible en ligne : <https://www.jcwi.org.uk/Handlers/Download.ashx?IDMF=ffcde3b5-e590-4b8e-931c-5ecf280e1bc8> (dernier accès le 26 août 2019).

²⁵ Dans le modèle britannique dualiste, les sources conventionnelles doivent faire l'objet de mesures de réception par le législateur. Voir A. Antoine, D. Fairgrieve, « Le Royaume-Uni et les ordres juridiques européens », in B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, pp. 1697-1710. Sur le *Human Rights Act 1998*, voir A. Duffy, *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni : recherche sur le Human Rights Act 1998 et les mutations du droit constitutionnel britannique face aux exigences de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Paris, LGDJ, coll. « Fondation Varenne », 2007, 660 p..

²⁶ *Human Rights Act 1998*, s 3. Voir notamment c. Crawford, « Dialogue and Rights-Compatible Interpretations under Section 3 of the Human Rights Act 1998 », *King's Law Journal*, vol. 25, n° 1, 2014, pp. 34-59.

²⁷ Voir notamment H. Fenwick, G. Philipson, R. Masterman (eds), *Judicial Reasoning under the UK Human Rights Act*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, 455 p.

²⁸ *Human Rights Act 1998*, s 4. Voir notamment S. Wilson Stark, « Facing facts: judicial approaches to section 4 of the Human Rights Act 1998 », *Law Quarterly Review*, n° 133 (Oct), 2017, pp. 631-655.

²⁹ P. Ducoulombier, « L'application délicate de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme : le cas britannique », *RDP*, n° 1, 2016, pp. 223-247, p. 225. Pour une analyse des relations entre la Cour Suprême britannique et la Cour européenne des droits de l'Homme, voir aussi S. Lambrecht, « Bringing Rights More Home: Can a Home-

suprématie du Parlement³⁰, une telle déclaration d'incompatibilité n'affecte pas la validité de la loi. Elle invite le Parlement à la changer³¹.

Ensuite, l'association demande au juge de déclarer qu'une extension géographique du dispositif sans évaluation de ses conséquences discriminatoires serait irrationnelle, et contreviendrait au *Public Sector Equality Duty (PSED)*. Ce principe requiert des autorités publiques la prise en compte, dans le cadre de leurs fonctions, de l'élimination de la discrimination, la progression de l'égalité d'opportunité et l'encouragement des bonnes relations entre les personnes³². Une telle déclaration peut être sollicitée, en *judicial review*³³, pour que le juge se prononce de manière non-coercitive sur une situation juridique particulière. Il peut notamment se prononcer sur une situation hypothétique qui nécessite une réponse dans « un objectif pratique véritable »³⁴. Les juges refusent, au contraire, de se prononcer sur une question « purement académique » n'ayant ni un intérêt public, ni un enjeu pour les parties en présence, et dont « aucun objectif pratique ne rend une réponse nécessaire »³⁵. En l'espèce, l'intérêt public d'anticiper une potentielle illégalité pourrait justifier l'émission d'une déclaration. Celle-ci constituerait une ligne directrice pour la légalité de l'action future du Gouvernement dans le cas où il déciderait d'étendre géographiquement le dispositif. La déclaration serait ainsi « adaptée, pour s'assurer que les autorités publiques respectent le droit sans interférer excessivement dans leurs activités »³⁶.

La gravité de la discrimination alléguée, fondée sur la nationalité et l'ethnicité, a justifié une extension innovante de l'applicabilité de l'article 14 combiné à l'article 8 de la CEDH alors que ce dernier n'inclut pas expressément un droit au logement **(I)**. L'appréciation d'ensemble de statistiques significatives a ensuite permis l'établissement d'un lien de causalité entre le dispositif législatif en vigueur et le comportement indirectement discriminatoire des propriétaires **(II)**, rendant le Gouvernement responsable de cette discrimination injustifiée, commise par des personnes privées **(III)**. Le juge décide alors,

grown UK Bill of Rights Lessen the Influence of the European Court of Human Rights? », *German Law Journal*, vol. 15, n° 3, 2014, pp. 407-436.

³⁰ Voir M. Elliott, « Parliamentary sovereignty in a changing constitutional landscape », in J. Jowell, c. O'Cinneide (eds), *The Changing Constitution*, 9th edition, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 29.

³¹ Ce que le Parlement fait généralement. Voir J. King, « Parliament's Role Following Declarations of Incompatibility under the Human Rights Act », in M. Hunt, H. Hooper, P. Yowell (eds), *Parliaments and Human Rights: Redressing the Democratic Deficit*, Oxford, Hart Publishing, 2015, pp. 165-192, spéc. p. 167.

³² *Equality Act 2010*, s 149. Voir S. Fredman, « The Public Sector Equality Duty », *Industrial Law Journal*, vol. 40, n° 4, 2011, pp. 405-427, ainsi que A. McColgan, « Litigating the Public Sector Equality Duty: The Story So Far », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 35, n° 3, 2015, pp. 453-485.

³³ *Senior Courts Act 1981*, s 31(1-2). Voir, pour une application, *R v Secretary of State for Employment Ex parte Equal Opportunities Commission and Another* [1995] 1 AC 1, p. 27, spéc. p. 36 (Lord Keith of Kinkel). Un requérant peut également demander au juge d'annuler une décision, d'émettre une injonction (de faire ou de ne pas faire), ou d'accorder une indemnisation. Voir les règles de procédure qui complètent ces dispositions législatives : *Civil Procedure Rules*, Part 54 – *Judicial Review and Statutory Review*, Rules 54.2 et 54.3.

³⁴ J. Laws, « Judicial Remedies and the Constitution », *Modern Law Review*, vol. 57, n° 2, 1994, pp. 213-227, p. 214.

³⁵ *R (on the application of Williams) v The Secretary of State for the Home Department* [2015] EWHC 1268 (Admin), para 55 (Mr Justice Hickinbottom, citant expressément l'article de J. Laws).

³⁶ J. Woolf, J. Jowell, A. Le Sueur, I. Hare, c. Donnelly (eds), *De Smith's Judicial Review*, 8th edition, London, Sweet & Maxwell, 2018, 1196 p., para 18-038.

d'une part, d'émettre une déclaration d'incompatibilité du dispositif avec l'article 14 combiné à l'article 8 de la CEDH. Il déclare, d'autre part, qu'une décision étendant la mise en œuvre du dispositif au reste du Royaume-Uni serait irrationnelle et contreviendrait au *PSED (IV)*.

Partie I - L'extension de l'applicabilité des articles 14 et 8 de la CEDH motivée par la gravité de la discrimination alléguée

La section 2 du *Human Rights Act* 1998, qui impose aux juges britanniques de « prendre en compte » la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, a donné lieu à des désaccords d'interprétation³⁷. Si les juges suivent en principe la jurisprudence « claire et constante »³⁸ de la Cour, ils s'accordent une certaine liberté d'interprétation dans les cas où elle ne s'est pas prononcée sur un point particulier³⁹, si elle n'est pas claire⁴⁰ ou s'ils considèrent qu'elle n'a pas « suffisamment compris ou pris en compte des spécificités nationales particulières »⁴¹. Ces hypothèses dans lesquelles les juridictions nationales s'autorisent à s'écarter de l'interprétation strasbourgeoise ouvrent ainsi des perspectives de dialogue des juges⁴² à propos du standard minimum de protection des droits de l'homme fixé par la Cour, que les juges britanniques s'autorisent également à dépasser. En l'espèce, la particularité des faits appréhendés motive une extension innovante de l'applicabilité de la combinaison des articles 14 et 8, justifiée par la gravité de la discrimination alléguée.

Si l'article 14 de la CEDH doit être appliqué en combinaison avec l'un des autres droits protégés par la Convention, une violation n'est pas nécessaire⁴³ : les faits doivent tomber « sous l'empire » de l'un de ces droits⁴⁴. Or, l'article 8 protège notamment le respect du domicile, impliquant son inviolabilité et le pouvoir d'y accéder. La Cour de Strasbourg confère en outre aux États l'obligation positive d'assurer le respect de ce droit dans le cadre des relations interindividuelles⁴⁵. Néanmoins, la notion de « domicile », au sens de

³⁷ Voir R. Masterman, « Section 2(1) of the Human rights Act 1998: binding domestic courts to Strasbourg », *Public Law*, Winter, 2004, pp. 725-737. En français, voir P. Ducoulombier, *art. cit.*, et c. Haguenu-Moizard, « La Cour suprême britannique et la Cour européenne des droits de l'Homme : une nouvelle voix dans le dialogue des juges », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, n° 91, 2012, pp. 491-505.

³⁸ *Manchester City Council v Pinnock (Nos 1 and 2)* [2011] 2 AC 104, para 48 (Lord Neuberger).

³⁹ Lady Hale, « *Argentoratum Locutum: Is Strasbourg or the Supreme Court Supreme?* », *Human Rights Law Review*, vol. 12, n° 1, 2012, pp. 65-78, spéc. p. 75.

⁴⁰ Voir, par exemple, *R (Hicks & Ors) v Commissioner of the Metropolitan Police* [2017] UKSC 9, à l'origine d'une évolution de la jurisprudence strasbourgeoise dans CourEDH, GC, 22 octobre 2018, *S. V. et A. c. Danemark*, n° 35553/12.

⁴¹ *R v Horncastle & Ors* [2009] UKSC 14, para 11 (Lord Philips).

⁴² Voir C. Giannopoulos, « The Reception by Domestic Courts of the *Res Interpretata* Effect of Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *Human Rights Law Review*, vol. 19, n° 3, 2019, pp. 537-559, spéc. pp. 547-548 et pp. 557-558, pour une analyse de la jurisprudence britannique.

⁴³ CourEDH, GC, 24 janvier 2017, *Khamtokhu et Aksenchik c. Russie*, n° 60267/08 et 961/11, para 53.

⁴⁴ CourEDH, GC, 5 septembre 2017, *Fabián c. Hongrie*, n° 78117/13, para 112. En 1985, la Cour exigeait déjà, pour l'applicabilité de l'article 14, que les faits litigieux se situent « dans le domaine » d'un autre droit protégé par la Convention : CourEDH, Ass. plén., 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales, Balkandali c. Royaume-Uni*, A. 94, n° 9214/80, para 71.

⁴⁵ CourEDH, 2e sec., 20 avril 2004, *Surugiu c. Roumanie*, n° 48995/99, para 68.

l'article 8, désigne soit le lieu d'habitation légalement occupé ou acquis⁴⁶, soit le lieu d'habitation avec lequel la personne entretient des liens suffisants et continus⁴⁷. De plus (et surtout), l'article 8 ne « confère aucun droit au logement »⁴⁸. Il ne reconnaît « pas comme tel le droit de se voir fournir un domicile, pas plus que la jurisprudence de la Cour »⁴⁹. En l'espèce, le domicile en question n'est qu'une location potentielle, qui n'entre pas dans la définition du domicile protégé. Le cas d'espèce n'entre pas non plus dans le cas de figure où l'État agit positivement pour promouvoir des intérêts relevant de l'article 8. Lorsque l'État a « volontairement décidé de protéger [un droit] dans son droit interne de manière plus ample que ce que prévoit la Convention »⁵⁰, il doit le faire de manière non-discriminatoire⁵¹. Selon l'association requérante, le principe devrait être le même lorsque l'État intervient négativement, c'est-à-dire d'une manière qui, sans être une ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale, rend plus difficile l'obtention d'un logement pour une personne disposant du droit de louer. Une telle interprétation n'existe pas dans la jurisprudence strasbourgeoise, et en serait une extension.

Le juge décide néanmoins d'étendre l'applicabilité de l'article 14 combiné à l'article 8 pour deux raisons exceptionnelles. D'une part, la discrimination alléguée, fondée sur la nationalité et l'ethnicité, est une « forme de discrimination particulièrement odieuse »⁵², considérée par la jurisprudence strasbourgeoise avec une particulière réprobation. L'existence d'un lien de causalité entre la législation contestée et le comportement discriminatoire des propriétaires justifierait alors l'abaissement du niveau d'exigence du champ d'applicabilité de l'article 8. Dans le cas contraire, un État qui causerait des actes racistes ne serait pas soumis à la Convention : « *That cannot be right* »⁵³. D'autre part, reconnaître que la législation entre dans le champ de l'article 8 ne revient pas à reconnaître la protection d'un droit à l'obtention d'un domicile. Cela revient tout au plus à reconnaître un droit de chercher un logement pour soi-même et pour sa famille⁵⁴, tout en acceptant que

⁴⁶ Pour un cas d'éviction d'un locataire, voir CourEDH, GC, 18 février 1999, *Larkos c. Chypre*, n° 29515/95, para 28.

⁴⁷ CourEDH, GC (déc.), 1^{er} mars 2010, *Demopoulos c. Turquie*, n° 46113/99, para 136. Pour une application récente par la *England and Wales High Court*, voir *R (Simawi) v Secretary of State for Housing* [2018] EWHC 2733 (QB).

⁴⁸ CourEDH, 4^e sec., 27 septembre 2011, *Bah c. Royaume-Uni*, n° 56328/07, para 40.

⁴⁹ CourEDH, GC, 18 janvier 2001, *Chapman c. Royaume-Uni*, n° 27238/95, para 99. Voir aussi CourEDH, 4^e sec. (déc.), 7 février 2006, *Codona et autres c. Royaume-Uni*, n° 485/05.

⁵⁰ F. Sudre (avec la collaboration de L. Milano et H. Surrel), *Droit européen et international des droits de l'homme*, 14^e édition, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 2019, p. 425.

⁵¹ CourEDH, GC (déc.), 6 juillet 2005, *Stec et autres c. Royaume-Uni*, n° 65731/01, para 40. Pour une application par la *England and Wales High Court*, voir *R (T) v Secretary of State for Education* [2018] EWHC 2582 (Admin), para 43 (mise en place d'une crèche gratuite).

⁵² CourEDH, 2^e sec., 13 décembre 2005, *Timishev c. Russie*, n° 55762/00, para 56. La Cour exige, de plus, que les États mettent en œuvre tous les moyens possibles pour lutter contre le racisme : CourEDH, GC, 6 juillet 2005, *Nachova c. Bulgarie*, n° 43577/98, para 145.

⁵³ Voir le jugement commenté, pt 68.

⁵⁴ En matière de droit au logement opposable, la CourEDH a déjà condamné la France sur le terrain de l'article 6 §1, pour défaut d'exécution d'un jugement du tribunal administratif de Paris ayant enjoint au préfet d'Île-de-France de reloger la requérante en vertu de la loi n° 2007-290 du 5 mars 2007. La Cour a considéré que « la carence des autorités, qui s'explique, selon le Gouvernement, par la pénurie de logements disponibles, ne se fonde sur aucune justification valable au sens de sa jurisprudence » (CourEDH, 5^e sec., 9 avril 2015, *Tchokontio Happi c. France*, n° 65829/12, para 50).

cette quête puisse se révéler insatisfaisante. Selon le juge, « le terrain de jeu doit être le même pour tous sur le marché du logement, indépendamment de la race et de la nationalité »⁵⁵.

Partie II - Le comportement discriminatoire des propriétaires privés causé par la loi

En se fondant sur des « statistiques fiables et significatives », le juge unique de la *High Court* constate l'existence d'une discrimination indirecte sur le fondement de la nationalité et de l'ethnicité, causée par l'agencement de la loi. Le critère statistique est, en effet, utilisé par la Cour de Strasbourg pour établir le commencement de preuve à apporter par le requérant lorsqu'il allègue une discrimination indirecte, permettant le renversement de la charge de la preuve⁵⁶. En France, le Conseil d'État accepte aussi d'examiner des données statistiques pour vérifier la présomption de discrimination⁵⁷. Le Conseil constitutionnel a néanmoins estimé que « les traitements nécessaires à la conduite d'études sur la mesure de la diversité des origines des personnes, de la discrimination et de l'intégration [...] ne sauraient, sans méconnaître le principe énoncé par l'article 1er de la Constitution, reposer sur l'origine ethnique ou la race »⁵⁸.

Sur le marché du logement locatif britannique, la demande est si élevée que le propriétaire a le choix entre plusieurs locataires potentiels. L'intérêt de la plupart des propriétaires privés est de louer le plus rapidement possible pour maximiser leur revenu locatif. Or, selon l'association requérante, le fardeau administratif imposé aux propriétaires sous la menace d'une sanction civile ou pénale est à la fois coûteux et risqué. La loi encourage donc les propriétaires à louer aux personnes dont le statut est démontré rapidement et incontestablement, grâce à un passeport. De plus, en l'absence d'un tel document, les propriétaires sont amenés à utiliser des critères tels que le nom, l'accent ou la couleur de peau, sans qu'il existe un mécanisme effectif pour détecter et dissuader un tel comportement. Les conclusions de l'expérience du « client mystère » viennent à l'appui de ces allégations. L'association a créé six profils différents de locataires potentiels, en fonction des critères suivants : la nationalité (britannique ou non), le nom (« à consonance britannique » ou non), et les documents fournis (un passeport, un titre de séjour, ou la démonstration du droit de louer par plusieurs autres documents). L'étude fournit des statistiques significatives au soutien de l'hypothèse selon laquelle la loi cause un comportement discriminatoire sur le fondement de la nationalité (les propriétaires privilégiant d'abord la possession d'un passeport britannique), et de l'ethnicité (lorsqu'aucun candidat n'a de passeport).

⁵⁵ Voir le jugement commenté, pt 68.

⁵⁶ CourEDH, 2^e sec., 2 février 2016, *Di Trizio c. Suisse*, n° 7186/09, para 84.

⁵⁷ CE, 4^e-5^e ch. r., 16 décembre 2017, n° 383459, *AJDA* 2018, p. 35.

⁵⁸ Conseil constitutionnel, Déc. n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007 [Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile], cons. 29.

Ces arguments sont partagés par l'association des propriétaires résidentiels (*Residential Landlords Association*)⁵⁹, selon laquelle pour les petits propriétaires, composant pour l'essentiel le marché locatif privé, toute période durant laquelle le bien n'est pas loué est une période sans revenu locatif. Or, la loi complexifie le processus de location et allonge ces délais. Le propriétaire économiquement rationnel privilégie donc les personnes en possession d'un passeport. N'étant, de plus, pas familiers avec la variété de passeports valides, les propriétaires sont moins enclins à louer à une personne qui ne possède pas de passeport britannique ou qui est d'une nationalité extérieure à l'Union européenne⁶⁰.

Le juge conclut que les preuves apportées par les intervenants, prises dans leur ensemble, démontrent que les propriétaires discriminent les locataires potentiels sur le fondement de la nationalité et de l'ethnicité, à cause du plan législatif.

Partie III - Le Gouvernement responsable d'une mesure discriminatoire injustifiée

L'imputation au Gouvernement de la responsabilité de ces comportements discriminatoires individuels résulte de « l'effet horizontal indirect »⁶¹ de la CEDH. Fondé sur son article premier⁶², il confère à chaque État contractant l'obligation positive générale de « prendre les mesures appropriées pour assurer le respect de ces droits et libertés sur son territoire »⁶³. L'effet horizontal indirect peut également dériver des obligations positives que chaque droit ou liberté protégé(e) par la Convention impose aux États parties⁶⁴. À l'aide de ces deux fondements, la Cour a ainsi considéré que la responsabilité de l'État du fait d'un acte commis par un individu pouvait être engagée devant elle « à un double niveau »⁶⁵ : à raison de son action⁶⁶ ou de son abstention⁶⁷. Le cas d'espèce se situe dans la première branche : la responsabilité de l'État est mise en jeu car « la législation de ce dernier rend possible la violation d'un droit garanti par [une] personne privée »⁶⁸. Le comportement des personnes

⁵⁹ Voir le jugement commenté, pt 74 et s.

⁶⁰ Dans un autre jugement récent, une requérante contestait la légalité d'une décision administrative lui ordonnant d'évacuer un logement, au moyen qu'elle serait discriminatoire sur le fondement de la nationalité, et donc contraire à l'*Equality Act* 2010 (s 29) : *R (on the application of Goloshvili) v Secretary of State for the Home Department* [2019] EWHC 639 (Admin).

⁶¹ B. Moutel, *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'Homme en droit privé français. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, thèse de doctorat, Université de Limoges, 2006, p. 59.

⁶² Voir notamment W. A. Schabas, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 84-113 pour un commentaire de l'article premier.

⁶³ CourEDH, GC, 8 juillet 2004, *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie*, n° 48787/99, para 313.

⁶⁴ C. Madelaine, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque des thèses », 2014, p. 127.

⁶⁵ D. Spielmann, « 'Obligations positives' et 'effet horizontal' des dispositions de la Convention » in F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la CEDH*, Bruylant, coll. « Droit et justice », 1998, pp. 133-174, spéc. p. 154.

⁶⁶ CourEDH, 13 août 1981, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, n° 7601/76, para 49.

⁶⁷ CourEDH, 26 mars 1985, *X et Y c. Pays-Bas*, n° 8978/80, para 23 et 30. Voir aussi CourEDH, 9 décembre 1994, *López Ostra c. Espagne*, n° 16798/90, para 46 et 51.

⁶⁸ F. Sudre (avec la collaboration de L. Milano et H. Surrel), *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 257 (italique ajouté).

privées agit « du dehors comme un élément catalyseur de l'illicéité de la conduite des organes étatiques dans le cas d'espèce »⁶⁹.

Mr Justice Martin Spencer, statuant en juge unique sur cette requête, identifie en l'espèce un lien de causalité directe entre la loi et le comportement discriminatoire des propriétaires. Ainsi, le plan législatif ne fournit pas seulement l'occasion, ou l'opportunité, aux propriétaires privés de discriminer : il est la source de la discrimination. La loi prévoit des sanctions et des pénalités, et les propriétaires réagissent de manière à la fois économiquement rationnelle et prévisible. Sans le dispositif, les propriétaires ne discriminaient pas. De plus, les garde-fous choisis par le Gouvernement pour éviter la discrimination se sont révélés inefficaces. En se fondant sur la jurisprudence strasbourgeoise, qui définit la discrimination indirecte comme « une politique générale ou une mesure qui a des effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe en particulier »⁷⁰, le juge estime que même si le dispositif n'est pas dirigé contre des personnes d'ethnicité spécifique, ou de nationalités spécifiques, l'ensemble de preuves montre que la loi confère à ces groupes un risque systématique plus élevé⁷¹ de se voir refuser la location par les propriétaires.

Dans la jurisprudence strasbourgeoise, une telle différence de traitement peut être justifiée si la mesure poursuit un « but légitime » dans une société démocratique tout en respectant « un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »⁷². Les juges britanniques ont transposé et précisé, dans le cadre du *Human Rights Act*, ce contrôle de la justification et de la proportionnalité d'une mesure⁷³ à travers la réunion de quatre critères cumulatifs⁷⁴ : l'exigence d'un but légitime justifiant la restriction au droit protégé, d'un rapport rationnel de la mesure adoptée à ce but légitime, du choix de la mesure la moins intrusive pour atteindre le but légitime et, enfin, d'un bilan coûts-avantages positif entre le but légitime atteint et de la restriction au droit protégé. Ces critères ne reflètent pas exactement la formulation de la Cour de Strasbourg. En effet, selon

⁶⁹ R. Ago, « Quatrième Rapport sur la responsabilité des États », *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II, p. 105, 1972, para 65.

⁷⁰ CourEDH, GC, 13 novembre 2007, *D.H. c. République Tchèque*, n° 57325/00, para 175. Pour une analyse de la discrimination indirecte dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, voir notamment B. Havelková, « Judicial Scepticism of Discrimination at the ECtHR », in H. Collins, T. Khaitan (eds), *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Oxford, Hart Publishing, 2018, pp. 83-104. Sur la différence avec la discrimination directe, voir aussi O. Doyle, « Direct Discrimination, Indirect Discrimination and Autonomy », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 27, n° 3, 2007, pp. 537-553.

⁷¹ Voir, pour un risque systématique élevé, *R (European Roma Rights) v Prague Immigration Officer* [2005] 2 AC 1.

⁷² Voir récemment CourEDH, 1^{ère} sec., 24 octobre 2019, *J.D. et A. c. Royaume-Uni*, n° 32949/17 et 34614/17, para 96.

⁷³ Les juges britanniques contrôlent traditionnellement la légalité d'une décision d'une autorité publique, dans le cadre du *judicial review*, à travers le critère de son *irrationalité* (*Associated Provincial Picture House Ltd v Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223). Des débats ont eu lieu en doctrine (par exemple P. Sales, « Rationality, proportionality and the development of the law », *Law Quarterly Review*, n° 129, 2013, pp. 223-241) et parmi les juges (par exemple *Kennedy v Charity Commission* [2014] UKSC 20) concernant la consécration d'un principe de proportionnalité en droit public britannique. Néanmoins, pour le moment, les juges n'en ont pas fait un principe de proportionnalité et ne l'appliquent que dans le cadre du *Human Rights Act* 1998 et du droit de l'Union européenne.

⁷⁴ Voir *In Re Medical Costs for Asbestos Diseases* [2015] UKSC 3, para 45 (Lord Mance).

les explications de Lord Reed, « [le] concept de la marge d'appréciation [...] ne s'applique pas de la même façon au niveau national, où le degré de retenue pratiqué par les juridictions [...] et la mesure dans laquelle elles respecteront le jugement du décideur, dépendront du contexte et reflèteront les traditions nationales et la culture institutionnelle »⁷⁵.

Mr Justice Martin Spencer reconnaît qu'une large marge d'appréciation doit certes être laissée à l'État : le dispositif a été adopté par une loi dont le sujet ne fait pas l'objet d'un consensus européen et relève de la politique socio-économique, domaine archétypal de la compétence du Gouvernement en vertu du principe de subsidiarité. En effet, le domaine des politiques socio-économiques illustre traditionnellement la consécration du principe de subsidiarité, et donc de la restriction du contrôle de la Cour de Strasbourg, lorsque « la complexité et sensibilité des choix traités » le justifient⁷⁶. En outre, intervenir dans une seule branche du système de contrôle de l'immigration peut potentiellement mettre en danger la stratégie globale du Gouvernement. Néanmoins, cette marge d'appréciation est nuancée par l'existence d'un consensus européen autour de la condamnation de la discrimination raciale⁷⁷. Une discrimination fondée sur la nationalité et l'ethnicité ne peut ainsi être justifiée que par des raisons très lourdes⁷⁸. Or, une déclaration d'incompatibilité permettrait au Gouvernement de repenser sa stratégie et d'éviter l'effet discriminatoire « indésirable et malvenu »⁷⁹. Le dispositif législatif, « manifestement dépourvu de base raisonnable », n'est ainsi pas justifié. Même si la mesure était justifiée, son effet discriminatoire sur le fondement de la nationalité et de l'ethnicité l'emporterait sur l'objectif du contrôle de l'immigration. Elle serait, en tout état de cause, disproportionnée.

Partie IV - L'octroi d'une déclaration d'incompatibilité du dispositif législatif et d'une déclaration d'illégalité d'une potentielle extension géographique

Le juge doit, enfin, décider de la solution juridique (*remedy*) à donner au litige. L'association requérante a sollicité l'émission de deux déclarations⁸⁰ : une déclaration

⁷⁵ *Bank Mellat v Her Majesty's Treasury (No 2)* [2013] UKSC 39, para 71 (Lord Reed). Sur ce point, voir E. Bjørge, *Domestic application of the ECHR: courts as faithful trustees*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 168.

⁷⁶ L. Audouy, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, thèse de doctorat, Université de Montpellier, 2015, p. 399. Voir aussi F. Sudre (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis, 2014, 412 p., ainsi que CourEDH, GC, 7 juillet 2011, *Stummer c. Autriche*, n° 37452/02, para 89 : « Grâce à une connaissance directe de leur société et de ses besoins, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour déterminer ce qui est d'utilité publique en matière économique et sociale ». Cette restriction du contrôle est aussi mise en œuvre par les juridictions britanniques, pour lesquelles le domaine de la politique économique et sociale relève « en premier lieu du jugement de l'exécutif » : voir *AL (Serbia) v Secretary of State for the Home Department* [2008] UKHL 42, para 8 (Lord Hope of Craighead).

⁷⁷ La Cour de Strasbourg considère en effet qu'une discrimination indirecte fondée sur la nationalité doit être justifiée par « des considérations impérieuses ou très fortes non liées à l'origine ethnique » (CourEDH, GC, 24 mai 2016, *Biao c. Danemark*, n° 38590/10, para 114).

⁷⁸ Voir *Ghaidan v Godin-Mendoza* [2004] 2 AC 557, para 19 (Lord Nicholls).

⁷⁹ Voir le jugement commenté, pt 122.

⁸⁰ Voir notamment H. Woolf, J. Woolf, *Zamir & Woolf, The Declaratory Judgment*, 4th edition, London, Sweet & Maxwell, 2011, 341 p.

d'incompatibilité du dispositif législatif avec l'article 14 combiné à l'article 8 de la CEDH, et une déclaration d'illégalité d'une hypothétique extension géographique du dispositif.

En vertu du *Human Rights Act* 1998, il n'est pas nécessaire de déclarer une disposition législative incompatible avec les droits conventionnels lorsque la disposition en cause peut être interprétée et appliquée d'une manière compatible⁸¹. Néanmoins, selon le juge, la loi a été conçue pour contraindre fortement les propriétaires. Elle n'a pas fait preuve d'effectivité et toute modification dans le sens d'une réduction des sanctions la priverait de sa « raison d'être ». Ainsi, toute loi de ce type mène inexorablement les propriétaires à discriminer et fonctionne d'une manière incompatible avec l'article 14 de la CEDH. Il émet donc une déclaration d'incompatibilité des dispositions législatives contestées.

Ce n'est pas la première fois que des dispositions législatives relevant de la politique migratoire britannique sont déclarées incompatibles avec l'article 14 de la CEDH. Une déclaration d'incompatibilité a par exemple été émise à propos de dispositions du *Asylum and Immigration Act* 2004 : pour lutter contre les mariages « blancs », elles imposaient aux étrangers de demander au *Home Office* la permission de se marier, tout en excluant de cette obligation les mariages conclus selon les rites de l'Église d'Angleterre (*Church of England*). Une telle exclusion constituait une discrimination injustifiée sur le fondement de la religion et de la nationalité⁸².

Le dispositif étant incompatible avec les dispositions de la CEDH, aucun « ministre de l'Intérieur raisonnable ne pourrait décider d'étendre ce plan sans d'abord réunir des preuves de l'absence d'effet discriminatoire »⁸³. En effet, les propriétaires des autres parties du Royaume-Uni auront les mêmes intérêts à défendre. Par conséquent, le juge décide également d'octroyer la seconde déclaration sollicitée : dans la situation hypothétique où le Ministre déciderait d'étendre géographiquement le dispositif, sans évaluation complémentaire, une telle décision serait irrationnelle et contreviendrait à la section 149 de l'*Equality Act* 2010.

Dans le cas d'espèce, la discrimination constatée est d'ordre systémique. Elle est commise par les propriétaires privés, mais directement causée par les dispositions législatives. Aussi, ce jugement « démontre d'une part les difficultés rencontrées par les individus et les ONG lorsqu'ils contestent des politiques causant une discrimination systémique dans des circonstances telles que le Gouvernement est volontairement aveugle à ces enjeux, et refuse de mettre en œuvre sa propre évaluation, et d'autre part de quelle manière ces difficultés

⁸¹ *Human Rights Act* 1998, s 3(1).

⁸² *R (on the application of Baijai) v Secretary of State for the Home Department* [2006] EWHC 823 (Admin), para 128 (Silber J).

⁸³ Voir le jugement commenté, pt 131.

peuvent être surmontées grâce à une recherche ciblée »⁸⁴. Le Gouvernement a fait appel⁸⁵ de ce jugement de première instance devant la *Court of Appeal* : l'audience s'est tenue du 15 au 17 janvier 2020⁸⁶.

⁸⁴ C. Patel, « R (Joint Council for the Welfare of Immigrant) v Secretary of State for the Home Department », *Journal of Immigration, Asylum and Nationality Law*, vol. 33, n° 2, 2019, pp. 198-199, spéc. p. 199.

⁸⁵ Voir les informations fournies dans le rapport du Ministry of Justice, *Responding to Human Rights Judgments. Report to the Joint Committee on Human Rights on the Government's response to human rights judgments 2018-2019*, CP 182, octobre 2019, p. 67.

⁸⁶ Les trois journées d'audience peuvent être visionnées au lien suivant : <https://www.judiciary.uk/publications/secretary-of-state-for-the-home-department-v-joint-council-for-the-welfare-of-immigrants/>.

**La perte de plein droit de la nationalité devant la Cour de Justice:
les droits fondamentaux, accessoires du contrôle de
proportionnalité?
(obs. sous l'arrêt CJUE, GC, 12 mars 2019, *Tjebbes e. a.*, C-221/17,
ECLI:EU:C:2019:189)**

Julie Rondu*

La perte de plein droit de la nationalité d'un État membre, dont découle la perte de la citoyenneté de l'Union, ne peut-elle être appréhendée que sous l'angle des dispositions relatives au statut de citoyen, ou les droits fondamentaux peuvent-ils jouer un rôle substantiel ?

La question préjudicielle dont est saisie la Cour dans l'affaire *Tjebbes* a été soulevée à l'occasion de litiges relatifs au refus des autorités néerlandaises de faire droit aux demandes de renouvellement de passeport des requérantes, au motif qu'elles auraient perdu de plein droit la nationalité néerlandaise. L'article 15, paragraphe 1, sous c), de la loi sur la nationalité néerlandaise, prévoit en effet la perte de plein droit de la nationalité néerlandaise lorsqu'une personne majeure possède également une nationalité étrangère et a sa résidence principale hors du territoire de l'Union européenne pendant une période ininterrompue de dix ans. En outre, en vertu de l'article 16, paragraphe 1, sous d), de ladite loi, cela entraîne également la perte de la nationalité néerlandaise des enfants mineurs de la personne concernée. Si les Pays-Bas ne sont pas seuls dans l'Union à prévoir la perte de la nationalité, ils possèdent l'une des législations les plus sévères en la matière. À titre d'illustration, si la possibilité de perdre la nationalité française – l'on se réfère bien ici à la perte et non à la déchéance de la nationalité – est prévue par le code civil¹, les conditions sont très restrictives², et la procédure lourde³.

En l'espèce, trois femmes majeures ainsi qu'une mineure, fille de l'une d'entre elles, ont été considérées comme ayant perdu de plein droit la nationalité néerlandaise, en application des dispositions de la loi néerlandaise. En effet, toutes possédaient, en plus de la nationalité néerlandaise, la nationalité d'un pays tiers, et résidaient depuis plus de dix ans dans ce pays tiers. L'une des requérantes, néerlandaise de naissance, avait acquis la nationalité suisse

* Maître de conférences en droit public à l'Université de Strasbourg, Centre d'études internationales et européennes EA 7307.

¹ Articles 23-7 et 23-8 du code civil français.

² Il s'agit ainsi du cas où un binational se comporte comme le citoyen de son second État de nationalité, tout en ayant commis des actes contraires aux intérêts de la France ; ou ne cesse pas son activité dans une armée, un service public étranger ou une organisation internationale dont la France ne fait pas partie, malgré l'ordre du gouvernement.

³ L'article 23-7 du code civil prévoit ainsi que les motifs justifiant la perte de la nationalité sont notifiés à l'intéressé, qui dispose alors d'un délai pour faire connaître ses observations, et la décision finale doit être prise par décret après avis conforme du Conseil d'État. Ces dispositions ne semblent d'ailleurs pas appliquées en pratique.

par mariage, une autre avait obtenu la nationalité néerlandaise par naturalisation, tandis que les deux autres requérantes étaient binationales depuis leur naissance. Ces circonstances sont donc totalement indifférentes pour l'application de la loi litigieuse.

La spécificité de l'affaire est qu'aucune décision individuelle explicite n'a procédé au retrait de la nationalité néerlandaise des requérantes. Ce n'est que plusieurs années plus tard, à l'occasion de demandes de renouvellement de leurs passeports, que les requérantes se sont aperçues de la perte de la nationalité, et ont alors pu exercer un recours juridictionnel, contre les décisions refusant leurs demandes. La légalité de la perte de la nationalité n'est donc examinée par le juge national qu'à titre incident. Le tribunal ayant déclaré non fondés les recours des trois personnes majeures, et ayant maintenu les effets juridiques de la décision ministérielle concernant la personne mineure, les quatre requérantes ont interjeté appel de ces jugements devant le Conseil d'État, qui a saisi la Cour à titre préjudiciel. Le Conseil d'État s'interroge en effet sur la conformité de la législation néerlandaise aux articles du traité 20 et 21 TFUE, relatifs à la citoyenneté de l'Union, lus à la lumière de l'arrêt *Rottmann*⁴, en ce qu'il impose un contrôle de proportionnalité avant une décision de retrait de la nationalité. L'affaire *Rottmann* concernait un ressortissant autrichien s'étant installé en Allemagne afin d'échapper aux poursuites pénales dont il faisait l'objet en Autriche. Il obtient la nationalité allemande, ce qui a pour effet de lui faire perdre la nationalité autrichienne. Les autorités allemandes, s'apercevant finalement que la nationalité a été obtenue par fraude, envisagent de procéder au retrait de la nationalité allemande. Si la Cour reconnaît la légitimité d'une législation nationale permettant le retrait de la nationalité obtenue frauduleusement⁵, elle enjoint cependant au juge national de contrôler la proportionnalité d'une décision de retrait de nationalité prise sur ce fondement⁶. Le juge national doit examiner *in concreto* les conséquences qu'emporterait une décision de retrait sur la situation de l'intéressé en procédant à leur mise en balance avec d'autres éléments comme la gravité de l'infraction, le temps écoulé depuis la décision de naturalisation et la possibilité éventuelle pour l'intéressé de recouvrer sa nationalité d'origine⁷. Dans l'affaire *Tjebbes*, la juridiction de renvoi s'interroge ainsi sur la transposition de la solution dégagée par l'arrêt *Rottmann* à une perte de plein droit de la nationalité, par application mécanique de la loi, et non à une décision individuelle de retrait de la nationalité, fondée sur le comportement personnel de l'intéressé. De surcroît, le Conseil d'État s'interroge particulièrement sur la proportionnalité de l'application de la législation nationale aux mineurs, au regard notamment de l'intérêt supérieur de l'enfant, consacré par l'article 24, paragraphe 2, de la Charte.

⁴ CJUE, GC, 2 mars 2010, *Janko Rottmann*, C-135/08, ECLI:EU:C:2010:104.

⁵ En effet, « il est légitime pour un État membre de vouloir protéger le rapport particulier de solidarité et de loyauté entre lui-même et ses ressortissants ainsi que la réciprocité de droits et de devoirs, qui sont le fondement du lien de nationalité » : arrêt *Rottmann*, préc., point 51.

⁶ Arrêt *Rottmann*, préc., point 55.

⁷ *Ibid.*, point 56.

L'affaire a fait l'objet d'observations écrites de la part des gouvernements irlandais et grec, ainsi que de la Commission européenne. En comparaison, sept États membres, en plus de l'État concerné, ainsi que la Commission, avaient présenté des observations dans l'arrêt *Rottmann*. Il s'agit sans doute d'un signe que, neuf ans plus tard, l'applicabilité du droit de l'Union au retrait ou à la perte de la nationalité – lorsqu'ils entraînent la perte du statut de citoyen – est désormais admise par les États membres. De surcroît, la sévérité de la législation néerlandaise est telle que peu de gouvernements nationaux n'ont senti menacée leur propre réglementation. L'applicabilité du droit de l'Union à la perte de nationalité suscitant désormais moins de débat, pouvait-on imaginer une solution plus audacieuse du point de vue de la protection des droits fondamentaux, après une affaire *Rottmann* dans laquelle ces derniers n'avaient pas été mobilisés, en dépit du risque d'apatridie ?

Comme cela est souvent le cas lorsque les renvois préjudiciels portent sur une réglementation nationale relevant d'un domaine de compétence retenue des États membres, la Cour commence par affirmer l'applicabilité du droit de l'Union, en vertu de la formule désormais bien ancrée selon laquelle « même dans l'exercice de leurs compétences retenues, les États membres demeurent tenus de respecter le droit de l'Union ». L'applicabilité du droit de l'Union est ici affirmée, dans la lignée de la jurisprudence *Rottmann* (I). Dans un second temps, la Cour a tendance en pareille hypothèse à faire preuve d'ouverture quant à la reconnaissance de la légitimité des objectifs invoqués par les États membres pour justifier leur réglementation, manière sans doute de tempérer les craintes des États membres face à ce qu'ils sont tentés de considérer comme une ingérence dans leur champ de compétence. Ainsi, l'existence de la compétence retenue est de nouveau prise en compte au stade de la justification de la mesure nationale⁸. Dans l'affaire commentée, le critère de l'effectivité de la nationalité, que l'on aurait pu croire désuet dans l'ordre juridique de l'Union, est ainsi admis sans difficulté (II). Enfin, le dernier temps du raisonnement, celui du contrôle de proportionnalité, permettant de tenir compte des effets réels et potentiels de la législation nationale, est généralement plus approfondi. L'arrêt *Tjebbes* est ainsi l'occasion d'un contrôle de proportionnalité de la réglementation néerlandaise au regard de l'article 20 TFUE, lu à la lumière des droits fondamentaux garantis par la Charte. Si l'influence réelle des droits fondamentaux peut laisser l'observateur insatisfait, le contrôle de proportionnalité n'en demeure pas moins très développé au regard de la sensibilité du domaine concerné (III).

Partie I - La confirmation de l'applicabilité du droit de l'Union, dans le prolongement de l'arrêt *Rottmann*

Il n'est pas inintéressant de rappeler qu'aux yeux de l'avocat général Poiares Maduro, l'applicabilité du droit de l'Union dans l'affaire *Rottmann* découlait de l'exercice passé de sa libre circulation par le requérant, seul l'exercice de cette liberté lui ayant permis

⁸ L. Azoulai, « La formule des compétences retenues des États membres devant la Cour de justice de l'Union européenne », in E. Neframi (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, coll. « Droit de l'Union européenne », Colloques, Bruylant, Bruxelles, 2012, 438 p., pp. 341-368, spéc. p. 363.

d'obtenir la nationalité allemande⁹. Au contraire, la Cour s'était quant à elle exclusivement fondée sur les effets futurs, ou à tout le moins potentiels, du retrait de la nationalité allemande. Le droit de l'Union était jugé applicable car l'on se trouvait « dans une situation susceptible d'entraîner la perte du statut conféré par l'article [20 TFUE] et des droits y attachés »¹⁰. Le fait que la Cour ait fondé dans cette précédente affaire l'applicabilité du droit de l'Union sur le seul statut de citoyen, et non sur l'exercice antérieur de la liberté de circulation, lui permet dans l'arrêt *Tjebbes* de conclure sans plus de justification à l'applicabilité du droit de l'Union, alors même qu'il n'y avait eu aucun exercice de la libre circulation.

L'applicabilité du droit de l'Union dans cette affaire n'a d'ailleurs été contestée par aucune partie intéressée, ce qui apparaît surprenant, tant il est vrai que, comme le soulève pudiquement l'avocat général, « [c]ertains doutes pourraient tout de même être émis à cet égard »¹¹. La première interrogation mise en lumière par l'avocat général tient à ce que les décisions litigieuses ne sont pas des décisions de retrait de la nationalité néerlandaise, mais des refus de délivrer des passeports néerlandais, au motif de la perte antérieure de la nationalité¹². Néanmoins, puisqu'il n'y a pas eu de décision autonome de perte de nationalité, le recours juridictionnel des requérantes contre la décision de refus de passeport implique nécessairement d'examiner la perte de la nationalité. La juridiction de renvoi devant examiner cette question, l'avocat général en déduit « que les requérantes au principal n'ont pas définitivement perdu le statut de citoyen de l'Union conféré par l'article 20 TFUE », ce qui aurait rendu difficile le rattachement au droit de l'Union, mais « sont placées dans une situation susceptible d'entraîner la perte de ce statut »¹³.

L'autre motif susceptible de faire douter de l'applicabilité du droit de l'Union est que les requérantes résident toutes dans des pays tiers, et n'ont jamais fait usage de leur liberté de circulation dans un État membre : de prime abord, les faits pouvaient donc s'analyser en une situation purement interne dépourvue de lien de rattachement au droit de l'Union. Toutefois, la jurisprudence antérieure a établi que l'entrave simplement potentielle à l'exercice de la libre circulation¹⁴, ainsi que l'atteinte au statut de citoyen, en fait¹⁵ ou en droit¹⁶, pouvait constituer un élément de rattachement suffisant au droit de l'Union.

⁹ Conclusions de l'avocat général Poiras Maduro, présentées le 30 septembre 2009, dans l'affaire C-135/08, *Rottmann*, point 11.

¹⁰ Arrêt *Rottmann*, préc., point 42 : pour la Cour, l'applicabilité du droit de l'Union dans une telle situation est même « manifeste », ce qui paraît discutable.

¹¹ Conclusions de l'avocat général Mengozzi, présentées le 12 juillet 2018, dans l'affaire C-221/17, *Tjebbes*, ECLI:EU:C:2018:572, point 23.

¹² *Ibid.*, point 24.

¹³ *Ibid.*, point 28.

¹⁴ CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, C-148/02, ECLI:EU:C:2003:539 ; CJCE, GC, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, C-353/06, ECLI:EU:C:2008:559.

¹⁵ Il s'agit du risque de perte de la jouissance effective du statut de citoyen : CJUE, GC, 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, ECLI:EU:C:2011:124 ; CJUE, GC, 13 septembre 2016, *Rendón Marin*, C-165/14, ECLI:EU:C:2016:675 ; CJUE, GC, 13 septembre 2016, *CS*, C-304/14, ECLI:EU:C:2016:674.

¹⁶ Il s'agit de la perte du statut de citoyen, en cause dans l'arrêt *Rottmann*, préc.

La Cour se contente finalement de rappeler que la perte de la citoyenneté de l'Union « relève, par sa nature et ses conséquences, du droit de l'Union »¹⁷, reproduisant ainsi la formule de l'arrêt *Rottmann*¹⁸, sans que n'ait d'incidence la possession de la nationalité d'un pays tiers, différence pourtant notable avec la situation d'un requérant qui risquait l'apatridie. De même, l'article 20 TFUE peut trouver à s'appliquer quelle que soit la cause de la perte du statut de citoyen de l'Union, qu'il s'agisse d'une décision individuelle de retrait de la nationalité, comme c'était le cas dans l'arrêt *Rottmann*, ou de la perte de plein droit de la nationalité, résultant d'une application mécanique de la législation nationale.

La juridiction de renvoi interrogeait également la Cour sur la conformité de la législation néerlandaise à l'article 21 TFUE, mais celui-ci est inapplicable, faute d'exercice par les requérantes de leur droit à la libre circulation¹⁹. La privation du droit à la libre circulation n'est évidemment qu'une conséquence de la perte du statut de citoyen, ce qui justifie, conformément à la jurisprudence²⁰, de n'examiner l'affaire qu'au regard de l'article 20 TFUE. Enfin, l'applicabilité des articles 7 et 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union ne présentait pas de difficulté, l'applicabilité des droits fondamentaux de l'Union étant automatiquement déclenchée par celle de l'article 20 TFUE²¹.

L'acceptation des justifications invoquées par le gouvernement néerlandais apparaissait quant à elle moins évidente.

Partie II - La résurgence du critère de l'effectivité de la nationalité

La Cour accepte de qualifier d'objectif légitime la volonté d'un État membre de « protéger le rapport particulier de solidarité et de loyauté entre lui-même et ses ressortissants ainsi que la réciprocité de droits et de devoirs, qui sont le fondement du lien de nationalité »²². Elle semble même le marteler, puisqu'elle ajoute, qu'« il est légitime pour un État membre de considérer que la nationalité traduit la manifestation d'un lien effectif entre lui-même et ses ressortissants, et d'attacher en conséquence à l'absence ou à la cessation d'un tel lien effectif la perte de sa nationalité »²³. Une telle affirmation, qui ne figurait pas dans l'arrêt *Rottmann* puisqu'il s'agissait d'un retrait de la nationalité pour fraude, et non pour dissolution du lien avec l'État de nationalité, n'en est pas moins surprenante. En effet, on avait pu croire le critère de l'effectivité de la nationalité du droit international obsolète

¹⁷ Arrêt *Tjebbes*, préc., point 32.

¹⁸ Arrêt *Rottmann*, préc., point 42.

¹⁹ La Cour le relève d'emblée, au point 28 de l'arrêt. Voir également les conclusions dans cette affaire, point 42.

²⁰ Voir notamment les arrêts *Rendón Marín*, préc. ; CJUE, 30 juin 2016, *NA*, C-115/15, ECLI:EU:C:2016:487 ; ou CJUE, 10 mai 2017, GC, *Chavez-Vilchez e. a.*, C-133/15, ECLI:EU:C:2017:354.

²¹ L'on sait en effet depuis l'arrêt CJUE, GC, 26 février 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:280, que « [l']applicabilité du droit de l'Union implique celle des droits fondamentaux garantis par la Charte ».

²² Arrêt *Tjebbes*, point 33 ; arrêt *Rottmann*, préc., point 51.

²³ Arrêt *Tjebbes*, point 35.

depuis l'arrêt *Micheletti*²⁴, dans lequel la Cour le rejetait en jugeant que la seule possession de la nationalité d'un État membre suffit à permettre de se prévaloir des libertés de circulation, sans qu'il soit possible pour les autres États membres de poser des conditions supplémentaires à la reconnaissance de cette nationalité²⁵. Dans ses conclusions dans l'affaire *Micheletti*, l'avocat général rejetait également en des termes sans équivoque le critère de l'effectivité de la nationalité, et estimait l'arrêt *Nottebohm* de la Cour internationale de justice « très discuté » et dénué de toute pertinence dans l'affaire en cause²⁶. La formule bien connue de cette décision, selon laquelle « la nationalité est un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs »²⁷, semble néanmoins irriguer le raisonnement de la Cour de Justice dans l'affaire *Tjebbes*. Une référence explicite aurait d'ailleurs pu, de l'avis de certains commentateurs, permettre de mieux justifier la solution de l'arrêt²⁸. La Cour préfère toutefois s'en tenir à la stricte conformité de la législation nationale aux conventions internationales. L'article 7 de la Convention européenne sur la nationalité prévoit les cas dans lesquels la perte de la nationalité de plein droit ou à l'initiative d'un État partie peut être prévue par son droit interne. Parmi ces cas, figurent notamment l'acquisition volontaire d'une autre nationalité²⁹, ou l'absence de tout lien effectif entre l'État Partie et un ressortissant qui réside habituellement à l'étranger³⁰. Des hypothèses de perte de la nationalité pour les enfants sont également prévues³¹. La conformité à la Convention de New York sur la réduction des cas d'apatridie du 30 août 1961 est également relevée pour justifier de la légitimité du critère de l'effectivité de la nationalité.

Si dans l'arrêt *Micheletti*, l'absence de droit de regard sur les conditions d'accès à la nationalité dans les autres États membres se comprend aisément pour éviter que les droits dont peuvent se prévaloir les citoyens ne varient d'un État à un autre, remettant ainsi en cause tant l'uniformité d'application que l'effectivité du droit de l'Union³², l'on sait désormais que ce même critère redevient légitime lorsque ce n'est plus l'État d'accueil qui prétend l'opposer au citoyen, mais son État de nationalité. En outre, le critère permettant d'apprécier l'effectivité du lien unissant l'État et son ressortissant était le même dans les affaires *Micheletti* et *Tjebbes*, celui de la résidence habituelle sur le territoire, qui apparaît conforme aux textes internationaux³³.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Conclusions de l'avocat général Giuseppe Tesaurò, présentées le 30 janvier 1992, dans l'affaire C-369/90, *Micheletti*, point 5.

²⁷ CIJ, 6 avril 1955, *Nottebohm*.

²⁸ J. Lepoutre, « Expatriation et perte de la citoyenneté européenne », *Recueil Dalloz* 2019, p. 875.

²⁹ Article 7, paragraphe 1, sous a), de la Convention européenne sur la nationalité du 6 novembre 1997, STE 166.

³⁰ Article 7, paragraphe 1, sous e), de la Convention.

³¹ Article 7, paragraphe 1, sous f), et paragraphe 2, de la Convention.

³² CJCE, 7 juillet 1992, *Micheletti e. a.*, C-369/90, ECLI:EU:C:1992:295, point 12.

³³ Pour l'avocat général Mengozzi, « il n'est pas déraisonnable qu'un législateur national choisisse, parmi les différents facteurs susceptibles de refléter la perte d'un tel lien effectif, la résidence habituelle de ses ressortissants sur le territoire d'un pays tiers pour une durée suffisamment longue », ce qui est conforme aux textes internationaux, dès lors qu'il

Un paradoxe peut être décelé dans l'admission du critère de l'effectivité de la nationalité, « empreinte d'une certaine « sédentarité » qui a plutôt tendance à attacher les individus à leur État de nationalité »³⁴, en contradiction apparente avec un projet européen reposant sur la mobilité de ses citoyens. Cela s'inscrit toutefois en conformité avec l'érection de l'effectivité de la nationalité en rempart contre la vente, par certains États membres, de leur nationalité, et partant, de la citoyenneté de l'Union³⁵.

Par ailleurs, les objectifs supplémentaires invoqués par le gouvernement néerlandais d'« écarter les effets indésirables de la possession, par une même personne, de nationalités multiples », et de « rétablir l'unité de nationalité au sein de la famille »³⁶, que la Cour juge légitimes sans plus de justification, ont pu susciter la perplexité de certains observateurs³⁷. La Convention de 1963 du Conseil de l'Europe sur la réduction des cas de pluralité de nationalités et sur les obligations militaires en cas de pluralité de nationalités considérait que « le cumul de nationalités est une source de difficultés », en particulier s'agissant de l'accomplissement des obligations militaires. Certes, le Deuxième Protocole portant modification de la Convention, datant de 1993, ajoute trois nouvelles situations dans lesquelles une personne pourra conserver sa nationalité d'origine lorsqu'elle acquiert la nationalité d'un second État signataire, ce qui reflète l'évolution de la société, mais il n'a été ratifié que par deux États. La Convention européenne sur la nationalité traduit toutefois le changement des mentalités, la double nationalité n'étant plus considérée comme problématique, la Convention évoquant notamment des cas d'acquisition automatique d'une double nationalité³⁸, et tempérant les possibilités pour un État d'exiger la renonciation à l'autre nationalité³⁹. Il n'en demeure pas moins que dans plusieurs États membres de l'Union, l'acquisition volontaire d'une nationalité étrangère par un national peut impliquer la renonciation à sa nationalité d'origine. Il en est ainsi en Allemagne⁴⁰ ou en Espagne⁴¹. Dans ce contexte, la Cour se montre prudente, et n'exerce pas de contrôle

n'existe aucun risque d'apatridie, ce qui est bien le cas en l'espèce : conclusions dans l'affaire *Tjebbes*, points 54 et 55.

³⁴ J. Lepoutre, « Expatriation et perte de la citoyenneté européenne », préc., p. 875.

³⁵ Rapport de la Commission européenne sur les programmes d'accès à la citoyenneté et à la résidence par l'investissement, publié le 23 janvier 2019. Sur cette problématique, voir notamment R. Mehdi, « [Les programmes nationaux de vente de passeports : la citoyenneté européenne à l'encan ?](#) », *GDR ELSJ*, publié le 27 janvier 2014 [dernière consultation le 15 mars 2020] ; B. Frydman, « La concurrence normative européenne et globale », in É. Carpano, M. Chastagnaret, E. Mazuyer (dir.), *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, coll. « Dossiers Europe(s) », Larcier, 2016, 380 p., pp. 15-36.

³⁶ Arrêt *Tjebbes*, point 34.

³⁷ S. Platon, « L'insoutenable légèreté de la citoyenneté de l'Union européenne : l'arrêt *Tjebbes* et la perte de nationalité pour les personnes résidant à l'étranger », *Journal d'Actualité des Droits Européens*, 16 juillet 2019, n° 18 [dernière consultation le 2 janvier 2020].

³⁸ Article 14, paragraphe 1, sous b), de la Convention européenne sur la nationalité.

³⁹ Article 16 de la Convention européenne sur la nationalité.

⁴⁰ Jusqu'au début des années 2000, cet État n'admettait pas la double nationalité.

⁴¹ Selon l'article 11, paragraphe 3, de la Constitution espagnole, les Espagnols ne peuvent obtenir la naturalisation sans perdre leur nationalité d'origine que lorsque l'Espagne a conclu des traités sur la double nationalité. Concernant les autres États cités, voir notamment l'étude du Sénat français sur le cumul des nationalités, disponible à l'adresse suivante : https://www.senat.fr/lc/lc15/lc15_mono.html [dernière consultation le 2 janvier 2020].

approfondi sur les motifs de perte de la nationalité, dès lors qu'ils sont conformes au droit international. Cette déférence envers les motifs invoquées par les Pays-Bas est néanmoins compensée par l'attention portée au contrôle de proportionnalité.

Partie III - Le contrôle approfondi de la proportionnalité, à la (faible) lumière des droits fondamentaux

Dans ses conclusions dans l'affaire *Tjebbes*, l'avocat général développait longuement l'idée selon laquelle l'examen du respect du principe de proportionnalité n'implique pas nécessairement d'apprécier les circonstances individuelles de la situation⁴². L'affirmation apparaît de prime abord déconcertante, tant le contrôle de proportionnalité se trouve être le lieu de la prise en considération des effets concrets que peut engendrer pour l'individu l'application d'une législation nationale, qui plus est dans le cadre d'un renvoi préjudiciel. À l'appui de cette position, l'avocat général arguait du fait qu'il est loisible d'apprécier la proportionnalité d'un retrait de nationalité par rapport à la gravité d'une infraction, sans avoir besoin d'entrer dans le détail de la situation du requérant, ou encore d'apprécier *in abstracto* s'il existe des possibilités de recouvrer sa nationalité d'origine⁴³. Au contraire, pour les requérantes, il faudrait prendre en compte « les circonstances individuelles qui démontreraient qu'elles ont conservé un lien effectif avec les Pays-Bas », malgré le fait qu'elles ne remplissent plus les conditions exigées par la législation. À cet égard, d'autres facteurs que la résidence, comme la maîtrise de la langue, le maintien de liens familiaux aux Pays-Bas ou le vote aux élections néerlandaises, devraient être pris en considération. L'avocat général argue cependant du fait que la prise en compte d'autres facteurs serait susceptible de porter atteinte à la sécurité juridique⁴⁴, puisqu'elle pourrait se retourner contre les individus, en cas de maîtrise insuffisante de la langue, ou encore si le nombre de voyages aux Pays-Bas était jugé trop faible. Il est néanmoins envisageable de poser pour principe que la prise en compte des circonstances individuelles ne pourrait jouer que dans un sens favorable à l'individu, à l'instar de la démonstration du lien réel d'intégration avec l'État d'accueil ou d'origine pour l'obtention de bourses d'études par les étudiants⁴⁵ : le critère de la résidence habituelle demeurerait le critère de référence, à charge pour l'individu qui ne le remplit plus d'apporter la preuve qu'il a néanmoins conservé un lien effectif avec les Pays-Bas.

Sans suivre son avocat général, la Cour insiste sur la nécessité d'apprécier *in concreto* les conséquences de la législation néerlandaise, et « semble conditionner l'exercice du pouvoir des autorités nationales en matière de perte de la nationalité précisément à la mise en place de cet examen individuel »⁴⁶, ce qui s'avère plus protecteur pour l'individu. À ce titre,

⁴² Conclusions dans l'affaire *Tjebbes*, notamment point 91.

⁴³ *Ibid.*, point 89.

⁴⁴ *Ibid.*, point 113.

⁴⁵ Parmi de nombreux arrêts, voir par exemple CJUE, 26 février 2015, *Martens*, C-359/13, ECLI:EU:C:2015:118.

⁴⁶ A. Caiola, « *Est modus in rebus* : la perte de la citoyenneté de l'Union européenne, le principe de proportionnalité et la nécessité de l'examen individuel des conséquences », *Revue des affaires européennes*, 2019, n° 1, pp. 153-161, p. 158.

doivent être prises en compte les conséquences sur le « développement normal [pour le requérant] de sa vie familiale et professionnelle, au regard du droit de l'Union. De telles conséquences ne sauraient être hypothétiques ou éventuelles »⁴⁷. C'est dans ce cadre que le droit au respect de la vie familiale, consacré à l'article 7 de la Charte, doit être pris en compte, lu le cas échéant en combinaison avec l'intérêt supérieur de l'enfant⁴⁸. Néanmoins, la prise en compte des droits fondamentaux n'est pas davantage approfondie. Les conséquences particulières à prendre en compte, telles que « les limitations dans l'exercice [du] droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres »⁴⁹, ou les risques découlant de l'impossibilité de bénéficier de la protection consulaire⁵⁰, ont trait quasi exclusivement aux droits attachés au statut de citoyen. Comme le relève Sébastien Platon, la protection consulaire peut d'ailleurs apparaître assez dérisoire si le requérant réside dans un pays tiers dans lequel existent des risques sérieux pour sa sécurité⁵¹. À cet égard, la situation de la requérante iranienne ne peut manquer d'interroger.

En particulier, la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant s'avère relativement faible⁵². En effet, l'avocat général distinguait quant à lui clairement la situation des majeurs et des mineurs. Le droit au respect de la vie familiale des requérantes majeures ne serait pas atteint, car leur vie familiale dans l'État tiers où elles résident n'est pas affectée⁵³. En revanche, le cas de la requérante mineure apparaît plus problématique aux yeux de l'avocat général, qui rejette ainsi la présomption selon laquelle « l'unité de la nationalité au sein de la famille coïncide[rait] toujours avec l'intérêt supérieur de l'enfant, hormis les cas exceptionnels que ce législateur a lui-même admis »⁵⁴. Bien que la jurisprudence soit dénuée d'ambiguïté⁵⁵, l'avocat général rappelle que « les mineurs ne possèdent pas une citoyenneté de l'Union dérivée de celle de leurs parents, eux-mêmes citoyens de l'Union, mais jouissent du statut de citoyen de l'Union de manière autonome »⁵⁶. Les mineurs doivent donc, à l'évidence, « bénéficier des mêmes droits procéduraux et matériels que ceux reconnus aux majeurs »⁵⁷, ce qui n'est pas le cas puisqu'ils ne disposent pas de la possibilité d'interrompre le délai de dix ans en sollicitant un document d'identité. Seuls leurs parents pouvant effectuer de telles démarches en leur nom, leur sort ne dépendrait donc que de la diligence de leurs parents, ce qui n'est manifestement pas conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant. Ces considérations amènent l'avocat général à conclure au défaut de proportionnalité de la législation nationale en tant qu'elle s'applique aux

⁴⁷ Arrêt *Tjebbes*, point 44.

⁴⁸ *Ibid.*, point 45.

⁴⁹ *Ibid.*, point 46.

⁵⁰ Article 20, paragraphe 2, sous c), TFUE. Arrêt *Tjebbes*, point 46.

⁵¹ S. Platon, « L'insoutenable légèreté de la citoyenneté de l'Union européenne : l'arrêt *Tjebbes* et la perte de nationalité pour les personnes résidant à l'étranger », préc.

⁵² En ce sens, A. Caiola, « *Est modus in rebus* : la perte de la citoyenneté de l'Union européenne, le principe de proportionnalité et la nécessité de l'examen individuel des conséquences », préc., p. 160.

⁵³ Conclusions dans l'affaire *Tjebbes*, point 117.

⁵⁴ *Ibid.*, point 131.

⁵⁵ Voir notamment CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, C-200/02, ECLI:EU:C:2004:639.

⁵⁶ Conclusions dans l'affaire *Tjebbes*, point 132.

⁵⁷ *Ibid.*, point 133.

enfants⁵⁸. Du point de vue de la Cour, l'examen individuel rend probablement superfétatoire une distinction poussée entre la situation des majeurs et celle des mineurs. Bien qu'elle enjoigne aux autorités nationales de vérifier si la perte de nationalité du mineur n'est pas contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant⁵⁹, elle ne donne pas d'exemple des conséquences sur la situation individuelle de l'enfant qui pourraient emporter une telle conclusion. Or le requérant mineur ne doit pas seulement être protégé en tant que citoyen de l'Union, mais également en tant qu'enfant, ce qui tend à exiger une appréciation plus fine de sa situation individuelle, à l'instar de celle à laquelle la Cour de Justice s'est livrée dans l'arrêt *Chavez Vilchez*⁶⁰. Les arguments développés par l'avocat général, qui a conclu au défaut de proportionnalité relativement aux mineurs sans même qu'une appréciation casuistique ne lui soit nécessaire, emportent davantage la conviction, preuve que le contrôle *in concreto* privilégié par la Cour de Justice n'est pas nécessairement le plus protecteur des droits fondamentaux.

Entre déférence à l'égard des objectifs invoqués par l'État membre et contrôle approfondi de proportionnalité, l'arrêt laisse ainsi un goût d'inachevé quant à la mobilisation des droits fondamentaux, et en particulier l'intérêt supérieur de l'enfant, qui n'éclaire que d'une faible lueur une appréciation essentiellement centrée sur la citoyenneté de l'Union.

Les potentialités du contrôle de proportionnalité opéré dans cette affaire excèdent toutefois le cas néerlandais, et peuvent inspirer quelques considérations relatives à la perte de la citoyenneté de l'Union par les ressortissants britanniques dans le cadre de la sortie du Royaume-Uni. Tout d'abord, la législation litigieuse pourrait s'appliquer aux binationaux possédant les nationalités britannique et néerlandaise vivant au Royaume-Uni, puisqu'il s'agit désormais d'un État tiers. Il faudra alors respecter le principe de proportionnalité. De surcroît, cet arrêt avait constitué un point d'appui pour ceux qui souhaitaient que les ressortissants britanniques conservent la citoyenneté de l'Union, en particulier lorsqu'ils avaient exercé leur liberté de circulation⁶¹. Beaucoup de britanniques ayant manifesté à titre individuel un lien effectif avec l'Union, certains s'interrogeaient ainsi sur la nécessité de procéder, avant de confirmer la privation automatique de la citoyenneté de l'Union, à « un examen individualisé de la situation de chaque intéressé », et donc de déterminer si les conséquences de cette privation ne seraient pas disproportionnées pour un individu en particulier⁶². À notre sens, cela s'avère toutefois difficile à justifier juridiquement, car la citoyenneté de l'Union ne serait plus rattachée à une nationalité étatique. Il est une chose

⁵⁸ *Ibid.*, point 146.

⁵⁹ *Ibid.*, point 47.

⁶⁰ Arrêt *Chavez-Vilchez e. a.*, préc., points 70 et 71.

⁶¹ D'aucuns estiment ainsi que la citoyenneté de l'Union ne pourrait être retirée aux britanniques uni-nationaux qui ont acquis de manière régulière cette citoyenneté et les droits associés : W. Th. Worster, « Brexit and the International Law Prohibitions on the Loss of EU Citizenship », *International Organizations Law Review*, 2018, Vol. 15, n° 2, pp. 341-363.

⁶² X. Miny, F. Bouhon, « Nationalité et citoyenneté, les deux visages du Janus européen – La conformité de la perte de plein droit de la nationalité d'un État membre au regard du droit européen », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2019, pp. 719-742, spéc. pp. 740-741.

de juger qu'un État membre ne pourrait procéder à l'éloignement d'un ressortissant britannique ayant noué des liens forts avec sa société, car une telle solution pourrait se fonder sur l'article 21 TFUE⁶³ et les droits fondamentaux ; il en est une autre de considérer que celui-ci conserve une citoyenneté de l'Union totalement déconnectée de la nationalité, la lettre de l'article 20 TFUE s'y opposant. De surcroît, l'accord de retrait est dépourvu d'ambiguïté lorsqu'il rappelle qu'est citoyen de l'Union « toute personne ayant la nationalité d'un État membre »⁶⁴. Cependant, il serait imaginable que la Cour de Justice décide de maintenir la citoyenneté de l'Union à titre provisoire, par exemple pour un britannique qui vivrait en France, et parviendrait, postérieurement à la sortie du Royaume-Uni, à acquérir la nationalité française : la Cour de Justice pourrait alors estimer que l'intéressé a conservé ses droits de citoyen de l'Union pendant la période entre le retrait britannique et l'acquisition de la nouvelle nationalité.

En définitive, si la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant en tant que simple composante du contrôle de proportionnalité pourra être regrettée, l'arrêt *Tjebbes* n'en marque pas moins une nouvelle avancée du contrôle de proportionnalité *in concreto*, en principe favorable à l'individu. L'arrêt laisse toutefois affleurer un risque, celui que l'exigence de mener une appréciation casuistique, reposant *in fine* essentiellement sur le juge national, ne dissuade la Cour de déclarer contraires au droit de l'Union des réglementations nationales dont le caractère disproportionné aurait pu être mis en lumière par un simple contrôle *in abstracto*.

⁶³ Il est en effet des hypothèses dans lequel cet article s'applique à des enfants de citoyens qui ont cessé d'exercer leur liberté de circulation : CJCE, 15 mars 1989, *Echternach et Moritz*, 389/87 et 390/87, ECLI:EU:C:1989:130.

⁶⁴ Article 2, sous c), de l'Accord sur le retrait du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord de l'Union européenne et de la Communauté européenne de l'énergie atomique, JOUE L 29 du 31 janvier 2020, pp. 7-187.

***In Flagrante Delicto* and Procedural Safeguards for Judges: How Far Does the European Court of Human Rights Go with the Separation of Powers?**

(obs. ECtHR, 16 April 2019, *Alparslan Altan v Turkey*, N° 12778/17)

Aikaterini Tsampi*

1. INTRODUCTION

On 20 July 2016 Turkey declared a state of emergency following the military *coup* attempt carried out during the night of 15 to 16 July 2016 by members of the Turkish armed forces. A day after the declaration the Turkish authorities gave notice to the Secretary General of the Council of Europe pursuant to Article 15 of the European Convention on Human Rights (ECHR or ‘the Convention’)¹ of its intention to derogate from Article 5, which guarantees the right to liberty and security of person. The Turkish Government blamed the organisation Gülenist Terror Organisation or ‘Parallel State Structure’ (FETÖ/PDY) for the attempted *coup* and subsequently undertook a large number of dismissals and arrests of public servants whom they suspected to be members of that organisation.

Government measures taken after the declaration of a state of emergency has given rise to a large number of cases before the European Court of Human Rights (ECtHR or ‘the Court’). Up until the end of 2017, the Court’s case law was limited to the admissibility decisions in the cases of *Mercan*,² *Zihni*,³ *Çatal*,⁴ *Köksals* and *Bora*,⁶ where the applicants, all being civil servants including judicial officers, complained of their dismissal and/or their placement in pre-trial detention in accordance with the legislative decrees passed following the attempted *coup*. The Court’s decisions, which declared all these applications inadmissible for failing to exhaust domestic remedies, have been met with scepticism both

* Assistant Professor of Public International Law, Department of Transboundary Legal Studies, Faculty of Law, University of Groningen.

¹ European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos 11 and 14, 4 November 1950, ETS 5.

² *Mercan v Turkey* Application No 48666/98, Admissibility, 8 November 2016.

³ *Zihni v Turkey* Application No 59061/16, Admissibility, 29 November 2016.

⁴ *Çatal v Turkey* Application No 2873/17, Admissibility, 7 March 2017.

⁵ *Köksal v Turkey* Application No 70478/16, Admissibility, 6 June 2017.

⁶ *Bora v Turkey* Application No 30647/17, Admissibility, 28 November 2017.

by scholars⁷ and civil society organisations.⁸ The applications in *Mehmet Hasan Altan v Turkey* and *Şahin Alpay v Turkey* were the first arising from the circumstances surrounding the attempted *coup* to be examined on the merits by the Court, which delivered its judgments on 20 March 2018.⁹ Both these cases were brought before the Court by journalists who were detained on anti-terrorism charges immediately following the attempted *coup*. For the first time the Court found a violation of Article 5 (1) of the ECHR in relation to the complaints arising from the 2016 Turkish state of emergency. It did so on the basis that the trial court had refused to release the applicants from detention despite the fact that the Turkish Constitutional Court had found their detention to be unlawful. The Court also found a violation of Article 10 of the ECHR considering the adverse effect that the applicant journalists' pre-trial detention had on the exercise of their freedom of expression.

On 16 April 2019, *Alparslan Altan v Turkey*¹⁰ became the third such case to be examined on the merits and, as with *Mehmet Hasan Altan* and *Şahin Alpay*, the Court found violations of Article 5 (1) of the ECHR in relation to measures the Government had taken during the state of emergency. While the *Alparslan Altan* judgment builds on the Court's findings in *Mehmet Hasan Altan* and *Şahin Alpay* cases, it also allows for further analysis on the Court's stance on the human rights issues arising following the military *coup* attempt in Turkey. Unlike the previous cases, *Alparslan Altan* pertains specifically to the detention of

⁷ See, for example, Karan, '[Merican v. Turkey: Waiting for the Last Word of the Turkish Constitutional Court](#)', *Verfassungsblog*, 21 November 2016 [last accessed 24 September 2019]; Turkut, '[Has the European Court of Human Rights Turned a Blind Eye to Alleged Rights Abuses in Turkey](#)', *EJIL:Talk!*, Blog, 28 December 2016 [last accessed 24 September 2019]; Turkut, '[The Köksal case before the Strasbourg Court: a pattern of violations or a mere aberration?](#)', *Strasbourg Observers*, Blog, 2 August 2017 [last accessed 24 September 2019]; Kurban, '[Think Twice before Speaking of Constitutional Review in Turkey](#)', *Verfassungsblog*, 20 February 2018, [last accessed 24 September 2019]; Spencer, '[The ECtHR and Post-coup Turkey: Losing Ground or Losing Credibility](#)', *Verfassungsblog*, 17 July 2018 [last accessed 24 September 2019]. For an overview of different opinions, see *(In) Effective Remedies from Strasbourg: Turkey and the European Court of Human Rights*, Report from conference organised by the German Bar Association, the European Association of Lawyers for Democracy and World Human Rights, The Law Society of England and Wales, Lawyers for Lawyers, and Observatoire international des avocats on 5 March 2018, available at: communities.lawsociety.org.uk [last accessed 24 September 2019]. For the State of Emergency Inquiry Commission established in 2017, see, in particular, Altıparmak, '[Is the State of Emergency Inquiry Commission, Established by Emergency Decree 685, an Effective Remedy?](#)', *Human Rights Joint Platform*, February 2017 [last accessed 24 September 2019]; and Olcay, 'Turkey - State of Emergency Acts Review Commission used to hold off proper legal review' [2017] *Public Law* 316.

⁸ See, for example, Stockholm Center for Freedom (SCF), '[Turkey's Descent into Arbitrariness: The End of Rule of Law](#)', April 2017, at 40 [last accessed 24 September 2019]; Aydin and Spencer, '[Is it Fair that Judges and Prosecutors in Turkey are Held in Isolation? The ECtHR's Bora v. Turkey Decision](#)', *Platform for Peace and Justice*, 21 March 2018 [last accessed 24 September 2019]; Platform for Peace and Justice, '[Failure of Strasbourg against Turkish Encounter - An Investigation on the Controversial Rulings of the European Court of Human Rights on the State of Emergency Measures in Turkey](#)', December 2018 [last accessed 24 September 2019].

⁹ *Şahin Alpay v Turkey* Application No 16538/17, Merits and Just Satisfaction, 20 March 2018; and *Mehmet Hasan Altan v Turkey* Application No 13237/17, Merits and Just Satisfaction, 20 March 2018.

¹⁰ *Alparslan Altan v Turkey* Application No 12778/17, Merits and Just Satisfaction, 16 April 2019. The judgment became final on 9 September 2019. The Turkish Government's request to refer the case to the Grand Chamber was refused: see Press release issued by the Registrar of the Court, *Grand Chamber Panel's decisions*, ECHR 308(2019), 10 September 2019, at 3, available at: hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-6499586-8573502 [last accessed 24 September 2019].

a member of the judicial branch of government.¹¹ The institutional implications of such a detention bring into focus the doctrine of separation of powers according to which the executive, legislative and judicial branches of government are to be kept separate. But how does the Court really address this doctrine? The present case note will briefly present the case in *Alparslan Altan* (**Section 2**) with a view to elucidating what it contributes to the relevant case law (**Section 3**).

2. THE CASE IN A NUTSHELL

This Section will outline the factual background of the case and the claims submitted by the applicant (Section A), and consider the findings of the Court pertaining to the interpretation of the key concepts of *in flagrante delicto* and of ‘reasonable suspicion’ under Article 5 (1) (c) of the ECHR (Section B).

A. The factual background and claims

Mr Alparslan Altan was one of the two serving judges at the Turkish Constitutional Court who were arrested and taken into police custody the day after the attempted *coup* in Turkey. He was placed in pre-trial detention on 20 July 2016 on grounds that as he was suspected of having sought to overthrow the constitutional order of the Republic of Turkey and of being a member of the FETÖ/PDY terrorist organisation. Essentially, he was arrested and detained under the ordinary criminal law on the basis that his case qualified as a discovery *in flagrante delicto*.

Under Section 16 of the Turkish Law No 6216, before an investigation into the conduct of a judicial officer for offences allegedly committed in connection with or during the performance of his/her official duties can be opened, a decision is required by the plenary court of the Turkish Constitutional Court allowing the investigation to proceed. An investigation under ordinary law may be conducted only in the case of discovery *in flagrante delicto*.¹²

Invoking Article 5 of the Convention, the applicant complained that he had been arbitrarily placed in pre-trial detention in breach of domestic law, namely Law No 6216 on the establishment and rules of procedure of the Constitutional Court. He further argued that there had been no evidence capable of giving rise to a reasonable suspicion that he had committed a criminal offence necessitating pre-trial detention. He also claimed that the

¹¹ Alparslan Altan’s application is not the first to be lodged by a judge and examined by the Court; however, it is the first to be decided on the merits. The majority of applicants in the 2016-2017 admissibility decisions were also judges: see *Mercan v Turkey*, supra n 2; *Çatal v Turkey*, supra n 4; and *Bora v Turkey*, supra n 6.

¹² Article 52 of Law No 5271 of 4 December 2004 instituting the Code of Criminal Procedure defines cases of *in flagrante delicto* as ‘an offence in the process of being committed’; ‘an offence that has been committed, and an offence committed by an individual who has been pursued immediately after carrying out the act and has been apprehended by the police, the victim or other individuals’; and ‘an offence committed by an individual who has been apprehended in possession of items or evidence indicating that the act was carried out very recently’.

reasons given by the domestic courts for the decisions ordering his detention were insufficient. In particular, he contested the *in flagrante delicto* nature of his alleged offence and consequently the legality of his pre-trial detention which took place without a decision by the plenary of the Turkish Constitutional Court to allow an investigation.

The Turkish Government responded that the applicant's detention complied with Law No 6216 based on the established case law of the Turkish Court of Cassation, according to which the offence of membership in an armed terrorist organisation is a continuing offence, and on the 2017 case law of the same court, according to which a case of discovery *in flagrante delicto* arises at the time of the arrest of judges who are suspected of membership of an armed organisation. Thus, the Government submitted, the investigation could be conducted in accordance with the procedure under ordinary law.

B. The extension of the concept of *in flagrante delicto* and the reasonable suspicion requirement under Article 5

The interpretation given by the Turkish courts to the concept of *in flagrante delicto* was considered by the Court under Article 5 (1) of the ECHR.¹³ The Court's assessment was based on a number of principles, the first being the principle of legal certainty, which is connected to the requirement under Article 5 (1) that any deprivation of liberty be lawful.¹⁴ The ECtHR noted that while the 'conventional definition' of the concept of *in flagrante delicto* in the Turkish Code of Criminal Procedure was linked to the discovery of an offence while or immediately after it is committed, the contested interpretation given by the Court of Cassation did not require that 'any current factual element or any other indication of an ongoing criminal act' be established.¹⁵ The examination of the principle of legal certainty and the finding that the contested interpretation by the Turkish courts was 'extensive'¹⁶ may have sufficed for the Court to find a violation of Article 5 (1). However, the Court did not confine its reasoning to a consideration of the principle of legal certainty. It also took into account the separation of powers and the principle of the independence of the judiciary.¹⁷ It observed that the extensive interpretation of the concept of *in flagrante delicto* 'negates the procedural safeguards which members of the judiciary are afforded in order to protect them from interference by the executive'.¹⁸ Further, it considered that the

¹³ Article 5 ECHR relevantly provides: '1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law: ... (c) the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so.'

¹⁴ *Alparslan Altan v Turkey*, supra n 10 at para 103.

¹⁵ *Ibid.* at para 111.

¹⁶ *Ibid.* at para 112.

¹⁷ *Ibid.* at para 102.

¹⁸ *Ibid.* at para 112. The Court noted that '[the interpretation by the Court of Cassation] amounts to an extensive interpretation of the concept of discovery *in flagrante delicto*, expanding the scope of that concept so that judges suspected of belonging to a criminal association are deprived of the judicial protection afforded by Turkish law to members of the judiciary'. The wording in the English text could possibly suggest that the expansion of the scope of

Article 15 derogation did not alter the findings of the Court, since such an extensive interpretation was ‘in no way justified’ by the exigencies of the state of emergency.¹⁹

The unreasonable extension of the concept of *in flagrante delicto* was not the only ground on which the Court found a violation of Article 5. The Court also ruled that the applicant’s pre-trial detention was based on the mere suspicion of membership of a criminal organisation and was thus deprived of the reasonableness required by Article 5 (1) (c).²⁰ The evidence against the applicant comprised of statements by two anonymous witnesses and a former rapporteur of the Constitutional Court, himself accused of belonging to the FETÖ/PDY organisation, and messages exchanged *via ByLock*.²¹ However, the Court noted that this evidence was gathered long after the applicant’s initial detention.²² Thus at the very moment of the applicant’s pre-trial detention there were not sufficient elements to satisfy an objective observer that he could have committed the offence of which he was accused by the prosecuting authorities.²³ The Court also considered the institutional characteristics of the case when examining the case under Article 5 (1) (c) of the ECHR. On the one hand, it acknowledged the Government’s assertion that the FETÖ/PDY terrorist organisation had extensively infiltrated influential State institutions including the judicial system. The Court stated: ‘Such alleged circumstances might mean that the ‘reasonableness’ of the suspicion justifying detention cannot be judged according to the same standards as are applied in dealing with conventional offences’.²⁴ On the other hand, however, it was highlighted by the Court that the ‘required minimum level of reasonableness’ was ‘especially important for members of the judiciary, and in this instance the applicant, a member of the Constitutional Court at the time he was placed in pre-trial detention’.²⁵ The Court concluded that, even if it took into consideration the special factual circumstances connected with the attempted military *coup* and the difficulties facing Turkey in this aftermath,²⁶ overlooking the fact that the applicant’s pre-trial detention was based on ‘a mere suspicion’ having committed a crime would have defeated the purpose of Article 5 of the ECHR.²⁷

The findings of the Court in *Alparslan Altan* largely relied on the established case law of the Court under Article 5 (1) of the ECHR, especially with regard to the concepts of ‘legal

the concept of *in flagrante delicto* was intentionally serving the purpose of depriving judges of their judicial protection. The French text, however, does not support this reading: ‘une interprétation extensive de la notion de flagrant délit, qui élargit la portée de cette notion de telle manière que les magistrats soupçonnés d’appartenir à une association criminelle sont privés de la protection judiciaire offerte par le droit turc aux membres du corps judiciaire’. The deprivation of protection for judges was the result of the interpretation by the Turkish Court of Cassation, without the ECtHR suggesting that it was intentional. The judgment was given in French.

¹⁹ Ibid. at para 118.

²⁰ Ibid. at para 149.

²¹ Ibid. at para 137.

²² Ibid. at para 138.

²³ Ibid. at para 126.

²⁴ Ibid. at para 135.

²⁵ Ibid. at para 136.

²⁶ Ibid. at para 147.

²⁷ Ibid. at para 148.

certainty’ and ‘reasonable suspicion’. However, the institutional features of the case did not escape the Court’s attention, thus allowing it to engage in a practical consideration of the separation of powers by way of protecting the judiciary from interference by the executive branch of government under Article 5 of the Convention.

3. *ALPARSLAN ALTAN* FROM A SEPARATION OF POWERS PERSPECTIVE

The following Sections will discuss how the Court’s findings in *Alparslan Altan* contribute to the debate on separation of powers both in the case law of the Court (Section A) and in Turkey generally (Section B).

A. The Separation of Powers in the Case Law of the European Court of Human Rights: A Step Forward

Alparslan Altan is one of the latest in a series of judgments in which the Court has explicitly referred to the ‘growing importance attached to the separation of powers’ in its deliberations.²⁸ The Court stated in particular :

²⁸ For the cases where the ‘separation of powers’ is expressly considered by the Court, see *Stafford v United Kingdom* Application No 46295/99, Merits and Just Satisfaction, 28 May 2002 [Grand Chamber], at para 78; *Benjamin and Wilson v United Kingdom* Application No 28212/95, Merits, 26 September 2002, at para 36; *A v United Kingdom* Application No 35373/97, Merits, 17 December 2002, at para 77; *Cordova v Italy (No 1)* Application No 40877/98, Merits and Just Satisfaction, 30 January 2003, at para 55; *Cordova v Italy (No 2)* Application No 45649/99, Merits and Just Satisfaction, 30 January 2003, at para 56; *Kleyn and Others v The Netherlands* Applications Nos 39343/98, 6 May 2003 [Grand Chamber], at para 193; *Easterbrook v United Kingdom* Application No 48015/99, Merits and Just Satisfaction, 12 June 2003, at para 28; *Zollmann v United Kingdom* Application No 62902/00, Admissibility, 27 November 2003; *De Jorio v Italy* Application No 73936/01, Merits and Just Satisfaction, 3 June 2004, at para 49; *Pabla Ky v Finland* Application No 47221/99, Merits, 22 June 2004, at paras 29 and 34 (also, *Pabla Ky v Finland* Application No 47221/99, Admissibility, 16 September 2003); *Harabin v Slovakia* Application No 62584/00, Admissibility, 29 June 2004; *Patrono, Cascini and Stefanelli v Italy*, Application No 10180/04, Merits and Just Satisfaction, 20 April 2006, at para 59; *Sacilor-Lormines v France* Application No 65411/01, Merits and Just Satisfaction, 9 November 2006, at paras 59, 64 and 71; *C.G.I.L. and Cofferati v Italy* Application No 46967/07, Merits and Just Satisfaction, 24 February 2009, at para 69; *Kart v Turkey* Application No 8917/05, Merits and Just Satisfaction, 3 December 2009 [Grand Chamber], at para 81; *C.G.I.L. and Cofferati v Italy (No 2)* Application No 2/08, Merits and Just Satisfaction, 6 April 2010, at para 44; *Henryk Urban and Ryszard Urban v Poland* Application No 23614/08, Merits and Just Satisfaction, 30 November 2010, at para 46; *Onorato v Italy* Application No 26218/06, Merits and Just Satisfaction, 24 May 2011, at para 48; *Fruni v Slovakia*, Application No 8014/07, Merits and Just Satisfaction, 21 June 2011, at para 139; *Agrokompleks v Ukraine* Application No 23465/03, Merits, 6 October 2011, at para 131; *Oleksandr Volkov v Ukraine* Application No 21722/11, Merits, 9 January 2013, at paras 130 and 118; *Maktouf and Damjanović v Bosnia and Herzegovina* Application Nos 2312/08 and 34179/08, Merits and Just Satisfaction, 18 July 2013 [Grand Chamber], at para 49; *Hoon v United Kingdom* Application No 14832/11, Admissibility, 13 November 2014, at para 36; *Urechean and Pavlicenco v the Republic of Moldova* Applications Nos 27756/05 and 41219/07, Merits and Just Satisfaction, 2 December 2014, at para 42; *Saghatelyan v Armenia* Application No 7984/06, Merits and Just Satisfaction, 20 October 2015, at para 43; *Miracle Europe Kft v Hungary* Application No 57774/13, Merits and Just Satisfaction, 12 January 2016, at para 52; *Rywin and Others v Poland* Applications Nos 6091/06, Merits and Just Satisfaction, 18 February 2016, at para 225; *Karácsony and Others v Hungary* Applications Nos 42461/13 and 44357/13, Merits and Just Satisfaction, 17 May 2016 [Grand Chamber], at para 157 (also, *Szél and Others v Hungary* Application No 44357/13, Merits and Just Satisfaction, 16 September 2014, at paras 42 and 96; and *Karácsony and Others v Hungary* Application No 42461/13, Merits and Just Satisfaction, 16 September 2014, paras 45 and 99); *Baka v Hungary* Application No 20261/12, Merits and Just Satisfaction, 23 June 2016 [Grand Chamber], at paras 142 and 164-165 (also, *Baka v Hungary* Application No 20261/12, Merits, 27 May 2014, at para 88); *Thiam*

Given the prominent place that the judiciary occupies among State organs in a democratic society and the growing importance attached to the separation of powers and to the necessity of safeguarding the independence of the judiciary... , the Court must be particularly attentive to the protection of members of the judiciary when reviewing the manner in which a detention order was implemented from the standpoint of the provisions of the Convention.²⁹

Additionally, the Court observed that the extensive interpretation of the concept *in flagrante delicto* ‘negates the procedural safeguards which members of the judiciary are afforded in order to protect them from interference by the executive’.³⁰

These affirmations echo findings from the Court’s earlier jurisprudence dealing the separation of powers. While the separation of powers in the case law of the Court does not pertain exclusively to the relationship between the executive and judicial branches of government,³¹ the Court highlighted once more the importance of separation between them. After all, the centre of *gravitas* of the separation of powers *à la strasbourgeoise* lies in the judiciary. It comes, thus, as no surprise that in *Alparslan Altan* the Court explicitly referred to the particular role of the judiciary in a democratic society. As the Court noted, the judiciary is ‘the guarantor of justice, a fundamental value in a State governed by the rule of law, [which] must enjoy public confidence if it is to be successful in carrying out its duties’.³² However, in the present case the executive branch of government interferes with the judicial,³³ thus the separation of powers demands the protection of the judiciary from those interferences by the executive. This protection serves one very specific purpose, namely the protection of the judicial function itself. As the Court acknowledged, protection of the judiciary against interferences by the executive ‘is granted to judges not for their own personal benefit but in order to safeguard the independent exercise of their functions’.³⁴ Indeed, as the judiciary occupies a ‘prominent’³⁵ place among State organs of government that is justified by the fact that it exercises the judicial function, it is also the

v France Application No 80018/12, Merits and Just Satisfaction, 18 October 2018, at paras 61-62; *Ramos Nunes de Carvalho e Sá v Portugal* Applications Nos 55391/13, Merits and Just Satisfaction, 6 November 2018 [Grand Chamber], at paras 144, 159 and 195-196 (also, *Ramos Nunes de Carvalho e Sá v Portugal* Applications Nos 55391/13, Merits and Just Satisfaction, 21 June 2016, at para 70); *Guðmundur Andri Ástráðsson v Iceland* Application No 26374/18, Merits and Just Satisfaction, 12 March 2019, at paras 103 and 122; *Cosmos Maritime Trading and Shipping Agency v Ukraine* Application No 53427/09, Merits and Just Satisfaction, 27 June 2019, at para 70.

²⁹ *Alparslan Altan v Turkey*, supra n 10 at para 102.

³⁰ *Ibid.* at para 112.

³¹ See, for a general overview, Tsampi, *Le principe de séparation des pouvoirs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme* (2019).

³² *Alparslan Altan v Turkey*, supra n 10 at para 102.

³³ *Ibid.* at paras 112 and 118.

³⁴ *Ibid.* at paras 102 and 113.

³⁵ *Ibid.* at para 102. The Court opts for the same wording also in *Pitkevich v Russia* Application No 47936/99, Admissibility, 8 February 2001, at para 2 and *Albayrak v Turkey* Application No 38406/97, Merits and Just Satisfaction, 31 January 2008, at para 42.

judiciary that can effectively safeguard the protection of human rights against arbitrary interference by the executive.

Apart from the fact that the Court's judgment in the case of *Alparslan Altan* confirmed earlier findings on the separation of powers in the Convention system, it has also contributed to further developments. These advances largely revolve around two axes. Firstly, the Court extended the scope of the separation of powers between the executive and the judiciary argument by applying it to cases dealing with the protection of members of the judiciary under Article 5 of the ECHR. The very first explicit reference to the separation of powers in the case law of the Court is in *Stafford v United*, another Article 5 case but in a very different context. In *Stafford* the Court found that role of the Secretary of State in fixing the tariff for life sentence prisoners and deciding on a prisoner's release following its expiry did not comply with the Article 5 (4) requirement that decisions regarding continuation of detention be made by a 'court'.³⁶ The case of *Alparslan Altan* is, however, the first Article 5 case to address the rights enjoyed by judges themselves.

It should be noted that the invocation of the separation of powers in cases where the rights of judges are at stake is nothing truly novel. Indeed, the Court has invoked the separation of powers in many cases pertaining to measures which impact upon the status of judges, usually in the context of disciplinary proceedings against them.³⁷ In those cases, it was the right of judges to freedom of expression under Article 10 of the ECHR that was under consideration by the Court.³⁸ *Alparslan Altan* is the first judgment where the Court employs the separation of powers argument to decide a case of detention of a judge under Article 5. The Court clarified that the consideration of the role of the judiciary in society, 'set out in particular in cases concerning the right of judges to freedom of expression, is equally relevant in relation to the adoption of a measure affecting the right to liberty of a member of the judiciary'.³⁹ While this observation does not come as a surprise, it is noteworthy that the separation of powers functioned as a guiding principle in the interpretation of Article 5 in the case at hand. The Court acknowledged that in light of the separation of powers, it must be 'particularly attentive to the protection of members of the judiciary when reviewing the manner in which a detention order was implemented from the standpoint of the provisions of the Convention'.⁴⁰ While the extensive interpretation of the term *in flagrante delicto* was already found to be incompatible with the principle of legal certainty in general, the Court also emphasised that the expansion of that concept's

³⁶ *Stafford v United Kingdom*, supra n 28 at para 78. See also, *Benjamin and Wilson v United Kingdom*, supra n 28 at para 36.

³⁷ *Harabin v Slovakia*, supra n 28; *Baka v Hungary*, supra n 28 at para 165.

³⁸ It should be noted that the Court did not always explicitly refer to the separation of powers in these cases. See *Wille v Liechtenstein* Application No 28396/95, Merits and Just Satisfaction, 28 October 1999 [Grand Chamber], at para 64; *Albayrak v Turkey*, supra n 35 at para 42; *Kudeshkina v Russia* Application No 29492/05, Merits and Just Satisfaction, 26 February 2009, at para 86; *Harabin v Slovakia* Application No 58688/11, Merits and Just Satisfaction, 20 November 2012, at paras 150-153.

³⁹ *Alparslan Altan v Turkey*, supra n 10 at para 102.

⁴⁰ *Ibid.*

scope deprived members of the judiciary of the institutional safeguards provided for by the domestic legislation to guard against interference by the executive.

The second contribution of *Alparslan Altan v Turkey* concerns the operation of the doctrine of the separation of powers during a state of emergency. As already stated, the Court scrutinised the expansion of the concept of *in flagrate delicto* in the context of Turkey's derogation made under Article 15 of the ECHR, concluding that the pre-trial detention of the applicant, which was not conducted 'in accordance with a procedure prescribed by law', could not be said to have been strictly required by the exigencies of the situation.⁴¹ The Court placed particular emphasis on the negation of the procedural safeguards that the members of the judiciary enjoy to protect them against interferences by the executive, adding that the extensive interpretation of the concept of *in flagrate delicto* 'has legal consequences reaching beyond the legal framework of the state of emergency'.⁴²

These observations by the Court are particularly important for the separation of powers between the executive and the judiciary within the State in times of emergency. Balancing the relation between the State powers during a state of emergency, where the power of the executive increases substantially, becomes a fundamental institutional challenge. The suggestion of the Court that the declaration of a state of emergency does not alter the protection required by the judiciary against interference by the executive highlights the continued and unabated relevance of the separation of powers in times of crisis, indeed even its more critical importance if a democratic society is to be maintained.

The balancing of State powers in times of emergency has been addressed, to a certain extent, by the Court in earlier cases. In the judgment of *A and Others v United Kingdom* of 2009,⁴³ the Court scrutinised the detention by the British authorities of foreign nationals suspected of involvement in terrorism under Article 5 (1) (f) of the ECHR. In that case, following the terrorist attacks of 11 September 2001 in New York, the Government vested public authorities with extensive powers, including the power to detain foreign nationals where the Secretary of State reasonably believed that their presence in the United Kingdom was a risk to national security and reasonably suspected that they were an 'international terrorist' under Part IV of the Anti-Terrorism Crime and Security Act 2001 ('the ATCS Act'). The British Government had also issued an Article 15 notice of derogation with respect to Article 5 of the ECHR. In *A and Others* the Court accepted that there had been a public emergency threatening the life of the nation but further examined whether the derogating measures were 'strictly required by the exigencies of the situation'. At the domestic level, the then House of Lords (now the Supreme Court) held that the measures taken under the ATCS Act were disproportionate and discriminatory as they were only

⁴¹ *Ibid.* at para 119.

⁴² *Ibid.* at para 118.

⁴³ *A and Others v United Kingdom* Application No 3455/05, Merits and Just Satisfaction, 19 February 2009 [Grand Chamber].

directed at non-British nationals.⁴⁴ Before the ECtHR, the Government challenged this finding, arguing that the domestic courts had afforded the State too narrow a margin of appreciation in assessing what measures were strictly necessary. The Court clarified that ‘[t]he doctrine of the margin of appreciation has always been meant as a tool to define relations between the domestic authorities and the Court. It cannot have the same application to the relations between the organs of State at the domestic level’.⁴⁵ For the Court the ‘question of proportionality is ultimately a judicial decision’, observing that the domestic court had given adequate weight to the views of the executive and/or Parliament.⁴⁶

The findings in *A and Others* demonstrate the protective approach the Court takes towards the role of the judiciary and the pertinence of balancing the powers of the different branches of government in times of emergency. The same tendency is, *mutatis mutandis*, evident in *Alparslan Altan*. Furthermore, one can also argue that the assertion of the Court that the extensive interpretation of the concept of *in flagrante delicto* has legal consequences reaching beyond the legal framework of the state of emergency strengthens the resolve of the Court with respect to the separation of powers in times of crisis. If in times of emergency it were to be accepted that judges can be detained without procedural safeguards against interference by the executive, then such measures would have long-lasting implications for the institutional machinery of the State and would adversely affect the balance of State powers long after the end of the state of emergency. In the case of Turkey, it was exactly these long-term implications that were focal to the Court’s assessment of the emergency measures.

B. The Separation of Powers in Turkey: A Misstep?

On 18 July 2018, the state of emergency in Turkey ended after seven consecutive three-month renewals. Following this period, many reports echoed⁴⁷ what had been highlighted since the introduction of the emergency regime, namely that the measures⁴⁸ taken by the Turkish authorities under the state of emergency framework relating to human rights, democracy, the rule of law and the separation of powers would not be confined to the emergency period alone but would continue to operate beyond that period.⁴⁹ As was poignantly observed in 2017 by Kaboğlu and Palluel, the state of emergency resulted in a

⁴⁴ Ibid. at para 20.

⁴⁵ Ibid. at para 184. For further analysis, see Shah, ‘From Westminster to Strasbourg: *A and Others v. United Kingdom*’ (2009) 9 *Human Rights Law Review* 473.

⁴⁶ *A and Others v United Kingdom*, supra n 43 at para 184.

⁴⁷ Platform for Peace and Justice, [One Year on From Turkey’s State of Emergency Report](#), 19 July 2019 [last accessed 24 September 2019]; Human Rights Watch, [World Report 2019](#), at 588-9 [last accessed 24 September 2019].

⁴⁸ For an overview of the amendments to the judiciary system under the state of emergency, see Akça et al., ‘[When State of Emergency Becomes the Norm: The Impact of Executive Decrees on Turkish Legislation](#)’ (Heinrich Böll Stiftung, Istanbul, December 2018), at 64-87 [last accessed 24 September 2019].

⁴⁹ Ruys and Turkut, ‘Turkey’s Post-Coup “Purification Process”: Collective Dismissals of Public Servants under the European Convention on Human Rights’ (2018) 18 *Human Rights Law Review* 539.

‘restructuring of the public institutions’.⁵⁰ This was an enduring regime that had long-term effects extending well beyond the period of the state of emergency. The judicial branch of government did not escape this restructuring : Alparslan Altan was only one of 4,279 judges and prosecutors who were dismissed from their judicial office and/or were taken into detention.⁵¹ More than one fifth of the entire Turkish judiciary was directly affected by the measures.⁵²

Immediately after the adoption of the emergency measures, the Council of Europe’s Venice Commission very clearly and unequivocally expressed its concerns about their impact on the judiciary and the separation of powers in Turkey, indicating that the effects of the measures may indeed be ‘adverse’.⁵³ The Venice Commission noted that the dismissal of judges ‘not only affects the human rights of the individual judges concerned, but they may also weaken the judiciary as a whole’.⁵⁴ It also highlighted the ‘chilling effect’ that the dismissals had within the judiciary by making other judges reluctant to reverse measures declared under the emergency decree laws out of fear of being subjected to similar measures themselves.⁵⁵

In *Alparslan Altan* the Court acknowledged that the detention of the applicant not only affected his right to liberty but also weakened, by implication, the Turkish judiciary as a whole. However, the judgment does not allow any broader conclusions regarding the separation of powers in Turkey in general in so far as it did not address the chilling effect of the applicant’s detention⁵⁶ on the independence and impartiality of the remaining members of the Turkish judiciary and the effectiveness of the proceedings before the

⁵⁰ Kaboğlu and Palluel, ‘L’état d’urgence en Turquie à l’épreuve du droit européen des droits de l’homme’ (2018) 113 *Revue trimestrielle des droits de l’homme* 5 at 17 (author’s translation).

⁵¹ Platform for Peace and Justice, *One Year on From Turkey’s State of Emergency Report*, supra n 47 at 10. See, in general, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, [Report on the impact of the state of emergency on human rights in Turkey, including an update on the South-East, January-December 2017](#), March 2018, at 12-14 [last accessed 24 September 2019].

⁵² Kaboğlu and Palluel, supra n 50 at 17. Other reports estimate that the dismissals affected approximately 30 per cent of the judiciary: see International Commission of Jurists, *Justice Suspended: Access to Justice and the State of Emergency in Turkey* (2018) at 20.

⁵³ Council of Europe, European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), [Opinion No 865/2016: Turkey - Opinion on Emergency Decree Laws Nos 667-676 adopted following the failed coup of 15 July 2016, adopted by the Venice Commission at its 109th Plenary Session, 9-10 December 2016](#), CDL-AD(2016)037-e, 12 December 2016, at para 148 [last accessed 24 September 2019].

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Ibid. On the ‘chilling effect’, see also Council of Europe, Parliamentary Assembly, [State of Emergency: Proportionality Issues concerning Derogations under Article 15 of the European Convention on Human Rights](#), PACE report, Doc No 14506, 27 February 2018, at para 97 [last accessed 24 September 2019]; and European Commission, [Turkey 2018 Report, SWD\(2018\) 153 final](#), 17 April 2018 [last accessed 24 September 2019].

⁵⁶ As observed in a relevant report, ‘[i]t is impossible for the judges in the Constitutional Court to make decisions without any anxiety when they have witnessed two fellow judges who expressed a minority opinion in some decisions being detained, arrested and denied of all legal rights’: see Platform for Peace and Justice, [A Comprehensive Report on the Abolition of the Rule of Law in Turkey 2018: Non-Independence and Non-Impartiality of the Turkish Judiciary \(2018\)](#) at 52 para 132 [last accessed 24 September 2019].

Turkish Constitutional Court.⁵⁷ Thus it has been argued that *Alparslan Altan* was a missed opportunity reflecting the Court's consistent rejection of the compelling argument that the Turkish Constitutional Court has lost its impartiality.⁵⁸ While the Court examined the applicant's complaint with respect to his initial detention, it found his complaint relating to his arrest and detention in police custody inadmissible for failure to exhaust domestic remedies.⁵⁹ In the application communicated to the Government on 29 September 2017, the applicant claimed with respect to the domestic remedies that he had already lodged an individual appeal with the Constitutional Court. He added that this appeal could not be considered effective in the particular circumstances of his case because, in the decision to dismiss his appeal the Constitutional Court had already come to a conclusion regarding the charge of his belonging to a terrorist organisation.⁶⁰ This claim was not, however, discussed by the ECtHR.

Certainly, it would be unrealistic to expect that *Alparslan Altan* could act as a panacea for the current challenges with respect to the institutional landscape in Turkey and its human rights implications. The scope of the application itself was limited and did not raise all the issues that emerge from Alparslan Altan's situation. For instance, in a decision of 4 August 2016, the Constitutional Court dismissed him from his post on the basis of the powers conferred to it by the Legislative Decree No 667. These new powers conferred on the Constitutional Court by virtue of emergency legislation have been criticised on different grounds.⁶¹ However, Alparslan Altan's dismissal from his duties did not fall within the ambit of the applicant's present application before the Court. His complaints pertained only to his arrest and detention under Article 5.

Alparslan Altan, as with *Mehmet Hasan Altan* and *Şahin Alpay*, did not tackle in a holistic manner the institutional situation in Turkey. The Court simply reiterated its earlier findings on the exhaustion of domestic remedies and, thus, it seems that in *Alparslan Altan* the time was yet not ripe⁶² for the Court to question the effectiveness of the remedies domestically provided.⁶³ However, *Alparslan Altan*'s contribution to the assessment of the broader political-institutional context in Turkey is noteworthy because the Court introduced the separation of powers argument in its reasoning, and thereby inaugurated a clear

⁵⁷ O'Boyle, ['Can the ECtHR provide an Effective Remedy following the Coup d'état and Declaration of Emergency in Turkey?'](#), *EJIL:Talk!*, Blog, 19 March 2018 [last accessed 24 September 2019].

⁵⁸ Turkut, ['The Discovery in Flagrante Delicto, the Kafkaesque Fate of a Supreme Judge and the Turkish Constitutional Court: The Alparslan Altan case in Strasbourg'](#), *Strasbourg Observers*, Blog, 6 May 2019 [last accessed 24 September 2019].

⁵⁹ *Alparslan Altan v Turkey*, supra n 10 at paras 78-80.

⁶⁰ *Altan v Turkey* Application No 12778/17, Communicated Case, 29 September 2017.

⁶¹ Olcay, 'Firing Bench-mates: The Human Rights and Rule of Law Implications of the Turkish Constitutional Court's Dismissal of Its Two Members: Decision of 4 August 2016, E. 2016/6 (Miscellaneous file), K. 2016/12' (2017) 13 *European Constitutional Law Review* 568 at 568; Kurban, supra n 7. See also *Opinion No 865/2016*, supra n 53 at para 136.

⁶² About the argument that the evolution of the case-law in this regard needs time, see O'Boyle, supra n 57.

⁶³ See in particular *Alparslan Altan v Turkey*, supra n 10 at para 80, where the Court refers to its findings in *Mehmet Hasan Altan v Turkey*, supra n 9 at para 101.

institutional approach in its analysis. In this context, *Alparslan Altan* has added to the evolution of the Court's case law when it comes to the discussion of the institutional landscape and the separation of powers between the executive and the judiciary in Turkey currently.

This evolution may be slow-moving but the assertion that the examination of the general political context and its implications on human rights is not 'the ECtHR's *forte*'⁶⁴ should be rethought. The addition of the separation of powers rationale in the reasoning of the Court in *Alparslan Altan* is to be considered in conjunction with other advances that have occurred in other Turkish cases.⁶⁵ For instance, *Mehmet Hasan Altan* confirmed that the Court has not spoken its final word on the effectiveness of domestic remedies in Turkey.⁶⁶ Recent decisions on post-*coup* measures suggest the same even though they declare the relevant complaints inadmissible for non-exhaustion of domestic remedies.⁶⁷ Furthermore, the Court's concern about the 'chilling effect' of the detention of journalists on freedom of expression in *Mehmet Hasan Altan* and *Şahin Alpay* is also noteworthy. The Court reasoned that

the pre-trial detention of anyone expressing critical views produces a range of adverse effects, both for the detainees themselves and for society as a whole, since the imposition of a measure entailing deprivation of liberty, as in the present case, will inevitably have a chilling effect on freedom of expression by intimidating civil society and silencing dissenting voices.⁶⁸

Thus the Court's reasoning is not confined to a consideration of the applicants' individual rights, but also addresses the societal implications of the measures in general. It is, however, the Chamber judgment in *Selahattin Demirtaş v Turkey (No 2)* which is perhaps the most indicative of the Court's effort to holistically address the system of checks and balances between branches of government and assess the contextual circumstances in Turkey.⁶⁹ In that case, the Court found that several Articles of the Convention, including

⁶⁴ Turkut, *supra* n 58; Kurban, '[A Love Letter from Strasbourg to the Turkish Constitutional Court](#)', *Vergassungsblog*, 27 March 2018 [last accessed 24 September 2019].

⁶⁵ The present article has taken into account the case law of the ECtHR and the relevant literature up to and including 24 September 2019.

⁶⁶ *Mehmet Hasan Altan v Turkey*, *supra* n 9 at para 102. See also Gurol, '[Resuscitating the Turkish Constitutional Court: The Alpay and Altan Judgments](#)', *Strasbourg Observers*, Blog, 3 April 2018 [last accessed 24 September 2019].

⁶⁷ See *Baş v Turkey* Application No 66448/17, Admissibility, 19 June 2018, at para 55; and *Aksoy v Turkey* Application No 47585/16, Admissibility, 5 March 2019, at para 39. Or suggest that the applicants can resubmit their applications after exhaustion of domestic remedies: see *Aksoy v Turkey* Application No 47585/16, Admissibility, 5 March 2019, at para 48; *Yazicioğlu v Turkey* Application No 68385/17, Admissibility, 2 October 2018, at para 28; *Z.Y. v Turkey* Application No 20948/17, Admissibility, 16 October 2018, at para 42.

⁶⁸ *Şahin Alpay v Turkey*, *supra* n 9 at para 182; and *Mehmet Hasan Altan v Turkey*, *supra* n 9 at para 212.

⁶⁹ See the contextual evidence considered in *Selahattin Demirtaş v Turkey (No 2)* Application No 14305/17, Merits and Just Satisfaction, 20 November 2018, at paras 262-266. The consideration of contextual evidence by the Court in Article 18 cases was established in *Merabishvili v Georgia* Application No 72508/13, Merits and Just Satisfaction, 28 November 2017, at para 312 [Grand Chamber].

of Article 18 on the use of rights restrictions,⁷⁰ had been violated as a result of the prolonged pre-trial detention of the applicant, a prominent figure of the parliamentary opposition. The Court accepted that Selahattin Demirtaş's detention served an ulterior purpose, namely stifling pluralism, and that it prevented him from discharging his duties as a member of parliament.⁷¹ The manner in which the Court seems to be addressing the oppression of dissent in Turkey in *Selahattin Demirtaş v Turkey (No 2)* to date is particularly important for the general discussion on the separation of powers in the country. After all, as the Venice Commission opined with respect to the 2017 constitutional reform in Turkey, which weakened the separation of powers even more,⁷² 'separation of powers requires... that the different powers should be constituted in a way which also allows for divergent approaches and political emphases'.⁷³ The findings in *Alparslan Altan* together with those in *Selahattin Demirtaş v Turkey (No 2)* leave room for optimism that the Court might further address the current dangers to the separation of powers in the Turkish context, subject to the constraints inherent in the role of the Court in dealing with individual applications.⁷⁴

Alparslan Altan has led the way for a consideration of the state of the separation of powers in the Turkish context and will serve as a reference point for future cases. There are, of course, more steps to be taken and more to be said on the part of the Court with respect to the judicial branch of government in Turkey. On 17 May 2019, 546 applications relating to the provisional detention of judges and prosecutors following the attempted *coup d'état* were communicated to Turkey, all of which invoke Article 5. It is noteworthy that 408 of the 546 applicants also complain under Article 5 (4) of the ECHR of the lack of independence and impartiality of the judges who ruled on the legality of their detentions.⁷⁵ One can only hope that in these cases the Court will seize the opportunity to further engage in this debate and send a strong message with respect to the maintenance of the separation

⁷⁰ While in *Alparslan Altan v Turkey* the applicant did not advance a claim under Article 18 of the Convention, in *Şahin Alpay* and *Mehmet Hasan Altan* both applicants claimed that their detention was also in breach of Article 18 in conjunction with Articles 5 and 10 ECHR. The Court, however, did not consider it necessary to examine this complaint separately (*Şahin Alpay v Turkey*, supra n 9 at para 186; and *Mehmet Hasan Altan v Turkey*, supra n 9 at para 216). In this regard, we share the criticism advanced by other scholars: Kurban, supra n 64.

⁷¹ *Selahattin Demirtaş v Turkey (No 2)*, supra n 69 at para 273. The case is now pending delivery of a judgment by the Grand Chamber, which heard the case on 18 September 2019.

⁷² Council of Europe, European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Opinion No 875/2017: Turkey - Opinion on the amendments to the Constitution adopted by the Grand National Assembly on 21 January 2017 and to be submitted to a National Referendum on 16 April 2017, adopted by the Venice Commission at its 110th Plenary Session, 10-11 March 2017*, CDL-AD(2017)005-e, 13 March 2017, at para 133, available at: [www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=cdl-ad\(2017\)005-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=cdl-ad(2017)005-e) [last accessed 24]; Şirin, 'New Constitutional Amendment Proposal in Turkey: A Threat to Pluralistic Democracy!', *Verfassungsblog*, 31 January 2017, available at: verfassungsblog.de/new-constitutional-amendment-proposal-in-turkey-a-threat-topluralistic-democracy/ [last accessed 24 September 2019]. On the drift toward authoritarianism was observed starting with the elections of 2011, see also Yazıcı, 'Turkey in the Last Two Decades: From Democratization to Authoritarianism' (2015) 21 *European Public Law* 635.

⁷³ *Opinion No 875/2017*, supra n 72 at para 125.

⁷⁴ For the consideration of an inter-State application in the case of Turkey, see (*In*) *Effective Remedies from Strasbourg: Turkey and the European Court of Human Rights*, supra n 7 at 20-1.

⁷⁵ *Altan and 45 Others v Turkey* Applications Nos 60065/16 et al., Communicated Case, 17 May 2019.

of powers in Turkey.

4. CONCLUSION

Following the Court's 2018 judgments in *Mehmet Hasan Altan v Turkey* and *Şahin Alpay v Turkey*, *Alparslan Altan v Turkey* expands the number and scope of the cases where the Court has concluded that the post-attempted *coup* measures adopted by the Turkish Government are incompatible with the exigencies of the Convention. Given the particularities of Alparslan Altan's case, the 16 April 2019 judgment leaves its distinctive mark on the case law of the Court. The unreasonable expansion of the concept of *in flagrante delicto*, which deprives members of the judiciary of the institutional and procedural safeguards they should enjoy to effectively carry out their judicial duties, violates not only the principle of legal certainty but also the protection inherent in the separation of powers. This interpretation adopted by the Court strengthens the *gravitas* of the principle of separation of powers in its case law and highlights the institutional implications of individual measures adopted in response to the attempted *coup d'état*. The Court legitimately employs an institutional approach which can be further strengthened in future cases. The source of many human rights violations in post-attempted *coup* Turkey is connected to the weakening of the separation of executive and judicial powers within the State through the interference by the executive with the functioning of the judiciary. Even if *Alparslan Altan* is not the end of the road, it has nevertheless inaugurated an approach which can be utilised by the Court to holistically address the current human rights challenges in Turkey. Institutional and human rights challenges are inter-connected and the acknowledgement of this association can be beneficial to the Court's effort to address those challenges that fall within its jurisdiction.

Interrogatoires menés sans notification du droit au silence: l'équité procédurale est-elle nécessairement compromise?

(Obs. sous arrêts CourEDH, 11 juillet 2019, *Olivieri c. France*, n° 62313/12, *Bloise c. France*, n° 30828/13, 11 juillet 2019 ; Cour de cassation, Crim., 14 mai 2019, pourvoi n° 19-81.408)

Florian Villalonga*

« Les coups silencieux portés aux droits de la défense en matière de procédure pénale se sont indiscutablement intensifiés au point qu'on peut se demander où ils s'arrêteront »¹. Ils ne s'arrêteront en tout cas pas au droit de garder le silence. En effet, les arrêts *Olivieri*² et *Bloise*³ rendus contre la France le 11 juillet 2019 par la Cour européenne des droits de l'homme⁴ semblent porter un coup à ce droits, dont il faut mesurer l'ampleur⁶.

Ces arrêts ont trait à des gardes à vue survenues avant la réforme législative du 14 avril 2011⁷.

M. Olivieri, gérant d'une société poursuivi pour banqueroute, n'a pas été avisé de son droit de garder le silence durant sa garde à vue. Il fut interrogé sans son avocat pendant dix heures à l'issue desquelles il reconnut sa culpabilité. Sa citation devant le tribunal correctionnel fut annulée en appel uniquement pour délit de banqueroute par détournement quant à une partie des faits mais il fut néanmoins déclaré coupable et condamné. Son pourvoi fut rejeté au motif que les juges l'ayant condamné ne s'étaient pas fondés exclusivement et essentiellement sur les déclarations recueillies au cours de sa garde à vue. M. Bloise, président-directeur général d'une société, fut poursuivi pour abus de biens sociaux. Assisté par un avocat lors de sa garde à vue mais pas lors de l'interrogatoire consécutif à sa mise en examen, il demanda la nullité de la garde à vue. Un tribunal correctionnel et une Cour d'appel constatèrent l'irrecevabilité de cette demande en raison du dépassement du délai de forclusion. M. Bloise fut condamné pénalement et civilement.

* Doctorant contractuel en droit privé à l'Université de Limoges, Observatoire des mutations institutionnelles et juridiques (OMIJ) EA 3177.

¹ Para 71 de l'opinion dissidente du juge Paulo Pinto de Albuquerque sous l'arrêt CourEDH, gr. ch., 18 décembre 2018, *Murtazaliyeva c. Russie*, n° 36658/05.

² CourEDH, 11 juillet 2019, *Olivieri c. France*, n° 62313/12.

³ CourEDH, 11 juillet 2019, *Bloise c. France*, n° 30828/13.

⁴ CourEDH ci-après.

⁵ Le droit à l'assistance d'un avocat, prévu par l'article 6 paragraphe 3) point c) de la Convention, était aussi en cause dans les deux affaires. Nous privilégierons une analyse de ces deux arrêts par le prisme du droit de se taire qui intéresse davantage au regard de la jurisprudence récente de la Cour de cassation française.

⁶ Voir D. Goetz, « Garde à vue : retour sur l'un des serpents de mer de la procédure pénale française », *Dalloz actualité*, édition du 29 juillet 2019.

⁷ Loi n° 2011/392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue. La loi en vigueur au moment des faits n'imposait nullement la notification du droit de garder le silence et octroyait au gardé à vue le droit de s'entretenir avec son avocat pendant seulement trente minutes.

La Cour de cassation approuva la Cour d'appel d'avoir rejeté les exceptions de nullité soulevées par l'intéressé pour les mêmes raisons que dans l'affaire précédente.

M. Olivieri et M. Bloise introduisent une requête devant la CourEDH alléguant avoir subi une violation de leur droit à un procès équitable et à l'assistance d'un avocat, en ce que leurs condamnations pénales seraient fondées sur des aveux faits au cours de gardes à vue durant lesquelles ils n'ont pas reçu la notification de leur droit de garder le silence ni bénéficié de l'assistance effective d'un avocat. En ce qui concerne M. Olivieri, la Cour de Strasbourg estime que les déclarations et réponses fournies par le requérant ont substantiellement affecté sa position puisque rien dans la motivation des décisions internes ne permet de considérer que d'autres éléments ont été pris en compte de façon déterminante dans sa condamnation. Malgré l'importance d'autres garanties procédurales, la Cour estime que la procédure prise dans son ensemble n'a pas été équitable. Concernant M. Bloise, la Cour relève que les juridictions françaises ne se sont pas fondées sur les déclarations recueillies pendant sa garde à vue, mais sur des preuves extérieures⁸. La procédure considérée dans son ensemble a ainsi permis de remédier aux lacunes procédurales survenues durant la garde à vue de l'intéressé.

Plus que les conclusions que la CourEDH tire dans les deux cas, c'est bien l'analyse menée qui mérite d'être discutée. Cette approche finaliste consistant à garantir un résultat, l'équité globale du procès, comporte le risque de négliger la manière d'y parvenir. Notamment, l'équité du procès pourrait tout aussi bien être préservée alors même que le droit de garder le silence n'a pas été assuré dans la mesure où cette lacune est compensée par ailleurs. Une telle articulation du contrôle de la CourEDH autour du standard d'équité globale du procès est-elle cependant compatible avec la sauvegarde de droits concrets et effectifs⁹ ? Précisément, il est permis de penser que la recherche d'une effectivité complète du droit de se taire passe par son autonomisation. De cette façon, une violation de ce droit constatée isolément ne pourrait nullement être compensée par la fourniture d'une autre garantie procédurale.

Cette interrogation s'impose avec davantage de pertinence à la lecture d'une jurisprudence du 14 mai 2019 de la Cour de cassation française¹⁰ qui opte pour l'autonomisation du droit de garder le silence. Cette décision est le point d'orgue d'une récente mais soutenue valorisation des droits des accusés en matière pénale. Une lecture combinée des arrêts de la Cour de Strasbourg, dont les arrêts *Bloise* et *Olivieri*, avec la jurisprudence française, met en lumière l'approche opposée adoptée par les deux juridictions concernant les affaires relatives au droit de garder le silence. Cet écart suppose une considération différente de la

⁸ Précisément, les juges ont motivé la condamnation par des éléments tirés de l'instruction, des débats devant le juge de première instance, des témoignages de tiers et des documents bancaires et comptables.

⁹ Pour le plus symbolique, voir CourEDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, n° 6289/73, para 24-26, voir *mutatis mutandis*, CourEDH, Ass. plén., 23 juillet 1968, affaire dite « *Linguistique Belge* », n° 1474/62 et *alii*, para 3 et 4 ; CourEDH, Ass. plén., 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, n° 4451/70, para 35.

¹⁰ Cour de Cassation, Crim., 14 mai 2019, n° 19-81.408.

valeur de ce droit et met en avant le paradoxe soulevé par ces évolutions. Initialement intégré en droit français sous l'impulsion de la jurisprudence européenne, le droit de se taire est désormais soumis à des courants prétoriens contraires. Il découle de cette mise en perspective que le droit de se taire, d'abord poussivement intégré en droit français et aujourd'hui promu en tant que droit autonome par la Cour de cassation française (I), semble à l'inverse avoir perdu de sa superbe d'antan auprès de la CourEDH (II).

Partie I - Le droit de se taire consolidé en droit français

Après avoir pris son essor dans la jurisprudence européenne, le droit de se taire a été développé en droit français. Il est donc surprenant de constater que les plus belles avancées en la matière ne proviennent pas de la Cour de Strasbourg mais de la Cour de cassation. Le droit de se taire, lentement reconnu en droit français jusqu'à sa consécration légale (A), est désormais promu par l'interprétation protectrice de la Cour de cassation (B).

A. La lente reconnaissance d'un droit de la défense

La consécration du droit de se taire en France coïncide avec celle du droit à l'assistance d'un avocat. La nécessité de le protéger a été esquissée par une décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010¹¹, date à laquelle existait une déjà longue jurisprudence de la CourEDH. C'est en effet la Cour de Strasbourg qui avait dessiné les plus gros traits de ce droit. Dans l'affaire *John Murray* de 1996¹², elle avait attribué une place centrale au droit de garder le silence en énonçant qu'il fait partie des « normes internationales généralement reconnues qui sont au cœur de la notion de procès équitable »¹³. Sont mentionnés, entre autres, l'article 14 paragraphe 3 point g) du pacte international relatif aux droits civils et politiques¹⁴ ou encore le droit de l'Union européenne qui ne prévoit pas ce droit dans la charte des droits fondamentaux¹⁵ mais l'impose aux Etats membres *via* la directive n° 2012/13/UE¹⁶ et de la directive 2016/343/UE¹⁷ notamment.

Outre le consensus international dont ce droit fait l'objet, il faut noter qu'il fait partie de la substance du procès équitable mais n'en est pas l'unique composante. L'utilité de cette

¹¹ Conseil constitutionnel, Déc. n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres* [Garde à vue].

¹² CourEDH, GC, 8 février 1996, *John Murray c. Royaume-Uni*, n° 18731/91.

¹³ *Ibid*, para 45.

¹⁴ « Toute personne accusée d'une infraction pénale a droit, en pleine égalité (...) [à] ne pas être forcée de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable ».

¹⁵ L'article 48 paragraphe 2 de la Charte protège les droits de la défense de l'accusé mais pas spécifiquement le droit de se taire.

¹⁶ Directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, journal officiel L 142 du 01.06.12, pp. 1-10. Son article 3 aménage le « droit d'être informé de ses droits », dont « le droit à l'assistance d'un avocat » (art. 3 point a) et « le droit de garder le silence » (art. 3 point e).

¹⁷ Directive 2016/343/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales, journal officiel L 65, 11.3.2016, pp. 1-11. L'article 7 de cette directive, particulièrement fourni, détaille le droit de garder le silence et de ne pas s'incriminer soi-même.

garantie est toutefois mieux dévoilée lorsque sa préservation est intimement liée à l'article 3 de la Convention. Il entre dans son champ d'application lorsqu'il s'agit d'éviter l'obtention de moyens de preuve par des méthodes qui s'analyseront en des actes de torture, ou encore en des traitements inhumains et dégradants¹⁸. Ainsi, le droit de garder le silence doit généralement « [mettre] le prévenu à l'abri de toute coercition abusive de la part des autorités »¹⁹.

Toutefois, la jurisprudence de la CourEDH a pu paraître ambivalente. Elle a d'abord rappelé que l'article 6 ne « mentionne pas expressément le droit de se taire »²⁰. Il se distingue en cela du droit à l'assistance d'un avocat énoncé directement par l'article 6 paragraphe 3 point d) de la Convention. C'est aussi son objet qui est singulier : permettre « d'atteindre les buts de l'article 6 »²¹. Le droit de se taire est-il alors une condition *sine qua none* du procès équitable ou une de ses composantes accessoires ?

Certes, le terme « d'immunité » figure dans l'affaire *John Murray*²². La Cour renvoie par là à l'immunité prévue en droit britannique selon laquelle un accusé ne peut être forcé de répondre aux questions qui lui sont posées ou de témoigner, et qu'un juge ne pourra tirer des conclusions défavorables du silence gardé par l'intéressé. Mais elle ne considère pas que cette immunité doive être absolue. Au contraire, elle avance que, « pour rechercher si le fait de tirer de son silence des conclusions défavorables à l'accusé enfreint l'article 6, il faut tenir compte de l'ensemble des circonstances (...) »²³.

Pour autant, une protection accrue de l'accusé semblait possible notamment lorsqu'il n'a pas été avisé de son droit de se taire. En présence d'un manquement initial de l'Etat, il est envisageable que l'immunité de l'accusé devienne totale et qu'aucune parole prononcée par lui ne puisse être retenue à son encontre. La raison en serait simple : l'accusé ne s'est pas tu parce qu'il ne savait même pas qu'il pouvait le faire. En quelque sorte, cela reviendrait à considérer que, si l'accusé jouit d'une immunité relative quand il exerce son droit de se taire, il doit bénéficier d'une immunité totale lorsqu'il ne l'exerce pas en raison d'un défaut d'information qui ne lui est aucunement imputable.

Seulement, la CourEDH n'a jamais imposé une telle notification. D'ailleurs, la logique qui l'animait dans l'affaire *Brusco*²⁴ où elle reprend les standards érigés dans les affaires

¹⁸ En ce sens, voir CourEDH, GC, 11 juillet 2006, *Jalloh c. Allemagne*, n° 54810/00 ; CourEDH, 17 octobre 2006, *Göçmen c. Turquie*, n° 72000/01. Voir aussi le point 45 de la directive n° 2016/343/UE du 9 mars 2016.

¹⁹ Arrêt *John Murray* précité, para 45 ; CourEDH, GC, 10 mars 2009, *Bykov c. Russie*, n° 4378/02, para 92 ; CourEDH, GC, 1^{er} juin 2010, *Gäfgen c. Allemagne*, n° 22978/05, para 186. Pour un exposé des fondements du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, voir D. Roets, « Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *AJ pénal*, 2008, pp. 119-122.

²⁰ CourEDH, GC, 17 décembre 1996, *Saunders c. Royaume-Uni*, n° 19187/91, para 68.

²¹ *Ibid.* Voir aussi l'arrêt *John Murray*, précité, para 45.

²² Arrêt *John Murray* précité, para 45.

²³ Arrêt *John Murray*, précité, para 47, arrêt *Gäfgen*, précité, para 163.

²⁴ CourEDH, 14 octobre 2010, *Brusco c. France*, n° 1466/07, para 45.

*Salduz et Dayanan*²⁵ est différente. Lorsqu'elle avance que « la personne placée en garde à vue a le droit d'être assistée d'un avocat (...), et ce *a fortiori* lorsqu'elle n'a pas été informée (...) de son droit de se taire »²⁶, l'idée apparaît que le droit de se taire a beau être primordial, sa méconnaissance ne prête pas flanc à la critique si les autres aspects du procès équitable ont été garantis de manière amplifiée, mais la Cour ne l'admet qu'à demi-mot.

En parallèle, c'est la thèse d'un droit capital que vont accréditer les évolutions du droit français puisque le Conseil constitutionnel venait de déclarer contraires à la Constitution les articles 62, 63 et 63-1 du code de procédure pénale en ce qu'ils étaient porteurs d'une restriction injustifiée aux droits de la défense²⁷. *Exit* les tergiversations, l'absence de notification du droit de se taire est *per se* incompatible avec l'exercice de libertés constitutionnellement protégées. La chambre criminelle de la Cour de cassation française s'appropriera cette décision en jugeant insatisfaisantes au regard de l'article 6 de la Convention les dispositions précitées²⁸, mais à l'instar du Conseil constitutionnel qui décala les effets abrogatifs de sa décision, elle refusa d'appliquer à la cause son constat d'inconventionnalité. L'assemblée plénière de la même Cour trancha le débat dans le vif en imposant de doter d'un effet immédiat les constats d'inconventionnalité y relatifs²⁹.

Finalement, la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011³⁰ est venue modifier l'article 63-1 du code de procédure pénale en imposant sans ambages que soit notifié à un gardé à vue³¹, ainsi qu'à une personne placée en retenue douanière³², leur droit de garder le silence. Mais c'est bien par la loi du 27 mai 2014³³ de transposition de la directive de 2012 précitée et relative à l'information dans le cadre des procédures pénales que le principe d'une notification obligatoire fut consacré en droit français³⁴. Il ne se limite plus à la garde à vue et bénéficie aussi à la « personne à l'égard de laquelle il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction » entendue librement³⁵, au témoin assisté³⁶ ou au mis en examen³⁷ dans la phase judiciaire ainsi qu'au prévenu comparaissant

²⁵ CourEDH, GC, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turquie*, n° 36391/02, para 50-62 ; CourEDH, 13 octobre 2000, *Dayanan c. Turquie*, n° 7377/03, para 30-34.

²⁶ Arrêt *Brusco*, précité, para 45.

²⁷ Conseil constitutionnel, 30 juillet 2010, décision précitée. Voir notamment, P. Puig, *RTD Civ.*, 2010, pp. 513-517 ; O. Bachelet, *La Gazette du Palais*, 2010, n° 216-217, pp. 14-17 ; S. Lavric, *Recueil Dalloz*, 2010, p. 1876 ; F. Fournier, *JCP édition générale*, 2010, n° 38, pp. 1714-1716.

²⁸ Cour de cassation, Crim., 19 octobre 2010, n° 10-82.306, 10-85.051 et 10-82.902.

²⁹ Cour de cassation, Ass. plén., 15 avril 2011, n° 10-17.049, 10-30.242, 10-30.313, 10-30.316.

³⁰ Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue.

³¹ *Ibid*, article 3.

³² *Ibid*, article 19.

³³ Loi n° 2014-535 du 27 mai 2014.

³⁴ Comme le relève le professeur D. Roets dans son article précité, la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 prévoyait déjà une telle obligation pour les personnes gardées à vue dont le contenu a été modifié ensuite avant qu'elle fût supprimé par l'article 19 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003.

³⁵ Article 61-1 du code de procédure pénale.

³⁶ Article 113-4 du code de procédure pénale.

³⁷ Article 116 al. 4 du code de procédure pénale.

devant le tribunal correctionnel³⁸ et la chambre des appels correctionnels³⁹. Ce choix législatif d'une véritable obligation de notification accrédite la thèse d'un droit autonome sans lequel la procédure ne peut être équitable. Et, bien qu'il persiste des domaines spécifiques pour lesquelles ni le droit de l'Union européenne ni le droit français n'imposent sa notification, notamment en matière contraventionnelle⁴⁰, rien n'empêche le juge français de prendre le relais du législateur et d'élargir son domaine en imposant sa notification au cours d'autres phases de la procédure pénale.

B. L'autonomisation jurisprudentielle d'une garantie essentielle du procès équitable

Le juge français, d'abord réticent à protéger le droit de se taire, a choisi la voie du progressisme dans un arrêt du 14 mai 2019⁴¹.

Dans cette affaire, la chambre criminelle de la Cour de cassation a élargi le champ d'application de l'obligation de notifier le droit de se taire au bénéfice des personnes comparaisant à l'audience de mise en accusation devant la chambre de l'instruction. Ici, une personne poursuivie pour meurtre mise en accusation devant une Cour d'assises se plaignait du fait que, au cours de l'audience de la chambre d'instruction statuant en appel de l'ordonnance de mise en accusation, elle n'ait pas reçu l'information relative à son droit de se taire. La subtilité de l'arrêt résidait dans l'inexistence d'une telle obligation dans ce domaine au *visa* de l'article 199 du code de procédure pénale. L'individu en cause forma donc un pourvoi en cassation tout en déposant une question prioritaire de constitutionnalité pour contester le contenu de cet article. La Cour de cassation se fonda exclusivement sur l'article 6 de la Convention afin de considérer qu'un tel oubli faisait « nécessairement grief »⁴² à la personne mise en accusation.

Une telle formulation a une portée considérable. Le fondement suscite déjà un vif intérêt puisque la chambre criminelle n'utilise que la base conventionnelle pour octroyer aux personnes mises en accusation une protection que ne prévoit pas la loi française. Aussi, cette avancée est accentuée par le rôle autonome qu'elle fait jouer au droit de garder le

³⁸ Article 406 du code de procédure pénale.

³⁹ Article 512 du code de procédure pénale.

⁴⁰ Pour une synthèse, voir S. Guinchard et *alli*, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, Dalloz, 10^{ème} édition, 2019, pp. 1172-1179, spéc. p. 1173. La loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale ainsi que la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice n'apportent aucune évolution notoire sur ce point.

⁴¹ Cour de cassation, Crim., 14 mai 2019, n° 19-81.408. Voir sur cet arrêt, c. Ribeyre, « Obligation de notifier le droit de se taire lors de l'audience de mise en accusation devant la chambre de l'instruction », *JCP édition générale*, n° 26, 1^{er} juillet 2019, commentaire 705.

⁴² La Cour de cassation a récemment repris la même terminologie en considérant que « la méconnaissance de l'obligation d'informer le prévenu du droit de se taire lui fait nécessairement grief ». Ce rappel récent est toutefois moins singulier puisqu'il est effectué au *visa* des articles 406 et 512 du code de procédure pénale et non au *visa* de l'article 6 de la CEDH. Cour de cassation, Crim., 16 octobre 2019, n° 18-86.614. Voir sur cet arrêt, P. Collet, « La protection effective de l'information du droit au silence », *JCP édition générale*, n° 50, 9 décembre 2019, commentaire 1295.

silence. Puisque son défaut de notification fait « nécessairement grief » à l'accusé, la présence d'un avocat à ses côtés « est impropre à purger l'irrégularité »⁴³. Elle ne permet pas de compenser le défaut de notification du droit de se taire, *a fortiori* ce défaut de notification emporte systématiquement violation des droits de la défense.

Cette témérité pourrait paraître curieuse. Habituellement, la Cour de cassation n'impose nullement le respect d'une telle garantie devant la chambre de l'instruction⁴⁴, même si, en l'espèce, l'audience devant la chambre de l'instruction précédait directement le jugement. C'est donc l'objet de la comparution de la personne -accusée- devant la chambre de l'instruction qui semble avoir déterminé l'interprétation innovante de la Cour. Il est envisageable que la Cour de cassation ait moins été mue par une volonté de progrès que par le souci d'éviter une éventuelle condamnation de la France par la CourEDH. En écartant une application littérale de l'article 199 du code de procédure pénale⁴⁵, cette jurisprudence s'inscrit alors dans la lignée de la directive n° 2016/343/UE⁴⁶, par ailleurs non transposée en droit français, qui prévoit en son point 25 que « le droit de garder le silence (...) [devrait] s'appliquer à propos de questions concernant l'infraction pénale qu'une personne est soupçonnée d'avoir commise ou au titre de laquelle elle est poursuivie », ce qui était bien le cas en l'espèce.

La solution est en réalité vouée à se généraliser⁴⁷ chaque fois qu'une personne est poursuivie en lien avec la charge d'avoir commis une infraction pénale, à tout stade de la procédure, et nonobstant le silence du texte de procédure pénale y relatif. Acceptable sur le principe, une telle évolution pourrait toutefois paraître excessive. La volonté de sauvegarder les droits de l'accusé est certes louable. Elle garantirait effectivement le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Pourtant, dans le cadre d'une audience de mise en accusation, « la comparution des parties n'a pas pour objet de mettre celles-ci en mesure de formuler des observations mais de permettre à la juridiction de leur poser des questions qui lui paraissent utiles à l'instruction du dossier »⁴⁸. De toutes les façons, qui dit chambre de l'instruction sous-entend juge d'instruction. Or, ce dernier a normalement déjà averti l'accusé qu'il avait le droit de se taire. Cette critique met en avant le caractère redondant, voire superflu de l'apport d'une nouvelle notification de son droit de garder le silence à la personne mise en accusation devant la chambre de l'instruction.

⁴³ E. Garaud, « Bien utiliser les articles 6 et 7 devant les tribunaux », *éditions Francis Lefebvre*, Thémexpress, n° 63.

⁴⁴ En matière d'extradition : Cour de cassation, Crim., 4 mars 2015, n° 14-87.380. Pour le mandat d'arrêt européen : Cour de cassation, Crim., 6 janvier 2015, n° 14-87.893. Pour la question de la restitution d'objets placés sous main de justice : Cour de cassation, Crim., 19 décembre 2018, n° 18-84.303. Voir sur ce point les observations de c. Ribeyre dans son article précité.

⁴⁵ C. Ribeyre, *précité*.

⁴⁶ Directive n° 2016/343/UE du Parlement européen et du Conseil précitée.

⁴⁷ Voir l'anticipation de c. Sourzat, « Précisions sur la nature et le domaine de la notification du droit de se taire et de ne pas contribuer à sa propre incrimination, *RDLF*, 2015, chron. n° 23, note sous l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 8 juillet 2015, n° 14-85.699.

⁴⁸ Cour de cassation, Crim., 11 juillet 2018, n° 18-83.353.

Une critique d'une autre nature consiste à remettre en cause la pertinence du recours à l'article 6 de la Convention pour motiver une telle décision. A l'heure actuelle, tant que l'article 199 du code de procédure pénale demeure inchangé, cette référence reste indispensable puisqu'elle est la seule suffisante à motiver l'interprétation de la Cour de cassation. Ce constat peut être réitéré dans la mesure où la directive de 2016 n'a pas encore été transposée mais il faut observer que la référence à l'article 6 de la Convention continuera à être nécessaire une fois cette directive traduite en droit français puisque, aux termes de celle-ci, « afin de déterminer si le droit de garder le silence ou le droit de ne pas s'incriminer soi-même ont été violés, il [conviendra] de tenir compte de l'interprétation donnée par la Cour européenne des droits de l'homme du droit à un procès équitable en vertu de la CEDH »⁴⁹. Or, le renvoi à l'article 6 de la Convention n'est que d'un secours limité.

En rapport avec les faits de l'arrêt du 14 mai 2019, la notification du droit de se taire est d'un intérêt sporadique car il est difficilement imaginable que des aveux soient extorqués de manière contraire à l'article 3 de la Convention par une chambre de l'instruction de formation collégiale composée de magistrats du siège⁵⁰. En revanche, elle conserve une utilité certaine en lien avec l'article 6 de la Convention. Il n'est en effet pas certain que la personne ne se laisse pas impressionner par la machine judiciaire en mouvement et s'abandonne à délivrer des éléments dont il n'est pas à même d'évaluer la portée. Rappeler que le silence est possible, et qu'il n'expose *a priori* à rien ne serait pas, dans cette perspective, inutile.

Malgré ces quelques questionnements, il faut souligner l'effet protecteur de l'autonomisation progressive du droit de se taire en droit français. Cette évolution est d'autant plus remarquable que la CourEDH s'inscrit depuis maintenant trois ans dans un courant totalement inverse de fermeture que confirment les arrêts *Bloise* et *Olivieri*.

Partie II - Le droit de se taire fragilisé par la Cour européenne des droits de l'homme

Après avoir pas à pas construit une protection accrue de l'accusé en matière pénale, la Cour de Strasbourg a infléchi la protection du droit de se taire sur le fondement de circonstances exceptionnelles dans l'arrêt *Ibrahim c. Royaume-Uni*⁵¹ (A). De la même manière qu'elle avait ensuite placé les droits de la défense sous le paradigme de l'équité globale de la procédure (B), elle entérine dans les arrêts *Bloise* et *Olivieri* la régression⁵² du droit de se taire qu'elle positionne aussi au sein des garanties du procès équitable (C).

⁴⁹ Point 27 de la directive.

⁵⁰ Cf. c. Ribeyre, *précité*.

⁵¹ CourEDH, GC, 13 septembre 2016, *Ibrahim et autres c. Royaume-Uni*, n° 50541/08, 50571/08, 50573/08 et 40351/09.

⁵² Cette terminologie apparaît déjà en doctrine. Voir notamment, L. Milano, « Régression alarmante des droits de la défense », *JCP édition générale*, n° 21, 22 mai 2017, p. 578.

A. Le fléchissement du droit de se taire au regard de circonstances exceptionnelles

Dans l'affaire *Ibrahim c. Royaume-Uni* relative à la lutte contre le terrorisme, le Gouvernement avançait que le défaut de notification du droit de garder le silence, et l'accès retardé à l'avocat lors d'un interrogatoire de police, s'expliquaient par le besoin « de recueillir de toute urgence des renseignements sur tout autre projet d'attentat et sur l'identité des personnes susceptibles d'être mêlées au complot »⁵³. La Cour a entendu l'argument et a considéré que « l'intérêt public à prévenir et réprimer des attentats terroristes de cette ampleur (...) [était] on ne peut plus impérieux »⁵⁴.

Le constat de la Cour, qui avait rappelé que « les droits énoncés à l'article 6 paragraphe 3 sont non pas des fins en soi mais des aspects particuliers du droit général à un procès équitable » et avait considéré que « l'absence de raisons impérieuses n'emporte (...) pas à elle seule violation de l'article 6 de la Convention »⁵⁵, pouvait inquiéter. Mais les doutes se dissipent en raison de la singularité de cette espèce dans laquelle il existait une menace exceptionnellement grave et imminente contre la sûreté publique. A des faits singuliers, la Cour aboutissait à une solution singulière.

Pourtant, il faut rappeler que la lettre du texte de la Convention n'admet aucune restriction aux droits garantis par l'article 6, sauf concernant la publicité des débats qui est ici sans objet. L'apport d'une limitation implicite à ce droit, ici légitimé par une appropriation explicite de l'arrêt *Quarles*⁵⁶ de la Cour suprême américaine qui tire de l'arrêt *Miranda*⁵⁷ une « exception de sûreté publique », demeure d'autant plus critiquable qu'il s'effectue *in visa* d'une jurisprudence américaine isolée.

En tout cas, la Cour confirmait que le droit de garder le silence, qui n'est qu'un « des aspects particuliers du droit général à un procès équitable », n'est pas un droit absolu⁵⁸ mais relatif.

En soi, un tel postulat n'entraîne pas l'anéantissement de la protection du droit de garder le silence. En revanche, il était possible de penser que les restrictions à ce droit ne se justifiaient à l'avenir qu'en présence de deux conditions cumulatives correspondant à cette nature de droit relatif. Une dérogation serait permise en cas de raison impérieuse, telle que la nécessité de réagir à des faits de terrorisme, sous réserve que la procédure examinée dans son ensemble demeure équitable. Tout serait en quelque sorte affaire de but légitime de la restriction, et de proportionnalité de l'atteinte en rapport avec le but visé et l'équité globale de la procédure.

⁵³ Arrêt *Ibrahim*, précité, para 276.

⁵⁴ *Ibid*, para 293.

⁵⁵ *Ibid*, para 250-251 et 262.

⁵⁶ Cour suprême des Etats-Unis, *New York vs Quarles* 467 U.S. 649, 1984.

⁵⁷ Cour suprême des Etats-Unis, *Miranda vs Arizona* 384 U.S. 436, 1966.

⁵⁸ En ce sens, voir S. Guinchard et *alli*, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, ouvrage précité, p. 1175.

B. Les droits de la défense placés sous le paradigme de l'équité globale de la procédure

Le temps n'a pas fait triompher cette hypothèse. Au contraire, dans l'affaire *Simeonovi c. Bulgarie*⁵⁹, la Cour généralise ses réserves à toutes les contestations relatives au défaut d'assistance d'un avocat indépendamment de l'absence de circonstances exceptionnelles. Un homme poursuivi pour vol à main armée et homicide se plaignait de n'avoir pas reçu l'assistance de son avocat pendant les trois premiers jours de sa garde à vue. La Cour relève malgré la gravité du crime pour lequel le requérant était poursuivi « qu'il n'a pas été allégué qu'il existait un risque imminent pour la vie, l'intégrité physique ou la sécurité d'autrui »⁶⁰ par le Gouvernement et qu'aucune raison impérieuse ne justifiait le défaut d'assistance d'un avocat. Pire, « le déroulement des faits en l'espèce [correspondait] à une pratique des autorités qui a été vivement critiquée aussi par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants », pratique « difficilement conciliable avec la prééminence du droit (...) »⁶¹. Toutefois, cette « absence de raisons impérieuses ne suffit pas à entraîner une violation de l'article 6 » mais invite la Cour à opérer « un contrôle très strict » de l'équité globale de la procédure⁶². L'idée qui ressortait de l'affaire *John Murray*, à savoir que le défaut de protection du droit de se taire n'entraîne pas de violation de la Convention dès lors que les autres garanties du procès équitable sont assurées de manière amplifiée, est mieux explicitée.

Or, dans cette affaire, l'équité du procès fut sauvée en ce que le requérant garda le silence durant les trois premiers jours de sa garde à vue et ne changea de stratégie en passant aux aveux douze jours après avoir reçu l'assistance d'un avocat. En somme, le défaut d'assistance d'un avocat n'a pas eu d'incidence substantielle sur sa défense qui n'a été modifiée qu'ultérieurement. Cela ne lui a donc pas fait grief, même s'il est difficile de comprendre comment la Cour parvient à évacuer la question de la justification des manquements de l'Etat bulgare si ce n'est par économie de moyens. Dans le cadre d'un authentique contrôle de proportionnalité, c'est en rapport avec le but légitime visé que l'atteinte doit être proportionnée. Or, en l'espèce, il n'y avait aucune raison impérieuse à la restriction. Pourtant, la Cour admet la conventionnalité de cette restriction injustifiée. Ce faisant, soit elle infirme la thèse selon laquelle le droit de se taire est relatif, soit elle entrouvre la voie à un contrôle de proportionnalité hybride qui est celui de la proportionnalité des atteintes non légitimes.

L'analyse menée par la CourEDH est en porte-à-faux avec le contrôle « très strict » attendu d'une Cour protectrice des droits de l'homme et elle est d'autant plus curieuse que c'est

⁵⁹ CourEDH, GC, 12 mai 2017, *Simeonovi c. Bulgarie*, n° 21980/04.

⁶⁰ Arrêt *Simeonovi*, précité, para 130.

⁶¹ *Ibid*, para 130-131.

⁶² CourEDH, GC, 12 mai 2017, *Simeonovi c. Bulgarie*, arrêt précité, para 118 ; réaffirmé ensuite dans CourEDH, GC, 9 novembre 2018, *Beuze c. Belgique*, n° 71409/10, para 145.

sur le terrain de l'article 6 qu'elle avait inauguré une interprétation évolutive et dynamique de la Convention afin de pousser les Etats à garantir des droits concrets et effectifs⁶³. C'est encore plus vrai que le préambule de la Convention lui attribue le rôle de « développer » les droits de l'homme. Ainsi, le constat auquel elle parvient dans l'affaire *Simeonovi* sur fond de principes généraux détonne par sa portée régressive car elle aboutit à tolérer des restrictions non motivées à un droit conventionnel au nom de l'équité globale du procès, notion large s'il en est voire antinomique avec la quête de droits de la défense concrets et effectifs. Mais la Cour persiste et réassigne⁶⁴ à l'équité globale de la procédure son rôle officiel au cours d'une affaire *Murtazaliyeva* : c'est un « point de référence définitif dans l'analyse d'un procès »⁶⁵.

C. L'intégration du droit de se taire parmi les composantes accessoires de l'équité globale de la procédure

La protection du droit de se taire semblait d'autant plus friable que celui-ci n'est pas directement énoncé par la Convention. Sans suspens, les arrêts *Bloise* et *Olivieri* du 11 juillet 2019 rejoignent cette nouvelle analyse en mettant en exergue le placement du contrôle des contestations relatives à des atteintes alléguées au droit de garder le silence sous le prisme de l'équité globale de la procédure.

Dans ces deux espèces, les restrictions litigieuses avaient pour cause l'application rigoureuse de la loi en vigueur qui, notamment, ne prévoyait aucune notification du droit de se taire. Le Gouvernement n'ayant fait mention d'aucune circonstance exceptionnelle motivant les carences alléguées, « la Cour [devait] dès lors évaluer l'équité de la procédure en opérant un contrôle très strict et ce, à plus forte raison, dans le cas de restrictions d'origine législative ayant une portée générale et obligatoire »⁶⁶.

Dans l'affaire *Bloise*, la CourEDH motive son constat de non-violation de l'article 6 par le fait que « les propos tenus par le requérant au cours de la garde à vue et (...) les déclarations faites à ce stade [n'ont finalement occupé] aucune place dans la motivation des juges du fond »⁶⁷. En revanche, dans l'affaire *Olivieri*, « rien dans la motivation des décisions internes ne [permettait] de considérer que [des éléments autres que ceux recueillis de manière litigieuse] pourraient être regardés comme des parties intégrantes et importantes

⁶³ Voir la note de bas de page n° 8, spécialement CourEDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, n° 6289/73, para 24-26. Voir notamment, L. Milano, « La jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droits de la défense, une jurisprudence en déconstruction », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits, Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, LexisNexis, 2018, pp. 483-492.

⁶⁴ Voir notamment, CourEDH, Ass. plén., 22 février 1984, *Sutter c. Suisse*, n° 8209/78, para 28, CourEDH, 2 mars 1987, *Monnell et Morris c. Royaume-Uni*, n° 9562/81 et 9818/82, para 56.

⁶⁵ CourEDH, GC, 18 décembre 2018, *Murtazaliyeva c. Russie*, n° 36658/05, para 168. Pour une critique, voir L. Milano, « Le critère de « l'équité globale du procès », un critère régressif », *JCP édition générale*, n° 9-10, 4 mars 2019, commentaire 253.

⁶⁶ Arrêt *Bloise*, précité, para 52 ; arrêt *Olivieri*, précité, para 33.

⁶⁷ *Ibid*, para 58.

sur lesquelles reposaient la condamnation »⁶⁸ si bien que la procédure prise dans son ensemble n'a pas permis de remédier aux lacunes procédurales soulevées par l'intéressé. En fin de compte, l'analyse de la Cour repose essentiellement sur la recherche de « l'existence d'autres preuves considérées comme étant décisives [et] qui [auraient] été discutées contradictoirement dans le cadre de la procédure ». Le déroulé méthodologique pourrait être systématisé ainsi : quelle utilisation a été faite des preuves obtenues en méconnaissance du droit de se taire ? Les preuves collectées en méconnaissance du droit de se taire font-elles partie des pièces à charge fondant la condamnation d'un individu ? Dans l'affirmative, existe-t-il d'autres éléments dans leur dossier et quelle a été leur importance ? En somme, si ces preuves ne sont pas le seul fondement d'une condamnation, il y'a fort à parier qu'il n'y aurait pas violation de la Convention alors même qu'elles auraient, par exemple, contribué à mettre des enquêteurs sur la bonne piste.

En outre, l'équité d'ensemble du procès promet aux Etats une marge nationale d'appréciation très grande à laquelle renvoie la permissivité de la CourEDH⁶⁹. En effet, il est difficilement imaginable que des juridictions ayant mené un contrôle lénifiant de la procédure ou opérant un revirement moins progressiste soient désavouées par une Cour européenne peu encline à protéger le droit de garder le silence de manière autonome. Il est d'ailleurs dommage de constater qu'en parallèle, les Etats sont aujourd'hui contraints de reconnaître la valeur de ce droit de leur propre initiative ou sous l'influence du droit de l'Union européenne et que la Cour de Strasbourg aurait très bien pu s'inspirer de cette « pratique subséquente » des Etats et de la progression du consensus en Europe pour interpréter la Convention autrement⁷⁰ en imposant une obligation systématique de notifier à l'accusé son droit de se taire⁷¹. En préférant à la synergie des sources le sacrifice du droit de se taire sur l'autel du procès équitable, la CourEDH laisse présager sa future réticence à en faire un droit autonome.

Face à cela, il faut au moins saluer le courage de la Cour de cassation française. Il lui faudra malheureusement travailler sans le soutien d'une jurisprudence européenne amollie qui ne l'aidera en rien à mener son contrôle face à l'afflux annoncé de pourvois en cassation relatifs au défaut de notification ou à la méconnaissance du droit de se taire⁷².

⁶⁸ Arrêt *Olivieri*, précité, para 37.

⁶⁹ L. Milano, « Le critère de « l'équité globale du procès », un critère régressif », article précité ; para 71 de l'opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque sous l'arrêt de Grande chambre *Murtazaliyeva*.

⁷⁰ La Cour s'en inspire pour vérifier l'émergence d'un consensus européen pouvant susciter une évolution interprétative. Voir G. Distefano, « La pratique subséquente des États parties à un traité », *AFDI*, 1996, p. 46.

⁷¹ Cf. D. Roets, *précité*, p. 121.

⁷² Cf. C. Ribeyre, *précité*, p. 1258.

DOCTRINE | EDITOR'S CHOICE

Sicilianos Linos-Alexandre, Titiun Patrick, La Cour européenne des droits de l'homme à l'ère des nouvelles technologies	7
Keller Helen, Christ Myriam, Le rôle du juge national face aux requêtes individuelles	17
Jacqué Jean-Paul, Encore un effort camarades... L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme est toujours à votre portée	27

DOSSIER THEMATIQUE | THEMATIC ARTICLES

Benoît-Rohmer Florence, Editorial	42
Malinowski Jan, White up of the remarks made at the opening of the colloquy "European Social Charter, an Instrument of the Future!"	45
Spano Robert, La prise en compte de la Charte sociale européenne dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme	50
Marguénaud Jean-Pierre, La critique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme liée aux droits économiques et sociaux	56
Gaben Sacha, The European Pillar of Social Rights and the European Social Charter	65
Moizard Nicolas, La Charte sociale européenne valorisée par les juges nationaux: le rôle perturbateur des syndicats	79
Nivard Carole, Le rôle des juges nationaux dans l'application de la Charte sociale européenne en France	87
Salcedo Beltrán Carmen, Le rôle des juges nationaux dans l'application de la Charte sociale européenne en Espagne	97
Stoppioni Edoardo, Droits économiques et sociaux et organisations internationales financières et commerciales: repenser les formes d'un silence assumé	109
Stagos Petros, Propos conclusifs	127

FOCUS

Benoît-Rohmer Florence, La Pologne, la Cour de Justice et l'État de droit: une histoire sans fin ?	136
Brillat Manuela, A la recherche de la dignité perdue	152
Di Marco Antonio, Interdiction d'entrée dans les eaux territoriales pour les bateaux humanitaires: le cas du décret-loi italien <i>sicurezza bis</i>	163
Giannopoulos Christos, La (re)mise en cause de la présomption de «pays tiers sûr» et le confinement dans les «halls d'attente»	176
Place Romain, La lutte contre l'immigration illégale sur le marché du logement locatif privé au Royaume-Uni: un effet discriminatoire révélé par l'expérience du client mystère	185
Rondu Julie, La perte de plein droit de la nationalité devant la Cour de Justice: les droits fondamentaux, accessoires du contrôle de proportionnalité?	198
Tsampi Aikaterini, <i>In Flagrante Delicto</i> and Procedural Safeguards of Judges: How far does the European Court of Human Rights go with Separation of Powers?	209
Villalonga Florian, Interrogatoires menés sans notification du droit au silence: l'équité procédurale est-elle nécessairement compromise?	224