



# EUROPE DES DROITS & LIBERTÉS

---

# EUROPE OF RIGHTS & LIBERTIES

## DOCTRINE | EDITOR'S CHOICE

G. Kucsko-Stadlmayer, Intellectual Property and Freedom of Expression: A Tense Relationship

L.-A. Sicilianos, P. Titun, Regards sur la jurisprudence environnementale de la Cour européenne des droits de l'homme

D. Szymczak, La Cour européenne des droits de l'homme face au suicide

S. Rap, Access to Justice and Child-friendly Justice for Refugee and Migrant Children: International and European Legal Perspectives

P. Grampp, Les mesures de protection contre la pandémie en Allemagne, restrictives aux droits fondamentaux

## FOCUS

La privation de liberté dans les zones de transit à la frontière serbo-hongroise et l'office du juge national

Customary International Law as an Object of Scrutiny and an Interpretative Aid

Les calculs utilitaristes dans la gestion de la crise de Covid-19 et le risque d'accoutumance aux mesures liberticides

Du droit d'exiger de mourir en France et en Allemagne

Liberté d'expression et effectivité de la lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle en matière d'accès à l'emploi

N ° 2

## **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 Ducoulombier (Université de Strasbourg) Catherine Haguenu-Moizard (Université de Strasbourg), Andrea 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**

**SEPTEMBRE 2020**

---

**N° 2**

## Sommaire | Table of Contents

### DOCTRINE | EDITOR'S CHOICE

- Kucsko-Stadlmayer Gabriele, Intellectual Property and Freedom of Expression: A Tense Relationship 239
- Sicilianos Linos-Alexandre, Titium Patrick, Regards sur la jurisprudence environnementale de la Cour européenne des droits de l'homme 252
- Szymczak David, La Cour européenne des droits de l'homme face au suicide 261
- Rap Stephanie, Access to Justice and Child-friendly Justice for Refugee and Migrant Children: International and European Legal Perspectives 277
- Grampp Pauline, Les mesures de protection contre la pandémie en Allemagne, restrictives aux droits fondamentaux 293

### FOCUS

- Angelaki Aikaterini, La privation de liberté dans les zones de transit à la frontière serbo-hongroise et l'office du juge national 310
- Fortuna Marina, Customary International Law as an Object of Scrutiny and an Interpretative Aid 321
- Giannopoulos Christos, Les calculs utilitaristes dans la gestion de la crise de Covid-19 et le risque d'accoutumance aux mesures liberticides 337
- Marguet Laurie, Du droit d'exiger de mourir en France et en Allemagne 349
- Rondou Julie, Liberté d'expression et effectivité de la lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle en matière d'accès à l'emploi 370
- Tsampi Aikaterini, Novel Smoke-free Zones and the Right to Respect for Private Life under the Article 8 of the European Convention on Human Rights 381

ISSN 2726-1263  
Dépôt légal: 2020, septembre

# Intellectual Property and Freedom of Expression: A Tense Relationship

---

Gabriele Kucsko-Stadlmayer\*

## 1. INTRODUCTION

Intellectual property and freedom of expression have always been in a delicate relationship. Published contents are open to their use and misuse, even contrary to the author's interests. In the digital age, where masses of information are freely accessible and easy to disseminate, the risks of interferences with intellectual property rights are even more widespread. As these rights are not absolute, their limitations move to the centre of attention.

## 2. THE PROTECTION OF PROPERTY IN THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

### A. Article 1 of the First Protocol to the Convention

The protection of property was not initially included in the European Convention on Human Rights ('ECHR'), out of fear that this would obstruct the Member States' economic and social policies. The difficulty in reaching agreement resulted in the right being added as Article 1 of the First Protocol to the Convention. This Protocol was adopted in Paris on 20 March 1952. It entered into force, after ten ratifications,<sup>1</sup> on 18 May 1954.

Article 1 of Protocol No 1 of the Convention provides :

#### **Protection of Property**

Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a state to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.

---

\* Judge at the European Court of Human Rights, Professor for Constitutional and Administrative Law at the University of Vienna. This article bases on an intervention given on occasion of a visit of CJEU judges at the ECtHR in October 2019. I gratefully acknowledge Ana Vilfan-Vospornik, Sophia Wistehube and Jessica Allen, all lawyers at the European Court of Human Rights, for their helpful research assistance.

<sup>1</sup> Denmark, Iceland, Ireland, Greece, Luxembourg, Norway, Saarland (before it became an integral part of Germany on 1 January 1957), Sweden, Turkey, UK.

This formulation provides for a qualified right which is far from absolute. It permits expropriation or other deprivation of property, as well as various controls over its use, where this is shown to be in the public interest, the law authorising it is accessible, precise and without scope for arbitrariness, and it complies with the general principles of international law.

In 1979, in the ground-breaking case of *Marckx v. Belgium*, the ECHR held for the first time that ‘By recognising that everyone has the right to the peaceful enjoyment of his possessions, Article 1 is in substance guaranteeing the right of property...’.<sup>2</sup> That case, which concerned discrimination of illegitimate children, had a considerable impact on the evolution of family law in a number of Member States. The Court ruled that the applicant as an unmarried mother was discriminated against in disposing freely with her property in comparison with a married mother.

## B. Standing

As to who is entitled to assert the right to property, this can be any individual who is neither a State nor a governmental organisation. Even if the latter can own assets, the Convention, in accordance with Article 34, does not protect them.

A particular issue has arisen in relation to ‘the piercing of the corporate veil’, mostly from ‘within’ a company. According to case-law, the disregarding of an applicant company’s legal personality can be justified only in exceptional circumstances, in particular where it is clearly established that it is impossible for the company to apply to the Convention institutions through the organs set up under its articles of incorporation or – in the event of liquidation – through its liquidators.<sup>3</sup> The Court has also dealt with situations concerning the lifting of the corporate veil of a limited liability company in the interest of its creditors – or ‘from without’.<sup>4</sup>

As to the standing of bank shareholders in particular, the Court has recently decided the case of *Albert and Others v. Hungary*.<sup>5</sup> The case concerns legislation introducing the mandatory integration of two banks, of which the applicants were shareholders, into a State-controlled scheme. The Court found ‘no indication that ‘there existed exceptional circumstances precluding the affected companies from bringing the respective cases to the Court in their own names’.<sup>6</sup> The complaints should have been brought by the banks and the applicants could not claim to be victims of the alleged violations of Article 1 Protocol No 1 within the meaning of Article 34 of the ECHR.

---

<sup>2</sup> *Marckx v. Belgium*, No 6833/74, 13 June 1979, at 63.

<sup>3</sup> *Agrotexim and Others v. Greece*, No 14807/89, 24 October 1995, at para 66.

<sup>4</sup> *Lekić v. Slovenia*, No 36480/07, 11 December 2018 [Grand Chamber], at para 111.

<sup>5</sup> *Albert and Others v. Hungary*, No 5294/14, 7 July 2020 [Grand Chamber].

<sup>6</sup> *Ibid*, at para 165.

### C. Possessions

The scope of Article 1 Protocol No 1 extends to one's 'possessions'. According to the ECtHR's case-law, this notion has an autonomous meaning.<sup>7</sup>

The concept of 'possessions' has continually evolved. The Court's case law indicates that it encompasses both immovable and movable property as well as other proprietary interests. Such interests include rights '*in rem*' and '*in personam*'. In all cases a 'possession' must be owned by an individual in their private, not public, capacity.

In 2016, in its key case *Bélané Nagy v. Hungary* the Court held that the concept of 'possessions' is not limited to the ownership of physical goods and is independent from the formal classification in domestic law.<sup>8</sup> Certain other rights and interests constituting 'assets' can also be protected. The key question is, 'whether the circumstances of the case, considered as a whole, conferred on the applicant title to a substantive interest'. *Bélané Nagy* concerned disability benefits, which the applicant had lost due to new eligibility criteria.<sup>9</sup>

The 'substantive interest' can also be an economic one, such as a license to serve alcoholic beverages connected with the running of a restaurant.<sup>10</sup> Other examples that may be found in the existing case law include judgment debts, shares, licences, arbitration awards, the entitlement to social security and pensions, leases or the right to exercise a profession. This makes clear that not only 'existing possessions' are protected, but also claims that have an established legal basis. In 1995, in *Pressos Compania Naviera S.A. and Others v. Belgium*, concerning claims deriving from shipping accidents, the Court declared, on the basis of a series of domestic decisions, that a 'legitimate expectation' of obtaining compensation may constitute a 'possession' for the purposes of Article 1 of Protocol No 1.<sup>11</sup> An individual may be regarded as having a 'legitimate expectation' only if there is a sufficient basis for the interest in national law.<sup>12</sup>

A legitimate expectation must be more concrete than a mere hope. In 2002, in *Gratzinger and Gratzingerova v. the Czech Republic*, concerning restitution claims after the dissolution of Czechoslovakia, the Court clarified that neither the hope that an extinguished property

---

<sup>7</sup> *Molla Sali v. Greece*, No 20452/14, 19 December 2018, at paras 123-126.

<sup>8</sup> *Bélané Nagy v. Hungary*, No 53080/13, 13 December 2016 [Grand Chamber], at para 73.

<sup>9</sup> *Ibid.* at paras 73 and 76.

<sup>10</sup> See *Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden*, No 10873/84, 7 July 1989, at para 53 concerning a licence to serve alcoholic beverages, where the Court took the view that the economic interests connected with the running of a restaurant were 'possessions' for the purposes of Article 1 of Protocol No 1.

<sup>11</sup> *Pressos Compania Naviera S.A. and Others v. Belgium*, No 17849/91, 20 November 1995, at para 31.

<sup>12</sup> This was recently clarified in *Bélané Nagy v. Hungary*, No 56665/09, 13 December 2016 [Grand Chamber], at paras 74-79.

right may be revived nor a conditional claim which has lapsed as a result of the failure to fulfil the condition was a ‘possession’ within the meaning of Article 1 of Protocol No 1.<sup>13</sup>

#### **D. The ‘Three rules approach’**

Once the Court is satisfied that Article 1 of Protocol No 1 is applicable, it embarks on the substantive analysis of the circumstances of the case, in order to determine whether there has been any interference.

In the landmark case *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, concerning the effects of long-term expropriation permits and prohibitions on construction on the applicant’s estate, the Court stated that Article 1 of Protocol No 1 comprises three distinct rules :

61. ... The first rule, which is of a general nature, enounces the principle of peaceful enjoyment of property ; it is set out in the first sentence of the first paragraph. The second rule covers deprivation of possessions and subjects it to certain conditions ; it appears in the second sentence of the same paragraph. The third rule recognises that the States are entitled, amongst other things, to control the use of property in accordance with the general interest, by enforcing such laws as they deem necessary for the purpose ; it is contained in the second paragraph.

These three rules (general right to property, deprivation of property and control of its use) are however connected. In *The Former King of Greece v. Greece*, concerning the ownership status of royal property, the Court explained that the second and third rules are to be construed ‘in the light of the general principle laid down in the first rule.’<sup>14</sup> This approach structures the ECtHR’s method of examination and consists of a number of successive steps.

The Court will begin by considering whether there has there been interference with the applicant’s right to the peaceful enjoyment of his or her ‘possessions’. If so, the Court will ask first whether the interference amounts to a ‘deprivation’ of property. If not, the Court will then ask whether there is a ‘control of the use’ of property. Should it not be possible for the measures which affected the applicant’s rights to be qualified as either deprivation or control of use of property, the facts of the case are interpreted by the Court in the light of the general principle of respect for the peaceful enjoyment of ‘possessions’.

---

<sup>13</sup> *Gratzinger and Gratzingerova v. the Czech Republic*, No 39794/98, Decision, 10 July 2002 [Grand Chamber], at para 73.

<sup>14</sup> *The Former King of Greece v. Greece*, No 25701/94 23 November 2000 [Grand Chamber], at para 50.

## E. Requirements for an interference

Any interference with the general right to property, a deprivation of property as well as any control of its use<sup>15</sup>, shall be allowed only if three basic conditions are satisfied :

- First, a legal basis, this means accessible, precise and foreseeable provisions of domestic or EU law, as for instance elaborated in 2000 in *Beyeler v. Italy* concerning a right of pre-emption over a work of art ;<sup>16</sup>
- Second, a ‘public interest’, which is, according to *Bélané Nagy*, a ‘necessarily extensive’ notion ; it means any ‘legitimate public or general interest’, encompassing various objectives, served by public policy considerations in many factual contexts as well as rights of others ;<sup>17</sup> and
- Third, proportionality. Proportionality requires a reasonable relation between the means employed and the aim sought to be realised by any State measures. This means, that in order to be compatible with the general rule set forth in the first sentence of the first paragraph of Article 1 Protocol no 1, any interference must strike a fair balance between the demands of the general interest and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights (also held in *Beyeler*<sup>18</sup>). In other words, the Court must ascertain whether the applicant had to bear a disproportionate and excessive burden.

When examining whether the burden is disproportionate and excessive, the Court has regard to the context of the case, the nature of the legitimate aim pursued and the intensity of the interference. There is no fixed list of relevant factors but these include procedural guarantees, choice of State measures, the applicant’s behaviour and compensation. Any deprivation of property normally requires payment of compensation, an amount reasonably related to its value. A total lack of compensation can be considered justifiable only in exceptional circumstances.<sup>19</sup>

In assessing proportionality, the Court allows States a ‘margin of appreciation’, considering the State authorities to be better placed to assess the existence of both the need and the necessity of the restriction. In *Bélané Nagy*, the margin was considered to be ‘wide’ with respect to States’ economic and social policies. This applies, for instance, to austerity measures prompted by a major economic crisis.<sup>20</sup> In such cases the Court limits its scrutiny to the question of a manifest lack of reasonable foundation.

---

<sup>15</sup> For the ‘three rules’ approach, see *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, Nos 7151/75 and 7152/75, 23 September 1982 [Plenary], at para 61.

<sup>16</sup> *Beyeler v. Italy*, No 33202/96, 5 January 2000 [Grand Chamber], at para 109.

<sup>17</sup> *Bélané Nagy v. Hungary*, No 53080/13, 13 December 2016 [Grand Chamber], at para 113.

<sup>18</sup> *Ibid.* at para 107.

<sup>19</sup> *Vistiņš and Perepjolkins v. Latvia*, No 71243/01, 25 October 2012 [Grand Chamber], at paras 110-113.

<sup>20</sup> *Ibid.* at para 113.

## F. Intellectual Property

Unlike Article 17 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union ('CFR'), Article 1 of Protocol No 1 of the ECHR does not explicitly mention intellectual property. At first, the Court was reluctant to influence the development of Europe's intellectual property system by recognising human rights concerns. However, since the 1990s, the Court has recognized that different kinds of intellectual property are protected by this Article.

It is now well-established that it applies to patents,<sup>21</sup> copyrights,<sup>22</sup> and trademarks.<sup>23</sup> A right to publish a translation of a novel falls within the scope of this provision,<sup>24</sup> as does the right to musical works and the economic interests deriving from them, by means of a license agreement.<sup>25</sup>

In 2007, in *Anheuser-Busch Inc. v. Portugal*, the applicant company sold beer in the US under the brand name 'Budweiser', but was denied its registration as a trademark in Portugal. In this context, the Court ruled that the right to property extends to 'intellectual property as such'.<sup>26</sup> In order to determine whether there was a 'possession', the Court used a multi-factor balancing test that looks to 'the bundle of financial rights and interests in issue', including the rights arising under international, regional, and national laws, and their practical economic value.<sup>27</sup> In this inquiry the Court found that the conditionality of the rights and interests under consideration did not affect the applicability of Article 1 of Protocol No 1.<sup>28</sup> Significant weight was placed on the exclusivity of the said rights and interests.

## 3. THE RIGHT TO PROPERTY AND THE RIGHT TO FREEDOM OF EXPRESSION

### A. The Problem

Intellectual property rights, often resulting from creative activity, can be related in various ways to freedom of expression. The rights may coincide, but also collide. A typical situation is that a publication in the media interferes with intellectual property rights of other individuals.

---

<sup>21</sup> *Smith Kline and French Laboratories Ltd v. the Netherlands*, No 12633/87, Decision of the Commission, 4 October 1990 ; *Lenzing AG v. the United Kingdom*, No 38817/97, Decision of the Commission, 9 September 1998.

<sup>22</sup> *Melnychuk v. Ukraine*, No 28743/03, Decision, 5 July 2005 ; *Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden*, No 40397/12, Decision, 19 February 2013.

<sup>23</sup> *Csibi v. Romania*, No 16632/12, Decision, 4 June 2019 ; *Dor v. Romania*, No 55153/12, Decision, 25 August 2015.

<sup>24</sup> *SC Editura Orizonturi SRL v. Romania*, No 15872/03, 13 May 2008.

<sup>25</sup> *SIA AKKA/LAA v. Latvia*, No 562/05, 12 July 2016.

<sup>26</sup> *Anheuser-Busch Inc. v. Portugal*, No 73049/01, 11 January 2007 [Grand Chamber], at para 72.

<sup>27</sup> *Ibid.* at para 76.

<sup>28</sup> *Ibid.* at para 78.

## **B. The Right to Freedom of Expression**

This guarantee is enshrined in Article 10 of the ECHR, which reads :

### **Freedom of expression**

1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.

Since the 1976 judgment of *Handyside v. UK*, the Court has reiterated that freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society, a basic condition for its progress and each individual's self-fulfilment.<sup>29</sup> Thus, it is of high significance for the values of liberal democracy and the democratic society protected by the Convention.

This protection extends to any expression notwithstanding its content, disseminated by any individual, group or type of media. It includes a freedom of artistic expression for those who create, perform, distribute or exhibit works of arts.<sup>30</sup> The only content-based restriction concerns the dissemination of ideas inciting hatred and racial discrimination. In view of Article 17 of the Convention, Article 10 may not be invoked for an abuse of rights, such as promoting ideas contrary to the spirit of the Convention like speech stirring up hatred or violence<sup>31</sup> or Holocaust denial.<sup>32</sup>

The right to freedom of expression guarantees not only the right to impart information and ideas, but also the right of the public to seek and to receive them. This covers, under certain circumstances, an NGO's access to a survey with the names of public defenders and the

---

<sup>29</sup> *Handyside v. the United Kingdom*, No 5493/72, 7 December 1976 [Plenary], at para 49.

<sup>30</sup> See, e.g., *Müller and Others v. Switzerland*, No 10737/84, 24 May 1988 ; *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France*, Nos 21279/02 and 36448/02, 24 May 1988 [Grand Chamber]; *Vereinigung Bildender Künstler v. Austria*, No 68354/01, 25 January 2007.

<sup>31</sup> *Perincek v. Switzerland*, No 27510/08, 15 October 2015 [Grand Chamber], at paras 113-15.

<sup>32</sup> *Kühnen v. the Federal Republic of Germany*, No 12194/86, Decision of the Commission, 12 May 1988 ; *Pastörs v. Germany*, No 55225/14, 3 October 2019.

number of their appointments,<sup>33</sup> a University professor's access to YouTube,<sup>34</sup> and journalists' access to asylum reception centres to report on the refugee crisis in Hungary.<sup>35</sup> The role of the press as a 'public watchdog' is considered essential for the democratic society, and all the more so where state activities and decisions escape democratic or judicial scrutiny.<sup>36</sup> Even if Article 10(2) allows restrictions, where freedom of the press is at stake, the authorities have only a limited margin of appreciation. There is 'little scope' for restrictions on debate of questions of public interest.<sup>37</sup>

### C. Conflict Between the Right to Property and the Freedom of Expression

Considering this broad scope, it is obvious that freedom of expression can conflict with other rights like intellectual property rights, particularly at a time where electronic communication plays a huge role in the development of all political, social and economic relations. When such conflict occurs, a balance must be struck, considering the 'duties and responsibilities' which Article 10(2) provides.

The first case which raised this issue was *Ashby Donald and Others v. France* in 2013.<sup>38</sup> The applicants were fashion photographers and had published photos of fashion shows on the Internet for commercial purposes. Since they had not obtained authorisation, they were convicted for infringement of copyright. The Court held that Article 10 was applicable, its scope also covering photos and electronic means of communication such as the Internet, even if it pursued a profit-making aim. The conviction was considered lawful and pursuing the legitimate aim of protection of the rights of others : the fashion houses' copyright. In its analysis of proportionality, the Court reiterated the importance of freedom of expression for any democratic society, but, at the same time, that the States' margin of appreciation varied depending on the type of information in question. First, the Court considered that the margin of appreciation in the commercial area was wide, if no topics of general interest were concerned. Second, the Court held that the impugned measure aimed at protecting the right to property, and thus at another right under the Convention. For these reasons, the Court found the margin of appreciation to be 'particularly important'<sup>39</sup>. Consequently, the Court found no violation of Article 10.

A similar approach was taken in *Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden* in 2013. The applicants had provided file sharing services on their website, thus enabling users to come into contact with each other and to exchange digital material. In the course of those activities, the applicants were convicted for violations of various copyrights, although they had, themselves, not disseminated protected material. Again, Article 10 was applicable. As

<sup>33</sup> *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*, No 18030/11, 8 November 2016 [Grand Chamber].

<sup>34</sup> *Cengiz and Others v. Turkey*, Nos 48226/10 and 14027/11, 1 December 2015.

<sup>35</sup> *Szurovecz v. Hungary*, No 15428/16, 8 October 2019.

<sup>36</sup> *Görmüs and Others v. Turkey*, No 49085/07, 19 April 2016, at paras 48 and 63.

<sup>37</sup> *Stoll v. Switzerland*, No 69698/01, 10 December 2007 [Grand Chamber], at paras 105 and 106.

<sup>38</sup> *Ashby Donald and Others v. France*, No 36769/08, 10 January 2013, at paras 34, 38-39 and 42.

<sup>39</sup> *Ibid.* at para 41.

in the later case of *Delfi v. Estonia* in 2015,<sup>40</sup> the Court in *Neij and Sunde Kolmisoppi* underlined the important role of the Internet in enhancing the public's access to news and facilitating the sharing and dissemination of information and the extension of freedom of expression not only to the content of information but also to the means of its transmission or reception. Nevertheless, the Court held the application to be manifestly ill-founded.

The Court reasoned that the conviction pursued the legitimate aim of protecting the rights of others, namely the plaintiffs' copyright to the material in question – a weighty interest, the protection of which the State had to ensure under its positive obligations under Article 1 Protocol No 1. Thus, the State had to balance two competing interests both protected by the Convention. Further, the protection of a commercially run website could not attract the same level of protection as that afforded to political expression and debate. As a result, the Court confirmed that the State benefitted from a particularly wide margin of appreciation.

These principles have been confirmed in many later judgments, such as *Akdeniz v. Turkey* in 2014.<sup>41</sup> The applicant was a University lecturer who complained that the access to certain commercial music streaming websites had been blocked because of an infringement of copyright legislation. The Court found that the applicant had no victim status. Although he had used these websites frequently, he still had other means of listening to music and was not hindered from participating in public debates of general interest.<sup>42</sup>

#### **4. The Right to Property in European Union Law**

##### **A. Article 17 of the Charter of Fundamental Rights**

A qualified right to property akin to the right guaranteed by Article 1 of Protocol No 1 of the Convention is enshrined in Article 17 of the CFR. It reads :

##### **Right to property**

1. Everyone has the right to own, use, dispose of and bequeath his or her lawfully acquired possessions. No one may be deprived of his or her possessions, except in the public interest and in the cases and under the conditions provided for by law, subject to fair compensation being paid in good time for their loss. The use of property may be regulated by law in so far as is necessary for the general interest.

---

<sup>40</sup> *Delfi AS v. Estonia*, No 64569/09, 16 June 2015 [Grand Chamber], at paras 110 and 133.

<sup>41</sup> *Akdeniz v. Turkey*, No 20877/10, Decision, 11 March 2014. See also *Dor v. Romania*, No 55153/12, 25 August 2015, at para 51; compare and contrast *Vereinigung Bildender Künstler v. Austria*, No 68354/01, 25 January 2007, at para 26.

<sup>42</sup> The particular width of the States' margin of appreciation in commercial matters and advertising as well as in cases of competing Convention rights, was also confirmed in *Delfi v. Estonia*, No 64569/09, 16 June 2015 [Grand Chamber] ; *Dor v. Romania*, *Bohlen v. Germany*, No 53495/09, 19 February 2015 and *Høiness v. Norway*, No 43624/14, 19 March 2019.

2. Intellectual property shall be protected.

## **B. Scope**

One key difference is that Article 17 explicitly provides for a right to fair compensation in the event of a deprivation of property. Otherwise the CJEU has repeatedly stated that the case-law of the ECHR must be taken into account pursuant to Article 52(3) of the CFR in interpreting the rights contained therein.

## **C. Interpretative Approach**

*In Ledra Advertising e.a. v. Commission and ECB C-8/15*, concerning the diminution in value of bank deposits following the restructuring of the banking system in Cyprus, the CJEU explicitly contemplated the limits of the right to property guaranteed by Article 17 of the CFR :

‘69. It must be remembered that the right to property guaranteed by that provision of the Charter is not absolute and that its exercise may be subject to restrictions justified by objectives of general interest pursued by the European Union.’

Specifically, the CJEU considered that :

‘70.... as is apparent from Article 52(1) of the Charter, restrictions may be imposed on the exercise of the right to property, provided that the restrictions genuinely meet objectives of general interest and do not constitute, in relation to the aim pursued, a disproportionate and intolerable interference, impairing the very substance of the right guaranteed.’

It can be seen, that in determining whether there has been a disproportionate interference with the right to property, the CJEU engages in a similar balancing exercise to the ECHR’s three rules approach.

This position was more recently clarified by the European Court of Justice in *Commission v Hungary C-235/17*, 21 May 2019, concerning the restriction of rights of usufruct over agricultural and forestry land :

‘88. ... account must also be taken of the provision made by Article 52(1) of the Charter, under which limitations may be imposed on the exercise of the rights recognised by the Charter, as long as the limitations are provided for by law, respect the essence of those rights and, subject to the principle of proportionality, are necessary and genuinely meet objectives of general

interest recognised by the European Union or the need to protect the rights and freedoms of others.

89. It follows from a reading of Article 17(1) of the Charter in conjunction with Article 52(1) thereof, first, that when the public interest is invoked in order to justify a person being deprived of his or her possessions, compliance with the principle of proportionality as required by Article 52(1) of the Charter must be ensured with regard to the public interest concerned and the objectives of general interest which the latter encompasses. Secondly, such a reading implies that, if there is no such public interest capable of justifying a deprivation of property, or — even if such a public interest is established — if the conditions laid down in the second sentence of Article 17(1) of the Charter are not satisfied, there will be an infringement of the right to property guaranteed by that provision.’

#### **D. Balancing the Protection of Property with the Freedom of Expression**

Just as the ECHR has contemplated the tension between the right to property and the freedom of expression, notably in the context of intellectual property, so too has the CJEU. Intellectual property is explicitly protected by Article 17(2) of the Charter, and many of the cases that have become before the CJEU have concerned copyright law in particular.

### **5. THE RECENT JUDGMENTS OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION**

#### **A. The « Copyright Directive »**

The recent judgments of the CJEU in this field of tension and in particular the opinions of Advocate General *Maciej Szpunar* are carefully reflecting the principles of the Strasbourg jurisprudence. In the cases *Funke Medien*,<sup>43</sup> *Pelham*<sup>44</sup> et *Spiegel Online*,<sup>45</sup> which all concerned conflicts between freedom of expression and intellectual property within the terms of Directive 2001/29/EC<sup>46</sup> (‘copyright directive’), the CJEU and the Advocate General proceeded in a balancing of the conflicting rights, similar to the Strasbourg approach.<sup>47</sup>

---

<sup>43</sup> Case C-469/17 *Funke Medien NRW GmbH v Bundesrepublik Deutschland* [2019] ECLI:EU:C:2019:623.

<sup>44</sup> Case C-476/17 *Pelham GmbH, Moses Pelham, Martin Haas v. Ralf Hütter, Florian Schneider-Esleben* [2019] ECLI:EU:C:2019:624.

<sup>45</sup> Case C-516/17 *Spiegel Online v Volker Beck* [2019] ECLI:EU:C:2019:625.

<sup>46</sup> Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, OJ L 167, 22 June 2001.

<sup>47</sup> See *Funke Medien, Medien NRW GmbH v Bundesrepublik Deutschland* [2019] at point 53, 57, 61, 74; *Spiegel Online v Volker Beck* [2019] at point 58.

## **B. Fair Balancing of Competing Rights**

In *Funke Medien NRW* C-469/17 the CJEU recognised that the exceptions and limitations provided for in the Directive, enacted to implement the WIPO Copyright Treaty and harmonise aspects of copyright law across Europe,

‘60. [...] are specifically aimed at favouring the exercise of the right to freedom of expression by the users of protected subject matter and to freedom of the press, which is of particular importance when protected as a fundamental right, over the interest of the author in being able to prevent the use of his or her work, whilst ensuring that the author has the right, in principle, to have his or her name indicated.

61. [The Article] requires that the exceptions and limitations provided for in Article 5(1) to (4) of the directive be applied only in certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work or other subject matter and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the rightholder.’

Concerning the relevant criteria for balancing the freedom of expression with the right to property, the European Courts have not set out a defined list of factors. Also in this regard the CJEU refers to the case-law of the ECtHR. In *Spiegel Online* C-516/17, it considered :

‘58. As is clear from the case-law of the European Court of Human Rights, for the purpose of striking a balance between copyright and the right to freedom of expression, that court has, in particular, referred to the need to take into account the fact that the nature of the ‘speech’ or information at issue is of particular importance, inter alia in political discourse and discourse concerning matters of the public interest.

59. In the light of the foregoing considerations, the answer to the second question is that, in striking the balance which is incumbent on a national court, a national court must, having regard to all the circumstances of the case before it, rely on an interpretation of those provisions which, whilst consistent with their wording and safeguarding their effectiveness, fully adheres to the fundamental rights enshrined in the Charter.’

## **C. Is the List of Exceptions and Limitations to Intellectual Property Exhaustive?**

The precise formulation of certain exceptions and limitations to intellectual property in Article 5(1) to (4) of the copyright directive leads to the recurring question whether they are exhaustive. If they were, they could, if interpreted restrictively, unduly limit the balancing exercise between freedom of expression and the right to property.

In *Funke Medien*, the CJEU held :

‘63. The requirement of consistency in the implementation of those exceptions and limitations could not be ensured if the Member States were free to provide for such exceptions and limitations beyond those expressly set out in Directive 2001/29, since the Court has moreover previously held that no provision of Directive 2001/29 envisages the possibility for the scope of such exceptions or limitations to be extended by the Member States.

64. [...] freedom of information and freedom of the press, enshrined in Article 11 of the Charter, are not capable of justifying, beyond the exceptions or limitations provided ...

Thus, the CJEU emphasised the exhaustive character of the exceptions to the copy right as enshrined in Article 5 of the copyright directive, relying of the binding force of EU law in general.

Before the ECtHR, this question has never been invoked. Apart from that, the perspective of the Strasbourg Court is different: Its task is never the interpretation of European Union law. It assesses, on the basis of the specific facts of an individual case, whether the Convention was violated. However, under the hypothesis that a decision would interfere with freedom of expression in the interests of an author’s copy rights, and Article 5 of the directive would not offer sufficient margin of interpretation for a fair balance of the competing rights, a violation of Article 10 of the ECHR cannot be excluded. This could trigger a debate on the question whether the directive protects sufficiently the Convention rights. This is by the way a cautionary note that Advocate General Szpunar rightly expressed in his opinion in the case *Funke Medien*.<sup>48</sup>

The judgments of the German Federal Court of Justice that followed the CJEU’s judgments in *Funke Medien*, *Pelham* and *Spiegel Online* were published on 30 April 2020. They consider that Article 5 of the copyright directive gives Member States « a considerable margin of appreciation » for striking a fair balance between the competing interests and the necessary proportionality assessment.<sup>49</sup> This shows, implicitly, a strong orientation towards the ECtHR’s jurisprudence.

---

<sup>48</sup> See the opinion of General Advocate Szpunar in *Funke Medien NRW GmbH v Bundesrepublik Deutschland* [2019], at § 42.

<sup>49</sup> BGH 1 ZR 139/15, at para 29, 50; see also BGH 1 ZR 228/15, at para 29-30; BGH 1 ZR 115/16, at para 26.

# Regards sur la jurisprudence environnementale de la Cour européenne des droits de l'homme

---

Linos-Alexandre Sicilianos\*

Patrick Titun\*\*

Nous célébrons, cette année, le 70<sup>ème</sup> anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme (« ConvEDH » ou « Convention »), signée, à Rome, le 4 novembre 1950<sup>1</sup>. À l'origine, la Convention est destinée à garantir les droits civils et politiques. Elle s'inscrit dans un mouvement plus global né avec l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme, en décembre 1948. La question environnementale était alors très éloignée des préoccupations des rédacteurs de la Convention. Elle ne comporte d'ailleurs pas de dispositions à ce sujet, comme la plupart des textes internationaux adoptés à l'époque.

Cependant, en l'espace de 70 ans, l'environnement est devenu un enjeu majeur. C'est ainsi que, malgré l'absence de dispositions expresses dans la Convention, plusieurs affaires ayant trait à l'environnement ont été portées devant la Cour européenne des droits de l'homme (« Cour »). En effet, notre institution n'a pas attendu que l'environnement devienne un problème urgent pour s'emparer de la question. Cela illustre d'ailleurs la capacité d'évolution et d'adaptation de la Convention. Notre Cour a su mobiliser tous les outils à sa disposition pour aborder les questions environnementales. Surtout, la jurisprudence développée en matière de protection de l'environnement par le prisme des droits de l'Homme, montre la complémentarité des deux sujets (I) en participant de cette manière à la « démocratisation » du débat sur la protection de l'environnement et la participation des citoyens au processus décisionnel (II).

## Partie I - L'interdépendance entre droits de l'homme et protection de l'environnement

Nul ne saurait nier aujourd'hui l'interdépendance entre les droits de l'homme et la protection de l'environnement, à la faveur de la doctrine de l'instrument vivant développée dans notre jurisprudence depuis l'arrêt *Tyrrer*<sup>2</sup>. À partir des années 1990, la Cour a commencé à reconnaître l'importance grandissante de la protection environnementale. Elle a noté, en particulier, que « la société d'aujourd'hui se soucie sans cesse davantage de préserver l'environnement »<sup>3</sup> en s'appuyant non seulement sur le droit à la vie privée et familiale (A) mais aussi à d'autres dispositions conventionnelles (B).

---

\* Juge et ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme, membre de l'Institut de droit international.

\*\* Chef du cabinet du président de la Cour européenne des droits de l'homme. Les opinions des auteurs sont personnelles et elles n'engagent pas la Cour européenne des droits de l'homme.

<sup>1</sup> Série des Traités européens (STE), n° 5, 4.11.1950.

<sup>2</sup> CourEDH, 25 avril 1978, *Tyrrer c. Royaume-Uni*, n° 5856/72.

<sup>3</sup> CourEDH, 18 février 1991, *Fredin c. Suède*, n° 12033/86, § 48.

## A. L'évolution jurisprudentielle sous l'angle de l'article 8 de la Convention

La question s'est d'abord posée sous l'angle de l'article 8 de la Convention, qui protège le droit au respect de la vie privée et familiale. Le droit à un environnement sain et calme n'est pas expressément garanti par cette disposition. Mais, on le sait, une atteinte à l'environnement peut affecter gravement la vie privée et familiale ou le domicile d'une personne au sens de l'article 8, sans pour autant nuire à sa santé.

Ainsi, dans l'arrêt *Powell et Rayner c. Royaume-Uni*<sup>4</sup>, les requérants, habitant à proximité de l'aéroport de Londres-Heathrow, estimaient excessifs les niveaux de bruit résultant de son exploitation, et insuffisantes les mesures prises par le gouvernement britannique pour les réduire. La Cour a pourtant conclu à la non-violation de l'article 8. Elle a estimé que les autorités compétentes avaient édicté diverses mesures pour contrôler et réduire le bruit des avions, et réparer le préjudice qu'il entraînait. En l'espèce, le gouvernement britannique n'avait donc pas outrepassé sa marge d'appréciation ou rompu le juste équilibre à rechercher aux fins de l'article 8 de la Convention.

Quatre ans plus tard, dans une affaire différente, la Cour a fait évoluer sa jurisprudence. Dans *Lopez Ostra c. Espagne*<sup>5</sup>, la requérante se plaignait des nuisances causées par une station d'épuration d'eaux et de déchets installée à quelques mètres de son domicile. La Cour a jugé que l'État espagnol n'avait pas su faciliter un juste équilibre entre l'intérêt du bien-être économique de la ville - avoir une station d'épuration -, et la jouissance effective de la requérante au droit au respect de son domicile et de sa vie privée. Elle a donc conclu à la violation de l'article 8.

L'arrêt de chambre *Hatton et autres c. Royaume-Uni*<sup>6</sup> va dans la même direction. Dans cette affaire, les requérants, également des résidents dans les environs de l'aéroport d'Heathrow, se plaignaient de l'augmentation du bruit afférent aux vols de nuit. Ils estimaient que cela portait atteinte à leurs droits garantis par l'article 8. La chambre a conclu à la violation de cette disposition. Cependant, la Grande chambre<sup>7</sup> n'a pas maintenu cette position et a conclu, elle, à l'absence de violation. Elle a jugé, en particulier, que le Royaume-Uni n'avait pas dépassé sa marge d'appréciation dans la recherche d'un juste équilibre entre, d'une part, le droit des personnes touchées par la réglementation litigieuse à voir respecter leur vie privée et leur domicile, et, d'autre part, les intérêts concurrents d'autrui et de la société dans son ensemble<sup>8</sup>. Cette mise en balance des intérêts divergents, à laquelle la Cour procéda dans l'affaire *Hatton*, selon sa méthode habituelle, aurait-elle

---

<sup>4</sup> CourEDH, 21 février 1990, *Powell et Rayner c. Royaume-Uni*, n° 9310/81.

<sup>5</sup> CourEDH, 9 décembre 1994, *Lopez Ostra c. Espagne*, n° 16798/90.

<sup>6</sup> CourEDH, 2 octobre 2001, *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, n° 36022/97.

<sup>7</sup> CourEDH, GC, 8 juillet 2003, *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, n° 36022/97.

<sup>8</sup> V. aussi dans le même sens, CourEDH, 13 décembre 2012, *Flamenbaum et autres c. France*, nos 3675/04 et 23264/04. Cf. également *mutatis mutandis* CourEDH, 12 mai 2009, Déc., *Greenpeace E.V. et autres c. Allemagne*, n° 18215/06.

encore une pertinence actuellement, alors que l'urgence environnementale a été déclarée et que cette problématique a été érigée au rang de nos priorités ? Si elle a longtemps assuré une marge d'appréciation étendue aux États dans cette pesée des intérêts concurrents, la Cour recherche désormais davantage une protection à tous les niveaux.

En effet, la jurisprudence environnementale sous l'angle de l'article 8 de la Convention s'est beaucoup développée, surtout après l'arrêt *Hatton*. La Cour a pu constater une série de violations de cette disposition liées à des questions aussi variées que les risques en matière d'environnement et l'accès à l'information<sup>9</sup> ; la collecte, la gestion, le traitement et l'élimination des déchets<sup>10</sup> ; la contamination du réseau d'approvisionnement en eau<sup>11</sup> ; la pollution sonore due à la circulation routière<sup>12</sup> et le trafic ferroviaire<sup>13</sup> ; ou encore la pollution industrielle<sup>14</sup>.

Dans ce dernier contexte, l'arrêt récent *Cordella et autres c. Italie*<sup>15</sup> mérite une attention particulière. Dans cette affaire, les requérants dénonçaient les effets des émissions nocives d'une usine sur l'environnement et sur leur santé. La Cour a jugé que la prolongation d'une situation de pollution environnementale mettait en danger la santé des requérants et celle de l'ensemble de la population résidant dans les zones à risque. Elle a donc conclu à la violation de l'article 8. Elle a également demandé aux autorités italiennes de mettre en œuvre, dans les plus brefs délais, un plan environnemental afin d'assurer la protection de la population. On le voit, la pesée des intérêts opérée ici joue clairement en faveur de la protection de l'environnement. Celle-ci devient, en effet, un objectif légitime justifiant des ingérences dans l'exercice d'autres droits individuels garantis par la Convention et ses Protocoles.

## B. L'invocation d'autres dispositions de la Convention et des Protocoles

Une illustration de cela concerne l'article 1<sup>er</sup> du Protocole 1 de la Convention relatif au droit de propriété. Se situant dans le prolongement de la jurisprudence *Fredin (n° 1) c. Suède*<sup>16</sup> et *Pine Valley Developments Ltd et autres c. Irlande*<sup>17</sup>, l'affaire *Hamer c. Belgique*<sup>18</sup>

<sup>9</sup> V. notamment CourEDH, 19 février 1998, *Guerra et autres c. Italie*, n° 14967/89 ; CourEDH, 19 octobre 2005, *Roche c. Royaume-Uni*, GC, n° 32555/96 ; CourEDH, 5 décembre 2013, *Vilnes c. Norvège*, n° 52806/09 22703/10.

<sup>10</sup> V. notamment CourEDH, 10 janvier 2012, *Di Sarno et autres c. Italie*, n° 30765/08, §112.

<sup>11</sup> CourEDH, 4 septembre 2014, *Dzemyuk c. Ukraine*, n° 42488/02.

<sup>12</sup> CourEDH, 9 novembre 2010, *Deés c. Hongrie*, n° 2345/06 ; CourEDH, 21 juillet 2011, *Grimkovskaya c. Ukraine*, n° 38182/03 (où la Cour a estimé notamment que le gouvernement ukrainien n'avait pas réalisé d'étude de faisabilité environnementale avant de permettre le passage d'une autoroute par la rue où résidait la requérante et n'avait pas déployé un effort suffisant pour atténuer les effets nocifs de l'autoroute).

<sup>13</sup> CourEDH, 18 juin 2013, *Bor c. Hongrie*, n° 50474/08.

<sup>14</sup> V. notamment CourEDH, 10 novembre 2004, *Taskin et autres c. Turquie*, n° 46117/99 ; CourEDH, 9 juin 2005, *Fadeïeva c. Russie*, n° 55723/00 ; CourEDH, 2 novembre 2006, *Giacomelli c. Italie*, n° 59909/00 ; CourEDH, 27 janvier 2009, *Tătar c. Roumanie*, n° 67021/01 ; CourEDH, 10 février 2011, *Dubetska et autres c. Ukraine*, n° 30499/03.

<sup>15</sup> CourEDH, 24 janvier 2019, *Cordella et autres c. Italie*, n° 54414/13.

<sup>16</sup> CourEDH, 18 février 1991, *Fredin (n° 1) c. Suède*, n° 12033/86.

<sup>17</sup> CourEDH, 29 novembre 1991, *Pine Valley Developments Ltd et autres c. Irlande*, n° 12742/87.

<sup>18</sup> CourEDH, 27 novembre 2007, *Hamer c. Belgique*, n° 21861/03.

concernait la démolition, en vertu d'une exécution forcée, d'une maison de vacances construite sans permis de construire. La Cour a observé que l'environnement constitue une valeur dont la défense suscite dans l'opinion publique, et par conséquent auprès des pouvoirs publics, un intérêt constant et soutenu. De fait, des impératifs économiques et même certains droits fondamentaux, comme le droit de propriété, ne devraient pas se voir accorder la primauté face à des considérations relatives à la protection de l'environnement. Elle a ajouté que les pouvoirs publics assument alors une responsabilité qui devrait se concrétiser par leur intervention au moment opportun, afin de ne pas priver de tout effet utile les dispositions protectrices de l'environnement qu'ils ont décidé de mettre en œuvre.

Cette approche a été confirmée en substance par la Grande chambre de la Cour dans les affaires *Depalle c. France et Brosset-Triboulet et autres c. France*<sup>19</sup> et elle se reflète dans une série d'arrêts plus récents. C'est ainsi, par exemple, que dans l'arrêt *Yasar c. Roumanie* – concernant la confiscation du navire du requérant, utilisé pour des activités de pêche illégale dans la mer Noire – la Cour a jugé que les juridictions internes avaient soigneusement mis en balance les droits en cause et estimé à juste titre que les exigences de l'intérêt général de prévenir des activités menaçant gravement les ressources biologiques dans la région l'emportaient sur le droit de propriété du requérant<sup>20</sup>.

La disposition sans doute la plus fondamentale de la Convention, à savoir l'article 2 relatif au droit à la vie, a également été utilisée dans le domaine de l'environnement. La Cour est allée jusqu'à imposer des obligations aux États, réduisant leur marge de manœuvre. Elle a en effet développé la doctrine des obligations positives<sup>21</sup>, qui lui a permis d'intensifier son contrôle. Cela signifie que les États doivent prendre toutes les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de leur juridiction. Ainsi, dans l'affaire *Oneryildiz c. Turquie*<sup>22</sup>, le décès de plusieurs personnes était intervenu après une explosion de méthane. La Cour a conclu à la violation de l'article 2, en l'absence de mesures positives prises par les autorités nationales pour empêcher la mort accidentelle de neuf proches du requérant.

Lorsque l'atteinte au droit à la vie n'a pas pu être empêchée – comme, par exemple, en cas de catastrophe industrielle ou environnementale – les autorités nationales doivent apporter une réponse adéquate, judiciaire ou autre. Dans l'affaire *Boudaïeva et autres c. Russie*<sup>23</sup>, une coulée de boue eut lieu dans une ville russe, tuant huit personnes et causant des

---

<sup>19</sup> CourEDH, GC, 29 mars 2010, *Depalle c. France*, n° 34044/02 ; CourEDH, GC, 29 mars 2010, *Brosset-Triboulet et autres c. France*, n° 34078/02.

<sup>20</sup> CourEDH, 26 novembre 2019, *Yasar c. Roumanie*, n° 64863/13, § 59 s. ; voir aussi CourEDH, 6 février 2018, *Kristiana Ltd c. Lituanie*, n° 36184/13 ; CourEDH, 7 juin 2018, *O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd c. Irlande*, n° 44460/16.

<sup>21</sup> Pour une analyse de cette évolution, v. L.-A. Sicilianos, « Out of harm's way : positive obligations under Article 2 of the European Convention on Human Rights », dans L. Early *et al.* (eds), *The Right to Life under Article 2 of the European Convention on Human Rights. In honour of Michael O'Boyle*, The Netherlands, Wolf Legal Publishers, 2016, pp. 29-45, notamment pp. 41 s.

<sup>22</sup> CourEDH, 2004, GC, *Öneryildiz c. Turquie*, n° 48939/99.

<sup>23</sup> CourEDH, 20 mars 2008, *Boudaïeva et autres c. Russie*, n° 15339/02 et alii.

blesures et traumatismes psychiques aux requérants dont les habitations furent détruites. La Cour a donc conclu à la violation de l'article 2 d'une part, au motif que le gouvernement n'avait pas protégé la vie d'un certain nombre de personnes, d'autre part, pour défaut d'enquête judiciaire<sup>24</sup>. Dans d'autres affaires, la Cour a constaté des violations de l'article 6 de la Convention en relation avec la limitation au droit d'accès à un tribunal<sup>25</sup>, les retards d'exécution<sup>26</sup> ou la non-exécution de décisions définitives de justice tendant à la protection de l'environnement<sup>27</sup>.

Il apparaît ainsi que diverses dispositions de la Convention deviennent progressivement des outils juridiques efficaces pour la protection de l'environnement. Il en va ainsi également de l'article 10, dont la Cour, gardienne de la liberté d'expression, a également fait usage. Celui-ci comporte aussi bien le droit de s'exprimer que celui de recevoir des informations. Ce dernier point est particulièrement important dans le domaine de l'environnement. C'est ainsi que dans l'arrêt *Steel et Morris c. Royaume-Uni*<sup>28</sup>, la Cour de Strasbourg a consacré l'intérêt général à autoriser de petits groupes militants non officiels et des particuliers à contribuer au débat public par la diffusion d'informations et d'opinions sur des sujets comme la santé ou l'environnement<sup>29</sup>.

## Partie II - L'émergence progressive d'une « démocratie environnementale »

À travers tous ces exemples, on voit la Cour esquisser les traits d'une « démocratie environnementale »<sup>30</sup>, et s'assurer que l'État respecte l'obligation de garantir le droit de la population à participer au processus décisionnel en matière d'environnement (A) en leur accordant une place centrale au débat public (B).

### A. La participation au processus décisionnel en matière d'environnement

La Cour a rappelé cette obligation dans l'affaire *Tătar c. Roumanie*<sup>31</sup>. Les requérants soutenaient, en particulier, que le processus technologique utilisé par une société pour l'exploitation d'une mine d'or située à proximité de leur domicile représentait un danger pour leur vie. Suite à un accident écologique sur le site, libérant dans l'environnement des eaux de traitement contenant des cyanures, la Cour a conclu à la violation de l'article 8. La

---

<sup>24</sup> V. également CourEDH, 28 février 2012, *Kolyadenko et autres c. Russie*, n° 17423/05 et *alii* ; CourEDH, 24 juillet 2014, *Brincat et autres c. Malte*, n° 60908/11 et *alii* ; CourEDH, 17 novembre 2015, *M. Özel et autres c. Turquie*, n° 14350/05 et *alii* (violation de l'article 2 uniquement sous son volet procédural).

<sup>25</sup> CourEDH, 24 février 2009, *L'Érablière A.S.B.L. c. Belgique*, n° 49230/07.

<sup>26</sup> CourEDH, 3 mai 2011, *Apanasewicz c. Pologne*, n° 6854/07.

<sup>27</sup> CourEDH, 19 juin 2018, *Bursa Barosu Başkanlığı et autres c. Turquie*, n° 25680/05.

<sup>28</sup> CourEDH, 15 février 2005, *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, n° 68416/01.

<sup>29</sup> Dans un ordre d'idées voisin v. également CourEDH, 27 mai 2004, *Vides Aizsardzības Klubs c. Lettonie*, n° 57829/00 57829/00.

<sup>30</sup> Selon les termes de L. Boisson de Chazournes, « [Droits de l'homme et environnement : une relation évolutive](#) », discours prononcé à la Cour européenne des droits de l'homme lors du séminaire d'ouverture de l'année judiciaire, 31 janvier 2020, p. 4 [dernière consultation le 14 septembre 2020].

<sup>31</sup> CourEDH, 27 janvier 2009, *Tătar c. Roumanie*, n° 67021/01.

Cour a explicitement admis et souligné que, même si l'article 8 ne renferme aucune condition explicite de procédure, le processus décisionnel débouchant sur des mesures d'ingérence doit être équitable et respecter comme il se doit les intérêts de l'individu protégés par cet article.

Cela comporte, pour les autorités nationales, l'obligation de permettre l'accès de la population aux informations et communiquer sur les risques environnementaux lorsque cela s'avère nécessaire. Dans un arrêt de Grande chambre, *Roche c. Royaume-Uni*<sup>32</sup>, la Cour a rappelé l'obligation positive de l'État d'offrir une procédure effective et accessible, permettant au requérant d'avoir accès à l'ensemble des informations pertinentes et appropriées et donc d'évaluer tout risque auquel il aurait pu être exposé.

En outre, il s'agit également de permettre aux particuliers de se constituer en association de défense de l'environnement. Dans l'affaire *Costel Popa c. Roumanie*<sup>33</sup>, la Cour a jugé que le refus des autorités nationales d'enregistrer une association n'était pas justifié par un besoin social impérieux. Elle a conclu à la violation de l'article 11, autre disposition essentielle, relative à la liberté de réunion et d'association. En effet, l'exercice du droit de se constituer en association peut se révéler important pour se prévaloir d'un préjudice environnemental devant la Cour. Ceci amène à s'interroger sur la portée de l'intérêt pour agir ou, pour utiliser la terminologie de la Cour, sur la « qualité de victime » au titre de l'article 34 de la CEDH.

## **B. Vers un élargissement de la qualité pour agir aux fins de la protection environnementale**

Il est clair que, pour assurer l'effectivité des droits garantis, dont la Cour est particulièrement soucieuse, le statut de victime doit être accordé. Certes, la Cour ne reconnaît pas *l'actio popularis*. Toutefois, elle accorde plus largement le statut de victime au sens de l'article 34 de la Convention que les juridictions internes. Cela a permis à des requérants d'introduire des recours pour faire respecter le droit de l'environnement<sup>34</sup>. La Cour exige, cependant, un lien suffisamment fort entre les droits garantis et l'atteinte subie, étant donné que le droit à un environnement « sain et calme » n'est pas protégé par la Convention.

Dans l'arrêt *Kyrtatos c. Grèce*<sup>35</sup>, la Cour a également précisé que rien ne renvoie dans la Convention à « une protection générale de l'environnement en tant que telle ». En l'espèce, elle a considéré qu'un plan d'aménagement urbain exécuté illégalement, privant une personne de l'agrément des oiseaux et d'autres espèces protégées, ne constituait pas une violation de l'article 8. La Cour renvoie ici à la législation interne et aux instruments

---

<sup>32</sup> CourEDH, *Roche c. Royaume-Uni*, précité.

<sup>33</sup> CourEDH, 26 avril 2016, *Costel Popa c. Roumanie*, n° 47558/10.

<sup>34</sup> CourEDH, GC, 6 avril 2000, *Athanassoglou et autres c. Suisse*, n° 27644/95.

<sup>35</sup> CourEDH, 22 mai 2003, *Kyrtatos c. Grèce*, n° 41666/98, § 52.

internationaux, autres que la Convention, qu'elle estime plus adaptés à la protection générale de l'environnement. L'objectif de la Convention, quant à elle, est de protéger les droits de l'homme de chaque individu, et non les aspirations ou les besoins généraux de la communauté prise dans son ensemble. Cependant, dans l'arrêt plus récent *Cordella c. Italie*, déjà cité, la Cour adopte une position plus audacieuse. En effet, en réponse à l'exception préliminaire du gouvernement concernant le manque de la qualité de victime des requérants, la Cour – après avoir réaffirmé que le système de contrôle de la Convention ne saurait admettre *l'actio popularis* et que les dispositions de la Convention ne garantissent pas une protection générale de l'environnement en tant que tel – a jugé que :

102. Dans la présente espèce, la Cour relève que les requérants dénoncent le préjudice découlant des émissions nocives de l'usine Ilva de Tarente. Les communes touchées par ces émissions ont été identifiées par une délibération du Conseil des ministres du 30 novembre 1990 : il s'agit des villes de Tarente, Crispiano, Massafra, Montemesola et Statte, qui ont été classifiées « à haut risque environnemental ». De plus, les communes de Tarente et Statte ont été incluses parmi les SIN par un décret du ministère de l'Environnement du 10 janvier 2000.  
(...)

104. (...) la Cour rappelle que la pollution dans un secteur déterminé devient potentiellement dangereuse pour la santé et le bien-être de ceux qui y sont exposés. Il s'agit en tout cas d'une présomption, qui peut ne pas se vérifier dans un cas déterminé.

105. Il n'en reste pas moins que, en l'espèce, il ressort des éléments de preuve dont la Cour dispose que la pollution a rendu inévitablement les personnes qui y étaient exposées plus vulnérables à diverses maladies.  
(...)

107. Cette pollution a ainsi indubitablement eu des conséquences néfastes sur le bien-être des requérants concernés (voir, *a contrario*, *Kyrtatos*, précité, § 53, et voir, *mutatis mutandis*, *Fadeïeva*, précité, § 87-et § 88 et *Di Sarno*, précité, § 81).

Et la Cour de rejeter ainsi l'exception préliminaire du gouvernement<sup>36</sup>. Il s'agit, à notre sens, d'une évolution jurisprudentielle importante, qui lui permet d'approcher plus efficacement le contentieux relatif à la protection de l'environnement, en liant celui-ci à la santé et, partant, à l'intégrité physique, composante traditionnelle de la vie privée de l'individu.

---

<sup>36</sup> CourEDH, *Cordella c. Italie*, précité, § 109 ; v. également CourEDH, 27 avril 2004, *Gorraiz Lizarraga et autres c. Espagne*, n° 62543/00, § 36.

## Remarques finales

L'environnement constitue le défi majeur du 21<sup>ème</sup> siècle. L'actualité nous rappelle constamment que nous sommes désormais entrés dans l'ère de l'anthropocène, où l'on voit la nature détruite par l'homme. En témoignent les récents feux dévastateurs au Brésil ou en Australie ou encore la hausse des températures – l'été 2020 a été le plus chaud en Europe. Les attentes des citoyens sont donc particulièrement fortes et les États ont une responsabilité importante à assumer envers les générations actuelles, et surtout, futures. La Convention est un instrument vivant qui a su évoluer pour s'adapter aux défis des sociétés contemporaines. Nous n'avons aucun doute qu'elle poursuivra sur cette lancée.

Dans les années à venir, la Cour européenne pourra être amenée à se prononcer sur les questions nouvelles, telle que l'extraterritorialité de la protection de l'environnement, à l'instar de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Celle-ci a récemment rendu un avis consultatif reconnaissant ce principe<sup>37</sup>. Mais, l'urgence environnementale est telle qu'elle ne pourra agir seule. Dans ce combat pour la planète, elle ne saurait être en situation de monopole. Cette responsabilité, nous devons la partager. C'est pourquoi il est utile de conclure cet aperçu jurisprudentiel en citant deux exemples récents. Le premier, venu des Pays-Bas, concerne l'arrêt *Urgenda* rendu par la Cour suprême néerlandaise à la fin du mois de décembre 2019<sup>38</sup>. Il a eu un retentissement mondial. Dans cette affaire, la Cour suprême a imposé à l'État néerlandais de réduire les émissions de gaz à effet de serre d'au moins 25 % d'ici à la fin de 2020. Pour prendre cette décision qualifiée d'historique, la Cour suprême des Pays-Bas s'est appuyée expressément sur la Convention et la jurisprudence de notre Cour. En se rendant sur ce terrain, les juges néerlandais ont clairement rappelé que la Convention peut apporter des réponses aux problèmes de notre temps.

Le second exemple concerne une décision encore plus récente rendue par le Conseil constitutionnel français. Pour la première fois, il a élevé au rang de principe à valeur constitutionnelle la protection de l'environnement<sup>39</sup>. Ces deux décisions montrent l'indéniable complémentarité entre protection de l'environnement et droits de l'homme. C'est dans ce dessein que le Conseil de l'Europe souhaite intensifier désormais les travaux consacrés à la protection de l'environnement<sup>40</sup>. En témoignent deux Conférences importantes, organisées sous les présidences successives du Comité des ministres assurées

---

<sup>37</sup> Cour interaméricaine des droits de l'Homme, avis consultatif, 15 novembre 2017, OC-23/17.

<sup>38</sup> Pour un commentaire approfondi de l'arrêt v., parmi d'autres, O. De Schutter, « Changements climatiques et droits humains : l'affaire *Urgenda* », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, N° 123, juillet 2020, pp. 567-608.

<sup>39</sup> CC, [Décision n° 2019-823 QPC du 31 janvier 2020, Union des industries de protection des plantes](#) [Interdiction de la production, du stockage et de la circulation de certains produits phytopharmaceutiques] [dernière consultation le 14 septembre 2020].

<sup>40</sup> Cf. à ce sujet les réflexions d'E. Lambert, « Comment rendre crédible et effective la protection des droits humains écologiques par le Conseil de l'Europe? », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, N° 123, juillet 2020, pp. 609-628.

par la Géorgie<sup>41</sup> et par la Grèce<sup>42</sup>. Dans ce combat majeur, la Cour européenne prendra toute sa part.

---

<sup>41</sup> [Conférence de haut niveau – Protection environnementale et droits de l’homme](#), 27 février 2020 [dernière consultation le 14 septembre 2020].

<sup>42</sup> [Conférence internationale de haut niveau sur les droits de l’homme et la protection de l’environnement – Droits de l’homme pour la planète](#), 5 octobre 2020 [dernière consultation le 14 octobre 2020].

# La Cour européenne des droits de l'Homme face au suicide

David Szymczak\*

*En hommage à Edmond S.*

Selon les sensibilités mais aussi les nombreux auteurs qui se sont intéressés à cette question depuis l'Antiquité<sup>1</sup>, le suicide constituerait un acte suprême de liberté et d'humanité... ou, à l'inverse, la négation absolue de ces valeurs. A Baruch Spinoza pour qui « un homme libre ne pense à rien moins qu'à la mort »<sup>2</sup>, on pourrait ainsi opposer David Hume qui affirma : « Que le suicide puisse être souvent conforme à l'intérêt et à notre devoir envers nous-même, nul ne peut le contester, qui reconnaît que l'âge, la maladie ou l'infortune peuvent faire de la vie un fardeau, et la rendre pire que l'annihilation. Je crois que jamais aucun homme ne se défit d'une vie qui valait la peine d'être conservée »<sup>3</sup>. Ou encore, face à Friedrich Nietzsche pour qui « il y a un droit en vertu duquel nous pouvons ôter la vie à un homme, mais aucun qui permette de lui ôter la mort »<sup>4</sup>, on trouve, par exemple, Martin Heidegger qui ne comprend ni le suicide ni la mort qui ne sont pas « présents à l'homme tant qu'il est en vie »<sup>5</sup>. Reste qu'au-delà de ces riches débats philosophiques et éthiques, le fait de se donner la mort constitue avant tout une importante question sociale à l'échelle mondiale puisque, chaque année, plus de 800.000 personnes se suicident, ce qui constitue selon l'OMS, la treizième cause de mortalité tous âges compris et la seconde cause de mortalité chez les jeunes. Les tentatives de suicide sont, quant à elles, estimées entre dix et vingt millions chaque année<sup>6</sup>.

De prime abord, il ne semble donc guère surprenant que la Cour européenne des droits de l'homme (« CourEDH ou Cour ») ait également été appelée à se pencher sur la question du suicide. La prise en compte de ce dernier ne pouvait toutefois se faire que de façon indirecte car si la Convention garantit le droit à la vie en son article 2, elle ne prévoit pas, en tant que tel, un « droit à la mort » qui serait directement invocable par les requérants et opposable aux Etats parties<sup>7</sup>. Le fait pour un individu de se donner la mort demeure donc avant tout

---

\* Professeur de droit public, Sciences Po Bordeaux.

<sup>1</sup> Surnommé *Peisithanatos* (« celui qui pousse à la mort »), Hégésias de Cyrène conseillait ainsi le suicide, partant du principe qu'il n'y avait pas de bonheur possible et que la mort était préférable à la vie. Au III<sup>ème</sup> siècle avant notre ère, le roi Ptolémée III fit interdire ses livres, fermer son école et l'exila.

<sup>2</sup> B. Spinoza, *Éthique*, (1677), Seuil, 1988.

<sup>3</sup> D. Hume, *On Suicide*, (1777), Penguin Books, 1985.

<sup>4</sup> F. Nietzsche, *Humain, trop humain*, (1878), Galimard, 1988.

<sup>5</sup> M. Heidegger, *Sein und Zeit*, (1927), Galimard, 1986.

<sup>6</sup> Le but de la présente étude ne sera pas de s'interroger sur les causes du suicide. Pour une étude sociologique pionnière parmi les plus réputées, v. E. Durkheim, *Le Suicide* (1897), PUF, 1997, 464 p.

<sup>7</sup> V. *infra*, partie 1.

un choix personnel – de même qu’une liberté individuelle dans la plupart des Etats<sup>8</sup> – qui, en principe, ne relève pas de la garantie de la Convention et de la juridiction de la Cour de Strasbourg. Certes, dans quelques affaires, la thématique du suicide a pu apparaître de manière incidente ou factuelle, sans pour autant constituer l’objet principal du litige. Tel fut par exemple le cas dans l’arrêt *Peck*<sup>9</sup>, dans l’arrêt *A., B. et C.*<sup>10</sup> ou encore, dans l’arrêt *Morice*<sup>11</sup>. Mais là n’est évidemment pas l’essentiel...

En réalité, depuis une vingtaine d’années, la question du suicide a pu être abordée par la Cour sous deux angles nettement différents. D’une part, les évolutions sociétales des dernières décennies – relayées par les revendications de certains requérants – ont logiquement poussé la juridiction strasbourgeoise à devoir se prononcer sur l’existence d’un « droit au suicide » qui serait garanti par la Convention et, plus précisément, sur celle d’un droit à l’euthanasie et/ou au suicide assisté. D’autre part, le « volet négatif » du droit à la vie (*i. e.* l’obligation pour les Etats de ne pas tuer) s’est vu complété, à partir de la fin des années quatre-vingt-dix, d’un « volet positif » (*i. e.* l’obligation pour les Etats de protéger la vie des personnes placées sous leur juridiction). Ce qui a considérablement enrichi la portée du droit à la vie et a conduit la Cour à intégrer le suicide dans le champ de l’obligation de prévention imposée aux Etats parties sur le fondement de l’article 2 de la Convention. En vertu de ces évolutions, un double mouvement semble alors se dessiner, la Cour de Strasbourg étant tantôt appelée à « accompagner » le suicide, tantôt à le « prévenir ». Mais alors que le premier mouvement révèle toujours de fortes ambiguïtés (I), le second nous semble dans l’immédiat encore inabouti, la jurisprudence européenne concernant à titre principal les personnes privées de libertés et ne s’étant que très peu penchée sur les autres (II).

### **Partie I - Convention européenne et accompagnement du suicide: l’épineuse question de l’euthanasie, du suicide assisté et de l’arrêt des soins**

Sans doute eût elle préféré ne pas avoir à s’engager sur ce terrain hautement glissant, qui tout en revoyant à la conscience de chacun, soulève des débats passionnés et des prises de position particulièrement tranchées, tant entre les Etats qu’au sein même de ceux-ci. Il était toutefois difficile, pour ne pas dire impossible, pour la Cour de laisser durablement dans l’ombre les questions relatives à la fin de vie. Ce qui l’a conduit à consacrer, de façon

---

<sup>8</sup> En France, par exemple, la dépenalisation du suicide a été décidée sous la Révolution (1791) et le suicide n’est plus réprimé depuis le Code Napoléon (1810). La loi du 31 décembre 1987 condamne toutefois la provocation au suicide. La dépenalisation a été plus tardive dans certains Etats, à l’instar du Royaume-Uni (1963).

<sup>9</sup> CourEDH, 28 janvier 2003, *Peck c. Royaume-Uni*, n° 44647/98 (concernant l’exploitation d’une vidéosurveillance ayant filmé une tentative de suicide).

<sup>10</sup> CourEDH, GC, 16 décembre 2010, *A., B. et C. c. Irlande*, n° 25579/05 (concernant le refus de consacrer un droit à l’avortement sur le fondement de la Convention, prise en compte dans le raisonnement du risque de suicide chez la femme à qui l’on refuse la possibilité d’avorter).

<sup>11</sup> CourEDH, GC, 23 avril 2015, *Morice c. France*, n° 29369/10 (concernant les défaillances de l’enquête judiciaire sur le « suicide » du juge Borrel à Djibouti).

ambiguë, un droit de choisir sa mort (A) et à se prononcer, de façon tardive, sur le droit à laisser mourir (B).

### A. La consécration ambiguë d'un droit de choisir sa mort

« Le suicide est-il un droit de l'Homme ? ». C'est la question en apparence iconoclaste que posait le philosophe Jacques Ricot dans un petit ouvrage paru en 2015<sup>12</sup>... avant de conclure, en substance, que si le suicide constituait bien une liberté individuelle, il serait risqué d'en faire un acte que la Société approuve, *a fortiori* un « droit-créance » ou un « droit opposable ». Répondant de la sorte à André Comte-Sponville<sup>13</sup> qui avait pris position un peu plus tôt en faveur d'un « droit à mourir », *i. e.* pour une légalisation du suicide assisté et de l'euthanasie en France, Jacques Ricot estimait plus spécifiquement que la question soulevée n'était « pas celle du désir de suicide exprimé par des individus, désir qui demeure de l'ordre de la décision intime et souvent énigmatique où il est bien délicat de tracer une ligne de partage entre la détresse existentielle, le désarroi psychique et la volonté de toute-puissance. Le problème posé est alors celui du sens de la réponse sociale à une telle demande ». On le sait cependant, ce débat classique avait déjà eu lieu, près de quinze ans auparavant, devant le prétoire de la Cour de Strasbourg à l'occasion de la célèbre affaire *Pretty* de 2002<sup>14</sup>.

A l'origine de cette affaire, une requérante était en train de mourir d'une maladie neurodégénérative incurable entraînant une paralysie de ses muscles. Étant donné que la phase terminale de la maladie entraînait souffrances et perte de dignité, elle souhaitait pouvoir choisir le moment et les modalités de sa mort. Sa maladie l'empêchant toutefois de se suicider sans aide, elle désirait pouvoir obtenir l'assistance de son époux. Or, si le droit anglais ne considère plus le suicide comme une infraction depuis 1963, il réprime le fait d'aider autrui à se suicider. Devant la Cour, la requérante se plaignait donc du refus des autorités britanniques de prendre l'engagement que son mari ne serait pas poursuivi s'il l'aidait à mettre fin à ses jours. Prudemment, quoique logiquement compte tenu de l'absence de consensus au sein des Etats parties sur la question du suicide assisté, la Cour va conclure à la non-violation de l'article 2 de la Convention, estimant que cette disposition ne saurait, « sans distorsion de langage, être interprétée comme conférant un droit diamétralement opposé, à savoir un droit à mourir ». Mais tout en refermant une porte sur le terrain de l'article 2, la Cour va en ouvrir une autre sur celui de l'article 8. L'arrêt *Pretty* est en effet célèbre pour avoir consacré, pour la première dans la jurisprudence européenne, la notion « d'autonomie personnelle » (§ 61) conçue comme un droit à l'autodétermination

---

<sup>12</sup> J. Ricot, *Le suicide est-il un droit de l'homme ?*, M-Editer, 2015, 44 p.

<sup>13</sup> A. Comte-Sponville, « Le droit de mourir », *Le Monde des Religions*, n° 59, 1<sup>er</sup> mai 2013. Après avoir cité Montaigne qui avait écrit « de même que je ne viole pas les lois qui sont faites contre les voleurs quand je prends de l'argent dans ma bourse, je ne suis pas tenu aux lois faites contre les meurtriers pour m'avoir ôté la vie » (Essais, II, 3), l'auteur conclut que « nul n'est tenu d'être d'accord avec Montaigne. Mais de quel droit l'État vient-il limiter ma liberté, quand elle ne porte pas atteinte à celle des autres ? ».

<sup>14</sup> CourEDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02.

et, plus précisément ici, comme un droit à disposer librement de son corps<sup>15</sup>. Sans conclure en l'espèce à une violation de l'article 8, la Cour va donc néanmoins admettre l'applicabilité de cette disposition et l'existence d'une ingérence dans le droit à la vie privée de la requérante de la part des autorités britanniques.

Une telle position sera par la suite confirmée dans l'arrêt *Haas* de 2011<sup>16</sup>, affaire qui soulevait la question de savoir si, en vertu du droit au respect de la vie privée, un Etat devait faire en sorte qu'une personne malade souhaitant se suicider puisse obtenir une substance létale sans ordonnance médicale, par dérogation à la législation interne, afin qu'elle puisse mourir sans douleur et sans risque d'échec. Le requérant, qui souffrait depuis vingt ans d'un grave trouble affectif bipolaire et considérait qu'il ne pouvait plus vivre de manière digne, soutenait que son droit de mettre fin à ses jours de manière sûre et digne n'était pas respecté en Suisse, en raison des conditions requises – qu'il ne remplissait pas – pour obtenir la substance en question. Confirmant l'applicabilité de l'article 8 reconnue dans l'arrêt *Pretty*, la Cour va énoncer de façon plus nette encore « que le droit d'un individu de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin, à condition qu'il soit en mesure de former librement sa volonté à ce propos et d'agir en conséquence, est l'un des aspects du droit au respect de sa vie privée au sens de l'article 8 de la Convention » (§ 51). Pour autant, la Cour conclut une nouvelle fois à la non-violation de cette disposition, estimant que « même à supposer que les États aient une obligation positive d'adopter des mesures permettant de faciliter la commission d'un suicide dans la dignité, les autorités suisses n'avaient pas méconnu cette obligation en l'espèce », l'exigence d'une ordonnance médicale, délivrée sur le fondement d'une expertise psychiatrique complète, étant un moyen permettant de satisfaire à l'obligation pesant sur les États de mettre en place une procédure propre à assurer qu'une décision de mettre fin à sa vie corresponde bien à la libre volonté de l'intéressé.

Une troisième pierre va être ajoutée à l'édifice par l'arrêt *Koch* de 2012<sup>17</sup> qui présente l'intérêt non seulement de rappeler l'applicabilité de l'article 8 mais aussi de reconnaître pour la première fois sa violation. Pour autant, la prudence reste de mise : la violation en question est exclusivement procédurale et découle du refus des juridictions allemandes d'examiner au fond la demande de la requérante, qui souffrait d'une tétraplégie complète, d'obtenir l'autorisation de se procurer le médicament qui lui aurait permis de se suicider à son domicile. Quant au volet matériel du grief, la Cour européenne estime en revanche qu'il appartenait avant tout aux juridictions allemandes d'examiner le fond de la demande, compte tenu en particulier du fait qu'il n'y a aucun consensus parmi les États membres du Conseil de l'Europe sur la question de savoir s'il fallait ou non autoriser une forme quelconque de suicide assisté.

---

<sup>15</sup> V. H. Hurpy, *Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européenne*, Bruylant, 2015, 1022 p.

<sup>16</sup> CourEDH, 20 janvier 2011, *Haas c. Suisse*, n° 31322/07.

<sup>17</sup> CourEDH, 19 juillet 2012, *Koch c. Allemagne*, n° 497/09.

Enfin, l'arrêt *Gross*, dernière affaire en date dans laquelle la Cour a eu l'occasion de se prononcer sur la question du suicide assisté est doublement original. D'une part, parce que la requérante qui demandait à obtenir une aide pour mourir ne souffrait d'aucune pathologie particulière. Et, d'autre part, parce que l'affaire, on s'en souvient peut-être, a donné lieu à un spectaculaire rebondissement. En 2013, une chambre de sept juges avait en effet conclu, à la majorité, à une violation de l'article 8, jugeant que le droit suisse ne définissait pas avec suffisamment de clarté les conditions dans lesquelles le suicide assisté était autorisé. En 2014<sup>18</sup>, la Grande chambre va cependant invalider ce jugement, déclarant même la requête irrecevable. Entre temps, la Cour avait en effet été informée par la Suisse que la requérante était décédée dès 2011 et qu'elle avait pris des précautions spécifiques pour éviter que la nouvelle de son décès ne fût révélée, afin d'empêcher que la Cour ne mette fin à la procédure. Estimant que Mme Gross avait entendu l'induire en erreur relativement à une question portant sur la substance même de son grief, la Grande chambre conclut donc à un abus du droit de recours individuel. Et elle s'empresse d'ajouter que les conclusions de la chambre dans son arrêt du 14 mai 2013, qui n'est jamais devenu définitif, ont perdu toute validité juridique.

L'invalidation de l'arrêt *Gross* ne pourra cependant faire oublier l'audacieuse affirmation figurant au § 58 de l'arrêt de chambre selon laquelle « dans l'ère de sophistication médicale croissante combinée à l'allongement de l'espérance de vie, beaucoup de personnes ont le souci de ne pas être forcées de s'attarder dans la vieillesse ou dans des états de décrépitude physique ou mentale qui contredisent des convictions bien ancrées sur l'identité personnelle ». La Cour n'ayant toutefois plus rendu d'arrêt au fond sur la question du suicide assisté depuis cette date<sup>19</sup>, sa jurisprudence semble actuellement figée dans un « entre-deux », dont il n'est pas évident qu'elle sorte à court terme, compte tenu notamment de sa volonté actuelle de ménager la susceptibilité des Etats parties et d'asseoir l'acceptabilité de ses arrêts<sup>20</sup>. Autant dire que si le droit de choisir librement sa mort semble désormais solidement consacré par la jurisprudence européenne, sa portée effective – *i. e.* les garanties autres que procédurales qui en découleraient pour les requérants – demeure encore aléatoire et pour tout dire assez symbolique. En toute hypothèse, il semble très peu vraisemblable que, dans les temps à venir, la Cour de Strasbourg choisisse de s'appuyer sur le droit à l'autonomie personnelle en vue d'imposer à l'ensemble des Etats parties une obligation de légaliser (ou de dépénaliser) l'euthanasie et/ou le suicide assisté<sup>21</sup>, chacun se

<sup>18</sup> CourEDH, GC, 30 septembre 2014, *Gross c. Suisse*, n° 67810/10.

<sup>19</sup> Dans l'affaire *Nicklinson et Lamb c. Royaume-Uni* (CourEDH, Déc. du 23 juin 2015, n° 2478/15 et 1787/15), les requêtes ont été déclarées irrecevables.

<sup>20</sup> V. par ex. D. Szymczak, « La Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme, une instance de protection des Etats ? », *Mélanges en l'honneur de Patrick Wachsmann*, [à paraître].

<sup>21</sup> V. en ce sens CourEDH, *Nicklinson et Lamb c. Royaume-Uni*, préc. Alors que le requérant estimait que le juge interne aurait du pouvoir se prononcer sur l'interdiction de l'euthanasie, la Cour estime que la « Convention n'impose aucune obligation procédurale qui commanderait aux juridictions internes d'examiner le bien-fondé d'un grief relatif à la législation primaire » et ajoute que « le Parlement est mieux placé pour prendre une décision sur ce sujet à la lumière des questions éthiques, philosophiques et sociales sensibles qu'il soulève ».

trouvant finalement ramené, *via* la marge nationale d'appréciation, à ses propres choix sociétaux et éthiques.

## **B. La consécration tardive d'un droit à laisser mourir**

En lien avec la question précédente, tout en s'éloignant un peu de la question du suicide<sup>22</sup>, la Cour a également été appelée à se prononcer, assez récemment, sur le « droit à laisser mourir ». Dans le célèbre arrêt *Lambert* de 2015<sup>23</sup>, les requérants étaient les parents d'un jeune homme, Vincent Lambert, rendu tétraplégique à la suite d'un accident de la circulation. Ils dénonçaient un arrêt rendu le 24 juin 2014 par le Conseil d'État français qui, au vu des résultats d'une expertise médicale confiée à un collège de trois médecins, avait jugé légale la décision prise, le 11 janvier 2014, par le médecin en charge de M. Lambert, de mettre fin à son alimentation et hydratation artificielles. Ce qui revenait, non pas à « l'aider à mourir » comme dans les précédentes affaires citées mais plutôt à « le laisser mourir ». A l'inverse de la femme de Vincent Lambert qui ne souhaitait plus qu'on maintienne son époux artificiellement en vie, les requérants estimaient que l'arrêt de l'alimentation et de l'hydratation artificielles serait contraire à l'article 2 de la Convention. Après avoir prononcé une mesure provisoire en 2014<sup>24</sup>, la Cour conclut, au fond, à la non-violation de l'article 2 en cas de mise en œuvre de la décision du Conseil d'État par les autorités médicales.

A cette fin, elle commence par constater qu'il n'existe pas de consensus entre les États parties pour permettre l'arrêt d'un traitement maintenant artificiellement la vie et qu'il convient donc de leur accorder une large marge d'appréciation. Plus spécifiquement, elle considère que les dispositions de la loi Léonetti du 22 avril 2005<sup>25</sup>, telles qu'interprétées par le Conseil d'État, constituent un cadre législatif suffisamment clair pour encadrer de façon précise la décision des médecins. S'affirmant pleinement consciente de l'importance des problèmes soulevés par cette affaire « qui touche à des questions médicales, juridiques et éthiques de la plus grande complexité », elle prend par ailleurs soin de rappeler que, dans les circonstances de l'espèce, c'est en premier lieu aux autorités internes qu'il appartenait de vérifier la conformité de la décision d'arrêt des traitements au droit interne et à la Convention, ainsi que d'établir les souhaits du patient conformément à la loi nationale. Dès lors, le rôle de la Cour se borne à examiner le respect par l'État de ses obligations positives découlant de l'article 2. A cet égard, elle parvient donc à la conclusion que la présente affaire « avait fait l'objet d'un examen approfondi où tous les points de vue avaient pu s'exprimer et où tous les aspects avaient été mûrement pesés, tant au vu d'une expertise médicale détaillée que d'observations générales des plus hautes instances médicales et éthiques ».

---

<sup>22</sup> Dans la mesure où la personne concernée non seulement n'est pas en capacité de mettre fin elle-même à ses jours mais n'a pas non plus forcément pu exprimer formellement son intention de mourir.

<sup>23</sup> CourEDH, GC, 5 juin 2015, *Lambert et autres c. France*, n° 46043/14.

<sup>24</sup> CourEDH, 24 juin 2014, *Lambert et autres c. France*, n° 46043/14.

<sup>25</sup> Complétée depuis par la loi Claeys du 2 février 2016.

On le comprend, ce « droit à laisser mourir » tel qu’indirectement consacré sur le fondement de l’article 2 repose avant tout sur un principe de subsidiarité largement revivifié par la Cour ces dernières années. Conditionné par la clarté du cadre législatif national relatif à la cessation des soins, par le caractère minutieux du processus médical et judiciaire, ainsi que par la possibilité pour les proches d’exprimer leur position, il ne saurait donc être « absolu » au risque de regrettables dérives. Depuis cet arrêt, il convient de noter que deux autres affaires ont largement confirmé la position strasbourgeoise. D’une part, la décision *Gard* de 2017<sup>26</sup> concernant l’arrêt de la mise sous respiration artificielle d’un bébé atteint d’une maladie génétique rare et mortelle et, d’autre part, la décision *Afiri et Biddari* de 2018<sup>27</sup> concernant l’arrêt des traitements maintenant en vie une jeune fille, âgée de quatorze ans, dans un état végétatif à la suite d’un arrêt cardio-respiratoire. Si ces affaires se soldent toutes deux par une irrecevabilité pour défaut manifeste de fondement, le cadre législatif comme le processus décisionnel interne ayant été jugés suffisamment convaincants par la Cour, la première espèce présentait tout de même l’intérêt de confirmer l’extrême prudence du juge de Strasbourg sur la question de l’accès aux soins expérimentaux pour les patients en phase terminale<sup>28</sup>, tandis que la seconde lui a donné l’occasion de réfuter un quelconque « pouvoir de codécision » des parents dans le cadre de la procédure collégiale, lorsque ces derniers sont en désaccord avec l’aboutissement du processus décisionnel engagé par les médecins.

Enfin, à la frontière du « droit à mourir » et du « droit à laisser mourir », on surveillera avec attention l’affaire *Mortier*, actuellement communiquée au gouvernement belge<sup>29</sup>, qui concerne l’euthanasie de la mère du requérant, atteinte de dépression chronique, effectuée par un docteur à l’insu de l’intéressé et de sa sœur. Invoquant l’article 2 de la Convention, le requérant allègue que la Belgique a failli à ses obligations positives de protéger la vie de sa mère dans la mesure où la procédure prévue par la loi du 28 mai 2002 relative à l’euthanasie n’aurait pas été respectée en l’espèce, de sorte que les garanties qu’elle prévoit étaient tout à fait illusoire. Il invoque également en substance une violation du volet procédural de l’article 2 eu égard à l’absence d’enquête approfondie et effective sur les faits qu’il a dénoncés. Plus précisément, le requérant se plaint en effet du manque d’indépendance de la commission fédérale de contrôle et d’évaluation – chargée de vérifier le respect des conditions de la loi de 2002 – dans la mesure où le docteur D. qui avait procédé à l’euthanasie était également co-président de cette commission ; et que, quelques semaines avant son décès, la mère du requérant avait fait un don de 2.500 euros au profit de l’association dont D. était président. A défaut de « fixer » définitivement sa jurisprudence relative au suicide assisté, l’affaire *Mortier* pourrait donc potentiellement donner l’occasion à la Cour d’en prévenir certains abus.

<sup>26</sup> CourEDH, Déc., 27 juin 2017, *Gard et autres c. Royaume-Uni*, n° 39793/17.

<sup>27</sup> CourEDH, Déc., 23 janvier 2018, *Afiri et Biddari*, n° 1828/18.

<sup>28</sup> V. précédemment CourEDH, 13 novembre 2012, *Hristozov et autres c. Bulgarie*, n° 47039/11 et n° 358/12 ; CourEDH, 6 mai 2014, *Nivio Durisotto c. Italie*, n° 62804/13.

<sup>29</sup> CourEDH, *Mortier c. Belgique*, n° 78017/17, requête communiquée au gouvernement belge le 3 décembre 2018.

## **Partie II – Convention européenne et prévention du suicide: une protection spécifique mais inaboutie pour les personnes vulnérables**

Au titre de l'obligation positive qui pèse désormais sur les Etats parties de protéger la vie des personnes placées sous leur juridiction<sup>30</sup>, la Cour de Strasbourg a consacré un devoir de protéger la personne « contre elle-même ». Un Etat n'ayant logiquement pas la capacité de prévenir l'ensemble des suicides commis sur son territoire, un tel devoir ne saurait cependant être absolu et intervient, selon la Cour, dans « certaines circonstances bien définies »<sup>31</sup>. Si l'accent a logiquement été mis sur les personnes jugées vulnérables, la jurisprudence européenne pertinente montre néanmoins que sont principalement concernées par cette garantie les personnes privées de liberté (A), les autres cas de suicide n'ayant pas (encore ?) donné lieu à des développements réellement significatifs (B).

### **A. La prévention du suicide concernant les personnes privées de liberté**

Sur la base du « volet positif » de l'article 2 de la Convention, les Etats parties peuvent donc se voir assigner une obligation de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique visant à protéger l'individu « contre lui-même ». Depuis les arrêts *Tanribilir* de 2000<sup>32</sup> et *Keenan* de 2001<sup>33</sup>, la Cour de Strasbourg accorde logiquement une attention particulière aux personnes privées de liberté, dans la mesure où elles se trouvent du fait de leur situation spécifique dans une position de particulière vulnérabilité, étant entièrement « soumises » aux autorités de l'Etat partie. Sont principalement visées par cette jurisprudence protectrice, outre les personnes qui se trouvent en détention (dans l'attente de leur procès ou en vue de purger leur peine), celles qui seraient privées de leur liberté dans le cadre d'une garde-à-vue<sup>34</sup>, d'une hospitalisation psychiatrique<sup>35</sup> mais aussi, selon nous, les étrangers, migrants ou demandeurs d'asile, qui feraient l'objet d'une mesure de rétention administrative<sup>36</sup>.

Déjà très développée, notamment en ce qui concerne le suicide en prison – ce qui témoigne d'ailleurs de l'acuité du problème – la jurisprudence européenne s'efforce tant bien que mal de préserver un double équilibre. Du point de vue des détenus tout d'abord, la Cour de Strasbourg a souvent eu l'occasion de préciser que les autorités pénitentiaires devaient s'acquitter de leurs tâches (*i. e.* la prévention du suicide) « de manière compatible avec les droits et libertés de l'individu concerné ». Autrement dit, si des mesures et précautions

<sup>30</sup> V. CourEDH, 9 juin 1998, *L.C.B. c. Royaume-Uni*, n° 23413/94.

<sup>31</sup> V. par ex. CourEDH, 16 septembre 2008, *Renolde c. France*, n° 5608/05.

<sup>32</sup> CourEDH, 16 novembre 2000, *Tanribilir c. Turquie*, n° 21422/93.

<sup>33</sup> CourEDH, 3 avril 2001, *Keenan c. Royaume-Uni*, n° 27229/95.

<sup>34</sup> V. CourEDH, 16 novembre 2000, *Tanribilir c. Turquie*, préc. ; CourEDH, 18 octobre 2005 *Akdoğan c. Turquie*, n° 46747/99 ; CourEDH, Déc., 26 septembre 2013, *Robineau c. France*, n° 58497/11 ; et CourEDH, 17 octobre 2013, *Keller c. Russie*, n° 26824/04.

<sup>35</sup> V. CourEDH, 13 mars 2012, *Reynolds c. Royaume-Uni*, n° 2694/08 ; CourEDH, 22 novembre 2016, *Hiller c. Autriche*, n° 1967/14 ; et CourEDH, GC, 31 janv. 2019, *Fernandes de Oliveira c. Portugal*, n° 78103/14.

<sup>36</sup> Même si à notre connaissance il n'y a pas encore eu d'arrêt de la Cour de Strasbourg relatif à des cas de suicide dans un centre de rétention, alors même que ces derniers semblent malheureusement assez fréquents.

générales peuvent être prises afin de diminuer les risques d'automutilation, elles ne doivent en principe pas empiéter sur l'autonomie individuelle des détenus<sup>37</sup>. Du point de vue des Etats ensuite, la Cour rappelle tout aussi régulièrement qu'il convient d'« interpréter l'obligation positive de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu contre lui-même de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif. Toute menace présumée contre la vie n'oblige pas les autorités, au regard de la Convention, à prendre des mesures concrètes pour en prévenir la réalisation »<sup>38</sup>. Dès lors, tandis que le premier équilibre semble parfois être de nature à placer les Etats parties face à un dilemme des plus complexes, le second permet de relâcher l'étreinte strasbourgeoise en ne les rendant pas automatiquement responsables de tous les suicides survenus en prison.

Il en résulte une jurisprudence particulièrement casuistique, ce d'autant que la question de savoir s'il convient, au-delà des mesures générales de prévention, de prendre des mesures plus strictes à l'égard d'un détenu en particulier (et s'il est raisonnable de les appliquer), dépendra étroitement des circonstances de l'affaire<sup>39</sup>. En principe, toute la question est en effet de déterminer si les autorités savaient ou auraient dû savoir qu'il existait pour la vie d'un individu donné un risque réel et immédiat<sup>40</sup>, déclenchant l'obligation de prendre des mesures préventives adéquates. Pour essayer d'en juger, la Cour de Strasbourg tiendra compte d'un certain nombre de paramètres, notamment les antécédents de troubles mentaux<sup>41</sup>, la gravité de la maladie mentale de la personne détenue<sup>42</sup>, l'existence de tentatives de suicide ou d'actes d'auto-agression antérieurs<sup>43</sup>, les pensées ou menaces suicidaires<sup>44</sup>, les comportements instables ou alarmants<sup>45</sup> ou, plus largement, les signes de détresse physique ou mentale<sup>46</sup>. Si l'une ou plusieurs de ces hypothèses sont avérées, les autorités pénitentiaires devront alors prendre des mesures spécifiques, comme un suivi médico-psychiatrique régulier du détenu, une surveillance accrue par les gardiens ou par les codétenus, des mesures de fouille plus fréquentes permettant de confisquer les objets dangereux ou encore, la fourniture de draps et de vêtements indéchirables de façon à prévenir les risques de pendaisons.

Partant, il apparaît que la responsabilité d'un Etat pourra être mise en jeu dans deux hypothèses principales, qui correspondent en définitive aux deux éléments qu'examine

<sup>37</sup> Ceci étant, l'administration d'un traitement médicamenteux approprié en vue de prévenir les risques suicidaires d'un détenu ne constitue *a priori* pas une atteinte à l'article 3 de la Convention. V. CourEDH, 10 février 2004, *Gennadiy Naumenko c. Ukraine*, n° 42023/98.

<sup>38</sup> V. par ex. CourEDH, 19 juillet 2012, *Ketreb c. France*, n° 38447/09, § 72.

<sup>39</sup> CourEDH, 3 avril 2001, *Keenan c. Royaume-Uni*, préc.

<sup>40</sup> Souligné par l'auteur.

<sup>41</sup> V. par ex. CourEDH, 13 décembre 2012, *Volk c. Slovénie*, n° 62120/09.

<sup>42</sup> V. par ex. CourEDH, 24 avril 2014, *Perevedentsevy c. Russie*, n39583/05.

<sup>43</sup> V. par ex. CourEDH, 16 septembre 2008, *Renolde c. France*, préc ; CourEDH, 19 juillet 2012, *Ketreb c. France*, préc. ; CourEDH, 9 octobre 2012, *Çoşelav c. Turquie*, n° 1413/07.

<sup>44</sup> V. par ex. CourEDH, 13 mars 2012, *Reynolds c. Royaume-Uni*, préc.

<sup>45</sup> V. par ex. CourEDH, 7 juin 2005, *Kılıç et autres c. Turquie*, n° 40145/98.

<sup>46</sup> V. par ex. CourEDH, GC, 31 janv. 2019, *Fernandes de Oliveira c. Portugal*, préc. § 115.

traditionnellement la Cour : d'une part, lorsqu'il aura manqué d'emblée à identifier un risque suicidaire pourtant prévisible<sup>47</sup> et, d'autre part, lorsqu'il l'aura identifié mais n'en aura tiré aucune conséquence en matière de suivi spécifique du détenu<sup>48</sup>. Inversement, dans l'hypothèse d'un suicide réellement imprévisible ou si l'Etat semble avoir fait son maximum en vue de prévenir ce risque, il échappera en principe à une condamnation<sup>49</sup>. Ceci étant, il est délicat « d'anticiper » le niveau d'exigence de la Cour (ainsi que la suffisance des mesures mises en place par les Etats), lequel pourra logiquement varier d'une affaire à l'autre, en lien avec les circonstances particulières de la cause<sup>50</sup>. En l'état actuel de la jurisprudence, il apparaît toutefois que des tentatives de suicide qui n'ont pas débouché sur la mort du détenu ne pourront pas donner lieu à un constat de violation de l'article 2<sup>51</sup> mais engageront uniquement la responsabilité de l'Etat sur le fondement de l'article 3, le manquement des autorités à fournir des soins médicaux adéquats et/ou à prendre les mesures propres à empêcher des tentatives de suicide pouvant en effet s'analyser en un traitement inhumain et dégradant<sup>52</sup>. Le plus souvent « alternatives »<sup>53</sup>, les condamnations sur le fondement des articles 2 et 3 peuvent cependant être parfois « cumulatives », en particulier dans le cas d'un suicide survenu à la suite du placement d'un détenu « fragile » à l'isolement<sup>54</sup>.

La jurisprudence relative aux suicides survenus durant une hospitalisation psychiatrique est très proche de celle sur le suicide en détention, l'Etat étant là encore tenu à une double obligation positive : d'une part, disposer d'un cadre réglementaire imposant aux hôpitaux d'adopter des mesures générales appropriées pour protéger la vie des patients et, d'autre part, prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu contre lui-même. L'originalité tient cependant au fait que les mesures spécifiques requises (et le niveau d'exigence de la Cour) pourront varier selon qu'il s'agit d'une hospitalisation avec ou sans consentement. Ainsi, dans l'affaire *Fernandes de Oliveira*<sup>55</sup>, la Cour précise que « dans le cas de patients hospitalisés en exécution d'une ordonnance judiciaire, et donc sans leur consentement, la Cour peut, dans sa propre appréciation, appliquer un critère de contrôle plus strict » (§ 124). Ce qu'elle ne fait cependant pas en l'espèce, le patient

<sup>47</sup> V. par ex CourEDH, 4 février 2016, *Isenc c. France*, n° 58828/13 (absence de contrôle médical du fils du requérant lors de son admission) ; ou CourEDH, 30 juin 2020, *Frick c. Suisse*, n° 23405/16.

<sup>48</sup> V. par ex. CourEDH, 1<sup>er</sup> juin 2010, *Jasinska c. Pologne*, n° 28326/05 ; CourEDH, 14 février 2012, *Shumkova c. Russie*, n° 9262/06 ; ou CourEDH, 9 octobre 2012, *Çoşelav c. Turquie*, préc.

<sup>49</sup> V. par ex. CourEDH, 13 décembre 2012, *Volk c. Slovaquie*, préc. ; CourEDH, 22 janvier 2013, *Mitić c. Serbie*, n° 31963/08 ; CourEDH, 8 octobre 2015, *Sellal c. France*, n° 32432/13 ; ou CourEDH, Déc., 26 septembre 2017, *Ouafi c. France*, n° 42571/14.

<sup>50</sup> V. par ex. CourEDH, 6 décembre 2011, *De Donder et de Clippel c. Belgique*, n° 8595/06 (si le détenu ne présentait aucun signe de risque suicidaire, ses troubles mentaux aurait dû conduire à son placement dans l'annexe psychiatrique de la prison).

<sup>51</sup> V. récemment CourEDH, 31 mars 2020, *Jeanty c. Belgique*, n° 82284/17. Dans son opinion dissidente, le juge Pinto de Albuquerque estime pourtant qu'une tentative pourrait s'analyser en une violation de l'article 2.

<sup>52</sup> V. par ex. CourEDH, 11 juillet 2006, *Rivière c. France*, n° 33834/03 ; CourEDH, 20 janvier 2009, *Güveç c. Turquie*, n° 70337/01.

<sup>53</sup> V. CourEDH, 3 avril 2001, *Keenan c. Royaume-Uni*, préc. ; CourEDH, 31 mars 2020, *Jeanty c. Belgique*, préc.

<sup>54</sup> CourEDH, 16 septembre 2008, *Renolde c. France*, préc. ; CourEDH, 19 juillet 2012, *Ketreb c. France*, préc.

<sup>55</sup> CourEDH, GC, 31 janvier 2019, *Fernandes de Oliveira c. Portugal*, préc.

hospitalisé l'ayant été avec son consentement. La pertinence d'une telle distinction est très critiquée par le juge Pinto de Albuquerque qui ne voit « pas la raison de nature à motiver cette différence de traitement » et estime « que la majorité ne fait pas même l'effort d'en fournir une », alors que l'arrêt de Grande chambre contredit la décision unanime de la chambre pour qui « que l'hospitalisation ait été consentie ou non, et dans la mesure où le patient admis avec son consentement est sous la responsabilité et la surveillance de l'hôpital, les obligations de l'État doivent être les mêmes. Affirmer le contraire reviendrait à priver les patients hospitalisés avec leur consentement de la protection de l'article 2 de la Convention »<sup>56</sup>.

Enfin, et quelle que soit le motif de la privation de liberté, l'article 2 comporte aussi une importante obligation positive procédurale : celle de mener une enquête effective sur les circonstances du suicide et sur les éventuelles défaillances des pouvoirs publics. Selon les cas, un Etat pourra donc faire l'objet d'une double condamnation sur le fondement des volets matériel et procédural de l'article 2 de la Convention<sup>57</sup> ou uniquement sur le fondement de l'un ou de l'autre de ces volets<sup>58</sup>. Pour pouvoir être considérée comme effective, la Cour a d'ailleurs précisé qu'une enquête sur un suicide devait être suffisamment « ouverte au public » afin d'en garantir la transparence, ce qui implique que la famille du défunt soit suffisamment associée à l'enquête et soit régulièrement informée de ses résultats<sup>59</sup>. Tel n'est pas le cas s'agissant de requérants qui n'ont été informés de la mort de leur fils que treize jours après son décès, « ce qui les a empêchés de prendre part aux premiers moments de l'enquête, pourtant cruciaux », les investigations n'ayant au demeurant jamais tenté de déterminer les causes du suicide ou la part de responsabilité des autorités pénitentiaires<sup>60</sup>.

Si elle peut être largement saluée, la jurisprudence européenne sur le suicide des personnes privées de liberté présente tout de même quelques limites en termes d'effectivité. La première tient selon nous au critère du « risque réel et immédiat » de suicide, seul à même de déclencher les obligations spécifiques de prévention à la charge des Etats. Si la première condition peut parfaitement se comprendre, les autorités nationales ne pouvant être tenue pour responsable de l'imprévisibilité du comportement humain, la seconde revient à se focaliser sur l'imminence du risque de passage à l'acte, y compris pour les détenus les plus fragiles et/ou souffrant de troubles mentaux<sup>61</sup>. Or, un détenu suicidaire ne laisse pas toujours transparaître les signes d'un prochain passage à l'acte, voire cherchera à les dissimuler de façon à obtenir un relâchement des mesures de surveillance. Autrement dit, le critère de l'imminence du risque, qui le plus souvent ne pourra d'ailleurs se juger

---

<sup>56</sup> CourEDH, 28 mars 2017, *Fernandes de Oliveira c. Portugal*, § 73.

<sup>57</sup> V. par ex. CourEDH, 9 octobre 2012, *Çoşelav c. Turquie*, préc.

<sup>58</sup> V. par ex. CourEDH, 6 décembre 2011, *De Donder et de Clippel c. Belgique*, préc. (violation sur le fondement du volet matériel mais pas du volet procédural) ; ou à l'inverse, CourEDH, 5 juillet 2005, *Troubnikov c. Russie*, n° 49790/99 (violation sur le fondement du volet procédural mais pas du volet matériel).

<sup>59</sup> CourEDH, 5 juillet 2005, *Troubnikov c. Russie*, préc.

<sup>60</sup> CourEDH, 9 octobre 2012, *Çoşelav c. Turquie*, préc.

<sup>61</sup> V. par ex. CourEDH, 3 avril 2001, *Keenan c. Royaume-Uni*, préc. (risque jugé réel... mais pas immédiat).

« qu'après coup », présente certes l'intérêt de ne pas faire peser un fardeau excessif sur les Etats, mais peut apparaître largement contreproductif du point de vue de la vigilance attendue des autorités de l'Etat. A tel point qu'il conviendrait peut-être de ne conserver que le risque réel de passage à l'acte, de façon à encourager l'évolution d'une prévention « synchronique » (surtout fondée sur la surveillance du « geste suicidaire » afin de s'assurer de sa non-matérialisation), vers une prévention « diachronique », permettant une prise en charge plus globale du risque suicidaire<sup>62</sup>.

La seconde limite tient à certains effets pervers de la jurisprudence européenne, les Etats ayant tendance « par facilité » à renforcer leurs dispositifs panoptiques de surveillance des détenus à risque (vidéosurveillance, surveillance visuelle des gardiens,...). Or, pour certains auteurs, « ces réponses destinées à empêcher de manière synchronique la réalisation du geste suicidaire constitueraient en quelque sorte le revers du droit à la vie dans le sens où, au nom du droit à la vie, des mesures d'identification et de surveillance extrême du risque suicidaire accroissant le degré d'enfermement sont utilisées pour les détenus les plus à risque. On ne peut dès lors manquer d'interroger au final le caractère punitif de ces mesures qui contraignent matériellement non seulement les détenus à risque à ne pas se donner la mort et à subir passivement leur peine, mais également à voir leurs moindres faits et gestes épiés, que ce soit par l'utilisation de l'évaluation actuarielle, de la vidéosurveillance, de la surveillance des gardiens ou encore de celle de codétenus de soutien »<sup>63</sup>. Bref, dans « l'équilibre » précédemment évoqué entre la préservation du droit à la vie et celle de l'autonomie des détenus, les Etats parties, avec la bienveillance de la Cour, semblent aujourd'hui faire nettement pencher la balance en faveur de la première, sans que l'effectivité réelle de cette démarche soit d'ailleurs forcément avérée. Il n'est toutefois pas certain que le choix inverse ne leur serait pas aussi reproché, preuve de l'extrême difficulté à protéger efficacement quelqu'un contre ses propres pulsions de mort, sans attenter inéluctablement à son autonomie.

## **B. La prévention du suicide pour les personnes non privées de liberté**

En dehors de l'univers carcéral ou psychiatrique, la jurisprudence européenne relative à la prévention du suicide est, on va le voir, nettement moins développée. Un domaine fait pourtant exception à ce constat : celui de l'armée ou, plus exactement, du service militaire. En effet, la Cour de Strasbourg a largement transposé les garanties offertes aux personnes privées de liberté à celles qui accomplissent leur service militaire obligatoire, dans la mesure où « à l'instar des détenus, elles sont sous le contrôle des seules autorités, qui ont le devoir de les protéger »<sup>64</sup>. Ce qui implique, ici encore, une double obligation à la charge des Etats de prévoir un cadre réglementaire approprié, ainsi que des mesures spécifiques de

---

<sup>62</sup> Incluant par exemple la question de l'accès à la sexualité en détention. V. à ce titre D. Szymczak, « Sexualité et détention », in *Sexualité et Droit international et européen des droits de l'Homme*, Pédone, 2018, p. 29.

<sup>63</sup> G. Cliquennois, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Son contenu et ses effets en matière de prévention du suicide », *Criminologie*, Vol. 51, n° 2, 2018, p. 101.

<sup>64</sup> CourEDH, 24 mars 2009, *Beker c. Turquie*, n° 27866/03, §§ 41-42.

prévention du suicide pour les appelés les plus fragiles<sup>65</sup>. Comme dans le cas précédent, de telles obligations matérielles sont en outre complétées par une obligation procédurale, la Cour imposant de mener une « enquête officielle et effective avec la rigueur nécessaire pour élucider un incident survenu dans une zone, sous le contrôle exclusif des autorités ou des agents de l'État, et où ces derniers sont réputés être les seuls susceptibles, d'une part, de connaître le déroulement exact des faits et, d'autre part, d'avoir accès aux informations propres à confirmer ou à réfuter les allégations formulées à leur endroit par les victimes »<sup>66</sup>.

Il en résulte une jurisprudence déjà très dense, visant à titre principal la Turquie du fait de la particulière dureté de son service militaire<sup>67</sup> et, plus occasionnellement, d'autres Etats<sup>68</sup>. A cet égard, on notera tout de même une double particularité de ces affaires en comparaison de celles relatives au suicide en prison. Tout d'abord, le fait que, contrairement aux détenus, les militaires disposent le plus souvent d'une arme à feu dans l'accomplissement de leur service. Ce qui sera de nature à faciliter le passage à l'acte et impliquera, au titre des obligations de prévention, que les autorités militaires parviennent à identifier rapidement les appelés ayant des tendances suicidaires en vue non seulement de leurs offrir le suivi médical adéquat mais aussi d'éviter de leur confier une arme. Ensuite, le fait que les suicides à l'armée soient précisément très souvent accomplis avec l'arme de service apparaît de nature, à la lumière du contentieux examiné, à générer beaucoup d'incertitudes quant aux circonstances exactes du décès. S'agit-il réellement d'un suicide ? D'un accident lié à une mauvaise manipulation de l'arme ? Voire d'un « règlement de compte » entre appelés ou entre un appelé et son supérieur, qui aurait ensuite été déguisé en suicide ? Plus encore que dans le cas d'un suicide en détention où des doutes peuvent déjà se manifester<sup>69</sup>, on comprend ici toute l'importance d'une enquête réellement effective, qui seule sera à même de faire la lumière sur les circonstances exactes du décès et d'apporter des explications convaincantes aux familles<sup>70</sup>.

Reste que si l'on met à part l'hypothèse du service militaire, la jurisprudence européenne est actuellement inexistante s'agissant des autres cas de suicide de personnes qui ne seraient pas privées de liberté. Certes, on pourra tout de même citer une affaire où l'épouse du requérant s'était immolée par le feu en vue de protester contre son expulsion forcée. En

<sup>65</sup> V. CourEDH, 7 juin 2005, *Kılınç et autres c. Turquie*, n° 40145/98.

<sup>66</sup> CourEDH, 24 mars 2009, *Beker c. Turquie*, préc.

<sup>67</sup> V. notamment CourEDH, 20 février 2007, *Salgin c. Turquie*, n° 46748/99 ; CourEDH, 17 juin 2008, *Abdullah Yılmaz c. Turquie*, n° 21899/02 ; CourEDH, 9 novembre 2010, *Serdar Yiğit et autres c. Turquie*, n° 20245/05 ; CourEDH, 11 janvier 2011, *Servet Gunduz c. Turquie*, n° 4611/05 ; ou CourEDH, 16 novembre 2018, *Osman Telli c. Turquie*, n° 7926/12.

<sup>68</sup> V. par ex. CourEDH, 24 avril 2014, *Perevedentsevy c. Russie*, préc. ; ou CourEDH, 1<sup>er</sup> juin 2017, *Malik Babayev c. Azerbaïdjan*, n° 30500/11.

<sup>69</sup> Pour un cas de suicide lors d'une garde-à-vue contesté par les requérants qui imputaient le décès de leur fils aux gendarmes, v. CourEDH, 16 novembre 2000, *Tanribilir c. Turquie*, n° 21422/93.

<sup>70</sup> Pour des affaires où la Cour a été amenée à se questionner sur la réalité du suicide, v. CourEDH, 27 avril 2006, *Ataman c. Turquie*, n° 46252/99 ; CourEDH, Déc., 21 février 2012, *Karim Dalar c. Turquie*, n° 35957/05 ; CourEDH, 14 avril 2015, *Mustafa Tunç et Fecire Tunç c. Turquie*, n° 24014/05 ; CourEDH, 22 décembre 2015, *Lykova c. Russie*, n° 68736/11 ; et CourEDH, 18 septembre 2018, *Stomatii c. République de Moldova et Russie*, n° 69528/10. On pourra toutefois être un peu surpris de sa conclusion dans l'affaire Karim Dalar...

l'espèce, la Cour a jugé que, « lorsqu'un individu menace de se suicider au vu et au su d'agents de l'État et, qui plus est, que cette menace est une réaction émotionnelle dont les actions ou exigences d'agents de l'État sont directement à l'origine, ces derniers doivent considérer cette menace avec le plus grand sérieux comme constituant un danger imminent pour la vie de cette personne, aussi inattendue cette menace pouvait-elle être. En pareil cas, si les agents de l'État ont connaissance de cette menace suffisamment à l'avance, l'article 2 fait peser sur eux l'obligation positive d'empêcher cette menace de se réaliser en employant tout moyen raisonnable et réaliste au vu des circonstances »<sup>71</sup>.

Pour le reste et sans s'attendre à ce que la Cour de Strasbourg statue sur des questions qui ne relèveraient clairement pas de sa compétence, il peut apparaître surprenant qu'elle n'ait encore jamais eu l'occasion, à notre connaissance du moins, de se pencher sur les phénomènes préoccupants que sont le suicide au travail et le suicide des mineurs. Dans ces deux hypothèses, il est certain que les « victimes » ne se trouvent pas sous l'autorité exclusive de l'Etat, comme dans le cas des détenus ou des appelés du contingent. Cependant, l'imputabilité à l'Etat (et donc la compétence de la Cour) ne peut, selon nous, pas être exclue par principe. Concernant tout d'abord le suicide au travail<sup>72</sup>, en particulier lorsqu'il est la conséquence de faits de harcèlement (sexuel, moral) ou d'une pression exagérée de la hiérarchie, la responsabilité de l'Etat nous semble pouvoir être recherchée. Ce qui semble évidemment être le cas si la personne qui se donne la mort est un agent de l'Etat<sup>73</sup>, par exemple un policier ou un enseignant. Mais ce qui pourrait l'être également concernant les employés d'une entreprise privée, dans la mesure où serait établie une carence de l'Etat à prévenir le suicide au travail, du fait de l'absence d'un cadre législatif adapté, de l'inaction des services de contrôle compétents (du type inspection du travail) ou de l'absence d'enquête effective. On peut néanmoins penser que le suicide ayant souvent des causes multifactorielles, il sera parfois difficile pour les requérants d'apporter la preuve, au-delà de tout doute raisonnable, que le suicide était la conséquence directe et exclusive de faits qui se sont déroulés au travail, faits que l'Etat aurait dû pouvoir raisonnablement prévenir.

Concernant ensuite le suicide des mineurs, et nonobstant la prise de conscience par les organes du Conseil de l'Europe du caractère préoccupant du phénomène<sup>74</sup>, il n'a jusqu'à présent été envisagé que de façon très indirecte par la Cour de Strasbourg, soit dans des cas de suicides en prison où le détenu était mineur<sup>75</sup>, soit que le risque de suicide d'un enfant fasse partie des éléments factuels d'une affaire sans pour autant constituer l'élément

---

<sup>71</sup> CourEDH, 17 décembre 2009, *Mikayil Mammadov c. Azerbaïdjan*, n° 4762/05, § 115.

<sup>72</sup> V. par ex. N. Tarhouny, *Les risques psychosociaux au travail, Droit et prévention d'une problématique de santé publique*, Thèse, Paris 13, 2018.

<sup>73</sup> V. par ex CE, arrêt du 16 juillet 2014, n° 361820. Les suicides et tentatives de suicide reconnus imputables au service engagent la responsabilité administrative de l'employeur public sur le fondement de la responsabilité sans faute dans les mêmes conditions que les autres accidents de service.

<sup>74</sup> V. Résolution 1608 (2008), *Le suicide des enfants et des adolescents en Europe: un grave problème de santé publique*.

<sup>75</sup> V. CourEDH, 20 janvier 2009, *Güveç c. Turquie*, préc. ; CourEDH, 9 octobre 2012, *Çoşelav c. Turquie*, préc.

déclencheur de la violation<sup>76</sup>. Pourtant, ici encore il nous apparaît que la responsabilité de l'Etat pourrait aussi être recherchée en cas de besoin, que le suicide d'un mineur soit la conséquence de faits survenus à l'école (persécution de la part d'un enseignant, harcèlement par les autres élèves,...) ou dans le cadre familiale (mauvais traitements, violences sexuelles,...). En particulier, la carence de l'éducation nationale ou des services sociaux d'aide à l'enfance à prévenir un suicide, alors même que ces autorités auraient été alertées de la fragilité de l'enfant et/ou d'agressions dont il faisait l'objet, pourrait être de nature à engendrer à une violation de l'article 2, voire de l'article 3 de la Convention Or, si la jurisprudence européenne sur la protection des mineurs s'avère particulièrement riche<sup>77</sup>, aucune affaire recensée n'est relative à un cas de suicide. Devant l'ampleur du phénomène de suicide des mineurs, toute la question est alors de savoir pourquoi. Problème de recevabilité des requêtes et/ou de preuve suffisante de l'imputabilité à l'Etat ? Absence de volonté des parents de porter l'affaire à Strasbourg, soit qu'ils veuillent tourner la page du traumatisme qu'ils ont subi, soit qu'ils aient (ou pensent avoir) une part de responsabilité dans le suicide de leur enfant ?

Si aucune réponse probante ne peut être apportée à ce stade, on pourra tout de même se réjouir du fait que, de longue date, la Cour fasse son possible pour lutter « indirectement » contre le suicide des mineurs, *i. e.* en appréhendant à l'aune de la Convention certaines de ses principales causes, telles que la maltraitance morale, physique ou sexuelle dans un cadre familial ou scolaire<sup>78</sup> mais aussi la stigmatisation des personnes LGBT. A cet égard, deux affaires récentes nous apparaissent d'ailleurs porteuses d'espoir pour l'avenir. Tout d'abord, l'arrêt *Association Innocence en danger*<sup>79</sup> dans lequel la Cour a accepté, en application de la jurisprudence *Valentin Campeanu* relative au représentant *de facto*<sup>80</sup>, qu'une association puisse agir « au nom » d'une fillette de huit ans décédée à la suite des mauvais traitements répétés qui lui avaient été infligés par ses parents. Et ensuite, l'arrêt *Buturuga c. Roumanie*<sup>81</sup>, dans lequel la Cour reconnaît pour la première fois la notion de cyberviolence. Si cette espèce concernait un cas de violence conjugale, *i. e.* une femme victime du « harcèlement informatique » de son ex-conjoint, la Cour admet plus largement que « la cyberviolence est actuellement reconnue comme un aspect de la violence à l'encontre des femmes et des filles et qu'elle peut se présenter sous diverses formes, dont les violations informatiques de la vie privée, l'intrusion dans l'ordinateur de la victime et la prise, le partage et la manipulation des données et des images, y compris des données intimes ». A l'heure où une proportion non négligeable de suicides de mineurs trouve sa

---

<sup>76</sup> CourEDH, 9 septembre 2015, *M. et M. c. Croatie*, n° 10161/13. Concernant l'impossibilité pour une enfant de choisir le parent qui en aurait la garde, la Cour note qu'elle en éprouvait une grande souffrance morale, ce qui l'avait conduit à s'automutiler.

<sup>77</sup> Pour un aperçu synthétique, v. [CourEDH, fiche thématique protection des mineurs](#) [dernière consultation le 14 octobre 2020].

<sup>78</sup> Ibid.

<sup>79</sup> CourEDH, 4 juin 2020, *Association Innocence en danger et association Enfance et partage c. France*, n° 15343/15 et n° 16806/15.

<sup>80</sup> CourEDH, GC, 17 juillet 2014, *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Campeanu c. Roumanie*, n° 47848/08.

<sup>81</sup> CourEDH, 11 juin 2020, *Buturuga c. Roumanie*, n° 56867/15.

source dans le cyber-harcèlement, notamment sur les réseaux sociaux, une telle jurisprudence nous semble tout sauf anodine. L'avenir nous dira peut-être si elle a vocation à être prolongée sur le terrain de l'article 2<sup>82</sup>, dans l'hypothèse où un Etat n'aurait pas lutté de façon assez active contre des faits de cyber-harcèlement.

En définitive, la jurisprudence européenne relative au suicide renseigne surtout sur l'extrême difficulté de concilier la préservation de la vie et le respect de l'autonomie individuelle. Alors qu'en matière d'euthanasie et de suicide assisté, la Cour de Strasbourg semble avoir fait le choix, assez théorique il est vrai, de privilégier l'autonomie des personnes qui souhaitent en finir avec la vie, sa position apparaît assez différente s'agissant du suicide des personnes privées de liberté, les Etats ayant donc une obligation de préserver ces dernières contre elles-mêmes. Au-delà du fait de se trouver ou non sous la responsabilité exclusive de l'Etat, l'altération du libre arbitre des personnes souffrant de troubles mentaux peut évidemment constituer une autre clef d'explication à cette relative contradiction. Avec comme résultat toutefois qu'en jetant un regard extérieur certes très schématique sur la jurisprudence européenne, d'aucun pourraient avoir l'impression que les Etats parties risquent désormais d'être condamnés à la fois s'ils n'autorisent pas le suicide... et s'ils ne l'interdisent pas. Il n'en reste pas moins que, malgré certaines ambiguïtés, absences ou effets pervers, cette jurisprudence européenne s'efforce d'atteindre subtilement ce difficile point d'équilibre, tout en évitant dans la mesure du possible d'émettre un jugement moral sur le suicide ou de donner l'impression de « hiérarchiser » la valeur des vies. En fin de compte, le suicide est aussi vieux que l'espèce humaine. Et s'il convient d'accompagner le plus possible les personnes en souffrance de façon à éviter leur passage à l'acte, mais aussi de lutter de manière vigoureuse contre les éléments déclencheurs objectifs du suicide, il serait illusoire d'espérer tendre vers une « société sans suicide ». Partant, si le droit en général – et le droit européen des droits de l'Homme en particulier – peut légitimement tenter d'appréhender ce mystère de la vie qu'est le fait de vouloir se donner la mort, il ne le fera jamais que de manière imparfaite et partiel.

---

<sup>82</sup> Voir de l'article 10 de la Convention, en cas de condamnation d'une personne pour « incitation au suicide ».

# **Access to Justice and Child-friendly Justice for Refugee and Migrant Children: International and European Legal Perspectives**

---

**Stephanie Rap\***

## **1. INTRODUCTION**

*Child rights standards in international instruments do not mean much for the lived reality of children if they are not implemented.*<sup>1</sup>

The above quote is the start of the foreword drafted by the then chairperson of the UN Committee on the Rights of the Child ('CRC Committee'), Dr Mezmur, in a report on access to justice for children by the Child Rights International Network (CRIN).<sup>2</sup> The report contains a ranking of all countries worldwide on how well they provide access to justice for children based on several criteria determined by CRIN.<sup>3</sup> The criteria are derived from international standards concerning access to justice for children, providing for a broad definition of access to justice, that is applicable to various forms of rights violations and in different judicial proceedings. It has been observed, however, that children experience barriers in accessing justice. These barriers relate to the complexity of proceedings, their lack of legal knowledge and the fact that proceedings are not child-specific or child-friendly.<sup>4</sup>

In this article, I analyse what access to justice means for children in the context of child refugees and migrants. In order to do so I will first discuss access to justice as a concept in relation to other children's rights principles. I will argue that the concepts of access to justice and child-friendly justice are complementary and mutually reinforcing. Moreover, in order to make access to justice a reality for children other related principles need to be implemented. In this article the focus will be on the availability of legal representation for children, the participation of and information provision to children in asylum and immigration proceedings and the availability of effective remedies. First, however, the position of children as rights holders will be discussed in Section 2. This will be followed by a conceptualisation of access to justice for children, in relation to child-friendly justice

---

\* Assistant Professor, Department of Child Law, School of Law, Leiden University, Netherlands. The author would like to thank Ms. Marie Gaudard, LL.M. for her assistance in the research that was conducted in preparation of this article and the anonymous reviewers for their valuable comments on an earlier draft of this article.

<sup>1</sup> Mezmur, 'Foreword' in CRIN, *Rights, Remedies & Representation: Global report on access to justice for children* (2016) at 4.

<sup>2</sup> CRIN, *Rights, Remedies & Representation: Global report on access to justice for children* (2016).

<sup>3</sup> These criteria are: legal status of the United Nations Convention on the Rights of the Child 1989; legal status of the child; challenging children's rights violations (effective remedies); and practical considerations.

<sup>4</sup> CRIN, *Rights, Remedies & Representation: Global report on access to justice for children* (2016); Liefwaard, 'Access to justice for children: Towards a specific research and implementation agenda' (2019) 27 *International Journal of Children's Rights* 195.

in Section 3. In Section 4, these three elements will be analysed in relation to children involved in asylum and immigration proceedings. This article will close with some concluding remarks in Section 5.

## 2. CHILDREN AS RIGHTS HOLDERS

The year 2019 celebrated the thirtieth anniversary of the United Nations (UN) Convention on the Rights of the Child (CRC),<sup>5</sup> meaning that children achieved internationally recognised rights only at the start of the last decade of the twentieth century. The evolution of acknowledgement of children as human beings entitled to fundamental rights is part of a broader movement towards the recognition of specific groups in society, such as women, indigenous people and people with disabilities.<sup>6</sup> What is special about the position of children is that they are in the development stage of their lives having not yet reached adult levels of cognition and understanding.<sup>7</sup> This complicates their position as a rights holder *vis-à-vis* adult authorities and decision-makers in judicial proceedings, making them particularly vulnerable to unfairness. However, this has not always been the dominant view on the position of children in society. Over the centuries common conceptions of children have changed from seeing them as ‘mini-adults’, who were responsible for their actions from a young age, to ‘adults in waiting’, who had to be protected against dangers from the outside world, to children who had to be educated and prepared for adulthood.<sup>8</sup>

In the second half of the twentieth century, the idea of the autonomous child and the child as an independent human being rather than as a developing person gained momentum in the international community.<sup>9</sup> This resulted in further thinking and discussion on the drafting of a binding treaty for children, in which they were accorded fundamental rights and were seen as active bearers of rights.<sup>10</sup> At the same time, children were also still seen as more vulnerable and in need of protection compared to adults and reliant upon adults for

---

<sup>5</sup> UN Convention on the Rights of the Child 1989, UNTS 1577.

<sup>6</sup> See Henderson, *Understanding International Law* (2010). See Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women 1979, 18 December 1979, A/RES/34/180; Convention on the Rights of Persons with Disabilities 2006, UNTS 2515.

<sup>7</sup> Rap, *The participation of juvenile defendants in the youth court: A comparative study of juvenile justice procedures in Europe* (2013).

<sup>8</sup> Reynaert et al., ‘Introduction: A critical approach to children’s rights’ in Vandenhoe et al., (eds), *Routledge International Handbook of Children’s Rights Studies* (2015) 1 at 3; Verhellen, ‘The Convention on the Rights of the Child: Reflections from a historical, social policy and educational perspective’ in Vandenhoe et al., (eds), *ibid.*, 43; Ben-Arieh and Tarshish, ‘Children’s rights and well-being’ in Ruck, Peterson-Badali and Freeman (eds), *Handbook of children’s rights. Global and multidisciplinary perspectives* (2017) 68; Hanson, ‘Schools of Thought in Children’s Rights’ in Liebel et al., (eds), *Children’s Rights from Below: Cross-Cultural Perspectives* (2012) 63.

<sup>9</sup> Reynaert et al., *supra* n 8; Verhellen, *supra* n 8; Invernizzi and Williams, ‘Introduction’ in Invernizzi and Williams (eds), *Children and Citizenship* (2008) 1. See also Scott and Huntington, ‘Conceptualizing Legal Childhood in the Twenty-First Century’ (2020) 118(7) *Michigan Law Review* 1371.

<sup>10</sup> Verhellen, *ibid.* See also Freeman, ‘Why It Remains Important to Take Children’s Rights Seriously’ (2007) 15(5) *The International Journal of Children’s Rights* 5; Freeman, ‘Taking Children’s Rights More Seriously’ (1992) 6 *International Journal of Law and the Family* 52.

such protection, simultaneously highlighting children's dependency and their autonomy.<sup>11</sup> This paradox is apparent in several children's rights principles, such as the notion that the best interests of the child shall be a primary consideration in all actions concerning children (Article 3(1) CRC), that parents<sup>12</sup> should 'provide, in a manner consistent with the evolving capacities of the child, appropriate direction and guidance in the exercise' of his<sup>13</sup> rights (Article 5 CRC), and that the views of the child should be given 'due weight in accordance with the age and maturity of the child' (Article 12(1) CRC).

The right to be heard (Article 12 CRC) has challenged traditional views on hierarchical structures and relations between adults and children.<sup>14</sup> It provides the basis of the notion that children should be enabled to participate in decision-making affecting their lives.<sup>15</sup> The crux in thinking about children's rights is that the rights of children do not oppose the rights of parents or other adults, but that '[c]hildren must be accepted as co-authors in dialogue about their best interests.'<sup>16</sup> Parental rights are justified by the fact that they promote child well-being, because of the mere fact that stable parent-child relationships (and minimal state intervention) are beneficial to the child's development.<sup>17</sup> Moreover, this may mean that children, being minors, are not afforded the same procedural rights in relation to legal standing as do adults, and as a consequence do not have the same possibilities for independently accessing and participating in judicial proceedings. Schmidt, Rap and Liefwaard conclude that internationally an overarching view on children's legal capacity is largely lacking, resulting in a plethora of age limits applied within and across jurisdictions and legal fields.<sup>18</sup>

In the context of migration, children are frequently seen as vulnerable persons, who require protection and help. However, increasingly scholars have acknowledged that these children should be treated as children first and foremost, with the backing of all their rights, and as migrants second.<sup>19</sup> In addition, refugee and migrant children should be considered as active actors in their migration process. In other words, they should be included and participate as

---

<sup>11</sup> Verhellen, *ibid.* at 51-2.

<sup>12</sup> In the context of this article, parents refer to legal parents and caretakers who can act as legal representatives of the child.

<sup>13</sup> A reference to persons with 'he', 'him' or 'his', includes to a reference to 'she' or 'her'.

<sup>14</sup> Tisdall, 'Children and young people's participation: A critical consideration of article 12' in Vandenhoe et al. (eds), *supra* n 8, 185.

<sup>15</sup> UN Committee on the Rights of the Child, General Comment No 12: The right of the child to be heard, 20 July 2009.

<sup>16</sup> Vanobbergen, 'Children's rights and childhood studies: From living apart together to a happy marriage' in Vandenhoe et al., *supra* n 8, 60 at 73.

<sup>17</sup> Scott and Huntington, *supra* n 9.

<sup>18</sup> Schmidt, Rap and Liefwaard, 'Safeguarding the Dynamic Legal Position of Children: A Matter of Age Limits? Reflections on the Fundamental Principles and Practical Application of Age Limits in Light of International Children's Rights Law' (2020) 1 *Erasmus Law Review* 4.

<sup>19</sup> Smyth, 'Migration, Refugees, and Children's Rights' in Kilkelly and Liefwaard (eds), *International Human Rights of Children* (2018) 421.

agents rather than ‘objects’ or ‘victims of circumstances’.<sup>20</sup> This notion will be further elaborated upon in the following sections.

### 3. ACCESS TO JUSTICE AND CHILD-FRIENDLY JUSTICE

The right of access to justice is not a right that is explicitly provided for in the CRC, nor is the right to an effective remedy. Other international treaties, such as the Universal Declaration on Human Rights (Articles 8 and 10);<sup>21</sup> the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees (Article 16);<sup>22</sup> the International Covenant on Civil and Political Rights (Articles 2(3) and 14(1));<sup>23</sup> and the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families (Article 18(d))<sup>24</sup> can be considered as the general basis of the right to access to justice for people, including children.

The UN Committee on the Rights of the Child stated in its General Comment on the general measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child that ‘[f]or rights to have meaning, effective remedies must be available to redress violations’.<sup>26</sup> Also, children must have access to appeals, complaints procedures and an ombudsperson or children’s rights commissioner.<sup>27</sup> A few years before the CRIN report was published, the UN High Commissioner for Human Rights released a report specifically addressing access to justice for children.<sup>28</sup> Access to justice for children was defined as ‘the ability to obtain a just and timely remedy for violations of rights as put forth in national and international norms and standards, including the Convention on the Rights of the Child’.<sup>29</sup> Moreover, it qualified as ‘a fundamental right in itself and an essential prerequisite for the protection and promotion of all other human rights’.<sup>30</sup> Over the past decades access to justice as a legal concept has gained considerable attention.<sup>31</sup> For example, it has been included in the UN Sustainable Development Goals, where target 16.3 provides that ‘equal access to justice for

---

<sup>20</sup> Crock, ‘Justice for the Migrant Child: The Protective Force of the Convention on the Rights of the Child’ in Mahmoudi et al. (eds), *Child-friendly Justice: A Quarter of a Century of the UN Convention on the Rights of the Child* (2015) 221 at 238.

<sup>21</sup> United Nations Universal Declaration of Human Rights 1948, GA Res 217A (III), 10 December 1948, A/810.

<sup>22</sup> Convention Relating to the Status of Refugees 1951, UNTS 189.

<sup>23</sup> International Covenant on Civil and Political Rights 1966, 999 UNTS 171.

<sup>24</sup> International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families 1990, GA Res 45/158 (2003) 18 December 1990, A/RES/45/158.

<sup>25</sup> Note that this is a non-exhaustive list.

<sup>26</sup> UN Committee on the Rights of the Child, General comment No 5: General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child, 27 November 2003 at para 24.

<sup>27</sup> UN Committee on the Rights of the Child, supra n 15 at paras 46-47.

<sup>28</sup> UN Human Rights Council, Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights and reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary-General: Access to Justice for Children, A/HRC/25/35, 16 December 2013.

<sup>29</sup> Ibid. at para 4.

<sup>30</sup> Ibid. at para 3.

<sup>31</sup> Liefwaard, supra n 4.

all' should be promoted, including for children.<sup>32</sup> Moreover, in 2014 the Third Optional Protocol to the CRC was adopted, which grants children the right to lodge individual communications before the CRC Committee (see below at Section 4.C).<sup>33</sup> In the same period of time the notion of child-friendly justice has also gained considerable attention. First, in the 2005 ECOSOC Guidelines on Justice in Matters involving Child Victims and Witnesses of Crime the term 'child-sensitive' was used, which 'denotes an approach that balances the child's right to protection and that takes into account the child's individual needs and views'.<sup>34</sup> The CRC Committee stated in its 2009 General Comment on the right to be heard that 'a child cannot be heard effectively where the environment is intimidating, hostile, insensitive or inappropriate for his age. Proceedings must be both accessible and child appropriate'.<sup>35</sup>

In Europe, the notion of child-friendly justice has been further conceptualised by the Council of Europe and the European Union, catapulting it as a key priority in its children's rights policy.<sup>36</sup> The Council of Europe 'Guidelines on Child-friendly Justice' form an important reference point in this regard.<sup>37</sup> The Guidelines claim to contain the principles necessary to ensure that 'all rights of children' are fully respected in judicial proceedings<sup>38</sup> and it contains practical guidance for the Council of Europe's member states to 'give a place and voice to the child in justice at all stages of the procedures.'<sup>39</sup> It is noted specifically that '[s]pecific protection and assistance may need to be granted to more vulnerable children, such as migrant children, refugee and asylum seeking children, unaccompanied children'.<sup>40</sup> With regard to children affected by migration, both supranational bodies have issued further policy documents in which the importance of child-friendly justice is highlighted. The European Commission stated that access to information, legal representation and guardianship, the right to be heard and the right to an

---

<sup>32</sup> UN General Assembly, Transforming our world: The 2030 Agenda for Sustainable Development, A/RES/70/1, 21 October 2015.

<sup>33</sup> Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure 2011, GA Res 66/138 (2014).

<sup>34</sup> Guidelines on Justice in Matters involving Child Victims and Witnesses of Crime, ECOSOC Res 2005/20 at para 9. This has been further formalised in the Guidelines (at para 29(d) by the following statement: '[u]se child-sensitive procedures, including interview rooms designed for children, interdisciplinary services for child victims integrated in the same location, modified court environments that take child witnesses into consideration, recesses during a child's testimony, hearings scheduled at times of day appropriate to the age and maturity of the child, an appropriate notification system to ensure the child goes to court only when necessary and other appropriate measures to facilitate the child's testimony'.

<sup>35</sup> UN Committee on the Rights of the Child, *supra* n 15 at para 34.

<sup>36</sup> Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *An EU Agenda for the Rights of the Child*, COM(2011) 60 final; Council of Europe, *Strategy for the Rights of the Child (2016-2021)* (2016).

<sup>37</sup> Stalford, Cairns and Marshall, 'Achieving Child Friendly Justice through Child Friendly Methods: Let's Start with the Right to Information' (2017) 5(3) *Social Inclusion* 207; Liefwaard, 'Child-Friendly Justice: Protection and Participation of Children in the Justice System' (2016) 88 *Temple Law Review* 905.

<sup>38</sup> Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice, adopted by the Committee of Ministers on 17 November 2010 at the 1098th meeting of the Ministers' Deputies at I, para 3.

<sup>39</sup> *Ibid.* at Explanatory Memorandum, para 16.

<sup>40</sup> *Ibid.* at III.D.2.

effective remedy are key protection measures for children and children need to be informed – in a child-sensitive and age and context appropriate manner – on their rights, on procedures and on services available for their protection.<sup>41</sup> The Council of Europe stresses the importance of access to rights, access to information and child-friendly procedures.<sup>42</sup>

It can be argued that the concepts of access to justice and child-friendly justice are complementary in upholding the rights of children. The UN High Commissioner for Human Rights has stated that child-sensitive procedures form a prerequisite for effective access to justice for children and that children should be empowered with child-sensitive information in order to have effective access to justice and, consequently, to effective remedies.<sup>43</sup> Therefore, access to justice should be understood as a procedural (e.g. access to courts, legal representation) as well as a substantive concept (e.g. financial compensation, reparation). Effective remedies can be obtained through both formal, judicial and administrative procedures as well as informal procedures.<sup>44</sup> Liefwaard has distinguished three elements of child-friendly access to justice for children : child-friendly information, child participation in proceedings and child-friendly outcomes and remedies.<sup>45</sup> These elements, complemented by the legal representation of children will be further addressed in the following section.

#### 4. ELEMENTS OF ACCESS TO JUSTICE FOR CHILDREN IN MIGRATION

Children who are affected by migration generally find themselves in a particularly vulnerable position having fled from their homes to a foreign country and being involved in highly complex and politicised asylum and immigration proceedings.<sup>46</sup> Moreover, asylum and immigration proceedings are often not designed for and adapted to children, taking into account their age and level of maturity.<sup>47</sup> In this section, three elements will be

---

<sup>41</sup> European Commission, *Communication from the commission to the European Parliament and Council. The protection of children in migration*, COM(2017) 211 final, at 9 and 14.

<sup>42</sup> Committee of Ministers, *Council of Europe Action Plan on Protecting Refugee and Migrant Children in Europe*, CM(2017) 54-final, at 1-2.

<sup>43</sup> UN Human Rights Council, *supra* n 28 at paras 4, 18ff and 21ff.

<sup>44</sup> Liefwaard, *supra* n 4.

<sup>45</sup> *Ibid.*

<sup>46</sup> See, for example, Smyth, *supra* n 19; Smyth, *European Asylum Law and the Rights of the Child* (2014); Stalford, 'David and Goliath: Due Weight, the State and Determining Unaccompanied Children's Fate' (2018) 32 *Immigration, Asylum and Nationality Law* 258; Lundberg and Lind, 'Technologies of Displacement and Children's Right to Asylum in Sweden' (2017) 18 *Human Rights Review* 189; Lundberg, 'The Best Interests of the Child Principle in Swedish Asylum Cases: The Marginalization of Children's Rights' (2011) 3(1) *Journal of Human Rights Practice* 49; Lidén and Rusten, 'Asylum, Participation, and the Best Interests of the Child: New Lessons from Norway' (2007) 21 *Children and Society* 273.

<sup>47</sup> Marku, *Child-Friendly Information for Children in Migration: What Do Children Think?* (2018); Hedlund, 'Constructions of Credibility in Decisions Concerning Unaccompanied Minors' (2017) 13(2) *International Journal of Migration, Health & Social Care* 157; Ottosson and Lundberg, 'People Out of Place: Advocates' Negotiations on Children's Participation in the Asylum Application Process in Sweden' (2013) 27 *International Journal of Law, Policy and the Family* 266; Shamseldin, 'Implementation of the United Nations Convention on the Rights of the Child 1989 in the Care and Protection of Unaccompanied Asylum Seeking Children: Findings from Empirical Research in England, Ireland and Sweden' (2012) 20 *International Journal of Children's Rights* 90; Chase, 'Agency and Silence:

addressed that can contribute to the effective access to justice for refugee and migrant children, namely legal representation, participation and information and effective remedies. The overarching principle is that these elements should be implemented in a child-friendly manner.

### A. Legal Representation

As discussed in Section 2, children, although being acknowledged as independent rights holders, by virtue of their age and maturity are not always afforded full legal standing in judicial proceedings. Therefore, the child's representative can be vital if he is to secure access to justice. Liefwaard posits that 'legal representation by parents or others does not need negatively to affect the child's right to access justice'. However, two problems may arise in this situation, namely (1) children are not actually involved in the proceedings, which negatively affects their right to be heard and to participate, and (2) a conflict of interests between the child and his parents may arise, for example, in case parents are the ones who have infringed upon the rights and freedoms of their child.<sup>48</sup> Both scenarios are often the reality for children, as will be shown below.

In the case of refugee and migrant children, two groups of children should be distinguished : those who are unaccompanied or separated from their parents and those who are accompanied by their parents. For the latter group of children, parents usually apply for asylum for themselves and their underage children and children do not have the capacity to apply for asylum on their own until a certain age, for example, 12 years of age in the Netherlands and 15 years in Greece.<sup>49</sup> Unaccompanied and separated children can also lack the legal capacity to apply for asylum as a consequence of their young age and the fact that they are not accompanied by a legal parent. In several European Union member states, unaccompanied children cannot independently apply for asylum and they therefore need a legal representative until they are 18 years.<sup>50</sup> This means that children who apply for asylum are highly dependent upon a legal representative in the asylum application process. In Section 4.B it will be discussed what this means for the participation of children in these proceedings.

---

Young People Seeking Asylum Alone in the UK' (2010) 40 *British Journal of Social Work* 2050; Kohli, 'The Sound of Silence: Listening to What Unaccompanied Asylum-Seeking Children Say and Do Not Say' (2006) 36 *British Journal of Social Work* 707.

<sup>48</sup> Liefwaard, *supra* n 4.

<sup>49</sup> European Agency for Fundamental Rights, *Children's Rights and Justice. Minimum Age Requirements in the EU* (2018); European Agency for Fundamental Rights, '[Mapping Minimum Age Requirements with Respect to the Rights of the Child in the EU. Asylum Applications for Accompanied Children](#)', [last accessed 3 September 2020].

<sup>50</sup> European Agency for Fundamental Rights, '[Mapping Minimum Age Requirements Concerning the Rights of the Child in the EU. Asylum Applications for Unaccompanied Children](#)' [last accessed 3 September 2020]. See also Rosani, 'Unaccompanied Asylum-Seeking Children as Rights Holders: Theory and Reality in the EU Legal System in the Case of Age Assessment and Applications for International Protection' in Rodrigues et al., (eds), *Safeguarding Children's Rights in Immigration Law* (2020) 41.

The UN High Commissioner already stated in his report in 2013 that children need legal assistance and other services in order to gain access to ‘complex legal systems that are generally designed for adults’.<sup>51</sup> In the case of refugee and migrant children, the fact whether they are unaccompanied or accompanied affects the type of representation they are entitled to. Unaccompanied children should at least be represented by a guardian because their parents are not available to do so.<sup>52</sup> A guardian is an independent person whose role is to complement the child’s limited legal capacity (due to his age) in their daily life (legal) activities and to safeguard his best interests.<sup>53</sup> The CRC Committee notes that a guardian should be appointed as soon as the child has been identified and until the child has either reached the age of majority or has permanently left the country.<sup>54</sup> Moreover, the CRC Committee recommends that all children, including those who are accompanied by their parents, should be appointed a legal representative to provide representation free of charge at all stages in the proceedings and with whom they can communicate freely.<sup>55</sup> The legal representative’s functions are ‘limited’ to protecting the rights of the child and to bring forward his opinion to truly represent his interests throughout the legal proceedings.<sup>56</sup>

Under EU law, states must ensure that unaccompanied minors are appointed a representative who can assist them in benefiting from the rights under the Directive and to comply with the Directive’s obligations.<sup>57</sup> In particular, a representative should assist and represent the unaccompanied child, ensure the best interests of the child in the procedure and exercise legal capacity when necessary.<sup>58</sup> During all phases of a formal asylum procedure a qualified representative should be available free of charge.<sup>59</sup> The representative should be given the opportunity to inform the unaccompanied child about the meaning and possible consequences of the personal interview and how to prepare himself for the

---

<sup>51</sup> UN Human Rights Council, *supra* n 28 at para. 40.

<sup>52</sup> European Union Agency for Fundamental Rights, *Guardianship systems for children deprived of parental care in the European Union* (2015).

<sup>53</sup> UN Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 6 (2005): Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin, 1 September 2005, at paras 37 and 71.

<sup>54</sup> *Ibid.* at para 33.

<sup>55</sup> Joint General Comment No 4 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No 23 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on State obligations regarding the human rights of children in the context of international migration in countries of origin, transit, destination and return, CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, 16 November 2017, at para 17(f); UN Committee on the Rights of the Child, *supra* n 53 at paras 21, 36, 69. See also the Guidelines on child-friendly justice, *supra* n 38 at IV. D, paras 37-43.

<sup>56</sup> Kilkelly et al., [Promoting child-friendly approaches in the area of migration: Standards, guidance and current practices \(2019\)](#) [last accessed 6 October 2020]; Vandekerckhove and O'Brien, ‘Child-Friendly Justice: Turning Law into Reality’ (2013) 14(4) *ERA Forum* 523.

<sup>57</sup> Article 25(1)(a) Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast) [2013] OJ/L 180/60 (‘Directive 2013/32/EU’).

<sup>58</sup> Article 2(n) Directive 2013/32/EU.

<sup>59</sup> Articles 7(3), 19, 20 and 21 Directive 2013/32/EU. See also Article 31 Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted (recast) [2011] OJ/L 337/9-337/26.

interview, and must be able to attend the interview and have the opportunity to ask questions or make comments.<sup>60</sup> This representative, however, is not necessarily a lawyer, because, as a minimum, asylum applicants have to be provided with free legal assistance and representation in appeals procedures.<sup>61</sup> For accompanied children, no legal representative is provided for in EU law and it is assumed that parents serve this role.

## **B. Participation and Information**

### ***i. The Right to be Heard***

The CRC Committee firmly states that children should be provided with access to asylum proceedings in a child-sensitive and age-appropriate manner.<sup>62</sup> In accordance with Article 12(2) of the CRC, children have the right to express their views on all aspects of the asylum and immigration proceedings.<sup>63</sup> This has been specifically emphasised by the CRC Committee which has recognised the particular vulnerability of refugee and migrant children, justifying the urgency to ‘fully implement their right to express their views on all aspects of their immigration and asylum proceedings’.<sup>64</sup> The child must have the opportunity to present his reasons that lead to the asylum application<sup>65</sup> and the CRC Committee states that ‘[c]hildren should be heard independently of their parents, and their individual circumstances should be included in the consideration of the family’s cases’.<sup>66</sup>

In relation to accompanied children, the CRC Committee stresses that ‘[s]tates parties should take all appropriate measures aimed at ensuring children’s right to be heard in the immigration procedures concerning their parents, in particular where the decision could affect the children’s rights, such as the right to not be separated from their parents’.<sup>67</sup> Moreover, it should be taken into account that some information children provide is not (always) integrally accurate or real due to the communication difficulties they may have.<sup>68</sup> This is why different child-friendly methods and tools that are not intimidating, should be used when interviewing refugee and migrant children, like drawing, role-playing, and singing to elicit their feelings, needs and wishes.<sup>69</sup>

---

<sup>60</sup> Articles 25(1)(a)-(b) Directive 2013/32/EU.

<sup>61</sup> Article 20(1) Directive 2013/32/EU.

<sup>62</sup> UN Committee on the Rights of the Child, Joint General Comment No 3 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No 22 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on the general principles regarding the human rights of children in the context of international migration, CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, 16 November 2017, para 35.

<sup>63</sup> *Ibid.* at para 37. See Article 12(2) CRC.

<sup>64</sup> UN Committee on the Rights of the Child, *supra* n 15 at paras 123-124.

<sup>65</sup> UN Committee on the Rights of the Child, *ibid.* at para 123.

<sup>66</sup> UN Committee on the Rights of the Child, *supra* n 62 at para 37.

<sup>67</sup> *Ibid.* at para. 38. See also Crock, *supra* n 20.

<sup>68</sup> UNHCR, Guidelines on international protection: Child Asylum claims under Articles 1(A) and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Statutes of Refugees, HCR/GIP/09/08, 22 December 2009 at para 71.

<sup>69</sup> Macdonald, ‘Hearing Children’s Voices? Including Children’s Perspectives on their Experiences of Domestic Violence in Welfare Reports Prepared for the English Courts in Private Family Law Proceedings’ (2017) 65 *Child Abuse & Neglect* 1–13; Clark and Moss, *Listening to Young Children: The Mosaic Approach*, 2nd edn (2011).

At the European level, EU countries have established common procedural standards regarding asylum procedures in order to guarantee fair and efficient proceedings.<sup>70</sup> These procedural guarantees include an initial interview, a written and reasoned decision by a qualified person, the right to appeal, the right to legal aid, the right to have a representative appointed for unaccompanied minors, and the right to be informed in a language the applicant understands.<sup>71</sup> The jurisprudence developed by the Court of Justice of the European Union (CJEU) is of relevance for refugee and migrant children's access to justice as well. The CJEU has emphasised the paramount importance of the best interests of the child for any (migration) decision involving a child.<sup>72</sup> In addition, the CJEU has stated that the right to be heard as provided by Article 24 of the Charter of the European Union<sup>73</sup> does not constitute an absolute right, but an opportunity for children to express their views freely and for their views to be taken into consideration. The main argument of the CJEU was that in some circumstances it is not in the best interests of the child concerned to be heard, leaving a degree of discretion to domestic courts.<sup>74</sup>

The European Court of Human Rights (ECtHR or 'the Court') has developed the notion of due process rights by articulating procedural safeguards based on Article 3 (the prohibition of torture), read in conjunction with Article 13 (right to an effective remedy). It has emphasised, for example, the necessity to conduct an individualised assessment for each child following a personal hearing and the right to appeal a decision.<sup>75</sup> Additional protocols reinforce the provisions enshrined in the Convention itself. These are Protocol 7,<sup>76</sup> which establishes procedural safeguards regarding the expulsion of aliens lawfully resident, and Protocol 4,<sup>77</sup> which prescribes the collective expulsion of aliens and promotes the idea that expulsions can only be implemented after an objective and reasonable scrutiny of the particular situation of each individual migrant.<sup>78</sup> Moreover, the ECtHR has recognised the child's right to be heard through Article 8 ECHR (the right to respect for family life).<sup>79</sup> The Court has expressed the necessity for children involved in proceedings to be sufficiently

---

<sup>70</sup> Directive 2013/32/EU.

<sup>71</sup> See Terlouw, 'Access to Justice for Asylum Seekers: Is the Right to Seek and Enjoy Asylum Only Black Letter Law', in Grütters et al., *Migration on the Move : Essays on the Dynamics of Migration* (2017) 243-263; Smyth, supra n 19.

<sup>72</sup> C-356/11 and C-357/11 *O, S v Maahanmuuttovirasto and Maahanmuuttovirasto v L* 6 December 2012.

<sup>73</sup> Charter of Fundamental Rights of the European Union [2012] OJ C 326.

<sup>74</sup> C-491/10 PPU *Joseba Andoni Aguirre Zarraga v Simone Pelz* 22 December 2010.

<sup>75</sup> Mole and Meredith, *Asylum and the European Convention on Human Rights. Human Rights Files No. 9* (Council of Europe, 2010); Smyth, supra n 19.

<sup>76</sup> Article 1 Protocol 7 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1984, ETS 117.

<sup>77</sup> Article 4 Protocol 4 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain Rights and Freedoms other than those already included in the Convention and in the First Protocol thereto, 1963, ETS 46.

<sup>78</sup> Smyth, supra n 19.

<sup>79</sup> Liefwaard and Kilkelly, 'Child-Friendly Justice: Past, Present and Future' in Goldson (ed.), *Juvenile Justice in Europe. Past, Present and Future* (2018) 57.

involved in the decision-making process.<sup>80</sup> However, the Court has ruled that there is no absolute obligation to hear children as the decision to do so depends on the circumstances of the case.<sup>81</sup> When the child is heard, it is essential for him to be dealt with in a manner which takes full account of his age, level of maturity and intellectual and emotional capacities, and that steps are taken to promote his ability to understand and participate in the proceedings, including conducting the hearing in such a way as to reduce as far as possible his feelings of intimidation and inhibition.<sup>82</sup>

In addition, no legal prescription regarding the age at which children should be consulted exists at the international level. The CRC provides in Article 5 that the age, maturity and the evolving capacities of the child should be taken into due consideration in the exercise of their rights. Evidence exists that every child, even when very young, can express his views if consulted in a child-friendly environment, adapted to his needs, age, maturity and evolving capacities.<sup>83</sup> However, in practice, different age limits are applied to hearing children in asylum proceedings, both for unaccompanied as well as accompanied children. In ten EU member states specific minimum age limits are laid down for hearing children in asylum cases, ranging from six to 18 years. In nine other member states, courts decide on an *ad hoc* basis whether or not to provide children with the opportunity to be heard.<sup>84</sup> In the Netherlands, for example, unaccompanied children from the age of six are heard, in a child-friendly interview room and by a specialist immigration officer. Accompanied children are in principle always heard from the age of 15 years, at which age they are required to file their own asylum application.<sup>85</sup>

## ***ii. The Right to Information***

In the international and European legal framework a connection can be observed between the right to be heard and to participate and the right to receive information (Articles 17 and 42 CRC).<sup>86</sup> The CRC Committee states that refugee and migrant children must ‘be fully informed throughout the entire procedure, together with their guardian and legal adviser, including information on their rights and all relevant information that could affect them’.<sup>87</sup> Moreover, the information should be adapted to the level of maturity and understanding of the child.<sup>88</sup> Refugee and migrant children should receive all necessary and relevant information, as early as possible and continuously throughout the asylum procedure, in

<sup>80</sup> *M. and M. v Croatia* Application No 10161/13, Merits and Just Satisfaction, 3 September 2015.

<sup>81</sup> *Jucius and Juciuviene v Lithuania* Application No 14414/03, Merits and Just Satisfaction, 25 February 2009; *Sahin v Germany* Application No 30943/96, Merits and Just Satisfaction, 8 July 2003 [Grand Chamber].

<sup>82</sup> *S.C. v the United Kingdom* Application No 60958/00, Merits and Just Satisfaction, 10 November 2004, at para. 28.

<sup>83</sup> Rap and Florescu, ‘Do the views of the child matter? Het horen van jonge kinderen in de internationale kinderontvoeringsprocedure en de asielpprocedure in Nederland’ in Punselie et al. (eds), *De invloed van 30 jaar Kinderrechtenverdrag in Nederland: Perspectieven voor de rechtspraktijk* (2020) 157.

<sup>84</sup> European Agency for Fundamental Rights, supra n 49.

<sup>85</sup> Parliamentary Papers II 2003/04, 19637/824 at 14.

<sup>86</sup> UN Committee on the Rights of the Child, supra n 15 at para 25.

<sup>87</sup> UN Committee on the Rights of the Child, supra n 55 at para 17(j).

<sup>88</sup> UN Committee on the Rights of the Child, supra n 53 at para 25.

order for them to understand their situation, the migration process, the content and scope of their entitlement, the way to enforce their rights, to make informed decisions in line with their best interests and to meaningfully engage in the decision-making process.<sup>89</sup> They should be informed about their rights and the asylum and immigration proceedings in a language they understand and should have access to adequate interpretation.<sup>90</sup> Explanations should be given of what is expected of the child (where and when he is allowed to give his opinion, how this will be asked and in what setting) and on the content of the case concerned, the possible decisions that can be taken and the consequences of those decisions.<sup>91</sup> Again, receiving such information largely depends upon whether the child is unaccompanied or accompanied by parents. In the latter case, children mostly depend on their parents for receiving adequate information on the proceedings and a (legal) professional is not necessarily available for them to ask questions.<sup>92</sup>

### C. Effective Remedies

As was explained above, access to justice for children should result in child-friendly outcomes and remedies. The CRC Committee reiterates that refugee and migrant children have the right to access administrative bodies and courts that decide on their case, as well as their guaranties and remedies.<sup>93</sup> Children ‘should have access to administrative and judicial remedies against decisions affecting their own situation or that of their parents, to guarantee that all decisions are taken in their best interests’.<sup>94</sup> Moreover, it requires asylum and immigration proceedings to be effective, child-friendly and adapted to the needs and interests of each child.<sup>95</sup> The UNHCR has recommended that children should be informed about the decisions that are taken ‘in person, in the presence of their guardian, legal representative, and/or other support person, in a supportive and non-threatening environment’.<sup>96</sup> In the case of a negative decision, particular care should be taken in communicating the message and explaining what the next steps are that can be taken in the procedure.<sup>97</sup> In addition, refugee and migrant children should be kept aware of any decision concerning them and should have the right of appeal. Therefore, complaint mechanisms

---

<sup>89</sup> UN Committee on the Rights of the Child, supra n 15 at para 134(a); UN Committee on the Rights of the Child, supra n 62 at para 35.

<sup>90</sup> UN Committee on the Rights of the Child, supra n 53 at para 36; UN Committee on the Rights of the Child, Report of the 2012 Day of General Discussion on the Rights of All Children in the Context of International Migration, 28 September 2012, at paras 30 and 75.

<sup>91</sup> UN Committee on the Rights of the Child, supra n 15 at paras 25, 45; Guidelines on Child-friendly justice, supra n 39 at IV, A.1(a); UNHCR, supra n 68, para 77.

<sup>92</sup> Rap, ‘The Right to Information of (Un)Accompanied Refugee Children: Improving Refugee Children’s Legal Position, Fundamental Rights’ Implementation and Emotional Well-being in the Netherlands’ (2020) 28(2) *International Journal of Children’s Rights* 322.

<sup>93</sup> UN Committee on the Rights of the Child, supra n 62 at paras 14-19.

<sup>94</sup> Ibid. at para 15.

<sup>95</sup> UN High Commissioner for Human Rights, supra n 28 at para 4. See also UN Committee on the Rights of the Child, supra n 15 at paras 41-46.

<sup>96</sup> UNHCR, supra n 68 at para 77.

<sup>97</sup> Ibid.

should be accessible to children and adapted to them, meaning that they should be represented and informed about the procedure.<sup>98</sup>

At the international level, children have been given another avenue to access justice and to be granted effective remedies through the adoption of the Third Optional Protocol to the CRC. Liefwaard argues that ‘the adoption of this optional protocol has confirmed that a child has the right to an effective remedy, falling within the concept of access to justice’.<sup>99</sup> Until now, the CRC Committee has dealt with several cases concerning children involved in immigration procedures. For example, it decided that in any decision involving refugee and migrant children, the best interests of the child are of paramount importance and must be the cornerstone of the decision.<sup>100</sup> Moreover, it also considered that Article 12 was breached by the national authorities because the child concerned had not been given the opportunity to express his views in the proceedings.<sup>101</sup> In this particular case the CRC Committee urged the state party, Belgium, to reconsider the applicant’s application for a visa, while ensuring that the best interests of the child are a primary consideration and that C.E.’s views were heard. Recently, the CRC Committee stated in its first ‘Follow-up Progress Report on Individual Communications’ that the state party has taken satisfactory measures and the Committee has closed the follow-up procedure in this case.<sup>102</sup> Through this progress report insight is provided on the manner in which the CRC Committee follows up on its decisions and the extent to which the remedies are effectively implemented by states. The CRC Committee applies assessment criteria through which it ranks the compliance of states with the decisions from A to D.<sup>103</sup>

At the European level, the ECtHR has played a crucial role in further defining in its case law the right of refugee and migrant children to access justice and effective remedies.<sup>104</sup> The European Convention on Human Rights recognises the right to an effective remedy in Article 13. The Court has expressly recognised and has called on member states to respect the right to effective remedies for children as well.<sup>105</sup> In its recent case law, it establishes an interesting connection between access to justice and access to effective remedies, and

---

<sup>98</sup> Kilkelly et al., supra n 56.

<sup>99</sup> Liefwaard, supra n 4 at 200.

<sup>100</sup> *C.E. v. Belgium*, 27 September 2018, CRC/C/79/D/12/2017.

<sup>101</sup> *Ibid.* paras 8(6) – 8(9).

<sup>102</sup> UN Committee on the Rights of the Child, Follow-up progress report on individual communications, CRC/C/82/1, 4 October 2019. See also: Liefwaard, [‘First follow-up progress report on individual communications’](#), *Leiden Children’s Rights Observatory*, 1 July 2020 [last accessed 4 September 2020].

<sup>103</sup> *Ibid.* ‘A: Compliance: Measures taken are satisfactory or largely satisfactory; B: Partial compliance: Measures taken are partially satisfactory, but additional information or action is required; C: Non-compliance: Reply received but measures taken are not satisfactory or do not implement the Views or are irrelevant to the Views; D: No reply: No cooperation or no reply received’ at 1.

<sup>104</sup> It is also of interest to note that children are included among the persons being able to lodge an application before the ECtHR and that their age cannot be used as an obstacle to this. See: Leskoviku, and Preņce, ‘Access to Justice for Children: An Evolving Concept’ (2015) 6(3) *Mediterranean Journal of Social Sciences* 103.

<sup>105</sup> *Popov v France* Applications Nos 39472/07 and 39474/07, Merits and Just Satisfaction, 19 January 2012, at paras 113; 122-124.

receiving adequate information on the asylum procedure.<sup>106</sup> In the case *Rahimi v Greece* for example, the applicant, an unaccompanied minor seeking asylum, complained *inter alia* that he did not receive adequate information on the reasons for his arrest and placement in detention in Greece (Articles 5(1), 5(2) and 5(4) ECHR) or of any available remedies in that regard (Article 13 ECHR). The ECtHR found that the information brochure referring to the available remedies in Arabic was incomprehensible to him as he was a native Farsi speaker, that the brochure did not contain information on the complaint procedure to be followed and that he had been unable to contact a lawyer. The Court, therefore, concluded that even though remedies could have been effective, the applicant could not have access to them because of this lack of information and legal assistance.

Furthermore, in the cases of *Abdullahi Elmi and Aweys Abubakar v Malta*,<sup>107</sup> concerning the immigration detention of two minors from Somalia in Malta, the lack of procedural safeguards and access to information also played an important role. The two applicants were detained upon arrival in Malta and were given a Return Decision and Removal Order in English. The applicants claimed that they received limited information at the initial stages of the asylum procedure, *inter alia*, about the age assessment procedure, and they did not understand the written information in Arabic. Both applicants claimed that they also did not understand English and that the contents of the decisions were not explained to them. According to the Maltese government the right to appeal was explained verbally and migrants translate for each other in that case. The Court, however, concluded that the lack of support and information must have exacerbated the fears of the two applicants, that they lacked procedural safeguards and were not provided with adequate information to challenge the lawfulness of their detention and seek remedies. Accordingly, violations were found of Articles 3, 5(1) and 5(4) ECHR.

These cases demonstrate that the right to information and the right to legal representation play a crucial role in obtaining access to justice and effective remedies. They also show that the age and level of maturity of the applicants exacerbated their vulnerable position and their ability to obtain and comprehend information and, therefore, their access to justice.

At the national level, apart from filing appeals in asylum and immigration proceedings, it is also possible for children to file a complaint to a national human rights institution, such as a children's ombudsman. In the Netherlands, the Children's Ombudsman investigated a complaint filed by a 17-year-old unaccompanied minor, who applied for asylum in the Netherlands, about his treatment by the Dutch immigration authority.<sup>108</sup> The Children's Ombudsman concluded that during the interview no special attention was paid to the fact that the applicant was a child in the way questions were asked. The Ombudsman concluded that interviews with children until the age of 18 years need to be adapted to the level of

<sup>106</sup> *Rahimi v Greece* Application No 8687/08, Merits and Just Satisfaction, 5 April 2011.

<sup>107</sup> *Abdullahi Elmi and Aweys Abubakar v Malta* Applications Nos 25794/13 and 28151/13, Merits and Just Satisfaction, 22 November 2016.

<sup>108</sup> De Kinderombudsman, '[Rapportbrief: Soufian](#)', KOM002/2019, 16 April 2019 [last accessed 5 October 2020].

maturity, capacities and vulnerabilities of the child. Currently, the Dutch immigration authority is in the process of revising and improving its practices regarding interviewing unaccompanied minors.

## 5. CONCLUDING REMARKS

Access to justice for children closely relates to the notion of the child as a rights holder, a person entitled to fundamental rights and having legal standing to initiate and act in judicial proceedings. With the adoption of the CRC children have officially been acknowledged as rights holders at the international level : they are entitled to fundamental rights and their age, level of maturity and development should be taken into consideration in order to ensure their meaningful involvement in decisions concerning them. Moreover, in this article it is argued that the concepts of access to justice and child-friendly justice are complementary in upholding the rights of children. Child-friendly proceedings are a necessary requirement for children to be able to access justice and obtain effective remedies, hence are complementary and mutually reinforcing.

This also holds true for children involved in asylum and immigration proceedings. However, it can be observed that the complexity of proceedings, the lack of legal knowledge and the fact that proceedings are not child-specific or child-friendly form barriers for refugee and migrant children to access justice. An important factor that needs to be taken into consideration in relation to this group of children, next to their level of maturity, is whether they have travelled alone and are unaccompanied or separated from their parents or whether they form part of a family applying for asylum. This has substantive implications for the three elements of access to justice that have been analysed in this article. First, legal representation is not automatically available for accompanied children, since often their parents apply for asylum. Second, the right to participate and to receive adequate information is not safeguarded for accompanied children, as it is for unaccompanied children. And third, for all refugee and migrant children accessing effective remedies is challenging, because of the abstract nature and complexity of these types of procedures. Again, it has been shown that the availability of legal representation and adequate information are of vital importance in order to gain access to effective remedies. At the international level a progressive perspective is taken by advocating that both accompanied and unaccompanied children should be entitled to the same rights and safeguards. However, in practice this is a far cry from reality.

It is encouraging to observe that in Europe, both at the EU and the Council of Europe, increased attention is given to making the implementation of children's rights a reality, including refugee and migrant children. At the policy level, especially the concept of child-friendly justice is connected to the position of refugee and migrant children in better protecting their rights. However, the restrictions and barriers as described above hamper the possibilities to access justice for (un)accompanied children. It is upon national states, however, to implement policies that are in line with the international standards they have

voluntarily adopted and the case law emanating from the diverse bodies and tribunals, to make children's rights a lived reality for refugee and migrant children.

## Les mesures de protection contre la pandémie en Allemagne, restrictives aux droits fondamentaux

---

Pauline Grampp\*

« Nous sommes en guerre », annonce Emmanuel Macron le lundi 16 mars 2020, à la veille du confinement en France<sup>1</sup>. Un mois plus tard, le Président de la République fédérale d'Allemagne « corrige » le chef d'État français, préférant à la définition de la guerre, la venue d'une épreuve pour notre humanité<sup>2</sup>. La crise et les mesures de restriction qui en découlent devront reposer sur les principes démocratiques, devront être conditionnées et limitées par la démocratie. Si cette crise n'a pas été éprouvée de la même façon des deux côtés du Rhin, elle a pu également engendrer des réponses juridiques très contrastées. Luc Perino, médecin et épidémiologiste a pu qualifier l'attitude des gouvernants français comme participant de la « démesure infectieuse »<sup>3</sup>. En effet, dans l'histoire des deux États, aucun précédent n'existe au regard de la sévérité des mesures prises pour faire face à une pandémie. Le cinéaste allemand, Völker Schlöndorff rapportait que les mesures de confinement en France, pour la plupart, communes à l'ensemble de la population, entraînaient des conséquences très disparates sur les individus. Par exemple, la situation des personnes âgées résidant dans les maisons de retraite et dans les établissements médicalisés pouvait être comparée à une mise sous-tutelle<sup>4</sup>. Le fait de confiner ces personnes dans leurs institutions, en interdisant les visites des proches, en bloquant les visites du personnel « non essentiel », s'apparente facilement à une mise sous-tutelle, bien qu'une différence essentielle subsiste : le consentement des intéressés n'a pas été demandé alors qu'il s'agirait d'une condition nécessaire. François Sureau s'interrogeait déjà en 2019 : « D'où nous vient cette tolérance pour les tutelles que l'État nous impose, lui dont par ailleurs le comportement est rarement un modèle, qu'il s'agisse de légalité ou d'honneur ? »<sup>5</sup>.

En outre, de nombreux spécialistes et virologues allemands, notamment Christian Drosten, déplorent le fait que les individus aient passé la majeure partie de leur temps dans leurs foyers. Bien qu'ils puissent échapper à l'infection du virus en ne se rencontrant plus dans l'espace public, cela n'aura pas seulement un effet positif sur leur santé. Les séjours prolongés en plein air ont été très vite interdits alors qu'ils participent au renforcement du

---

\* Docteur en droit public, université de Strasbourg, I.R.C.M.

<sup>1</sup> Disponible in Le Monde, « Nous sommes en guerre » : le verbatim du discours d'Emmanuel Macron [dernière consultation le 14 septembre 2020].

<sup>2</sup> « Das ist nicht ein Krieg aber eine Prüfung unserer Menschlichkeit », Discours de Franck-Walter Steinmeier, 11 avril 2020.

<sup>3</sup> L. Perino, 28 Minutes, 08 mai 2020.

<sup>4</sup> V. Schlöndorff, 28 minutes, 06 mai 2020.

<sup>5</sup> F. Sureau, *Sans la liberté*, Paris, Tracts Gallimar, septembre 2019, p. 29.

système immunitaire. Certains juristes allemands sont allés plus loin en parlant d'un État hygiéniste, fashistoïde et hystérique. La réaction des politiques face à la « crise », en Allemagne ou en France, se comprend aussi au regard du premier pays touché par l'épidémie : la Chine. Les mesures restrictives aux libertés auraient-elles été similaires si, par exemple, la Suède avait été le premier pays concerné par la maladie ? Les reproches adressés à la Chine sur la lenteur de son action, l'opacité de la situation et parfois la volonté délibérée de cacher des éléments cruciaux dans la compréhension du virus n'ont fait qu'accélérer les manœuvres de nos gouvernements, craignant la critique de la passivité et de l'inaction.

Une différence fondamentale sépare les États français et allemand dans leurs pratiques. D'un côté, en France, un État unitaire et centralisé aurait pu prétendre à une meilleure gestion de la crise, avec l'intervention d'un président tout puissant, d'un commandant en chef de la nation déroulant la métaphore de la guerre dans ses discours. De l'autre côté, l'Allemagne, un État fédéral, reposant sur des principes communs à la Fédération et aux Länder, pouvait, au contraire, souffrir de conflits de répartition des compétences, de désorganisation et de faiblesse pour donner une impulsion générale à l'ensemble du territoire. La messe ne fut pas dite. C'est davantage la précision des mesures de l'État fédéral ayant pour objet de réduire les contacts physiques et ce, tout en restant conscient du prix sociétal et historique, qui a permis de dresser un bilan plus satisfaisant dans la garantie des libertés individuelles que le confinement « à la française ». La notion même de « confinement », une obligation de rester chez soi ou une interdiction de se rendre dans certains lieux, en allemand, *Ausgangssperre*, n'a pas la même signification dans nos deux États. Le 16 mars 2020, les Français ont été confinés avec la seule possibilité de sortir une heure par jour, ne dépassant pas le kilomètre réglementaire, afin de se dégourdir l'esprit. Cette situation aurait été impensable dans l'État allemand qui associe l'*Ausgangssperre* à un putsch militaire ou à un régime dictatorial. Ces mesures ne sauraient être autorisées par la Loi fondamentale allemande qu'en dernier recours. Celui qui veut briser une Révolution, une résistance démocratique, empêche les individus de se rassembler.

Quelques jours après l'annonce du confinement français, le 22 mars 2020, la Chancelière et les chefs de gouvernement des Länder prennent des mesures restrictives. Les rassemblements de plus de deux personnes sont interdits sur tout le territoire. Aucune attestation n'est nécessaire pour se rendre au travail, pour faire les courses, se promener, aller chez le médecin ou faire du sport. Les parcs restent ouverts et les piétons doivent respecter la distance de 1,5 mètre dans les espaces publics. Les supermarchés et les commerces sont autorisés (notamment les réparateurs de vélo). Les restaurants sont fermés mais cela ne s'applique pas à la livraison de repas. Le caractère contraignant n'est pas privilégié comme en France. Le 18 mars, Angela Merkel, dans son allocution, en appelle au sens civique ; « Pour quelqu'un comme moi pour qui la liberté de voyager et de circulation a été un droit durement acquis, de telles restrictions ne peuvent être justifiées que par une nécessité absolue. Dans une démocratie, elles ne devraient jamais être décidées à la légère, et seulement de façon provisoire. Mais elles sont en ce moment indispensables

pour sauver des vies. »<sup>6</sup>. Chaque Land prend ensuite des mesures particulières et adaptées à leur situation, tous privilégient la distanciation physique plutôt que le confinement. Le 15 avril, la Fédération et les Länder élaborent déjà un premier plan de réouverture de certains établissements<sup>7</sup> et notamment des écoles, privilégiant la reprise des classes finales préparant des examens. La Chancelière allemande exige des nouveaux rendez-vous toutes les deux semaines pour suivre l'évolution de la pandémie. Le 27 mai 2020, la Fédération et les Länder prolongent les restrictions de contact jusqu'à la fin du mois de juin. Les Länder ont cependant la possibilité de mettre en place des assouplissements.

Pour que cette coopération perdure, les autorités politiques et judiciaires procèdent à l'examen continu et répété de l'équilibre (ou en allemand, *Abwägung*) entre la protection de la santé des individus et la garantie des libertés individuelles. Les deux poids de la balance sont inscrits dans la Loi fondamentale allemande dans son article 2<sup>8</sup>. La protection de la santé du plus grand nombre pourrait primer les libertés de chacun, cependant, la liberté d'agir, la liberté de la personne protège l'autonomie de l'individu. La protection de la santé des individus n'a jamais autant porté atteinte à la liberté d'agir de la personne et à bon nombre d'autres droits fondamentaux dans l'histoire de la République fédérale. Cette mission d'équilibrage des intérêts se voit largement fragilisée par l'incertitude scientifique qui règne toujours (**Partie II**). En outre, la protection de la santé motive l'ensemble des mesures restrictives aux libertés fondamentales. Elle représente une obligation pour l'État, garantie par la Constitution allemande ou « *Schutzpflicht* ». Il faut analyser le cadre juridique et objectif de cette protection en tant qu'obligation positive de l'État (**Partie I**).

## **Partie I - La dimension objective des droits fondamentaux: l'obligation de protection de l'État**

Posons-nous la question du contenu de l'obligation étatique de protection de la santé des individus et de ses limites dans la théorie allemande des droits fondamentaux. Au préalable, la fonction essentielle et « naturelle » des droits fondamentaux garantis par la Loi fondamentale est de défendre la sphère individuelle des ingérences de l'État ou des tiers. La protection dite subjective des droits fondamentaux garantissant l'autonomie individuelle précède la protection dite objective qui consiste pour l'État à garantir une action, une prestation positive. Il ne s'agit pas seulement pour l'État de ne pas interférer dans l'espace individuel des citoyens, l'État démocratique a le devoir d'agir en faveur des individus.

---

<sup>6</sup>« Für jemandem wie mich, für die Reise- und Bewegungsfreiheit ein schwer erkämpftes Recht waren, sind solche Einschränkungen nur in der absoluten Notwendigkeit zu rechtfertigen. Sie sollten in einer Demokratie nie leichtfertig und nur temporär beschlossen werden – aber sie sind im Moment unverzichtbar, um Leben zu retten. », disponible in [News DG - Fernsehansprache von Bundeskanzlerin Angela Merkel 18 03 2020](#) [dernière consultation le 14 septembre 2020].

<sup>7</sup> Concessionnaires automobiles et vélo, librairies, bibliothèques, établissements culturels, archives, jardins zoologiques et botaniques, 20 avril 20.

<sup>8</sup> Art. 2 de la Loi fondamentale : « (1) Chacun a droit au libre épanouissement de sa personnalité pourvu qu'il ne viole pas les droits d'autrui ni n'enfreigne l'ordre constitutionnel ou la loi morale. (2) Chacun a droit à la vie et à l'intégrité physique. La liberté de la personne est inviolable. Des atteintes ne peuvent être apportées à ces droits qu'en vertu d'une loi. »

L'article 2, paragraphe 2, phrase première, indique que « chacun a droit à la vie et à l'intégrité physique ». L'État protège « l'existence corporelle et l'existence biologique et physique de l'individu de sa venue au monde à l'entrée dans la mort<sup>9</sup> » (A). Dans le cadre de cette obligation, le législateur met en œuvre le droit de protection contre les infections (B).

### **A. Le cadre de l'obligation de protection déterminé par la Loi fondamentale et par la jurisprudence constitutionnelle**

L'obligation de protection de la vie et de la santé, *Schutzpflicht*, doit être conciliée avec les libertés individuelles et les autres missions de l'État. La mission de protection qui incombe à l'État autorise l'individu à agir contre un manquement ou une omission de l'État. De façon générale, cette mission de protection inclut le bon fonctionnement du système de santé. La Cour constitutionnelle fédérale allemande, en 2010, a considéré qu'une violation de l'obligation de protection peut être constatée lorsque la puissance publique n'a pris aucune mesure de protection ou si les mesures en cause ont pour conséquence de ralentir considérablement la réalisation de l'objectif<sup>10</sup>. En outre, selon la Cour, l'État est tenu d'obtenir le plus d'informations possible afin d'établir une évaluation rationnelle des risques<sup>11</sup>. Le contenu de l'obligation de protection de la vie et de la santé des individus a nécessité un recadrage, parfois imparfait, du tribunal de Karlsruhe à l'occasion des événements récents.

Dans une décision du 16 juillet 2020<sup>12</sup>, les requérants s'opposent à l'inaction du législateur, qui n'a pas donné d'indications quant à la situation d'un éventuel « triage » de personnes nécessitant des soins. Dans cette affaire, les personnes en cause sont définies par l'institut Robert Koch<sup>13</sup> comme des « personnes à risque ». Le « triage », correspondrait à une situation dans laquelle les ressources thérapeutiques sont insuffisantes. Il s'agirait alors pour le personnel hospitalier de soigner en priorité les personnes dont les chances de guérison sont les plus importantes. Dans cette affaire, les personnes à risque craignent d'avoir des possibilités de traitement plus faibles en raison de leur handicap. Les requérants invoquent une violation de l'obligation de protection de l'État. Selon eux, l'État manque à ses obligations en ne fournissant pas le même traitement à l'ensemble des individus. La

---

<sup>9</sup> BverfGE 115, 118/139, « das körperliche Dasein, die biologisch-physische Existenz vom Zeitpunkt ihres Entstehens bis zum Eintritt des Todes ».

<sup>10</sup> BVerfG, 18.02.2010 - 2 BvR 2502/08, „Um den Anforderungen an die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde zu entsprechen, die auf die Verletzung der sich aus dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ergebenden Schutzpflicht gestützt wird, muss ein Beschwerdeführer jedoch schlüssig dartun, dass die öffentliche Gewalt Schutzvorkehrungen entweder zu entsprechen, die auf die Verletzung der sich aus dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ergebenden Schutzpflicht gestigt unzulänglich sind, das Schutzziel zu erreichen“, disponible in <https://dejure.org/dienste/vernetzung> [dernière consultation le 14 septembre 2020].

<sup>11</sup> BVerfG, 18.02.2010 - 2 BvR 2502/08, „Allerdings trifft die Träger öffentlicher Gewalt eine Pflicht, Erkenntnisquellen auszuschöpfen und eine Risikoanalyse mit fachlicher Bewertung vorzunehmen“.

<sup>12</sup> BverfGE du 16 juillet 2020, 1BvR 1541/20.

<sup>13</sup> L'institut Robert Koch (Robert Koch-Institut ou RKI) est l'établissement allemand central responsable du contrôle et de la lutte contre les maladies.

Cour constitutionnelle ne suit pas les arguments des plaignants et déclare que la question de l'étendue de la protection de l'État nécessitait un examen plus approfondi et ne pouvait, de surcroît, être réglée dans cette procédure d'urgence. Selon la Cour, cette situation mérite une intervention du législateur et du comité d'éthique allemand. La question de la violation de l'obligation de protection de l'Etat en cas de priorisation de certains individus au mépris d'autres reste donc en suspens. Ensuite, dans une autre affaire portée devant la Cour constitutionnelle le 16 mai 2020<sup>14</sup>, le requérant s'oppose aux mesures bavaroises posant des restrictions générales de contact. Selon les propos du requérant, les mesures imposées aux personnes ne présentant pas de risque sont disproportionnées et arbitraires. La Cour ne corrobore pas ces dires et déclare le recours irrecevable en expliquant que l'État doit trouver un équilibre entre les libertés des uns et le besoin de protection des autres. Selon la Cour, l'État ne se limite pas à protéger les personnes à risque, l'État peut établir des réglementations qui limitent les libertés des personnes présumées en meilleure santé. La Cour ne peut s'exprimer sur le fait qu'une personne encourt plus ou moins de risques qu'un autre individu. La Cour constitutionnelle insiste également sur la marge d'appréciation du pouvoir exécutif en raison des incertitudes dans le discours scientifique. Cette marge d'appréciation peut toutefois s'amoinrir dans le temps. Il faut alors que l'autorité de régulation en tienne compte et assouplisse les mesures en conséquence.

Si l'État est tenu d'agir afin de protéger la vie et la santé des individus, la Constitution allemande ne règle pas quelles autorités précisément sont chargées de quelles missions. Se pose la question plus générale de la légitimité de l'organe décisionnel. Comment se compose la « gouvernance » décisionnelle ? Dans quelle mesure les scientifiques, au sens large, et le personnel médical doivent-ils être intégrés dans le processus décisionnel s'appliquant à l'ensemble d'une population ? Qu'en est-il de l'arbitrage censé être exercé par le personnel politique ? Qu'en est-il de la co-responsabilité des citoyens ? L'État d'urgence permet-il l'existence d'un contre-pouvoir ? Les instances de santé centralisatrices garantissent-elles la transparence qui oblige naturellement l'État ? Si la prise de décision est dominée par les autorités de la Fédération et l'institut Robert Koch afin de donner une impulsion générale et centralisée, la *Schutzpflicht* qui incombe à l'ensemble des autorités publiques s'exerce par le moyen des gouvernements des Länder et de la décentralisation. Cependant, le fédéralisme pourrait apparaître à certains égards comme un frein à une prise de décision rapide et uniforme. La Loi fondamentale allemande ne prévoit pas de « fédéralisme allégé ». Le droit constitutionnel du fédéralisme allemand impose aux acteurs institutionnels une répartition des compétences assez contraignante. Le fédéralisme est destiné à contenir et à limiter efficacement le pouvoir du gouvernement central. Pendant la pandémie, le *Bundestag* (l'Assemblée parlementaire de la République fédérale d'Allemagne assurant la représentation du peuple dans son ensemble) a dû modifier son règlement intérieur afin de maintenir son quorum (un quart des membres : 178 sur 709 membres). L'objectif était de réduire le nombre de députés et les contacts dans le Palais du Reichstag. Au niveau de l'exécutif, le ministre fédéral de la santé n'était alors

---

<sup>14</sup> Beschluss, 16. Mai 2020 - 1 BvQ 55/20.

autorisé qu'à émettre des recommandations et à coordonner les États membres. Si les responsabilités ont été transférées au niveau fédéral, la concurrence subsiste au niveau des Länder. Les États fédérés conservent leurs responsabilités propres et peuvent exercer un droit de veto effectif. Enfin, les communes jouent également toujours un rôle essentiel sur le territoire allemand et bénéficient de garanties constitutionnelles importantes<sup>15</sup>.

## **B. L'obligation positive du législateur et le droit de protection contre les infections**

L'Etat, afin de remplir sa mission de protection, utilise le droit de protection des infections ou en allemand, *Infektionsschutzrecht*. La loi fédérale de protection contre les infections est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2001 et appartient au droit administratif spécial ou *Besonderes Verwaltungsrecht*. En 2001, l'objectif de la loi s'inscrivait dans la prévention des maladies infectieuses afin d'en éviter la propagation et d'encourager la coopération entre les différentes autorités et institutions du territoire fédéral. Dans la loi fédérale, l'institut Robert Koch joue un rôle particulier à travers des missions de contrôle et de surveillance. En outre, les droits fondamentaux tels que la liberté de l'individu, la liberté de rassemblement, le secret postal ou l'inviolabilité du domicile peuvent être restreints. Cette loi a été le résultat de cas de contaminations par le sang et par les produits sanguins du VIH, faisant suite à la directive 98/83 du 3 novembre 1998 sur la qualité de l'eau et à la décision 2119/98 du Parlement européen et du Conseil portant création d'un réseau de surveillance épidémiologique et de contrôle des maladies transmissibles. La situation de pandémie annoncée, les autorités ont considéré que la loi de 2001 ne permettait pas de mettre en œuvre des mesures de restriction suffisantes pour faire face à la crise. Le 28 mars 2020 entre en vigueur la nouvelle loi fédérale de protection de la population, qui est applicable jusqu'au 1<sup>er</sup> avril 2021 et autorise l'adoption de règlements sans l'accord du *Bundesrat* (le Conseil fédéral qui représente les 16 Länder). Une limite à la centralisation tient en ce que les pouvoirs plus importants du ministère ne peuvent être décidés uniquement par le *Bundestag* en proclamant « la situation épidémique d'importance nationale » et en décidant de sa fin. De nombreuses critiques ont surgi quant à la règle de la responsabilité décentralisée dans le système fédéral, c'est pourquoi la fédération et les Länder se sont accordées sur des lignes directrices communes jusqu'à l'adoption de la modification de la loi du 28 mars.

La nouvelle loi du 28 mars prévoit que les mesures restrictives aux libertés nécessitent l'édition d'un acte administratif (*Verwaltungsakt*) ou d'un règlement de l'exécutif (*Verordnung*) des gouvernements des Länder. Le tribunal administratif de Munich a précisé, toutefois, que la forme d'action autorisée pour restreindre les sorties à l'échelle nationale, s'appliquant à l'ensemble de la population ne doit pas être un acte administratif mais doit provenir du pouvoir exécutif. La forme choisie pour l'ensemble des mesures a soulevé beaucoup de critiques de la part de la doctrine allemande et reste partiellement floue également pour la Cour constitutionnelle de Karlsruhe. Les commentateurs ont aussi été nombreux, lors du vote de la loi de protection contre les infections dans le Land de

---

<sup>15</sup>Article 28 [Garantie fédérale relative aux constitutions des Länder, autonomie communale].

Bavière. Le tribunal administratif de Munich a remis en question la légalité d'un acte administratif restreignant la liberté de circulation de treize millions de citoyens en Bavière. L'adoption d'une loi ou d'un règlement de l'exécutif, autorisé par le législateur est nécessaire. Selon les termes du tribunal, « der Zweck heiligt nicht die Mittel »<sup>16</sup>.

Le *Bundestag* donne son accord le 27 mars pour l'adoption de la modification de la loi de protection contre les infections du 28 mars<sup>17</sup>. Dans la nouvelle loi, huit autorisations sont accordées au ministère fédéral « sans préjudice des pouvoirs des Länder », pour émettre des règlements d'application immédiate, expirant six mois après leur entrée en vigueur sauf si elles sont prorogées avec l'accord, cette fois-ci, du *Bundesrat*. Le *Bundestag*, en décidant de la situation épidémique, peut autoriser le ministre fédéral de la santé Jens Spahn, toujours en fonction, à fermer des frontières, intervenir dans le trafic aérien, routier et maritime et modifier les lois en vigueur. La nouvelle réglementation tend à légitimer les mesures de quarantaine et de restrictions de sortie pour les personnes qui ne sont pas infectées par le virus et qui subissent toutefois des atteintes graves à leurs droits fondamentaux. Avec l'ancienne loi, des rassemblements pouvaient être interdits, des institutions publiques fermées mais cela ne pouvait être utilisé que de façon temporaire, comme un ordre de ne pas quitter un avion ou un navire pour ses passagers et ce, jusqu'à ce que les autorités aient pu isoler les personnes suspectes. Dans la nouvelle disposition, les mesures de quarantaine et de confinement sont légitimées mais elles ne sont pas effectivement nommées. L'autorité compétente peut dorénavant « obliger les gens à ne pas quitter l'endroit où ils se trouvent, ou seulement à le quitter sous certaines conditions, ou à ne pas entrer dans certains lieux, ou seulement à y entrer sous certaines conditions »<sup>18</sup>. Cela ressemble sous certains aspects à nos semaines d'isolement.

Deux développements conséquents peuvent être dégagés de la nouvelle loi. Un plus grand nombre d'autorités peuvent prendre des mesures de restriction, à côté des Länder et des communes. Les autorités fédérales bénéficient ensuite d'une véritable base juridique pour restreindre les déplacements des individus. La clause générale autorise « toutes les mesures de protection nécessaires »<sup>19</sup>. Dans quelle mesure la Cour constitutionnelle fédérale allemande peut-elle veiller au respect des droits fondamentaux dans ce cadre de violations continues, répétées et légitimées par le pouvoir exécutif et « son » obligation de protection de la vie et de la santé ? L'obligation de protection de l'Etat doit être conciliée avec les

---

<sup>16</sup> « La fin ne justifie pas les moyens », VG München, Beschl. 24.03.2020 – M 26 S 20.1252 et M 26 S 20.1255.

<sup>17</sup> Depuis, une autre loi de protection de la population en situation d'épidémie à portée nationale, modifiant la loi initiale de 2001 a été promulguée le 19 mai 2020.

<sup>18</sup> § 28, *Loi de protection contre les infections* (IfSG), „soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist; sie kann insbesondere Personen verpflichten, den Ort, an dem sie sich befinden, nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu verlassen oder von ihr bestimmte Orte oder öffentliche Orte nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu betreten“.

<sup>19</sup> § 5 [Epidemische Lage von nationaler Tragweite], § 16 [Allgemeine Maßnahmen zur Verhütung übertragbarer Krankheiten], *Loi de protection contre les infections* (IfSG), disponible in [http://www.gesetze-im-internet.de/ifsg/\\_5.html](http://www.gesetze-im-internet.de/ifsg/_5.html), [https://www.gesetze-im-internet.de/ifsg/\\_16.html](https://www.gesetze-im-internet.de/ifsg/_16.html).

droits subjectifs des individus. Les tribunaux allemands doivent maintenir cet équilibre en ne cédant pas à la hiérarchisation des intérêts.

## **Partie II - La dimension subjective des droits fondamentaux: résister à la hiérarchisation des libertés**

Nul n'est obligé de sacrifier ses droits et libertés au profit des intérêts supérieurs d'autrui s'il n'est pas suffisamment indemnisé pour cela. Selon les paragraphes 74 et 75 de l'introduction au droit du Land des États prussiens de 1794 « les droits et avantages individuels des membres de l'État doivent respecter les droits et obligations de promouvoir le bien commun en cas de réelle contradiction (ou collision) entre les deux », « en revanche, l'État est tenu d'indemniser ceux qui sont contraints de sacrifier leurs droits et avantages spéciaux au profit du bien commun » (A). La perspective est donnée, pourtant la réalité s'éloigne quelque peu de ces promesses constitutionnelles (B).

### **A. La théorie des droits fondamentaux à l'épreuve des restrictions des libertés**

La restriction des droits fondamentaux et des libertés individuelles se justifie et se légitime au nom de la protection de la santé et de la vie des individus. La justification n'est pas pour autant absolue. L'État et les autorités doivent maintenir un équilibre entre la protection des uns et les libertés des autres. Dans la théorie allemande des droits fondamentaux, il n'existe aucune hiérarchie *a priori* des droits fondamentaux garantis par la Loi fondamentale. Il s'agit de concilier les droits en pesant les intérêts individuels, l'intérêt général et les intérêts plus spécifiques, comme le maintien du fonctionnement normal des institutions hospitalières. Si la doctrine ne reconnaît pas (ou plus) de gradation entre les dispositions de la Loi fondamentale, la jurisprudence admet que la disposition relative à la protection de la dignité humaine occupe toutefois une place particulière. La dignité de la personne peut également entrer en conflit avec la protection de la santé. Les mesures de restriction justifiées par la protection de la vie et de la santé ne doivent pas porter atteinte aux libertés individuelles et compromettre conséquemment la dignité individuelle humaine. Au contraire, la protection de la dignité doit inspirer l'ensemble des dispositions du texte constitutionnel et doit éclairer l'ensemble de la pratique constitutionnelle et politique. C'est la dignité de l'homme qui commande la détermination de l'individu. Elle conditionne la liberté de déterminer ses propres objectifs. Eu égard à son contenu, la dignité exerce la seule forme de primauté effective sur une autre disposition constitutionnelle. Le principe de la dignité de l'homme indique également la priorité de la dimension subjective des droits fondamentaux. La dimension juridique objective peut prendre une place conséquente dans la garantie des droits fondamentaux mais elle ne peut pas négliger la protection des libertés individuelles. La Cour constitutionnelle déclare en 2006<sup>20</sup> que « l'obligation de respecter et de protéger la dignité de l'Homme en général [exclut] l'idée de faire de l'homme un simple objet de l'État. [...] En principe, tout traitement de l'homme par l'autorité publique qui

---

<sup>20</sup> BVerfGE 15/02/2006, 1 BvR 357/05.

remet en cause la qualité de son sujet, son statut de sujet de droit, est par conséquent interdit »<sup>21</sup>. La généralité des mesures anti-Corona ferait glisser le citoyen « sujet » à l'individu « objet ». Les tribunaux allemands ont-ils toujours examiné les dispositions contestées protectrices de la santé et l'impact sur les intérêts en présence à la lumière de la dignité ? Le principe de la dignité de l'homme et les droits fondamentaux sont-ils « Corona-résistant » ?

Plus l'atteinte aux droits fondamentaux est grave, plus la norme restrictive doit satisfaire l'exigence de certitude et de clarté au nom de la démocratie et de l'État de droit. Cette exigence se retrouve dans la *Bestimmtheitsgebot* de la théorie allemande. Les personnes touchées par les mesures doivent pouvoir reconnaître la situation juridique et adapter leur comportement à celle-ci. Ce principe a été mis à mal au regard des dispositions restreignant la liberté de réunion pendant l'épidémie. Dans la Loi fondamentale, deux articles constitutionnels sont concernés, l'article 8 relatif à la liberté de réunion et l'article 9 qui protège la liberté de rassemblement. La distinction en allemand tient dans l'expression *Versammlung* (réunion) et *Vereinigung* (rassemblement). Dans les dispositions récentes adoptées par les gouvernements des Länder, il peut exister une confusion entre les différents termes. Les textes restreignent les réunions et les rassemblements mais encore, les événements (ou *Veranstaltung*), les organisations de rencontre (ou *Anstaltung*), les regroupements (ou *Ansammlung*). L'exigence de clarté s'accompagne de la limite substantielle aux restrictions. L'ensemble des droits fondamentaux de la Constitution allemande ne peuvent pas être vidés de leur substance. La théorie allemande nomme ce principe le *Wesensgehalt*. Par exemple, la liberté de réunion ne peut pas être interdite en tant que telle, l'existence d'un rassemblement ne peut pas être la condition du risque qu'il provoquerait.

Dans l'examen du juge, deux questions parallèles vont entourer les mesures, l'une autour de la légalité de la mesure de protection *Rechtmässigkeit*<sup>22</sup> et l'autre, de la proportionnalité *Verhältnismässigkeit*<sup>23</sup>. L'examen de la proportionnalité interroge sur la question de la relation entre le but ou l'objectif et les moyens mis en œuvre, en allemand, *Zweck und Mitteln*. Les tribunaux examinent les biens protégés par la Constitution, puis l'intensité de l'atteinte, les moyens utilisés, la causalité et enfin, l'effort supporté par les différentes parties intéressées. L'objectif ne doit pas être général mais doit répondre à une situation particulière. Dans un État d'urgence, il existe une menace concrète de l'ordre normal qu'il faut rétablir. Les mesures de protection ont pour objet de supprimer les obstacles afin de rétablir le fonctionnement normal. La détermination de l'objectif est donc capitale pour distinguer les différents moyens à mettre en œuvre et les maintenir dans un cadre juridique.

---

<sup>21</sup> „die Verpflichtung zur Achtung und zum Schutz der Menschenwürde [schließt] vielmehr generell aus, den Menschen zum bloßen Objekt des Staates zu machen. [...] Schlechthin verboten ist damit jede Behandlung des Menschen durch die öffentliche Gewalt, die dessen Subjektqualität, seinen Status als Rechtssubjekt, grundsätzlich in Frage stellt“, § 121 [traduction par nos soins].

<sup>22</sup> Existe-il une base juridique suffisante pour mettre en œuvre des mesures restrictives ?

<sup>23</sup> Les mesures en cause sont-elles adaptées à l'objectif ?

Au début de l'épidémie, la question de la proportionnalité est pourtant largement restée en suspens. Bien que les tribunaux aient reconnu, dans certains cas, la violation souvent grave de droits fondamentaux, l'argument retenu était l'acceptation de ces atteintes compte tenu « du risque d'infection du virus, de la contamination d'un grand nombre de personnes, de la surcharge des établissements de santé dans le traitement des cas graves, voire du décès des individus, selon les connaissances actuelles »<sup>24</sup>.

## B. Les trois phases « juridiques » de la pandémie en Allemagne

Le début de l'épidémie est marqué par de nombreux recours devant les tribunaux mais peu ont abouti, c'est la première phase juridique de la pandémie. Selon les statistiques des tribunaux, entre le 20 mars et le 15 avril 2020, environ une vingtaine de décisions portaient sur l'interdiction de la liberté de réunion. Par ailleurs, beaucoup de droits fondamentaux encadrant le processus de formation de l'opinion et de la pensée politique ou en allemand, *Willensbildung*, ont été restreints dès le début de la phase pandémique. Le régime de la liberté de réunion suppose que plus la rencontre se tient dans la sphère privée des individus, moins l'empreinte étatique doit exister. Dans la pratique, les recours sont rejetés bien que les mesures violent la liberté de réunion. Selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, « il n'appartient pas aux tribunaux de remplacer les organes politiques désignés pour leur appréciation ». La Cour constitutionnelle fédérale, dans une décision du 1<sup>er</sup> avril 2020<sup>25</sup>, décide de l'irrecevabilité de la demande d'injonction provisoire au motif que le plaignant n'ait pas suffisamment motivé son besoin de protection juridique. L'objectif inavoué est de contenir les recours afin de laisser à l'exécutif une certaine marge de manœuvre. Dans une autre affaire<sup>26</sup>, l'argument de la Cour repose sur le fait que le requérant ne démontre pas suffisamment que les mesures de protection prises par les autorités sont manifestement inadaptées ou totalement inadéquates pour protéger des infections ou que ces mesures ne pourraient pas atteindre l'objectif de protection. Le juge se contente d'un contrôle restreint mais applique le principe de proportionnalité.

La liberté de réunion n'est pas la seule atteinte par les mesures de l'exécutif et a été beaucoup moins affectée que la liberté d'action générale de l'article 2, paragraphe premier

---

<sup>24</sup> Par exemple, voir Beschluss 10. April 2020 - 1 BvQ 28/20, § 14, „dass es nach der Bewertung des Robert-Koch-Instituts in dieser frühen Phase der Pandemie darum geht, die Ausbreitung der hoch infektiösen Viruserkrankung durch eine möglichst weitgehende Verhinderung von Kontakten zu verlangsamen, um ein Kollabieren des staatlichen Gesundheitssystems mit zahlreichen Todesfällen zu vermeiden“.

<sup>25</sup> Beschluss 1 April 2020 1 BvR 742/20, „Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist unzulässig, weil der Beschwerdeführer nicht hinreichend begründet hat, dass sein Rechtsschutzbedürfnis für diesen Antrag fortbesteht. So ist nicht erkennbar, dass eine Eilentscheidung des Bundesverfassungsgerichts seine Rechtsstellung noch substantziell verbessern könnte“, disponible in [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/rk20200401\\_1bvr074220.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/rk20200401_1bvr074220.html). [dernière consultation le 14 septembre 2020].

<sup>26</sup> Beschluss 1 April 2020 2 BvR 571/20, „Insbesondere hat der Beschwerdeführer nicht hinreichend substantiiert dargelegt, dass die getroffenen Schutzmaßnahmen für einen Infektionsschutz offensichtlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind oder erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben“, disponible in [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/rk20200401\\_2bvr057120.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/rk20200401_2bvr057120.html) [dernière consultation le 14 septembre 2020].

de la Loi fondamentale. En effet, la liberté de « rencontre » ou de « contact », mise à mal par les mesures de distanciation, ne rentre pas dans la protection de la liberté de réunion mais dans la protection de la liberté d'action générale ou de la libre autodétermination de la personne<sup>27</sup>. La liberté d'action générale, ou la liberté d'agir, peut aussi être décrite comme le droit à la libre autodétermination de l'individu, liberté délicate à retranscrire dans la langue française. Elle protège la sphère intime, la sphère privée et la sphère sociale. Si la protection de la dignité de l'homme est censée inspirer l'ensemble des garanties des droits fondamentaux, le droit fondamental de la libre autodétermination de la personne introduit la liberté de se déplacer dans tout le territoire et protège donc des atteintes contre les restrictions de sortie. La protection comprend le droit de quitter un lieu, son domicile et son lieu de résidence. La liberté d'action générale protège également la liberté d'exercer une activité dangereuse<sup>28</sup>. L'État et les autorités ne peuvent pas se prononcer sur le bien-fondé ou la pertinence de l'activité en cause. Être porteur du virus peut-il être défini comme une activité dangereuse ?

L'ensemble des mesures de restriction viennent surtout porter atteinte à des libertés individuelles, à la dimension subjective de la garantie des droits fondamentaux qui protège l'individu contre les empiétements de l'État dans ses droits. Margaret Thatcher disait en ce sens que nous ne sommes pas une société mais des individus. La liberté de réunion est annulée en raison de la seule existence de la « menace » du collectif qui risque de provoquer le danger de l'infection. Il n'est pas question du comportement de l'individu. Au contraire, le droit constitutionnel exige un examen individuel des intérêts de l'individu. La jurisprudence l'a fait remarquer. La cour administrative d'appel de Bavière examine le recours contre la décision du tribunal administratif de Munich appliquant l'interdiction générale de réunion dans le Land<sup>29</sup>. La cour d'appel considère que le tribunal ne s'est pas suffisamment appuyé sur le comportement du participant à la réunion mais a tenu compte exclusivement du comportement des tiers et des dangers de l'infection. Une interdiction totale de réunion, même implicite, a eu lieu dans beaucoup de réglementations des Länder : au Bade-Wurtemberg, au Brandebourg, à Hambourg, en Hesse, dans le Mecklembourg-Poméranie-Occidentale, en Basse-Saxe, en Rhénanie-Palatinat, en Saxe et dans le Land de la Sarre. Ces réglementations n'interdisent pas les manifestations de façon directe, mais s'opposent aux rassemblements dans l'espace public de plus de deux personnes. Certains États, davantage en faveur de la liberté, ont soumis le rassemblement à une réserve d'autorisation sous certaines conditions : en Saxe-Anhalt, dans le Schleswig-Holstein, en Rhénanie du Nord-Westphalie, en Bavière et dans le Land de Berlin.

---

<sup>27</sup> BVerfGE 10, 92, 104, « Zusammenkommen » « Versammlungsfreiheit ».

<sup>28</sup> BVerfGE 90, 145, « Cannabis », 2 BvL 43, 51, 63, 64, 70, 80/92, 09/03//1994.

<sup>29</sup> BayVGHBeschluss 09/04/2020-20 CE 20.755.

La deuxième phase juridique de la pandémie commence par la première décision de la Cour constitutionnelle fédérale en faveur de la liberté de réunion, le 15 avril 2020<sup>30</sup>, un recours partiellement accueilli. En l'espèce, la manifestation affichait le slogan : « Gesundheit stärken statt Grundrechte schwächen \_ Schutz vor Viren, nicht vor Menschen »<sup>31</sup>. La Cour a laissé certaines questions sans réponse et notamment la question de savoir si la loi fédérale de protection contre les infections est en conformité avec la réserve parlementaire, confiant au parlement les domaines relevant des libertés individuelles<sup>32</sup>. La Cour remarque ensuite que les restrictions ne se basent pas sur la nécessaire distanciation des personnes mais sur un argument de sécurité publique. A nouveau l'argument collectif est critiqué au profit de la perspective individuelle. La Cour reste encore prudente, en expliquant que le règlement contesté ne pose pas d'interdiction générale à la liberté de réunion (ce qui rendrait la disposition illégale) ; elle ne censure pas la mesure mais le refus des autorités d'autoriser la manifestation. La Cour constitutionnelle fédérale soutient sa ligne argumentaire dans une décision du 17 avril 2020<sup>33</sup>. En ce sens, la liberté de réunion suppose la visibilité physique commune des convictions dans une société. Selon la Cour, « la chambre ne manque pas de reconnaître que le nombre d'infection à Stuttgart a beaucoup augmenté ces dernières semaines, toutefois, cela n'exonère pas la défenderesse [l'autorité décisionnelle] de considérer toutes les mesures de protection possibles, en coopération avec le requérant, dans le sens de la concordance pratique entre l'objectif de protection des infections, de la santé et de la vie d'un côté, et de la liberté de réunion de l'autre »<sup>34</sup>. Il n'y a toujours pas de clarification quant à la base légale nécessaire pour restreindre l'exercice des droits fondamentaux, néanmoins, il y a un effort manifeste dans l'examen de la proportionnalité.

Dans la jurisprudence, d'un côté, la liberté de réunion bénéficie alors d'un examen plus favorable, d'un autre côté, la protection de la libre autodétermination de l'individu, n'obtient pas le même attrait. La Cour constitutionnelle fédérale déclare irrecevable le

---

<sup>30</sup> Beschluss 15. April 2020 - 1 BvR 828/20, disponible in [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/rk20200415\\_1bvr082820.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/rk20200415_1bvr082820.html) [dernière consultation le 14 septembre 2020].

<sup>31</sup> En français, « renforcer la santé au lieu d'affaiblir les droits fondamentaux, une protection contre le virus, pas contre les individus » [traduction par nos soins].

<sup>32</sup> La réserve parlementaire en droit allemand ou « Parlamentarischer Vorbehalt » pose la condition selon laquelle toutes les mesures restrictives aux libertés individuelles doivent faire l'objet d'une loi formelle et matérielle. Cette réserve exige que toutes les décisions ayant un poids substantiel pour l'ensemble de la communauté doivent être approuvées directement par le Parlement et ne peuvent être ainsi confiées à d'autres organes décisionnels. Beaucoup de critiques ont été émises dans la mesure où la loi de protection contre les infections confie davantage de compétences au pouvoir exécutif en restreignant le rôle des parlementaires (Bundestag et Bundesrat) afin d'accélérer le processus en situation d'urgence. Les tribunaux allemands n'ont pour l'instant donné aucune réponse claire à ce sujet.

<sup>33</sup> BverfG, Beschluss 17. April 2020 - 1 BvQ 37/20.

<sup>34</sup> „Die Kammer verkennt dabei nicht, dass, wie die Antragsgegnerin des Ausgangsverfahrens vorbringt, gerade in Stuttgart die Infektionszahlen in den vergangenen Wochen stark angestiegen sind. Dies befreit die Antragsgegnerin des Ausgangsverfahrens aber nicht davon, vor einer Versagung der Zulassung der Versammlung möglichst in kooperativer Abstimmung mit dem Antragsteller alle in Betracht kommenden Schutzmaßnahmen in Betracht zu ziehen und sich in dieser Weise um eine Lösung zu bemühen, die die Herstellung praktischer Konkordanz zwischen dem Ziel des Infektionsschutzes und des Schutzes von Leib und Leben auf der einen und der Versammlungsfreiheit auf der anderen Seite ermöglicht“, [41] [traduction par nos soins].

recours contre le règlement de Bavière conditionnant la possibilité de quitter le domicile<sup>35</sup>. Le requérant invoque la protection de son droit à la libre autodétermination en ce que le comportement incriminé tiendrait dans la seule « intention » de quitter le domicile. Selon la Cour, le recours ne relève pas d'une question spécifique en droit constitutionnel. De la même manière, la Cour rejette un recours le 24 avril 2020 contre un règlement relatif aux mesures de distanciation physique<sup>36</sup>. Le requérant, s'appuyant sur l'autodétermination de la personne, relevait pourtant un manque de motivations du règlement et la confusion des objectifs poursuivis par ces mesures coercitives.

La première décision des tribunaux qui va reconnaître une disposition anti-Corona contraire à la Constitution porte sur la liberté économique<sup>37</sup>. La réglementation bavaroise attaquée faisait une distinction entre des types de commerce et subordonnait l'ouverture de ces commerces à des conditions d'espace. Le tribunal remet en cause la distinction entre les commerces. En raison de l'aspect innovateur de la décision, le tribunal n'a pas invalidé la mesure mais a laissé au législateur le soin de modifier les dispositions. Le même jour, le Tribunal constitutionnel de la Sarre invalide partiellement les mesures de restriction des sorties<sup>38</sup>. Son argumentation claire se décline en plusieurs points et a le mérite d'offrir la première systématisation de l'examen d'une mesure de protection contre le virus. Tout d'abord, des atteintes à un droit fondamental, comme des limitations de sortie d'un lieu nécessitent un contrôle strict de leurs motivations. Plus ces mesures sont prolongées dans le temps, plus les exigences les concernant seront rigoureuses. En second lieu, eu égard à une mesure largement débattue à propos de l'impossibilité pour certaines familles de se retrouver, le droit fondamental de la famille protège également la rencontre avec les membres d'une famille qui n'appartient pas au même foyer. Le tribunal constitutionnel précise, en troisième lieu que ce n'est pas l'exercice d'un droit fondamental qu'il est nécessaire de justifier mais bien sa limitation. La limitation de l'exercice nécessite une justification claire, qui concilie la gravité de l'atteinte d'un côté et l'étendue et la probabilité du danger, de l'autre côté. Ensuite, le tribunal éclaire la mission de l'exécutif. Ce-dernier dispose d'une large marge d'appréciation autour de la question de la prévision et de la prévention des risques. Cependant, tenant compte de la durée croissante des restrictions aux libertés, une justification des risques reposant sur les faits est primordiale. Plus généralement, des conséquences irréversibles peuvent être constatées en raison de la suspension partielle des liens avec la famille, et ce, compte tenu de l'évolution relative du nombre d'infections. Le tribunal a aussi insisté sur la violation du principe de clarté et de précision de la mesure en cause. La protection de la santé perd de la distance face aux libertés individuelles plaçant l'individu comme la raison de leurs garanties.

---

<sup>35</sup> BverfG, Beschluss 18. April 2020 - 1 BvR 829/20.

<sup>36</sup> BverfG, Beschluss vom 24. April 2020 - 1 BvR 900/20, disponible in [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/rk20200424\\_1bvr090020.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/rk20200424_1bvr090020.html) [dernière consultation le 14 septembre 2020].

<sup>37</sup> VGH, Beschluss 27. April 2020, 20 NE 20.793.

<sup>38</sup> Verfassungsgerichtshof des Saarlandes, Lv 7/20 eA, 28/04/2020.

Une troisième phase juridique a eu lieu, lorsque les premières mesures, les plus restrictives<sup>39</sup>, ont été assouplies. La tendance pour les tribunaux a alors été de réaffirmer strictement le contexte troublé et les contraintes individuelles ininterrompues depuis le mois de mars 2020. Le 16 mai 2020, la Cour constitutionnelle fédérale rejette un recours restreignant la liberté de réunion bien qu'il y ait une violation de la disposition constitutionnelle<sup>40</sup>. Selon la Cour, le requérant ne se trouve pas dans l'incapacité totale d'exercer ses droits fondamentaux, l'atteinte de l'essence du droit fondamental n'est pas touchée, l'Etat remplit sa mission de protection. Le 11 juin 2020, elle rejette un autre recours contre une mesure restrictive de la liberté de réunion selon l'argument du principe de subsidiarité cette fois, le requérant aurait pu faire d'autres recours<sup>41</sup>. La Cour constitutionnelle fédérale continue de resserrer le verrou en rejetant un recours contre une mesure réglementaire dans le Land de Bavière<sup>42</sup>. Le règlement portait sur la limitation des services des écoles et des établissements de gardes d'enfants. Selon les hypothèses de la cour, les restrictions imposées contribuent à réduire les contacts sociaux et les éventuelles chaînes d'infection. La Cour utilise un raisonnement classique de début de pandémie, elle subordonne l'atteinte aux droits fondamentaux au risque de maladie qui augmenterait et au risque de surcharge des établissements de santé. D'une manière générale, les tribunaux ont remis en avant les autorités publiques dans leur mission de protection de la vie des individus, principe indétronable.

## Conclusion

Les différentes observations et analyses révèlent clairement ce changement de paradigme caractéristique de la rhétorique de l'État d'exception ; d'abord il s'agit de protéger la santé et la vie, ensuite seulement, il est question des risques et finalement, l'attention est portée sur la liberté. En règle générale, l'État d'urgence ou l'État d'exception se caractérise par la concentration des pouvoirs aux mains de l'exécutif. L'État d'urgence est associé à une définition contextuelle et ne peut pas être délimité strictement et de façon définitive pour tous et en tous lieux. Carl Joachim Friedrich, politologue d'origine allemande, naturalisé américain, formule une question centrale à propos de l'État d'urgence en 1961 ; « Peut-on justifier la violation de l'ordre juridique si la continuité de cet ordre est remise en question et justifier l'idée que les violations garantissent cet ordre et le sauvent ? »<sup>43</sup>. Un autre théoricien et juriste allemand, Carl Schmitt, a beaucoup contribué à la justification de l'État d'urgence. Le concept du politique de Schmitt appelle l'identification des acteurs et des décisions politiques<sup>44</sup>. Le souverain de l'État d'exception est celui qui a décidé de son

---

<sup>39</sup> Par exemple, la fermeture des magasins et des écoles, la possibilité de ne rencontrer qu'une seule personne dans l'espace public, différent de son ménage, la fermeture des parcs.

<sup>40</sup> BVerfG Beschluss, 16. Mai 2020 - 1 BvQ 55/20.

<sup>41</sup> BVerfG Beschluss 11. Juni 2020 - 1 BvQ 66/20.

<sup>42</sup> BVerfG Beschluss 09. Juni 2020 - 1 BvR 1230/20.

<sup>43</sup> M. Lemke Hrsg., *Ausnahmezustand Theoriegeschichte, Anwendungen, Perspektiven*, Springer VS, Wiesbaden, 2017, p. 2.

<sup>44</sup> Voir, entre autres, C. Schmitt, *Politische Theologie, Vier Kapitel von der Lehre der Souveränität*, 9. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 2009, pp. 11-21.

entrée en vigueur. De la même façon, ce ne sont pas la science et l'incertitude des connaissances qui déterminent les décisions adaptées mais bien le politique. L'État d'exception sert ici d'examen pour la démocratie et pour la garantie des droits comme l'avait annoncé la chancelière Angela Merkel. La démocratie adopte une dimension défensive.

Pour Kelsen, l'État d'urgence n'est pas une difficulté en soi dans la mesure où il associe État (*Staat*) et ordre juridique (*Rechtsordnung*). En ce sens, la souveraineté peut se définir comme une « propriété » de l'ordre juridique<sup>45</sup>. Le souverain se confond avec l'organisation de l'État en tant que telle. Le gouvernement représente le cœur de toutes les actions. Sur la question de la séparation des pouvoirs, Schmitt explique qu'une distinction subsiste entre le législatif et l'exécutif mais les deux fonctions sont remplies par un seul organe centralisé. Un autre aspect de l'État d'exception touche à la prévisibilité des actions et des mesures de restriction. Ernst-Wolfgang Böckenförde, homme d'État et constitutionnaliste allemand, précise que la question de la prévisibilité ne touche pas au contenu de l'État d'exception mais davantage à la gradation de situations non habituelles et prévisibles<sup>46</sup>. La prévisibilité nécessite donc des règles particulières afin d'encadrer ces situations nouvelles. Il faut, à la fois, garantir la capacité d'action des organes de l'État mais encore, dans les situations imprévisibles, assurer l'unité de l'ordre juridique constitutionnel. Et si le juriste se complaît dans l'analyse de l'État d'exception par les moyens d'arguments juridiques, pour d'autres, il est davantage question des faits plus que de droit. Giorgio Agamben, philosophe italien, a beaucoup étudié la doctrine de Heidegger ou Schmitt et peut en conclure que l'État d'exception admet une contradiction en son for intérieur. Pour Agamben, d'une part, l'état de nécessité sur lequel se fonde l'état d'exception ne saurait avoir de forme juridique. D'autre part, la définition du terme est rendue difficile en tant qu'elle se situe à la limite entre le politique et le droit. En cela, l'Etat d'exception serait « un point de déséquilibre entre le droit public et le fait politique » qui se situe dans une « frange ambiguë et incertaine, à l'intersection entre le juridique et le politique »<sup>47</sup>.

Dans un Etat d'exception, il y a un refrain qui occupe les assemblées (peu remplies), celui du temps et de sa perception, de sa « prévisibilité ». Les délais de l'administration et de la justice peuvent-ils être suspendus ou prolongés ? La condition de l'urgence est-elle forcément admise par les tribunaux dans ce contexte pour déclencher une procédure en référé ? Dans une procédure d'urgence, les tribunaux procèdent à une vérification sommaire des faits. Cela entraîne donc certaines imprécisions dans la mesure où les tribunaux semblaient éviter de se prononcer clairement sur le contenu des mesures restrictives. Ce type de procédure fait privilégier une conciliation des intérêts plutôt qu'un examen exhaustif de la situation. Ce schéma est-il compatible avec les restrictions continues et prolongées des libertés individuelles endurées par les individus dans le cadre de l'Etat

---

<sup>45</sup> M. Lemke Hrsg., *Ausnahmezustand Theoriegeschichte*, précité, p. 17.

<sup>46</sup> Ibid., p. 108.

<sup>47</sup> S. Askofaré, « À propos de l'État d'exception, Homo sacer de Giorgio Agamben », *Revue L'en-je lacanien*, vol. n°2, n° 1, 2004, pp. 193-205.

d'exception, provisoire ? La question du temps était encore plus présente pendant la première phase de la pandémie. Il fallait pouvoir déterminer le moment du pic de la courbe. C'est ce point qui allait commander des mesures alors moins restrictives.

La question du temps pour les autorités décisionnelles dépend de l'étendue des connaissances à un moment donné, susceptible d'évoluer et conditionnée à une réévaluation permanente. Le progrès dans les connaissances suppose l'acceptation de l'incertitude. En langue allemande, le doute relatif aux connaissances se nomme *Ungewissheit*. Ce doute est pourtant confronté à l'expertise. L'incertitude qui doit dicter la ligne à suivre et restreint les libertés de l'individu renvoie au conflit kantien des facultés entre les facultés supérieures (le droit, la médecine, la théologie et l'économie) et les facultés inférieures (les mathématiques, l'histoire et la philosophie). C'est dans les secondes qu'il faudrait y apprendre la prudence. Il s'agit d'accepter la quête de connaissances dans des conditions d'incertitude. Günter Frankenberg parle d'un droit « apprenant » ou un droit d'apprentissage, *lernendes Recht*, permettant d'avancer dans ce chemin parsemé d'inconnues<sup>48</sup>. Ce droit perfectible et l'application rigoureuse du principe de proportionnalité seraient préférables aux lois de police, au droit administratif spécial et aux mesures préventives. Préférer l'éducation et l'explication à la contrainte et à la coercition mais qui s'enquiert de la loi lorsque la mort est sur le seuil ? La chancelière allemande s'est d'ailleurs efforcée d'utiliser un vocabulaire choisi, elle annonce des directives et des recommandations (*Leitlinie und Empfehlung*), plutôt que des ordonnances et des instructions (*Anordnung und Handlungsanweisung*).

Ce qui peut encore être observé autour de la « mesure restrictive de prévisibilité », ce sont les nouveaux règlements des Länder qui prévoient la possibilité de faire des listes de personnes présentes à des événements, des restaurants, des hôtels, des salles de jeux, des services religieux, des funérailles, des lieux de prostitution, des cinémas, des installations sportives, des studios cosmétiques, des maisons de retraite et même pour des réunions de famille de plus de 20 personnes. Par exemple, dans le règlement de Berlin édicté le 4 août 2020, les personnes présentes doivent inscrire leurs coordonnées sur une liste afin que les services de santé puissent suivre les chaînes d'infection. Il n'est actuellement pas possible d'anticiper les conséquences d'une inscription sur une liste étant donné qu'il n'existe pas de procédure réglementée ni de base juridique claire. Les objectifs restent flous. Tout changement de finalité à ces données à caractère personnel constituerait une atteinte supplémentaire au droit à l'autodétermination en matière d'information. Il faudra garder un œil avisé sur l'avenir de ces mesures, le retour de vacances annoncé. Veiller à ce que l'ensemble de ces mesures prises dans une situation exceptionnelle ne s'inscrivent pas dans le droit commun, tels des « exceptions consenties aux usages »<sup>49</sup>, une fois sortis de l'État d'urgence.

---

<sup>48</sup> G. Frankenberg, « [COVID-19 und der juristische Umgang mit Ungewissheit](#) », *VerfBlog*, 25 avril 2020 [dernière consultation le 14 septembre 2020].

<sup>49</sup> F. Sureau, *Sans la liberté*, Paris, Tracts Gallimar, septembre 2019, p.8.

**FOCUS**

# La privation de liberté dans les zones de transit à la frontière serbo-hongroise et l'office du juge national

(obs. sous l'arrêt CJUE, GC, 14 mai 2020, *FMS, FNZ, SA, SA junior*, aff. jtes C-924/19 PPU et C-925/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:367)

Aikaterini Angelaki\*

L'arrêt *FMS e.a.* témoigne de la dégradation constante du droit hongrois d'asile depuis la déclaration de « l'état d'urgence dû à une immigration massive » en septembre 2015<sup>1</sup>. Sur le plan pratique, cette politique hostile à l'accueil des réfugiés a été marquée par la construction en 2015 d'une clôture de fil barbelé partiellement électrifiée au long de la frontière serbo-hongroise. Stoppés par cette barrière, les individus qui souhaitent entrer sur le territoire hongrois n'ont d'autre choix que de passer par l'une des deux « zones de transit » à Tompa et à Röszke<sup>2</sup>. Les personnes admises dans ces zones situées à proximité de la clôture construite en 2015 sont légalement obligées d'y déposer leur demande de protection internationale et d'y attendre, enfermées, durant la procédure d'examen de leur demande<sup>3</sup>. Les conditions de vie dans ces camps ont fait l'objet de multiples critiques par les organisations de défense des droits de l'homme. Les experts du Groupe de travail des Nations unies sur la détention arbitraire (UNWGAD), après s'être vus refuser l'accès à ces zones, ont déclaré qu'« il ne fait aucun doute que la rétention de migrants dans ces 'zones de transit' s'analyse en une privation de liberté au sens du droit international »<sup>4</sup>.

Cette dégradation du traitement des migrants et des demandeurs de protection internationale en Hongrie s'inscrit dans le contexte plus large de la crise du respect par cet État membre des valeurs de l'Union européenne. Outre le déclenchement en 2018 du volet préventif du mécanisme prévu par l'article 7 TUE<sup>5</sup>, cette crise a fait l'objet d'une judiciarisation par la contestation, tant dans le cadre du recours en manquement que dans le cadre du renvoi préjudiciel, des réformes hongroises. Parallèlement à l'activation de l'article 7 TUE, la Commission a en effet saisi la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après « la Cour »)

---

\* Maître de conférences en droit public à l'Université Paris Est-Créteil, Centre de recherche MIL.

<sup>1</sup> Prolongé à plusieurs reprises au motif de la pression migratoire aux frontières, « l'état d'urgence dû à une immigration massive » est actuellement en vigueur en Hongrie jusqu'au 7 mars 2021.

<sup>2</sup> L'admission dans ces zones s'effectue sur la base d'une liste d'attente informelle, qui serait transmise par des « chefs de communauté » aux autorités hongroises. Sur ce système, voy. le point 1.2 du [rapport de la visite d'information](#) de l'ambassadeur Tomás Boček, représentant spécial du Secrétaire Général du Conseil de l'Europe sur les migrations et les réfugiés, en Serbie et dans deux zones de transit en Hongrie, du 12 au 16 juin 2017 [dernière consultation le 15 septembre 2020].

<sup>3</sup> En 2019, le taux de rejet des demandes est de 91,5 %.

<sup>4</sup> UNWGAD, [« UN Human Rights Experts Suspend Hungary Visit after Access Denied »](#), 15 novembre 2018 [dernière consultation le 15 septembre 2020].

<sup>5</sup> S'agissant du sort réservé aux réfugiés et aux migrants, voy. les points 62 à 72 de la Résolution du Parlement européen du 12 septembre 2018 relatif à une proposition invitant le Conseil à constater, conformément à l'article 7, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, l'existence d'un risque clair de violation grave par la Hongrie des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée (2017/2131(INL)), P8\_TA(2018)0340.

de plusieurs recours en manquement, parmi lesquels trois sont directement liés aux problèmes posés par le traitement accordé aux demandeurs de protection internationale. Dans ce cadre, la Cour a déjà constaté le non-respect par la Hongrie, ainsi que par la Pologne et la République tchèque, de leurs obligations au titre des décisions afférentes au mécanisme de relocalisation temporaire des demandeurs de protection internationale<sup>6</sup>. Deux autres recours en manquement sont toujours pendants. D'un côté, le recours introduit le 8 novembre 2019<sup>7</sup> met en cause un paquet législatif adopté le 20 juin 2018, connu sous le nom « Stop Soros », qui introduit au droit national un nouveau motif d'irrecevabilité des demandes d'asile fondé sur le concept hybride de « pays de transit sûr » et pénalise l'aide à l'immigration illégale. De l'autre côté, le recours introduit le 21 décembre 2018<sup>8</sup> invoque plusieurs manquements aux obligations imparties par la directive 2013/33<sup>9</sup> (« directive Accueil »), la directive 2013/32<sup>10</sup> (« directive Procédures ») et la directive 2008/115<sup>11</sup> (« directive Retour »). Les réformes hongroises ont également donné lieu à deux arrêts rendus à titre préjudiciel par la Cour. Dans l'arrêt *L.H. ou Tomba*<sup>12</sup>, la première chambre de la Cour a jugé que le nouveau motif d'irrecevabilité introduit par la réglementation hongroise irait à l'encontre de la directive Procédures. Deux mois après, la formation de Grande chambre de la Cour s'est prononcée dans les affaires jointes *FMS e.a.*

Les faits ayant donné lieu à ces affaires réunissent le destin des ressortissants afghans (affaire C-924/19 PPU) et iraniens (affaire C-925/19 PPU) qui sont arrivés en Hongrie par la Serbie et ont introduit des demandes d'asile depuis la zone de transit de Röszke. En application de la réglementation nationale, ces demandes ont été rejetées comme irrecevables et des décisions de retour vers la Serbie ont été adoptées, car la Serbie est considérée comme un « pays de transit sûr » par la Hongrie. La Serbie a néanmoins refusé la réadmission des intéressés sur son territoire, au motif que les conditions prévues par l'accord de réadmission conclu avec l'Union n'étaient pas réunies<sup>13</sup>. À la suite de cette décision, les autorités hongroises n'ont pas procédé à l'examen au fond des demandes d'asile mais ont modifié le pays de destination mentionné dans les décisions de retour, en ordonnant aux intéressés de quitter le territoire hongrois pour l'Afghanistan et l'Iran. Les intéressés ont alors formé opposition à l'encontre des décisions modificatives de

<sup>6</sup> CJUE, 2 avril 2020, *Commission c. Hongrie*, aff. jtes C-715/17, C-718/17, C-719/17, ECLI:EU:C:2020:257.

<sup>7</sup> Aff. *Commission c. Hongrie*, C-821/19.

<sup>8</sup> Aff. *Commission c. Hongrie*, C-808/18.

<sup>9</sup> Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale, JO L 180 du 29 juin 2013, p. 96.

<sup>10</sup> 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, JO L 180 du 29.6.2013, p. 60.

<sup>11</sup> Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, JO L 348 du 24.12.2008, p. 98.

<sup>12</sup> CJUE, 19 mars 2020, *L.H.*, aff. C-564/18, ECLI:EU:C:2020:218. Voy. P. Dumas, « L'arrêt L.H. ou la fragilité des garanties liées à la mise en œuvre du concept de 'pays tiers sûr' », *Revue des Affaires Européennes*, n° 1, 2020, pp. 239-250.

<sup>13</sup> Voy. Décision du Conseil du 8 novembre 2007 concernant la conclusion de l'accord entre la Communauté européenne et la République de Serbie concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, JO L 334 du 19 décembre 2007, p. 45.

l'administration, laquelle a été rejetée. Ils ont par la suite saisi le juge national en vue de faire annuler les décisions rejetant leur opposition et d'enjoindre à l'autorité chargée de l'asile de mener une nouvelle procédure d'asile. Ils ont parallèlement introduit des recours en carence liés à leur placement et leur maintien dans la zone de transit de Röszke. La juridiction nationale saisie de ces recours a posé à la Cour de nombreuses questions tenant à l'interprétation des directives Retour, Procédures et Accueil. Les affaires ont été soumises à la procédure préjudicielle d'urgence (PPU)<sup>14</sup>, ce qui a posé à la Cour une difficulté au vu du contexte de la crise sanitaire<sup>15</sup>. En effet, dans le cadre des affaires soumises à cette procédure, l'audience de plaidoiries est en principe obligatoire, afin de permettre à l'ensemble des intéressés visés à l'article 23 du Statut de la Cour de se positionner sur les questions posées par la juridiction de renvoi. L'audience s'est finalement tenue, le 13 mars 2020, soit le jour même où fut prise la décision d'annuler ou de reporter toutes les audiences programmées pour les semaines à venir.

D'une densité et d'une longueur importante qui ne permettent pas une analyse exhaustive dans le cadre de ce commentaire, l'arrêt rendu le 14 mai 2020 est intéressant à plus d'un titre. Il intervient dans le contexte tendu par l'épidémie qui n'a pas été sans impact sur le sort réservé aux réfugiés et aux migrants par la Hongrie. Depuis le 1<sup>er</sup> mars 2020, l'accès des demandeurs d'asile aux zones de transit avait été fermé en raison des risques de propagation du covid-19. L'arrêt anticipe également le traitement de certaines questions posées dans le cadre du recours en manquement introduit par la Commission le 21 décembre 2018. En outre, la Cour est appelée à se prononcer après l'arrêt *Ilias et Ahmed c. Hongrie* de la Cour européenne des droits de l'homme (« la CourEDH »)<sup>16</sup>, concernant précisément la situation de ressortissants de pays tiers ayant séjourné dans la zone de transit de Röszke. Aux yeux de l'avocat général de la Cour, cette circonstance conférerait aux affaires préjudicielles en question « un caractère sensible, les réponses à venir de la Cour revêtant un intérêt indiscutable tant d'un point de vue juridique qu'humanitaire »<sup>17</sup>. En effet, elles ont fourni l'occasion à la Cour de consolider les garanties procédurales de la directive Retour **(I)**. Dans le prolongement de l'arrêt *L.H.*, elles lui ont également permis de réitérer l'incompatibilité avec le droit de l'Union du nouveau motif d'irrecevabilité prévu par le droit hongrois et de préciser les conséquences de cette incompatibilité pour les procédures d'asile fondées sur ce motif **(II)**. L'élément le plus intéressant de l'arrêt – et qui occupe une partie importante du raisonnement – tient à la qualification du placement des individus en zones de transit comme une rétention au sens du droit dérivé de l'Union **(III)** et à l'interprétation des exigences de régularité d'une telle rétention. En cas d'irrégularité,

<sup>14</sup> Les deux affaires rendent compte de situations de demandeurs d'asile particulièrement vulnérables. Il s'agit d'un couple marié de ressortissants afghans de plus de 60 ans et diabétiques, privés de liberté au sein du camp de Röszke depuis le 17 mai 2019 (aff. C-924/19 PPU) et d'un père iranien et son fils mineur dont la santé mentale et psychique s'est dégradée depuis qu'ils sont retenus dans la zone de transit (aff. C-925/19 PPU).

<sup>15</sup> Voy. M.-A. Gaudissart, « La Cour de justice de l'Union européenne face à la crise sanitaire », *Revue des Affaires Européennes*, n° 1, 2020, pp. 97-107, spéc. pp. 102-103.

<sup>16</sup> CourEDH, GC, 21 novembre 2019, *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, req. n° 47287/15.

<sup>17</sup> Conclusions de l'avocat général Priit Pikamäe, présentées le 23 avril 2020, dans les affaires C-924/19 PPU et C-925/19 PPU, *FMS e.a.*, point 2.

le juge national est habilité à substituer sa décision à celle de l'autorité administrative l'ayant ordonnée pour prononcer, le cas échéant, la libération immédiate des personnes concernées (IV).

## **Partie I - La consolidation des garanties de protection juridictionnelle de la directive Retour**

La cinquième question posée par le juge *a quo*, laquelle a été traitée en priorité par la Cour, a donné l'occasion de se prononcer sur la politique hongroise de contournement des contraintes procédurales de la directive Retour pour renvoyer les personnes retenues dans les zones de transit à leur pays d'origine. Comme il a déjà été indiqué, l'autorité chargée de l'asile avait rejeté, comme étant irrecevables, les demandes de protection internationale des requérants au principal et avait adopté, concomitamment, les décisions de retour leur enjoignant de quitter le territoire hongrois pour la Serbie. Après le refus de réadmission par la Serbie, l'autorité compétente avait alors remplacé le pays de destination dans les décisions de retour par le pays d'origine des intéressés. La réglementation nationale permet en effet la modification d'une décision de retour, cette modification n'étant pas susceptible de contrôle juridictionnel. Elle peut être contestée uniquement devant les autorités administratives. Les intéressés ont effectivement formé, sans succès, un tel recours administratif. Par la suite, ils ont saisi la juridiction de renvoi d'un recours en annulation contre les décisions administratives rejetant leur opposition, ce qui a soulevé la question de la recevabilité de ce recours.

La Cour a estimé que la modification de la destination dans une décision de retour est à ce point « substantielle »<sup>18</sup> qu'elle doit être assimilée à une nouvelle décision de l'administration. L'autorité compétente pour son adoption devait ainsi veiller au respect de l'ensemble des garanties procédurales prévues par la directive Retour<sup>19</sup>, dont fait partie l'exigence d'une voie de recours effective qui est prévue par l'article 13 de la directive. Certes, l'objectif de cette disposition n'est pas une uniformisation des règles procédurales nationales. Elle laisse en effet la marge d'appréciation aux États membres de prévoir que les décisions de retour soient contestées devant des autorités autres que judiciaires. Elle doit néanmoins être interprétée à la lumière de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (« la Charte »). Dans le respect du droit au recours effectif tel que garanti par l'article 47 de la Charte, le destinataire d'une décision de retour doit ainsi, à un certain stade de la procédure, pouvoir en contester la régularité devant au moins une instance juridictionnelle<sup>20</sup>. Tel n'était pas le cas en l'espèce puisque les intéressés ne pouvaient contester les décisions modifiant leur pays de retour qu'en formant une opposition devant

<sup>18</sup> Arrêt *FMS e.a.*, précité, point 116.

<sup>19</sup> Ibid., point 122.

<sup>20</sup> Ibid., point 130. La Cour demeure fidèle aux enseignements de l'arrêt *Gnandi* où elle a déjà jugé que « la protection inhérente au droit à un recours effectif ainsi qu'au principe de non-refoulement doit être assurée en reconnaissant au demandeur de protection internationale un droit à un recours effectif suspensif de plein droit, au moins devant une instance juridictionnelle » (CJUE, GC, 19 juin 2018, *Gnandi*, ECLI:EU:C:2018:465, point 58).

l'autorité chargée de l'asile, laquelle est placée sous l'autorité du ministre chargé de la police. Puisqu'elle relève du pouvoir exécutif, elle ne remplit pas, pour la Cour, la condition d'indépendance pour qu'elle puisse être qualifiée de juridiction au sens de l'article 47 de la Charte. Comme l'on pouvait s'y attendre, pour apprécier la condition d'indépendance, la Cour applique les critères établis dans sa jurisprudence récente *ASJP* et *A.K.*<sup>21</sup>.

La privation des intéressés de tout recours juridictionnel conduit par la suite la Cour à tirer les conséquences pour l'office du juge hongrois. Comme à son accoutumée, elle va à cet effet au-delà d'un simple encadrement de l'autonomie procédurale nationale, jusqu'à définir elle-même les pouvoirs du juge interne<sup>22</sup>. Elle déduit ainsi du principe de primauté et du droit au recours effectif, tel que garanti par la Charte, une obligation pour la juridiction nationale de se déclarer compétente pour connaître ce recours<sup>23</sup>. Les mêmes fondements seront mobilisés ultérieurement dans le raisonnement de la Cour pour renforcer les pouvoirs du juge interne en ce qui concerne également la justiciabilité d'une mesure de rétention<sup>24</sup>.

## **Partie II - La précision des conséquences du rejet d'une demande d'asile sur la base d'un motif contraire au droit de l'Union**

La Cour examine ensuite la conformité au droit de l'Union du motif d'irrecevabilité qui avait justifié le rejet des demandes d'asile des requérants au litige au principal. Il s'agit du concept controversé du « pays de transit sûr » qui permet le rejet d'une demande lorsque l'individu est arrivé en Hongrie par un pays dans lequel il n'est pas exposé à des persécutions ou à un risque d'atteintes graves, ou dans lequel est assuré un degré de protection adéquat. La Cour affirme sans difficulté que ce motif prévu par le droit national ne peut être considéré comme mettant en œuvre l'un des motifs d'irrecevabilité prévus de manière exhaustive par l'article 33 de la directive Procédures.

Elle examine plus précisément les motifs relatifs au pays tiers sûr et au premier pays d'asile en reproduisant quasiment mot par mot le raisonnement suivi dans l'arrêt *L.H.* ou *Tompa*, rendu à deux mois d'intervalle. Dans cet arrêt, il a déjà été jugé que la circonstance qu'un demandeur de protection internationale a transité par le territoire d'un pays tiers ne saurait, à elle seule, constituer un lien de connexion au sens de l'article 38, paragraphe 2, de la directive Procédures qui régit la notion du pays tiers sûr<sup>25</sup>. Le motif prévu par le droit national ne pourrait non plus être considéré comme une transposition du motif de premier pays d'asile car son application n'était pas subordonnée à la jouissance par le demandeur d'une protection internationale, dans le pays concerné, du statut de réfugié ou d'une protection suffisante à un autre titre<sup>26</sup>.

---

<sup>21</sup> Ibid., points 132-137.

<sup>22</sup> M. Blanquet, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Sirey, 2018, p. 634.

<sup>23</sup> Arrêt *FMS e.a.*, précité, point 146.

<sup>24</sup> Cet élément est analysé *infra* dans le IV.

<sup>25</sup> Arrêt *FMS e.a.*, précité, point 158. Cf. Arrêt *L.H.*, précité, point 45-47.

<sup>26</sup> Ibid., point 163.

Si la Cour reconnaît sans appel la non-conformité de la réglementation hongroise au droit de l'Union, elle reste particulièrement prudente quant aux conséquences à tirer pour l'introduction d'une nouvelle procédure d'asile concernant un individu dont la demande a déjà été rejetée sur le fondement de cette réglementation. En répondant à la deuxième question posée par le juge hongrois, elle estime qu'il ressort de la directive Procédures, combinée avec le principe de loyauté et le droit d'asile tel que garanti par l'article 18 de la Charte, que l'autorité ayant rejeté les demandes d'asile et dont le rejet a déjà été confirmé par une décision juridictionnelle définitive, n'est pas tenue de les réexaminer d'office. Elle s'appuie à cet égard sur le principe général de sécurité juridique en rappelant, dans la lignée de la position du Gouvernement hongrois, le sens des jurisprudences *Kühne et Heitz* et *Kempter*<sup>27</sup>.

Si le droit de l'Union n'impose pas à l'autorité nationale chargée de l'asile de se ressaisir d'office, les intéressés dont la demande a été déclarée irrecevable peuvent toujours déposer une nouvelle demande à leur propre initiative, laquelle sera qualifiée de « demande ultérieure », au sens de la directive Procédures. Certes, l'article 33, paragraphe 2, sous d), de la directive prévoit qu'une telle demande ne faisant état d'aucun élément ou fait nouveau peut être considérée comme irrecevable. L'existence d'un arrêt de la Cour constatant qu'une réglementation nationale est contraire au droit de l'Union doit néanmoins être considérée comme un élément nouveau<sup>28</sup>. En outre, de manière plus générale, la Cour a jugé que l'effet utile du droit d'asile serait gravement compromis si ce motif d'irrecevabilité prévu par la directive était applicable lorsque l'autorité chargée de l'asile constate que le rejet définitif de la première demande est intervenu en méconnaissance du droit de l'Union<sup>29</sup>. Il est indifférent sur ce point que l'autorité en question s'appuie, comme c'était le cas en l'occurrence, sur la jurisprudence de la Cour ou sur un constat d'incompatibilité au droit de l'Union opéré, à titre incident, par une juridiction nationale<sup>30</sup>.

### **Partie III - La qualification du placement en zone de transit comme rétention au sens du droit dérivé**

S'agissant du placement des intéressés dans la zone de transit de Röske, la Cour s'interroge à titre liminaire sur la norme de référence par rapport à laquelle leur situation devrait être appréhendée. Elle décide ainsi de prendre en compte tant la directive Retour que la directive Accueil car certains requérants au principal ont pu présenter une nouvelle demande d'asile et ont été à nouveau considérés comme des demandeurs de protection internationale. À

<sup>27</sup> Ibid., point 186. Il est notable que, lors de l'audience, un juge de la formation a remarqué que le Gouvernement invoquait là une affaire concernant les cuisses de volaille et s'est demandé si le principe de sécurité juridique ne devait pas être interprété autrement dans le cas de l'espèce. Voy. le compte rendu de l'audience fourni par E. Stoppioni, [« Questionnements autour de la pratique hongroise de rétention systématique des demandeurs d'asile en zone de transit »](#), disponible sur le blogdroiteuropéen [dernière consultation le 15 septembre 2020].

<sup>28</sup> Ibid., point 194.

<sup>29</sup> Ibid., point 196.

<sup>30</sup> Ibid., point 198.

l'aide d'une interprétation littérale, historique et conceptuelle des dispositions de la directive Accueil, la Cour précise par la suite que la notion de « rétention » au sens de la directive doit être comprise comme « une mesure coercitive qui prive [l]e demandeur de sa liberté de mouvement et l'isole du reste de la population, en lui imposant de demeurer en permanence dans un périmètre restreint et clos »<sup>31</sup>. La même interprétation est transposée dans le contexte de la directive Retour qui ne contient pas, quant à elle, une définition de la notion de rétention.

Ainsi interprétée, la notion de rétention convient à la situation des requérants dans les deux affaires sous examen. À cet égard, la Cour rejette l'argument soulevé par la Hongrie selon lequel les intéressés étaient libres de quitter volontairement la zone de transit, car ces derniers ne pourraient pas « *légalement* quitter volontairement » cette zone, « en quelque direction que ce soit »<sup>32</sup>. En sus des conditions de vie assimilables à une privation de liberté, ils ne pourraient pas en effet se rendre en Serbie sans que leur entrée ne soit considérée comme illégale par les autorités serbes. En outre, en quittant le territoire hongrois, ils risquaient de perdre toute chance d'obtenir le statut de réfugié en Hongrie. Le séjour dans les zones de transit se traduirait alors par une restriction de la liberté de mouvement d'une ampleur telle qu'elle devrait être assimilée à une rétention au sens du droit dérivé de l'Union.

Le raisonnement de la Cour mérite l'attention car il parvient à une solution plus favorable que celle de l'arrêt *Ilias et Ahmed c. Hongrie* tout en évitant une opposition avec la Cour de Strasbourg. Rappelons sur ce point que, dans un arrêt de 2017, la quatrième chambre de la CourEDH avait condamné la Hongrie tant sur le fondement des articles 13 et 3 de la ConvEDH, que sur le fondement de l'article 5 en estimant que le confinement des requérants dans cette même zone de transit de Röszke équivalait à des privations de liberté de fait<sup>33</sup>. Dans l'arrêt du 21 novembre 2019, la Grande chambre de la CourEDH a par la suite partiellement confirmé l'arrêt de la chambre en ce qui concerne la méconnaissance par la Hongrie de ses obligations découlant des articles 13 et 3 de la ConvEDH. Faisant preuve d'un exercice d'équilibrisme, elle s'est néanmoins abstenue de condamner la Hongrie sur la base de l'article 5 ConvEDH en estimant que les conditions de l'applicabilité *ratione materiae* de cet article n'étaient pas réunies dans le cas de l'espèce. Pour parvenir à cette conclusion, la CourEDH endosse l'argument de la Hongrie selon lequel les requérants ne pouvaient être considérés comme « privés de liberté » au sens de l'article 5, paragraphe 1, de la ConvEDH car leur séjour dans la zone de transit ne pouvait être considéré comme involontaire. Elle admet que les requérants avaient une possibilité pratique de retourner en Serbie, vers une situation d'illégalité<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> Ibid., point 223.

<sup>32</sup> Ibid., point 231 [italiques ajoutés].

<sup>33</sup> CourEDH, 14 mars 2017, *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, req. n° 47287/15, § 56.

<sup>34</sup> Arrêt *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, précité, § 237. Voy. Ch. Giannopoulos, « [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° 45287/1 », *Europe des Droits & Libertés/Europe of Rights & Liberties*, mars 2020/1, pp. 176-184, spéc. pp. 182-184.

Cette position – qui n’a pas été sans contestations au sein de la CourEDH<sup>35</sup> – contraste avec la qualification des conditions prévalant dans la zone de Rözske laquelle a été effectuée par la Cour de Justice. Pour le juge de l’Union, l’impossibilité de partir volontairement dans la légalité vers la Serbie peut être assimilée à « une privation de liberté » laquelle est caractéristique d’une rétention au sens des directives Accueil et Retour<sup>36</sup>. La Cour n’estime pas nécessaire de rappeler ici que ces dispositions du droit dérivé sur la rétention constituent une limitation de l’exercice du droit à la liberté et à la sûreté consacré à l’article 6 de la Charte. Or, ce dernier correspond à l’article 5 de la Convention et devrait alors être interprété comme ayant le même sens et la même portée que ce dernier conformément aux dispositions horizontales de la Charte. La Cour a en outre déjà fait appel à de nombreuses reprises à l’article 52, paragraphe 3, de la Charte pour justifier l’interprétation de ce même article 6 de la Charte en conformité avec la Convention<sup>37</sup>.

Qui dit interprétation conforme, ne dit toutefois pas nivellement vers le bas, puisque la dernière phrase du paragraphe 3 de l’article 52 de la Charte précise que « cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l’Union accorde une protection plus étendue [que la ConvEDH] ». Certes, le juge de l’Union n’a pas encore explicitement eu recours à cette faculté de dépassement du niveau de protection offert par la Convention, malgré les exhortations de certains avocats généraux<sup>38</sup>. Mais il se montre habituellement plus explicite lorsqu’il s’agit de promouvoir l’autonomie du droit de l’Union. Il a déjà mobilisé cet argument dans le cadre de l’interprétation de l’article 6 de la Charte, en soulignant qu’aux termes des Explications ad article 52, l’obligation d’interpréter les dispositions de la Charte au regard des articles correspondants de la ConvEDH doit être assurée « sans que cela porte atteinte à l’autonomie du droit de l’Union et de la Cour de Justice de l’Union européenne »<sup>39</sup>. C’est ainsi que, dans ses conclusions présentées dans les affaires jointes *FMS e.a.*, l’Avocat général avait invité la Cour à délaissier au nom de l’autonomie la jurisprudence de la CourEDH afin d’offrir un niveau de protection plus élevé que celui garanti par la Convention<sup>40</sup>. En s’abstenant prudemment de mobiliser l’article 6 de la Charte sur ce point du raisonnement, la Cour évite toutefois de désapprouver (ouvertement) la jurisprudence conventionnelle sur l’inapplicabilité de l’article 5 ConvEDH. Reste à vérifier

<sup>35</sup> Cela s’exprime sur le résultat des votes, puisqu’il s’agit du seul élément de l’arrêt *Ilias et Ahmed c. Hongrie* qui a été adopté à la majorité et pas à l’unanimité ou la quasi-unanimité. L’opinion partiellement dissidente du juge albanais, à laquelle s’est rallié son homologue le juge de Monténégro, exprime également sa position en faveur de l’applicabilité de l’article 5 dans le cas de l’espèce (voy. not. arrêt *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, précité, § 86).

<sup>36</sup> Arrêt *FMS e.a.*, précité, point 231.

<sup>37</sup> Voy. not. CJUE, 15 février 2016, *J.N.*, aff. C-601/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:84.

<sup>38</sup> Sur ce point, voy. A. Bailleux, « Article 52-2. - Portée et interprétation des droits et principes », in F. Picod et al. (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 1287-1319, spéc. p. 1304.

<sup>39</sup> Arrêt *J.N.*, précité, point 47.

<sup>40</sup> Conclusions dans les affaires *FMS e.a.*, précitées, points 149-151.

si ce stratagème sera maintenu dans le cadre du recours en manquement introduit par la Commission le 21 décembre 2018<sup>41</sup>.

#### **Partie IV - L'irrégularité de la rétention au regard des exigences imposées par le droit de l'Union**

En interprétant les exigences imposées par les directives Procédures, Accueil et Retour, la Cour fournit également au juge national les éléments nécessaires pour le guider dans l'appréciation de la régularité de la rétention dans les zones de transit. Elle se prononce avant tout sur l'interprétation de l'article 43 de la directive Procédures qui offre aux États membres la possibilité d'imposer aux demandeurs de protection internationale de demeurer à leurs frontières ou dans les zones de transit afin notamment de se prononcer sur la recevabilité de leur demande dans un délai raisonnable. Le traitement d'une demande ne peut dépasser les quatre semaines que dans la situation spécifique d'un afflux massif des demandeurs d'asile, auquel cas les personnes intéressées doivent toutefois être hébergées dans des conditions normales<sup>42</sup>. La possibilité offerte par cet article n'autorise alors en aucun cas une rétention de plus de quatre semaines. On notera que la durée moyenne de rétention dans les zones de transit situées aux frontières de la Hongrie s'élevait à plusieurs mois<sup>43</sup>.

La Cour s'attelle ensuite à examiner les exigences liées au placement en rétention au regard des directives Accueil et Retour. Elle affirme que les directives s'opposent à ce qu'un demandeur de protection internationale ou un ressortissant de pays tiers faisant l'objet d'une décision de retour soit placé en rétention au seul motif qu'il ne peut pas subvenir à ses besoins<sup>44</sup>. Les directives s'opposent également à ce que la personne intéressée soit placée en rétention sans l'adoption préalable d'une décision motivée ordonnant ce placement et sans qu'aient été examinées la nécessité et la proportionnalité d'une telle mesure<sup>45</sup>. En ce qui concerne la durée de la rétention, la Cour diffère nécessairement sa réponse en fonction de la directive applicable. S'agissant de la directive Accueil, bien que

---

<sup>41</sup> Lors de l'audience de cette affaire, les parties ont été invitées à prendre position sur la pertinence de l'arrêt de la CourEDH. Contrairement à la Commission, la Hongrie a estimé que la solution de la CourEDH était transposable à l'affaire car si le placement des demandeurs d'asile en zone de transit n'est pas une privation de liberté au sens de l'article 5 de la ConvEDH, il va de soi qu'il ne peut pas non plus être qualifié de rétention au sens du droit dérivé de l'Union, dès lors que cette dernière notion présuppose l'existence d'une privation de liberté au sens de l'article 6 de la Charte. De son côté, l'avocat général a rejeté cet argument en réitérant son argumentation sur l'interprétation autonome du droit de l'Union. Il a en outre estimé que la Cour a implicitement validé cette approche d'interprétation autonome dans l'arrêt *FMS e.a.* en ce qu'elle a conclu à l'existence d'une rétention à l'issue d'une analyse portant sur les seules conditions découlant de la directive Accueil (Conclusions de l'avocat général Priit Pikamäe, présentées le 25 juin 2020, dans l'affaire C-808/18, pt 131).

<sup>42</sup> Arrêt *FMS e.a.*, précité, points 242-245.

<sup>43</sup> Voy. les données recueillies par l'ONG *The Hungarian Helsinki Committee*, disponibles sur le lien : <https://www.asylumineurope.org/reports/country/hungary/> [dernière consultation le 15 septembre 2020].

<sup>44</sup> Ce motif n'est pas susceptible de justifier un placement en rétention ni sur le fondement de l'article 8 de la directive Accueil (arrêt *FMS e.a.*, précité, point 256), ni sur le fondement de l'article 15 de la directive Retour (arrêt *FMS e.a.*, précité, point 270).

<sup>45</sup> *Ibid.*, points 259 et 275.

l'article 9 de la directive n'impose pas que les États membres fixent une durée maximale à la rétention, le droit national doit toutefois, pour la Cour, garantir que la rétention ne dure que tant que le motif qui la justifie demeure d'application et que les procédures administratives liées à ce motif soient exécutées avec diligence. Cette interprétation prend appui sur les exigences imposées par l'article 6 de la Charte, la Cour ne manquant pas cette fois-ci de citer par analogie l'arrêt *S.M.M. c. Royaume-Uni* de la CourEDH<sup>46</sup>. S'agissant de la directive Retour, l'article 15 de la directive prévoit un délai de rétention aux fins d'éloignement. Même lorsqu'elle est prolongée, elle ne peut excéder dix-huit mois et ne peut être maintenue que tant que le dispositif d'éloignement est en cours et est exécuté avec toute la diligence requise.

La Cour précise enfin les conséquences de l'irrégularité de la rétention en faisant à nouveau évoluer l'office du juge interne sur le fondement du principe de primauté et du droit à une protection juridictionnelle effective. En l'absence de dispositions nationales prévoyant un contrôle de légalité d'une mesure de rétention, il appartient à la juridiction nationale saisie de se déclarer compétente pour se prononcer à ce sujet. Si, à l'issue de son contrôle, cette dernière estime que la mesure de rétention en cause est contraire au droit de l'Union, elle doit pouvoir substituer sa décision à celle de l'autorité administrative l'ayant ordonnée et prononcer la libération immédiate des personnes concernées, ou une mesure alternative à la rétention<sup>47</sup>. Compte tenu des dysfonctionnements de la justice en Hongrie, on perçoit l'ampleur de la charge que fait peser la Cour sur le juge national de l'asile « qui est sommé contre 'vents et marées' de veiller au respect des droits fondamentaux des personnes »<sup>48</sup>. En matière d'asile, il ne s'agit en outre pas de la première fois que la Cour investit les juridictions nationales d'un pouvoir qu'elles n'avaient pas en droit hongrois<sup>49</sup>.

\* \* \*

En définitive, au moyen d'une interprétation autonome du droit de l'Union et du renforcement des pouvoirs du juge national en tant que juge de droit commun du droit de l'Union, l'arrêt *FMS e.a.* permet de remettre en question une partie substantielle du droit hongrois d'asile. Il n'est pas ainsi surprenant qu'il ait été accueilli avec enthousiasme par des ONG, comme *The Hungarian Helsinki Committee* dont les avocats ont représenté les requérants au principal. Il n'est pas non plus surprenant que les autorités hongroises se soient initialement opposées à l'arrêt de la Cour<sup>50</sup>. Au lendemain de la publication de l'arrêt

<sup>46</sup> Ibid., point 264.

<sup>47</sup> Ibid., point 293.

<sup>48</sup> F. Gazin, « Procédure de demande de protection internationale en Hongrie », *Europe*, 2020, comm. 217.

<sup>49</sup> C'était le cas également dans l'arrêt *Torubarov* en ce qui concerne le pouvoir de reformation d'une décision administrative par une juridiction (CJUE, GC, 29 juillet 2019, *Alekszij Torubarov/Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, C-556/17, ECLI:EU:C:2019:626). Pour un commentaire de l'arrêt, voy. A. Caiola, « Contre le ping-pong procédural : un arrêt sur la logique du droit à un recours effectif », *Revue des Affaires Européennes*, n° 3, 2019, pp. 627-637.

<sup>50</sup> « [Hungary reacts to German constitutional court ruling](#) », *Euractiv*, 15 mai 2020 [dernière consultation le 1<sup>er</sup> octobre 2020].

et dans le sillage de l'arrêt PSPP de la Cour constitutionnelle allemande, le Premier ministre hongrois a déploré dans son interview radiophonique hebdomadaire une tentative par le juge de l'Union de contourner la Constitution hongroise<sup>51</sup>. Une semaine après la publication de l'arrêt, le gouvernement hongrois a néanmoins décidé de s'y conformer sans même attendre la décision du juge interne qui devrait se prononcer *in fine* sur la régularité de la rétention. Les zones de transit ont ainsi été évacuées par le transfert, les 20 et 21 mai, d'environ 300 personnes dans des centres d'accueil ouverts. En parallèle, la Hongrie a annoncé la fermeture des zones de transit<sup>52</sup>. Il n'est toutefois pas certain que cette évolution témoigne d'une volonté de la Hongrie de s'aligner sur les obligations relatives à l'accès effectif à une procédure d'asile qui sont issues du droit international et du droit de l'Union. En effet, non seulement il n'est plus possible d'accéder aux zones de transit pour déposer une demande de protection internationale, mais un nouveau système a été mis en place par décret qui exige désormais que les demandes doivent être préalablement enregistrées dans des représentations diplomatiques hongroises en dehors du territoire hongrois. Dans le sillage de l'arrêt *FMS e.a.*, le gouvernement Orbán semble avoir ainsi créé un système encore moins tenable que celui critiqué dans l'arrêt<sup>53</sup> en jetant les germes d'un nouveau bras de fer avec l'Union.

---

<sup>51</sup> « La Hongrie libère des migrants détenus illégalement depuis des années à la frontière », *Le Monde* du 23 mai 2020, p. 20.

<sup>52</sup> Ibid.

<sup>53</sup> Sur les suites de l'arrêt *FMS e.a.* et la critique des réformes apportées par l'exécutif hongrois, voy. B. Nagy, [« A – Pyrrhic? – Victory Concerning Detention in Transit Zones and Procedural Rights: FMS & FMZ and the Legislation Adopted by Hungary in its Wake »](#), 15 juin 2020 [dernière consultation le 15 septembre 2020].

# Customary International Law as an Object of Scrutiny and an Interpretative Aid

(obs. ECtHR, 9 July 2019, *Volodina v Russia*, N° 41261/17 and ECtHR, GC, 29 January 2019, *Güzelyurtlu and Others v Cyprus and Turkey*, N° 36925/07)

---

Marina Fortuna\*

## 1. INTRODUCTION

In 2019 the European Court of Human Rights ('ECtHR' or 'the Court') delivered its judgments in the cases of *Volodina v Russia*<sup>1</sup> and *Güzelyurtlu and Others v Cyprus and Turkey*.<sup>2</sup> Both cases, while concerning different rights contained in the European Convention on Human Rights ('ECHR' or 'the Convention'), are the most recent addition to the Court's thread of cases touching upon customary international law. Although international custom is only incidental to the Court's jurisdiction, the ECtHR has frequently used customary rules as either an object of its scrutiny (upon identification of the existence or interpretation of the content of customary rules) or as an interpretative aid for the purposes of construing the rights found in the Convention and the Protocols thereto.

*Volodina* and *Güzelyurtlu* bring to the fore, once again, the intricacies that the Court is faced with when dealing with customary international law. When the ECtHR uses customary international law as an object of its scrutiny — which usually happens preliminary to the Court using international custom in order to interpret the Convention itself — it rarely conducts its own assessment into State practice and *opinio juris*. More often than not, the Court outsources this determination to other authorities — an approach for which it has been criticized by legal scholars, but which it still maintained in both *Volodina* and *Güzelyurtlu*. When customary international law is used as an interpretative aid, the ECtHR, relying on the provisions of Article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties ('VCLT'), seeks to harmonize the interpretation of the Convention rights with general international law. *Güzelyurtlu* stands out from the case law where the Court relied on Article 31(3)(c). Instead, the ECtHR used its own interpretation of a customary rule established in a previous case to construe the content of the procedural obligation contained in Article 2 of the ECHR.

Both cases are a valuable contribution by the ECtHR to the thread of cases dealing with the (sometimes complex) relationship between ECHR law and customary international law.

---

\* PhD Researcher TRICI-Law Project, Department of Transboundary Legal Studies, Faculty of Law, University of Groningen. The author would like to thank Prof. Panos Merkouris and the editorial board of the journal for their comments and suggestions on the draft versions of this paper, as well as Mr. Konrad Turnbull and Mr. Michael Aidi for their editorial assistance.

<sup>1</sup> *Volodina v Russia* Application No 41261/17, Merits and Just Satisfaction, 9 July 2019 [Third Section].

<sup>2</sup> *Güzelyurtlu and Others v Cyprus and Turkey* Application No 36925/07, Merits, 29 January 2019 [Grand Chamber].

Likewise, both cases advance our understanding of the interplay between the two facets of customary international law in the practice of the ECtHR, which is why they were selected for the present analysis.<sup>3</sup> The inquiry starts off with a brief presentation of the factual background of the two cases and the claims made by the Parties (**Section 2**) and proceeds to the substantive analysis of the use of customary international law as an object of the ECtHR's scrutiny and as an interpretative aid (**Section 3**).

## 2. THE CASES IN SHORT

### A. *Volodina v Russia*

In 2017 Ms Volodina lodged an application before the ECtHR against the Russian Federation for failing to prevent, investigate and prosecute acts of domestic violence committed against her by her former partner and for failing to establish a normative framework to prevent and punish gender-based violence.<sup>4</sup>

Between 2016 and 2017 the applicant was abducted, assaulted and threatened by her former partner multiple times.<sup>5</sup> She repeatedly addressed emergency calls and criminal complaints to the police, but the authorities refused to open a criminal investigation into the incidents.<sup>6</sup> Further, in March 2018 the applicant's former partner published her private photographs on a social network without her consent, which the applicant again complained of to the

---

<sup>3</sup> To date the research on the general approach of the ECtHR towards customary international law is rather scarce, compared to the research conducted on other international courts and tribunals. Most legal publications focus on specific areas of customary international law and their interaction with one or more of the rights contained in the Convention. For general discussions on the ECtHR and customary international law see indicatively: Ziemele, 'Customary International Law in the Case Law of the European Court of Human Rights — The Method' (2013) 12 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 243-252; Francioni, 'Customary International Law and the European Convention on Human Rights' (1999) 9 *Italian Yearbook of International Law* 11-25; Caflisch, 'L'application du droit international général par la Cour européenne des droits de l'homme' in Buffard, Crawford, Pellet, Wittich (eds) *International Law between Universalism and Fragmentation. Festschrift in Honour of Gerhard Hafner* (2008) 627-648.

For an analysis concerning the interaction of customary international law and specific rights contained in the ECHR see indicatively: Pavoni, 'The Myth of the Customary Nature of the United Nations Convention on State Immunity: Does the End Justify the Means?' in van Aaken, Motoc (eds) *The European Convention on Human Rights and General International Law* (2018); Motoc, Vassel, 'The ECHR and Responsibility of the State: Moving Towards Judicial Integration' in van Aaken, Motoc (eds) *The European Convention on Human Rights and General International Law* (2018); Rodgers, '[State immunity and employment relationships before the European Court of Human Rights](#)' (2019) 19 *ERA Forum* 537-550; Forowicz, *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights* (2010); Kloth, *Immunities and the right of access to court under Article 6 of the European Convention on Human Rights* (2010); Vanneste, *General International Law Before Human Rights Courts: Assessing the Specialty Claims of International Human Rights Law* (2010); Voyiakis, 'Access to Court v State Immunity' (2003) 52 *International & Comparative Law Quarterly* 297-332; Heintze, 'The European Court of Human Rights and the Implementation of Human Rights Standards during Armed Conflicts' (2002) 45 *German Yearbook of International Law* 60-77; Tigroudja, 'La Cour Européenne des Droits de l'Homme et les Immunités Juridictionnelles d'Etats' (2001) 34 *Rev BDI* 526.

<sup>4</sup> *Volodina v Russia*, supra n 1, at paras 1-3.

<sup>5</sup> *Ibid.* at paras 10-29.

<sup>6</sup> *Ibid.*

State police.<sup>7</sup> The Russian authorities initiated a criminal investigation, as the conduct was potentially falling under the ambit of an invasion of personal privacy, but by the time of the applicant's final submissions to the court, the criminal investigation had produced no results.<sup>8</sup>

After the police refused to start a criminal investigation when the applicant was again assaulted on the street and had her belongings stolen by her former partner, she applied for State protection.<sup>9</sup> This, however, did not result in any formal decision on her case, which is why she made a complaint to the domestic court. The courts, in turn, found that the refusal of the police to issue a decision on her case was unlawful, but, at the same time, refused to rule on the issue of state protection, as this was a matter to be decided by the police.<sup>10</sup>

According to the applicant the conduct of the Russian authorities violated the provisions of Article 3 (prohibition of torture), Article 13 (right to an effective remedy) and Article 14 (prohibition of discrimination) of the ECHR.<sup>11</sup>

### ***B. Güzelyurtlu and Others v Cyprus and Turkey***

The application was lodged in 2007 by the relatives of Elmas, Zerrin and Eylül Güzelyurtlu. On 15 January 2005 the victims, all of Cypriot nationality and Turkish Cypriot origin, were murdered in the area of Cyprus controlled by the Cypriot Government.<sup>12</sup> Both Cyprus and Turkey initiated criminal investigations into the murders. The investigation conducted by the Cypriot authorities led to the identification of eight suspects.<sup>13</sup> Since the suspects were found on the territory of the Turkish Republic of Northern Cyprus ('TRNC'), the Cypriot authorities requested their extradition from Turkey. The latter, however, did not respond to the Cypriot request for extradition.<sup>14</sup>

Parallel to the investigation conducted by Cyprus, the TRNC initiated its own criminal investigation and, as a result, managed to arrest the suspects.<sup>15</sup> The authorities of the TRNC requested that the Cypriot authorities hand over the evidence collected at the crime scene, but the latter refused, relying in front of the ECtHR on the customary obligation of non-recognition. This obligation prohibits any State to recognize as lawful a situation created by a serious breach of an obligation arising from a peremptory norm of international law.<sup>16</sup> As a result, due to a lack of evidence connecting them to the crime, the suspects were

---

<sup>7</sup> Ibid. at para 30.

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> Ibid. at paras 31-37.

<sup>10</sup> Ibid. at para 38.

<sup>11</sup> Ibid. at para 67 and 103.

<sup>12</sup> *Güzelyurtlu and Others v Cyprus and Turkey*, supra n 2, at paras 14-15.

<sup>13</sup> Ibid. at paras 31, 41.

<sup>14</sup> Ibid. at paras 59-60.

<sup>15</sup> Ibid. at paras 66-90.

<sup>16</sup> Ibid. at para 208.

subsequently released.<sup>17</sup> This led to the proceedings in both Cyprus and the TRNC to remain unresolved.

The applicants alleged that both Cyprus and Turkey violated their obligations under Article 2 (right to life) because of their failure to cooperate in investigating the murder of their family members and in failing to bring the suspects to justice<sup>18</sup> and Article 13 (right to an effective remedy) of the ECHR.<sup>19</sup>

### **3. CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW AS AN OBJECT OF SCRUTINY AND AN INTERPRETATIVE AID**

Both *Volodina* and *Güzelyurtlu* concerned serious violations of the rights enshrined in the Convention and are by themselves a valuable contribution to the Court's jurisprudence. At the same time, they inform our understanding of the ways in which the ECtHR deals with customary international law.

#### **A. Customary International Law as an Object of Scrutiny**

Both *Volodina* and *Güzelyurtlu* are two cases where customary international law was an object of scrutiny by the ECtHR and the Parties to the case, in the sense of being either identified or interpreted.<sup>20</sup> Though the ECtHR cannot rule, strictly speaking, on whether a State had violated a norm of customary international law, according to Article 32 of the ECHR its jurisdiction is wide enough to encompass rules of customary international law whenever they regard the interpretation and application of the Convention and the Protocols thereto. Some rights enshrined in the Convention either implicitly or explicitly mandate the Court to apply rules of customary international law, such as Article 7 of the ECHR.<sup>21</sup> In the case of other rights, rules of customary international law may only be used for interpretative purposes and, thus, are incidental to the Court's jurisdiction. In either case, preliminary to either the application of or the interpretation in accordance with international custom the ECtHR is to determine whether an individual customary rule exists. To this end, the ECtHR has throughout its practice, more often than not, relied on pronouncements made by other authorities — an approach of outsourcing the ascertainment of customary international law, which the Court has maintained in both *Volodina* and *Güzelyurtlu*.

In *Volodina*, ruling on whether the Russian authorities violated Article 14 of the ECHR, the Court not only made reference to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women ('CEDAW'), which prohibits gender-based violence,<sup>22</sup> but

---

<sup>17</sup> Ibid. at para 91.

<sup>18</sup> Ibid. at para 169.

<sup>19</sup> Ibid. at paras 169, 269.

<sup>20</sup> Merkouris, 'Interpreting the Customary Rules of Interpretation' (2017) 19 *International Community Law Review* 127-155, 133 *et seq.*

<sup>21</sup> See Francioni, *supra* n 3, 13-16.

<sup>22</sup> *Volodina v Russia*, *supra* n 1, at paras 55,110.

also felt the need to emphasize that ‘the prohibition of gender-based violence against women as a form of discrimination against women has evolved into a principle of customary international law’.<sup>23</sup> To give this legal qualification (thus, to identify the customary rule) the ECtHR relied on the CEDAW Committee’s General Recommendation No. 35 that made this pronouncement.<sup>24</sup> In *Güzelyurtlu*, on the other hand, the Court relied, in its regular fashion, on the International Law Commission (‘ILC’) Articles on State Responsibility and the commentaries thereto<sup>25</sup> which contain the obligation of non-recognition.

In the Court’s practice, the approach of outsourcing customary international law to other authorities has been frequently resorted to in cases involving State immunity and State responsibility.<sup>26</sup> In *Radunović and Others v Montenegro*<sup>27</sup> and *Naku v Lithuania and Sweden*,<sup>28</sup> and earlier in *Cudak v Lithuania*,<sup>29</sup> *Sabeh El Leil v France*,<sup>30</sup> *Wallishausser v Austria*,<sup>31</sup> *Oleynikov v Russia*,<sup>32</sup> *Jones and Others v the United Kingdom*<sup>33</sup> the ECtHR relied on the 1991 ILC Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property<sup>34</sup> (together with the UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property)<sup>35</sup> — an approach which it was subsequently criticized for in legal scholarship.<sup>36</sup>

---

<sup>23</sup> Ibid. at para 110.

<sup>24</sup> Ibid. at para 55.

<sup>25</sup> *Güzelyurtlu and Others v Cyprus and Turkey*, supra n 2, at paras 157-158.

<sup>26</sup> Indicatively: *Ilgar Mammadov v Azerbaijan* Application No 15172/13, Proceedings under Article 46 § 4, 29 May 2019 [Grand Chamber], at paras 81-87; *Abu Zubaydah v Lithuania* Application No 46454/11, Merits and Just Satisfaction, 31 May 2018 [First Section], at para 232; *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v Switzerland* Application No 5809/08, Merits and Just Satisfaction, 21 June 2016 [Grand Chamber], at para 57; *Liseytseva and Maslov v Russia* Application Nos 39483/05 and 40527/10, Merits and Just Satisfaction, 9 October 2014, [First Section], at paras 128-130; *Anchugov and Gladkov v Russia* Application Nos 11157/04 and 15162/05, Merits and Just Satisfaction, 4 July 2013 [First Section], at para 37.

<sup>27</sup> *Radunović and Others v Montenegro* Application Nos 45197/13, 53000/13 and 73404/13, Merits and Just Satisfaction, 25 October 2016 [Second Section].

<sup>28</sup> *Naku v Lithuania and Sweden* Application No 26126/07, Merits and Just Satisfaction, 8 November 2016 [Fourth Section].

<sup>29</sup> *Cudak v Lithuania* Application No 15869/02, Merits and Just Satisfaction, 23 March 2010 [Grand Chamber].

<sup>30</sup> *Sabeh El Leil v France* Application No 34869/05, Merits and Just Satisfaction, 29 June 2011 [Grand Chamber].

<sup>31</sup> *Wallishausser v Austria* Application No 156/04, Merits and Just Satisfaction, 17 July 2012 [First Section].

<sup>32</sup> *Oleynikov v Russia* Application No 36703/04, Merits and Just Satisfaction, 14 March 2013 [First Section].

<sup>33</sup> *Jones and Others v the United Kingdom* Applications Nos 34356/06 and 40528/06, Merits, 14 January 2014 [Fourth Section]. For older case law see also *Al-Adsani v the United Kingdom* Application No 35763/97, Merits, 21 November 2001 [Grand Chamber]; *Fogarty v the United Kingdom* Application No 37112/97, Merits and Just Satisfaction, 21 November 2001 [Grand Chamber]; *McElhinney v Ireland* Application No 31253/96, Merits, 21 November 2001 [Grand Chamber].

<sup>34</sup> International Law Commission, [Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with commentaries](#), ILC Rep A/46/10 in Yearbook of the International Law Commission, 1991, vol. II, Part two, 13.

<sup>35</sup> United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, 2004, A/RES/59/38.

<sup>36</sup> Pavoni, supra n 3, at 266. While exceeding the scope of the present inquiry, the examination by the ECtHR of the facts of the case in terms of state immunity may raise issues concerning the fact that the ECtHR acts as a court of fourth instance. See van Alebeek, [‘Oleynikov Judgment on State Immunity’](#), ECHR Blog, 22 March 2013 [last accessed 13 June 2020].

The concerns of scholars regarding the Court's methodology of ascertaining customary rules, especially in State immunity cases, were endorsed by one of the judges of the Court, who in her Concurring Opinion to *Naku v Lithuania* noted that :

The Court subsequently jumped forward from the 1991 draft Articles to the United Nations Convention of 2004, and from “the new trends implemented by a growing number of States” to well-established State practices, largely and representatively accompanied by the *opinio juris*.<sup>37</sup>

and

if the ECtHR had decided to take account of the international norms, it would also have been useful to examine the origin, quality and reliability of the customary norms in question<sup>38</sup>

The outsourcing of the ascertainment of customary rules to the ILC, in addition to the ECtHR's reliance on the determinations of customary international law made by the International Court of Justice ('ICJ'), has been perceived by some judges of the Court to be a misstep.<sup>39</sup> According to Judge Dedov in the Court's recent *Nait-Liman v Switzerland* case :

the Court quoted the opinion of the International Court of Justice in the landmark (and very recent) case of *Jurisdictional Immunities of the State* [...] but the two cases are different : the ICJ case is more of a historical nature and does not concern such a grave crime against humanity as torture, which is specially and exclusively protected at the level of an international convention. In contrast, the present case is directed towards the future. It concerns the development of effective international measures to protect fundamental rights and freedoms within the framework of multilateral international treaties, not of bilateral relations.<sup>40</sup>

This raises the question of the extent to which the approach of the ECtHR to outsource the ascertainment of customary rules, maintained in both *Volodina* and *Güzelyurtlu*, is justified. It is safe to say that the ECtHR is hardly singular in its approach of outsourcing customary international law to other authorities — it is an accepted practice across most international

---

<sup>37</sup> *Naku v Lithuania*, supra n 15, Concurring Opinion of Judge Motoc, at 42.

<sup>38</sup> Ibid. at 43.

<sup>39</sup> For instance, in *Jones and Others v the UK*, the European Court noted: it is not necessary for the Court to examine all of these developments in detail since the recent judgment of the ICJ in *Germany v. Italy* [...] – which must be considered by this Court as authoritative as regards the content of customary international law – clearly establishes that, by February 2012, no *jus cogens* exception to State immunity had yet crystallised. See *Jones and others v the United Kingdom*, supra n 33, at para 198, emphasis added.

<sup>40</sup> *Nait-Liman v Switzerland* Application No 51357/07, Merits and Just Satisfaction, 15 March 2018 [Grand Chamber], Dissenting Opinion Judge Dedov, at 71.

courts and tribunals.<sup>41</sup> Outsourcing has, firstly, the advantage of saving time and increasing efficiency, especially in cases where the existence of a customary rule is well-established and it is unnecessary to re-examine and re-expose the existing State practice on the subject. Secondly, it contributes to an increase in the uniform application of customary international law within international courts and tribunals, especially in light of the fact that the ECtHR does not have an obligation to take into account the pronouncements made by international courts with general jurisdiction. If different courts emitted different opinions on matters of whether a specific rule is custom or not, then there would be a higher likelihood of judicial chaos to ensue. Thus, the reference to the determinations made by other international courts and tribunals or the collective reference of international courts and tribunals to the work of the ILC encourages and promotes uniformity and cohesion.

Moreover, the ILC's draft conclusions on the identification of customary international law,<sup>42</sup> as the authoritative guide on the ascertainment of customary rules, explicitly mentions that decisions of the ICJ (and other decisions of international courts) may be consulted as evidence of customary international law<sup>43</sup> and thus encourages 'transjudicial communication'.<sup>44</sup>

The same reasoning is valid with respect to interpretation of customary international law, which, as opposed to the identification of custom, deals with the determination of the content of a customary rule after its existence and initial content has already been acknowledged.<sup>45</sup> While the ECtHR has itself engaged in interpretation of customary international law, and used, to this end, methods similar to those used in treaty

---

<sup>41</sup> For instance, investment tribunals have in many cases used the ILC Articles on State Responsibility as a statement of customary international law. See indicatively: *Patrick Mitchell v The Democratic Republic of the Congo*, ICSID Case No ARB/99/7, Decision on the Application of the Annulment of the Award 1 November 2006, at para 57; *Noble Ventures Inc. v Romania*, ICSID Case No ARB/01/11, Award of 12 October 2005, at para 69; *Mondev International Ltd. v United States of America*, ICSID Case No ARB(AF)/99/2, Award 11 October 2002, at para 68. For a doctrinal analysis see Bordin, 'Reflections of Customary International Law. The Authority of Codification Conventions and ILC Draft Articles in International Law' (2014) 63 *International and Comparative Law Quarterly* 535-568.

<sup>42</sup> International Law Commission, Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with commentaries, ILC Rep A/73/10 in *Yearbook of the International Law Commission*, 2018, vol. II, Part Two, 123.

<sup>43</sup> *Ibid.* at 149.

<sup>44</sup> The term 'transjudicial communication' was coined by Anne-Marie Slaughter. See Slaughter, '[A Typology of Transjudicial Communication](#)' (1994) 29 *University of Richmond Law Review* 99.

Nonetheless, from the standpoint of the ILC, 'the term "subsidiary means" denotes the ancillary role of such decisions in elucidating the law, rather than being themselves a source of international law', which means that an authoritative statement of the ICJ on custom does not discharge the international court from the duty to evaluate a court's pronouncement against state practice and *opinio juris*. Another important caveat is that that 'judicial pronouncements on customary international law do not freeze the law; rules of customary international law may have evolved since the date of a particular decision'. The proximity of the statement made by the ICJ to the date of the case should then be taken into account as a relevant circumstance for the determination of custom. Lastly, the value given to a decision of an international court will depend, according to the ILC, on factors such as: the quality of reasoning, the reception of the decisions by States and in subsequent case law, the nature of the court or tribunal, the size of the majority by which the decision was adopted, the rules and procedures applied by the court or tribunal. See ILC Draft conclusions on the identification of customary international law, *supra* n 42, at 149.

<sup>45</sup> See Merkouris, *supra* n 20.

interpretation,<sup>46</sup> such as the resort to a consequentialist argument,<sup>47</sup> teleological interpretation,<sup>48</sup> *exceptio est strictissimae applicationis*,<sup>49</sup> it has also relied on interpretations given by other international courts and tribunals (which may also be considered to be a form of outsourcing). Again, however, the judges of the ECtHR disagree among themselves on the value to be given to the interpretations of customary international law belonging to other international courts and tribunals. For instance, according to Judge Gyulumyan in the recent *Chiragov and Others v Armenia* case :<sup>50</sup>

the uniformity of interpretation and application of general international law by different courts and other institutions stands as a prerequisite of international

---

<sup>46</sup> Unlike the ICJ, international criminal courts and tribunals or investment tribunals, the ECtHR's case law does not abound in examples of interpretation of customary international law. At the same time, the few instances where customary international law was interpreted share similarities with other international courts and tribunals. See Merkouris, *Article 31(3)(c) VCLT and the Principle of Systemic Integration. Normative Shadows in Plato's Cave* (2015), at 255-263; Fortuna, ['Different Strings of the Same Harp. Interpretation of Customary International Law versus Identification of Custom and Treaty Interpretation'](#), TRICI-Law Research Paper Series No. 001/2020, University of Groningen. Faculty of Law.

<sup>47</sup> In *Al-Adsani v the United Kingdom* two judges of the Court used two different interpretative methods concerning a legal question of state immunity in proceedings arising from the *jus cogens* prohibition of torture. Judge Pellonpää argued that 'although the consequences should not alone determine the interpretation of a given rule, one should never totally lose sight of the consequences of a particular interpretation one is about to adopt'. See *Al-Adsani v the United Kingdom*, supra n 33, Concurring Opinion of Judge Pellonpää joined by Judge Sir Nicholas Bratza, at 27. For this type of interpretation see McCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* (1994) at 149-150.

<sup>48</sup> Also in *Al-Adsani* Judge Loucaides stated that the legal issue in question had to be resolved by taking into account the rationale (teleology) of the rules on accountability for those who commit acts of torture. Broadly speaking, this approach is similar to interpretation of treaties in light of their object and purpose, which has also been used at the ICJ with respect to customary international law. See *Al-Adsani v the United Kingdom*, supra n 33, Dissenting Opinion of Judge Loucaides, at 34.

In a similar vein in *Güzelyurtlu* the Cypriot Government used the language of treaty interpretation with respect to the customary rule of non-recognition, when it argued that 'the aim of the rules on non-recognition was not less important than the aims of the Convention. The function of non-recognition both in customary law and under the ILC Articles was to punish the violation of peremptory norms against State aggression, occupation and acquisition of territory by force, and therefore to prevent the death and destruction that these brought.' See *Güzelyurtlu and Others v Cyprus and Turkey*, supra n 2, at para 208.

<sup>49</sup> In *Sabeh El Leil v France* the Court dealt with the interpretation and application of the employment exception in state immunity as part of customary international law. For the purposes of interpretation, the Court declared that 'exceptions must be strictly interpreted'. Although the ECtHR made this statement when referring to Article 11 of the UN Convention on State Immunity, it should be noted that, since the convention was (and still is) not in force, it was applying the rule as customary international law. Restrictive interpretation is a common form of interpretation in the law of treaties, which means that 'any doubt when interpreting will be resolved in favour of the general provision and against the exception'. While it is far easier to imagine restrictive interpretation in the case of treaties, customary international law can be equally restrictively interpreted, especially in the case of a regional customary rule by reference to general principles of international law, where the regional customary rule will be the exception. See *Sabeh El Leil v France*, supra n 30, at para 66; Solomou, 'Exceptions to a Rule Must Be Narrowly Construed' in Klingler et. al (eds) *Between the Lines of the Vienna Convention? Canons and Other Principles of Interpretation in Public International Law* (2019) 359-385; Qureshi, *Interpreting WTO Agreements: Problems and Perspectives*, 2<sup>nd</sup> ed (2015) 170; Waibel, 'Demystifying the Art of Interpretation' (2011) 22 *European Journal of International Law* 571-588; Lauterpacht, 'Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness' (1949) 26 *British Yearbook of International Law* 48-87; Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court* (1958) at 382.

<sup>50</sup> *Chiragov and Others v Armenia* Application No. 13216/05, Merits, 16 June 2015 [Grand Chamber].

justice and legal order. Thus, bearing this consideration in mind, regard must also be had to the practice of other international institutions.<sup>51</sup>

This position is shared by those to whom the ECtHR is expected to deliver justice.<sup>52</sup> *Per a contrario*, for other judges the consistency of the ECtHR with its previous case law stands as a primary consideration,<sup>53</sup> which creates the expectation that if the Court had to decide among the two strategies, judges supporting this position would firmly advise in favour of the Court being faithful to its earlier pronouncements. Similar to the identification of customary international law, relying on the interpretations given by other international courts and tribunals may be advantageous from the standpoint of promoting uniformity in the interpretation and application of the law. Nonetheless, it is reasonable to expect that as opposed to the identification of custom, where the uniformity of the conclusions of international courts and tribunals on the existence of custom is mandated by the principle of legal certainty,<sup>54</sup> international judges have more discretion in the case of interpretation.

<sup>51</sup> Ibid. Dissenting Opinion of Judge Gyulumyan, para 85.

<sup>52</sup> For instance in *Mozer v the Republic of Moldova and Russia* Application No 11138/10, Merits and Just Satisfaction, 23 February 2016 [Grand Chamber], at para 93 Russia argued that the Court should take into account the interpretations given by other international courts to the concept of effective control.

The concept of effective control is part of the rules on attribution in State responsibility, as reflected in the ILC Articles on State Responsibility, acknowledged to be largely a codification of customary international law. The ECtHR, however, uses this standard to determine whether under Article 1 of the ECHR the Respondent State had, at the time the alleged violation occurred, jurisdiction over a specific territory. Effective control was established as the standard approach of the Court for the purposes of spatial jurisdiction in *Loizidou v Turkey*. Since then it had raised valid questions concerning the relationship between effective control in attribution (where it is part of the customary rule on attribution) and effective control as part of jurisdiction (where it falls under the notion of jurisdiction in Article 1).

In the case law of the ECtHR the notion of ‘effective control’ was interpreted to refer to the strength of the State’s military presence in a certain area and is evaluated along a spectrum which ranges ‘from the more entrenched and visible exercise of de facto government, administration, or public powers, to the more borderline cases of less permanent or overt state control’ (Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy* (2011) at 141). According to Milanovic, the effective control test from the ECtHR is conceptually distinct from the ICJ one, since ‘the former refers to state control over *territory* for the purpose of establishing whether the state has jurisdiction over the territory, the latter to state control over *actors* and their specific acts for the purpose of attributing these acts to the state’. This however does not undermine the fact that when it interprets effective control, the ECtHR contributes, at least to some extent, to the meaning of the effective control test in customary international law, due to, firstly, the identity of the test in both attribution and jurisdiction and secondly, the close connection between jurisdiction and attribution. Since the standard is the same, it can be expected, as a minimum, that there is some similarity in meaning, even if, strictly speaking, the ECtHR does not apply effective control as part of customary international law.

On the relationship between attribution and jurisdiction in the practice of the ECtHR see Rooney, ‘The Relationship Between Jurisdiction and Attribution after *Jaloud v. the Netherlands*’ (2015) 62 *Netherlands International Law Review* 407-428; Milanovic, ‘[Jurisdiction, Attribution and Responsibility in Jaloud](#)’ *EJUL:Talk!*, 11 December 2014 [last accessed 30 June 2020]; Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy* (2011).

<sup>53</sup> *Chiragov and Others v Armenia*, supra n 50, Partly Concurring, Partly Dissenting Opinion of Judge Ziemele, at para 10.

<sup>54</sup> It is not unprecedented for international courts and tribunals to reach different conclusions on the existence of a rule of customary international law, even in international criminal law, where the respect for *lex certa* is of utmost importance. For instance in international criminal courts the question of whether ‘extended’ joint criminal enterprise (‘JCE III’) was part of customary international law was raised in front of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia in *Tadić* and in front of the Extraordinary Chambers of Cambodia in *Jeng Sary*. In *Tadić*, after a case law analysis the Appeals Court reached the conclusion that JCE III was established in customary international

While uniform conclusions on the existence of the law are necessary, the uniformity in interpretation is only desirable, provided that the Court remains within the bounds of legal interpretation. This means that the ECtHR remains but one universe within a ‘multiverse’ of international courts, whose freedom to interpret, including that of customary international law, is difficult, if not impossible, to limit.

But while *Volodina* and *Güzelyurtlu* are part of the chain of cases in which the Court has outsourced the determination of international custom to other authorities, they stand in stark contrast with the approach of the Court in the 2018 *Naït-Liman v Switzerland* case.<sup>55</sup> As opposed to *Güzelyurtlu*, which concerned an unchallenged obligation established by the authoritative body of the ILC as early as 2001, and to *Volodina*, where the qualification of gender-based violence as a form of discrimination is widely supported by States (at least in their verbal commitments), *Naït-Liman* concerned the controversial question as to whether States are under an obligation to recognize universal civil jurisdiction for acts of torture.<sup>56</sup> In contrast to *Volodina* and *Güzelyurtlu*, in *Naït-Liman* the ECtHR comprehensively scrutinized the legislation and case law of both European and non-European States to make a statement on customary international law.<sup>57</sup> This difference in approach could be interpreted to mean different things. Nonetheless, rather than viewing it as a misstep on behalf of the ECtHR or a chance occurrence, the most plausible explanation is that the Court calibrates its approach depending on the rule involved.

This calibration should, however, not only be done at the level of ‘to outsource or not to outsource?’ in a particular case, but also upon deciding the authority to whom the Court may outsource the ascertainment of customary rules. The approach of the ECtHR in *Volodina*, while acceptable in this case where customary international law played only a(n) (arguably) minor role in interpretation, may raise issues if replicated in cases where customary international law has a key role in the solution to be given in the case (such as State immunity cases). In the realm of customary international law *Volodina* raises the issue of whether reliance on the CEDAW Committee’s (and similar Committees’/institutions’) pronouncements meet the standard of objectivity established by the ILC.<sup>58</sup> While the CEDAW Committee’s pronouncements are an invaluable source for the promotion of human rights, since the mandate of the CEDAW Committee is to monitor the progress in the protection of human rights and encourage it, it may be regarded as an interested party and challenge the strict requirements of objectivity necessary in the ascertainment of

---

law. In *Jeng Sary*, the ECCC reached the opposite conclusion. See *Prosecutor v. Tadić*, ICTY, Case no. IT-94-1-A Appeals Chamber Judgment of 15 July 1999, at para 220 and *Prosecutor v. Jeng Sary*, ECCC, Case no. 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ(PTC38), Decision on the Appeals Against the Co-Investigative Judges Order on Joint Criminal Enterprise (JCE) of 20 May 2010, at paras 85-86.

<sup>55</sup> *Naït-Liman v Switzerland*, supra n 40.

<sup>56</sup> *Ibid.* at para 182.

<sup>57</sup> *Ibid.* at paras 68-83 and 183-187.

<sup>58</sup> ILC Draft conclusions on the identification of customary international law, supra n 42, at 151.

customary rules.<sup>59</sup> Whether or not the Court considers this a relevant consideration in its decisions on outsourcing customary international law remains to be seen in its future case law.<sup>60</sup>

## B. Customary International Law as an Interpretative Aid

Alternative to the first stance, where customary international law was examined as the object of the ECtHR's scrutiny, either as part of an exercise in identification or interpretation, this section examines it as an interpretative aid in the construction of the rights provided for in the Convention and its Protocols.

The ECHR system's striving towards an integrative approach that would include general international law in the Court's assessment on the violations of the ECHR is visible, firstly, in the provisions of the Convention itself.<sup>61</sup> For instance, Article 35 of the ECHR provides that the applicants must have exhausted all domestic remedies, according to generally recognized rules of international law, which may, according to Francioni, include customary international law.<sup>62</sup> Another example is Article 7 which stipulates that 'no one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed.'<sup>63</sup> The incorporation of general international law within these provisions, by definition, requires the ECtHR to take into account these rules when deciding on a case. On the other hand, Francioni also discusses how the ECtHR is bound to apply norms of international law by virtue of what he terms as 'implied references', which include rules on state responsibility, state immunity etc., which are of concern to the ECtHR simply by virtue of it being a court operating in international law.<sup>64</sup>

Throughout its case law the ECtHR has consistently held that the Convention cannot be interpreted in a vacuum, but should take into account relevant rules of international law in accordance with Article 31(3)(c) of the VCLT.<sup>65</sup> An interpretation in harmony with other

---

<sup>59</sup> The Court had previously conducted its own examination of state practice on the same legal question in the *Opuz v Turkey* case, which might justify the omission of the Court to rule on this question for a second time. See *Opuz v Turkey* Application No 33401/02, Merits, 9 June 2009 [Third Section] at para 87 *et seq.* Yet the question as to whom to outsource remains important for future cases.

<sup>60</sup> The Court appears to have endorsed this approach in the judgment of *M.K. and Others v Poland* issued at the time of writing. The Court refers to the Note on International Protection of 13 September 2001 of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees which indicated that the principle of *non-refoulement* is a rule of customary international law. See *M.K. and Others v Poland* Applications Nos 40503/17, 42902/17 and 43643/17, Merits and Just Satisfaction, 23 July 2020 [First Section], at para 93.

<sup>61</sup> Francioni, *supra* n 3, at 13-16.

<sup>62</sup> *Ibid.*

<sup>63</sup> Emphasis added.

<sup>64</sup> Francioni, *supra* n 3, at 16-20.

<sup>65</sup> Indicatively: *Loizidou v Turkey* Application No 15318/89, Merits, 18 December 1996 [Grand Chamber], at para 43; *Fogarty v the United Kingdom*, *supra* n 20, at para 35; *McElhinney v Ireland*, *supra* n 33, at para 36; *Al-Adsani v the United Kingdom*, *supra* n 33, at para 55; *Banković and Others v Belgium* Application No 52207/99, Decision on Admissibility, 12 December 2001, at para 57; *Cudak v Lithuania*, *supra* n 29, at para 56; *Sabeh El Leil v France*, *supra*

relevant rules<sup>66</sup> means not only taking cognizance of rules of general international law, but also that there is ‘no *a priori* assumption that the rules of the Convention would override those of general law’.<sup>67</sup> At the same time, it should be pointed out that in some cases the ECtHR has qualified this approach by stating that some provisions of the Convention should ‘be interpreted in so far as possible in light of general principles of international law’,<sup>68</sup> which could be regarded as an implicit recognition of the primacy of the Convention in the case of a normative conflict.

If from the standpoint of using customary international law as an object of scrutiny *Volodina* and *Güzelyurtlu* are similar to the majority of the Court’s previous case law, the latter case stands out in terms of the Court’s use of customary international law as an interpretative aid.

*Güzelyurtlu* posed interesting legal questions due to the atypical territorial situation, since the murders were committed on the territory of Cyprus, whereas the suspects were found and investigated on the territory of the TRNC. This factual conundrum raised the question whether both Cyprus and Turkey could have been held responsible for not fulfilling their obligations concerning an effective investigation into the death of the applicants’ relatives. According to the Cypriot Government, the Court, in its evaluation of the scope of its obligation to cooperate under Article 2 the ECHR, had to take cognizance of the relevant applicable rules of international law — the customary international law obligation of non-recognition.<sup>69</sup> In addition, Cyprus contended that regardless of the fact that the suspects were found on the territory of the TRNC, if it would have been held by an obligation to supply all of its case evidence to the TRNC, it would mean a renouncement of its own criminal jurisdiction in favour of the TRNC’s. This would, in turn, lead to the strengthening of the TRNC’s claim and control over the territory, contrary to the customary law obligation of non-recognition.<sup>70</sup> In other words, renouncing criminal jurisdiction in favour of the TRNC would have amounted to an implied recognition of the TRNC. Relying on the customary rule’s teleology — to punish States for their violation of *jus cogens* norms that

---

n 30, at para 48; *Oleynikov v Russia*, supra n 32, at para 56; *Hassan v the United Kingdom* Application No 29750/09, Merits, 16 September 2014 [Grand Chamber] at para 102; *Radunović and Others v Montenegro*, supra n 27, at para 63; *Rinau v Lithuania* Application No 10926/09, Merits, 14 January 2020 [Second Section] at para 185.

<sup>66</sup> An interpretation in harmony with other rules was a method used by the ECtHR in a way that not only considers other rules of international law, but also rules of the Convention itself. An example in this sense is the statement of Judge Serghides in his Concurring Opinion in *Dyagilev v Russia* (Application No 49972/16, Merits and Just Satisfaction, 10 March 2020 [Third Section] at para 7), where, quoting two older decisions of the ECtHR, he stated that ‘according to the well-established case-law of the Court, the Convention should be interpreted as a whole, thus, its provisions should be interpreted in an internal harmony and in a coherent manner’.

<sup>67</sup> International Law Commission, Report of the Study Group, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law: Conclusions (A/CN. 4/L. 702) (18 July 2006) at para 162.

<sup>68</sup> For instance, *Varnava and Others v Turkey* Application Nos 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90, 16073/90, Merits and Just Satisfaction, 18 September 2009 [Grand Chamber], at para 185; *Georgia v Russia (II)* Application No 38263/08, 13 December 2011 [Former Fifth Section] at para 72.

<sup>69</sup> *Güzelyurtlu and Others v Cyprus and Turkey*, supra n 2, at para 207.

<sup>70</sup> *Ibid.* at para 207.

prohibit State aggression, occupation and acquisition of territory — the Government posited that the aims of the Convention cannot be taken as being more important than the purposes of the rule of non-recognition.<sup>71</sup>

From the standpoint of the applicants, the ECtHR had previously in its case law established that engaging with the *de facto* administration of the TRNC did not qualify as either express or implied recognition.<sup>72</sup> Moreover, the ECtHR had previously established in *Cyprus v Turkey* that human rights override the duty of non-recognition.<sup>73</sup> At the same time, Turkey argued that both State practice and the previous case law of the Court demonstrated that such a cooperation did not imply recognition.<sup>74</sup>

In its assessment of the case, the ECtHR acknowledged that according to Article 31(3)(c) of the VCLT it had to take into account other relevant rules of international law.<sup>75</sup> However, it referenced this provision solely for the purpose of determining whether the States had used ‘all the legal possibilities available to [them] on cooperation in criminal matters’.<sup>76</sup> Concerning the obligation of non-recognition, the ECtHR firstly noted that it did not deem it necessary to elaborate a general theory on the lawfulness of cooperation in criminal matters with *de facto* entities under international law.<sup>77</sup> Instead, the Court relied on its pronouncement made in *Ilaşcu and Others*<sup>78</sup> where it stated that

unofficial relations in judicial and security matters in the interests of crime prevention between a Contracting State and a separatist regime set up within its territory could not be regarded as support for that entity, given their nature and limited character.<sup>79</sup>

The Court subsequently considered the obligation to cooperate contained in Article 2 of the ECHR. It established that supplying the file to the TRNC in the circumstances of the case would go beyond mere cooperation and would amount to a waiver of the criminal jurisdiction of Cyprus.<sup>80</sup> This led the ECtHR to conclude that neither the refusal by Cyprus to submit the evidence to the TRNC or the Turkish authorities, nor its decision to refuse the transfer of the proceedings could be considered as a breach of the procedural duty contained within Article 2 of the ECHR.<sup>81</sup>

---

<sup>71</sup> Ibid. at para 208.

<sup>72</sup> Ibid. at para 202.

<sup>73</sup> Ibid. at para 203.

<sup>74</sup> Ibid. at para 214.

<sup>75</sup> Ibid. at para 235.

<sup>76</sup> Ibid. at para 236.

<sup>77</sup> Ibid. at para 250.

<sup>78</sup> *Ilaşcu v Others* Application No 48787/99, Merits and Just Satisfaction, 8 July 2004 [Grand Chamber].

<sup>79</sup> *Güzelyurtlu and Others v Cyprus and Turkey*, supra n 2, at para 251.

<sup>80</sup> Ibid. at para 253.

<sup>81</sup> Ibid. at para 255.

Judge Serghides appended a Concurring Opinion where he disagreed with the way in which the Court dealt with the customary obligation of non-recognition.<sup>82</sup> According to him, the principle of non-recognition played a pivotal role in both the interpretation and the application of Article 1 and Article 2 of the Convention by virtue of Article 31(3)(c) of the VCLT<sup>83</sup> and ‘the Court should have emphasized [...] that the Convention cannot require any State to do anything that would require it to breach a rule of customary international law’.<sup>84</sup>

The relationship between the obligation to cooperate and the customary duty of non-recognition can be construed as a potential norm conflict. From a bird’s-eye view, issues of potential norm conflict and the ECtHR’s avoidance in making an explicit statement on the relationship between two (at least potentially) contradictory laws is not a novel occurrence (yet, at the same time, not a frequent one). The Court had previously done so in cases of norm conflict between human rights provided for in the Convention and norms of international humanitarian law.<sup>85</sup> *Güzelyurtlu* is not an exception from this string of cases. Nonetheless, it is different in terms of approach from the cases where the Court used Article 31(3)(c) of the VCLT as a legal basis for using customary international law as an interpretative aid.

Strictly speaking, in *Güzelyurtlu* the ECtHR did not use a customary *rule* relevant to the case, nor did it apply (for the purposes of interpretation) a rule applicable between the ‘parties’ in the sense of Article 31(3)(c) of the VCLT. To be more precise, the Court applied its own interpretation of the customary rule of non-recognition established in *Ilaşcu and Others*. According to this interpretation, criminal cooperation between a State and a *de facto* regime did not fall within the scope of express or implied recognition of the regime as lawful. At the same time, since the TRNC is not a State and is not a party to the ECHR, it did not qualify as party within the range of possible meanings of Article 31(3)(c). Therefore, *Güzelyurtlu* firstly demonstrates that customary international law can be used as an interpretative aid in a way that bypasses Article 31(3)(c) of the VCLT. This is not a problem *per se* as there is no consensus on the exhaustive character of the provisions of Articles 31-33 of the VCLT as binding rules of treaty interpretation.

Secondly, this case demonstrates that the use of customary international law as an interpretative aid may involve some degree of interpretation of the customary rule itself. Due to their inherent plasticity, norms of international custom can be molded in many ways.<sup>86</sup> *Güzelyurtlu* is an example where the Court used a customary rule that it previously shaped in a way that fulfills the purposes of the Convention — that of ensuring that the rights of those who are under the States’ jurisdictions remain practical and effective, not

---

<sup>82</sup> Ibid. Concurring Opinion of Judge Serghides, at para 21.

<sup>83</sup> Ibid. at paras 15 and 20.

<sup>84</sup> Ibid. at para 24 and 19.

<sup>85</sup> Wallace, *The Application of the European Convention on Human Rights to Military Operations* (2019) at 157.

<sup>86</sup> Tassinis, ‘Customary International Law: Interpretation from Beginning to End’ (2020) 31 *European Journal of International Law* 235-267, 247.

illusory<sup>87</sup>— in order to reconcile it with the customary obligation of non-cooperation. As the Court itself noted,

‘the key consideration was to avoid a vacuum which would operate to the detriment of those who live under the occupation, or those who, living outside, may claim to have been victims of infringements to their rights’.<sup>88</sup>

Thus, in cases of potential normative conflict the ECtHR does not always consider rules of customary international law only as far as possible. *Güzelyurtlu* shows that, if need be, the Court is ready to (actively) shape the rules of customary international law in a way that reconciles them with the rights provided for in the Convention and with its overall purpose. While the achieved harmony between the relevant norms allows to further the goals of the ECHR system, there is one concern that the Court should take into consideration — a concern raised by this case. In its reliance on its own interpretations of customary international law as an interpretative aid (as well as in its interpretation of customary international law as an object of its scrutiny), the ECtHR needs to ensure that the act of interpretation does not transcend the boundary that separates interpretation from law creation — a boundary which in the case of customary rules is hazier than in treaty interpretation. This is especially the case for peremptory norms of international law, where the demarcation line between interpretation and the creation of an exception from the general rule is difficult, but imperative to draw. Ultimately, how far the Court is ready to go in order to ensure the harmonization of the rights contained in the ECHR with customary international law remains to be seen in the future cases on the Court’s docket.

#### 4. CONCLUSION

As the recent addition to the Court’s case law dealing with customary international law, *Volodina* and *Güzelyurtlu* maintain the ECtHR’s orthodox approach of outsourcing the identification of customary international law to other authorities. Although in stark contrast to *Nait-Liman*, the approach of the Court in *Volodina* and *Güzelyurtlu* is not a misstep or a chance occurrence, but depicts the Court’s calibrated position towards outsourcing customary international law when it is an object of its scrutiny.

In contrast, *Güzelyurtlu* differs from the main thread of cases where the Court used customary international law as an interpretative aid relying on Article 31(3)(c) of the VCLT. In *Güzelyurtlu* the Court relied on a previous interpretation of a customary rule in a way that accommodated the content of the procedural rights contained in Article 2 of the ECHR to the ECHR’s system overall purpose, thus, showing that the harmonization of the Convention with general international law may be done in various ways.

---

<sup>87</sup> *Soering v the United Kingdom* Application No 14038/88, Merits and Just Satisfaction, 7 July 1989 [Court Plenary] at para 87.

<sup>88</sup> *Güzelyurtlu and Others v Cyprus and Turkey*, supra n 2, at para 250.

Both the use of customary international law as an object of scrutiny and as an interpretative aid should, however, be done with caution and in a way that ensures that the boundaries between identification/interpretation and law creation are respected.

## **Les calculs utilitaristes dans la gestion de la crise de Covid-19 et le risque d'accoutumance aux mesures liberticides (I)** **(obs. à propos de la sortie lointaine de l'état d'urgence sanitaire)**

---

**Christos Giannopoulos\***

Le Covid-19 a mis à l'arrêt le monde entier et précipité l'avènement de sociétés sans contact où prime la distanciation sociale. Le local a affecté le global en provoquant au cœur même des démocraties contemporaines une myriade d'états d'urgence sanitaire et/ou d'autres lois d'exception. Au niveau du continent européen, les États ont réagi très rapidement avec l'adoption d'une série de mesures générales et individuelles qui ont eu un impact fort sur les libertés individuelles et collectives. Celles-ci ont été globalement acceptées par la population afin d'empêcher la propagation du virus sur l'ensemble du territoire en reconnaissant qu'il fallait sacrifier temporairement certains aspects de notre vie privée et sociale au nom de l'utilité sociale que représente la protection de la vie humaine. Des restrictions variables qui semblaient, du moins au commencement de cette crise sanitaire inédite, nécessaires pour éviter la « saturation » du système de santé, et donc des taux de mortalité plus élevés. Des logiques de calcul utilitaristes qui ont obligé les gouvernements européens à arbitrer entre, d'un côté, des dommages économiques ou sociaux et, d'un autre, des morts susceptibles d'être évités. « Entre son propre bonheur et celui des autres, l'utilitarisme exige de l'individu qu'il soit aussi rigoureusement impartial qu'un spectateur désintéressé et bienveillant »<sup>1</sup>, écrit Stuart dans une volonté de justifier les sacrifices individuels au nom du bonheur commun.

Cependant, ce qui est singulier dans cette crise est le fait que toutes les politiques nationales de gestion se sont déployées de la même manière : restrictions progressives du trafic aérien, terrestre et maritime, suspension du processus d'éducation, établissement de procédures de quarantaine et d'auto-isollement, restriction des rassemblements, limitation de l'accès des tiers aux hôpitaux, aux institutions de soins sociaux et aux lieux de détention, de la manifestation et de la collecte et la réglementation spéciale sur la prestation de services publics et les procédures administratives. Ainsi, les politiques européennes nationales, pour faire face à l'épidémie du Covid-19 se distinguent plus par l'ampleur, l'intensité et la durée des mesures adoptées par les gouvernements que par les méthodes de gestion utilisées. En effet, tous les États européens (à l'exception peut-être du Royaume-Uni et de la Suède au début de la propagation du virus) ont prescrit des mesures de discipline et de surveillance de masse pour protéger la population. Faute de moyens matériels suffisants (masques, test de dépistage, gel hydroalcoolique etc), les autorités nationales se sont obligées à mettre en

---

\* Maître de conférences en droit public à l'Université de Strasbourg, Institut de recherches Carré de Malberg UR 3399.

<sup>1</sup> J. Stuart Mill, *L'utilitarisme*, Flammarion, champs classiques, 2008, p. 66.

place une « stratégie de gestion et d'utilisation maîtrisée »<sup>2</sup> et ont, par conséquent, été amenées à recourir à l'ancienne conception du sanitaire, plus administrative et policière que médicale. Appliquée dans des périodes tourmentées par des crises sanitaires de grande ampleur, elle se déploie par l'adoption de mesures coercitives et policières qui conduisent à l'exclusion, l'isolation et la stigmatisation de la partie contaminée de la population. Comme l'a bien souligné Foucault à propos des villes pestiférées : « la peste (celle du moins) qui reste à l'état de prévision, c'est l'épreuve au cours de laquelle on peut définir idéalement l'exercice du pouvoir disciplinaire, [alors qu'au] fond des schémas disciplinaires l'image de la peste vaut pour toutes les confusions, et les désordres »<sup>3</sup>.

Dans ce contexte, les lois d'exception (ou similaires) apportent une série de restrictions de degré variable aux libertés individuelles et collectives pour répondre à un danger présent ou imminent. Bien qu'il soit admis qu'on puisse « mettre, pour un temps, un voile sur les libertés comme l'on cache les statues des dieux »<sup>4</sup>, l'action déployée dans le cadre des lois d'exception doit être conforme aux exigences de l'État de droit et aux principes démocratiques<sup>5</sup>. Elle ne doit pas non plus conduire à l'éclipse – même temporelle – des droits fondamentaux et des libertés publiques. En effet, la restriction partielle et limitée des libertés susmentionnées au nom du bien commun peut être compréhensible. Tant s'en faut qu'il en soit ainsi ! Or, le mérite d'une décision dépend toujours de la solidité de la base juridique qui l'a justifiée, alors que l'objectif de valeur constitutionnel que constitue la protection de la santé<sup>6</sup> ne doit pas servir aux autorités compétentes de prétexte pour une « mise en quarantaine », même temporelle, des droits et libertés que la Constitution et les autres textes internationaux garantissent.

Tels sont les enjeux et les défis de l'état d'urgence sanitaire, introduite dans le Code de la santé publique par la loi du 23 mars 2020. Mettre en place un régime d'exception efficace « en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population »<sup>7</sup>, sans pour autant restreindre de manière disproportionnée les libertés

---

<sup>2</sup> Tel fut le cas, notamment, de la politique de gestion du stock national des masques pendant les premières semaines de la crise. Celle-ci a été approuvée par le juge des référés du Conseil d'État à trois reprises à cause de la « forte tension reconnue » concernant leur distribution: Il s'agit, plus précisément, de l'ordonnance du 28 mars 2020 (*Mme A.A. et autres*, n° 439693) concernant les modalités de la distribution des masques au personnel de santé ; de l'ordonnance du 2 avril 2020 (*Fédération nationale droit au logement*, n°439763) concernant l'absence de distribution de masques de protection aux personnes qui sont en situation de précarité et aux bénévoles et salariés des associations qui leur viennent en aide ; et de l'ordonnance du 8 avril 2020, (*Section française de l'observatoire internationale*, n°439827) sur l'absence de distribution de masques de protection à l'ensemble des personnes détenues. Dans ces trois cas, le Conseil d'État a conclu à l'absence d'une violation à la vie des personnes concernées (article 2 CEDH).

<sup>3</sup> M. Foucault, *Surveiller et punir*, tome II, Bibliothèque de la Pléiade, t. II, 2015, p. 478.

<sup>4</sup> Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Bibliothèque de la Pléiade, t. II, 1951, p. 449.

<sup>5</sup> Voir sur ce point, la boîte à outils à l'attention des États membres du Conseil de l'Europe, publiée par le secrétaire Générale du Conseil de l'Europe, *Marija Pejčinović Burić*, Secrétaire général du Conseil de l'Europe, [Respecter la démocratie, l'Etat de droit et les droits de l'homme dans le cadre de la crise sanitaire du COVID-19. Une boîte à outils pour les États membres](#), 7 avril 2020, SG/Inf(2020)11.

<sup>6</sup> La protection de la santé figure aussi à l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946 (« [La Nation] garantit à tous ... la protection de santé »).

<sup>7</sup> L. 3131-12 du Code de la santé publique.

individuelles et collectives. Un exercice d'équilibrage particulièrement complexe à cause de l'évolution constante de l'épidémie et de la crise sociétale subséquente qui a amené le législateur à adopter une politique des petits pas d'une efficacité discutable qui se caractérise par une sortie rapide de l'état d'urgence sanitaire prévue par le *Chapitre Ibis* du Code de la santé publique pour entrer dans une longue période transitoire qui risque de constituer un terrain particulièrement propice pour toute sorte de mesures liberticides.

Dans ce contexte, l'analyse portera, dans un premier temps, sur l'émergence d'une nouvelle catégorie juridique **(I)**. Ensuite, elle examinera le choix du gouvernement français de ne pas déroger à la Convention européenne des droits de l'homme (« ConvEDH ») **(II)**. Enfin l'analyse se focalisera sur les mesures de mise en quarantaine et de placement en isolement sanitaire qui par leur ampleur et leur portée fournissent une illustration particulièrement utile pour expliquer en quoi la ligne de démarcation entre la restriction et l'éclipse d'une liberté (en l'occurrence la liberté individuelle) est toujours incertaine **(III)**.

## **Partie I - L'émergence d'une nouvelle catégorie juridique**

Décrété en Conseil des Ministres le 23 mars 2020 et entré en vigueur sur l'ensemble du territoire le 24 mars 2020 pour une durée initiale de deux mois, l'état d'urgence sanitaire a duré sur l'ensemble du territoire jusqu'au 10 juillet 2020. Sur le plan juridique, les mesures législatives prises pour faire face à la crise sanitaire se sont déployées en deux phases : la première couvre la période régie par le *Chapitre Ibis : Etat d'urgence sanitaire* du Code de la santé publique, alors que la deuxième couvre la période amorcée par la loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire.

L'état d'urgence sanitaire renforce les pouvoirs de police du Premier ministre, du ministre de la santé et, en cas d'habilitation, des préfets pour prendre certaines mesures nécessaires pour garantir la santé publique<sup>8</sup>. Celles-ci sont énumérées dans l'article L. 3131-15 du Code de la santé publique. Il s'agit, plus précisément, de la restriction ou de la réglementation de la circulation des personnes et des véhicules (1°), de l'interdiction aux personnes de sortir de leur domicile (2°), de la mise en quarantaine des personnes susceptibles d'être affectées (3°), de la mise à l'isolement des personnes affectées (4°), de la fermeture provisoire de catégories d'établissements recevant du public (5°), de la restriction des rassemblements sur la voie publique (6°), ou encore de la réquisition des biens et des services (7°). Sont ainsi prioritairement touchées la liberté d'aller et de venir (articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789 et art. 2 du Protocole 4 de la CEDH), la liberté individuelle (art. 66 de la Constitution et l'art. 5 de la CEDH) et la liberté de manifestation et de réunion (art. 11 de la Déclaration de 1789 et 10 de la CEDH), la liste est loin d'être exhaustive.

---

<sup>8</sup> En effet, la loi du 23 mars 2020 sur l'urgence sanitaire n'a pas été déférée au Conseil constitutionnel avant sa publication. Déposé devant le Sénat, première Assemblée saisie, le 18 mars 2020, examinée en première lecture par l'Assemblée Parlementaire le 20 mars 2020, le texte consensuel a été examiné par la Commission mixte paritaire conformément à la procédure accélérée prévue par l'article 45, § 2 de la Constitution.

Ces mesures doivent être, au titre du paragraphe III de l'article L. 3131-15 du Code de santé publique, en toutes circonstances, « strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu ». Cette clause de sauvegarde des droits et libertés est aussi reproduite dans les articles L.3131-16 et L. 3131-17 du Code de la santé publique afin d'encadrer quantitativement et qualitativement les mesures prescrites au niveau local. Il paraît que le législateur a ainsi fixé non seulement un cadre d'action pour le pouvoir exécutif mais aussi un guide de référence pour les juges lorsqu'ils seront amenés à examiner leur conformité par rapport à la Constitution et/ou les traités en vigueur (notamment la ConvEDH). Il s'agit d'un filet de sécurité d'une importance primordiale pour la protection des droits et des libertés que la Constitution d'autant plus que le projet de loi déposé devant le Sénat, pour première lecture, le 18 mars 2020, ne prévoyait pas de liste limitative des mesures prescrites par le Premier ministre dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. Plus précisément, le projet donnait une carte blanche au Premier ministre pour adopter tout type de mesures « limitant la liberté d'aller et de venir, la liberté d'entreprendre et la liberté de réunion »<sup>9</sup>. C'est, en effet, la Commission des lois constitutionnelles du Sénat<sup>10</sup>, qui est à l'origine de l'énumération précise des prérogatives du Premier ministre lorsque l'état d'urgence sanitaire est déclaré. L'Assemblée parlementaire a complété, à l'initiative du gouvernement, la liste, en ajoutant un 10<sup>e</sup> point qui lui accorde le droit de « prendre toute autre mesure générale nécessaire limitant la liberté d'aller et venir, la liberté d'entreprendre et la liberté de réunion, dans la seule finalité de mettre fin à la catastrophe sanitaire ». Or, cette nouveauté a été à juste titre écartée lors de l'analyse du projet par la commission mixte paritaire en limitant le champ d'application du 10<sup>e</sup> point uniquement dans le domaine de la liberté d'entreprendre<sup>11</sup>. De cette manière, le flou juridique autour des mesures susceptibles d'être prescrites par les autorités publiques a été dissipé.

La loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence jusqu'au 10 juillet 2020 apporte un certain assouplissement des mesures déjà en place<sup>12</sup>, alors qu'un titre II est ajouté à l'article L. 3131-14 concernant le traçage des personnes « qui, ayant séjourné au cours du mois précédent dans une zone de circulation de l'infection, entrent sur le territoire national, arrivent en Corse ou dans l'une des collectivités mentionnées à l'article 72-3 de la

---

<sup>9</sup> Le projet de loi déposé au Sénat par le Premier ministre prévoyait sur ce point : « Art. L. 3131-23 - La déclaration de l'état d'urgence sanitaire donne au Premier ministre le pouvoir de prendre par décret (...) les mesures générales limitant la liberté d'aller et venir, la liberté d'entreprendre et la liberté de réunion et permettant de procéder aux réquisitions de tous biens et services nécessaires afin de mettre fin à la catastrophe sanitaire (...) [Ces mesures] sont proportionnées aux risques encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu ».

<sup>10</sup> [http://www.senat.fr/amendements/commissions/2019-2020/376/Amdt\\_COM-29.html](http://www.senat.fr/amendements/commissions/2019-2020/376/Amdt_COM-29.html) [dernière consultation le 15 septembre 2020].

<sup>11</sup> <http://www.senat.fr/tableau-historique/pjl19-376.html> [dernière consultation le 15 septembre 2020].

<sup>12</sup> En comparant les lois du 23 mars et du 11 mai 2020, il est possible d'observer la modification de la terminologie utilisée dans certains points de l'article L. 3131-15 du Code de la santé publique : Le terme « restriction » est remplacé par le terme « réglementation » en ce qui concerne la circulation des personnes et des véhicules (1<sup>o</sup>) et fait aussi son apparition dans les 4<sup>o</sup> et 5<sup>o</sup> concernant l'accès aux moyens de transport et l'ouverture des établissements recevant du public respectivement. Cela témoigne non seulement du caractère particulièrement circonstancié de la loi du 23 mars 2020 mais aussi de l'adaptation constante du cadre juridique par rapport à l'évolution de la crise.

Constitution » tout en fixant les modalités de l'adoption et du déroulement des mesures individuelles de mise en quarantaine, de placement et de maintien en isolement. La mesure du confinement régional est également maintenue lorsque certains foyers épidémiques localisés devenaient critiques afin de briser les chaînes de contamination et éviter une perte de contrôle plus large de l'épidémie. Pour le reste de la population, il suffirait de continuer à appliquer les mesures de distanciation physique. Ainsi, les restrictions générales sur l'ensemble du territoire cèdent progressivement leur place à des interventions ponctuelles, individualisées et régionales pour éviter la propagation du virus.

La loi 2020-856 du 9 juillet 2020, intitulée « un régime *ad hoc* transitoire pour la sortie de l'état d'urgence sanitaire » met fin à l'état d'urgence sanitaire à l'exception des territoires de la Guyane et de Mayotte à cause de la circulation active du virus (art. 2) et marque le début d'une phase nouvelle pour lutter contre l'épidémie qui se met à mi-chemin entre l'état d'urgence sanitaire et le droit commun. L'objectif est de doter le Premier ministre pendant la période transitoire d'une série de prérogatives dont il dispose pendant l'état d'urgence sanitaire comme l'interdiction de la circulation des personnes et des véhicules, (art. 1.I, 1°), la fermeture provisoire d'une ou d'une ou plusieurs catégories d'établissement recevant du public ainsi que des lieux de réunions (art. 1.I.2°), et la réglementation des rassemblements de personnes (art. 1.I.3°). Outre cela, la loi apporte des nouvelles restrictions circonstanciées et temporelles à la vie privée et sociale des individus qui semblent être plus pérennes qu'il y peut paraître en premier lecture<sup>13</sup> et qui ressemblent à celles prévues par l'état d'urgence sanitaire. Des mesures coercitives et policières qui fonctionnent sur le mode d'une économie calculée, mais permanente et qui risquent de perdurer plusieurs mois car le Premier ministre a déposé le 16 septembre 2020 un nouveau projet de loi devant l'Assemblée nationale qui vise à proroger la durée d'application de mesures permettant de limiter certaines libertés publiques jusqu'au 1<sup>er</sup> avril 2021. Cette prolongation du régime transitoire a eu l'avis favorable du Conseil d'État qui a estimé « qu'en l'état des informations disponibles, cette situation crée la nécessité de prendre ou de renforcer des mesures fondées sur la loi du 9 juillet 2020, que le droit commun du code de la santé publique (articles L. 3131-1 à L. 3131-15) ne permet pas de prendre. Elle n'est pas telle qu'à ce stade, le recours à l'état d'urgence sanitaire, généralisé ou circonscrit à certains territoires, serait pour autant justifié »<sup>14</sup>.

Bien qu'il soit possible de justifier le report de la sortie de l'état d'urgence sanitaire sur les cycles imprévisibles de l'épidémie, une prorogation d'un régime *ad hoc* transitoire d'une telle durée ne garantit ni l'intelligibilité des mesures prescrites par les autorités nationales, ni la sécurité juridique des personnes, ni le bon fonctionnement des institutions démocratiques. Elle risque d'être à l'origine des mesures « aléatoires », qui ne sont pas

---

<sup>13</sup> Voir sur ce point, Défenseur des droits, [Lettre adressée ce jour aux Présidents du sénat et de l'Assemblée nationale ainsi qu'aux présidents des commissions des lois des deux assemblées](#), 2 mai 2020 [dernière consultation le 15 septembre 2020].

<sup>14</sup> Conseil d'État, *Avis sur un projet de loi prorogeant le régime transitoire institué à la sortie de l'état d'urgence sanitaire*, 14 septembre 2020, n°401114, § 9.

justifiées par les spécificités locales. Elle paraît donc *de plano* suspecte car « plus [un] régime d'urgence persiste, plus l'État a des chances de s'écarter des critères objectifs pouvant avoir justifié le recours initial aux pouvoirs d'urgence »<sup>15</sup>. Dans ce contexte, il est utile de se demander si le gouvernement a eu intérêt à déroger à la Convention.

## Partie II - Le choix de la non-dérogação à la Convention

L'article 15 de la CEDH offre aux États la possibilité de déroger à certaines obligations prévues par la Convention et ses protocoles en cas « de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation »<sup>16</sup>. D'un point de vue formel, les États intéressés doivent avertir le Secrétaire général du Conseil de l'Europe en indiquant les mesures envisagées ainsi que les motifs qui les ont inspirées. S'agissant d'une faculté et non pas d'une obligation, la CourEDH ne peut contrôler ni l'opportunité ni l'absence de recours à l'article 15 de la Convention<sup>17</sup>. De même, une dérogation en vertu de l'article 15 ne nécessite pas l'adoption formelle de l'état d'urgence ou d'un autre régime similaire au niveau national et vice-versa<sup>18</sup>.

La crise de Covid-19 par sa gravité, son ampleur et son caractère inédit justifierait un recours massif des États au régime dérogatoire<sup>19</sup>. L'absence d'une feuille de route pour protéger leurs ressortissants contre cette crise sanitaire inédite constituerait un facteur supplémentaire pour franchir le pas. Certes, l'activation du droit de dérogation ne pourrait pas légitimer l'adoption de mesures qui portent atteinte aux articles 2 (droit à la vie, sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre), 3 (interdiction de la torture et des mauvais traitements), 4 § 1 (interdiction de l'esclavage et du travail forcé), et de l'article 7 (pas de peine sans loi) de la Convention<sup>20</sup>, mais pourrait justifier la restriction d'une série de libertés individuelles et collectives prévues par la Convention « dans la stricte mesure

<sup>15</sup> Commission de Venise, [Avis sur les décrets-lois d'urgence nos 667 à 676 adoptés à la suite du coup d'Etat avorté](#), 15 juillet 2016, CDL-AD(2016)037, para 41 [dernière consultation le 15 septembre 2020].

<sup>16</sup> L'article 15.1. CEDH prévoit qu'« En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international. »

<sup>17</sup> Commission européenne des droits de l'homme, 4 octobre 1983, *Chypre c. Turquie*, n°8007/77, para 66-68 où elle a conclu à l'inapplicabilité de l'article 15 CEDH en l'absence d'un acte formel et public de dérogation de la part de la Turquie, elle ne pouvait appliquer l'article 15 de la Convention aux mesures prises par la Turquie à l'égard de personnes ou de leurs biens dans le nord de Chypre.

<sup>18</sup> Voir entre autres, Commission de Venise, [Compilation des avis et rapports sur les états d'urgence](#), 16 avril 2020, CDL-PI(2020)003 ; APCE, [Etat d'urgence : questions de proportionnalité relatives à la dérogation prévue à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme](#), Rapport de M. R. Comte pour le compte de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, 27 février 2018, Doc. 14508 [dernières consultations le 15 septembre 2020].

<sup>19</sup> J.-P. Costa, [« Le recours à l'article 15 à la Convention européenne des droits de l'homme »](#), disponible in in *Le club des juristes*, blog du coronavirus [dernière consultation le 15 septembre 2020].

<sup>20</sup> Trois des protocoles additionnels à la Convention renferment aussi des clauses qui interdisent la dérogation à certains des droits qu'ils protègent. Il s'agit du Protocole 6 (abolition de la peine de mort en temps de paix et limitation de la peine de mort en temps de guerre), le Protocole 7 (seulement pour ce qui est du principe *ne bis in idem* énoncé à l'article 4 de ce protocole) et le Protocole 13 (abolition complète de la peine de mort).

où la situation l'exige »<sup>21</sup>. Or, le gouvernement français a décidé de ne pas faire usage de ce droit de dérogation en dépit de l'adoption des mesures susmentionnées. Ce choix est singulier. Parmi les 47 membres du Conseil de l'Europe, seulement 10 États ont décidé de se désolidariser de leurs pairs et d'adresser une note verbale au Secrétaire général du Conseil de l'Europe en leur informant de leur intention de déroger à la Convention pour une période précise<sup>22</sup>. Il s'agit, plus précisément, de l'Albanie, l'Arménie, l'Estonie, la Géorgie, la Lettonie, la Macédoine du Nord, la République de Moldova, la Roumanie, le Saint-Marin et la Serbie. D'ailleurs, la pratique de ces États est loin d'être uniforme. Dans certains cas, la note verbale adressée au Secrétaire général du Conseil de l'Europe fut générale<sup>23</sup>, alors que d'autres États ont pris la peine de détailler les mesures adoptées pour faire face à l'urgence sanitaire en attachant parfois en annexe une traduction des actes adoptés en précisant en même temps les droits conventionnels concernés<sup>24</sup>.

En dehors des États susmentionnés, les autres parties contractantes n'ont pas ressenti le besoin de recourir à la dérogation de l'article 15 CEDH tout en adoptant en droit interne une série de mesures restrictives des libertés individuelles. Ce choix n'atteste pas forcément d'un plus grand attachement aux valeurs que la Convention garantit. Au contraire, il serait opportun d'y voir un cortège de « maladresse » qui s'explique par le fait que le continent européen est devenu assez rapidement le nouvel épicode de l'épidémie. Cette situation a conduit les gouvernements à s'orienter rapidement vers la gestion matérielle de l'épidémie par l'adoption d'une stratégie nationale d'urgence pour limiter la propagation du virus sur l'ensemble de leur territoire. Il s'agit cependant d'un choix éminemment politique qui aura des répercussions sur la manière dont la CourEDH examinera le contentieux lié au Covid-19. Ainsi, lorsqu'il s'agira d'examiner sur le fond une affaire provenant d'un État qui a dérogé à la Convention, elle devra tenir compte de ces circonstances exceptionnelles et leur accorder une large, voire une vaste marge de manœuvre, en dehors des violations éventuelles aux droits interrogeables. Au contraire, lorsqu'elle traitera d'une affaire qui concerne un des États « abstentionnistes », les circonstances particulières liées à la crise sanitaire devront constituer l'un des éléments qui serviront à la démonstration<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> Voir entre autres, CourEDH, 20 mars 2018, *Mehmet Hasan Altan c. Turquie*, req. n°13237/17, § 94 ; CourEDH, 20 mars 2018, *Şahin Alpay c. Turquie*, req. n°16538/17, § 78 ; CourEDH, 10 décembre 2019, *Kavala c. Turquie*, req. n°28749/18, § 88 [les trois affaires concernent les suites données après la tentative de coup d'état militaire en Turquie en 2016].

<sup>22</sup> Il est opportun de souligner que toutes les dérogations ont été notifiées au Secrétaire général après le 11 mars 2020, date à laquelle l'Organisation mondiale de la santé a qualifié le Covid-19 de pandémie : voir [l'Allocution liminaire du Directeur général de l'OMS](#) lors du point presse sur le Covid-19 le 10 mars 2020.

<sup>23</sup> Il s'agit de l'Arménie, la Géorgie - qui a cependant notifiée une prolongation partielle de la dérogation qui porte uniquement sur les articles 5,6,8 et 11 de la Convention, les articles 1 et 2 du Protocole 1 et l'article 2 du Protocole 4, la Macédoine du Nord, la République de Moldova, la Roumanie, le Saint-Marin et la Serbie.

<sup>24</sup> Il s'agit de l'Albanie (articles 8 et 11 CEDH, articles 1 et 2 du Protocole 1 à la Convention et l'art. 2 du Protocole 4 CEDH), l'Estonie (dérogation à certaines obligations en vertu des articles 5, 6 et 11 de la CEDH, articles 1 et 2 du Protocole additionnel, article 2 du Protocole 4 de la Convention), la Lettonie (les articles 8 à 11 CEDH, art. 2 Protocole 1 qui a été retiré par la suite, art. 2 du Protocole 4).

<sup>25</sup> Voir aussi, G. Gonzalez, « [L'article 15 de la Convention européenne à l'épreuve du Covid-19 ou l'ombre d'un doute](#) », disponible in *RDLF*, chron. n°43, 2020 [dernière consultation le 15 septembre 2020].

Or, le fait que tous les États ont adopté le même type de mesures pour faire face à un problème identique pourrait à l'avenir constituer une source complémentaire de complexité dans la mesure où la CourEDH devra dans les faits éviter l'adoption de doubles standards en matière de protection conventionnelle ainsi qu'un traitement inégalitaire entre les différents États lorsque ceci n'est pas justifié par les circonstances. Quoi qu'il en soit, le choix de ne pas déroger à la Convention n'équivaut pas à une « mise en quarantaine de la Convention » en période de crise sanitaire sous condition qu'il ne soit pas accompagné d'une « mise en quarantaine » du fonctionnement des juridictions nationales tout au long de la crise<sup>26</sup>.

L'intérêt principal du choix de déroger à la Convention est donc identifié à l'importance des apparences. C'est une question plus de transparence que d'adéquation entre les mesures adoptées au nom de la santé publique et les restrictions apportées aux libertés<sup>27</sup>. Déroger, c'est permettre aux institutions du Conseil de l'Europe de conserver une trace écrite de l'évolution des mesures adoptées au niveau national pour lutter contre l'épidémie ; il atteste aussi de l'engagement formel de l'État à un assouplissement progressif des mesures qui ne sont plus nécessaires, adéquates et proportionnés aux risques encourus<sup>28</sup>. Surveiller donc la durée et les mutations des mesures prises pendant des « circonstances exceptionnelles »<sup>29</sup> pour éviter les dérives autoritaires et la (sur)enchère disciplinaire.

### **Partie III - Les mesures de confinement : restriction ou éclipse des libertés?**

Le confinement de la population a été mis en place le 17 mars par le décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus covid-19. Juridiquement le confinement a pris la forme d'une « interdiction du déplacement de toute personne hors de son domicile » à quelques exceptions précises<sup>30</sup>. Il ne s'agissait donc pas d'un confinement total dans la mesure où

<sup>26</sup> F. Sudre, « [La mise en quarantaine de la Convention européenne des droits de l'homme](#) », disponible in *Le club des juristes*, blog du coronavirus [dernière consultation le 15 septembre 2020].

<sup>27</sup> Voir, J.-P. Costa, « Le recours à l'article 15 à la Convention européenne des droits de l'homme », précité ; voir, dans un sens différent, S. Touzé, « [La restriction vaudra toujours mieux que la dérogation...](#) », disponible in *Le club des juristes*, blog du coronavirus [dernière consultation le 15 septembre 2020].

<sup>28</sup> Le gouvernement letton, par exemple, a déclaré qu'à partir du 12 mai, les rassemblements et les événements jusqu'à 25 participants seront autorisés sous réserve de la capacité des organisateurs à garantir que tous les participants respectent une distance de 2 mètres entre eux et respectent les obligations qui ont été fixées pour la sécurité épidémiologique. Ces obligations comprennent notamment que l'organisateur doit fournir des désinfectants et que les rassemblements à l'intérieur doivent être limités à 3 heures.

<sup>29</sup> L'expression fut utilisée par le Conseil constitutionnel dans la décision n° 2020-799 DC du 26 mars 2020 sur la loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 (cons.2) afin de justifier le contournement « gravissime » par le gouvernement de la règle procédurale prévue par l'article 46, § 2 de la Constitution concernant les délais d'examen d'une loi organique en procédure accélérée : voir, entre autres, J.-M. Gicquel, « La loi organique Covid-19 et l'irrespect non sanctionné de la Constitution », *La Gazette du Palais*, 7 avril 2020, n° 14, p. 3 ; M. Verpeaux, « Loi organique d'urgence sanitaire et question prioritaire de constitutionnalité », *Actualité juridique. Droit administratif*, 27 avril 2020, n° 15, pp. 839-842.

<sup>30</sup> Article 1 du Décret n°2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans la lutte contre la propagation du virus covid-19, JORF n°0066 du 17 mars 2020.

des autorisations de sortir étaient prévues pour des raisons professionnelles, de santé ou pour le « bien être » de la personne. Saisi par le *Syndicat jeunes médecins* qui demandait, entre autres, une restriction conséquente des cas d'autorisation des déplacements prévue par le décret, le Conseil d'État en formation de juge des référés a constaté que le confinement « total » au niveau national risquerait de provoquer « de graves ruptures d'approvisionnement qui seraient elles-mêmes dangereuses pour la protection de la vie et à retarder l'acheminement des matériels indispensables à cette protection »<sup>31</sup>. Tout en faisant preuve de pragmatisme, il a cependant enjoint au gouvernement de préciser davantage la portée des dérogations en place<sup>32</sup>.

L'opinion publique a accepté aisément cette mesure liberticide comme un devoir civique afin de sauver des vies et empêcher la propagation du virus. Le confinement de la population constituait en effet « une stratégie thérapeutique qui fonctionne »<sup>33</sup> et qui se justifiait par des calculs liés à la santé publique. À cet égard, il constituait plus une nécessité qu'un choix parmi d'autres mesures moins invasives. Or, la nature juridique de cette mesure n'est pas si évidente : s'agit-il d'une mesure restrictive de la liberté personnelle au sens où l'interdiction de déplacement hors du domicile enfreint la liberté d'aller et de venir telle qu'elle est garantie par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789 ou s'agit-il d'une mesure privative de la liberté individuelle soumise au régime juridique prévu par l'article 66 de la Constitution ?

Le Conseil constitutionnel avait déjà opéré un déploiement des notions de libertés individuelle et personnelle à l'occasion de la décision du 22 décembre 2015 à propos des assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence terroriste. Dans cette décision, il avait tranché définitivement en faveur d'une restriction du champ de la liberté individuelle en considérant qu'une mesure d'assignation à résidence ne constitue pas une mesure privative de liberté entant dans le champ de l'article 66 de la Constitution sauf si la mesure d'astreinte à domicile dépasse la plage horaire de douze heures par jour<sup>34</sup>. Au-delà de douze heures, la mesure est considérée comme privative de la liberté individuelle et doit faire l'objet d'un contrôle par le juge judiciaire (principe de *l'habeas corpus*). Telle est d'ailleurs la position de la CourEDH, qui a souligné à maintes reprises qu'entre une privation et une restriction de liberté, « il n'y a qu'une différence de degré ou d'intensité,

---

<sup>31</sup> Conseil d'État, ord. du 22 mars 2020, *Syndicat jeunes médecins*, n°439674, § 8.

<sup>32</sup> Il s'agissait, plus précisément, de la dérogation au confinement pour raison de santé, ainsi que la dérogation pour « déplacements brefs, à proximité du domicile » (§ 17 de l'ordonnance du 22 mars 2020, précitée).

<sup>33</sup> L'argument a été soulevé par le *Syndicat jeunes médecins* lors de la procédure devant le Conseil d'État ; v. aussi [le 3<sup>e</sup> avis du Conseil scientifique COVID-19 du 16 mars 2020](#) qui propose pour la première fois « la mise en œuvre d'un confinement généralisé strict sur le modèle de l'Italie, mis en place au niveau national sur l'ensemble de la population française, avec éventuellement des mesures plus strictes dans les zones les plus touchées » [dernière consultation le 15 septembre 2020].

<sup>34</sup> CC, Déc. n°2020-800 DC du 11 mai 2020 [Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions], cons. 33.

et non de nature ou d'essence »<sup>35</sup>, et qui a dissocié les cas d'un confinement à domicile sous surveillance avec interdiction de sortir<sup>36</sup> avec les autres mesures d'assignation à domicile ou de placement sous une surveillance de la police sans confinement dans un local délimité<sup>37</sup>. Dans le premier cas, il s'agit d'une privation de liberté qui porte atteinte à l'article 5, § 3 de la Convention, alors que dans le second cas, il s'agit d'une mesure restrictive de la liberté de circulation.

Au regard donc de la ligne jurisprudentielle des deux juridictions susmentionnées, il serait possible de soutenir que l'interdiction générale de déplacement hors de son domicile ne peut pas être assimilée à une mesure privative de la liberté individuelle à trois égards : premièrement, la mesure a été assortie d'une série – certes limitée – d'exceptions ; deuxièmement, les individus pouvaient sélectionner un lieu d'hébergement adapté à leurs besoins ; troisièmement, la contrainte de ne pas sortir était relative. Dans ce contexte, le confinement de la population constitue une mesure privative de la liberté personnelle car les individus pouvaient, lorsqu'ils le jugeaient nécessaire, sortir de chez eux pendant des périodes courtes. Restait alors à chacun d'évaluer la légalité de la sortie, de remplir l'attestation de déplacement dérogatoire et, éventuellement, d'assumer le risque de s'exposer à une amende de 135 euros (contravention de la 4<sup>e</sup> classe)<sup>38</sup>, qui en cas de trois verbalisations dans un délai de trente jours, pourrait l'exposer à un emprisonnement de six mois et une amende de 3750 euros<sup>39</sup>.

La situation se présente autrement lorsqu'il s'agit des mesures individuelles de mise en quarantaine et des mesures de placement en isolement prescrites « par décision individuelle motivée du représentant de l'État dans le département sur proposition du directeur général de l'agence régionale de santé »<sup>40</sup> et qui peuvent durer jusqu'à quatorze jours. Dans sa décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020, le Conseil constitutionnel a constaté que ces mesures constituent une mesure privative de la liberté individuelle et justifient à ce titre un contrôle judiciaire adéquat, alors que le gouvernement y voyait une simple mesure restrictive de la liberté d'aller et de venir. En réitérant la distinction classique entre la décision de privation de liberté – qui peut être prononcée par une autorité administrative –

<sup>35</sup> Voir entre autres, CourEDH, GC, 23 février 2017, *Tommaso c. Italie*, req. n°43395/09, § 80 ; CourEDH, GC, 12 septembre 2012, *Nada c. Suisse*, n°10593/08, § 225 ; CourEDH, 25 juin 1996, *Amuur c. France*, req. n°19776/92, § 42 ; CourEDH, Plén., 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italie*, n° 7367/76, § 92.

<sup>36</sup> Voir entre autres, CourEDH, 28 novembre 2002, *Lavents c. Lettonie*, n°58442/00 ; CourEDH, Plén., 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italie*, n° 7367/76.

<sup>37</sup> CourEDH, 9 février 2006, *Freimanis et Lidumsc c. Lettonie*, n° 73443/01 et n° 74860/01.

<sup>38</sup> Article 1 du décret n°2020-264 du 17 mars 2020 portant création d'une contravention réprimant la violation des mesures destinées à prévenir et limiter les conséquences des menaces sanitaires graves sur la santé de la population, JORF n°0067 du 18 mars 2020 reprise par l'alinéa 3 de l'article L. 3136-1 DU code de la santé publique modifié par l'article 2 de la Loi n°2020-290 du 23 mars 2020.

<sup>39</sup> Un mécanisme de gradation des peines issu d'un amendement du gouvernement qui a été présenté en séance publique à l'Assemblée nationale qui a été jugée conforme à l'article 9 de la Déclaration de 1789 par le Conseil constitutionnel : CC, Déc. n°2020-846+847/848 QPC du 26 juin 2020, *M. Oussman G. et autres* [Violations réitérées du confinement], cons. 12 où le Conseil souligne que « le législateur a suffisamment déterminé le champ de l'obligation et les conditions dans lesquelles sa méconnaissance constitue un délit. »

<sup>40</sup> Articles L. 3131-15 et L. 3131-17 du Code de santé publique.

et le contrôle des modalités d'exécution dans le temps de cette décision – qui appartient au juge judiciaire, le Conseil a jugé conforme à la Constitution le délai de quatorze jours pour l'intervention du juge judiciaire lors de l'adoption des mesures de mise en quarantaine et des mesures de placement en isolement<sup>41</sup>. Optant donc pour un critère purement numérique, il a associé la durée de l'isolement à l'intensité de l'atteinte à la liberté portée par la décision de l'autorité compétente. Ainsi, « la qualification de la liberté concernée dépend de la durée de sa limitation et donc de l'intensité de l'atteinte portée par la loi »<sup>42</sup>. En d'autres termes, une astreinte à demeurer dans le lieu de son domicile d'une durée pouvant aller jusqu'à quatorze jours constitue une restriction à la liberté d'aller et de venir, alors qu'au-delà de quatorze jours la même mesure est rattachée à l'article 66 de la Constitution et constitue une privation de la liberté individuelle.

Quant aux modalités du renouvellement des mesures de mise en quarantaine et de placement en isolation, le Conseil constitutionnel a souligné qu'au-delà de la plage horaire de douze heures par jour, l'interdiction de sortir doit être considérée comme « totale » et l'isolement doit être considéré comme « complet ». Sous cette forme, elles constituent une privation de la liberté individuelle et ne sont pas conformes à l'article 66 de la Constitution. Outre cette exigence, précise-t-il, « aucune intervention systématique d'un juge judiciaire n'est prévue dans les autres hypothèses »<sup>43</sup>. Ainsi, le Conseil a reconnu que l'autorité judiciaire ne doit pas être omniprésente tout au long de l'exécution de la mesure. Elle ne doit non plus être présente au moment de l'adoption de ces mesures privatives de la liberté individuelle. Il suffit donc pour le législateur de bien prévoir un délai raisonnable pour l'intervention du juge judiciaire pour qu'un recours soit effectif au sens de l'article 16 de la Déclaration de 1789. Cela n'exclut pas pour autant le droit de la personne concernée de déposer un recours contre la décision de mise en quarantaine ou de placement en isolement pendant la durée de la validité de la mesure initiale. D'ailleurs, le Conseil constitutionnel avait déjà jugé conforme à la Constitution la non-intervention systématique du juge judiciaire lorsque la durée de la privation de liberté est particulièrement courte, dans sa décision n° 2012-253 QCM du 8 juin 2012 à propos de l'arrestation en état d'ivresse<sup>44</sup>. Cela étant, le régime juridique applicable aux décisions individuelles de mise en quarantaine (qui concerne les personnes provenant des régions où le virus circule de manière active) est identique à celui des mesures de placement et de maintien en isolation (qui concerne les personnes infectées) et peut être assimilé à celui appliqué aux mesures d'assignation à résidence.

<sup>41</sup> À titre comparatif voir, CC, Déc. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité* (cons. 73) concernant les délais de l'intervention du juge dans le cadre de la rétention administrative d'un étranger fixé à sept jours ; voir aussi, CC, Dec. n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S.* [Hospitalisation sans consentement], (cons. 16) ou il a considéré que le maintien non consenti en hospitalisation psychiatrique au-delà de quinze jours imposait l'intervention d'un juge judiciaire sous peine d'une violation de l'article 66 de la Constitution.

<sup>42</sup> D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun, J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, L.G.D.J., 2020, 6<sup>e</sup> édition, p. 613.

<sup>43</sup> CC, Déc. n° 2020-800 DC du 11 mai 2020, précitée, cons. 43.

<sup>44</sup> En l'espèce, le Conseil avait estimé qu'« eu égard de la brièveté de cette privation de liberté organisée à des fins de police administrative par les dispositions contestées, l'absence d'intervention de l'autorité judiciaire ne méconnaît pas les exigences de l'article 66 de la Constitution » (cons. 8).

\* \* \*

Ces analyses montrent que les lois d'exceptions (ou similaires) sont à juste titre soupçonnées d'être liberticides, alors que toute dérogation prolongée du droit commun (quelle qu'elle soit sa dénomination juridique) doit être constamment surveillée pour éviter tout type express ou camouflé de (sur)enchère autoritaire. Ce constat vaut aussi pour les mesures individuelles aménagées en période de crise sanitaire qui doivent faire systématiquement l'objet d'un contrôle de nécessité, d'adéquation et de proportionnalité. Ainsi, bien que la Constitution n'interdise pas au législateur d'adopter des lois d'urgence, les calculs d'utilité escomptée visant à maximiser le solde global net de satisfactions doivent faire constamment l'objet d'un contrôle juridictionnel accentué. Dans ce dessein, la dérogation à la Convention pour toute la période du déploiement des mesures nationales visant à faire face à la crise du Covid-19, y compris celle couvrant le régime transitoire organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire, aurait été fort souhaitable, d'autant plus que la ligne de démarcation entre l'éclipse d'une liberté relève plus de l'intensité que de la nature des restrictions qui lui sont apportées. Un constat qui dépasse d'ailleurs largement la distinction décrite entre privation de liberté individuelle et restriction de la liberté personnelle.

## Du droit d'exiger de mourir en France et en Allemagne (obs. à propos des récentes évolutions de l'encadrement juridique de la fin de vie)

Laurie Marguet\*

Alors qu'en France, la tristement célèbre affaire Lambert s'achevait, non sans dissensus juridictionnel<sup>1</sup> et polémique doctrinale<sup>2</sup>, en juillet 2019, quelques mois plus tard, le 26 février 2020, en Allemagne, la Cour constitutionnelle consacrait un « droit constitutionnellement garanti au suicide (assisté) »<sup>3</sup>. Si la première a plutôt révélé la complexité de l'encadrement juridique des procédures d'arrêt de traitement en France, la seconde a pu, au contraire, être lue comme une simplification (extrême) de l'encadrement juridique du suicide assisté en Allemagne<sup>4</sup>. Ces deux contentieux partagent néanmoins un point commun : celui de mettre en lumière les résistances qui persistent à une réelle libéralisation de l'encadrement juridique en la matière. Décisions juridictionnelles trop libérales pour les uns<sup>5</sup>, dispositifs législatifs trop peu protecteurs<sup>6</sup> pour les autres ; la question de la fin de vie ne cesse, en France comme en Allemagne, de faire l'objet de controverses.

---

\* Maîtresse de conférences en droit public à l'Université Paris Est-Créteil, Centre de recherche MIL.

<sup>1</sup> CA Paris, 20 mai 2019, n° 1908858 : La Cour d'appel estime qu'en l'espèce, le refus des autorités françaises de respecter la demande du Comité international des personnes handicapées constitue bien une voie de fait. Selon elle, il s'agit d'une décision insusceptible de se rattacher aux prérogatives de l'administratif dans la mesure où elle porte atteinte à un droit « dont la privation a des conséquences irréversibles en ce qu'elle a trait au droit à la vie consacré par l'article 2 de la CESDH qui constitue un attribut inaliénable de la personne humaine et forme la valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme et donc dans celles des libertés individuelles ». Cet arrêt est cassé par la Cour de cassation : CC, 28 juin 2019, n° 1917330 : « d'une part, que, le droit à la vie n'entrant pas dans le champ de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution, la décision, prise par l'État, de ne pas déférer à la demande de mesures provisoires formulée par le CDPH ne portait pas atteinte à la liberté individuelle, d'autre part, qu'en l'état notamment des décisions rendues en dernier lieu par le juge des référés du Conseil d'État le 24 avril 2019 et par la Cour européenne des droits de l'homme le 30 avril 2019, cette décision n'était pas manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir lui appartenant ».

<sup>2</sup> V. notamment O. V. Dervieux, « Monsieur Vincent Lambert ou la double tentation du juge », *Dalloz actualité*, 2 juill. 2019 ; C. Castaing, « Les cinq commandements dans la nouvelle affaire Vincent Lambert », *D.* 2019, p. 1144. J. Roux, « Affaire Lambert : la Cour de cassation aurait pu retenir la voie de fait », *D.* 2019, p. 1400 ; X. Dupré de Boulois, « Affaire Vincent Lambert : la danse macabre continue », *AJDA* 2019, p. 1202.

<sup>3</sup> BverfG, Deuxième sénat, 26 février 2020, requêtes 2 BvR 2347/15, 651/16, 1261/16, 1593/16, 2354/16, 2527/16.

<sup>4</sup> V. notamment : C. Schütz, T. Sitte, « Viel zu schwer für so wenige Schultern », *GUP* 2020, p. 121 ; V. Boehme-Nessler, « Das Grundrecht auf Suizid », *NWZ*, 2020, p. 1012 ; L. Knopp, M. Hofmann, « Wider en Rechtsstaat – Politik kontra Gerichtsbarkeit », *NWZ*, 2020, p. 982.

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> V. notamment, les propos qui ressortent des interrogations relatives à la fin de vie posées par les états généraux de la bioéthique (disponible sur <https://etatsgenerauxdelabioethique.fr/pages/prise-en-charge-de-la-fin-de-vie>) ; v. également la tribune d'un collectif de 156 députés « [On ne meurt pas bien en France](#) » publiée par le Monde le 28 février 2018 [dernière consultation le 15 septembre 2020] ; C. Fiat, Rapport parlementaire, janvier 2018, n° 583 ; CESE, *Fin de vie : la France à l'heure des choix*, dirigé par P.-A. Gailly, avril 2018.

En tout état de cause, ces affaires, comme bien d'autres, rappellent la complexité qui entoure, de manière générale, le traitement juridique de la vie humaine (et de sa fin) à mesure qu'évoluent les techniques médicales susceptibles de l'impacter (*i. e.* de la prolonger). Rappelons en effet que ce sont, paradoxalement, les progrès médicaux qui sont à l'origine des difficultés qui entourent aujourd'hui la réglementation de la fin de vie : car ce sont les progrès de la réanimation, de la nutrition, de l'hydratation et de la respiration artificielle qui ont permis à certains patients d'être maintenu en vie, dans un état de « vie végétative », sans que leur autonomie physique et/ou mentale puisse être préservée. De telles expériences ont alimenté la peur d'une fin de vie prolongée, sans qualité, parfois uniquement dépendante de machines, à l'origine des premières discussions sur l'encadrement médical et juridique de la fin de vie<sup>7</sup>.

Mais depuis ces premières discussions, l'ampleur des réflexions relatives à la « fin de vie » n'a cessé d'augmenter de sorte qu'elles englobent aujourd'hui de nombreuses questions. Le terme de fin de vie comprend en effet plusieurs dimensions qu'il importe de bien distinguer les unes des autres tant, finalement, les interrogations (et les réponses juridiques apportées) divergent.

Deux types d'interrogations doivent être distinguées<sup>8</sup> : celles relatives à la possibilité de *laisser mourir* un patient dont l'état général de santé permet de considérer qu'il ne survivrait pas sans l'aide de techniques médicales ; en somme celles relatives à l'arrêt de traitement et celles relatives à la possibilité de faire mourir un patient ; en somme celles relatives au suicide assisté, parfois « euthanasie ». Le terme « euthanasie » ne sera toutefois pas retenu ici tant en raison de sa connotation négative<sup>9</sup> (en lien avec les pratiques eugéniques nazies euthanasiques) que de son absence de consécration en droit positif.

En matière d'arrêt de traitement, il importe de nouveau de distinguer entre les patients peuvent exprimer directement leur volonté, et ceux qui ne le peuvent pas. Le droit pour un patient capable (physiquement et juridiquement) d'exprimer sa volonté à refuser un traitement, fut-il vital, est explicitement consacré par les droits français et allemand. Ainsi, l'article L1111-4 du Code de la santé publique français (CSP) dispose désormais<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> R. Horn, « Le débat sur l'euthanasie et ses répercussions sur les pratiques médicales en fin de vie – Un regard comparatif : France – Allemagne », *CNAMTS*, Pratiques et « organisation des soins », 2010/4, vol. 41, p. 324.

<sup>8</sup> Bien qu'elle ne soit pas abordée ici, il importe de souligner que se pose également la question de savoir si, dans le but de soulager les souffrances d'un patient souffrant, de lui administrer des médicaments à « double effet » (dont l'objectif premier est de limiter la souffrance mais dont les conséquences est l'accélération de la survenance de la mort), voire même de lui administrer, pour le soulager, une dose de médicaments telle que sa conséquence immédiate sera la mort. Le droit positif, français comme allemand, a admis la légalité de ses processus, au croisement entre le laisser mourir et le faire mourir, en tant qu'instrument des soins palliatifs.

<sup>9</sup> R. Horn, *Le droit de mourir – choisir sa fin de vie en France et en Allemagne*, *op.cit.*, p. 11.

<sup>10</sup> La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé consacre précise qu'« aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment » ; c'est la loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie qui consacre la formulation toujours actuelle de l'article L1111-4 CSP.

explicitement que « toute personne a le droit de refuser ou de ne pas recevoir un traitement ». Depuis cette consécration expresse d'un droit au refus de traitement, il n'est en principe dès lors plus possible pour le juge d'admettre la légalité de la continuation d'un traitement, fût-il vital, alors même qu'un patient l'avait expressément refusé, notamment pour des raisons religieuses<sup>11</sup>. Dans de nombreuses décisions, le juge mentionne également le « droit de refuser un traitement »<sup>12</sup>. En Allemagne, le § 630d du Code civil allemand dispose quant à lui que « lors de la mise en œuvre d'un traitement médical, le médecin est obligé de recueillir le consentement du patient ». *A contrario*, il lui est impossible d'agir sans le consentement du patient, ce qui *a fortiori* autorise le patient à décider d'un arrêt, refus ou limitation de soin. En ce qui concerne le patient qui n'est plus capable d'exprimer sa volonté, si ce dernier a exprimé sa volonté par le biais de directives anticipées, l'article L1111-11 CSP dispose qu'elles s'imposent en principe au médecin<sup>13</sup>. Par ailleurs, en France, le Code de santé publique prévoit une procédure spécifique d'arrêt de soin dite pour « obstination déraisonnable » lorsque le patient est en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable<sup>14</sup>. En Allemagne, l'article 1901a alinéa 1 du Code civil allemand dispose quant à lui que « si une personne majeure inconsciente a préalablement précisé par écrit, pour le cas où elle deviendrait inconsciente, qu'elle consentait ou refusait pour l'avenir à des interventions médicales (directives anticipées),

---

<sup>11</sup> Depuis la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, l'article 16-3 du Code civil disposait déjà qu' « il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ». Cela étant, le juge a parfois considéré qu'il était possible de contourner l'obligation de recueil du consentement. V. notamment, CE, 26 octobre 2001, n° 198546 : « L'obligation faite au médecin de toujours respecter la volonté du malade en l'état de l'exprimer [...] trouve [...] sa limite dans l'obligation qu'a également le médecin, conformément à la finalité même de son activité, de protéger la santé, en dernier ressort, la vie elle-même de l'individu [...] ; qu'elle a ainsi entendu faire prévaloir de façon générale l'obligation pour le médecin de sauver la vie sur celle de respecter la volonté du malade ». V. aussi, CE, 16 août 2002, Mme Feuillatey ; S. Hennette-Vauchez, « Kant contre Jehovah ? Refus de soins et dignité de la personne humaine », *Dalloz*, n° 44, 16 décembre 2004, p. 315. La loi de 2005 a précisément entendu mettre fin à ce type de jurisprudence.

<sup>12</sup> CE, 1<sup>ère</sup>-6<sup>ème</sup> Chambres réunies, 6 décembre 2012, n°403944 ; CE, Assemblée plénière, 24 juin 2014, n°375081.

<sup>13</sup> L1111-11 CSP : « Toute personne majeure peut rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté. Ces directives anticipées expriment la volonté de la personne relative à sa fin de vie en ce qui concerne les conditions de la poursuite, de la limitation, de l'arrêt ou du refus de traitement ou d'acte médicaux. À tout moment et par tout moyen, elles sont révisables et révocables. Elles peuvent être rédigées conformément à un modèle dont le contenu est fixé par décret en Conseil d'Etat pris après avis de la Haute Autorité de santé. Ce modèle prévoit la situation de la personne selon qu'elle se sait ou non atteinte d'une affection grave au moment où elle les rédige. Les directives anticipées s'imposent au médecin pour toute décision d'investigation, d'intervention ou de traitement, sauf en cas d'urgence vitale pendant le temps nécessaire à une évaluation complète de la situation et lorsque les directives anticipées apparaissent manifestement inappropriées ou non conformes à la situation médicale ».

<sup>14</sup> En ce sens, l'article L1110-5-1 CSP dispose que les soins ne doivent pas être mis en œuvre ou poursuivis « lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou lorsqu'ils n'ont d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie [...], conformément à la volonté du patient et, si ce dernier est hors d'état d'exprimer sa volonté, à l'issue d'une procédure collégiale » et après avoir consulté « la personne de confiance [...], la famille ou, à défaut, un de ses proches et, le cas échéant, les directives anticipées de la personne ». V. aussi, R4127-37-2 CSP : « la décision de limitation ou d'arrêt de traitement respecte la volonté du patient antérieurement exprimée dans des directives anticipées. Lorsque le patient est hors d'état d'exprimer sa volonté et en l'absence de directives anticipées, la décision de limiter ou d'arrêter les traitements dispensés, au titre du refus d'une obstination déraisonnable, ne peut être prise qu'à l'issue de la procédure collégiale prévue à l'article L. 1110-5-1 et après qu'a été recueilli auprès de la personne de confiance ou, à défaut, auprès de la famille ou de l'un des proches le témoignage de la volonté exprimée par le patient ».

alors la personne de confiance doit vérifier que ces déclarations sont encore pertinentes au regard de la situation de vie et de soins de la personne. Si tel est le cas, la personne de confiance doit concrétiser l'expression et la validité de la volonté du patient »<sup>15</sup>. Il apparaît ainsi que le patient peut refuser, directement ou indirectement par le biais de directives anticipées, d'être maintenu en vie, du moins (en France) lorsqu'il est en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable.

En ce qui concerne le suicide assisté, le droit français l'interdit. Le Code de déontologie médicale, intégré à la partie réglementaire du Code de la santé publique énonce, en ce sens, que le médecin « n'a pas le droit de provoquer délibérément la mort ». S'il peut, à certaines conditions, administrer au patient une « sédation profonde », l'article R4127-38 CSP est compris comme ne permettant pas au médecin de prescrire à son patient une dose létale de médicaments lui permettant de se donner la mort<sup>16</sup>. En Allemagne, l'encadrement juridique de l'assistance au suicide s'est, au contraire, considérablement clarifié ces dernières années. Si l'assistance directe au suicide (*i. e.* l'administration d'une dose létale) reste *a priori* proscrite, l'assistance indirecte au suicide (*i. e.* la prescription de ladite dose létale) apparaît désormais autorisée, du moins dans certains cas de figure. En premier lieu, la Cour fédérale administrative, dans un arrêt du 2 mars 2017 autorise la fourniture « d'un anesthésique afin de commettre un suicide lorsque la personne qui veut se suicider se trouve, en raison d'une maladie grave et incurable, dans une situation d'extrême détresse »<sup>17</sup>. En seconde lieu, dans deux arrêts du 3 juillet 2019<sup>18</sup>, la Cour fédérale de justice procède à une inflexion

---

<sup>15</sup> Les alinéas suivants disposent que « si c'est bien le cas, le tuteur doit déterminer la volonté du patient. Une directive anticipée peut être révoquée à tout moment, sans condition de forme. S'il n'y a pas de directives anticipées ou que celles-ci ne correspondent pas à la situation de vie et de soins de la personne, le tuteur doit déterminer la volonté supposée du patient et décider, sur cette base, s'il consent ou refuse les interventions médicales demandées. La volonté présumée doit être recherchée au regard d'éléments concrets, tels que des déclarations écrites ou orales préalables, les convictions éthiques et religieuses ou les idéologies de la personne. (3) Les alinéas 1 et 2 sont applicables quel que soit le type de maladie et quel que soit son stade d'avancement. (4) Personne ne peut être contraint à rédiger des directives anticipées. La rédaction ou la présentation de directives anticipées ne peut être une condition de la conclusion d'un contrat ».

<sup>16</sup> En ce sens, la presse a récemment relaté le refus du le Président de la République de faire droit à la demande de Monsieur Albert Lecoq, qui demandait « à titre compassionnel, l'autorisation pour le corps médical de me prescrire du pentobarbital » : v. notamment, [« Fin de vie : Alain Cocq demande à Emmanuel Macron de 'l'aider à partir en paix' »](#), La voix du Nord, 15 août 2020. La réponse du Président de la République, selon la presse aurait été la suivante : « votre souhait est de solliciter une aide active à mourir qui n'est aujourd'hui pas permise dans notre pays » : v. notamment, [« Alain Cocq a cessé son traitement après le refus de Macron pour son suicide assisté »](#), Huffingtonpost, 5 septembre 2020) [dernière consultation le 16 septembre 2020].

<sup>17</sup> BVerwG, 2 mars 2017, 3C 19.15 [souligné par l'auteur]. La Cour définit ensuite ce qu'elle considère comme une situation d'extrême détresse avant de considérer qu'en l'espèce, la requérante se trouve bien dans une telle situation, admettant donc, à certaines conditions, l'assistance (médicalisée) indirecte au suicide.

<sup>18</sup> BGH, 5<sup>ème</sup> chambre criminelle, 3 juillet 2019, 5 StR 132/18 (« Affaire d'Hambourg ») ; 5 StR 393/19 (« Affaire de Berlin »). V. sur ces deux arrêts : D. Stage, U. Hellmann, « Strafbarkeit eines Arztes bei einem assistierten Suizid », *JurisPR-StrafR*, 4/2020, anm.4 ; D. Stage, U. Hellmann, « Strafbarkeit eines Arztes bei einem freiverantwortlichen Suizid des Patienten », *JurisPR-StrafR*, 4/2020, anm. 5.

importante<sup>19</sup> de sa jurisprudence<sup>20</sup> et confirme, au regard des circonstances de l'espèce<sup>21</sup>, la relaxe de deux médecins qui avaient aidé leurs patientes à se suicider en leur prescrivant une dose létale de médicaments et en restant à leur côté jusqu'à la survenance de la mort. Dans les deux espèces en cause, le médicament avait non seulement été pris par les personnes voulant se donner la mort mais qui plus est, elles avaient expressément (et à plusieurs reprises) exprimé (y compris par écrit) leur volonté de mourir. La Cour fédérale considère que l'accord passé entre la patiente et le médecin met fin à l'obligation pour ce dernier de lui porter secours<sup>22</sup>. En troisième lieu, la Cour constitutionnelle allemande a consacré le 26 février 2020 un droit (constitutionnellement) garanti au suicide (assisté). La Cour devait en l'espèce se prononcer sur la validité du § 217 du Code pénal qui pénalisait, depuis une loi de 2015, « l'assistance commerciale » au suicide. L'objectif de cette disposition pénale était d'empêcher que les associations d'aide au suicide n'influencent trop fortement la décision des patients de mettre fin à leur jour. De ce fait, l'infraction était largement définie : il était interdit de faire de l'aide au suicide répétée l'un des objets de son activité professionnelle<sup>23</sup>. Pour être pénalisé, il n'était ainsi pas nécessaire que l'acte soit réalisé dans le but d'obtenir un gain financier supplémentaire<sup>24</sup>. Cette définition interdisait, partant, des pratiques médicales répétées et impliquait la fermeture des

---

<sup>19</sup> Sur l'absence de revirement total de jurisprudence en raison du maintien de la conception classique du « *Garantenstellung* » : D. Stage, U. Hellmann, « *Strafbarkeit eines Arztes bei einem assistierten Suizid* », *JurisPR-StrafR*, 4/2020, anm.4 ; D. Stage, U. Hellmann, « *Strafbarkeit eines Arztes bei einem freiverantwortlichen Suizid des Patienten* », *JurisPR-StrafR*, 4/2020, anm. 5.

<sup>20</sup> Depuis les années 1950, les juridictions judiciaires incriminaient la participation active d'un tiers au suicide d'une personne *via* la complicité à l'homicide (§ 212, § 27 StGB.) l'homicide par abstention (§ 212, § 13 StGB) l'homicide involontaire (§ 222 StGB.) ou l'homicide à la demande (§ 216 StGB). Schématiquement, pour distinguer entre la participation interdite à un suicide et la complicité légale au suicide (BGH, 4 juillet 1984 - BGHSt 32, 367), elle se fondait sur l'identification de trois éléments : l'identification de celui qui a procédé à l'action qui a *effectivement* conduit à la mort (BGH, 18 août 1863 - BGHSt 19, 135 ; BGH, 15 mai 1959, 4 StR 475/58), le degré d'implication de la tierce personne et le degré de libre arbitre de la personne concerné. En principe, plus la personne est jugée libre et responsable de ses actes, moins le tiers a l'obligation de lui porter secours (BGH, 3 décembre 1982 - BGHSt 2, 150). Toutefois, l'analyse de sa jurisprudence indiquait que le juge semble opter pour une interprétation relativement stricte du concept de libre arbitre. Il estime notamment qu'une fois la personne inconsciente, celle-ci n'est de toute manière plus en mesure d'exprimer une volonté claire et perd donc tout libre arbitre, ce qui conduit alors le tiers à devoir agir. Par ailleurs, en Allemagne, comme en France, la non-assistance à personne en danger est incriminée (§ 323c StGB). Or, là encore le juge judiciaire allemand avait une interprétation relativement large de la non-assistance. Pour qualifier l'infraction, il identifiait tout d'abord s'il y avait obligation d'agir en raison de l'existence d'une « situation de danger » puis il vérifiait s'il pesait sur la personne inculpée une obligation spécifique de protéger de la vie de la personne qui avait cherché à se suicider. Il était de jurisprudence constante qu'une fois la personne inconsciente, il était impossible d'identifier sa volonté et que, partant, il importait de lui porter assistance. Sur toutes ces éléments : v. notamment U. Scheffler, « [Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Strafbarkeit der Mitwirkung am Suizid - besser als ihr Ruf? Rechtsprechung zur Strafbarkeit der Mitwirkung am Suizid](#) » [dernière consultation le 15 septembre 2020].

<sup>21</sup> Dans la première espèce, deux femmes âgées et souffrant au quotidien de leurs différents problèmes de santé (certes incurables mais pas mortel) avaient demandé à un médecin de leur prescrire une dose létale de médicament et d'être présent jusqu'à ce que surviennent leur mort. Dans la seconde espèce, une femme plus jeune qui souffrait elle aussi au quotidien d'une maladie incurable (mais non mortelle) avait demandé à son médecin traitant de lui prescrire là encore une dose létale de médicament et d'assister à sa fin de vie (en prenant les mesures palliatives nécessaires à l'élimination de toute souffrance pendant qu'elle s'éteindrait).

<sup>22</sup> BGH, 5<sup>ème</sup> chambre criminelle, 3 juillet 2019 ; 5 StR 393/19 (« Affaire de Berlin »).

<sup>23</sup> V. les débats parlementaires allemands : Drucksache 18/5373, p. 2.

<sup>24</sup> V. les débats parlementaires allemands : Drucksache 18/5373, p. 17.

organismes (même sans but lucratif) qui proposaient des « aides au suicide ». Quant au médecin qui portait à plusieurs reprises assistance au suicide d'un patient dans le cadre de son activité professionnelle, il était *a priori* susceptible d'être poursuivi sur le fondement du § 217 du Code pénal. La Cour considère ici qu'en pénalisant l'aide « commerciale » au suicide, le législateur empêche la libre détermination des circonstances de leur mort aux personnes souhaitant se suicider en leur ôtant *de fait* la possibilité de demander à un tiers de les aider<sup>25</sup>. Le législateur est invité, tant par la Cour constitutionnelle que par la doctrine, à se prononcer prochainement sur l'assistance au suicide. S'il n'a pas pour le moment édicté aucune loi sur le sujet, il apparaît relativement probable qu'une future loi en la matière tende, au regard de l'arrêt du 26 février 2020, à libéraliser cette pratique.

De manière (très) schématique, voire un peu caricaturale, le droit positif applicable en France et en Allemagne pourrait donc être synthétisé de la manière suivante :

	France	Allemagne
<b>Laisser mourir (arrêt de traitement)</b>		
Un patient capable d'exprimer sa volonté		
Un patient incapable d'exprimer sa volonté... (au moment de l'éventuel arrêt de traitement)		
... qui a exprimé sa volonté en amont		
... qui n'a pas clairement exprimé sa volonté en amont	Dans le cadre d'une procédure française spécifique <sup>9</sup>	
<b>Entre Laisser mourir et Faire mourir (soins palliatifs)</b>		
Médicaments à double effet		
Sédation profonde		
<b>Faire mourir (suicide assisté)</b>		
Indirectement (procuration de l'instrument légal) <sup>9</sup>		
Directement (acte légal)		

  

Autorisation
Interdiction
Zone « grise »

Le droit n'apporte ainsi pas les mêmes réponses, que ce soit en France et en Allemagne, aux différentes interrogations relatives à la fin de vie. Ce sont précisément ces différences (et en creux, les similitudes) qui méritent ici d'être analysées. En effet, ici comme ailleurs<sup>26</sup>,

<sup>25</sup> En effet, en Allemagne, la plupart des médecins - en raison notamment des dispositions déontologiques, qui, dans plusieurs Länder disposent que « la participation au suicide n'est pas une mission médicale. Les médecins ne doivent pas porter assistance au suicide » - se déclarent peu enclins à aider leurs patients à se suicider.

<sup>26</sup> V. notamment sur les utilités critiques de la comparaison des droits : E. Picard, « L'état du droit comparé en France, en 1999 », *RIDC*, 1999/4 p. 897 ; R. Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Économica, 1991, p. 8 ; O. Pfersmann, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », in M. Delmas-Marty, (dir.), *Variations autour d'un droit commun. Travaux préparatoires*, Paris, société de législation comparée, 2001, p. 125 ; V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2016, p. 223 ; M.C. Pontheureau, « Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique », *RIDC*, Vol. 57, n° 1, 2005, p. 25.

une approche comparative du droit permet d'interroger les logiques qui travaillent certains dispositifs pour déconstruire ce qui est souvent, dans un ordre juridique donné, présentée comme une évidence, voire même comme une fatalité. Si souligner les points communs permet d'observer la manière dont certains paradigmes structurants le droit des libertés fondamentales (à l'instar de l'autonomie) irrigue, dans plusieurs pays européens, les questions bioéthiques ; pointer les différences entre les ordres juridiques permet de rappeler le caractère construit, contextuel et socialement situé de certains dispositifs juridiques, particulièrement lorsqu'ils encadrent un domaine aussi clivant que celui relatif à la fin de vie. Les droits français et allemand n'accordent en effet pas toujours le même poids à l'idée d'autodétermination individuelle. Dès lors qu'il s'agit ici de s'intéresser à la force contraignante que peut obtenir, en droit, la *volonté*, il importe de se concentrer sur l'encadrement juridique des demandes formulées par des personnes majeures et *a fortiori* capables (hors le cas de figure où c'est précisément leur état de santé qui rendraient incapables de formuler une volonté claire et précise). C'est en se concentrant sur le traitement différencié, en France et en Allemagne, des situations de fin de vie concernant des patients demandant à être *aidé à mourir* (I) par rapport à celles qui concernent, au contraire, la question d'un arrêt de leur traitement qu'il sera alors possible d'observer que l'encadrement de la fin de vie apparaît articulé, dans les deux pays, autour de paradigmes dissemblables, le poids accordé à l'autonomie décisionnelle du patient et celui accordé à la décision médicale n'occupant pas exactement la même place dans ces deux ordres juridiques (II).

## **Partie I - L'encadrement juridique du suicide assisté: le poids de la décision du patient en France et en Allemagne**

Comme le montre le droit applicable en matière de suicide assisté, il existe des différences marquées entre les deux régimes, qui s'explique notamment par la centralité accordée en Allemagne, et non en France, au principe d'autodétermination (A). Cela étant, les incertitudes qui persistent en Allemagne en ce qui concerne la pleine libéralisation de suicide assisté, ainsi que celles qui existent en France en ce qui concerne la pleine pénalisation du suicide assisté, atténuent quelque peu les différences qui peuvent exister entre les deux ordres juridiques (B).

### **A. Des différences marquées dans les logiques structurant le suicide (médicalement) assisté**

Alors que le droit français apparaît *prima facie* interdire le suicide assisté, le droit allemand tend à évoluer vers une libéralisation claire et explicite du suicide assisté au nom du principe d'autodétermination.

La décision de la Cour constitutionnelle sur le suicide assisté du 26 février 2020 fait découler de la Constitution, et plus exactement de son article 1 relatif à l'inaliénabilité de la dignité humaine, un « droit au suicide ». Elle interprète l'article 2 alinéa 1 en relation

avec l'article 1 alinéa 1 de la loi fondamentale allemande - qui consacre un droit au libre épanouissement de sa personnalité – comme impliquant un « droit à une mort librement choisie »<sup>27</sup> : « Ce droit comprend la liberté de s'ôter la vie. La décision de chacun de mettre fin à sa vie, au regard de la manière dont il définit la qualité de vie et dont il comprend le sens de son existence doit être vue comme un acte d'autonomie qui doit être respecté par l'Etat et la société »<sup>28</sup>. Elle ajoute - et c'est l'un des points les plus controversés de la décision<sup>29</sup> – qu'il découle de cette liberté « la liberté de chercher, à ces fins, l'aide d'un tiers, et celle d'obtenir cette aide »<sup>30</sup>. Selon la Cour, il importe de partir de la conception « que l'homme peut s'épanouir et s'autodétermine en toute liberté, la protection de la dignité humaine comprend en particulier le respect de l'individualité personnelle de chacun, de son identité et de son intégrité. Cette protection [...] interdit de considérer l'homme comme un simple objet de l'action de l'Etat ou de l'exposer à une action qui remet en question ses qualités les plus subjectives. L'inaliénabilité de la dignité humaine suppose que celui-ci soit toujours reconnu comme une personne autonome »<sup>31</sup>. Sans entrer ici davantage dans l'analyse de la décision de la Cour constitutionnelle, il y apparaît très clairement que le principe d'auto-détermination structure désormais l'encadrement juridique du suicide assisté.

Mais, même avant cette retentissante décision, la logique des droits fondamentaux et plus particulièrement l'idée d'autodétermination irriguait déjà les décisions juridictionnelles relatives au suicide assisté, c'est-à-dire celles concernant des patients qui demandait l'aide active d'un tiers pour cesser de vivre. Dans les deux arrêts préalablement mentionnés du 5 juillet 2019, la Cour fédérale de justice confirme la relaxe des médecins en se fondant explicitement sur les droits fondamentaux de la personne qui souhaitait se suicider. Elle considère en effet que le médecin étant face à un dilemme entre d'un côté, l'obligation qui découle du Code pénal de porter secours à la patiente et, de l'autre, l'obligation qui découle de la Constitution, de respecter l'autodétermination de la patiente. Elle ajoute que face à un tel dilemme, le respect de la Loi fondamentale impose la primauté du respect de l'autonomie décisionnelle de la personne qui voulait se suicider. Par ailleurs, dans la décision du 2 mars 2017 de la Cour fédérale administrative, elle autorise la fourniture, en cas d'extrême détresse, d'une dose létale de médicaments car « découle des droits généraux de la personnalité consacrée par les articles 2 alinéa 2 et l'article 1 alinéa 1 de la Loi fondamentale le droit, pour une personne atteinte d'une maladie grave et incurable, de décider comment et quand elle souhaite mettre fin à sa vie dès lors qu'elle peut forger seule sa volonté »<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> BverfG, 26 février 2020, *op.cit.* : « Ein recht auf selbstbestimmtes Sterben », § 201.

<sup>28</sup> BverfG, 26 février 2020, *op.cit.*, considérant 1.

<sup>29</sup> V. notamment, C. Schütz, T. Sitte, « Viel zu schwer für so wenige Schultern », *GUP*, 2020, p. 121.

<sup>30</sup> BverfG, 26 février 2020, *op.cit.*, considérant 2 ; § 208 ; § 212.

<sup>31</sup> BverfG, 26 février 2020, *op.cit.*, § 206.

<sup>32</sup> BVerwG, 2 mars 2017, 3C 19.150.

La logique allemande apparaît ainsi, comme le souligne la Cour constitutionnelle allemande le 26 février 2020<sup>33</sup>, proche de celle qui irrigue la jurisprudence de la CEDH qui, consacre elle-aussi, un « droit à décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin »<sup>34</sup>; ce qui distinguerait alors les droits français et allemand du droit français.

## **B. Des différences atténuées entre la France et l'Allemagne par les incertitudes entourant le suicide (médicalement) assisté**

Même si la Cour constitutionnelle allemande se réfère explicitement à la jurisprudence européenne, notons tout d'abord que la CEDH n'a jamais explicitement consacré un droit au suicide assisté<sup>35</sup>. Quant à la concrétisation d'un tel droit en Allemagne, il importe de

---

<sup>33</sup> BverfG, 26 février 2020, *op.cit.*, § 302 et suivants.

<sup>34</sup> CourEDH, 20 janvier 2011, *Haas contre Suisse*, n° 3132207, para 60.

<sup>35</sup> V. notamment, CourEDH, 29 avril 2002, *Pretty contre Royaume-Uni*, n° 234602, para 39 : « l'article 2 ne saurait, sans distorsion de langage, être interprété comme conférant un droit diamétralement opposé, à savoir un droit à mourir ; il ne saurait davantage créer un droit à l'autodétermination en ce sens qu'il donnerait à tout individu le droit de choisir la mort plutôt que la vie ». De manière générale, la Cour accorde aux États membres une large marge d'appréciation sur cette question : CourEDH, 20 janvier 2011, *Haas contre Suisse*, n° 3132207 : « eu égard à la marge d'appréciation dont disposent dans ce domaine les autorités internes, la Cour estime que, même à supposer que les États aient une obligation positive d'adopter des mesures permettant de faciliter la commission d'un suicide dans la dignité, les autorités suisses n'ont pas méconnu cette obligation en l'espèce » ; CourEDH, 19 juillet 2012, *Koch contre Allemagne*, n° 49709 : la Cour européenne prononce ici un constat de violation de l'article 8 CESDH, considérant que « le refus des juridictions internes d'examiner au fond la demande de la requérante [relative à la contestation du refus de délivrance d'une dose létale de médicament] a emporté violation du droit de celle-ci au respect de sa vie privée au regard de l'article 8 de la Convention ». En l'espèce, c'est le refus des juridictions d'examiner la demande de la requérante qui est sanctionné par la Cour. La Cour ne se prononce pas sur la question substantielle de savoir si l'État doit, sur le fondement de l'article 8, aider les individus à se faire mourir ; CourEDH, 14 mai 2013, *Gross contre Suisse*, n° 6781010 : Dans un arrêt de chambre, la Cour condamne la Suisse pour ne pas avoir clairement encadré cette question. Ce n'est pas sur les obligations positives de l'État que se prononce la Cour. Elle précise même ne souhaiter « en aucun cas prendre position sur le contenu que devraient avoir ces directives ». La Cour sanctionne seulement la Suisse pour le manque de clarté de sa législation relative à la fin de vie ; CEDH, 5 juin 2015, *Lambert contre France*, n° 4604314 : non seulement il n'était pas question d'assistance au suicide mais qui plus est, la Cour se contente, en effet, d'examiner si le Conseil d'État a correctement vérifié la bonne application des conditions prévues par la loi. Dans le même sens : CourEDH, 23 janvier 2018, *Afiri et Biddarri contre France*, n° 1828. De manière générale, la question de la fin de vie est abordée sous l'angle de la procéduralisation : le contrôle ne porte souvent pas tant sur la substance des droits que sur les procédures elles-mêmes. CourEDH, 16 juillet 2015, *Nicklinson et Lamb contre Royaume-Uni*, n° 2478/15 : « Mme Nicklinson se plaignait, sur le terrain de l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale), que les juridictions internes n'aient pas apprécié la compatibilité du droit relatif au suicide assisté au Royaume-Uni avec son droit et celui de son mari au respect de la vie privée et familiale la Cour considère que la majorité des juges de la Cour suprême a examiné le fond du grief de Mme Nicklinson en concluant qu'elle n'avait pas démontré que soient apparus des faits nouveaux pertinents depuis l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*. Le fait qu'ils aient, dans leur appréciation, accordé un poids considérable à l'avis du Parlement ne signifie pas qu'ils aient manqué à procéder à une mise en balance. Ils pouvaient légitimement conclure qu'à la lumière de la nature sensible du sujet et de l'absence de consensus entre les États membres sur la question, l'avis du Parlement pesait lourd dans la balance » (communiqué de presse de la greffe sur l'affaire, 16 juillet 2015) ; CourEDH, 27 juin 2017 (corrigé le 3 juillet 2017), *Gard et autres contre Royaume-Uni*, n° 39793/17 : « La Cour a tenu compte en particulier de la marge de manœuvre considérable (« marge d'appréciation étendue ») dont jouissent les autorités en matière d'accès aux soins expérimentaux pour les patients en phase terminale et dans les affaires soulevant des questions délicates d'ordre moral et éthique, rappelant que la Cour n'a pas à se substituer aux autorités internes compétentes. Sous cet angle, elle a jugé important qu'un cadre légal interne – compatible avec la Convention – ait été disponible, régissant aussi bien l'accès aux soins expérimentaux que la cessation des soins de soutien aux fonctions vitales ».

préciser que, même si la rhétorique qui prévaut dans les dernières décisions des juridictions suprêmes allemandes met en lumière une logique relativement différente de celle qui préside à l'encadrement juridique de la fin de vie en France, il reste entouré de nombreuses incertitudes. En effet, depuis l'invalidation par la Cour constitutionnelle, il n'est certes, *a priori*, désormais plus interdit aux différentes associations d'aide au suicide d'intervenir en Allemagne mais est-ce à considérer que les médecins peuvent également fournir une telle aide ? Si une réponse positive apparaît conforme à la logique suivie par la Cour constitutionnelle, la doctrine allemande est divisée sur la question<sup>36</sup> ; et seule une nouvelle loi permettrait de répondre clairement à cette question. En ce sens, notons que depuis la décision de la Cour, une cinquantaine de personnes ont demandé au ministère de la santé l'accès à des médicaments létaux ; demande qui leur a été refusée<sup>37</sup>. Par ailleurs, sur le plan strictement juridique, la conséquence principale de la décision est l'invalidation du § 217 du Code pénal (qui interdit l'assistance « commerciale » au suicide) : le suicide assisté redevient donc soumis au régime juridique antérieure à l'édiction du § 217. Or, avant la création (relativement récente : en 2015) de cette disposition, l'assistance au suicide n'était pas pleinement autorisée. Les dispositions déontologiques de nombreux Länder interdisent, en effet, aux médecins d'aider leur patient à se suicider<sup>38</sup>. Par ailleurs, si les récents arrêts de 2019 de la Cour fédérale de justice ont *a priori* supprimé les risques pénaux qui pesaient sur les médecins qui aidaient leur patient ayant expressément indiqué son souhait de se donner la mort, elle n'a pas par principe supprimé l'obligation pour les médecins de porter secours à une personne inconsciente<sup>39</sup>, fût-ce en raison d'une tentative de suicide. Si les circonstances de l'espèce - la volonté des personnes s'étant donné la mort était on ne peut plus explicite et ne laissait planer aucun doute sur leur volonté de mourir -, ce qui justifie la relaxe des médecins, il n'est pour autant possible d'affirmer qu'elle s'appliquerait dans n'importe quel cas de suicide (médicalement) assisté<sup>40</sup>.

A l'inverse, en France, si le suicide assisté apparaît interdit, il importe de préciser que, pénalement, l'assistance au suicide n'est pas sanctionnée : en l'absence d'infraction principale, la complicité ne saurait être pénalisée. Il est donc possible pour un tiers d'aider une personne à se donner la mort. Cependant, les dispositions pénales relatives à la non-

<sup>36</sup> V. notamment J.F. Lindner, « Sterbehilfe in Deutschland – mögliche Regelungsoptionen », ZRP, 2020, p. 66.

<sup>37</sup> V. notamment l'article « Grosses Interesse an Sterbehilfe vom Staat- Druck auf Spahn steigt », Tagespiegel, 16 septembre 2020.

<sup>38</sup> Les règles déontologiques sont soumises à la compétence des Länder. Or, les dispositions de la plupart des Länder disposent que « la participation au suicide n'est pas une mission médicale. Les médecins ne doivent pas porter assistance au suicide ».

<sup>39</sup> La mise en œuvre du § 323c du Code pénal sur la non-assistance à personne en danger se fonde sur la notion de « Garantstellung » (« position de garant ») : Cette disposition impose à celui qui est titulaire d'une obligation juridique - que ce soit en vertu de la loi, de la coutume ou d'un contrat- d'agir pour protéger les tiers contre la survenance d'un danger s'il en a la possibilité physique. En matière de suicide, cette disposition permet notamment au juge de pénaliser les tiers qui n'apportent pas leur aide à des personnes qui ont cherché à se donner la mort. Dans les arrêts du 3 juillet 2019, la Cour fédérale de justice ne soustrait pas, par principe, les médecins de la catégorie des garants susceptibles de devoir porter assistance à une personne cherchant à se suicider.

<sup>40</sup> En ce sens, D. Stage, U. Hellmann, « Strafbarkeit eines Arztes bei einem assistierten Suizid », *JurisPR-StrafR*, 4/2020, ann.4 ; D. Stage, U. Hellmann, « Strafbarkeit eines Arztes bei einem freiverantwortlichen Suizid des Patienten », *JurisPR-StrafR*, 4/2020, ann. 5.

assistance à danger peuvent servir de fondement pour poursuivre une personne qui aurait indirectement aidé un tiers à se suicider<sup>41</sup>. Dans l'affaire Jean Mercier, un octogénaire avait été poursuivi sur ce fondement pour avoir aidé sa femme à se suicider en lui apportant les médicaments létaux et un verre d'eau. Il avait été condamné par le tribunal correctionnel de Saint-Etienne à une peine d'un an d'emprisonnement avec sursis<sup>42</sup>. Il a toutefois été relaxé par la Cour d'appel de Lyon le 10 novembre 2016<sup>43</sup>, relaxe confirmée par la Cour de cassation dans un arrêt du 13 décembre 2017<sup>44</sup>. Cette relaxe a alors pu être lue comme autorisant, dans certains cas de figure, le suicide assisté<sup>45</sup>. En effet, dans la mesure où dans les faits, ceux et celles qui ont pu aider des tiers à se suicider ne sont pas condamnées pénalement, les dispositions textuelles considérées comme interdisant le suicide assisté apparaissent finalement restées lettre morte. Les dispositifs pénaux semblent dès lors peu effectifs pour interdire, dans tous les cas de figure, la pratique du suicide assisté.

Par ailleurs, l'article 221-1 du Code pénal dispose en effet que « le fait de donner volontairement la mort à autrui constitue un meurtre [qui] est puni de trente ans de réclusion criminelle ». Il est dès lors en principe interdit d'administrer une dose létale de médicament à une personne. Si le tiers est un médecin, ses obligations déontologiques lui interdisent, en outre, la prescription d'un tel médicament. Bien que le contentieux pénal n'apparaisse pas très dense en la matière, certaines affaires (très médiatisées) telles que celle de Vincent Humbert en 2006 se sont soldées par un non-lieu. La mère de la « victime » et son médecin, qui lui avait injecté une dose létale de médicament, n'ont pas été condamnés, compte tenu des circonstances de l'espèce et notamment de l'incapacité physique pour le patient de se donner lui-même la mort<sup>46</sup>.

---

<sup>41</sup> En dehors des interrogations relatives au suicide assisté, v. notamment sur le lien entre suicide et non-assistance à personne en danger : CC, chambre criminelle, 5 mars 1992, n° 9181295 ; CC, chambre criminelle, 4 juin 2013, n° 1285874 ; CC, chambre criminelle, 28 juin 2016, n° 1584269.

<sup>42</sup> Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 13 décembre 2017, n° 1687054 : « que le juge d'instruction a rendu une ordonnance de non-lieu concernant le meurtre et de renvoi de M. X... devant le tribunal correctionnel pour y répondre du délit de non-assistance à personne en danger ; que le tribunal correctionnel [de Saint-Etienne] a déclaré M. X... coupable de ce délit et l'a condamné à un an d'emprisonnement avec sursis ».

<sup>43</sup> Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 13 décembre 2017, n° 1687054 : « l'arrêt [d'appel] énonce que la scène du 10 novembre 2011, devant s'analyser dans son ensemble, correspond à un acte positif de M. X... et non à une omission ou à une abstention coupable ; que les juges ajoutent que la seule qualification applicable est celle de meurtre, voire de complicité de meurtre, mais que le non-lieu prononcé de ce chef, définitif en soi, empêche de nouvelles poursuites ».

<sup>44</sup> Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 13 décembre 2017, n° 1687054 : « Attendu qu'en l'état de ces énonciations, nonobstant le motif erroné mais surabondant relatif à la complicité de meurtre, la cour d'appel n'a méconnu aucun des textes visés au moyen, dès lors que le juge d'instruction ayant été saisi du crime de meurtre et du délit de non-assistance à personne en péril et ayant prononcé un non-lieu du chef de meurtre, son ordonnance de règlement avait autorité de la chose jugée, la personne mise en examen à l'égard de laquelle le juge d'instruction a dit n'y avoir lieu à suivre ne pouvant plus être recherchée à l'occasion du même fait, à moins qu'il ne survienne de nouvelles charges, en application de l'article 188 du code de procédure pénale ».

<sup>45</sup> En ce sens : [« La décision de la Cour de cassation sur la fin de vie "légitime un peu le suicide assisté" »](#), *Le Monde*, 14 décembre 2017 [dernière consultation le 15 septembre 2020].

<sup>46</sup> V. notamment [« Non-lieu général dans l'affaire du tétraplégique Vincent Humbert »](#), *Le Monde*, 2 février 2006 [dernière consultation le 15 septembre 2020].

En matière de suicide assisté, l'encadrement juridique français n'est dès lors pas dénué d'incertitudes. Le suicide (médicalement) assisté est *a priori* interdit par les dispositions déontologiques, ce qui empêche, partant, un encadrement éventuel de la pratique. Quant au suicide (non-médicalement) assisté, il n'apparaît pas clairement réglementé. Si les textes juridiques tendent plutôt à interdire au médecin d'aider son patient à se suicider (que ce soit directement ou indirectement), l'interprétation<sup>47</sup> faite par les juges de la non-assistance à danger ou l'homicide brouille quelque peu les frontières entre l'assistance légale au suicide et ses formes proscrites.

Malgré tout, une évolution marquée vers un droit au suicide apparaît en Allemagne ; droit qui comprend la possibilité de demander à un tiers une aide pour se suicider ; même si, bien sûr, ledit tiers n'a jamais l'obligation d'accepter<sup>48</sup>. L'affirmation d'un tel droit au nom de la dignité humaine dans un pays historiquement marqué par le nazisme et, par la suite, par la consécration de la protection de la vie comme la « valeur fondamentale suprême de l'ordre juridique »<sup>49</sup> indique qu'il est possible d'appréhender la protection de la vie humaine non pas seulement comme une protection relative à la seule vie « biologique » mais également comme une protection relative à la vie « bonne », c'est-à-dire comme prenant en considération la manière dont chaque individu définit sa propre qualité de vie. En ce sens, la Cour constitutionnelle conclut sa décision en affirmant « qu'en raison de la reconnaissance constitutionnelle d'un droit au suicide [...] il est interdit de conditionner l'autorisation de l'aide au suicide à des critères matériels, comme l'existence d'une maladie grave et incurable (et/ou) en phase terminale [car la décision de se suicider ne peut dépendre que de motifs strictement personnels et [la qualité de vie] ne saurait être définie au regard de critère objectif]. Cela n'empêche pas qu'au regard des différentes situations, la preuve du sérieux (dans le temps) de la demande soit exigée ».

Mais au-delà de la question de l'assistance au suicide expressément demandée, là où des difficultés importantes persistent également, en France comme en Allemagne, c'est lorsqu'il convient d'appréhender la fin de vie d'un patient inconscient incapable de consentir expressément - au moment où elle est proposée - à la mesure envisagée. Si cela exclut bien sûr tout questionnement en matière de suicide assisté, cela n'épuise pas toutes les interrogations en matière d'arrêt de soin. Or, là encore, le droit allemand impose une recherche approfondie alors que le droit français n'a, quant à lui, pas toujours fait du critère de la volonté du patient une condition *sine qua non* de l'arrêt de traitement. Encore

---

<sup>47</sup> Circulaire du 20 octobre 2011 concernant la mise en œuvre de la loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie et de traitement judiciaire des affaires dites de « fin de vie ». Selon la direction des affaires juridiques, la circulaire « propose un cadre destiné à l'ensemble des magistrats amenés à traiter ces affaires, en particulier au stade de l'instruction et souligne la nécessité pour le magistrat d'adopter « un discernement et un tact particuliers » à l'égard des familles concernées ».

<sup>48</sup> BVerfG, 26 février 2020, *op.cit.*, considérant 6.

<sup>49</sup> On se permet de renvoyer à L. Marguet, *Le droit de la procréation en France et en Allemagne. Etude sur la normalisation de la vie*, Thèse de droit public, Université Paris-Nanterre, 2018, p. 62 et suivantes. V. également, BVerfG, 30 juin 1964 - BVerfGE 18, 112 : l'article 2 relatif au droit à la vie signifie « la reconnaissance de la valeur fondamentale de la vie humaine ».

aujourd'hui, il existe, en France, des cas de figure dans lesquels l'équipe médicale peut décider, seule (ou presque), d'un arrêt de traitement. Quant au droit allemand, une étude approfondie du droit positif relève là encore certaines incertitudes.

## **Partie II - L'encadrement juridique de l'arrêt de traitement: le poids de la décision médicale en France et en Allemagne**

En ce qui concerne l'arrêt de soin exigé expressément par le patient, il apparaît garanti par les droits français et allemand. Au regard du faible contentieux en la matière (notamment, en France depuis la réforme de 2016<sup>50</sup>) - il est possible de supposer que le droit au refus de soin d'un patient ayant pu clairement exprimer sa volonté, est, en pratique, respecté. En revanche, la situation est plus complexe lorsque l'arrêt de soin n'est pas expressément, verbalement et directement demandé par le patient. Dans un tel cas de figure, les droits français et allemand imposent, de manière à première vue similaire, au médecin de s'enquérir de la volonté du patient en examinant, si elles existent, les directives anticipées du patient ; celles-ci étant supposées primer même si elles n'apparaissent pas conformes à l'avis médical (A). Pourtant, en France, de manière visible, mais également en Allemagne, même si c'est de manière moins évidente, il apparaît également possible pour le médecin d'arrêter les traitements d'un patient considéré comme étant maintenu artificiellement en vie, même si sa volonté n'est pas clairement déterminée (B).

### **A. Des similitudes visibles entre la France et l'Allemagne dans le poids accordés aux directives anticipées**

En Allemagne, là encore, la possibilité pour un individu de se *laisser mourir* est fondée sur le droit à l'autodétermination du patient qui découle de l'article 1 LF, la Cour fédérale de justice énonçant en 2003 que « le caractère contraignant des directives anticipées s'explique par le respect de la dignité humaine qui assure le respect du droit à l'autodétermination, même si le patient n'est plus en état de l'exercer »<sup>51</sup>. Plus encore, la loi comme le juge attachent beaucoup d'importance à la recherche de la volonté présumée du patient ; un ensemble d'éléments variés devant être prises en compte pour la reconstituer<sup>52</sup>. Le juge considère également qu'il n'est pas possible d'exclure l'application des directives anticipées en considérant que le patient « aurait changé d'avis s'il avait connu la situation

---

<sup>50</sup> Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie. Avant cette loi, l'existence d'un droit à l'arrêt de traitement était contestée par le juge administratif : CE, 26 octobre 2001, n° 198546 ; CE, 16 août 2002, Mme Feuillatay ; S. Hennette-Vauchez, « Kant contre Jéhovah ? Refus de soins et dignité de la personne humaine », *Dalloz*, n° 44, 16 décembre 2004, p. 315.

<sup>51</sup> BGH, 17 mars 2003, XII ZB 2/03.

<sup>52</sup> § 1901a BGB. V. aussi en ce sens, BGH, 08 mai 1991, 3 StR 467/90 : « des mesures, conformes à la volonté exprimée ou présumée du patient, sont possibles si elles consistent en la non-administration ou l'arrêt de traitements visant à prolonger la vie ». L'idée de « volonté présumée » est très critiquée par la doctrine Höfling/Rixen, *JZ*, 2003, p. 884 cité par V. Lipp, *Patientenautonomie und Lebensschutz – Zur Diskussion um eine gesetzliche Regelung der Sterbehilfe*, Universitätsdrucke Göttingen, 2005, p. 38 : « Cependant, c'est la seule solution pour garantir, le mieux possible, l'auto-détermination du patient. Il n'y a pas de place pour la règle "in dubio pro vita" au regard de la primauté du principe de la protection de la dignité humaine ».

actuelle. C'est au patient de porter la charge de son pouvoir décisionnelle. Dès lors qu'il explicite sa volonté en amont, il court [certes] le risque de ne pas pouvoir la modifier à temps »<sup>53</sup> mais c'est là la conséquence de son droit à l'autonomie décisionnelle.

Le Code civil allemand soumet, on l'a vu, le médecin au respect des directives anticipées du patient telles dès lors que la personne de confiance a considéré qu'elles reflétaient bien la volonté actuelle du patient.

En France, la réforme de 2005 a également posé le principe du caractère contraignant des directives anticipées. En ce sens, L1110-5-1 CSP indique que les soins résultant d'une obstination « ne peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris, [que] conformément à la volonté du patient et, si ce dernier est hors d'état d'exprimer sa volonté, à l'issue d'une procédure collégiale définie par voie réglementaire ». L'article R4127-37-2 CSP précise que « la décision de limitation ou d'arrêt de traitement respecte la volonté du patient antérieurement exprimée dans des directives anticipées ». Dans le même sens, les articles L1111-12 CSP et L1111-13 CSP au médecin de s'enquérir de la volonté du patient dans ses directives anticipées, ou par le recueil du témoignage de la personne de confiance ou, à défaut, de tout membre de la famille ou proche du patient. Ainsi, même dans le cadre de la procédure spécifique relative à l'obstination déraisonnable, l'équipe médicale doit désormais (depuis un arrêt du 24 juin 2014 du Conseil d'Etat « retranscrit » par la loi de 2016<sup>54</sup>) « prendre en compte la volonté du patient »<sup>55</sup> inconscient (et par hypothèse incapable d'exprimer sa volonté). En ce sens, le Conseil d'Etat précise depuis qu'« une attention particulière doit être accordée à la volonté que le patient peut avoir exprimée, par des directives anticipées ou sous une autre forme »<sup>56</sup>. Il ajoute que « dans l'hypothèse où cette volonté demeurerait inconnue, elle ne peut être présumée comme consistant en un refus du patient d'être maintenu en vie dans les conditions présentes. Le médecin doit, dans l'examen de la situation propre de son patient, être avant tout guidé par le souci de la plus grande bienfaisance à son égard, et, lorsque le patient est un enfant, faire de l'intérêt supérieur de celui-ci une considération primordiale »<sup>57</sup>. Dans un arrêt du 10 juillet 2020, la Cour administrative de Paris rappelle la jurisprudence du Conseil d'Etat indiquant le « droit de toute personne de recevoir les soins les plus appropriés ainsi que le droit que sa volonté de refuser un traitement et de ne pas subir un traitement médical qui traduirait une obstination déraisonnable soit respectée ». Elle rappelle qu'une telle procédure ne peut être mise en œuvre que « sous la double et stricte condition que la poursuite de ce traitement traduise une obstination déraisonnable et que soient respectées les garanties tenant, d'une part [à la procédure collégiale], et, d'autre part, au respect de la volonté du patient, telle qu'elle a pu trouver à s'exprimer, le cas échéant, dans les directives anticipées

---

<sup>53</sup> BGH, 16.01.1991 - XII ZB, BGHZ 154,90.

<sup>54</sup> Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie.

<sup>55</sup> CE, ass. plén., 24 juin 2014, n° 375081.

<sup>56</sup> V. notamment CE, 10 octobre 2018, n°424042.

<sup>57</sup> CE, 6 décembre 2017, n° 403944.

antérieurement rédigées »<sup>58</sup> ou « [...] qu'après avoir consulté la personne de confiance, dans le cas où elle a été désignée par le patient, ou, à défaut, la famille ou les proches, afin, notamment, de s'enquérir de la volonté du patient et en s'efforçant de dégager une position consensuelle »<sup>59</sup>.

Mais si à première vue, les droits français et allemand accordent à la volonté du patient inconscient une certaine force contraignante, il est également des similitudes dans la manière dont ils accordent au médecin une marge de manœuvre pour appréhender l'arrêt de soin de ses patients.

## **B. Des similitudes cachées entre la France et l'Allemagne dans le poids accordé à la décision médicale**

En France, le Code de la santé publique précise que les directives anticipées d'un patient peuvent ne pas être appliquées « en cas d'urgence vitale pendant le temps nécessaire à une évaluation complète de la situation et lorsque les directives anticipées apparaissent manifestement inappropriées ou non conformes à la situation médicale »<sup>60</sup>. Juridiquement, il est donc possible pour le médecin de ne pas respecter la volonté clairement exprimée d'un patient. Si l'absence, à notre connaissance, de contentieux sur la non-application des directives anticipées d'un patient par l'équipe médicale suggère le respect effectif par le corps médical de ces directives ; le législateur lui accorde néanmoins la marge de manœuvre nécessaire pour vider, s'il l'estime nécessaire, de leur substances lesdites directives.

Par ailleurs, il est des cas de figure dans lesquels l'arrêt de traitement considérés comme constituant une obstination déraisonnable a été validé par le juge alors même que la volonté du patient était incertaine et que certains proches s'opposaient même à cet arrêt de traitement. L'exemple le plus paradigmatique de ce que la procédure spécifique d'arrêt de soins prévue par l'article 1110-5-1 CSP ne se structure pas fondamentalement autour de la *volonté* du patient est la célèbre affaire Lambert puisqu'en l'espèce les proches s'opposaient notamment sur ce qu'aurait pu vouloir le patient : alors que sa femme affirmait qu'il avait expressément indiqué ne jamais vouloir être maintenu dans un état de vie « végétative » (affirmation reprise par certains juges <sup>61</sup>), ses parents affirmaient que cela ne

---

<sup>58</sup> En ce sens : CAA Paris 10 juillet 2020, 8<sup>ème</sup> chambre, 19PA08664 ; CAA Marseille, 28 février 2019, 2<sup>ème</sup> chambre, 17MA01092 ; CAA Bordeaux, 2<sup>ème</sup> chambre - formation à 3, 4 avril 2017, 15BX01326. Ces arrêts reprennent la jurisprudence dégagée par le Conseil d'Etat : CE, ass. plén., 24 juin 2014, n° 37508 ; CE, 6 décembre 2017, n°403944.

<sup>59</sup> CAA Marseille, 28 février 2019, 2<sup>ème</sup> chambre, 17MA01092 ; CAA Paris 10 juillet 2020, 8<sup>ème</sup> chambre, 19PA08664.

<sup>60</sup> L1111-11 CSP.

<sup>61</sup> V. notamment CC, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 8 décembre 2016, n° 1610298 (sur les mesures de tutelle) : « Monsieur Vincent X ayant exprimé le souhait de ne pas continuer à vivre dans un état de grande dépendance ». CE, ass. plén., 24 juin 2014, n° 375081 : « Considérant, en troisième lieu, qu'il résulte des dispositions du code de la santé publique qu'il peut être tenu compte des souhaits d'un patient exprimés sous une autre forme que celle des directives anticipées ; qu'il résulte de l'instruction, en particulier du témoignage de Mme E..G..., qu'elle-même et son mari, tous deux infirmiers, avaient souvent évoqué, leurs expériences professionnelles auprès de patients en réanimation ou de personnes polyhandicapées et qu'à ces occasions, M. G...avait clairement et à plusieurs reprises exprimé le

correspondaient pas à sa conception de la vie. En outre, de nombreux contentieux relatifs à la mise en œuvre de la procédure spécifique d'arrêt de soin pour obstination déraisonnable concernent des affaires dans lesquels le patient n'avait pas précisé, en amont, sa volonté. C'est alors au juge que revient la tâche de déterminer si les médecins ont correctement mis en œuvre ladite procédure d'arrêt de soin. Les décisions médicales d'arrêt de soins ne sont, dans de tels cas de figure, ni systématiquement remises en cause ni systématiquement approuvées. Pour déterminer la validité de la la procédure, le juge considère que les médecins doivent se fonder sur un ensemble d'éléments « médicaux et non médicaux, dont le poids respectif ne peut être prédéterminé et dépend des circonstances particulières à chaque patient, le conduisant à appréhender chaque situation dans sa singularité [et qu'] une attention particulière doit être accordée à la volonté que le patient peut avoir exprimée, par des directives anticipées ou sous une autre forme »<sup>62</sup>. Si la volonté fait, entre autres, partie des éléments à prendre en compte, le juge s'assure également de l'irréversibilité définitive de l'état du patient. Par exemple, dans un arrêt du 17 janvier 2019<sup>63</sup>, le Conseil d'État ordonne la suspension de l'exécution de l'arrêt de soins, considérant qu'en l'espèce l'évolution de l'état de la patiente était telle que l'arrêt de soins n'apparaissait plus justifié. Mais il existe d'autres affaires, concernant des mineurs notamment, où le juge estime que, malgré le refus parental, l'arrêt de traitement était justifié<sup>64</sup>. Il en va notamment ainsi dans l'affaire de la jeune Ines Biddarri qui a fait l'objet d'un recours devant la CEDH. La Cour européenne a toutefois considéré que la procédure d'arrêt de soin ne portait pas atteinte à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme<sup>65</sup>.

La procédure d'arrêt de soins pour obstination déraisonnable se fonde sur l'idée selon laquelle il est parfois préférable de laisser mourir un patient lorsque ce dernier n'est maintenu qu'artificiellement en vie – sans réactivité et sans qualité de vie aucune – par la seule intervention de la technique et que cette dernière peut, qui plus est, être source de souffrances<sup>66</sup>. Et c'est au médecin (contrôlé par le juge) que revient la tâche de qualifier le caractère artificiel du maintien en vie.

---

souhait de ne pas être maintenu artificiellement en vie dans l'hypothèse où il se trouverait dans un état de grande dépendance ; que la teneur de ces propos, datés et rapportés de façon précise par Mme E...G..., a été confirmée par l'un des frères de M. G... ; que si ces propos n'ont pas été tenus en présence des parents de M. G..., ces derniers n'allèguent pas que leur fils n'aurait pu les tenir ou aurait fait part de souhaits contraires ; que plusieurs des frères et sœurs de M. G...ont indiqué que ces propos correspondaient à la personnalité, à l'histoire et aux opinions personnelles de leur frère ; qu'ainsi, le Dr. Kariger, en indiquant, dans les motifs de la décision contestée, sa certitude que M. G... ne voulait pas avant son accident vivre dans de telles conditions, ne peut être regardé comme ayant procédé à une interprétation inexacte des souhaits manifestés par le patient avant son accident ». V. également, le commentaire de cet arrêt par le CE lui-même : « S'agissant de la volonté du patient, le Conseil d'État a relevé que M. Vincent Lambert avait clairement et à plusieurs reprises exprimé le souhait de ne pas être maintenu artificiellement en vie dans l'hypothèse où il se trouverait dans un état de grande dépendance et que le médecin ayant pris la décision d'arrêt des traitements avait fait une exacte interprétation des souhaits manifestés par le patient avant son accident ».

<sup>62</sup> Affirmation constante depuis CE, ass. plén., 24 juin 2014, n° 375081. V. également, CE, 5 janvier 2018, n° 416689.

<sup>63</sup> CE, 17 janvier 2019, n° 424042.

<sup>64</sup> CE, 5 janvier 2018, n° 416689.

<sup>65</sup> V. également, CourEDH, 23 janvier 2018, Afiri et Biddarri contre France, n° 1828.

<sup>66</sup> On se permet de renvoyer à S. Hennette-Vauchez, L. Marguet, « Bioéthique », Cahiers Droit, Sciences & Technologies, 10/2020, 171-193.

En Allemagne, il n'existe aucune procédure similaire à celle prévue en France par l'article 1110-5-1 CSP. Le contexte historique du pays explique sans difficulté qu'aucune procédure de ce type n'ait été explicitée consacrée. Cela s'explique également par une différence de contexte juridique. En Allemagne, les questions relatives à la fin de vie (au sens large) sont principalement appréhendées par le droit civil et le droit pénal, tous deux irrigués par la logique des droits fondamentaux. En Allemagne c'est ainsi pendant longtemps principalement la doctrine pénaliste et civiliste qui s'est saisie des problématiques en lien avec la fin de vie. Les questions sur la fin de vie s'articulent ainsi, en premier lieu, autour d'une réflexion relative au contrat médical. Le médecin est avant tout tenu de respecter le contrat qu'il a passé avec son patient ; contrat dont l'objet premier est la protection de la vie et de la santé dudit patient mais qui n'autorise le médecin à agir que dans les limites inhérentes à tout contrat : c'est-à-dire avec l'accord du patient. Dès lors, la question de l'arrêt de traitement est abordée de manière assez classique sur le plan civiliste : sans l'accord du patient, le médecin n'est pas contractuellement à agir. La centralité du *contrat médical* dans la réflexion sur la fin de vie peut fournir une explication de ce que, dès l'origine, les réflexions sur la fin de vie se soient structurées autour de la notion de *volonté* ; celle-ci étant précisément au cœur du contrat (classiquement défini comme un « accord de volonté » entre les partis). Si le patient est dans l'incapacité de procéder à une nouvelle « négociation » du contrat car il est inconscient, c'est là encore le droit commun civil qui s'applique : les mécanismes relatifs à la protection du majeur (ici « factuellement ») incapable interviennent pour s'assurer que les décisions médicales prises par rapport au patient respecte sa volonté. Les dispositions spéciales relatives aux directives anticipées ont ainsi été intégrées, en 2009, dans le chapitre du Code civil relative à la « tutelle et à la curatelle ». Si l'application du droit commun ne résout bien sûr pas toutes les difficultés susceptibles de se poser en matière d'arrêt de traitement, il importe malgré tout de souligner ici que, tout en étant travaillés par le principe constitutionnel d'autodétermination, les outils et solutions apportés ont été ceux du droit des majeurs protégés. En parallèle, le droit pénal intervient pour protéger la vie humaine. Le contentieux pénal relatif à l'articulation entre « respect de la volonté du patient qui souhaite mourir » et obligation de porter assistance à une personne à danger (ou interdiction de commettre un homicide par omission) apparaît ainsi plus important en Allemagne qu'en France<sup>67</sup>. Ce contentieux a régulièrement concerné, en Allemagne, des cas d'assistance médicalisée au suicide, ce qui est moins souvent le cas en France. Or, ce contentieux pénal allemand prend également en compte des éléments - pour identifier d'éventuels faits justificatifs aux infractions en cause - relatifs à la volonté de la « victime » : comme celui relatif à « la

---

<sup>67</sup> Concernant la question de la non-intervention d'une personne confrontée au suicide d'un tiers, on trouve en France : CC, chambre criminelle, 5 mars 1992, n° 9181295 ; CC, chambre criminelle, 4 juin 2013, n° 1285874 ; CC, chambre criminelle, 28 juin 2016, n° 1584269 – aucune affaire ne concernant, à l'exception de l'arrêt Mercier du 13 décembre 2017 (précité) la question de l'assistance au suicide. En Allemagne : BGH, 18 août 1863 - BGHSt 19, 135 ; BGH, 12 février 1952 - BGHSt, 2, 150 ; BGH, 15 mai 1959, 4 StR 475/58 ; BGH, 14 août 1963 - BGHSt, 19, 135 ; BGH, 16 mai 1972, 5 StR 56/72BGH, 3 décembre 1982 - BGHSt 2, 150 ; BGH, 4 juillet 1984 - BGHSt 32, 367 ; BGH, 08 mai 1991, 3 StR 467/90 ; BGH, 13 septembre 1994, 1 StR 357/94 ; BGB, 25 juin 2010, 2 StR 454/09 ; BGH, 21 décembre 2011, 2 StR 295/11 ; BGH, 14 septembre 2014, 2 StR 145/11.

maîtrise consciente de ses actes » ou au « libre arbitre »<sup>68</sup>. En tout état de cause, le contentieux relatif à la fin de vie est principalement traité par les juridictions judiciaires<sup>69</sup>.

En revanche, en France, c'est avant tout le droit médical qui régleme la question de la fin de vie, principalement régie par le Code de santé publique. Bien sûr, toute relation médicale est, en France, fondée sur un contrat médical. Mais dans le domaine de la fin de vie, il est possible de considérer que la question contractuelle n'est pas au cœur de la problématique. Bien sûr, tout traitement médical ne peut être mis en œuvre qu'à la double condition qu'il soit justifié par une nécessité médicale et que le patient y ait consenti. Mais si en Allemagne le contentieux semble davantage se cristalliser autour des éventuelles sanctions pénales encourues par les médecins allemands qui laissent mourir un patient (ou qui les assistent activement dans leur décision de mourir) ainsi que sur les pouvoirs du tuteur du patient (i. e. de son représentant légal) et de leur articulation avec les pouvoirs du médecin, le contentieux français est plus rarement pénal. Il se concentre bien davantage sur la procédure permettant l'arrêt de traitement d'un patient inconscient qui est considéré comme faisant l'objet d'une « obstination déraisonnable ». Or, il s'agit d'une procédure spécifique régleme par le Code de la santé publique et ce type contentieux est administratif. Dans ce cadre, le contrôle du juge français - et européen<sup>70</sup> - est de type procédural : il s'assure principalement que les médecins ont bien respecté les procédures (notamment collégiales et de consultation des proches du patient) prévues par le Code de santé publique. S'il prend, dans ce cadre, en compte la volonté (connue ou présumée) du patient, ce n'est pas autour de la question du consentement en matière de contrat médical ou de la volonté du patient comme fait justificatif qui est au cœur du raisonnement juridictionnel. De la même manière qu'il n'existe que peu<sup>71</sup> de décisions qui s'articulent autour du respect, par le médecin, de son contrat avec le patient ou autour des pouvoirs (précis) du tuteur ou du représentant légal du patient. Au contraire, dans un arrêt du 8 décembre 2016, la Cour de cassation indique que « le tuteur ne saurait se substituer à la procédure définie par le Code de la santé publique qui relève de la collégialité des médecins chargés du suivi du patient »<sup>72</sup> La logique est bien plus « administrative » : une procédure médicale (collective) a été prévue pour que, dans certains cas de figure, le corps médical puisse, collectivement (et après consultation des proches<sup>73</sup>) cesser les traitements d'un patient (i. e. le laisser mourir) artificiellement maintenu en vie. Le contentieux se concentre ainsi principalement devant les juridictions administratives et est dès lors analysé, non pas

---

<sup>68</sup> V. notamment les arrêts de la Cour fédérale de justice du 3 juillet 2019, précités : BGH, 3 juillet 2019, 5 StR 393/18 : « pour distinguer l'aide légale au suicide de la complicité d'homicide, il est de jurisprudence constante de regarder qui avait la pleine maîtrise consciente de l'acte qui a conduit à la mort. Si celui qui souhaite mourir utilise la main d'un tiers pour se donner la mort, alors c'est le tiers qui a la pleine maîtrise de l'acte. En revanche, si celui qui souhaite mourir réalise lui-même l'action mortelle et qu'il détient alors la décision libre de ce qu'il adviendra de son destin, il se suicide, même si c'est grâce à l'aide d'un tiers ».

<sup>69</sup> Bien que le juge administratif soit toujours davantage confronté à la question des autorisations d'administrations de substance légale par l'institut fédéral du médicament.

<sup>70</sup> Cf *supra* note 35.

<sup>71</sup> V. cependant, CC, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 8 décembre 2016, n°1620298.

<sup>72</sup> CC, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 8 décembre 2016, n°1620298.

<sup>73</sup> V. notamment, CE, 12 avril 2018, n° 419576.

au regard des paradigmes structurant le droit commun des majeurs incapables (et de la désignation d'un tuteur ou d'un représentant légal) mais autour d'un droit spécialement applicable à la matière, précisé par le chapitre du Code de la Santé publique relatif aux droits des personnes malades et des usagers du système de santé.

Cela étant, si en Allemagne, la loi ne prévoit pas de procédure permettant un arrêt de traitements en cas d'obstination déraisonnable, cela ne signifie pas que le médecin ne dispose d'aucune marge de manœuvre. En effet, si tout indique que la déclaration (même non formalisée) du patient lie le médecin dès lors que cette déclaration entendait être contraignante, plusieurs difficultés complexifient toutefois la mise en œuvre systématique des directives anticipées. En premier lieu, le médecin doit avoir été informé de l'existence de directives anticipées et qu'il ait été appelé à les mettre en œuvre. En deuxième lieu, se pose la question de savoir si le patient entendait énoncer une volonté contraignante. Or, c'est à la personne de confiance *et* à l'équipe médicale de le déterminer<sup>74</sup>. En ce sens, le site officiel du gouvernement indique que dans l'hypothèse où il existe des directives anticipées, le médecin doit vérifier si elle correspond à sa situation de vie actuelle et si elles sont manifestement appropriées à la situation médicale. Si c'est le cas, le médecin doit certes les respecter sous le contrôle de la personne de confiance. Mais, en troisième lieu, se pose précisément la question de l'intervention systématique (ou non) d'une personne de confiance (celle-ci pouvant être en Allemagne soit un tuteur désigné par le patient lui-même, soit un représentant légal désigné, si besoin, par le juge). En effet, le Code civil indique que les directives anticipées doivent être interprétées par la personne de confiance : « [si le patient a rédigé des directives anticipées] la personne de confiance examine si celles-ci correspondent à son actuelle situation et sont appropriées au traitement médical envisagé »<sup>75</sup>. Cela signifie-t-il que l'intervention d'une personne de confiance est systématique ? En principe, si les directives anticipées précisent absolument toutes les modalités d'intervention du corps médical (quel médecin doit intervenir, dans quel hôpital, dans quels cas de figure, pour quel traitement, etc.) ; la désignation d'une personne de confiance n'est pas nécessaire car la volonté du patient est claire. Mais dans les faits, les directives anticipées sont le plus souvent imprécises. La personne n'a pas nécessairement prévu dans les moindres détails l'état de santé dans lequel elle risquait de se trouver et, partant, les interrogations susceptibles de se poser. Si le médecin a des doutes sur la validité ou l'applicabilité des directives anticipées, il doit alors consulter le représentant légal du patient ou son tuteur ou demander au juge de nommer un représentant pour le patient (sauf en cas d'urgence vitale). En principe, si le patient a désigné - dans les formes - une personne de confiance<sup>76</sup> : elle a le pouvoir de prendre toutes les décisions médicales, y compris le maintien en vie ou non du patient<sup>77</sup>. Cependant, il existe des cas de figure dans lesquels la

---

<sup>74</sup> V. Lipp, *Patientenautonomie und Lebensschutz – Zur Diskussion um eine gesetzliche Regelung der Sterbehilfe*, op.cit., p. 73 et suivantes.

<sup>75</sup> § 1901a BGB.

<sup>76</sup> § 1904 BGB.

<sup>77</sup> Si elle ne connaît pas la volonté du patient et qu'il n'est pas en état de la lui communiquer, elle doit déterminer qu'elle est sa volonté « présumée ». V. sur toutes ces interrogations: V. Lipp, *Patientenautonomie und Lebensschutz – Zur Diskussion um eine gesetzliche Regelung der Sterbehilfe*, op.cit., p. 32 et suiv.; V. Lipp, « Patient Autonomy,

personne de confiance et le médecin sont en désaccords, que ce sur le caractère approprié des directives au regard de la situation de vie actuelle du patient ou du traitement envisagé. C'est alors au juge des tutelles que revient de trancher le différend entre les partis. Même en cas de directives anticipées, le juge des tutelles peut alors être amené à intervenir pour interpréter lesdites directives et déterminer ainsi, au vu des dires du représentant ou du tuteur et des affirmations du médecin, la volonté du patient. La seule volonté présumée du patient ne suffit dès lors pas à contraindre l'équipe médicale.

Par ailleurs, c'est à l'équipe médicale, seule, de déterminer le traitement approprié. Dès lors, si la suite des soins à donner au patient inconscient doit effectivement être discutée avec son représentant ou son tuteur, le médecin peut refuser la mise en œuvre d'un traitement qu'il estime inapproprié. Il est ainsi possible de poser l'hypothèse selon laquelle il peut refuser de maintenir le patient en vie s'il cela lui semble médicalement inapproprié (même si le représentant soutient que c'est le souhait du patient)<sup>78</sup>. Même si aucune procédure pour « obstination déraisonnable » n'est formalisée en Allemagne, il apparaît malgré tout possible pour un médecin de considérer que le patient est artificiellement maintenu en vie et de refuser, partant, de mettre en œuvre les mesures jugées « excessives » visant à le maintenir en vie.

Enfin, les droits français et allemand, bien que travaillés par des paradigmes historiquement (et encore aujourd'hui) différents, sont confrontés aux mêmes difficultés concrètes : celles de combiner d'un côté le respect de la dignité des personnes (ou des patients) en souffrance (ce qui peut supposer de ne pas les maintenir artificiellement en vie), des logiques inhérentes à l'organisation même des services de soin (qui empêche factuellement que ne soit maintenu *ad vitam aeternam* en vie tous les patients en état « pauci-relationnel » dont la volonté est inconnue) ; la protection de ces personnes contre des arrêts de soin trop hâtifs, et plus largement la protection de leur volonté (ce qui suppose de pouvoir la reconstituer lorsqu'elle est inconnue). Et c'est parce qu'ils sont confrontés à

---

Advance Directives, and Decisions by Proxy in Germany », in U. Hellmann u., S. Dijoux, *Perspectives of Law and Culture on the End-of-Life Legislations in France, Germany, India, Italy and United Kingdom*, 2019, p. 73. En ce sens, il importe de souligner que la Cour d'appel de Munich a rejeté l'action en réparation d'une patiente – témoin de Jéhovah – qui s'était vu transfusé du sang, contre ses convictions religieuses. En l'espèce, le juge des tutelles, ignorant qu'un tuteur avait déjà été désigné par la patiente, avait nommé le mari de la patiente tuteur de cette dernière. Ce dernier avait accepté la transfusion alors même qu'il savait que son épouse l'aurait refusé. La Cour d'appel considère que le médecin n'a pas commis de faute en ne suivant pas les directives anticipées de la patiente, car il était seulement lié par la décision du tuteur. Le tuteur a été « excusé » ayant tranché conformément à sa conscience, et le préjudice a été considéré comme inexistant pour la patiente ; OLG München, 31 janvier 2002, 1U4705/98 : « Le médecin a le droit, lorsqu'il est confronté au traitement d'une patiente témoin de Jéhovah qui refuse la transfusion, après un examen de conscience, de lui donner une perfusion de sang dès lors qu'il apparaît que sans cette transfusion la patiente n'aurait pas survécu. Il peut, dans un tel cas de figure, ne pas suivre les directives anticipées, même si le respect de celles-ci exclut l'engagement de sa responsabilité. Une action de la patiente, pour violation de ses droits fondamentaux en raison de la transfusion ne peut pas être admise en raison de la liberté de conscience dont dispose le médecin, du moins lorsqu'il n'a commis aucune faute ».

<sup>78</sup> V. Lipp, *Patientenautonomie und Lebensschutz – Zur Diskussion um eine gesetzliche Regelung der Sterbehilfe*, op.cit. ; voir également, V. Lipp, « Patient Autonomy, Advance Directives, and Decisions by Proxy in Germany », op.cit..

des difficultés similaires que leur encadrement juridique, en apparence très dissemblable, partagent finalement davantage de points communs qu'il n'aurait été possible de le penser.

# Liberté d'expression et effectivité de la lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle en matière d'accès à l'emploi

(obs. sous l'arrêt CJUE, GC, 23 avril 2020, *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, C-507/18, ECLI:EU:C:2020:289)

---

Julie Rondu\*

Par cet arrêt, qui s'inscrit dans le prolongement de l'arrêt *Asociația Accept*<sup>1</sup>, la Grande chambre de la Cour de justice renforce l'effectivité de la lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle, nonobstant l'invocation de la liberté d'expression par le requérant. Dans un contexte marqué par des discriminations croissantes à l'encontre des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles, transgenres ou intersexuées dans certains États membres de l'Union européenne comme la Pologne<sup>2</sup>, la Grande chambre envoie ainsi un message fort en faveur des valeurs européennes.

Le renvoi préjudiciel en interprétation introduit par la Cour de cassation italienne portait sur plusieurs dispositions de la directive 2000/78/CE, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail<sup>3</sup>.

Le litige faisait suite aux propos de NH, avocat expérimenté associé au sein d'un cabinet d'avocats, qui avait déclaré lors d'un entretien radiophonique qu'il ne voudrait ni recruter ni faire travailler de personnes homosexuelles dans son cabinet. L'*Associazione Avvocatura per i Diritti LGBTI – Rete Lenford*, autre partie au litige, est une association d'avocats dont l'objet, tel qu'établi par ses statuts, est notamment de défendre en justice les droits des personnes LGBTI.

Estimant que les déclarations publiques de NH constituaient un comportement discriminatoire fondé sur l'orientation sexuelle des travailleurs, l'association a introduit une action en justice devant le tribunal de Bergame, tendant à ce que l'avocat soit condamné à lui payer des dommages et intérêts pour un préjudice non patrimonial, ainsi qu'à publier des extraits de la décision à intervenir dans un quotidien national et à élaborer un plan visant à éliminer la discrimination. Cette action se fondait sur l'article 2, paragraphe 1, sous a), du

---

\* Maître de conférences en droit public à l'Université de Strasbourg, Centre d'études internationales et européennes EA 7307.

<sup>1</sup> CJUE, 25 avril 2013, *Asociația Accept*, C-81/12, EU:C:2013:275.

<sup>2</sup> À titre d'illustration, des communes polonaises se sont déclarées « zones sans idéologie LGBT », entraînant le rejet par la Commission européenne de leurs demandes de subventions dans le cadre d'un programme de jumelage. V. notamment [« Discriminations. L'UE refuse de subventionner des communes polonaises dites "sans idéologie LGBT" »](#), *Courrier international*, 30 juillet 2020 [dernière consultation le 3 septembre 2020].

<sup>3</sup> Directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *JOUE* n° L 303 du 2 décembre 2000, pp. 16-22.

décret législatif n° 216 portant transposition de la directive 2000/78/CE, disposition qui reprend en droit italien l'interdiction de toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la religion, les convictions personnelles, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.

Le tribunal de Bergame a conclu par ordonnance au caractère discriminatoire, et, partant, à l'illégalité du comportement du défendeur, le condamnant notamment à verser des dommages et intérêts à l'association. La cour d'appel de Brescia ayant rejeté l'appel interjeté contre cette ordonnance, NH s'est pourvu en cassation contre cet arrêt.

La Cour de cassation s'interroge notamment sur la possibilité de reconnaître à l'association la qualité d'entité représentative d'intérêts collectifs aux fins de l'article 9, paragraphe 2, de la directive 2000/78/CE. Selon cette disposition, qui vise à assurer la défense des droits conférés par la directive, « [l]es États membres veillent à ce que les associations, les organisations ou les personnes morales qui ont, conformément aux critères fixés par leur législation nationale, un intérêt légitime à assurer que les dispositions de la présente directive sont respectées puissent, pour le compte ou à l'appui du plaignant, avec son approbation, engager toute procédure judiciaire et/ou administrative prévue pour faire respecter les obligations découlant de la présente directive ». De surcroît, le juge de renvoi s'interroge sur le point de savoir si les déclarations litigieuses relèvent bien du champ d'application matériel de la directive 2000/78/CE, alors même qu'aucune procédure de recrutement n'était envisagée lorsqu'elles ont été prononcées.

La Cour de justice se prononce en formation de Grande chambre, ce qui, outre le fait que le juge de renvoi soit une juridiction dont les décisions ne sont susceptibles d'aucun recours juridictionnel de droit interne, s'explique probablement par l'enjeu essentiel tenant à la détermination de « la portée des règles et principes de l'Union en matière de discrimination à raison de l'orientation sexuelle »<sup>4</sup>. Le fil conducteur de cet arrêt, qui irradie l'entièreté du raisonnement de la Cour, se trouve dans la volonté d'assurer l'effectivité maximale de l'égalité de traitement dans le domaine de l'accès à l'emploi.

Inversant l'ordre des questions posées par le juge de renvoi, la Cour commence logiquement par se prononcer sur le point de savoir si les faits litigieux entrent dans le champ d'application matériel de la directive 2000/78/CE. Tout l'enjeu est à ce titre de déterminer si les déclarations en cause en l'espèce peuvent relever de l'article 3, paragraphe 1, sous a), de cet acte de droit dérivé, qui vise les « conditions d'accès à l'emploi [...] ou au travail, y compris les critères de sélection et les conditions de recrutement ». La Grande chambre privilégie une interprétation extensive de cette notion, traduisant le caractère fondamental du principe de non-discrimination pour l'ordre juridique de l'Union (**I**). La conciliation de ce principe avec la liberté d'expression, qui constitue également un « fondement essentiel d'une société démocratique et pluraliste reflétant les valeurs sur lesquelles l'Union,

---

<sup>4</sup> D. Simon, « Non-discrimination à raison de l'orientation sexuelle », *Europe*, n°6, 2020, note 179.

conformément à l'article 2 TUE, est fondée »<sup>5</sup>, constitue un autre apport de l'arrêt. La liberté d'expression se révèle insusceptible de protéger des déclarations traduisant une politique de recrutement discriminatoire (II). Enfin, une large reconnaissance de la possibilité d'agir en justice s'avère essentielle pour assurer la garantie effective des droits protégés par la directive anti-discrimination (III).

## **Partie I - L'interprétation extensive du champ d'application de la directive, expression de la valeur fondatrice du principe de non-discrimination**

Comme le relève l'avocat général Sharpston, dans l'hypothèse où la directive 2000/78/CE s'appliquerait, les faits litigieux seraient de nature à constituer une discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle<sup>6</sup>. Néanmoins, en l'espèce, le problème juridique concerne la délimitation du champ d'application matériel de la directive. Cette dernière ne définit pas la notion de « conditions d'accès à l'emploi [...] ou au travail » figurant à l'article 3, paragraphe 1, sous a), pas plus qu'elle n'opère de renvoi aux droits nationaux pour cette définition. Fidèle à sa jurisprudence, la Cour de justice estime alors qu'« il découle des exigences tant de l'application uniforme du droit de l'Union que du principe d'égalité que les termes d'une disposition du droit de l'Union qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver, dans toute l'Union, une interprétation autonome et uniforme »<sup>7</sup>. Les conditions d'accès à l'emploi ou au travail relèvent donc d'une notion autonome de droit de l'Union<sup>8</sup>. La Grande chambre recourt alors à une interprétation systémique et téléologique des termes<sup>9</sup>, les lisant à l'aune du contexte et des objectifs de la directive<sup>10</sup>. À cet égard, la base juridique sur le fondement de laquelle a été adoptée la directive 2000/78/CE n'est pas sans importance. L'ancien article 13 CE, désormais article 19, paragraphe 1, TFUE, donne compétence à l'Union pour prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée, notamment, sur l'orientation sexuelle. L'objet de la directive, énoncé à son article 1<sup>er</sup>, et tel qu'il ressort « tant de l'intitulé et du préambule que du contenu et de la

---

<sup>5</sup> Il s'agit d'une formule récurrente dans la jurisprudence de la Cour. V. notamment le point 48 de l'arrêt commenté ; ou encore l'arrêt CJUE, GC, 6 septembre 2011, *Patriciello*, C-163/10, ECLI:EU:C:2011:543, point 31.

<sup>6</sup> Conclusions de l'avocat général Sharpston, présentées le 31 octobre 2019 dans l'affaire *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, point 33. En effet, dans l'affaire *Feryn*, concernant l'interprétation de la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (*JOUE* n° L 180 du 19 juillet 2000, pp. 22-26), le directeur d'une société avait déclaré publiquement qu'il n'embaucherait pas d'« allochtones » en raison des prétendues réticences des clients. Cela était « de nature à faire présumer une politique d'embauche discriminatoire » : CJUE, 10 juillet 2008, *Feryn*, C-54/07, EU:C:2008:397, point 31.

<sup>7</sup> Arrêt *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, point 31, et conclusions de l'avocat général, point 40. V. également CJUE, 26 mars 2019, *SM* (Enfant placé sous kafala algérienne), C-129/18, EU:C:2019:248, point 50.

<sup>8</sup> Sur les notions autonomes en droit de l'Union, v. notamment D. Simon, « Les "notions autonomes" en droit de l'Union », *Mélanges en l'honneur de Henri Oberdorff*, Paris, LGDJ, Lextenso, 2015, 334 p., pp. 93-106.

<sup>9</sup> Arrêt *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, point 32.

<sup>10</sup> *Ibid.*, point 34.

finalité de celle-ci »<sup>11</sup>, est « d'établir un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée, notamment, sur l'orientation sexuelle en ce qui concerne "l'emploi et le travail", en vue de mettre en œuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement, en offrant à toute personne une protection efficace contre la discrimination fondée, notamment, sur ce motif »<sup>12</sup>.

Le droit au travail, qui « figure en effet en tête des principaux instruments de droit international proclamant les droits économiques, sociaux et culturels »<sup>13</sup>, revêt une double fonction. Il est en effet « [j]ugé central pour la subsistance (fonction instrumentale du travail) [...], mais également [...] pour l'épanouissement de soi (fonction intrinsèque ou expressive assignée au travail dans nos sociétés libérales modernes) »<sup>14</sup>. Les conclusions de l'avocat général Poiares Maduro dans une autre affaire avaient parfaitement exprimé cette double fonction, estimant que l'accès à l'emploi revêt « une importance cruciale pour tout individu, non seulement [en tant que] moyen pour celui-ci de gagner sa vie, mais aussi [en tant que] moyen important de s'accomplir soi-même et de réaliser son potentiel »<sup>15</sup> et son autonomie.

La Cour de justice fait sienne cette vision, insistant notamment sur la contribution de l'emploi et du travail à « la pleine participation des citoyens à la vie économique, culturelle et sociale »<sup>16</sup> ainsi qu'à « l'épanouissement personnel »<sup>17</sup>. Par le passé, la Cour avait déjà eu l'occasion de s'appuyer sur le droit de travailler pour interpréter la prohibition des discriminations en raison de l'âge en matière d'emploi et de travail, résultant également de la directive 2000/78/CE. Elle a ainsi pu juger que le maintien dans l'emploi des travailleurs âgés contribue « à l'épanouissement personnel ainsi qu'à la qualité de vie »<sup>18</sup> de ces personnes.

Plus largement, une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est susceptible de compromettre non pas seulement la réalisation des objectifs de la directive 2000/78/CE, mais également celle des objectifs plus généraux des traités, parmi lesquels la nécessité d'assurer « un niveau d'emploi et de protection sociale élevé, le relèvement du niveau et de

---

<sup>11</sup> Ibid., point 36. Il s'agit d'une jurisprudence constante. V. notamment CJUE, 18 juin 2009, *Hütter*, C-88/08, EU:C:2009:381, point 33 ; CJUE, 19 septembre 2018, *Bedi*, C-312/17, EU:C:2018:734, point 28 ; CJUE, 15 janvier 2019, *E.B.*, C-258/17, EU:C:2019:17, point 40.

<sup>12</sup> Arrêt *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, point 36.

<sup>13</sup> É. Dermine, « Article 15. Liberté professionnelle et droit de travailler », in F. Picod, C. Rizcallah, S. Van Drooghenbroeck (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2<sup>e</sup> éd., 2020, pp. 369-393, p. 373. V. notamment l'article 6, paragraphe 1er, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, l'article premier de la Charte sociale européenne, ou encore l'article 15, paragraphe 1er, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

<sup>14</sup> É. Dermine, « Article 15. Liberté professionnelle et droit de travailler », préc., p. 373.

<sup>15</sup> Conclusions de l'avocat général Poiares Maduro dans l'affaire *Coleman*, C-303/06, EU:C:2008:61, point 11.

<sup>16</sup> Arrêt *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, point 37. Cette fonction ressort d'ailleurs expressément du neuvième considérant de la directive 2000/78/CE.

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> CJUE, 21 juillet 2011, *Fuchs et Köhler*, C-159/10 et C-160/10, ECLI:EU:C:2011:508, point 63 ; CJUE, 5 juillet 2012, *Hörnfeldt*, C-141/11, ECLI:EU:C:2012:421, point 37.

la qualité de la vie, la cohésion économique et sociale, la solidarité et la libre circulation des personnes »<sup>19</sup>. Cette référence à des finalités plus élevées reflète une fois de plus l'« importance considérable »<sup>20</sup> pour l'Union des objectifs des traités, mise en lumière par Pierre Pescatore dès les prémisses de la construction européenne.

La Cour rappelle ensuite que la directive 2000/78 concrétise, dans le domaine de l'emploi et du travail, le principe général de non-discrimination, également consacré à l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>21</sup>. Il s'agit d'une directive de concrétisation d'un principe fondateur du droit de l'Union, d'une « directive-valeur »<sup>22</sup>.

L'arrêt *Mangold*<sup>23</sup> avait déjà conféré au principe de non-discrimination à raison de l'âge, tel que concrétisé par la directive 2000/78/CE, une applicabilité horizontale dans le domaine de l'emploi. La consécration d'un principe général du droit permet en effet à la Cour de contourner l'absence d'effet direct horizontal des directives<sup>24</sup>, la directive n'étant alors « que l'expression d'un principe général de droit de l'Union »<sup>25</sup>. Dans la continuité de la jurisprudence *Mangold*, l'arrêt *Küçükdeveci*<sup>26</sup> imposait au juge national de laisser inappliquée, dans un litige entre particuliers, une disposition nationale contraire au principe de non-discrimination en fonction de l'âge, tel que concrétisé par la directive. Comme l'affirmera la Cour par la suite, ce principe « se suffit à lui-même pour conférer aux particuliers un droit subjectif invocable en tant que tel »<sup>27</sup>. L'arrêt *Egenberger*<sup>28</sup> avait étendu cette solution au principe de non-discrimination en raison de la religion ou des convictions, tel que consacré par l'article 21 de la Charte.

En l'espèce, l'article 21 de la Charte n'est mobilisé qu'afin d'insister sur la valeur fondamentale du principe de non-discrimination dans l'ordre juridique de l'Union. Il a déjà pu être relevé qu'en dehors de la problématique de l'absence d'effet direct horizontal des directives, et lorsqu'est en cause l'interprétation de la directive 2000/78/CE, l'article 21 de la Charte ne se voit pas reconnaître un plein effet utile<sup>29</sup>.

---

<sup>19</sup> Arrêt *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, point 37. Cela résulte également du considérant 11 de la directive.

<sup>20</sup> P. Pescatore, « La Cour en tant que juridiction fédérale et constitutionnelle », in P. Pescatore, *Études de droit communautaire européen 1962-2007*, coll. Droit de l'Union européenne, Grands écrits, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 61-96, p. 66.

<sup>21</sup> Arrêt *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, point 38.

<sup>22</sup> L. Azoulay, « Sur un sens de la distinction public/privé dans le droit de l'Union européenne », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2010, pp. 842-860, p. 854.

<sup>23</sup> CJCE, GC, 22 novembre 2005, *Werner Mangold*, C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709.

<sup>24</sup> Selon une jurisprudence constante, les directives ne peuvent produire d'effet direct horizontal. V. notamment CJCE, 14 juillet 1994, *Faccini Dori*, C-91/92, ECLI:EU:C:1994:292, point 20 ; ou, plus récemment : CJUE, GC, 7 août 2018, *David Smith*, C-122/17, ECLI:EU:C:2018:631, points 42 et 43.

<sup>25</sup> F. Martucci, *Droit de l'Union européenne*, Hypercours, Paris, Dalloz, 2017, p. 507.

<sup>26</sup> CJUE, GC, 19 janvier 2010, *Küçükdeveci*, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21.

<sup>27</sup> CJUE, GC, 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2, point 47.

<sup>28</sup> CJUE, GC, 17 avril 2018, *Egenberger*, C-414/16, EU:C:2018:257, point 47.

<sup>29</sup> E. Bribosia, I. Rorive, J. Hislaire, « Article 21. Non-discrimination », in F. Picod, C. Rizcallah, S. Van Drooghenbroeck (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, op. cit., pp. 575-608, p. 595.

Dans l'arrêt commenté, l'article 21 vient toutefois au soutien d'une interprétation extensive de l'article 3, paragraphe 1, sous a), de la directive<sup>30</sup>. La nécessité de retenir une interprétation large de cette disposition n'est pas une novation de cet arrêt, la Cour ayant déjà considéré dans l'arrêt *Asociația Accept* « que sont de nature à relever de cette notion des déclarations publiques portant sur une politique d'embauche déterminée, effectuées alors même que le système de recrutement considéré ne se fonde pas sur une offre publique ou sur une négociation directe à la suite d'une procédure de sélection supposant le dépôt de candidatures ainsi qu'une présélection de celles-ci au regard de leur intérêt pour l'employeur »<sup>31</sup>. Dans cette affaire, un actionnaire important d'un club de football professionnel avait, dans le cadre d'une interview concernant l'éventuel transfert d'un joueur professionnel, déclaré qu'il préférerait recourir à un joueur de l'équipe junior plutôt que d'engager un footballeur présenté comme étant homosexuel. Le club, loin de se distancier de ces déclarations, les avait justifiées par le fait que la présence d'un joueur homosexuel « créerait des tensions dans l'équipe et dans le rang des spectateurs »<sup>32</sup>. Cette solution offre plusieurs apports permettant une analogie avec la présente affaire. D'une part, pour relever des conditions d'accès à l'emploi ou au travail, les déclarations discriminatoires ne doivent pas nécessairement émaner « d'une personne ayant la capacité juridique de définir directement la politique d'embauche de l'employeur concerné ou encore de lier ou de représenter cet employeur en matière d'embauche »<sup>33</sup>. D'autre part, « la circonstance qu'aucune négociation en vue d'un recrutement n'était en cours lorsque les déclarations concernées ont été effectuées n'exclut pas davantage la possibilité que de telles déclarations entrent dans le champ d'application matériel de la directive 2000/78 »<sup>34</sup>. Il semble à cet égard indifférent que dans l'arrêt *Asociația Accept*, les déclarations litigieuses concernaient l'éventualité de recruter une personne bien déterminée, tandis que dans l'affaire *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, les propos ne visaient aucune personne nommément désignée.

Néanmoins, le lien avec la politique de recrutement d'un employeur déterminé ne doit pas être purement hypothétique<sup>35</sup>, sous peine d'étendre démesurément le champ d'application de la directive anti-discrimination. La Grande chambre délivre alors les éléments à prendre en compte par l'instance nationale pour établir un lien suffisant avec les conditions d'accès à l'emploi ou au travail, qui s'analysent en un faisceau d'indices. Tout d'abord, doivent être pris en considération le statut et la qualité de l'auteur des déclarations, afin de déterminer s'il est un employeur potentiel ou est en capacité d'exercer en droit ou en fait « une

---

<sup>30</sup> Arrêt *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, point 39.

<sup>31</sup> Ibid., points 44 et 45.

<sup>32</sup> Ibid., point 27.

<sup>33</sup> Ibid., point 41.

<sup>34</sup> Ibid., point 42.

<sup>35</sup> Ibid., point 43, et point 52 des conclusions de l'avocat général.

influence déterminante sur la politique d'embauche, ou une décision de recrutement »<sup>36</sup>, ou est, à tout le moins, susceptible d'être perçu comme tel<sup>37</sup>.

En outre, la nature et le contenu des propos « doivent se rapporter aux conditions d'accès à l'emploi ou au travail auprès de l'employeur concerné et établir l'intention de cet employeur de discriminer sur la base de l'un des critères prévus par la directive »<sup>38</sup>. Enfin, le contexte public ou privé des déclarations litigieuses, et leur éventuelle diffusion, a son importance<sup>39</sup>. La Cour n'a d'ailleurs pas encore eu l'occasion de se prononcer sur des déclarations émises dans un cadre privé qui constitueraient une discrimination en matière d'accès à l'emploi ou au travail.

Ces critères illustrent parfaitement l'approche *in concreto* privilégiée par la Cour de justice, ainsi que la marge d'appréciation qu'elle laisse à cet égard au juge national. Il est toutefois intéressant de constater que l'un des critères sur lesquels l'avocat général insistait particulièrement n'est pas repris par la Grande chambre. Il s'agissait du fait de savoir si les déclarations « peuvent dissuader des personnes appartenant au groupe protégé de poser leur candidature pour un emploi auprès de l'employeur concerné »<sup>40</sup>. La Cour n'est pourtant pas indifférente à cette dimension, mais l'examine dans ses développements concernant l'éventuelle atteinte à la liberté d'expression, relevant que « l'expression d'opinions discriminatoires en matière d'emploi et de travail, par un employeur ou une personne perçue comme capable d'exercer une influence déterminante sur la politique d'embauche d'une entreprise, est de nature à dissuader les personnes visées de postuler à un emploi »<sup>41</sup>.

## **Partie II - La liberté d'expression, insusceptible de protéger des déclarations traduisant une politique de recrutement discriminatoire**

La problématique de la conformité avec la liberté d'expression, invoquée par l'auteur des déclarations litigieuses, était effectivement, on le devine, la question la plus sensible posée par l'affaire. Ce qui s'avère à notre sens surprenant est que la Cour choisit de l'examiner au stade de l'applicabilité de la directive. Or, l'éventuelle limitation à l'exercice de la liberté d'expression que pourrait représenter la condamnation de propos discriminatoires ne nous paraît pas susceptible d'avoir une incidence sur la qualification desdits propos comme étant relatifs aux « conditions d'accès à l'emploi ou au travail », et ne nous semble donc pas

---

<sup>36</sup> Ibid., point 44, et point 53 à 56 des conclusions de l'avocat général.

<sup>37</sup> L'on remarque d'ailleurs que dans l'affaire commentée, tout comme dans l'affaire *Asociația Accept*, les auteurs des déclarations se comportaient comme s'ils avaient une influence majeure sur le processus de recrutement, alors même que leur rôle était en réalité moins important que ce qu'ils présentaient au public, une situation dont l'ironie a pu être relevée par les commentateurs : C. De Capitani, [« No More Fluttering/Fleeting Line Between Discrimination in Employment and the Right to Freedom of Expression: the CJEU Judgment in NH v Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI - Rete Lenford »](#), *EU Law Analysis*, 26 juillet 2020 [dernière consultation le 3 septembre 2020].

<sup>38</sup> Arrêt *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, point 45.

<sup>39</sup> Ibid., point 46.

<sup>40</sup> Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, point 57.

<sup>41</sup> Arrêt *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, point 55.

pouvoir remettre en cause le fait qu'ils entrent ou non dans le champ d'application matériel de la directive 2000/78/CE.

La Grande chambre examine, à juste titre, si la limitation apportée à la liberté d'expression dans le cas d'espèce est justifiée. Pour ce faire, elle s'inscrit en pleine cohérence avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>42</sup>. Les limitations à l'exercice de la liberté d'expression doivent être prévues par la loi, ce qui est pour la Cour le cas puisqu'elles sont prévues par la directive<sup>43</sup>. Elles doivent en outre respecter le contenu essentiel du droit, condition satisfaite du fait qu'elles ne s'appliquent qu'afin d'atteindre les objectifs de ladite directive<sup>44</sup>. Elles doivent enfin respecter le principe de proportionnalité, c'est-à-dire être nécessaires et répondre effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui. Pour la Cour, puisque ne sont interdites que les déclarations qui constituent une discrimination en matière d'emploi ou de travail, l'ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour réaliser les objectifs du texte et pour garantir les droits qu'il confère aux personnes discriminées<sup>45</sup>. Le respect du principe de proportionnalité est ainsi apprécié de manière abstraite, la Cour se détachant de la situation d'espèce pour ne raisonner que dans le cadre de la directive. Ce n'est qu'au point 54 que se retrouve une dimension *in concreto*, lorsque la Cour relève que si des déclarations échappaient à l'applicabilité de la directive au seul motif qu'elles ont été effectuées en dehors d'une procédure de recrutement, ou qu'elles ne feraient qu'exprimer une opinion personnelle de leur auteur, « c'est l'essence même de la protection accordée par ladite directive en matière d'emploi et de travail qui pourrait devenir illusoire ». Le fait, invoqué lors de l'audience, que les propos aient été prononcés lors d'une « émission de satire politique empreinte d'ironie »<sup>46</sup>, n'est pas de nature à inverser cette conclusion. Finalement, d'aucuns regretteront peut-être un contrôle de proportionnalité *in concreto* qui aurait pu être approfondi davantage.

La Grande chambre conclut de cet examen que les déclarations litigieuses relèvent du champ d'application matériel de la directive, percevant alors comme deux sphères étanches ce qui relève des conditions d'accès à l'emploi ou au travail, et ce qui relève de la liberté d'expression. Cela se rapproche de la vision du juge de renvoi, pour lequel l'affirmation d'une opinion est protégée par la liberté d'expression si elle « ne présente pas de lien minimal avec une procédure de recrutement »<sup>47</sup>. L'avocat général Sharpston avait quant à

---

<sup>42</sup> L'on relève en effet « une forte convergence, qui n'est guère loin de l'accord parfait, des interprétations de la liberté d'expression par la Cour européenne des droits de l'homme et par la Cour de justice de l'Union européenne » : P. Wachsmann, « Article 11. Liberté d'expression et d'information », in F. Picod, C. Rizcallah, S. Van Drooghenbroeck (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, op. cit., pp. 293-311, p. 297.

<sup>43</sup> Arrêt *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, point 50.

<sup>44</sup> *Ibid.*, point 51.

<sup>45</sup> *Ibid.*, respectivement points 52 et 53.

<sup>46</sup> Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, point 37.

<sup>47</sup> *Ibid.*, point 35.

elle davantage analysé les faits comme un conflit de droits, rappelant que « la liberté d'expression, le droit de travailler et le principe de non-discrimination sont tous des droits fondamentaux consacrés par la Charte »<sup>48</sup>. Selon elle, il ressort clairement de la volonté du législateur que « les déclarations qui sont discriminatoires et qui relèvent du champ d'application de la directive 2000/78 ne peuvent être exonérées par l'invocation de la liberté d'expression ». En conséquence, le fait que la limitation à la liberté d'expression soit justifiée n'est pas en tant que tel une condition d'applicabilité de la directive. Il est clair en revanche que l'employeur qui déclare qu'il ne recruterait jamais de personnes d'une orientation sexuelle déterminée « ne peut invoquer la liberté d'expression comme moyen de défense. En faisant une telle déclaration, il n'exerce pas son droit à la liberté d'expression. Il énonce une politique de recrutement discriminatoire »<sup>49</sup>.

De surcroît, aucune des dérogations potentielles à l'interdiction de la discrimination directe prévues par la directive 2000/78/CE ne semblait applicable en l'espèce, la Cour ne prenant d'ailleurs pas la peine d'examiner ce point<sup>50</sup>. À cet égard, le fait de ne se fonder que sur la *lex specialis*, à savoir l'acte de droit dérivé, plutôt que sur l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux, joue en faveur de l'effectivité du principe de non-discrimination. En effet, « dans un système de type "fermé", tel que celui sur lequel reposent les directives, il n'est en principe pas possible de justifier une distinction de traitement fondée directement sur un motif déterminé, sous réserve d'exceptions limitées, ponctuelles et stipulées par avance. Il sera donc plus aisé de démontrer l'existence d'une discrimination sous le visa d'une directive que sous l'angle de l'article 21 de la Charte »<sup>51</sup>.

Finalement, le fait que la Cour vérifie d'abord que la limitation à la liberté d'expression est bien justifiée, avant de conclure à l'applicabilité de la directive 2000/78/CE, apparaît protecteur du droit fondamental à la liberté d'expression, et ce bien que le raisonnement fonctionne en quelque sorte « en vase clos », puisque l'examen de la justification demeure essentiellement interne à la directive. Cela traduit la volonté de la Cour d'assurer le plein effet utile du principe de non-discrimination fondé sur l'orientation sexuelle, volonté qui se manifeste également à travers le large accès au prétoire ménagé aux personnes morales souhaitant défendre le respect des droits conférés par la directive.

### **Partie III - La large reconnaissance de la possibilité d'agir en justice, garante de l'effectivité du principe de non-discrimination**

Le principe de protection juridictionnelle effective figure parmi les principes généraux du droit de l'Union<sup>52</sup>. La Cour veille à ce que les juges nationaux assurent la garantie des droits

---

<sup>48</sup> Ibid., point 61.

<sup>49</sup> Ibid., point 62.

<sup>50</sup> À la différence de son avocat général, qui les examinait tout en concluant à leur inapplicabilité : points 72 à 76 des conclusions.

<sup>51</sup> E. Bribosia, I. Rorive, J. Hislair, « Article 21. Non-discrimination », préc., p. 588.

<sup>52</sup> CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, 222/84, ECLI:EU:C:1986:206, points 18 et 19 ; CJCE, 15 octobre 1987, *Heylens*, 222/86, ECLI:EU:C:1987:442, point 14. L'article 19, paragraphe 1, alinéa 2, TUE, impose aux États l'établissement

que les justiciables tirent du droit de l'Union, par des recours juridictionnels répondant aux conditions d'équivalence et d'effectivité. S'il appartient en principe aux autorités nationales « de déterminer la qualité et l'intérêt d'un justiciable pour agir en justice, le droit [de l'Union] exige néanmoins que la législation nationale ne porte pas atteinte au droit à une protection juridictionnelle effective »<sup>53</sup>.

La première question de la Cour de cassation italienne concernait la possibilité, prévue par le droit national, ouverte à une association, dont l'objet est de défendre en justice les personnes ayant une certaine orientation sexuelle, d'engager une procédure juridictionnelle visant à faire respecter les obligations découlant de la directive 2000/78/CE. Plusieurs doutes étaient en effet mis en avant par le juge de renvoi : l'éventuel but lucratif d'une telle association serait-il un obstacle à sa qualité pour agir ? En outre, la circonstance que l'on ne soit pas en présence d'une personne lésée identifiable a-t-elle une incidence ?

L'article 9, paragraphe 2, de la directive 2000/78/CE dispose que les États membres veillent à ce que les associations, organisations ou personnes morales ayant un intérêt légitime à assurer le respect des dispositions de la directive « puissent, pour le compte ou à l'appui d'un plaignant, avec son approbation, engager toute procédure judiciaire et/ou administrative prévue pour faire respecter les obligations découlant de ladite directive ». Cette disposition n'impose donc pas qu'une association telle que celle en cause au principal se voie reconnaître la qualité pour engager une procédure juridictionnelle visant à faire respecter les obligations découlant de la directive 2000/78/CE, lorsqu'aucune personne lésée n'est identifiable<sup>54</sup>. Néanmoins, rien dans le libellé de cet article ne s'y oppose : au contraire, il a vocation, selon les termes de l'avocat général, à « réaffirme[r] le droit fondamental à un recours effectif »<sup>55</sup>. L'article 8, paragraphe 1, de la directive permet d'ailleurs aux États membres d'adopter ou de maintenir des dispositions plus favorables à la protection du principe de l'égalité de traitement. Il serait alors paradoxal de ne pas permettre aux États membres qui le souhaitent de reconnaître plus largement la qualité pour agir des associations de défense des personnes victimes de discriminations. La Grande chambre confirme à cet égard ses jurisprudences *Asociația Accept*<sup>56</sup> et *Feryn*<sup>57</sup>, dans lesquelles il n'y avait pas davantage de plaignant identifiable.

Conformément au principe de l'autonomie procédurale, l'État membre est alors libre de déterminer les conditions de l'engagement de la procédure juridictionnelle, qu'il s'agisse de l'incidence du but lucratif de l'association<sup>58</sup> ou encore de celle de l'absence d'une

---

des « voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union ». L'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne consacre également le droit à un recours effectif.

<sup>53</sup> CJCE, GC, 13 mars 2007, *Unibet*, C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163, point 42.

<sup>54</sup> Arrêt *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, point 61.

<sup>55</sup> Conclusions de l'avocat général dans l'arrêt *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, point 80.

<sup>56</sup> Arrêt *Asociația Accept*, point 37.

<sup>57</sup> Arrêt *Feryn*, points 15 à 17 et 25 à 28.

<sup>58</sup> Sur cette question, v. les développements de l'avocat général, aux points 100 à 103 de ses conclusions.

personne lésée identifiable. Ces questions demeurent régies par le droit national<sup>59</sup>. Toutefois, le principe d'effectivité n'est pas négligé<sup>60</sup>, puisqu'il s'agit de faire respecter des droits matériels conférés par un acte de droit dérivé. La Cour veille ainsi à rappeler que les éventuelles sanctions qui seraient prononcées à l'issue d'une telle procédure juridictionnelle doivent être « effectives, proportionnées et dissuasives »<sup>61</sup>.

\* \* \*

En définitive, en jugeant la réglementation nationale tout à fait conforme à la directive, la Cour semble encourager implicitement les États membres à aller plus loin dans la protection des droits que ce qu'assure ce texte. En accordant aux associations un large accès au prétoire aux fins de faire respecter les obligations de la directive 2000/78/CE, la Grande chambre assure ainsi la pleine effectivité de l'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. L'on sait en effet combien les particuliers peuvent s'avérer des agents efficaces de la réalisation des objectifs du droit de l'Union. La Grande chambre offre finalement une confirmation éclatante de la valeur fondamentale que revêt le principe de l'égalité de traitement dans l'ordre juridique de l'Union, dont l'effectivité ne peut que sortir renforcée des efforts conjugués des ordres juridiques européen et nationaux.

---

<sup>59</sup> Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, point 90.

<sup>60</sup> À la différence de l'arrêt, les conclusions consacraient expressément des développements aux principes d'équivalence et d'effectivité : points 92 à 95 des conclusions.

<sup>61</sup> Arrêt *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, point 64, et article 17 de la directive 2000/78/CE.

# **Novel Smoke-free Zones and the Right to Respect for Private Life under Article 8 of the European Convention on Human Rights (on the occasion of the Dutch Decree of 22 June 2020, amending the Tobacco and Smokers' Order introducing the obligation to impose, designate and enforce a smoking ban in the areas belonging to buildings and facilities used for education)**

---

**Aikaterini Tsampi\***

## **1. INTRODUCTION**

The current COVID-19 crisis brought to the forefront the protection of public health in a stark way. Along with so many other changes, this global health crisis changed the way individuals act and interact both in public and private spaces. Certain spaces are inaccessible and, in those that remain accessible, certain conduct within them is either no longer allowed (e.g. certain social gatherings) or is now prescribed (e.g. wearing masks ; keeping distances). It comes as no surprise, therefore, that the current COVID-19-related legal debate revolves around the scope of limitations on human rights. Without disregarding, the particularities of a crisis such as the one we are now globally experiencing, it is to be noted that the regulation of human activity in public or private spaces for the protection of public health is nothing new. Smoking bans are one of the most prominent examples. The human rights implications of such bans have been creating dilemmas that have not necessarily been resolved in a definitive way and continue to raise complexities especially in the light of the expansion of smoke-free zones.<sup>1</sup>

One such example is the new Dutch regulation on smoke-free educational institutions, including universities. While the facilities of Dutch universities are only partially accessible due to the COVID-19 crisis, they are, as from 1 August 2020, along with all the other educational buildings and facilities across the country, smoke-free. In implementation of the relevant provisions of the Tobacco and Smoking Products Act,<sup>2</sup> the Dutch decree of 22

---

\* Assistant Professor of Public International Law, Department of Transboundary Legal Studies, Faculty of Law, University of Groningen. This article has been drafted in the framework of my postdoctoral research: 'Novel smoke-free policies to protect children as part of a tobacco endgame: Assessing international and local experiences to generate transferable lessons for the Netherlands, 2019-2021' funded by the Dutch Heart Foundation, the Lung Foundation Netherlands, the Dutch Cancer Society, the Dutch Diabetes Research Foundation and the Netherlands Thrombosis Foundation. The opinions expressed in this article are the author's only.

<sup>1</sup> The terms 'smoking ban(s)' and 'introduction of smoke-free zones' will be used interchangeably throughout this article, even though the aspiration of tobacco control is not to impose bans but to create spaces that are free of smoke. The use of the term 'smoking ban' is of pertinence here, first because it is the term employed by the 2020 Dutch Decree itself, and second because the scope of the research focuses on the restrictions of the rights of the persons who wish to smoke rather than on the positive right in the creation of smoke-free spaces.

<sup>2</sup> Articles 5(3), 10(2) and (2)(a), 11(c)(2) Tobacco and Smoking Products Act: '[Tabaks- en rookwarenwet \(Tobacco and Smoking Products Act\)](#)', 1 July 2020 [last accessed 20 August 2020].

June 2020 ('2020 Dutch Decree') amended the Tobacco and Smokers' Order requiring authorities to impose, designate and enforce a smoking ban in the areas belonging to buildings and facilities used for education.<sup>3</sup> The new regulation has made it illegal to smoke on a wide range of spaces, both indoors and outdoors, used for educational purposes. Depending on the circumstances, the smoking ban may apply to open air spaces, sports fields, sites shared by educational institutions and companies, student houses located on a campus, open roads, bicycle paths or footpaths on a campus site for public traffic.<sup>4</sup>

The variability of the regulated spaces introduces what can be termed 'novel smoke-free regulation'.<sup>5</sup> As part of a tobacco regulation strategy, existing smoke-free regulations in enclosed public places are now being expanded in various places across the globe to also cover outdoor and private spaces, henceforth referred to as 'novel smoke-free policies'.

[Novel] smoke-free policies build on public health imperatives but inevitably raise questions of compatibility with human rights standards, particularly<sup>6</sup> with the right to respect for private life. The present article will scrutinize the new Dutch regulation in light of Article 8 of the European Convention of Human Rights (ECHR).<sup>7</sup> The present article will first explore the developments triggered by the new Dutch regulation (**Section 2**) with a view to discuss its compatibility with the right to private life as enshrined in the ECHR (**Section 3**).

## 2. THE DEVELOPMENTS UNDER THE DUTCH REGULATION

The new Dutch regulation marks a twofold development, which will be discussed below. From a national perspective, it allows for the expansion of the smoke-free zones to protect public health, in particular, the health of young people (Section A) and, from a global perspective, it adds the Netherlands to the list of countries that have introduced centrally

---

<sup>3</sup> 'Besluit van 22 juni 2020, houdende wijziging van het Tabaks- en rookwarenbesluit ter introductie van de verplichting een rookverbod in te stellen, aan te duiden en te handhaven op de terreinen die horen bij gebouwen en inrichtingen die worden gebruikt voor onderwijs (Decree of 22 June 2020, amending the Tobacco and Smokers' Order introducing the obligation to impose, designate and maintain a smoking ban in the areas belonging to buildings and facilities used for education', 29 June 2020, available at: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2020-218.html> [last accessed 20 August 2020] (Decree of 22 June 2020).

<sup>4</sup> Ibid. at Explanatory Note.

<sup>5</sup> Global Health Law Groningen Research Centre, '[Novel Smoke-free Policies](#)' (2019) [last accessed 20 August 2020].

<sup>6</sup> The creation of smoke-free zones might raise issues pertaining to a number of rights beyond the right to respect for private life, such as the freedom of movement, the right to an adequate standard of living and the protection of property.

<sup>7</sup> European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos 11 and 14, 4 November 1950, ETS 5. According to Articles 93-94 of the Dutch Constitution self-executing provisions of treaties and of resolutions of international organizations are binding upon natural and legal persons and have supremacy over national law, including the Constitution, Acts of Parliament and subordinate legislation. The Explanatory Note of the Decree of 22 June 2020 itself addresses the compatibility of the smoking ban with human rights through the provisions of Article 8 of the ECHR: see Decree of 22 June 2020, *supra* n 3.

novel smoke-free zones, such as outdoors spaces, raising, thus, questions pertaining to the scope of the WHO Framework Convention on Tobacco Control (FCTC)<sup>8</sup> (Section B).

### **A. The Decree of 22 June 2020 and the Expansion of Smoke-free Zones in the Netherlands**

Article 10 of the Dutch Tobacco and Smoking Products Act introduced smoking bans in a number of spaces, such as buildings or establishments in use by the State or another public body ; buildings or establishments used by an institution or association for health care, welfare, social services, art and culture, sport, socio-cultural work or education ; rooms, buildings or establishments where an employee performs or usually performs his/her work ; catering establishments ; means of passenger transport ; aircrafts during use for civil aviation on flights to and from airports located on Dutch territory.<sup>9</sup> The same provision allows for the adoption of rules on the establishment, designation and enforcement of a smoking ban on the sites belonging to a building or establishment that is used by an educational institution,<sup>10</sup> which is where the 2020 Dutch Decree becomes relevant.

Article 1 of the 2020 Dutch Decree amended the existing Tobacco and Smokers' Order<sup>11</sup> with the insertion of Article 6.4 which provides that the person managing a building or establishment that is used by a school or an educational institution<sup>12</sup> is obliged to institute, designate and enforce a smoking ban in the associated area where (a) the site is adjacent to or located in the immediate vicinity of that building or establishment ; (b) that building or establishment is used for education ; and (c) the site is in use at the school or institution.<sup>13</sup>

The introduction of smoke-free policies in spaces used for education purposes builds on the Dutch National Prevention Agreement, which expressed the ambition to achieve a smoke-free generation in its population by 2040.<sup>14</sup> It sets, in particular, the standard that smoking is not normal and that children and young people should not smoke.<sup>15</sup>

While the main provision of the new regulation is clear, the scope of the smoking ban requires further attention. Special mention should, indeed, be made of the fact that the new regulation also creates outdoor(s) smoke-free zones. While amended Article 6.2(1)(c) of

<sup>8</sup> WHO Framework Convention on Tobacco Control 2003, 2302 UNTS 166 (FCTC), adopted in 2003 and entered into force on 27 February 2005.

<sup>9</sup> Article 10(1) Tobacco and Smoking Products Act.

<sup>10</sup> Article 10(2) Tobacco and Smoking Products Act.

<sup>11</sup> [‘Tabaks- en rookwarenbesluit \(Tobacco and Smokers' Order\)’](#), 30 June 2020 [last accessed 20 August 2020].

<sup>12</sup> The scope of the Decree of 22 June 2020 covers schools or educational institutions in primary education, secondary education, special education, secondary vocational education, higher professional education and scientific education.

<sup>13</sup> Decree of 22 June 2020, *supra* n 3.

<sup>14</sup> The Dutch Government published a ‘National Prevention Agreement’ on 23 November 2018, announcing several control measures on tobacco use. It had been agreed in the Prevention Agreement that the obligation to introduce a smoking ban in the fields of educational institutions would come into effect in 2020: see [‘Nationaal Preventieakkoord - The National Prevention Agreement’](#), English report of 30 June 2019, at 16 [last accessed 20 August 2020].

<sup>15</sup> Decree of 22 June 2020, *supra* n 3 at Explanatory Note.

the Tobacco and Smokers' Order provided that the introduction of smoke-free spaces did not apply in open air areas, the new Article 6.4 abrogates from this exception for the educational institutions that fall within its scope of application : (uncovered) courtyards, patios, balconies, roof terraces or roofs associated to an educational institution will now be smoke-free from 1 August 2020 onwards.

The new regulation marks a watershed moment in Dutch legislation, which is of great pertinence, not only because it aspires to protect young people and inspire a smoke-free generation, but also because it expands the type of smoke-free spaces. As noted by Toebes and Bantema, critics have warned that Dutch legislation and policy increasingly lag behind that of other countries when it comes to regulating tobacco use ; among others, there has been criticism of the lack of a firm smoking ban in all (public and/or private) spaces.<sup>16</sup>

The implementation of smoking bans in the Netherlands has not been without controversy since the introduction of the first smoking spaces in the country.<sup>17</sup> Since the Dutch Tobacco Act was first adopted in 1988 to prohibit smoking in all public buildings and on public transport, it been repeatedly amended to include increasingly more smoke-free spaces. In 2004, non-hospitality workplaces (except separately ventilated areas not serviced by employees) became smoke-free and the same occurred in 2008 for shopping malls, tobacco shops, gaming establishments and convention centres.<sup>18</sup> The 2008 amendment also covered restaurants, cafes, bars, festival tents and nightclubs (except in separately ventilated areas that are not serviced).<sup>19</sup> The smoking regulation in small bars and in venues with a separate, enclosed, designated smoking space has, however, been controversial.<sup>20</sup> The prohibition of smoking in Dutch bars has been addressed by two decisions of the Dutch Supreme Court, which ruled in 2010 and 2014 that the smoking ban must also apply to small owner-run pubs and cafes without employees.<sup>21</sup> While the prohibition of smoking in all bars was implemented from January 2015 onwards, the exception that allowed for smoking in designated rooms would remain.<sup>22</sup> It was only recently on 27 September 2019 that the Dutch Supreme Court ruled that all smoking areas in the hospitality industry should be banned.<sup>23</sup>

---

<sup>16</sup> Toebes and Bantema, '[Tobacco Control Legislation in the Netherlands](#)', *University of Groningen Faculty of Law Research Paper 18/2017*, 5 May 2016 [last accessed 20 August 2020].

<sup>17</sup> For an overview, see Willemsen, *Tobacco Control Policy in the Netherlands: Between Economy, Public Health, and Ideology* (2018).

<sup>18</sup> Toebes and Bantema, *supra* n 16.

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> For a general analysis, see Gonzalez and Glantz, 'Failure of policy regarding smoke-free bars in the Netherlands' (2013) 23(1) *European Journal of Public Health* 139-145.

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> *De Staat der Nederlanden (Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport) v Nederlandse Nietrokersvereniging CAN (Club Actieve Nietrokers)*, ECLI:NL:HR:2019:1449 (Supreme Court of the Netherlands, 2019), 27 September 2019, available at <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2019:1449> [last accessed 20 August 2020]. The Dutch Supreme Court considered Article 8 of the WHO Framework Convention on Tobacco Control. For the enforceability of this provision before Dutch courts, see Karapetian and Toebes, '[The legal enforceability of Articles 5-3 and 8-2 FCTC in the Netherlands](#)', 22 May 2018 [last accessed 20 August 2020].

These observations refer to regulation at a central level. However, Dutch practice offers examples of local initiatives that move towards a more ambitious regulation of smoke-free spaces. The example of the city of Groningen remains the most prominent one since it aspires to become the Netherlands' first no-smoking city. Some playgrounds and schools are already smoke-free zones, smoking is discouraged in higher education and, as of 2018, smoking is banned in and around the entrances to many public buildings.<sup>24</sup> As it has been observed, a smoking ban around public buildings is probably feasible, but no-smoking streets may, at present, be difficult to achieve.<sup>25</sup>

This point is of relevance since under the new regulation, depending on the circumstances of each case, the expansion of smoke-free zones in educational institutions may be even broader to cover sports fields, sites shared by educational institutions and companies, student houses located on a campus, open roads, bicycle paths or footpaths on a campus site for public traffic. A university campus will therefore, most likely, be composed of areas that must be smoke-free interspersed with areas that are not necessarily smoke-free.<sup>26</sup> For this reason, the Explanatory Note of the Decree notes that it is highly desirable that the educational institutions enter into dialogue with other parties, such as municipalities, private individuals or companies, to ensure a workable, and as uniform as possible, situation is created.<sup>27</sup> Thus, apart from the fact that the new regulation on educational institutions formally creates novel smoke-free zones at a national level, with particular emphasis on the protection of the youth, it also creates new opportunities for *ad hoc* smoke-free arrangements on a number of different spaces.

## **B. The Expansion of Novel Smoke-free Zones from a Global Perspective**

From a global perspective, the 2020 Dutch smoke-free regulation for educational institutions is not novel. The introduction of smoke-free educational spaces is a widespread global phenomenon justified by the proven vulnerability of children to tobacco-related harm and by the legitimate claim for the human rights-related interests of children in tobacco control.<sup>28</sup> The protection of youth in general is also gaining momentum with educational institutions across the world increasingly moving towards smoke-free campuses.<sup>29</sup> Nevertheless, to what extent can States proceed with the regulation of smoke-

<sup>24</sup> Toebees and Hylkema, '[Will Groningen be the first city to ban smoking altogether?](#)', *University of Groningen News*, 9 October 2018 [last accessed 20 August 2020].

<sup>25</sup> Ibid.

<sup>26</sup> Decree of 22 June 2020, supra n 3 at Explanatory Note.

<sup>27</sup> Ibid.

<sup>28</sup> Gispén and Toebees, 'The Human Rights of Children in Tobacco Control' (2019) 41 (2) *Human Rights Quarterly* 340-373.

<sup>29</sup> Barnsley and Freeman, '15.5 Smoking bans in outdoor areas' in Greenhalgh, Scollo and Winstanley (eds), *Tobacco in Australia: Facts and issues* (2020), available at: <https://www.tobaccoinaustralia.org.au/chapter-15-smokefree-environment/15-5-outdoor-areas> [last accessed 20 August 2020]. In the United States of America, there are now at least 2,509 100 per cent smoke-free campus sites: see Americans Non-smokers Rights Foundation, '[Smokefree and Tobacco-Free U.S. and Tribal Colleges and Universities](#)', 1 July 2020 [last accessed 20 August 2020].

free zones ? What are the legal grounds for the introduction of smoke-free spaces shared by educational institutions and companies, of smoke-free student houses located on a campus or open roads, bicycle paths or footpaths on a campus site ?

The FCTC,<sup>30</sup> which regulates tobacco control at a global level and was ratified by the Netherlands on 27 January 2005, provides some important indicators. This international instrument is now one of the most widely ratified international treaties.<sup>31</sup> Its Article 8 provides :

Each Party shall adopt and implement in areas of existing national jurisdiction as determined by national law and actively promote at other jurisdictional levels the adoption and implementation of effective legislative, executive, administrative and/or other measures, providing for protection from exposure to tobacco smoke *in indoor workplaces, public transport, indoor public places and, as appropriate, other public places*.<sup>32</sup>

While the provision seems clear as to the specific set of smoke-free spaces, the reference to ‘appropriate, other public places’ requires further scrutiny. Thus, rendering the enclosed spaces used by an educational institution smoke-free is straightforward. What of spaces, however, shared by educational institutions and companies, namely enclosed or open air spaces co-owned by public and private entities ? What of student houses located on a campus, namely enclosed and/or open air spaces owned by an educational institution ? What of open roads, bicycle paths or footpaths, namely open air spaces owned by the educational institutions or the municipalities that are destined for public use ?

Article 8 of the FCTC provides for the creation of smoke-free zones ‘as appropriate, [in] other public places’. The interpretation of such an open-ended provision<sup>33</sup> can be guided by the official Guidelines for implementation of Article 8 (Guidelines).<sup>34</sup> While these Guidelines are not legally binding, they nonetheless provide authoritative guidance for the interpretation of the treaty obligations.<sup>35</sup> The term of ‘public places’ in Article 8 is defined

---

<sup>30</sup> Interestingly enough, the Decree of 22 June 2020 makes no reference to the FCTC. It rather specifies that the law and underlying regulations are largely an implementation of Directive 2014/40/EU on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning the manufacture, presentation and sale of tobacco and related products and repealing Directive 2001/37/EC [2014] L 127/1: see Decree of 22 June 2020, supra n 3 at Explanatory Note.

<sup>31</sup> The FCTC had 181 State Parties on 1 August 2020: see United Nations Treaty Collection, ‘WHO Framework Convention on Tobacco Control’, available at: [treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IX-4&chapter=9&clang=en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IX-4&chapter=9&clang=en) [last accessed 20 August 2020].

<sup>32</sup> Emphasis added.

<sup>33</sup> Gispén, ‘[Expanding smoking bans in public spaces in light of international law](#)’, *GHLG Blog*, 13 August 2018 [last accessed 20 August 2020].

<sup>34</sup> WHO, *Guidelines for implementation of Article 8 - Protection from exposure to tobacco smoke*, adopted by the Conference of the Parties at its second session (decision FCTC/COP2(7)), July 2007 (‘Guidelines for implementation of Article 8 FCTC’), [last accessed 20 August 2020].

<sup>35</sup> Negri, ‘Smoke-free environments: lessons from Italy’ in Gispén and Toebe (eds), *Human Rights in Tobacco Control* (2020) at 210.

on the basis of a functional criterion. While the Guidelines acknowledge that the precise definition of ‘public places’ can vary between jurisdictions, they nonetheless underline the importance of defining this term as broadly as possible on the basis of their use.<sup>36</sup> The Guidelines state that the ‘definition used should cover all places accessible to the general public or places for collective use, regardless of ownership or right to access’.<sup>37</sup> The spaces shared by educational institutions and companies, thus, can become smoke-free even if co-owned by public and private entities, since their use is collective.

The question remains, however, open as to the outdoor or quasi outdoor spaces. The Guidelines explicitly refer to this scenario. As it is stated, the ‘language of the treaty requires protective measures not only in all “indoor” public places, but also in those “other” (that is, outdoor or quasi-outdoor) public places where “appropriate”’.<sup>38</sup> In general, Article 8 builds on two fundamental pillars : first on the idea of universal protection and second on the [progressing] scientific evidence as to the possible health hazards from exposure to smoke. Article 8 ‘creates an obligation to provide universal protection by ensuring that all indoor public places, all indoor workplaces, all public transport and possibly other (outdoor or quasi-outdoor) public places are free from exposure to second-hand tobacco smoke’.<sup>39</sup> For the identification of those outdoor and quasi-outdoor public places where legislation is appropriate, ‘Parties should consider the evidence as to the possible health hazards in various settings and should act to adopt the most effective protection against exposure wherever the evidence shows that a hazard exists’.<sup>40</sup> The Guidelines thus acknowledge the non-static character of the spaces that need to become smoke-free and endorse the idea of a progressive expansion of the smoke-free zones on the basis of the evolving scientific evidence.<sup>41</sup> According to Principle 7 of the Guidelines :

The protection of people from exposure to tobacco smoke should be strengthened and expanded, if necessary ; such action may include new or amended legislation, improved enforcement and other measures to reflect new scientific evidence and case-study experiences.<sup>42</sup>

However, as Gispén observes, the reference to evidence, ‘should not be understood as evidence about the harmfulness of exposure to tobacco smoke *per se*’.<sup>43</sup> Article 8 (1) of the FCTC clearly stipulates that ‘Parties recognize that scientific evidence has unequivocally

---

<sup>36</sup> Guidelines for implementation of Article 8 FCTC, *supra* n 34 at para 18.

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> *Ibid.* at para 27.

<sup>39</sup> *Ibid.* at para 24.

<sup>40</sup> *Ibid.* at para 27.

<sup>41</sup> This is in conformity with evolutive interpretation on the basis of evolution of fact: see Georgopoulos, ‘Le droit intertemporel et les dispositions conventionnelles évolutives – quelle thérapie contre la vieillesse des traités?’ (2004) 108(1) *Revue générale de droit international public* 123 at 132-134. Medical and scientific advancements qualify as examples of what the International Court of Justice has considered as evolution of fact: see *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)* Merits, Judgment, ICJ Reports 1997, 7 at paras 104 and 107.

<sup>42</sup> Guidelines for implementation of Article 8 FCTC, *supra* n 34 at para 12.

<sup>43</sup> Gispén, *supra* n 33.

established that exposure to tobacco smoke causes death, disease and disability'. The question arising every time is therefore whether the exposure to smoke in a certain space is indeed hazardous in light of the available scientific evidence<sup>44</sup> and whether the introduction of smoke-free regulation is the most effective means of protection against those effects. The 2020 Dutch Decree acknowledges the relevance of scientific evidence to the expansion of smoke-free spaces and provides for the relevant information in its Explanatory Note, thus justifying the decision of the Dutch legislator to introduce such smoke-free spaces.<sup>45</sup>

While the introduction of smoke-free zones in public spaces, indoor, outdoor and quasi-outdoor can be justified on the basis of these observations, the case of smoke-free homes, namely spaces for private use is more complex. The Guidelines on Article 8 of the FCTC note that public education campaigns 'should also target settings for which legislation may not be feasible or appropriate, such as private homes'.<sup>46</sup> This statement seems to acknowledge the legal impediments surrounding the regulation of smoke-free homes. Thus, in spaces, such as private homes, where the implementation of a smoking ban might not be feasible or appropriate, less intrusive measures such as public education campaigns are recommended instead. This does not, however, exclude the possibility of eventually introducing smoke-free homes. After all the Guidelines state :

Careful consideration should be given to workplaces that are also individuals' homes or dwelling places, for example, prisons, mental health institutions or nursing homes. These places also constitute workplaces for others, who should be protected from exposure to tobacco smoke.<sup>47</sup>

The Explanatory Note of the 2020 Dutch Decree envisages the possibility of homes owned or managed by the university to be rendered smoke-free if they fulfil the criteria set by the new regulation (Article 6.4). As it is specifically envisaged, however, if these campus homes are not used for education, and the surrounding grounds (often a lawn) are not used by the faculty, but by the residents of the student house, then no smoking ban needs to be introduced.<sup>48</sup> Special attention is required though with respect to campus homes in case they also qualify as workplaces or are designated for collective use. In this scenario, the adoption of appropriate smoke-free measures needs to be considered.

---

<sup>44</sup> The degree of scientific evidence is not specified by the Conference of the Parties (COP) to the FCTC. Gispen opines that the 'COP does not specify what it means by 'hazardous', but in the spirit of the guidelines for implementation, a broad interpretation seems fitting': see Gispen, supra n 33.

<sup>45</sup> Decree of 22 June 2020, supra n 3 at Explanatory Note.

<sup>46</sup> Guidelines for implementation of Article 8 FCTC, supra n 34 at para 29.

<sup>47</sup> Ibid. at para 21.

<sup>48</sup> Decree of 22 June 2020, supra n 3 at Explanatory Note.

### **3. COMPATIBILITY WITH THE RIGHT TO RESPECT FOR PRIVATE LIFE UNDER ARTICLE 8 EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS**

The new Dutch regulation does not solely raise global health-related considerations. The introduction of smoke-free zones raises human rights questions as well, to the extent that it interferes with a number of freedoms and most importantly the right to respect for the private life of smokers. However, the global health and human rights-related considerations are interconnected. Interestingly, the Explanatory Note of the 2020 Dutch Decree discusses Article 8 of the ECHR, acknowledging that an extension of a smoking ban could be seen as an interference with the free development of the private life of smokers.<sup>49</sup> Under the right to respect for private life, there are many different ways to describe this interference from the smokers' perspective : interference with the right to personal development (personality or personal autonomy) ; interference with the right to a 'private social life'; limitation of smokers' life choices ; interference with their lifestyle ; reduction of their immediate personal autonomy ; interference with their freedom of movement ; and under certain circumstances, interference with the peaceful enjoyment of their home (privacy).

While a smoking ban in the interest of public health qualifies as an interference with the right to respect private life of those who wish to smoke in the smoke-free zones, it does not as such automatically constitute a violation of this right. To assess whether Article 8 is violated or not, a balancing test needs to be applied between respecting the right to private life and protecting the health of the population and the rights of others, namely the right to health of individuals exposed to passive smoking.

To discuss the compatibility with the right to private life under Article 8 of the ECHR, the following discussion will first explore the connections between the FCTC and the ECHR (Section A), since, as it will be demonstrated, they are relevant to the balancing test under Article 8, which will be accordingly scrutinised (Section B).

#### **A. Framework Convention on Tobacco Control and European Convention on Human Rights**

The ECHR does not enshrine the right to health. However, this does not mean that health is not protected by the ECHR system at all. First, the interpretation given to a number of ECHR provisions – such as Article 2 (the right to life), Article 3 (prohibition of torture and inhumane and degrading treatment) and Article 8 (the right of respect for private and family life) – by the European Court of Human Rights (ECtHR or 'the Court') supports a number of aspects inherent in the individual right to health and/or public health.<sup>50</sup> Second, the protection of health is a ground justifying restrictions on the exercise of the rights enshrined in Articles 8 (right to respect for private and family life), 9 (freedom of thought, conscience

---

<sup>49</sup> Ibid.

<sup>50</sup> See Hendriks, 'The Council of Europe and Health and Human Rights' in Toebe et al. (eds), *Health and Human Rights in Europe* (2012) at 21 *et seq.*

and religion), 10 (freedom of expression) and 11 (freedom of assembly and association) and Article 2 of Protocol No 4 to the ECHR (freedom of movement).

Even though the FCTC does not qualify as a human rights treaty, the right to health is central to it : the FCTC is ‘an evidence-based treaty that reaffirms the right of all people to the highest standard of health’.<sup>51</sup> While the right of all people to the highest standard of health<sup>52</sup> is indeed referred to in the FCTC, the human rights dimensions of tobacco control are rather absent from this treaty. Taylor and McCarthy attribute this deliberate inattention to human rights to the views on the intersection between human rights and tobacco dominant in the 1990s. As they note : ‘Up to that point (and even for some years after), the tobacco industry had co-opted the language of human rights to promote its own interests, specifically portraying tobacco control as an infringement on personal autonomy and economic rights.’<sup>53</sup>

Since the drafting of the FCTC, however, the relation between human rights and tobacco control have significantly evolved to mutually reinforce each other.<sup>54</sup> The human rights framework can now be used as an interpretative aid for defining the meaning of the FCTC provisions and, *vice versa*, the FCTC can be used as a standard for the delineation of State obligations under international human rights law.

The ECtHR has partially tapped this potential in two cases on tobacco advertising, namely in *Hachette Filipacchi Presse Automobile and Dupuy v France*<sup>55</sup> and *Société de Conception de Presse et d’Edition and Ponson v France*,<sup>56</sup> decided in 2009. The cases concerned the conviction of the applicant publishers of two magazines, and their publication directors, for illegally advertising tobacco products in violation of French law aiming at the protection of public health.<sup>57</sup> In both cases, the Court found no violation of the applicants’ rights under Article 10 of the ECHR, which guarantees freedom of expression, considering the conviction of publishers for illegally advertising tobacco to be compatible with the

---

<sup>51</sup> World Health Organization, [WHO Framework Convention on Tobacco Control](#) (2003, updated reprint 2004), at Foreword, [last accessed 20 August 2020].

<sup>52</sup> The FCTC States Parties explicitly recall in the Preamble three of the core international human rights instruments, namely the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women and the Convention on the Rights of the Child.

<sup>53</sup> Taylor and McCarthy, ‘Human rights in the origins of the FCTC’ in Gispén and Toebes (eds), *supra* n 35 at 160.

<sup>54</sup> See Conference of the Parties to the WHO Framework Convention on Tobacco Control, *Decision: International cooperation for implementation of the WHO FCTC, including on human rights*, 12 November 2016, FCTC/COP7(26). The Conference of the Parties ‘[r]ecall ... the human rights reflected in the WHO FCTC and acknowledging the relationship between tobacco use and human rights’. See also Global Forum on Human Rights and a Tobacco-Free World, [COP8 Policy Briefing: Achieving greater integration of FCTC and human rights norms](#), 1-6 October 2018 [last accessed 20 August 2020].

<sup>55</sup> *Hachette Filipacchi Presse Automobile and Dupuy v France* Application No 13353/05, Merits, 5 March 2009 (no violation of Article 10 ECHR).

<sup>56</sup> *Société de Conception de Presse et d’Edition and Ponson v France* Application No 26935/05, Merits, 5 March 2009 (no violation of Article 10 ECHR).

<sup>57</sup> *Hachette Filipacchi Presse Automobile v France*, *supra* n 55 at para 46; *Société de Conception de Presse et d’Edition and Ponson v France*, *ibid.* at para 56.

Convention's requirements.<sup>58</sup> For the first time the Court referred to the FCTC as an external source to inform the content of the Convention provisions. The ECtHR emphasised the general trend towards tobacco advertising regulation that was then displayed worldwide, including citing the FCTC in the section of the judgments dealing with 'relevant domestic and international law'.<sup>59</sup> This reference to the FCTC was very important to the extent that it was a factor considered relevant to the Court's assessment of European consensus on the regulation of tobacco advertising.

A similar approach can be adopted with respect to the introduction of smoke-free zones. The FCTC can be used as an interpretative aid for the delineation of States' positive obligations in introducing and expanding smoke-free zones in the interest of protecting the individual right to health<sup>60</sup> or, similar to the case under discussion, for the consideration of health as an interest justifying an interference to the rights enshrined in the Convention, such as the right to respect of private life.

## **B. The Balancing Test under Article 8 European Convention on Human Rights**

Smoke-free spaces-related cases have been examined by the European Court of Human Rights mostly through the lens of the States' positive obligation to protect individuals from exposure to smoke.<sup>61</sup> The Court is yet to conduct a balancing exercise under Article 8(2) in relation to an interference with the right to respect for an individual's private life by smoke-free regulations (i), exploring thus whether the interference is justified (i. e. is in accordance with the law, pursues a legitimate aim and is necessary in a democratic society) (ii).<sup>62</sup>

---

<sup>58</sup> *Hachette Filipacchi Presse Automobile v France*, *ibid.* at para 53; *Société de Conception de Presse et d' Edition and Ponson v France*, *ibid.* at para 64.

<sup>59</sup> *Hachette Filipacchi Presse Automobile v France*, *ibid.* at para 24; *Société de Conception de Presse et d' Edition and Ponson v France*, *ibid.* at para 27.

<sup>60</sup> *Wöckel v Germany* Application No 32165/96, Admissibility, 16 April 1998. In 1995, long before the adoption of the FCTF, Mr Wöckel lodged an application complain that the failure of the State to enact legislation prohibiting smoking in public with a view to protecting non-smokers was a breach of his rights under Articles 2 (right to life) and 8 (right for respect of private and family life) ECHR. The application was declared inadmissible for being manifestly ill-founded given the State's margin of appreciation.

<sup>61</sup> See *Wöckel v Germany*, *ibid.* Most of the relevant case-law pertains to smoke-free detention spaces. The Court has examined a number of applications by persons in detention complaining of secondary smoke exposure under Articles 3 and 8 of the ECHR: see, for example, *Stoine Hristov v Bulgaria* Application No 36244/02, Merits and Just Satisfaction, 16 October 2008 and *Florea v Romania* Application No 37186/03, Merits and Just Satisfaction, 14 September 2010. In *Stoine Hristov* (at para 37), the Court accepted that that a non-smoking prisoner was obliged to share an environment where smoking is allowed in certain spaces may constitute an interference with his personal life under Article 8(1) of the ECHR. The Court focused its attention on the fact that the authorities did not take the necessary measures to protect the applicant from the negative effects of passive smoking, but given the specific circumstances of the case it did not offer a conclusive answer as to whether the State has the obligation to detain smokers and non-smokers in separate spaces (see paras 41 and 43). In the landmark case of *Florea v Romania*, examined under Article 3 of the ECHR, the Court emphasized that incarceration does not mean a detainee loses the benefit of the rights guaranteed by the Convention. In this context, the Court noted (at paras 50 and 61) the State's positive obligation to take measures necessary to protect the detained person from the negative effects of passive smoking if his/her health condition requires it.

<sup>62</sup> The balancing test the Court applies pertains to claims by non-smokers for secondary smoke exposure. Given the nature of the claims in *Wöckel v Germany*, *supra* n 60, the Commission undertook a balancing test, noting 'the

However, the existing case-law both on tobacco control and on Article 8 provide for sufficient guidance as to the balancing test that may be applied should such a case manifest itself.

***i. Existence of interference with private life***

The 2020 Dutch Decree with its smoking ban, just like other such laws, can indeed be seen as an interference with private life to the extent that it limits the self-determination of the person who wants to smoke in educational institutions, even if smoking is dangerous to his or her health. In a different, yet partially comparable context, namely with respect to the right to refuse medical treatment or to request its discontinuation, the Court has acknowledged that ‘[t]he ability to conduct one’s life in a manner of one’s own choosing includes the opportunity to pursue activities perceived to be of a physically harmful or dangerous nature for the individual concerned’.<sup>63</sup> Smoking also arguably falls within the ambit of this free choice and self-determination. However, this freedom is not unlimited. The Court accepted this freedom ‘absent any indication of the need to protect third parties’.<sup>64</sup> In the case of smoking, this point is of particular pertinence. Smoking, a hazardous activity, includes harming the health and endangering the life of others qualifying, thus, as a threat to the lives of others.

***ii. Whether the interference is justified***

The new Dutch regulation is in conformity with the requirements of the Convention, to the extent that the interference with private life it implies is in accordance with the law, pursues a number of legitimate aims and is necessary in a democratic society.

**(a.) In accordance with the law**

The interference at hand results from the introduction of smoking bans by the 2020 Dutch Decree that amends the existing legislative framework. As the Explanatory Note of the

---

competing interests of the applicant as a non-smoker and of the interests of other individuals to continue smoking’ and the State’s margin of appreciation in the ‘sphere of relations between individuals between themselves’ as well as the State’s action to regulate smoking in public areas and the policy choices involved. In *Aparicio Benito v Spain* Application No 36150/03, Admissibility, 13 November 2006, the Court refers to the regulation of the ‘right to smoke’ in detention centres. Often the dilemma of banning or not smoking in prisons is connected to the balancing test between the rights of smokers and non-smokers. See, for example, Maes, ‘Legal implications of smoking (bans) in English prisons’ (2019) 39 *Legal Studies* 321-338 at 333 stating that ‘a complete smoking ban tilts the balance of rights completely in favour of protection of non-smoking prisoners and prison staff’s health, and deprives smoking prisoners of their right to private life and autonomy’. The ban constitutes ‘an erosion of yet another freedom of an already disenfranchised group’. However, the Court itself does not engage in a balancing test of this nature when deciding cases on tobacco control in places of detention.

<sup>63</sup> *Jehovah’s Witnesses of Moscow and Others v Russia* Application No 302/02, Merits and Just Satisfaction, 10 June 2010, at paras 135-136.

<sup>64</sup> *Ibid.*

Decree specifies, this amendment makes such a measure foreseeable by law.<sup>65</sup> It can be, thus, accepted that the interference is ‘prescribed by law’.

(b.) Legitimate aims

The introduction of smoke-free spaces pursues a number of legitimate aims.<sup>66</sup> The right to respect for the private life of those who wish to smoke in educational institutions needs to be balanced against public health and the rights of others, namely those who are exposed to passive smoking. The protection of health and of the rights of others qualify as legitimate aims permitting interference with the right to respect for private life set out in Article 8(2) of the ECHR. The danger to the health of others resulting from exposure to second-hand smoking calls for the protection of third parties, in particular, but not necessarily exclusively, non-smokers. In a more holistic approach, smoking qualifies as a public health issue and the introduction of smoke-free zones aims at tackling this concern.

In the case of smoke-free zones, the fundamental considerations of public health prevail over the right to respect for personal life. Such a finding is consistent with the Court’s case-law on tobacco advertising under Article 10 of the ECHR. In the case of tobacco advertising the Court accepted, that ‘[f]undamental considerations of public health [...] could prevail over economic imperatives and even over certain fundamental rights such as freedom of expression’.<sup>67</sup> This is exactly the case here, with fundamental considerations of public health prevailing even over a fundamental right such as the right to respect for private life.

Given the public health dimension to the regulation of smoking in public places, it is pertinent to draw some parallels, in particular, with the Court’s stance on the fight against doping in its 2018 Grand Chamber judgment in *National Federation of Sportspersons’ Associations and Unions (FNASS) and Others v France*.<sup>68</sup> In this case the Court examined the compatibility of the requirement for elite athletes in a ‘target group’ to keep authorities informed of their whereabouts for purposes of random drug testing with Article 8. The whereabouts system also had implications for their enjoyment of their home lives, since intrusive anti-doping tests could have been carried out at their homes. The fight against doping bears some similarities with the fight against tobacco use since the regulations are aimed at, among other concerns, public health issues, with a focus on young people, and a number of smoke-free measures pertain to smoking in (semi)private spaces.

In *FNASS* the Court accepted that the French measures against doping were designed to address issues concerning ‘health’, within the meaning of Article 8(2) of the ECHR, but

---

<sup>65</sup> Decree of 22 June 2020, supra n 3 at Explanatory Note.

<sup>66</sup> The Decree of 22 June 2020 seems to mostly focus on public health: Ibid.

<sup>67</sup> *Hachette Filipacchi Presse Automobile v France*, supra n 55 at para 46 (author’s translation). See also *Société de Conception de Presse et d’Edition and Ponson v France*, supra n 56 at para 56.

<sup>68</sup> *National Federation of Sportspersons’ Associations and Unions (FNASS) and Others v France* Applications Nos 48151/11 and 77769/13, Merits and Just Satisfaction, 18 January 2018.

also went further to consider the protection of morals as a legitimate aim pursued by the measures at hand, as it has been suggested by the French government.<sup>69</sup> The Court considered that what the government described as ‘morals’ is linked to the legitimate aim of ‘protection of the rights and freedoms of others’, acknowledging that doping implies a ‘dangerous incitement to amateur athletes and in particular young people to follow suit in order to enhance their performance’.<sup>70</sup> A similar approach can be applicable in the context of smoke-free regulation, arguing that such a regulation pursues the legitimate aim of ‘protection of the rights and freedoms of others’ also to the extent that it addresses the confrontation of young people with smoking in educational institutions.<sup>71</sup>

(c.) Necessary in a democratic society

The protection of the youth from smoking is a particularly relevant consideration. When examining the necessity of restricting tobacco advertising, the Court considered the measure an essential part of a broader strategy in the fight against the social evil of smoking.<sup>72</sup> The depiction of smoking as a ‘social evil’ is strongly connected, for the Court, to its impact on young people. The Court had noted the adverse impact of tobacco advertising on young people, in particular their vulnerability to this form of influence.<sup>73</sup> More precisely, it accepted that the fact that tobacco advertising is capable of inciting people, particularly young people, to consume such products is a ‘relevant’ and ‘sufficient’ reason to justify the interference.<sup>74</sup>

This is not the only case the Court accepted the depiction of smoking as something evil. The applicants in *FNASS* drew parallels between the fight against doping and the fight against tobacco. They relied on, in particular, the French authorities’ alleged lack of action with regard to ‘the major public-health issues of smoking and alcohol abuse’<sup>75</sup> as a source of injustice to themselves, arguing that ‘there was no real reason to protect athletes’ health any more than the health of pregnant women who smoked’.<sup>76</sup> To address this claim the Court noted that ‘[e]ven assuming the applicant’s claim [with respect to tobacco control] to

---

<sup>69</sup> Ibid. at paras 165-166.

<sup>70</sup> Ibid. at para 166.

<sup>71</sup> See, Decree of 22 June 2020, supra n 3 at Explanatory Note: ‘Not only non-smokers are protected against tobacco smoke, young people are also less confronted with smoking, which can reduce smoking prevalence in the long term. Every young person who is prevented from smoking at school is potentially less of an addicted smoker in the future’ (author’s translation).

<sup>72</sup> *Hachette Filipacchi Presse Automobile v France*, supra n 55 at para 46. See also *Société de Conception de Presse et d’Edition and Ponson v France*, supra n 56 at para 56.

<sup>73</sup> *Hachette Filipacchi Presse Automobile v France*, ibid. at para 50; *Société de Conception de Presse et d’Edition and Ponson v France*, ibid. at para 60.

<sup>74</sup> *Hachette Filipacchi Presse Automobile v France*, ibid. at para 48; *Société de Conception de Presse et d’Edition and Ponson v France*, ibid. at para 58.

<sup>75</sup> *National Federation of Sportspersons’ Associations and Unions (FNASS) and Others v France*, supra n 68 at para 120.

<sup>76</sup> Ibid. at para 140.

be well-founded, it does not justify a failure by the authorities to take action against doping, which would be tantamount to saying that two wrongs cancel each other out.<sup>77</sup>

The dangers of smoking are of course of particular relevance for the balancing exercise. The new Dutch regulation builds on specific scientific evidence as per the dangers of smoking and accordingly justifies the decision to introduce novel smoke-free zones in educational institutions. The Explanatory Note to the 2020 Dutch Decree itself analyses the necessity of the ban in light of the scientific evidence on the health risks inherent in smoking. For example, approximately 20,000 people die annually from smoking, while every day an average of 75 young people under the age of 18 years start smoking daily and about half of all smokers have their first cigarette in the schoolyard.<sup>78</sup> As per the proportionality of the measure the Explanatory Note to the 2020 Dutch Decree specifies that a less far-reaching measure, such as a smoking ban that only applies to pupils or students, or a smoking ban that allows exceptions for certain zones, would undermine the effectiveness of a smoking ban.<sup>79</sup> Certainly, one of the often cited grounds of opposition to the introduction of open-air smoke-free zones is the allegedly limited or partial scientific evidence proving the health hazards to others of smoking in outdoor spaces. The Court's reasoning in *FNASS* offers guidance as per this point too. In *FNASS* the Court accepted that the scientific complexities and the current stage of scientific research afforded the States a wide margin of appreciation in the area of doping regulation, even if other types of measures, often less intrusive, might continue to exist in other Council of Europe Member States.<sup>80</sup> A similar approach can be applicable in the case of novel smoke free spaces.<sup>81</sup> Such an approach opens the prospect for the expansion of novel smoke-free zones with the ban of smoking in outdoor spaces such as streets in general, especially when smoke-free regulations that are consistent with the Guidelines on Article 8 of the FCTC.

The common international-law standards which form the background to the legal question before the Court are a factor which it takes into account in deciding whether the interference at issue is necessary in a democratic society. Considering the FCTC standards, the introduction of (novel) smoke-free zones in Dutch educational institutions can be seen as necessary in a democratic society. The Court underlined in *FNASS* the trend towards strengthening and intensifying doping controls by pointing at both the wide ratification of the International Convention against Doping in Sport, adopted under the auspices of

---

<sup>77</sup> Ibid. at para 189.

<sup>78</sup> Decree of 22 June 2020, supra n 3 at Explanatory Note.

<sup>79</sup> Ibid. Given the importance of the effectiveness of measures for the protection against exposure to smoke for the FCTC (see also, Gispén, supra n 33), it should be noted that the necessity test under the ECHR the Court is not fully dependent on the effectiveness of the introduction of smoke free zones alone. In *FNASS* the Court was 'mindful of the fact that the tests made possible by the whereabouts requirements for athletes are just one aspect of action to tackle doping, which has numerous other aspects' (*National Federation of Sportspersons' Associations and Unions (FNASS) and others v France*, supra n 68 at para 188).

<sup>80</sup> *National Federation of Sportspersons' Associations and Unions (FNASS) and Others v France*, ibid. at para 182.

<sup>81</sup> Cf. with the discussion on European consensus when the claim brought before the Court pertains to the absence of measures for the protection from exposure to smoke. See, for example, *Aparicio Benito v Spain*, supra n 62.

UNESCO,<sup>82</sup> and the gradual construction of antidoping programmes that has resulted in an international legal framework of which the World Anti-Doping Code WADC – a non-binding instrument – is the main instrument.<sup>83</sup> The same can be argued for the introduction and expansion of smoke-free zones considering the specialised international framework and standards, including those which are non-binding. The FCTC, adopted under the auspices of the World Health Organization (WHO) – a specialised United Nations agency – is an equally widely ratified instrument and its Guidelines, even though non-binding as such, are demonstrative of the trend towards the introduction of smoke-free zones. The Dutch approach to smoke-free zones, thus, aligns with the consensus that emerges from the specialised international instruments.

#### (d.) Striking a balance in the case of smoke-free zones

Notwithstanding the aforementioned observations, the States are not given a *carte blanche* for disregarding smokers' altogether. Two more observations are relevant in this respect, inspired by the Court's approach in *FNASS*.

First, the compatibility of the smoking bans with the right to respect for private life is dependent on the existence of certain procedural safeguards.<sup>84</sup> In the case of smoking, these safeguards can vary and include measures such as the inclusion of smokers in the relevant decision-making procedures at the national or sub-national level, the possibility of challenging any sanctions imposed before the administrative courts to avoid the risk of abuse and the development of mechanisms for the support of smokers to avoid their stigmatisation or to help them quit smoking. The existence of procedural safeguards is particularly pressing in the case of regulation for smoke-free private homes. The advocacy for smoke-free homes is based in particular on the protection from exposure to smoke of vulnerable individuals,<sup>85</sup> such as children,<sup>86</sup> who share the same private space with smokers. Would a smoking ban implemented in private homes be in conformity with the

---

<sup>82</sup> The UNESCO Convention has been ratified by France and by 186 other States: *National Federation of Sportspersons' Associations and Unions (FNASS) and Others v France*, supra n 68 at para 54.

<sup>83</sup> Ibid.

<sup>84</sup> Ibid. at paras 185-187.

<sup>85</sup> One of the most frequently cited reasons for the introduction and maintenance of home smoking rules is to protect the health of vulnerable others such as unborn babies, children, grandchildren, sick adults, adults and non-smokers: see Passey et al., [‘Smoke-free homes: What are the barriers, motivators and enablers? A qualitative systematic review and thematic synthesis’](#) (2016) *BMJ Open* [last accessed 20 August 2020].

<sup>86</sup> Measures for the protection against smoke exposure are necessary especially in cases where the health of children is at stake. Such a case, namely *G.B. and Others v Turkey* Application No 4633/15, 17 October 2019, was recently decided, without the Court, however, elaborating on the claim relating to smoke exposure. In this case, a mother and her minor children complained about their unlawful detention in the immigration context, submitting *inter alia* that the detention center where they were kept had not been sufficiently lit, heated and ventilated, and that they had been exposed to tobacco smoke at all times of the day in breach of Article 3 of the ECHR. The Court noted (at para 110) that '[a]s for the issue of passive smoking, which the Court has found problematic even in respect of adult detainees (see, for instance, *Florea v. Romania*, no. 37186/03, §§ 57-62, 14 September 2010), the Government have not submitted any comments whatsoever' and found a violation of Article 3 in respect of the totality of the applicants' conditions of detention.

peaceful enjoyment of one's home under Article 8 of the ECHR ? Such a regulation would be compatible with Article 8 if all the above criteria (i. e. the interference is in accordance with the law, pursues a legitimate aim and is necessary in a democratic society) are fulfilled. Its implementation, however, might need to take place in a different context than the bans implemented in public spaces. In *FNASS*, the use of private spaces such as the applicants' homes for doping control purposes would be 'at [their] request and within a fixed time slot' required in order to ensure the effectiveness of doping controls.<sup>87</sup> The Court would thus infer that

these tests are carried out in a context that is very different from that of checks conducted under the supervision of the courts for the purpose of investigating offences and potentially giving rise to seizures... These last, by definition, go to the core of the right to respect for the home and the tests in question cannot be equated with them.<sup>88</sup>

Thus in the case of smoking bans in private homes, their implementation could take a form that differs from checks conducted under the supervision of the courts for the purpose of investigating offences. Smokers are not criminal offenders but often people suffering from addiction.

Second, the respect of smoke-free regulation requires significant effort on the part of smokers and this should be particularly acknowledged.<sup>89</sup> The Court's wording in *FNASS* is demonstrative of the realism and the sensitivity a human rights body should exhibit in such cases. The Court noted in particular that it

does not underestimate the impact of the whereabouts requirements on the applicants' private lives. Nevertheless... [r]educing or removing the requirements of which the applicants complain would be liable to increase the dangers of doping to their health and that of the entire sporting community, and would run counter to the European and international consensus on the need for unannounced testing.<sup>90</sup>

A similar acknowledgment should be made in the case of smoking, as smokers are practically invited to accept their fair share of the constraints inherent in the measures

---

<sup>87</sup> *National Federation of Sportspersons' Associations and Unions (FNASS) and others v France*, supra n 68 at para 186.

<sup>88</sup> *Ibid.*

<sup>89</sup> The Explanatory Note to the 2020 Dutch Decree notes the inconvenience to pupils, students, employees, suppliers and other visitors who may no longer choose to smoke on the premises: Decree of 22 June 2020, supra n 3 at Explanatory Note.

<sup>90</sup> *National Federation of Sportspersons' Associations and Unions (FNASS) and others v France*, supra n 68 at para 191.

needed to combat the scourge of smoking.<sup>91</sup> Given the endemic nature of smoking, the acceptance of such constraints is required for combatting the problem effectively.

#### 4. CONCLUSION

The 2020 Dutch Decree requires that a smoking ban must be introduced, designated and enforced in schools and other educational institutions in that State. This marks an important development in new smoke-free regulation in the Netherlands for the protection of health with an emphasis on youth and the creation of a smoke-free generation. Depending on the circumstances, the smoking ban may apply to open air spaces, sports fields, sites shared by educational institutions and companies, student houses located on a campus, open roads, bicycle paths or footpaths on a campus site for public traffic. The new regulation can, thus, also qualify as a ‘novel smoke-free policy’ since it does not only cover enclosed public places but goes beyond to ban smoking in outdoor and semi-private spaces.

This article has examined the compatibility of such a regulation with the lawfulness, the legitimate aims of the interference and the necessity for the interference under Article 8(2) of the ECHR to conclude that the introduction of novel smoke-free spaces does not constitute a violation of the right to respect of private life of those who wish to smoke in such spaces guaranteed under Article 8(1) of the ECHR. The regulation of smoke-free spaces is in conformity with global health standards and in particular with the FCTC. In light of the FCTC requirements, States are required to adopt and implement measures, provide for protection from exposure to tobacco smoke not only in indoor workplaces, public transport, indoor public places but also, as appropriate, in other public places, namely places accessible to the general public or places for collective use. The standards set by this international instrument are of relevance for the determination of State obligations under the ECHR itself.

It is accepted that smoking bans interfere with the rights of smokers under Article 8 of the ECHR. However, this does not necessarily constitute a breach of that right. The Explanatory Note of the Dutch Government to the 2020 Dutch Decree explains that the introduction of smoke-free educational institutions is not about enforcing lifestyle behaviour by legislation.<sup>92</sup> Smoking is not a lifestyle, but a serious addiction with serious health consequences.<sup>93</sup> This is a particularly pertinent observation for human rights purposes that goes both ways. On the one hand, it points at the necessity of smoke-free regulation in a democratic society but on the other hand, it reminds us that smokers are individuals often exposed to this serious addiction who should be supported for the global fight against the dangers of smoking to be an efficient and human rights-compliant o

---

<sup>91</sup> Smoking, similarly to doping, is of endemic nature but, as the Court noted in *FNASS* (ibid. at para 188), ‘the allegedly endemic nature of doping in sports cannot call into question the legitimacy of efforts to tackle it; on the contrary, it justifies the desire of the authorities to succeed in so doing.’

<sup>92</sup> Decree of 22 June 2020, supra n 3 at Explanatory Note.

<sup>93</sup> Ibid.



## DOCTRINE | EDITOR'S CHOICE

Kucsko-Stadlmayer Gabriele, Intellectual Property and Freedom of Expression: A Tense Relationship	239
Sicilianos Linos-Alexandre, Titiun Patrick, Regards sur la jurisprudence environnementale de la Cour européenne des droits de l'homme	252
Szymczak David, La Cour européenne des droits de l'homme face au suicide	261
Rap Stephanie, Access to Justice and Child-friendly Justice for Refugee and Migrant Children: International and European Legal Perspectives	277
Grampp Pauline, Les mesures de protection contre la pandémie en Allemagne, restrictives aux droits fondamentaux	293

---

## FOCUS

Angelaki Aikaterini, La privation de liberté dans les zones de transit à la frontière serbo-hongroise et l'office du juge national	310
Fortuna Marina, Customary International Law as an Object of Scrutiny and an Interpretative Aid	321
Giannopoulos Christos, Les calculs utilitaristes dans la gestion de la crise de Covid-19 et le risque d'accoutumance aux mesures liberticides	337
Marguet Laurie, Du droit d'exiger de mourir en France et en Allemagne	349
Rondu Julie, Liberté d'expression et effectivité de la lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle en matière d'accès à l'emploi	370
Tsampi Aikaterini, Novel Smoke-free Zones and the Right to Respect for Private Life under the Article 8 of the European Convention on Human Rights	381