EUROPE DES DROITS & LIBERTÉS
EUROPE OF RIGHTS & LIBERTIES

DOCTRINE | EDITOR'S CHOICE

Branko Lubarda, The Rights of Persons with Disabilities in the Case-law of the European Court of Human Rights

Johan Callewaert, No Case to Answer for the European Public Prosecutor under the European Convention on Human Rights? Considerations on Convention Liability for Actions of the European Public Prosecutor's Office

Christophe Maubernard, La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: Un instrument de droit vivant... et donc fragile

Monica Feria-Tinta, Climate Change Litigation in the European Court of Human Rights: Causation, Imminence and Other Key Underlying Notions

FOCUS

Louis De Fournoux, Crise sanitaire et droits fondamentaux: les mutations du référé-liberté

Yannick Ganne, Etat des lieux du droit de vote aux Etats-Unis à la suite des élections de 2020

Alexandre Hermet, Procédures internes et établissement de la « juridiction » de l'Etat au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Julien Mouchette, Une voie de recours dédiée aux conditions indignes de détention: vraie avancée ou impasse contentieuse?

Cécile Montanini, L'instrumentalisation de la laïcité face aux enjeux du « séparatisme islamiste »: du concept juridique au talisman politique

Edoardo Stoppioni, L'arrêt *Haqbin* à l'aune de la théorie des émotions: du paradoxe de l'accueil

N° 3

MARS 2021 | MARCH 2021

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 Haguenau-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

MARS 2021/1

N° 3

Sommaire | Table of Contents

DOCTRINE | EDITOR'S CHOICE
- Branko Lubarda, The Rights of Persons with Disabilities in the Case-law of the European Court of Human Rights 6
- Johan Callewaert, No Case to Answer for the European Public Prosecutor under the European Convention on Human Rights? Considerations on Convention Liability for Actions of the European Public Prosecutor's Office 20
- Christophe Maubernard, La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: Un instrument de droit vivant…et donc fragile 36
- Monica Feria-Tinta, Climate Change Litigation in the European Court of Human Rights: Causation, Imminence and Other Key Underlying Notions 52

FOCUS
- Louis De Fournoux, Crise sanitaire et droits fondamentaux: les mutations du référé-liberté 73
- Yannick Ganne, Etat des lieux du droit de vote aux Etats-Unis à la suite des élections de 2020 84
- Alexandre Hermet, Procédures internes et établissement de la « juridiction » de l'Etat au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 96
- Julien Mouchette, Une voie de recours dédiée aux conditions indignes de détention: vraie avancée ou impasse contentieuse? 114
- Cécile Montanini, L'instrumentalisation de la laïcité face aux enjeux du « séparatisme islamiste »: du concept juridique au talisman politique 128
- Edoardo Stoppioni, L'arrêt *Haqbin* à l'aune de la théorie des émotions: du paradoxe de l'accueil 139

RECENSION
- Laurence Burgorgue-Larsen, Les 3 Cours régionales des droits de l'homme *in context*. La justice qui n'allait pas de soi, Pedone, 2020, 586 p. 152
- Koen Lanaerts, José A. Gutierrez-Fons, Les méthodes d'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne, Bruylant, 2020, 214 p. 157

ISSN 2726-1263
Dépôt légal: 2021, mars

The Rights of Persons with Disabilities in the Case-law of the European Court of Human Rights

Branko Lubarda*

1. INTRODUCTION

The Court's case-law on people with disabilities is extraordinarily rich and diverse. Having in mind the vulnerability of these persons and a need for concrete and effective protection of their rights under different Articles of the European Convention on Human Rights (Convention) and Additional Protocols, many of these cases may be analyzed from the perspective of the protection of their health.

Another general feature of the case-law is the constant use of cross references to other relevant international instruments, both universal and regional, with the aim of interpreting the Convention and its Additional Protocols in harmony with international instruments and the findings of their monitoring bodies. In the field we are discussing today, regular reference is made to the UN Convention on rights of persons with disabilities and the corresponding Guidelines of the UN Committee on Rights of Persons with Disabilities (2015). Thus, in the Grand Chamber case of *Fernandes de Oliveira*[1], reference was made to UN General Assembly Resolution 46/119, 1991 on principles for the protection of persons with mental illness and the improvement of their mental health care ; as well to Recommendation REC 2004 of the Committee of Ministers of the Council of Europe (CoE) concerning the protection of human rights and the dignity of persons with a mental disorder. In the Grand Chamber case of *Ilnseher v. Germany*[2], there were references to the observations of the UN Human Rights Committee (report of Germany) ; UN Committee against Torture (CAT) ; European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman and Degrading Treatment ; report of the Commissioner for Human Rights of the CoE. References to these instruments and supervisory bodies have been made in cases on alleged violations of Articles 2 (the right to life), 3 (prohibition of torture and inhuman and degrading treatment) and 5 (right to liberty and security) – classical civil rights, and that is why there were not so many references to the Revised/European Social Charter and reports of the European Committee of Social Rights.

However, in a significant number of cases examined also under Article 3, the Court has made reference to the European Social Charter. Thus, in the Grand Chamber case of

---

* Judge at the European Court of Human Rights.

[1] *Fernandes de Oliveira v. Portugal* Application No 78103/14, 31 January 2019 [Grand Chamber].

[2] *Ilneseher v. Germany* Application Nos. 10211/12 and 27505/14, 4 December 2018 [Grand Chamber].

Paposhvili v. Belgium[3], a case involving the proposed deportation of a seriously ill person to Georgia, the Court based its findings, *inter alia*, on the information referred to in the European Committee of Social Rights' conclusions in assessing the conformity of the Georgian health-care system with Article 11 of the European Social Charter (the right to protection of health). In *Paposhvili* the Court specified that in addition to situations of imminent death, there might be "other very exceptional cases" where the humanitarian considerations weighing against removal were equally compelling (§183):

> "situations involving the removal of a seriously ill person in which substantial grounds have been shown for believing that he or she, although not at imminent risk of dying, would face a real risk, on account of the absence of appropriate treatment in the receiving country or lack of access to such treatment, of being exposed to a serious, rapid and irreversible decline in his or her state of health resulting in intense suffering or to a significant reduction in life expectancy."

In a number of cases where the Court has found a violation of Article 8 (right to private and family life) and Article 1 of Protocol No. 1 (Protection of property), the Court has also made reference to the Revised/European Social Charter and to a certain extent to the case-law of the European Committee for Social Rights. Thus, in the Grand Chamber case of *Béláné Nagy v. Hungary*[4], the Court made reference not only to Articles 12 and 15 of the European Social Charter, but also to the case-law related to the assessment of compliance with the Charter, as reflected by the conclusions adopted by the European Committee of Social Rights (Hungary has ratified both the ESC and the RESP and declared itself bound by paragraph 1 of Article 12 and by Article 15). It goes without saying, that the Court made reference also to the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities and ILO Convention no. 102 on Social Security (Minimum Standards) and ILO Convention no. 128 on Invalidity, Old-Age and Survivors' Benefits.

The case-law on persons with disabilities from the perspective of health may be divided between the context of police custody or prison and situations outside that context, thus between custodial **(Part 2)** and non-custodial **(Part 3)** contexts.

2. THE CUSTODIAL CONTEXT

As to the custodial context (where the person is held in police custody or in prison), the case-law has been developed mainly under Articles 2 and 3, including both negative and positive obligations of the authorities ; a few examples will follow.

In the case of *I.E. v. Moldova*[5], the Court found a violation of Article 3, for the failure of the authorities to prevent ill-treatment in prison of a 17 year old minor suffering from a

[3] *Paposhvili v. Belgium* Application No 41738/10, 13 December 2016 [Grand Chamber].
[4] *Béláné Nagy v. Hungary* Application No 53080/13, 13 December 2016 [Grand Chamber].
[5] *I.E. v. Moldova* Application No 45422/13, 25 May 2020.

mild mental disability, who was detained in a cell with adults, all of whom had been convicted of grave crimes including rape of a minor. Once he was noticeably injured, he accepted that he had been assaulted and, much later, he accepted that he had been raped by those cellmates.

In the case of *Blokhin v. Russia*[6], the Court found a violation of Article 3 on account of a lack of necessary medical treatment at the temporary detention center, having regard to the applicant's young age of 12 years and particularly vulnerable situation as an ADHD (attention-deficit hyperactivity disorder) sufferer. The applicant was arrested and taken to a police station on suspicion of extorting money from a 9-year old. Since he was below the statutory age of criminal responsibility, no criminal proceedings were opened against him, and instead the court ordered his placement in a temporary detention center for juvenile offenders for a period of 30 days in order to 'correct his behavior' and to prevent his committing further acts of delinquency. The Court also found a breach of Article 5§ 1 on account of 30-day placement of a minor in a detention center, as well as a violation of Article 6§ 1 in conjunction with Article 6§ 3 due to the lack of adequate procedural guarantees in proceedings leading to a minor's placement in a detention center.

In the case of *W.D. v. Belgium*[7], the Court found a violation of Articles 3 and 5 (1) and noted a structural problem resulting in the applicant's detention for more than 9 years in the psychiatric wing of a prison with no prospect of change or appropriate medical help. Furthermore, because of the refusal of residential care centers and psychiatric hospitals to admit him, he remained in detention without any realistic prospect of treatment in an outside institution, and thus without any hope of reintegrating into the community.

However, in the case of *Jeanty v. Belgium*[8], the Court found no violation of Article 2, since the prison authorities were held to have intervened in time to effectively stop suicide attempts by the applicant, who had a history of psychological difficulties and was already in pre-trial detention on domestic violence charges where he tried (unsuccessfully) to commit suicide three times. When released he failed to comply with the conditions of release, was detained again and, after some weeks, attempted (unsuccessfully) to commit suicide, but (as already said) the prison authorities intervened in time to effectively stop his suicide attempts.

3. THE NON-CUSTODIAL CONTEXT

As to persons with disabilities in non-custodial contexts (including compulsory placement in a psychiatric institution) the case-law of the Court has been highly developed under a number of Articles, on both absolute and qualified rights.

---

[6] *Blokhin v. Russia* Application No 47152/06, 23 Mars 2016 [Grand Chamber].
[7] *W. D. v. Belgium* Application No 73548/13, 6 September 2016.
[8] *Jeanty v. Belgium*, Application No 82284/17, 31 Mars 2020.

A. Article 2 Case-law

The Court's approach to the protection against ill-health in general outside the custodial context – horizontal effect of the Convention – is set forth in the case of *Pentiacova and Others v. Moldova* (dec.)[9], where the Court found that an issue may arise under Article 2 where it is shown that the authorities put an individual's life at risk through denial of health care which they had undertaken to make available to the population generally. For the positive obligation to arise under Article 2, it is necessary that an individual's life is put at risk through the denial of health care and that the government ought to be aware of that risk.

As for *access to adequate health care*, the Court found breaches of Article 2 under its substantive and procedural heads in the case of *Nencheva and Others v. Bulgaria*[10] regarding the deaths of 15 children and young adults with physical and mental disabilities in a specialised public facility on account of the cold and lack of food, medicines and basic necessities and in the case of *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Campeanu v. Roman*ia[11] regarding the death of a vulnerable person, a young Roma aged 18, in a psychiatric hospital for lack of appropriate care, heating and food. In both cases breaches were found in that the authorities had failed in their positive obligations to protect the lives of the persons in their care and to carry out an effective investigation into these circumstances.

The substantive positive obligations of the Member State under Article 2 consist in having to put in place a regulatory framework in both the public and the private sector for securing the protection of the patients' lives and to take preventive operational measures in general, and this has a particular application in the case of persons with disabilities. In that vein is the case of *Fernandes de Oliveira v. Portugal*[12], where the Grand Chamber dealt with the suicide of a mentally ill man voluntarily admitted to a State psychiatric hospital for treatment after a suicide attempt. The Court found no violation of the substantive limb of Article 2, but a violation of the procedural limb of Article 2, under a procedural obligation of the State to set up an effective and independent judicial system apt to determine the cause of death of patients and to make those responsible accountable, namely the excessive length of proceedings (over 11 years for two levels of jurisdiction).

Turning to the case-law in the context of *alleged medical negligence*, the case of reference here is of course the Grand Chamber case of *Lopes Da Sousa Fernandes v. Portugal*[13] where the judgment reviewed and clarified the Court's case-law on the scope of the

[9] *Pentiacova and others v. Moldova*, Decision, 4 January 2005.
[10] *Nencheva and others v. Bulgaria* Application No 48609/06, 18 June 2013.
[11] *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Campeanu v. Roman*ia Application No 47848/08, 17 July 2014 [Grand Chamber].
[12] *Fernandes de Oliveira v. Portugal* Application No 78103/14, 31 January 2019 [Grand Chamber].
[13] *Lopes De Sousa Fernandes v. Portugal* Application No 56080/13, 19 December 2017 [Grand Chamber].

substantive positive obligation of the State as regards deaths resulting from alleged medical negligence : the judgment confirms that the obligation is an essentially a regulatory one and that it is only exceptionally that the responsibility of the State to protect life will be engaged in respect of acts or omissions of health-care providers. In L*opes de Sousa* the Court found a violation of the procedural limb of Article 2 and no violation of its substantive limb (the case concerned allegations of medical negligence rather that denial of treatment).

This case-law was applied in a disability *context* in the case of *Ulusoy v. Turkey*[14] where the Court found a breach of the procedural limb of Article 8, because of an inadequate investigation into the causes of the medical condition of a new-born baby suffering from a permanent disability. The case is about several sets of proceedings against a hospital following the birth of a child suffering from a serious disability as a result of the new-born being deprived of oxygen. However, the Court found no violation of the substantive limb of Article 8 (protection of the moral and physical integrity of individuals in the context of medical care), and pointed out that the substantive positive obligations on Turkey were confined to the effective introduction and implementation of a statutory framework capable of protecting patients. It then noted that the statutory framework in force at the material time did not, *per se*, point to any infringement on the part of the State.

The above-mentioned Grand Chamber judgment of *Valentin Campeanu*[15] is of particular importance also for the evolutive interpretation of the *locus standi* of a non-governmental organisation, as the *de facto* representative of the victim, in very exceptional circumstances, in view also of the particular vulnerability of persons with disabilities. The issue of *locus standi* was discussed also in the case of *Delecolle v. France*[16] where the Court held that M.S. had standing to replace the (deceased) applicant with a slight cognitive impairment (who had been under an enhanced supervision order, and whose request for an authorisation (owing to the restriction on his legal capacity) to marry M.S. had been refused by the guardianship judge), but found no violation of Article 12 (right to marry) of the Convention, having regard to the margin of appreciation afforded to the domestic authorities and the fact that the restrictions on the applicant's right to marry had not limited or reduced that right in an arbitrary or disproportionate manner.

B. Article 3 Case-law

i. Treatment in Hospital and Protection of Human Dignity

As to treatment in hospital and human dignity, I will mention two cases in which the Court found *a violation of Article 3* because of treatment that was not strictly necessary and was

[14] *Ulusoy and others v. Turkey* Application No 54969/09, 3 May 2019.
[15] *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Campeanu v. Roman*ia Application No 47848/08, 17 July 2014 [Grand Chamber].
[16] *Delecolle v. France* Application No 37646/13, 25 October 2018.

not respectful of the human dignity of the applicants : *Aggerholm v. Denmark*[17] and *Pranjić-M-Lukić v. Bosnia and Hercegovina*[18]. In the former case, the applicant suffering from paranoid schizophrenia was sentenced to committal to a psychiatric hospital after being convicted of various incidents of violence and threats of violence. He was strapped in hospital to a restraint bed for approximately 23 hours, and the Court found that this measure was not strictly necessary and not respectful of his human dignity. In the latter case, in addition to the Article 3 violation the Court found a breach of Article 8, because the applicant's vulnerability as a mentally ill person was not taken into consideration when being handcuffed in front of his family and forcibly escorted by the police to an involuntary psychiatric examination. Handcuffing had not been made strictly necessary by the applicant's conduct.

ii. Expulsion of a Person Suffering From a Serious Mental Illness

As to the expulsion of persons suffering from a serious mental illness, in the pending case before the Grand Chamber *Savran v. Denmark*[19] the issue is, *inter alia*, the proposed deportation of a person suffering from a serious mental illness without individual assurances from the receiving State as to the availability of supervision to accompany intensive outpatient therapy. The case concerns the general issue of the application of the *Paposhvili v. Belgium*[20] principles as regards, *inter alia*, the availability and accessibility of medical (psychiatric) treatment in the receiving State. In *Paposhvili*, the Court clarified that, in addition to situations of "imminent death", there might be "other very exceptional cases" where the humanitarian considerations weighing against removal were equally compelling.

C. Articles 5 and 6: Case-law On Confinement For Medical Reasons And On Denial Of Legal Capacity

I will now comment briefly on two key issues on which there would not yet appear to be full harmony between the case-law of the Court and general comments of the UN Committee on Rights of Persons with Disabilities, namely the issues of detention for medical reasons (compulsory confinement of "persons of unsound mind") as well as the denial of legal capacity of persons with mental impairment, and this could be explained by a lack of (emerging) European consensus in the field (whether from domestic and international standards). It is worth noting that the UNCRPD adopted a Statement in 2018, which uses different terminology – "persons with intellectual or psychosocial impairment".

As to liberty and security of the person (Article 14 of the UN Convention), the UN Committee position is unequivocal : 'Involuntary commitment of persons with disabilities

[17] *Aggerholm v. Denmark* Application No 45439/18, 15 September 2019.
[18] *Pranjić-M-Lukić v. Bosnia and Hercegovina* Application No 4938/16, 2 June 2020.
[19] *Savran v. Denmark* Application No 57467/15, 1st October 2019.
[20] *Paposhvili v. Belgium* Application No 41738/10, 13 December 2016 [Grand Chamber].

on health-care grounds contradicts the absolute ban on deprivation of liberty on the basis of impairment (Art. 14 (1) (b) and the principle of free and informed consent of the person concerned for health care (Art. 25)'. The Committee has repeatedly stated that States Parties should repeal provisions that allow for the involuntary commitment of persons with disabilities in mental health institutions based on actual or perceived impairment. Involuntary commitment in mental health facilities amounts to a denial of person's legal capacity to decide about care, treatment and admission to a hospital or institution, and therefore violates Article 12 in conjunction with Article 14.

In that respect, the Court case-law has developed not only under Article 3 but also under Article 5§ 1 (e) (Right to liberty and security – one of the situations where deprivation of liberty is permitted is "the lawful detention of persons of unsound mind") in the context of compulsory confinement in an institution. In this respect the Court's case-law is in principle in line with the general comments of the UN Committee, save in exceptional cases where the individual's mental disorder warrants compulsory confinement, and where the established criteria set down by the Court (*Winterwerp v. the Netherlands*, 1979), with additional safeguards against arbitrary detention, are fulfilled. In *Stanev v. Bulgaria*[21], the Court recalled the principles that an individual cannot be deprived of his or her liberty as being of 'unsound mind' unless the following three minimum conditions are satisfied : 1. the individual must be reliably shown, by objective medical expertise, to be of unsound mind ; 2. the individual's mental disorder must be of such a kind as to warrant compulsory confinement because the person needs therapy, medication or other clinical treatment [to cure or alleviate] his condition ; 3. the mental disorder, verified by objective medical evidence, must persist throughout the period of confinement.

As to the medical treatment (psychiatric and psychological) of mentally ill and vulnerable detainees in compulsory confinement, in the Grand Chamber case of *Rooman v. Belgium*[22] the Court found a violation not only of Article 3 on account of the lack of appropriate psychiatric treatment, due to the unavailability of therapists who spoke the applicant's language for 13 years (the purely linguistic element could prove to be decisive as to the availability or administration of appropriate treatment, but only where other factors do not make it possible to offset the lack of communication), but also a violation of Article 5§ 1 (e). Namely, the deprivation of liberty of persons of unsound mind had to fulfil a dual function : on the one hand, the social function of protection ; and, on the other, a therapeutic function in the interest of the person of unsound mind – 'an appropriate individualised treatment plan has to be drawn up, after consultation in so far as possible with the person in compulsory treatment' (with repeated attempts at consultation, if initially refused). Accordingly, in *Rooman* (§ 203) the Court stressed that :

> "although the persistent attitude of a person deprived of his of her liberty may contribute to preventing a change in their detention regime, this does not dispense the authorities from taking the appropriate initiatives with a

[21] *Stanev v. Bulgaria* Application No 36760/06, 17 January 2012 [Grand Chamber].
[22] *Rooman v. Belgium* Application No 18052/11, 31 January 2019 [Grand Chamber].

> view to providing this person with treatment that is suitable for his or her condition and that would help him or her to regain liberty".

Similarly, in *Lorenz v. Austria*[23] the applicant refused, during the proceedings to review his preventive detention from 2010 to 2013, to undergo further therapy and to be examined by a psychiatric expert (the applicant 'explained' that he was not suffering from a mental illness), the Court however found a violation of Article 5§ 1, *inter alia*, on account of not having a sufficient factual basis on which to decide on Mr Lorenz's requests for release – the domestic court's decision had been taken on the basis of the old experts opinions, instead of attempting to obtain a new expert opinion *proprio motu* in the course of the 2013 review proceedings. In addition, the Court stated that it fell within the authorities' positive obligation to find a way to overcome this obvious deadlock and examine the question of the applicant's transfer to the Vienna-Mittersteig Prison, the only institution where the applicant could receive the appropriate therapy. The need for an appropriate individualised treatment had been emphasised by the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities (2006) and by Recommendation REC 2004 10 of the Committee of Ministers of the CoE concerning protection of the human rights and dignity of persons with mental disorders.

The Committee of Ministers of the CoE, relying on the Court's case-law, argued that 'involuntary measures in psychiatry could be justified subject to strict protective conditions' and noted that 'involuntary measures continued to be provided for in the laws of member States and regularly applied'.[24] As a general rule, a measure considered to be a therapeutic necessity convincingly shown to exist, based on the established principles of medicine (including the therapeutic method to be used, if necessary, by force) cannot be regarded as inhuman or degrading treatment.[25]

As to the scope of the treatment provided, the Court's role is not to analyse the content of the treatment that is offered or administered. What is important is that the Court is able to verify whether an individualised program has been put in place, taking into account the specific details of the detainee's mental health with a view to preparing him of her for possible future reintegration into society. In this area, the Court affords the authorities a certain latitude with regard both to the content of the therapeutic care or of the medical program in question.[26] Importantly, the applicant, who had legal capacity, had been receptive to the treatment plan offered and domestic law prohibited its imposition. The Grand Chamber confirmed that, while his disorder weakened his discernment and rendered him vulnerable, this did not imply that treatment was to be imposed : rather it was to be proposed, thereby including the applicant as much as possible in developing his care plan path and providing him with a choice of treatment. Having regard to the significant efforts

[23] *Lorenz v. Austria* Application No 11537/11, 20 July 2017.
[24] (CM/AS (2016) Rec2019-final).
[25] See also *M.S. v. Croatia (No. 2) Application No 75450/12*, 19 February 2015.
[26] *Rooman v. Belgium* Application No 18052/11 31 January 2019 [Grand Chamber], at para 209.

made by the authorities to provide the applicant with access to treatment which was, on the face of it, coherent and adapted to his situation, and to the short period during which they had an opportunity to implement these treatment measures (August 2017 to date), together with the fact that the applicant had not always been receptive to them, the Grand Chamber was able to conclude that the treatment available since 2017 corresponded to the therapeutic aim of the applicant's compulsory confinement (a violation of Article 5 being found on another basis).

D. Article 6: Case-law On The Procedural Safeguards Against The Deprivation Of Legal Capacity of Persons With Disabilities In The Case-law Of The Court

According to the General Comments of the UNCRPD :

> "[8.] The absolute ban on deprivation of liberty on the basis of actual or perceived impairment has a strong link with Article 12 of the Convention, on equal recognition before the law. In its general comment No. 1 (2014) on equal recognition before the law, the Committee has clarified that States Parties should refrain from denial of the legal capacity of persons with disabilities and their detention in institutions against their will, either without the free and informed consent of the persons concerned or with consent of the substitute decision maker [a guardian], as that practice constitutes arbitrary deprivation of liberty and violates articles 12 and 14 of the Convention (para. 40)."

The humanitarian motivation behand the General Comments of the UN Committee is evident (liberty v. arbitrary deprivations of liberty ; *sui iuris* - equal recognition before the law against *alieni iuris* – a denial of legal capacity). This has a long libertarian prehistory, which goes back to the times and ideas of the age of Enlightenment and the French Revolution. Thus, according to (Jean Pierre Georges) Cabanis, the humanist and libertarian medical doctor (of Honoré-Gabriel Riqueti de Mirabeau) and philosopher, the author of *Rapports du physique et du moral de l'homme* and *Œuvres philosophiques* :

> "L'humanité, la justice et la bonne médicine ordonnent de ne renfermer que les fous qui peuvent nuire véritablement à autrui ; de ne resserrer dans les liens que ceux qui, sans cela, se nuiraient à eux-mêmes." (according to Michel Foucauld, *L'histoire de la folie à l'âge classique*, Gallimard, 1972, p. 548).

To illustrate the point that the Court's approach is close to that of the UN Committee's General Comments, I would mention the case of *A.N. v. Lithuania*[27] where the Court found a *violation of the right of access to a court* under Article 6§ 1 of the Convention. The applicant had a history of mental illness and complained that he had been deprived of his legal capacity without his participation in or knowledge of the proceedings and that, as a

[27] *A.N. v. Lithuania* Application No 17280/08, 31 May 2016.

person without legal capacity, he had then been unable himself to request that his legal capacity be restored. His mother was later appointed as his guardian. A violation of Article 6§ 1 was found because the applicant had been deprived of a clear, practical and effective opportunity to have access to a court in connection with the incapacitation proceedings, in particular, in respect of his request to restore his legal capacity. The Court noted the absence of proper procedural safeguards in proceedings to deprive an applicant suffering from mental disorders of his legal capacity.

In addition, the Court found *a violation of Article 8* of the Convention, on account of the interference with the applicant's right to respect for his private life, as it made him fully dependent on his mother as his guardian in almost all areas of his life. The domestic authorities failed to take into account the form or degree of the applicant's mental disorder when depriving him of his legal capacity. The district court had no opportunity to examine the applicant in person and relied in its decision essentially on the testimony of the mother and the psychiatric report. Thus, the Court concluded that the interference with the applicant's right to respect for his private life was disproportionate to the legitimate aim pursued.

E. Article 3 of Protocol No. 1 – Case-law On The Right To Free Elections And Legal Capacity Of Persons With Mental Disabilities

The UN Committee on Rights of Persons with disabilities recommended that States Parties abolish in law and practice the deprivation of legal capacity on the basis of impairment, and introduce supported decision-making schemes, to ensure that persons with disabilities have access to individualised support that fully respects their autonomy, will and preferences, and that it is provided on the basis of the free and informed consent of the person concerned and, when applicable, with due recourse to the "best interpretation of will and preferences" test, in line with the Committee's General Comment No. 1 (2014) on Article 12 (Equal recognition before the law).

In the case of *Alajos Kiss v. Hungary*[28] the Court found a violation of Article 3 of Protocol No. 1 (Right to free elections) on account of the fact that under the national legislation any form of guardianship automatically led to disenfranchisement, without an individualised judicial evaluation :

> "The Court concludes that an indiscriminate removal of voting rights, without an individualised judicial evaluation and solely based on mental disability necessitating partial guardianship, cannot be considered compatible with the legitimate grounds for restricting the right to vote" (§ 44).

[28] *Alajos Kiss v. Hungary* Application No 38831/06, 20 May 2010.

In the very recent case of *Strøbye and Rosenlind v. Denmark*[29] the Court found no violation of Article 3 of Protocol No. 1 to the Convention, inter alia, having in mind that there is no European consensus :

> "it cannot be concluded that there was common ground between the national laws of the Contracting States to uncouple disenfranchisement from deprivation of legal capacity" (§ 111). The lack of European consensus prevented the Court from following the UN COPWD and Guidelines of the UN Committee on Article 12 whereby "it is contrary to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities for a State Party to exclude persons with intellectual disabilities from the suffrage".

F. Article 8 Case-law: The Protection Of Personal/Medical Data And Surveillance

In the case of *Mockutė v. Lithuania*[30] the Court found a violation of Article 8 since the interference with the applicant's private life was not 'prescribed by law'. The applicant complained that the doctor at a psychiatric hospital had disclosed information about her health and private life to a journalist and to her mother. The Court further found a breach under Article 9 of her right to practise her religion on account of the restrictive environment at Vilnius Psychiatric Hospital and because the psychiatrists had persuaded her to adopt a critical attitude towards her religion (interference was not prescribed by law).

In the case of *Vukota-Bojic v. Switzerland*[31] the Court found a violation of Article 8 but no violation of Article 6, since the applicant had been given a fair opportunity to challenge the evidence obtained by the surveillance, and that the Swiss court had given a reasoned decision as to why it should be admitted. The applicant was injured in a road accident which gave rise to disputes with her insurance company about her capacity to work. The insurance company, acting within the framework of powers conferred on it under the State insurance scheme, decided to place her under surveillance. Private investigators monitored her movements. The insurance company sought to rely on the detailed surveillance reports in court proceedings in order to contest the level of disability alleged by the applicant and the accuracy of the medical reports that she relied on. The Court found a violation of Article 8 as the domestic law had not indicated with sufficient clarity the scope and manner of exercise of the discretion conferred on insurance companies acting as public authorities in insurance disputes to conduct secret surveillance of insured persons. In particular, it did not set out sufficient safeguards against abuse. The interference had thus not been in accordance with the law.

[29] *Strøbye and Rosenlind v. Denmark* Application Nos 25802 and 27338/18, 2 February 2021.
[30] *Mockutė v. Lithuania* Application No 66490/09, 27 February 2018.
[31] *Vukota-Bojic v. Switzerland* Application No 61838/10, 18 October 2016.

G. Article 10 Case-law: Protection Of Good Faith Whistle-blowers And Indirect Protection Of Health (Not Only Of Persons With Disabilities)

In the case of *Heinisch v. Germany*[32] the issue was related to the protection of a whistle-blower acting in good faith, who reported shortcomings in the institutional care of older persons in a nursing home for the elderly, the patients were partly bedridden, disoriented, and generally dependent on special assistance, and the Court found a violation of Article 10, while making reference also to Article 24 of the Revised European Social Charter (the right to protection in cases of termination of employment), but not also to Article 23 - the right of elderly persons to social protection. The Court considered that the applicant's dismissal without notice had been disproportionately severe.

I must refer also to the recent case of *Gawlik v. Liechtenstein*[33] another whistle-blower case in the health-care system (where the applicant, a doctor and deputy chief physician of the department for internal medicine in the Liechtenstein National Hospital, was disciplined for reporting suspicions of active euthanasia), where the Court (Chamber) found no violation of Article 10, making reference to the relevant international and regional standards (including reference to Article 24 of the RESC). The Court noted that the applicant had raised suspicions of a serious offence with an external body (the Public Prosecutor's Office) without having carefully verified, in accordance with professional ethics, that the information he disclosed, which was as such of public interest, was accurate and reliable. The Court observed that the domestic courts adduced relevant and sufficient reasons for their finding that the applicant's dismissal without notice, having regard to the prejudicial effect of his complaint on the reputation of the employer (the hospital) and a staff member (the doctor concerned), was justified. They had struck a fair balance between the need to protect the said reputations on the one hand and the need to protect the applicant's right to freedom of expression on the other.

H. Article 14 Case-law: Discrimination Against Persons with Disabilities

i. In Conjunction with Article 1 of Protocol No. 1 (Protection oOf Property)

In the case of *Guberina v. Croatia*[34] the Court found a violation of Article 14 in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1, for the failure of the authorities to take account of the needs of a child with disabilities when determining the applicant father's eligibility for tax relief on the purchase of suitably adapted property. The applicant lived with and provided care for his severely disabled child. In order to provide the child with better and more suitable accommodation, the applicant sold the family's third-floor flat, which did not have a lift, and bought a house. He then sought tax relief on the purchase, but his request was refused on the grounds that his previous flat had met the family's needs.

[32] *Heinisch v. Germany* Application No 28274/08, 21 July 2011.
[33] *Gawlik v. Lichtenstein* Application No 23922/19, 16 February 2021.
[34] *Guberina v. Croatia* Application No 23682/13, 22 Mars 2016.

In the case of *Popović and Others v. Serbia*[35] the Court found no violation of Article 14 of the Convention in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1. The applicants became paraplegic after sustaining injuries in accidents. They alleged discrimination in the provision of disability benefits to civilian as opposed to military beneficiaries. As civilian beneficiaries, they maintained that they had been awarded a lower amount than those classified as military beneficiaries, despite having the same disability. The Court found no violation of Article 14 of the Convention in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1, because the impugned difference in treatment had an objective and reasonable justification. The legislator's choice was based on relevant and sufficient grounds. The Court noted that the relevant difference in treatment was a consequence of their distinct positions and the corresponding undertakings on the part of the respondent State to provide them with benefits to a greater or lesser extent. This includes a moral debt which States may feel obliged to honor in response to the service provided by their war veterans ('principle of national recognition'). The Court took into considerations, *inter alia*, the Explanatory Report to the European Convention on Social and Medical Assistance and Protocol thereto, which provides that the term 'assistance' within the meaning of the Convention 'does not cover… benefits paid in respect of war injuries" and that such benefits "are generally governed by different laws to those governing social security and social assistance benefits' (§ 42).

ii. In Conjunction with Article 2 of Protocol No. 1 to the Convention (Right To Education)

In the case of *Çam v Turkey*[36] the Court found a violation of Article 14 in conjunction with Article 2 of Protocol No. 1, because the relevant domestic authorities had at no stage attempted to identify the applicant's needs (they refused to enrol a blind person in the Music Academy even though she had passed the examination) or to explain how her blindness could have impeded her access to a musical education. Nor had the authorities ever considered the possibility that reasonable accommodation might have enabled her to be educated in the Music Academy (the domestic authorities at no stage considered special accommodations in order to meet any special educational needs resulting from the applicant's blindness). Thus, the Court considered that the applicant had been denied, without any reasonable justification, an opportunity to study in the Music Academy, solely on account of her visual disability.

In a similar vein, in the case of *G.L. v. Italy*[37] the Court found a violation of Article 14 in conjunction with Article 2 of Protocol No. 1. Namely, the applicant, a child born in 2004 who suffers from non-verbal autism, was not able to receive, in the first two years of primary school, the specialised assistance to which she was entitled under the relevant

[35] *Popović and Others v. Serbia* Application Nos 26944/13 and 3 others, 30 June 2020 [Grand Chamber].
[36] *Çam v Turkey* Application No 51500/08, 23 February 2016.
[37] *G.L. v. Italy* Application No 59751/15, 10 August 2020.

legislation. She was thus obliged to pay for private specialised assistance herself. A violation was found because of a difference in treatment due to the applicant's disability and the lack of determination of the applicant's real needs and of the solutions likely to meet them - for her to attend primary school under conditions equivalent as far as possible to those benefiting other children.

I. Article 1 of Protocol No. 1 To The Convention - Disability Allowance

In the case of *Béláné Nagy v. Hungary*[38] the Court found a violation of Article 1 of Protocol No. 1. The case was about the loss of a disability allowance as a result of legislative changes to eligibility criteria. There was a ('dormant') right or legitimate expectation of the applicant to an asset. She had received the disability allowance for almost ten years. A violation of Article 1 of Protocol No. 1 was found because the applicant had been subjected to a complete deprivation of entitlement, rather than to a commensurate reduction in her benefits. She did not have any other significant income on which to subsist and she had difficulties in pursuing gainful employment and belonged to a vulnerable group of disabled people. Despite the State's wide margin of appreciation, the applicant had had to bear an excessive individual burden.

4. CONCLUDING REMARKS

This paper has sought to show the complexity and variety of the Court's case-law on persons with disabilities, having in mind their vulnerability and a need for concrete and effective protection of their rights (both qualified and absolute) under different Articles of the Convention (2, 3, 5, 6, 8, 10 and 14) and Additional Protocols (Articles 1, 2 and 3 of Protocol No. 1), many of these cases being analysed from the perspective of the protection of their health. Reference has been made to the (Revised) European Social Charter and the practice of the European Committee of Social Rights, to show the harmonious interpretation of the relevant rights. Lastly, the author has also endeavored to compare, in certain aspects, the position of the European Court of Human Rights with that of the UN Committee for the Rights of Persons with Disabilities.

[38] *Béláné Nagy v. Hungary* Application No 53080/13, 13 December 2016 [Grand Chamber].

No Case to Answer for the European Public Prosecutor under the European Convention on Human Rights? Considerations on Convention Liability for Actions of the European Public Prosecutor's Office

Johan Callewaert*

1. INTRODUCTION: A NEW EU OFFICE IN A NOVEL LEGAL FORMAT

On 28 September 2020 the European Prosecutors and the European Chief Prosecutor gave solemn oath before the Court of Justice of the European Union (CJEU), marking the start of the activity of the newly created European Public Prosecutor's Office (EPPO) seated in Luxembourg. The EPPO is an independent and decentralised prosecution office of the European Union, with the competence to investigate, prosecute and bring to judgment the criminal offences defined in Directive 2017/1371 on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law (the PIF Directive). Regulation 2017/1939 establishing the European Public Prosecutor's Office (the Regulation) under enhanced cooperation was adopted on 12 October 2017, pursuant to Article 86 TFEU, and entered into force on 20 November 2017. At this stage, 22 EU Member States are participating.[1] This new office was created with a view to enhancing the effectiveness of the fight against fraud to the Union's financial interests, which previously was exclusively within the remit of the Member States and proved deficient, notably in cases of cross-border offences.

Many things have already been said about the EPPO and its novel, hybrid structure combining European and national elements.[2] Strangely enough, though, one aspect seems

* Deputy Grand Chamber Registrar at the European Court of Human Rights; Professor at the Universities of Louvain (Belgium) and Speyer (Germany). Any opinions expressed are strictly personal. The author wishes to thank Charlotte Garyga and Alizée Le Lostec, trainees at the European Court of Human Rights, for their precious help in writing this paper.

[1] https://ec.europa.eu/info/law/cross-border-cases/judicial-cooperation/networks-and-bodies-supporting-judicial-cooperation/european-public-prosecutors-office_en (last consulted on 24.2.2021).

[2] Among many others, see Morgan Bonneure and Michaël Fernandez-Bertier, "Habemus executorem! La création du parquet européen", Journal de droit européen, 2018, p. 42 ; Chloé Brière, "Le parquet européen: analyse critique d'une réussite tempérée par d'importants défis à relever", Cahiers de droit européen, 2019, p. 149; Constance Chevallier-Govers and Anne Weyembergh (edit.), "La création du Parquet européen - Simple évolution ou révolution au sein de l'espace judiciaire européen ?" , Bruxelles, Bruylant, 2021 ; Hélène Christodoulou, "Le parquet européen à l'origine de la mutation de la procédure pénale nationale", Dalloz Actualité (https://www.dalloz-actualite.fr), 27 February 2020 ; Peter Csonka, Adam Juszczak and Elisa Sason, "The Establishment of the European Public Prosecutor's Office", eucrim 3/2017, p. 125; Francesco De Angelis, "The European Public Prosecutor's Office", eucrim 4/2019, p. 272 ; Katalin Ligeti and Vanessa Franssen, "Le contrôle juridictionnel dans les projets de parquet européen", in : Geneviève Giudicelli-Delage, Stefano Manacorda and Juliette Tricot (dir.), "Le contrôle judiciaire du parquet européen – néccesité, modèles, enjeux", Société de législation comparée, Paris, 2015, p. 127 ; Alexandre Met-Domestici, "The

to hardly have received any attention so far, which is the extent to which the European Convention on Human Rights (the Convention) might, or not, apply to it and the consequences which this would entail. This is all the more surprising in view of the importance of respect for fundamental rights in this area, as reflected by the chapter devoted to procedural safeguards in the Regulation, and of the involvement of the national authorities in the operation of the EPPO, which are in principle subject to the Convention. Will these authorities remain such, or will they escape Convention liability when working for the EPPO ? And how about the Convention in relation to the EPPO itself ? What will be the overall impact of this novel legal set-up on the applicable fundamental rights and on Convention liability ? These are some of the questions which this paper endeavours to answer.

2. THE PROBLEM: NO EQUALITY BEFORE THE CONVENTION BETWEEN THE EU AND ITS MEMBER STATES

The origin of the problem lies with the different status which the EU and its Member States have under the Convention, which results from the fact that while the EU is not a Contracting Party to the Convention, all its Member States are. Consequently, the EU cannot be held accountable in Strasbourg for acts of its institutions and assimilated bodies.[3] By contrast, legal acts performed by EU Member States applying Union law come within the scope of the Convention and can give rise to adjudication by the European Court of Human Rights (Court).[4]

EU Member States indeed remain liable under the Convention for any acts performed under Union law. This is a direct consequence of the principle according to which the responsibility of the Contracting States to the Convention extends to their entire jurisdiction within the meaning of Article 1 of the Convention.[5] In respect of the EU Member States, this also includes Union law as part of their respective domestic legal systems.[6] Thus, the creation of the EU[7] did not remove the responsibility of the Member States under the Convention for their application of Union law. Rather, since the Member States did not withdraw from the Convention when creating or joining the EU and, consequently, remain bound by it, they also remain under a Convention obligation to apply Union law in a manner which is compatible with the Convention. As the Court stated in *Bosphorus*, EU Member

Hybrid Architecture of the EPPO", eucrim 3/2017, p. 143 ; Ante Novokmet, "The European Public Prosecutor's Office and the Judicial Review of Criminal Prosecution", New Journal of European Criminal Law, 2017, p. 374.

[3] ECHR 18.2.1999, Matthews v. the United Kingdom, 24833/94, § 32; ECHR 30.6.2005, Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland ("Bosphorus v. Ireland"), 45036/98, § 152. On this judgment, see Florence Benoit-Rohmer, "A propos de l'arrêt *Bosphorus Air Lines* du 30 juin 2005 : l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention", Revue trimestrielle des droits de l'homme, 2005, p. 827.

[4] See, among many others, ECHR 21.1.2011, M.S.S. v. Belgium and Greece, 30696/09; ECHR 23.5.2016, Avotiņš v. Latvia, 17502/07.

[5] ECHR 18.2.1999, Matthews v. the United Kingdom (cited above), § 29; ECHR 30.6.2005, Bosphorus v. Ireland (cited above), § 153.

[6] See e. g. ECHR 15.11.1996, Cantoni v. France, 17862/91, § 30.

[7] The reference to the EU here includes all its predecessor organisations.

States are considered to retain Convention liability in respect of treaty commitments subsequent to the entry into force of the Convention.[8] By contrast, the EU having its own legal personality[9], it is not subject to the Convention as long as it does not formally accede to it.

The rule according to which Member States engage their own responsibility under the Convention when applying Union law stems from the consideration that when doing so, they act on their own behalf, not on behalf of the EU, regardless of the fact that by fulfilling their obligations under Union law, the Member States also serve the interests pursued by the EU in the field of international cooperation and European integration. They nonetheless retain control over the decision-making process leading to their actions and over their execution, which is why these actions come within the scope of their own jurisdiction for the purposes of Article 1 of the Convention.

This approach, however, might not fit with the EPPO, given the novelty of its hybrid structure combining centralised EU and decentralised national components, thus raising new questions as to the respective Convention liabilities for EPPO actions and as to how to determine them. The novelty of this format indeed lies in the fact that while the functioning of the EPPO relies in several different ways on the activity of domestic authorities, this activity can no longer be automatically considered as being performed on behalf of the Member States concerned since, in contrast with most applications involving Union law before the Strasbourg Court so far, it is being performed as an inherent part of the operation of an EU body controlling large parts of that operation on the ground.

The question therefore arises as to how to go about this new form of cooperation between the EU and its Member States under the Convention. This comes down to asking whether legal acts performed in this context by domestic authorities are to be considered, from a legal point of view, as being performed by the EPPO itself or by the national authorities cooperating with the EPPO. In other words, are EPPO actions attributable to the Member States or to the EU ? Or to both ?

Indeed, as matters currently stand, only the Member States and not the EU are Contracting Parties to the Convention. Consequently, only acts by the former come within the scope of the Convention and can be challenged on that basis. Thus, the way the dividing line between EU and national responsibility runs through the EPPO structure will have a considerable impact on the protection of the fundamental rights of the citizens in this area. As a starting point of the analysis, one should take a brief look at the structure of the EPPO.

[8] Bosphorus v. Ireland (cited above), § 154.
[9] Art. 47 TEU.

3. THE EPPO STRUCTURE: COMBINING PARTNERS NOT EQUAL BEFORE THE CONVENTION

Recital 86 of the Regulation emphasises 'the specific nature of the tasks and structure of the EPPO, which is different from that of all other bodies and agencies of the Union'. One of these specificities lies certainly in the fact that while the EPPO is an EU office operating in the interest of the sole EU, it does so by nonetheless relying on the operational and judicial support of the Member States, this being seen as a concretisation of the principle of subsidiarity.[10] The Regulation characterizes this as a 'system of shared competence between the EPPO and national authorities in combating crimes affecting the financial interests of the Union'.[11]

As a result, the EPPO has been given a two-level structure combining a centralised European level with a decentralised national level. The European level consists of the Central Office of the EPPO, comprising the European Chief Prosecutor and 22 European Prosecutors, one from each participating Member State, who together build the EPPO College. It will only be responsible for the general oversight of the EPPO.[12]

As for the investigations and prosecutions on the ground, they will be carried out at a decentralised domestic level by national prosecutors acting as so-called European Delegated Prosecutors (the EDPs).[13] The latter will use the procedures provided for in the Regulation and, where applicable, national law.[14] Interestingly, the EDPs will wear a double hat, being at the same time members of the EPPO and members of their own national judiciary.[15] When acting as European Delegated Prosecutors, they shall act on behalf of the EPPO in their respective Member States and shall have the same powers as national prosecutors.[16] The so-called Permanent Chambers, set up at central level, shall monitor and direct their activity.[17]

At national level, the system will to a large extent rely on two different categories of domestic authorities, i.e. the national enforcement and the national judicial authorities.[18] This is in keeping with the purpose of the decentralised level in the EPPO structure which is to allow the EPPO to be in the proximity of the criminal offences to be prosecuted and

[10] Alexandre Met-Domistici, "The Hybrid Architecture of the EPPO" (cited above), p. 144.
[11] Recital 13 of the Regulation.
[12] Art. 9(2) of the Regulation.
[13] Recital 30 of the Regulation.
[14] Art. 5(3) and 28(1) of the Regulation; Peter Csonka, Adam Juszczak and Elisa Sason, "The Establishment of the European Public Prosecutor's Office" (cited above), p. 129.
[15] Art. 13(3) of the Regulation.
[16] Art. 13(1) of the Regulation.
[17] Art. 10(2) of the Regulation.
[18] Recital 69 of the Regulation.

to work hand in hand with the national enforcement authorities when carrying out investigations and prosecutions.[19]

From a Convention point of view, however, the EPPO structure represents a new challenge in that it combines partners who are not equal before the Convention, the national authorities being in principle bound by the Convention whereas the EPPO, as an EU office, is not. This also entails the consequence that the hybrid structure of the EPPO is operating within a hybrid legal framework regarding fundamental rights. The implications of this entirely novel constellation are discussed hereinafter, not without an inevitable element of speculation.

4. THE CONSEQUENCE: HYBRID CONVENTION LIABILITY FOR EPPO ACTION

Turning now to the initial question whether, in view of the hybrid structure of the EPPO, acts by the latter are attributable under the Convention to the EU or the Member States, it seems clear that it arises only in respect of procedural acts which, as Article 42(1) of the Regulation characterizes them, are intended to produce legal effects vis-à-vis third parties, such as investigation measures[20] or pre-trial detentions.[21] For only as a consequence of such acts can a person have victim status for the purposes of Article 34 of the Convention.[22] Consequently, any Convention liability in an EPPO context can only be incurred at the decentralised national level, following action undertaken on the ground either by a EDP or by domestic authorities.

In assessing the extent of Convention liability for EPPO action, one should distinguish between the respective actors involved in the operation of the EPPO, since they are not all subject to the Convention and exercise different levels of control over EPPO actions. The novelty here might then be the fact that in contrast with the principles applied so far in the case-law, Convention liability in an EPPO context is being disconnected from the control exercised over the acts giving rise to that liability. In this way, the hybrid nature of the EPPO is itself generating a different, hybrid kind of Convention liability, no longer adjusted to the amount of control exercised.

A. The European Delegated Prosecutors: Full Control, No Liability

Most operational decisions regarding investigations and prosecutions are expected to fall within the responsibility of the EDPs.[23] As regards the latter, the Regulation states that

[19] Peter Csonka, Adam Juszczak and Elisa Sason, "The Establishment of the European Public Prosecutor's Office" (cited above), pp. 126-127.
[20] Art. 30 of the Regulation.
[21] Art. 33 of the Regulation.
[22] Article 34 of the Convention states the right of every individual claiming to be the victim of a violation by one of the Contracting States of his or her Convention rights to file an application with the European Court of Human Rights.
[23] Alexandre Met-Domestici, "The Hybrid Architecture of the EPPO" (cited above), p.146.

when they act in their capacity as members of the EPPO, as opposed to their capacity as national prosecutors, they do so *on behalf of* the EPPO[24] and therefore on behalf of the EU as such. Article 8(1) of the Regulation indeed provides that the EPPO shall be an indivisible Union body operating as one single Office with a decentralised structure.

This would appear to settle the issue about the attribution of the procedural acts performed by the EDPs. In this respect, Recital 32 states that 'the European Delegated Prosecutors should be an integral part of the EPPO and as such, when investigating and prosecuting offences within the competence of the EPPO, they should act exclusively on behalf and in the name of the EPPO on the territory of their respective Member State'. Thus, in that capacity they are members of an EU body, acting in the sole interest of the EU, their competences and powers being to a large extent determined by Union law, with national law being applied only to the extent that the Regulation contains no relevant provisions.[25]

Under these circumstances, the Strasbourg case-law, and notably the *Boivin* decision,[26] would appear to point towards considering action by EDPs as attributable to the EU, given the separate legal personality of the latter and the absence of involvement of national authorities in the decision-making process concerning the actions undertaken by the EDPs, who enjoy full independence and autonomy vis-à-vis those authorities.[27] Their action would therefore be outside the scope of the Convention.

B. The National Authorities: In Between Control and Liability

The EDPs, however, can be expected to rely to a significant extent on the national authorities, i.e. on the enforcement authorities but also on the national judiciary of the Member States on whose territory they will operate. Interestingly, while the Regulation explicitly provides that the EDPs shall act on behalf of the EPPO,[28] no such indication is given as regards the domestic authorities operating in the same context. How about their liability under the Convention ? This will depend on whether their action will fall within the jurisdiction of their respective Member States or within that of the EU, i.e. on whether their action will be attributable under the Convention to the Member State concerned or to the EU.

[24] Art. 13(1) of the Regulation.
[25] Art. 5(3) of the Regulation.
[26] ECHR 9.9.2008 (dec.), Boivin v. France and Belgium and 32 other Member States of the Council of Europe, 73250/01. The Court found *inter alia* that "… the impugned decision thus emanated from an international tribunal outside the jurisdiction of the respondent States, in the context of a labour dispute that lay entirely within the internal legal order of Eurocontrol, an international organisation that has a legal personality separate from that of its member States. At no time did France or Belgium intervene directly or indirectly in the dispute, and no act or omission of those States or their authorities can be considered to engage their responsibility under the Convention."
[27] See Recital 32 stating that the EDPs should be granted "a functionally and legally independent status which is different from any status under national law".
[28] Art. 13(1) of the Regulation.

As indicated above, this seems to be a rather novel question. For up until the EPPO took up its duties, national authorities implementing Union law have always been considered as nonetheless acting on their own behalf and in pursuance – at least in part – of their own interests. The initiative and the competence to undertake and carry out action pursuant to Union law remained with those national authorities, even when there was an Union law obligation to act, such as in the *Bosphorus* case. In simple terms, they were in control of any action being performed on this basis.

With the EPPO the question will arise, it would seem for the first time in the history of the Convention, whether in these new legal circumstances national authorities can still be considered to act on their own behalf when providing operational support and/or judicial assistance to an EU body, in this case the EPPO. In answering that question, one should however distinguish the enforcement from the judicial national authorities, their respective actions being of a different nature.

(i). National Enforcement Authorities: No Control, No Liability

As regards the national enforcement authorities, such as police forces and investigators supporting EPPO operational action, Article 28(1) of the Regulation provides that

> 'The European Delegated Prosecutor handling a case may, in accordance with this Regulation and with national law, either undertake the investigation measures and other measures on his/her own or instruct the competent authorities in his/her Member State. Those authorities shall, in accordance with national law, ensure that all instructions are followed and undertake the measures assigned to them.'

Thus, a EDP is entitled to give instructions to the competent domestic authorities. Recital 69 states in this respect:

> 'The EPPO should rely on national authorities, including police authorities, in particular for the execution of coercive measures. Under the principle of sincere cooperation, all national authorities and the relevant bodies of the Union, including Eurojust, Europol and OLAF, should actively support the investigations and prosecutions of the EPPO, as well as cooperate with it, from the moment a suspected offence is reported to the EPPO until the moment it determines whether to prosecute or otherwise dispose of the case.'

Thus, investigation measures by national authorities acting under the instructions of EDPs are presented by the Regulation as equivalent to those measures being taken by the EDPs themselves[29], i.e. on behalf of the EU. Moreover, the operational control over actions carried out by domestic authorities on the basis of Union law is here, in contrast with

[29] The available options will depend on the procedural law of the Member State concerned.

previous cases, no longer with the national but with the EU authorities.[30] How does the Convention apply to this new constellation ?

It remains of course to be seen how these authorities will cooperate with the EDPs in practice, there being little doubt that the concrete *modus operandi* might vary depending on a number of personal and local circumstances. But the fundamental legal question arising out of this constellation would appear to be whether in supporting and/or participating in such EPPO investigations, the domestic enforcement authorities will enjoy a degree of operational autonomy and control over their actions which goes beyond what is required for the simple execution of instructions and would therefore justify considering the said authorities to be in charge to the point of acting *on their own behalf* and *engaging their own responsibility* under the Convention. Of course, they will be under a duty to cooperate with the EDPs[31] but that duty alone does not necessarily prejudge their actual degree of autonomy in discharging it.

These issues have of course arisen too recently for there to be relevant case-law already available. Moreover, the mere fact that the Member States make available to the EPPO part of their own enforcement authorities would not appear to automatically allow the conclusion that they are responsible under the Convention for actions performed by these authorities in an EPPO context. Such a reasoning would indeed disregard the separate legal personality of the EU and wipe out any responsibility of the latter for EPPO action.[32]

One might therefore turn for guidance, *mutatis mutandis,* to the Convention case-law dealing with a comparable question arising in a different context, i.e. the case-law on the extent to which States can be held responsible under the Convention for military actions performed abroad under the umbrella of an international organisation such as the UN or NATO. The issue here is whether from a legal point of view, such actions are to be considered as having been performed by the States themselves, thus engaging their own Convention liability, or by the international organization whose aims the States had only helped pursuing by contributing troops.

While it is of course clear that enforcement authorities are not to be equated with military troops, this case-law would nonetheless appear to offer some criteria which could be

[30] The scheme set up by the Regulation is also to be distinguished from the one introduced by Regulation 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, regarding the European Commission's powers of inspection. The latter scheme is indeed based on "close cooperation" between the Commission and the competition authorities of the Member States (Art. 11). Inspections of undertakings are carried out by Commission officials (Art. 20). It is only if an undertaking opposes such an inspection that the Member State concerned shall afford the necessary assistance, if need be by the police (Art. 20(6)). If this assistance requires authorization from a judicial authority according to national rules, the control by that judicial authority is limited to checking the absence of arbitrariness and the proportionality of the request for assistance (Art. 20(7) and (8)). See also General Court of the EU 8.3.2007, France Télécom SA, T-339/04 and T-340/04.

[31] Recital 69 and Art. 28(1) of the Regulation.

[32] See, *mutatis mutandis,* ECHR 9.9.2008 (dec.), Boivin v. France and Belgium and 32 other Member States of the Council of Europe (cited above).

relevant, *mutatis mutandis,* in an EPPO context, notably the territorial nature of the jurisdiction of the States and the degree of authority and control involved in the carrying out of the duties concerned. The first criterion, however, is of not much use in the present context. While it is clear that all actions of – and on behalf of – the EPPO can be expected to take place on the territory of one or more of the 22 Member States participating in the EPPO system, this is of little help in determining the respective responsibilities involved in EPPO action. State jurisdiction within the meaning of Article 1 of the Convention is of course primarily territorial[33] but there has never been any doubt in the case-law about the fact that actions by international organisations do not come within the scope of the Convention only because their effects are felt on the territory of a Contracting State. Simply because while international organisations may have their own legal personality, they do not have their own territory.

The second criterion, i.e. the degree of authority and control enjoyed by the national military command in executing missions under the umbrella of an international organisation, might be more relevant. In applying it, the Court has regard both to the legal and factual aspects of the case, i.e. to the applicable legal framework governing those missions as well as to the reality on the ground. Consequently, the analysis is made on a case-by-case basis. In essence, the Court considers that if those aspects allow the conclusion that the degree of authority and control left to the military command of the State concerned is such as to amount to an effective control over a territory, an area or certain persons, actions carried out under these circumstances will be attributed to that State and not to the international organisation providing the overarching framework for the operation. In other words, that State will be considered as having acted on his own behalf and will therefore be held responsible under the Convention. In the absence of such an effective control, the international organisation concerned and not the State providing the troops will be held responsible.[34] In fact, one would in principle not even need to rely on this specific case-law, since it only applies an ancestral common-sense legal principle according to which responsibility is the logical consequence of control.

Transposing that case-law *mutatis mutandis* to the EPPO, one should now inquire about the degree of control and autonomy enjoyed by the national enforcement authorities when they act in an EPPO context. With very little practical experience or EU case-law available on the topic, the analysis will have to mainly rely on the legal framework governing action by the EPPO.

Relevant factors in this respect would appear to be, first, that these enforcement authorities will receive instructions from the EDP in charge and will be legally bound to follow these instructions.[35] The EDPs will also be entitled to order or request them to carry out

[33] ECHR 21.1.2021, Georgia v. Russia (II), 38263/08, § 81.
[34] See, among others, ECHR 2.5.2007 (dec.), Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway, 71412/01 and 78166/01; ECHR 21.1.2021, Georgia v. Russia (II) (cited above), § 81.
[35] Art. 28(1) and Recitals 69 and 87 of the Regulation.

investigation measures.[36] Moreover, and however much autonomy might be left to them *de iure* or *de facto*, the fact remains that actions performed by domestic authorities in this context will be meant to back-up action decided and initiated by the sole EPPO, an EU institution acting in furtherance of the sole financial interests of the EU and whose competence is limited to offences defined in the PIF-Directive and committed to the detriment of the sole EU. This being so, it seems also clear that national enforcement authorities involved in such EPPO action will report to the EDP in charge, who will in turn report to his/her EPPO hierarchy,[37] which will retain ultimate authority and control over EPPO operations.

In fact, there would appear to be little difference, in terms of operational autonomy, between the constellation described above and the one presenting itself when the very same national enforcement authorities receive instructions from a national prosecutor. This is indeed the very reason why it was decided that the EDPs should at the same time remain national prosecutors and operate on the basis of their respective national procedural law, i.e. in order for them to be able to rely on the same enforcement authorities and in the same manner. Thus, the national enforcement authorities cannot be expected to have any more control and autonomy vis-à-vis the EDPs than they have vis-à-vis the national prosecutors whom they service under national procedural law. The only difference being that with the EDPs the instructing authority is an EU and not a national institution.

If this is pertinent, the constellation thus occurring brings us rather close, *mutatis mutandis,* to the one which presented itself in the case of *Behrami and Behrami*, in which the UN Security Council was found to retain ultimate authority and control over French, German and Norwegian troops operating in Kosovo and exercising military powers which had been delegated to them, via intermediate structures, by the UN. The impugned actions were therefore attributed to the UN itself with the consequence that, the UN having its own legal personality but not being a Contracting Party to the Convention, the applications were declared inadmissible *ratione personae.*[38] By contrast, in the *Jaloud* case the Dutch Government was held responsible for military action by its troops operating in Iraq as part of a Multinational Division which was under the command of an officer of the armed forces of the United Kingdom. This was because the Netherlands had in fact assumed responsibility for providing security in that area, to the exclusion of other participating States, and because it had retained full command over its contingent there.[39] The Court could not find that the Netherlands troops had been placed 'at the disposal' of any foreign power or that they were 'under the exclusive direction or control' of any other State.[40]

[36] Art. 30(1) and (4) and Art. 33(1) of the Regulation.
[37] Art. 28(1) of the Regulation.
[38] ECHR 2.5.2007 (dec.), Behrami and Behrami (cited above), §§ 141 and 143.
[39] ECHR 20.11.2014, Jaloud v. the Netherlands, 47708/08, § 149.
[40] § 151.

In sum, applying these criteria *mutatis mutandis*, it would appear difficult not to consider the EPPO itself, and ultimately the EU, as responsible for all operative measures undertaken by the EPPO, including those executed with the support of domestic enforcement authorities. Consequently, these measures would not come within the scope of the Convention, precluding them from being challenged before the European Court of Human Rights. In other words, from a Convention perspective, there is no other responsibility involved for EPPO action than that of the EU. That said, it is also clear that the Court assesses such situations on a case-by-case basis. This should allow it to take into account any untypical constellations arising in a given case and to adjudicate accordingly.

(ii.) National Courts: Limited Control, Full Liability

The second level of domestic activity in the EPPO framework is that of the national courts. They are called upon to act in three different ways, i.e. by authorising, if national law so requires, certain measures requested by a EDP, by carrying out a judicial review of procedural acts of the EPPO which are intended to produce legal effects vis-à-vis third parties[41] and by adjudicating the cases brought before them by the EDPs.[42] The other remedies provided for by the Regulation are within the competence of the CJEU.[43]

The assessment of the legal position under the Convention of national courts acting in an EPPO context would appear to be somewhat trickier. Unlike the national enforcement authorities, they do not receive any instructions from any authorities and even less from the EPPO, national courts being independent. It can therefore be assumed that in exercising their functions under the Regulation they will act in their capacity as national judicial institutions. The fact that they are called upon to apply Union law alongside their own national procedural and/or substantive law does not alter that finding, this being common practice for the courts of the Member States. There is also no provision in the Regulation indicating, as it does for the EDPs, that they would act on behalf of any other authority than their own State.[44]

From a Convention point of view, however, the difficulty for these courts will be to determine whether they should apply the Convention when acting in an EPPO context, having regard to the fact that the Convention currently does not apply to the EU and its institutions and offices. While the Regulation is explicit about the procedural rules applicable to the investigations and prosecutions on behalf of the EPPO, stating that national law shall apply only to the extent that a matter is not regulated by the Regulation,[45]

[41] Art. 42(1) of the Regulation.
[42] Art. 36 of the Regulation.
[43] Art. 42(2) of the Regulation.
[44] In this connection, Recital 88 of the Regulation states that for the purpose of the judicial review to be carried out by the national courts, "effective remedies should be ensured in accordance with the second subparagraph of Article 19(1) TEU". The reference to this provision confirms that national courts are to be seen as acting in the context of domestic remedies.
[45] Art. 5(3) of the Regulation.

it is silent about the law to be applied by the national courts. It can therefore be assumed that their main legal source will be the national code of criminal procedure and, as regards the substantive provisions, the national law transposing the PIF-Directive. Article 41 of the Regulation, however, lists several procedural safeguards which are available to any suspected or accused person in the criminal proceedings of the EPPO, including those laid down in the EU-Charter and the directives on procedural rights, thereby stating that the procedural rights available under national law shall also apply, without prejudice to the Union law rights referred to in the same provision.

But how about the Convention ? It is of course an integral part of the legal system of all EU Member States and should therefore be applied by all national courts of the Member States, including in the field of Union law. But the EPPO, being an EU office, is not subject to the Convention. Should the national courts nonetheless apply the Convention when assessing its investigations ? Can in this way compliance with the Convention by the EPPO be imposed through the backdoor ? Or is the specification that national procedural safeguards should be applied 'without prejudice to' the Union safeguards to be understood as precluding the application of national safeguards, including those of the Convention, to the extent that they depart from, or affect the efficiency of the Union standards ? If so, could the Convention be displaced in this way ? All of this remains unclear.

However that may be, for the sake of the analysis it will be assumed hereinafter that in these circumstances the national courts will also apply the Convention, along with the relevant EU norms, since they will act as national courts and in this capacity are in principle subject to the Convention.[46] The final word on this issue will be for the European Court of Human Rights, in the context of an application. The fact remains, though, that this general ambivalence as to the applicable fundamental rights, with courts which are subject to the Convention having to assess actions by a public prosecutor who is not, generates an inconsistent legal situation raising doubts as to its compatibility with the rule of law.[47]

Assuming that the national courts will apply the Convention when assessing EPPO actions, an entirely novel constellation in criminal procedure will indeed arise in which the investigation and prosecution of cases on the one hand, and their adjudication on the other, will no longer be subject to the same corpus of fundamental rights, even though they are part of a single set of proceedings. The two main actors in a play will no longer play by the same book, as it were. Of course, the fact that, in practice, the EDPs will be taken from the national prosecutors, who are used to apply the Convention when dealing with domestic cases, might of course help minimize the impact of these problems. This, however, cannot replace a clear and consistent regulation of the matter, in compliance with the principle of

[46] As explained above, the EU Member States are under a Convention obligation to apply Union law in a manner which is compatible with the Convention. In practical terms, this comes down to an obligation on the domestic courts of the EU Member States to comply with both Union and Convention law in adjudicating their cases.
[47] Art. 5(2) of the Regulation provides that the EPPO shall be bound by the principles of rule of law and proportionality in all its activities.

the rule of law which requires clarity, uniformity and predictability of the applicable norms throughout criminal proceedings.[48] Instead, the role of the Convention and its interaction with Union law in the EPPO context seem left in a limbo which is prejudicial to all concerned.

This problem is not purely theoretical, nor is it only about the consistency of the norms applied to a set of proceedings. Actually, it is also about compliance with the Convention minimum protection standard, which Union law does not always meet. Admittedly, as an EU office the EPPO is subject to the EU-Charter, as are the national courts when they implement Union law, which would appear to be the case in an EPPO context.[49] But the EU-Charter is not equivalent to the Convention, even less so in day-to-day practice. Of course, the EU-Charter provides that its interpretation should respect the Convention protection level, while being allowed to exceed it.[50] However, this does not always play out well in reality. The *non bis in idem* principle, which is very relevant in the EPPO context,[51] is a telling illustration of Luxembourg applying different and sometimes even lower standards than Strasbourg, in spite of the prescriptions of the EU-Charter.[52] Regrettably, more than ten years after the entry into force of the EU-Charter, these prescriptions have not proven capable of fully guaranteeing a stable, harmonious and predictable relationship of the EU-Charter with the Convention, not least because of divergent methodological approaches in some areas.[53]

Numerous other issues of coherence between the fair trial requirements of the Convention and those of Union law are likely to arise in the context of criminal proceedings initiated by the EPPO. The directives concerning the rights of suspects and accused persons in criminal proceedings, for example, which are listed in Article 41(2) of the Regulation

[48] Save when the change is to the benefit of the accused.
[49] Art. 51(1) of the EU-Charter.
[50] Article 53(2) of the EU-Charter.
[51] See Recital 83 of the Regulation.
[52] See CJEU 27.5.2014, Spasic, C-129/14 PPU, ruling that Art. 54 of the Convention Implementing the Schengen Agreement, which makes the application of the *ne bis in idem principle* subject to the condition that, upon conviction and sentencing, the penalty imposed "has been enforced" or is "actually in the process of being enforced", is compatible with Art. 50 of the EU-Charter. This is in contrast with ECHR 10.2.2009, Sergey Zolotukhin v. Russia, 14939/03, § 110: "Article 4 of Protocol No. 7 is not confined to the right not to be punished twice but extends to the right not to be prosecuted or tried twice". Significant methodological differences have also cropped up in the way the two European Courts apply the *non bis in idem* principle to so-called dual proceedings, i.e. a combination of administrative and criminal proceedings applied in respect of the same reprehensible conduct. Compare e. g. CJEU 20.3.2018, Menci, C-524/15 with ECHR 15.11.2016, A and B v. Norway, 24130/11 and 29758/11. On the lack of harmony between Strasbourg and Luxembourg in the application of *non bis in idem*, see Johan Callewaert, "Do we still need Article 6(2) TEU? Considerations on the absence of EU accession to the ECHR and its consequences", Common Market Law Review, 2018, p. 1685 (1707) ; Léa Maulet, "Le principe *ne bis in idem*, objet d'un 'dialogue' contrasté entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme", Revue trimestrielle des droits de l'homme, 2017, p. 107 ; Laure Milano, "Le principe *non bis in idem* devant la Cour de Luxembourg, vers un abaissement de la protection accordée au principe", Revue trimestrielle des droits de l'homme, 2019, p. 161.
[53] See Johan Callewaert, "Do we still need Article 6(2) TEU? " (cited above), p. 1695; idem, "Vingt ans de coexistence entre la Charte et la Convention européenne des droits de l'homme : un bilan mitigé", to be published in the Cahiers de droit européen.

among the applicable sources of fundamental rights,[54] could easily become the source of such issues. They cover large parts of the notion of fair trial within the meaning of Article 6 of the Convention, but do not always follow the same approach as this provision, leaving the burden of sorting that out with the national courts, with all the opportunities for error which this entails. That said, no problem of compliance with the Convention will arise as long as Union law provides a level of protection equal or higher than that of the Convention.[55]

However that may be, the upshot is that under the scheme put in place by the Regulation the national courts may end up applying Convention standards to a prosecution which was carried out by an authority which was not itself bound by the Convention and may therefore not have complied with it, e.g. by not applying the *non bis in idem* principle as interpreted in Strasbourg, while having nonetheless acted lawfully under Union law. This is likely to generate quite some confusion and legal uncertainty. Judging by their public statements, it seems indeed ever more difficult for national courts to come to terms with diverging case-law on fundamental rights[56] but this newly created EPPO scenario uniting within the same proceedings different authorities not subject to the same fundamental rights standards would appear to be a recipe for even more confusion in this field.

This may also have repercussions in Strasbourg, in the context of applications challenging judgments by the national courts handing down convictions on the basis of the Regulation.[57] Presumably, the Member States concerned will incur Convention liability by reason of their own courts having endorsed, or not, the prosecution by the EPPO[58]. In that case they will find themselves as respondents in Strasbourg on account of prosecutions which were initiated, steered and controlled by an EU body and for the exclusive benefit of the EU which is not itself subject to the Convention. In this capacity, they will be held accountable for any breaches of the Convention which might be left unremedied by their courts and resulted from these prosecutions, notably those which might stem from the fact that the EPPO, although faithfully complying with Union fundamental rights, did not meet the Convention minimum. To this extent, the EPPO scheme entails a distortion of the hitherto prevailing principle according to which the single and overall responsibility of States under the Convention is the logical consequence of their full control over – and full benefit from – the actions being challenged in the application.

---

[54] On those directives, see François Catteau, "Les droits procéduraux des personnes poursuivies et des victimes de criminalité devant la Cour de justice de l'Union européenne. Vers un droit européen de la procédure pénale ?", Cahiers de droit européen, 2020, p. 485.
[55] Art. 53 of the Convention.
[56] In that sense, see, among others, the complaints expressed by Mr. Justice Clarke, Chief Justice of Ireland, in his speech titled "Who Harmonises the Harmonisers?", delivered on 31 January 2020 at the Solemn Hearing on the occasion of the Opening of the Judicial Year of the European Court of Human Rights (https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20200131_Clarke_JY_ENG.pdf; last consulted on 24.2.2021).
[57] Of course after exhaustion of the domestic remedies in the Member State concerned.
[58] See, *mutatis mutandis*, ECHR 5.9.2017, Bărbulescu v. Romania, 61496/08, § 110.

In simple terms, the fact that EPPO proceedings are to be conducted under a double corpus of fundamental rights, one for the prosecution and another for the adjudication, is a case of 'double standards' distorting the uniformity which should in principle characterize, throughout criminal proceedings, the fundamental rights applied to the latter, as required by the rule of law. Where this results in a failure to comply with the Convention, the Member State concerned will, in addition, incur liability in Strasbourg.

By way of example, should the EPPO have applied the less protective Luxembourg interpretation of the *non bis in idem* principle rather than the more protective Strasbourg one, and should this – whatever the reason – not have been remedied by the national courts, the Member State concerned will assume full responsibility for the finding of a violation of Article 4 of Protocol no. 7 to the Convention by the European Court of Human Rights. This would include responsibility for the execution of the judgment, which may also entail consequences for the EPPO. And even if this was remedied by the domestic courts applying the Convention standards, the question remains whether it is right in principle to let the EDPs operate under different, potentially lower standards, with the consequence that their prosecution might be declared invalid in the course of a judicial review by the domestic courts.

In sum, with their involvement in this hybrid EPPO structure, the Member States take the risk of being held accountable under the Convention for actions by the EPPO which they do not fully control, which are subject to a different corpus of fundamental rights and which do not benefit them but only the EU. And the EU, for its part, takes the risk of seeing EPPO prosecutions being invalidated by domestic courts applying a Convention protection level which may be higher than the Union level.

5. CONCLUSION: AN AMBIVALENT FUNDAMENTAL RIGHTS FRAMEWORK AND DISTORTED CONVENTION LIABILITIES

The new EPPO scheme is presented by the Regulation as creating a system of shared competence between the EPPO and national authorities.[59] Yet one cannot help thinking that in terms of the fundamental rights applicable to the scheme, the competence is not well shared, characterized as it is by ambivalent standards and unequal responsibilities, to the detriment of the participating Member States and the persons prosecuted by the EPPO.

The system is indeed marked by a distortion of the commonly applied logical link between liability for violations of fundamental rights and control over the actions entailing those violations. As well as by a distortion of the unity and uniformity of the corpus of fundamental rights to be applied throughout a single set of criminal proceedings, from the investigation and prosecution up to the judicial review and the adjudication. As a result, those who can be held accountable in Strasbourg, i.e. the participating Member States, are

[59] Recital 13 of the Regulation.

not in control of the EPPO but can nonetheless be found, on account of EPPO action, in breach of fundamental rights which do not apply to the EPPO itself. Citizens, for their part, can be confronted with the prosecution being guided by different fundamental rights than the bench.

What adds to the complexity and the unbalance created by these distortions is the fact that they operate to the exclusive benefit of the EU. So, in response to the question asked in the title of this paper, there is indeed a case to answer in Strasbourg for the actions of the European Public Prosecutor, but it will, at best, be answered by the Member States rather than the EU, even in cases of shared responsibility.

The only way to minimize the impact of these distortions would be for the EU to become a Contracting Party to the Convention, along with its own Member States. While this would not remove the exclusive Convention liability of the Member States in Strasbourg, all judicial remedies to be exhausted at domestic level[60] being those of the Member States,[61] it would nonetheless represent a significant improvement, in at least two ways. First, it would formally allow Convention liability of the EPPO before the national courts, in the context of their judicial review. Secondly, it would do away with the hybrid legal framework characterizing the protection of fundamental rights under the EPPO Regulation, thereby removing all ambivalence and legal uncertainty as to the fact that all concerned – the EPPO, the domestic courts and the European Court of Human Rights – are bound to respect the same minimum fundamental rights, without prejudice to any higher standards. This would be a worthwhile contribution to a better implementation of the principles of the rule of law and procedural fairness, advocated by the Regulation itself.[62]

Such a move would seem all the more important in light of the fact that if the EPPO proves successful, its competence might be extended in the future to other areas. Moreover, the format combining European and national components in a hybrid operational set-up seems to be spreading to other areas, Frontex being only one example.[63]

[60] Art. 35 § 1 of the Convention.
[61] By virtue of the second subparagraph of Art. 19(1) TEU, according to Recital 88 of the Regulation.
[62] Art. 5(1) of the Regulation and Recital 83.
[63] See Regulation (EU) 2019/1896 of 13 November 2019 on the European Border and Coast Guard and repealing Regulations (EU) No 1052/2013 and (EU) 2016/1624. See also Romain Tinière, "Le règlement 2019/1896 et le renforcement des compétences de Frontex", *Journal de droit européen*, 2021, p. 10.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: Un instrument de droit vivant… et donc fragile

Christophe Maubernard[*]

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne nait dans un contexte singulier, une période de transitions, entre un siècle finissant emporté par une globalisation économique frénétique et un optimisme relatif et l'aube d'un nouveau, incertain, mais résolument tourné du côté européen vers l'élargissement et, avec plus de difficultés, l'approfondissement[1]. Ni les attentats terroristes commis sur le territoire des Etats-Unis en 2001 ni même la deuxième intervention militaire en Irak au cours de l'année 2003 n'auront raison de l'unité européenne, dont une conférence intergouvernementale accouchera d'un traité établissement une Constitution pour l'Europe en 2005. La suite est toutefois moins réjouissante, depuis le rejet de ce projet de traité, somme toute sans conséquences immédiates pour la poursuite de la construction européenne, la crise économique et financière puis désormais la pandémie, sans oublier et concomitamment le retrait d'un Etat membre et non du moindre.

Il faisait peu de doute, dès sa proclamation le 7 décembre 2000 à Nice, que cette Charte aurait vocation à devenir le texte de référence pour la protection des droits et libertés fondamentaux. Outre sa nature constitutionnelle voire « constitutionnalisante »[2], l'Union européenne se dotait de son propre corpus de droits et de libertés, sans pour autant renier l'immense héritage dont elle était redevable à l'égard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après « la CEDH ») et de la Cour de Strasbourg[3]. Les « droits correspondants » de la Charte doivent dès lors se conformer à leur double conventionnel tels qu'interprétés par leur juge[4].

---

[*] Maître de conférences HDR à l'Université de Montpellier, IDEDH.

[1] G. Braibant, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Témoignages et commentaires*, Seuil, 2001.

[2] M. Poiares Maduro, « How Constitutional Can the European Union be? The Tension between Intergovernamentalism and Constitutionalism in the European Union », *Jean Monnet Working Paper*, 5/2004 ; L. Burgorgue-Larsen, « Ombres et lumières de la constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *C.D.E.*, 2004, pp. 863-890.

[3] C. Lalumière, « La Charte des droits fondamentaux et la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue québécoise de droit international*, 2000, vol. 13-1, pp. 167-186. Voy. également, M. Levinet, « La Convention européenne des droits de l'homme socle de la protection des droits de l'homme dans le droit constitutionnel européen », *RFDC*, 2011, n° 86, pp. 227-263.

[4] D. Dero-Bugny, *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2015 ; C. Picheral et L. Coutron, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2012.

Son intérêt était aussi, cependant, de permettre une meilleure articulation entre une protection des droits fondamentaux devenue l'une des conditions existentielles de l'Union et les autres objectifs définis dans les traités, variés et parfois hermétiques à la dimension droits de l'homme[5]. C'est pourquoi la Charte s'adresse avant tout aux institutions de l'Union et aux Etats membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit européen[6], à travers un contrôle renforcé de la légalité, celui-ci devant prendre en considération leur marge d'appréciation et le « respect de la diversité des cultures et des traditions des peuples de l'Europe, ainsi que de l'identité nationale des États membres et de l'organisation de leurs pouvoirs publics au niveau national, régional et local »[7]. Ce n'est que dans un second temps, que la Charte produira pleinement ses effets à l'égard de la sphère individuelle des droits. Si une telle approche doit être nuancée, tant la Cour européenne des droits de l'homme est bien amenée de son côté à contrôler l'activité des Etats parties, tout comme la Cour de justice s'interroge à l'inverse sur la substance des droits fondamentaux, il n'en reste pas moins que les deux juges européens opèrent un contrôle distinct en raison du texte dont ils assurent le respect et de leur office respectif[8].

La Charte des droits fondamentaux a connu depuis lors un essor spectaculaire, sous le triple effet de son inclusion dans le droit primaire avec le traité de Lisbonne, de sa valeur acquise aux yeux des institutions et des organes de l'Union et de son usage juridictionnel. La Charte créé ainsi un *habitus*, à défaut d'accorder à l'Union une compétence authentique dans le domaine de la protection des droits de l'homme. Cet *habitus* n'est pas immuable et statique mais au contraire vivant et souple comme en témoignent des jurisprudences récentes.
C'est pourquoi la texture de la Charte est mouvante, évoluant au fil de la lecture qui en est faite par les institutions politiques **(Partie II)** comme par les juges **(Partie III)**. Ces évolutions sont aussi le fruit des valeurs que porte en lui ce texte singulier **(Partie I)**.

Partie I – Une Charte qui substantialise les valeurs de l'Union

Il n'est pas inutile de débuter par un rappel relatif à l'architecture de la Charte. Faisant suite à son Préambule, sur lequel nous reviendrons, le texte se compose de 7 Chapitres intitulés *Dignité, Libertés, Egalité, Solidarité, Citoyenneté, Justice* ainsi qu'un dernier plus spécifique relatif aux *Dispositions générales*, qui contiennent des valeurs partagées par

[5] L'on pense, notamment, aux domaines relevant de l'action extérieure, ceux qui ont une forte dimension intergouvernementale ou encore les domaines dits « techniques ».
[6] CJUE, gde ch., 26 février 2013, *Akerberg Fransson*, aff. C-617/10. Il peut arriver toutefois que l'Etat mette en œuvre le droit de l'Union mais que les dispositions invoquées de la Charte ne trouvent pas à s'appliquer. Tel est le cas en matière de contentieux fiscal à propos de la TVA intracommunutaire et de l'article 41 de la Charte sous l'angle du respect des droits de la défense dans le cadre d'un litige avec une administration nationale : voir, par exemple, CJUE, 17 décembre 2015, *WebMindLicenses Kft. contre Nemzeti Adó- és Vámhivatal Kiemelt Adó- és Vám Főigazgatóság*, aff. C-416/14. Dans ce cas la Cour de justice mobilise les principes généraux du droit.
[7] Préambule de la Charte des droits fondamentaux, 3ème alinéa.
[8] L. Burgorgue-Larsen, « L'apparition de la Charte des droits fondamentaux de l'Union dans la jurisprudence de la CJCE ou les vertus du contrôle de légalité communautaire », *A.J.D.A.*, 2006, n° 41, pp. 2285-2288. F. Picod, « Pour un développement durable des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Mélanges en l'honneur de J. –P. Jacqué*, Dalloz, 2010, pp. 527-546.

l'Union et ses Etats membres. La Charte concrétise ces valeurs, ou plutôt elle les substantialise en précisant pour chacune d'entre elles quels sont les droits et les libertés qui s'y rattachent. Le juge peut aussi combler d'éventuelles lacunes ou préciser la portée de tel ou tel droit ou principe[9] voire leurs interactions[10].

Ces différents Chapitres ont des caractères propres. Ainsi, ceux intitulés *Dignité*, *Libertés* et *Justice* renferment des droits civils et politiques mais aussi procéduraux, la plupart d'entre eux étant déjà consacrés au sein de la CEDH. A l'inverse, les chapitres *Egalité* mais surtout *Solidarité* et *Citoyenneté* s'inscrivent, pour partie, dans une logique de modernisation des garanties résultant d'évolutions sociétales et, pour une autre, dans l'idée d'une meilleure articulation avec le cadre institutionnel et les objectifs spécifiques de l'Union. Si les premiers consacrent des « droits fondamentaux », les seconds forment un ensemble plus hétéroclite de droits côtoyant des libertés et des principes, qui n'ont pas tous la même valeur comme l'affirment les Explications du praesidium et la jurisprudence[11]. Néanmoins, ce serait une erreur de considérer que les uns auraient, par nature, une valeur supérieure aux autres. Le droit de négociation et d'actions collectives (art. 28) ou le droit à une bonne administration (art. 41) bénéficient, par exemple et en règle générale, d'une protection plus étendue que le droit de propriété ou la liberté professionnelle qui relèvent pourtant du chapitre *Libertés*[12].

Si ces éléments ne font, somme toute, que reprendre la *suma divisio* bien connue entre les droits dits « libertés » et ceux qualifiés de droits « créances », les premiers affectant le patrimoine des individus tandis que les seconds imposent d'abord des obligations aux autorités publiques, cette division est sans incidence sur les valeurs elles-mêmes[13].

---

[9] CJUE, gde ch., *Association de médiation sociale et autres*, aff. C-176/12, point 45 : « Il ressort donc clairement du libellé de l'article 27 de la Charte, que, afin que cet article produise pleinement ses effets, il doit être précisé par des dispositions du droit de l'Union ou du droit national ».

[10] Comme, par exemple, les rapports entre le droit au respect de la vie privée et le droit à la protection des données à caractère personnel ; voy. CJUE, gde ch., 6 octobre 2020, *La Quadrature du Net at autres*, aff. jtes C-511, 512 et 520/18, point 115 : « la conservation des données relatives au trafic et des données de localisation constitue, par elle-même, d'une part, une dérogation à l'interdiction, prévue à l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2002/58, faite à toute autre personne que les utilisateurs de stocker ces données et, d'autre part, une ingérence dans les droits fondamentaux au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel, consacrés aux articles 7 et 8 de la Charte, sans qu'il importe de savoir si les informations relatives à la vie privée concernées présentent ou non un caractère sensible ou si les intéressés ont ou non subi d'éventuels inconvénients en raison de cette ingérence ».

[11] Par exemple sur le droit à la négociation collective (art. 28 de la Charte) voy. CJUE, 8 septembre 2011, *S. Hennigs*, aff. jtes C-297 et 298/10, point 67.

[12] R. Tinière, « Liberté professionnelle et droit de travailler, liberté d'entreprendre et droit de propriété (articles 15, 16 et 17 de la Charte », *in* C. Maubernard (dir.), « Les juridictions de l'Union et les droits fondamentaux. Chronique de jurisprudence (2016) », *RTDH*, juillet 2017, pp. 536-539 et sp. pp. 536 : « L'année 2016 confirme la tendance de ces trois dispositions de la Charte à combiner large applicabilité et faible intensité normative, les droits qui y sont consacrés étant souvent invoqués avec succès pour voir ensuite leur importance minorée par la Cour lors de l'examen de la proportionnalité de l'ingérence ».

[13] I. Pingel, « Les valeurs dans les traités européens. Illustrations », *JDI*, n° 4, octobre 2020, doctr. 10. L. S. Rossi, « La valeur juridique des valeurs. L'article 2 TUE : relations avec d'autres dispositions de droit primaire de l'UE et remèdes juridictionnels », *RTDE*, 2020, n° 3, pp. 639-659.

Prenons l'exemple de l'arrêt *Commission c/ Pologne* du 24 juin 2019[14]. Une loi polonaise prévoyait d'abaisser l'âge de départ à la retraire des juges de la Cour suprême tout en accordant au président de la République le pouvoir discrétionnaire de prolonger leur activité au-delà de cette limite d'âge. La Commission avait introduit un recours en manquement au motif que ces dispositions contreviendraient aux articles 19, § 1, du TUE (rôle de la Cour de justice et voies de recours juridictionnelles effectives) et 47 de la Charte (droit à un recours effectif et accès à un tribunal impartial). Or, pour interpréter ces dispositions, la Cour de justice s'appuie tout au long de son raisonnement sur la valeur de l'Etat de droit inscrite à l'article 2 du TUE. Elle rappelle ainsi qu'en adhérant à l'Union européenne les Etats s'engagent à respecter ses valeurs dont celle de l'Etat de droit[15], avant d'en tirer la conclusion que « l'article 19 TUE, qui concrétise la valeur de l'État de droit affirmée à l'article 2 TUE, confie aux juridictions nationales et à la Cour la charge de garantir la pleine application du droit de l'Union dans l'ensemble des États membres ainsi que la protection juridictionnelle que les justiciables tirent de ce droit »[16]. La Cour réitère ce parallèle à la lumière de l'article 47 de la Charte, en précisant que l'exigence d'indépendance des juridictions « qui est inhérente à la mission de juger, relève du contenu essentiel du droit à une protection juridictionnelle effective et du droit fondamental à un procès équitable, lequel revêt une importance cardinale en tant que garant de la protection de l'ensemble des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union et de la préservation des valeurs communes aux États membres énoncées à l'article 2 TUE, notamment la valeur de l'État de droit »[17].

Un autre arrêt mérite aussi d'être mentionné, car s'il met en jeu les valeurs et les droits fondamentaux, c'est pour les concilier et non plus les faire converger. Dans une affaire *Centraal Israëlitisch Consistorie van België et autres*[18], la Cour de justice était saisie à propos d'une législation nationale qui interdisait tout abattage d'animaux sans étourdissement préalable, y compris au titre de certaines pratiques rituelles[19]. Les associations requérantes, des confessions juive et musulmane, faisait valoir qu'une interdiction aussi générale portait atteinte à l'exercice de la liberté de religion de leur communauté. La Cour, au terme de son raisonnement, fera prévaloir le bien-être animal en tant que valeur de l'Union consacrée à l'article 13 du TFUE sur la liberté religieuse, y compris dans l'hypothèse où tous les Etats membres décideraient d'adopter une telle interdiction générale. Cette solution montre, par conséquent, que non seulement un certain nombre de valeurs sont concrétisées par la Charte, mais qu'en retour elles définissent elles-

[14] CJUE, gde ch., aff. C-619/18. Voy. également CJUE, gde ch., 17 décembre 2020, *L. et P.*, aff. jtes C-354 et 412/20 PPU.
[15] *Ibid*., point 43.
[16] *Ibid*., point 47.
[17] *Ibid*., point 58.
[18] CJUE, gde ch., 17 décembre 2020, aff. C-336/19. Voir aussi CJUE, gde ch., *Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs (OABA) et autres*, aff. C-497/17.
[19] M. Afroukh, « Bien-être animal vs. liberté religieuse : la revanche du bien-être animal ! », *Revue semestrielle de droit animalier (RSDA)*, 2020-2, pp. 233-245 ; même *Revue* même numéro C. Maubernard, « Rites religieux d'abattage et bien-être animal : une conciliation au prisme d'exigences plus 'modernes' induites par la valeur de l'Union relative au bien-être animal », pp. 133-145. Revue en ligne : https://idedh.edu.umontpellier.fr/publications/.

mêmes la portée des droits fondamentaux voire encadrent leur exercice. Les valeurs ne représentent donc pas de lointains horizons symboliques et formels. Elles contribuent, au contraire, à faire de la Charte un « instrument vivant » comme l'affirme la Cour de justice en l'espèce[20].

Une dialectique s'instaure, dès lors, entre valeurs et droits fondamentaux. Ceux-ci concrétisent les valeurs de l'Union européenne tandis que celles-là forment le cadre de référence au sein duquel les Etats peuvent se mouvoir. Les valeurs contribuent à harmoniser l'interprétation des droits et libertés fondamentaux, cette harmonisation réduisant la marge d'appréciation des Etats[21]. Dans la mesure où, de surcroît, les valeurs font partie des critères d'adhésion à l'Union et agissent comme limites à l'action des Etats sous peine de sanctions politiques[22], elles renforcent la confiance mutuelle qui ne s'exprime pas seulement au moment de la mise œuvre des politiques européennes, mais aussi en tant que principe de représentation et de fonctionnement des autorités nationales[23]. Si la valeur de l'Etat de droit est sans conteste l'une des plus mobilisée car elle se rattache au contrôle opéré par les juges[24], dont on connaît le rôle majeur qu'ils jouent au titre de l'intégration européenne[25], d'autres valeurs occupent elles aussi une place de choix, telle la dignité[26] ou encore l'égalité, même si cette dernière est avant tout concrétisée dans des textes de droit dérivé davantage que par la Charte[27].

Par conséquent, la dialectique entre valeurs de l'article 2 TUE et dispositions de la Charte – du moins certaines d'entre elles – n'est pas loin de faire émerger une forme de tradition constitutionnelle européenne[28], laquelle repose sur les valeurs d'Etat de droit et d'égalité, conformément à l'esprit et à la logique de la construction européenne. Une telle tradition aurait le mérite de combler le déficit de protection au sein des Etats membres par un effet

[20] G. Gonzalez, « La proscription possible de tout abattage, même rituel, sans étourdissement préalable », *JCP* ed. G, n° 7, 15 février 2021, pp. 346-349.
[21] L'on en trouve un solide et limpide rappel, par exemple, dans les conclusions de l'avocat général Szupnar présentées le 29 juillet 2019 dans une affaire *M. Dobersberger*, aff. C-16/18.
[22] Quels que soient par ailleurs le bien-fondé et la pertinence de ces sanctions au regard de l'article 7 du TUE.
[23] CJUE, gde ch. 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, aff. C-64/16, point 30 : « Selon l'article 2 TUE, l'Union est fondée sur des valeurs, telles que l'État de droit, qui sont communes aux États membres dans une société caractérisée, notamment, par la justice. À cet égard, il convient de relever que la confiance mutuelle entre les États membres et, notamment, leurs juridictions est fondée sur la prémisse fondamentale selon laquelle les États membres partagent une série de valeurs communes sur lesquelles l'Union est fondée, comme il est précisé à cet article 2 TUE ». L. Pech and S. Platon, « Judicial independence under threat: the Court of Justice to the rescue in the *ASJP* case », *CMLReview*, Dec. 2018, vol. 55, pp. 1827-1854.
[24] L. Blatière, « La protection évolutive de l'Etat de droit par la Cour de justice de l'UE », *RDLF*, 2019, chron. n° 31 (dernière consultation le 20 mars 2021).
[25] CJUE, gde ch., 25 juin 2020, *Centre satellitaire de l'UE (CSUE)*, aff. C-14/19 P.
[26] CJUE, gde ch., 14 mai 2020, *FMS, FNZ et autres*, aff. jes C-924 et 925/19 PPU.
[27] Toutefois, pour un contrôle rigoureux des principes d'égalité en droit (art. 20) et de non-discrimination à raison de la nationalité (art. 21, § 2) voir CJUE, Ass. pl., 30 avril 2019, Avis 1/17 sur l'Accord ECG UE-Canada, not. les points 162 à 186.
[28] C. Maubernard, « Charte des droits fondamentaux de l'UE et constitutionnalisation. Virtualités et réalités », *in* R. Tinière et C. Vial, *Les 10 ans de la Charte des droits fondamentaux. Bilan et perspectives*, Larcier, 2020, pp. 357-376.

de balancier, ou de vases communicants, l'Union rappelant ses valeurs là où existerait une garantie défaillante ou insuffisante des droits, voire au nom des évolutions de la société.

Cependant, une telle démarche n'a de sens que si l'Union et ses institutions respectent effectivement en retour ces valeurs. Or tel ne semble pas être toujours le cas. Sans évoquer un double standard, l'action de l'Union interroge parfois quant au respect effectif des valeurs et des droits fondamentaux dont elle contrôle pourtant strictement le respect par les Etats membres. Il en va ainsi dans le domaine de l'action extérieure. Même si l'Union européenne (et avant elle la Communauté européenne) promeut la protection des droits de l'homme au plan international, que ce soit à travers la signature d'accords avec des Etats tiers ou au sein d'organisations internationales, cette promotion était jusqu'à une époque récente pour le moins parcellaire voire ambivalente[29]. Ceci peut expliquer que la Cour de justice ait jugé utile de rétablir un certain équilibre, en contrôlant au fond les accords conclus par l'Union[30] ou en s'assurant que les actes ayant une dimension internationale soient conformes aux exigences de la protection des droits fondamentaux, y compris dans des domaines dérogatoires du droit commun comme la Politique étrangère et de sécurité commune[31]. D'autres institutions prennent part à ce renforcement des garanties, le Conseil de l'Union a par exemple adopté en décembre 2020 un règlement et une décision relatifs aux sanctions internationales en matière de violations graves des droits de l'homme[32]. La politique d'asile pourrait aussi illustrer parfois les atteintes potentielles causées par l'Union à ses propres valeurs[33]. Dès lors une vigilance accrue et, pour tout dire, une plus grande cohérence paraît nécessaire afin que les valeurs acquièrent la même portée et le même sens qu'elles soient invoquées au plan national ou européen[34].

---

[29] J. Auvret-Finck, « La démocratie, l'Etat de droit et les droits de l'homme dans l'action extérieure de l'Union européenne », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 2200, 2019.

[30] CJUE, gde ch., 26 juillet 2017, Avis 1/15, Accord PNR UE-Canada ; CJUE, ass. pl., 30 avril 2019, Avis 1/17, Accord ECG UE-Canada (CETA). R. TINIERE, « L'influence croissante de la Charte des droits fondamentaux sur la politique extérieure de l'Union européenne », *RDLF*, 2018, chron. 02.

[31] CJUE, gde ch., 28 mars 2017, *PJSC Rosneft Oil Company*, aff. C-72/15.

[32] Règlement (UE) 2020/1998 du Conseil du 7 décembre 2020 concernant des mesures restrictives en réaction aux graves violations des droits de l'homme et aux graves atteintes à ces droits et Décision (PESC) 2020/1999 du Conseil du 7 décembre 2020 concernant des mesures restrictives en réaction aux graves violations des droits de l'homme et aux graves atteintes à ces droits, *JOUE* n° L 410 du 7 décembre 2020, pp. 1-19. Voir pour une première mise en œuvre de ce règlement, le Règlement d'exécution (UE) 2021/478 du Conseil du 22 mars 2021 concernant des mesures restrictives en réaction aux graves violations des droits de l'homme et aux graves atteintes à ces droits qui, pour la première fois, concerne des responsables chinois à propos de la situation des Ouïghours.

[33] M. Fink, *Frontex and Human Rights. Responsibility in 'Multi-Actor Situations' under the ECHR and EU Public Liability Law*, The Meijers Research Institute and Graduate School of the Leiden Law School of Leiden University, 2017. S. Tugris (dir), *Les données numériques des migrants et des réfugiés sous l'angle du droit européen*, PU de Rennes, coll. Droits européens, 2020.

[34] L'article 21 du TUE *in fine* relatif à l'action extérieure de l'Union consacre d'ailleurs ce principe de cohérence. Voy., aussi, Parlement européen, *Rapport sur les droits de l'homme et la démocratie dans le monde et la politique de l'Union européenne en la matière – rapport annuel 2019*, 11 décembre 2020, doc. A9-0259/2020, not. p. 8 : « considérant qu'une meilleure cohérence des politiques internes et extérieures de l'Union, mais aussi entre les politiques extérieures de l'Union, représente une condition indispensable au succès d'une politique européenne efficace en matière de droits de l'homme; que les politiques en faveur des droits de l'homme, de la démocratie, de l'état de droit et de la lutte contre l'impunité doivent être intégrées dans toutes les autres politiques de l'Union ayant une dimension extérieure, telles que le développement, la migration, la sécurité, la lutte contre le terrorisme, les droits des

Si les valeurs irriguent la Charte des droits fondamentaux qui, en retour, les substantialise, cet ensemble normatif est désormais de plus en plus présent au sein de la législation européenne.

Partie II – Des institutions et des organes de l'Union sensibilisés à la Charte

Si la Charte est perçue le plus souvent à travers le prisme de l'intense travail d'interprétation et d'application des juges (voir *infra*), son objet premier consiste pourtant à éviter que ne surviennent des violations rendant nécessaires le recours au juge. A cet égard, les institutions et notamment le législateur de l'Union ont une responsabilité particulière.

Depuis son entrée en vigueur, un nombre croissant d'actes de droit dérivé comportent des renvois explicites à la Charte[35]. Ceux-ci peuvent être formels et se traduire par une simple référence dans les considérants liminaires à « la Charte des droits fondamentaux » sans autre précision. Ils sont les plus nombreux, eu égard notamment à l'objet des réglementations. Néanmoins, d'autres actes visent des droits spécifiques afin de bâtir une réglementation plus protectrice. L'exemple le plus emblématique de cette dernière hypothèse est aujourd'hui celui de la protection des données à caractère personnel, protection assurée au titre de l'article 8 de la Charte et de plusieurs actes de droit dérivé au premier rang desquels figure le Règlement (UE) 2016/679 du Parlement et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données[36].

De surcroît, le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne impose une prise en compte renforcée de droits et principes fondamentaux spécifiques. Tel est le cas à propos du principe d'égalité (articles 8 et 10 du TFUE), de certains aspects de la protection sociale (articles 9, 12 et 14 du TFUE), de la protection des données à caractère personnel (article 16 du TFUE) ou encore de la transparence curieusement dénommée dans le traité « principe d'ouverture » (article 15 du TFUE). Ces dispositions font peser sur les institutions et singulièrement le législateur – Conseil de l'Union et Parlement européen - une responsabilité particulière. Néanmoins, la portée de ces dispositions est variable. Si la protection des données à caractère personnel, nous l'avons dit, suppose l'adoption d'une législation protectrice renforcée, il n'en va pas de même pour les exigences sociales, ce qui

femmes, l'égalité des genres, l'élargissement et le commerce; qu'une cohérence accrue devrait permettre à l'Union de réagir plus rapidement aux premiers stades des violations des droits de l'homme et de devenir un acteur plus actif et plus crédible au niveau mondial dans le domaine des droits de l'homme » (dernière consultation le 20 mars 2021).

[35] Un groupe de docteurs et de doctorants appartenant à l'Institut de Droit Européen des Droits de l'Homme de Montpellier (Faculté de droit et de science politique) et au Centre de recherches juridiques de Grenoble (Université Grenoble-Alpes) ont réalisé sous la direction du professeur R. Tinière et de moi-même, un travail de recension et d'analyse de grande ampleur de la législation de l'Union comportant des renvois – ou non - au texte de la Charte. Leurs contributions font l'objet d'un dossier spécial composé de textes et de vidéos à la *Revue des droits et libertés fondamentaux* : http://www.revuedlf.com/dossier/lincidence-de-la-charte-des-droits-fondamentaux-a-travers-letude-de-la-legislation-et-de-la-jurisprudence-de-lunion-europeenne/

[36] *JOUE* n° L 127 du 23/05/2018.

peut se comprendre à la lumière des compétences attribuées à l'Union. Ces dispositions du traité entretiennent en effet une proximité évidente avec la réalisation d'objectifs essentiels de l'Union, en premier lieu dans le domaine économique. Il serait donc erroné de penser que les droits ou principes inscrits dans les traités seraient mis en avant pour eux-mêmes, alors que d'autres se cantonneraient au seul texte de la Charte. C'est bien l'ensemble de ces dispositions que les institutions sont tenues de respecter, au risque dans le cas contraire de voir leurs actes annulés ou invalidés par le juge[37].

Néanmoins, il faut admettre que la présence des dispositions de la Charte dans les actes de droit dérivé demeure fluctuante et n'obéit pas toujours à une parfaite cohérence. Il est possible d'en proposer la classification suivante, autour de trois catégories d'actes renvoyant selon des modalités diverses à la Charte.

En premier lieu, certains actes contiennent des renvois de pure forme à la Charte. Il faut ici présumer que la ou les institutions autrices de l'acte ont au préalable effectué une forme d'audit n'ayant montré aucun risque potentiel de violation, cet audit pouvant être réalisé par les services de la Commission, le COREPER voire le COHOM pour le Conseil de l'Union ou encore par les commissions du Parlement européen. Si une telle pratique n'a rien d'exceptionnelle, ce pur formalisme interroge car il apparaît aléatoire voire hasardeux. Ainsi, la prise en compte des effets de la législation de l'Union sur la garantie des droits et principes fondamentaux devrait être soigneusement effectuée. Le premier arrêt dans lequel la Cour de justice se référa dans ses motifs à la Charte des droits fondamentaux est d'ailleurs emblématique d'une telle exigence. Elle avait été saisie par le Parlement d'une demande d'annulation de certaines dispositions de la directive 2003/86/CE du Conseil, du 22 septembre 2003, relative au droit au regroupement familial. Le Parlement s'interrogeait sur la marge d'appréciation conférée par la directive aux Etats membres de décider du regroupement des mineurs et considérait que celle-ci était susceptible de porter atteinte au droit au respect de la vie familiale et à l'intérêt supérieur de l'enfant au sens, notamment, des articles 8 et 24 de la Charte. Si la Cour de justice rejeta au final le recours, l'affaire est intéressante par sa logique préventive, le Parlement jugeant nécessaire de saisir le juge avant que l'acte ne produise ses effets. Or cette stratégie judiciaire est rare en pratique, puisque le Parlement n'a quasiment plus assumé par la suite ce rôle de garant objectif des droits, le contrôle judiciaire *a posteriori* (après la prétendue violation) semblant devoir l'emporter dans l'immense majorité des cas[38]. Pourtant, ce rôle de requérant objectif du Parlement au profit de la protection des droits est tout à fait conforme à l'esprit de la Charte. C'est pourquoi, aussi, le travail de l'Agence des droits fondamentaux ou celui du Contrôleur européen de la protection des données est tout à fait primordial[39].

---

[37] CJUE, gde ch., 28 mars 2017, *PJSC Rosneft Oil Company*, aff. C-72/15, not. points 66 à 81.

[38] C. Maubernard, « Le Parlement européen garant de la démocratie et des droits fondamentaux devant la Cour de justice de l'UE », *in* T. Marguery, S. Platon, H. Van Eijken, *Les élections européennes 40 ans après – The European Elections, 40 Years Later*, Larcier, 2020, pp. 49-68.

[39] Dans son Avis 1/15 relatif à l'accord de transferts de données passagers conclu entre l'Union et le Canada (CJUE, gde ch., 26 juillet 2017), la Cour de justice rappelle à plusieurs reprises que le Contrôleur européen de la protection des données s'était prononcé dans son avis et avait soulevé à cette occasion plusieurs interrogations quant à la

Dans la seconde catégorie, les actes de droit dérivé comportent des références explicites et précises à une ou plusieurs dispositions de la Charte. Parfois même, comme dans le cas du règlement à la protection des données à caractère personnel, la directive ou le règlement vient enrichir les droits visés. Cette prise en compte renforcée des exigences de la Charte s'explique dans la plupart des cas par l'existence d'une obligation prévue par les traités. Elle dépendra, en outre, des compétences attribuées à l'Union. Plus elles sont étendues, comme dans le domaine du marché intérieur ou de la politique commune d'asile, plus le renvoi à la Charte pourra être substantiel. Certains domaines sont aussi, par nature pourrait-on dire, susceptibles de compromettre les droits fondamentaux. Néanmoins, là encore, rien ne garantit que l'acte au cours de sa mise en œuvre sera en tous points conforme aux exigences de la Charte telles qu'interprétées par la Cour de justice. Mais l'on peut au moins admettre qu'en l'espèce l'auteur de l'acte aura pris certaines garanties préalables[40].

Reste une dernière catégorie, celle des actes qui, adoptés postérieurement à son entrée en vigueur, ne comportent aucune référence au texte de la Charte. Si les actes relevant du domaine de l'action extérieure doivent être distingués en raison de leurs caractères spécifiques (voir *supra*), il n'en va pas de même de la politique monétaire[41] ou encore des politiques sectorielles comme l'agriculture ou les transports[42]. Dans le domaine monétaire, la place occupée par les droits fondamentaux est ainsi limitée pour ne pas dire quasi-inexistante. Quelques affaires ont bien été portées devant la Cour de justice mais, à chaque fois, la mise en balance de ces droits, au cours du contrôle de proportionnalité, avec l'objectif « consistant à assurer la stabilité du système bancaire dans la zone euro » laisse bien peu de place à une conception extensive de leur garantie[43].

---

conformité de cet accord avec les droits fondamentaux contenus dans la Charte (notamment le droit au respect de la vie privée et la protection des données à caractère personnel), voire sur la pertinence même de l'accord. La référence aux travaux de l'Agence des droits fondamentaux est pour l'instant inexistante dans la jurisprudence de la Cour et du Tribunal de l'Union.

[40] Tel est le cas, par exemple, de la Communication de la Commission européenne adoptée le 23 septembre 2020 et présentant le nouveau pacte sur la migration et l'asile, COM(2020) 609 final (dernière consultation le 20 mars 2021).

[41] F. Martucci, « « La Cour de justice face à la politique économique et monétaire : du droit avant toute chose, du droit pour seule chose. Commentaire de l'arrêt CJUE, 27 nov. 2012, Pringle », *RTDE*, 2013, 2, pp. 239-265.

[42] Pourtant ces deux domaines génèrent, par leur importance dans le cadre de la construction européenne, un contentieux non négligeable sous l'angle de la protection des droits fondamentaux, que ce soit au regard de certaines questions qui s'y rattachent spécifiquement (la question de l'abattage rituel pour l'agriculture ou le transfert des données des passagers aériens pour les transports) ou bien au regard des droits de procédure dans le cadre des multiples règlements d'application. Voy., parmi de nombreuses affaires, CJUE, 7 août 2018, *H. Clergeau et autres*, aff. C-115/17 (agriculture et principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce), CJUE, 7 juillet 2016, *I. Muladi*, aff. C-447/15 (transport et liberté professionnelle). C. Maubernard, « Les accords *PNR* : vols à haut risque pour les droits fondamentaux des passagers aériens ? », *in* L. Sigouart (dir.), *Transports*, Bruylant, 2019, pp. 151-157.

[43] CJUE, Ass. pl., 27 novembre 2012, *T. Pringle*, aff. C-370/12 ; CJUE, gde ch., 20 septembre 2016, *Ledra Advertising Ltd. et autres*, aff. jtes C-8 à 10/15 P ; CJUE, gde ch., 16 décembre 2020, *K. Chrysostomides & Co. LLC et autres*, aff. jtes C-597, 598, 603 et 604/18 P.

Au-delà de cette classification nécessairement sommaire et perfectible, comment comprendre cette variabilité dans la prise en compte de la Charte par les institutions et singulièrement le législateur de l'Union ?

Le premier facteur d'explication réside dans l'interdiction faite à l'Union d'accroître ses compétences au nom de la protection des droits fondamentaux. Les traités et la Charte elle-même ne cessent de le marteler[44], comme si les Etats membres avaient craint un retour à l'âge d'or de l'expansionnisme prétorien du droit communautaire, qui avait pourtant bien peu de chance de renaître dans le contexte de l'abandon du traité établissant une Constitution pour l'Europe[45]. Si, par conséquent, les droits fondamentaux conditionnent l'action des institutions et des organes de l'Union, ils ne sauraient leur offrir en retour un champ de compétences subsidiaires ou implicites nouvelles. En outre, les traités n'imposent pas une prise en compte renforcée de tous les droits et principes contenus dans la Charte, alors que ces derniers ont une portée variable (voir *supra*). Le législateur européen n'a toutefois pas attendu l'entrée en vigueur de la Charte pour garantir de manière effective certains droits ou principes fondamentaux, que l'on songe notamment au principe de non-discrimination[46] ou à la protection de la vie familiale[47]. Enfin, certains domaines sont encore perçus, à tort ou à raison, comme échappant à la logique de la protection effective des droits, soit parce qu'ils soulèveraient des questions purement « techniques » sans incidence réelle sur ces derniers[48], soit parce que les domaines intergouvernementaux ne pourraient souffrir que de contraintes limitées, laissant en retour aux Etats membres et aux institutions une large marge d'appréciation. Mais ce dernier argument rejoint en grande partie le premier relatif au principe d'attribution.

Il apparaît donc, au terme de ce bref panorama, que la Charte oblige les institutions et les organes de l'Union à une vigilance accrue quant au respect des droits et principes fondamentaux. La variabilité de cette obligation n'entame en rien le contrôle de légalité rigoureux opéré par le juge.

---

[44] Article 6, point 1, al. 2 du traité UE, Déclaration n° 1 du la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du traité FUE, alinéa 5 du Préambule de la Charte et article 52, point 2, de la Charte.

[45] A. Berrambane, « Le traité de Lisbonne et le retour des Etats », *JCP* ed. G, 27 février 2008, doctr. 122.

[46] Par exemple la 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 ou 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, sans parler des autres textes spécifiques qui contiennent des dispositions relatives à la lutte contre les discriminations. A noter que la conclusion de certains accords internationaux peut également renforcer cette protection comme la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées, premier texte international relatif aux droits de l'homme auquel l'Union est partie. Cette Convention a été ratifiée le 5 janvier 2011.**

[47] En particulier dans le domaine de la libre circulation des travailleurs puis des citoyens de l'Union.

[48] Cet argument apparaît pourtant sans fondement, à la simple lecture de l'histoire de la protection européenne des droits fondamentaux, dont le lieu de naissance et les circonstances relèvent précisément de la mise en œuvre de règlementations et de politiques « techniques ».

Partie III – Un juge de l'Union attentif à rendre vivantes les dispositions de la Charte

La Cour de justice est, historiquement, le moteur de la protection des droits fondamentaux au sein de l'ordre juridique communautaire puis européen. En se reconnaissant compétente pour contrôler la légalité du droit dérivé malgré l'absence d'une compétence explicite, puis en enrichissant son contrôle grâce à l'élaboration d'un catalogue jurisprudentiel de droits, il était normal qu'elle poursuive ce travail à l'aune de la Charte[49]. Celui-ci est aussi le résultat des nombreux renvois préjudiciels émanant des juges nationaux et de l'initiative de certains conseils devant ces mêmes juges[50].

Mesurer avec précision l'incidence réelle de la Charte sur le contrôle et la portée de la protection offerte par le juge de l'Union demeure cependant un exercice plus délicat qu'il n'y paraît. Il ne fait plus de doute, certes, que des droits ont amplement bénéficié de leur consécration dans la Charte. Tel est le cas du droit à la protection des données à caractère personnel qui non seulement est devenu un authentique droit « fondamental », mais a donné lieu, en cette qualité, à une jurisprudence substantielle. Une simple lecture des arrêts rendus par la Cour depuis l'affaire *Österreichschicher Rundfunk*[51] jusqu'à celle *La Quadrature du Net*[52] montrent clairement que l'enrichissement de la protection est patent voire même exceptionnel. Encore faudrait-il ajouter que la saisine du juge en la matière est étroitement corrélée au développement exponentiel des technologies numériques. Moins commenté, mais donnant lieu à une jurisprudence non négligeable, le droit à une bonne administration consacré à l'article 41 de la Charte a lui aussi bénéficié d'une fondamentalisation et répond aux exigences d'équité et d'impartialité s'imposant à l'administration européenne, ce qui ressort notamment du contentieux relatif à la fonction publique[53].

Mais peut-on affirmer pour autant que l'ensemble des droits auraient connu depuis lors un destin identique ? En d'autres termes, que la Charte aurait mécaniquement relevé le niveau de protection de l'ensemble des droits qu'elle consacre. La réponse doit être nuancée. Un certain nombre de ses dispositions correspondent à des droits consacrés par la CEDH. Dès lors, la Cour de justice est tenue par l'exigence posée à l'article 52, point 3, de la Charte qui dispose que « [d]ans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde

[49] R. Tinière, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, 2007 ; du même auteur « Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 160, 2020.
[50] J. Boulouis, « Nouvelles réflexions à propos du caractère 'préjudiciel' de la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes statuant sur renvoi des juridictions nationales », *in Etudes de droit des Communautés européennes. Mélanges offerts à P. –H. Teitgen*, Pedone, 1984, p. 23. H. Gaudin, « Reconnaître un droit au renvoi préjudiciel dans l'ordre juridique de l'Union ? », *Europe*, juin 2019, étude 5. V. Skouris, « C'est en grande partie grâce aux préoccupations et aux sollicitations des juridictions nationales que s'est forgée la jurisprudence communautaire – Entretien », *Europe*, 2007, n° 4.
[51] CJCE, 20 mai 2003, aff. C-465/00.
[52] CJUE, gde ch., 6 octobre 2020, aff. jtes C-511, 512 et 520/18.
[53] CJUE, 25 juin 2020, *HF et Parlement européen*, aff. C-570/18 P, points 55 à 70.

une protection plus étendue. »[54] En outre, selon l'article 52, point 2, « [l]es droits reconnus par la présente Charte qui trouvent leur fondement dans les traités communautaires ou dans le traité sur l'Union européenne s'exercent dans les conditions et limites définies par ceux-ci. » Tel est le cas en particulier des droits attachés à la citoyenneté européenne, qui sont en outre définis dans un nombre élevé d'actes de droit dérivé. Enfin, si la Charte a consacré de nombreux principes et libertés, ceux-ci supposent une mise en œuvre préalable de la part des institutions mais surtout des Etats membres, voire apparaissent pour certains d'entre eux comme de simples normes programmatiques[55].

Il ressort surtout de la jurisprudence que quelques dispositions de la Charte sont beaucoup plus mobilisées que d'autres et constituent dans le cadre du contrôle de la légalité du droit de l'Union et au regard de la logique qui est celle de l'intégration, le noyau le plus fertile. Une incidence par mots-clés via le moteur de recherches « Curia » de la Cour de justice fait ainsi ressortir les éléments suivants[56] : outre le droit à la protection des données à caractère personnel (art. 8 – 103 décisions), le droit au respect de la vie privée (art. 7 – 98 décisions), la liberté d'entreprise (art. 16 – 118 décisions), le droit de propriété (art. 17 – 408 décisions), la non-discrimination (art. 21 – 483 décisions), le droit à une bonne administration (art. 41 – 289 décisions), le droit d'accès aux documents (art. 42 – 131 décisions), le droit à un recours effectif (art. 47 – 408 décisions), la présomption d'innocence et droits de la défense (art. 48 – 280 décisions), le principe de légalité (art. 49 – 173 décisions) et dans une moindre mesure le principe *ne bis in idem* (art. 50 – 76 décisions) sont, de loin, les droits les plus fréquemment invoqués. Il faudrait ajouter que l'article 51 de la Charte relatif à son champ d'application a donné lieu à une jurisprudence abondante (52 décisions). D'autres dispositions trouvent certes leur place au sein du contentieux européen, mais à un niveau moindre.

Ces résultats ne sont évidemment qu'un reflet très imparfait du travail d'interprétation et d'application des dispositions de la Charte par le juge, et mériteraient d'être complétés par une analyse plus fine. Il arrive parfois, par exemple, que ces dispositions soient invoquées de manière surabondante voire abusive ou dilatoire[57]. Ces résultats s'expliquent aussi par

[54] S. Platon, « L'articulation entre la Charte, les droits fondamentaux nationaux et le droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *RUE*, 2020, n° 642, pp. 553-558. Voir l'affaire *La Quadrature du Net et autres* (préc.), point 124 : « Il convient donc de tenir compte des droits correspondants de la CEDH en vue de l'interprétation de la Charte, en tant que seuil de protection minimale ». C'est nous qui soulignons.

[55] Il est sans intérêt de les citer tous, mais l'on peut prendre comme exemple la Liberté des arts et des sciences (art. 13), les droits des personnes âgées (art. 25) ou encore la Protection en cas de licenciement injustifié (art. 30).

[56] La recherche effectuée est la suivante : « droit tel que mentionné dans la Charte » + « Charte », par ex. « protection des données à caractère personnel » + « Charte ». Les recherches concernent les arrêts, ordonnances, avis rendus tant par le Tribunal que par la Cour et s'étendent du 1er décembre 2009 (date d'entrée en vigueur de la Charte) au 19 février 2021.

[57] Voy., par exemple, les conclusions présentées par l'avocat général J. Mischo dans une affaire de concurrence où les entreprises requérantes invoquaient la violation par la Commission de très nombreux droits au cours de son enquête : conclusions présentées le 25 octobre 2001 dans l'affaire *DSM NV et DSM Kunststoffen BC*, aff. C-244/99 P. A noter toutefois que par son arrêt *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) et autres* (CJCE, 15 octobre 2002, aff. jtes C-238, 244, 245, 247, 250, 251, 252, 254/99 P) la Cour rejette partiellement ces conclusions, ce qui pourrait laisser penser

le particularisme de certains contentieux. L'application du régime européen de la concurrence[58], la mise en œuvre de la législation européenne en matière sociale ou économique par les Etats membres[59] voire les mesures restrictives adoptées par l'Union dans le cadre de la politique étrangère à l'encontre de responsables ou d'organismes d'Etats tiers[60] génèrent un contentieux pléthorique voire « mécanique ». Enfin, le renvoi préjudiciel joue à la fois comme source de questionnement pour la Cour de justice à propos de l'étendue des garanties offertes par la Charte, en même temps que se produit une européanisation des jurisprudences nationales fondées sur ce texte[61]. La Charte étant devenue au fil des ans le texte de référence pour la garantie des droits fondamentaux au sein de l'Union, il est normal par conséquent que les juges de renvoi comme les parties prennent appui en priorité sur elle. Les références contenues dans les actes de droit dérivé peuvent aussi les y encourager. La mise en œuvre par l'Union et les Etats membres de politiques qui ont une incidence directe sur les droits fondamentaux (asile et immigration, politique étrangère et accords internationaux, coopération dans le domaine policier et pénal voire la politique de l'environnement, etc.) ne fait qu'accentuer ce phénomène.

Il s'agit là, au fond, de l'ambition initiale des rédacteurs de la Charte qui entendaient doter l'Union européenne de son propre texte de protection, au sein d'un ordre juridique autonome aux ambitions constitutionnelles ou quasi-constitutionnelles[62]. Il est à ce propos intéressant de constater que la CEDH conserve malgré tout une place éminente dans la jurisprudence de la Cour de justice, au-delà même de la dépendance qu'impose la Charte à son endroit au titre des droits correspondants (voir *supra*). La Cour continue en effet à s'y référer[63], soit en prenant appui sur les interprétations de la Cour européenne, soit même parfois en lui empruntant des notions ou des techniques qui lui sont propres[64]. C'est ainsi

---

que ce n'est que dans les cas les plus grossiers, que le juge refusera de se prononcer sur une violation malgré son caractère en apparence infondé.

[58] Ce contentieux a soulevé de multiples interrogations en la matière : est-ce que le droit à un procès équitable est invocable dans le cadre d'une procédure administrative engagée par la Commission ? Celle-ci est-elle un « tribunal » au sens de la CEDH ? Les personnes morales – les entreprises – peuvent-elles se prévaloir d'un droit au respect de leur domicile ? etc. Voir, par exemple, récemment à cet égard CJUE, 22 octobre 2020, *Silver Plastics GmbH & Co. KG et autres*, aff. C-702/19 P, points 24 à 43.

[59] En particulier le contentieux relatif à l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes. Voy., par exemple, CJUE 24 septembre 2020, *YS c/ NK AG*, aff. C-223/19 et surtout CJUE, gde ch., 26 janvier 2021, *VL*, aff. C-16/19 qui contient d'importantes précisions sur le sens et la portée du principe de non-discrimination.

[60] Parmi de multiples exemples, CJUE, gde ch., 30 mai 2017, *Safa Nicu Sepahan Co.*, aff. C-45/15 P.

[61] L. Burgorgue-Larsen, « La mobilisation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par les juridictions constitutionnelles », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2019, n° 2.

[62] CJCE, gde ch., 3 septembre 2008, *Y. A. Kadi et autres*, aff. jtes C-402 et 415/05 P, points 28 à 285 ; plus récemment, CJUE, Ass. pl., 10 décembre 2018, *A. Wightman et autres*, aff. C-621/18, points 44-45.

[63] De l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1er décembre 2009 à l'écriture de cet article (le 19/02/2021), la même recherche que précédemment sur le site Curia fait apparaître une occurrence de la CEDH dans 498 décisions à propos d'affaires et de domaines très variés.

[64] Et ce, malgré la formule récurrente selon laquelle « si, comme le confirme l'article 6, paragraphe 3, TUE, les droits fondamentaux consacrés par la CEDH font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux et si l'article 52, paragraphe 3, de la Charte dispose que les droits contenus dans celle-ci correspondant à des droits garantis par la CEDH ont le même sens et la même portée que ceux que leur confère ladite convention, cette dernière ne constitue pas, tant que l'Union n'y a pas adhéré, un instrument juridique formellement intégré à l'ordre juridique de l'Union (…).Dans ces conditions, la Cour a jugé que l'interprétation du droit de l'Union ainsi que l'examen de la validité des actes de

qu'elle a pu considérer récemment qu' « à l'instar de la CEDH, la Charte est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles et des conceptions prévalant de nos jours dans les États démocratiques (voir, par analogie, Cour EDH, 7 juillet 2011, Bayatyan c. Arménie […]), de sorte qu'il convient de tenir compte de l'évolution des valeurs et des conceptions, sur les plans tant sociétal que normatif, dans les États membres »[65]. Ce mimétisme n'est pas unilatéral, puisqu'en retour la Cour européenne n'hésite pas à se référer à la jurisprudence de la Cour de justice et à la Charte, en tant que texte de référence pour la protection des droits et libertés fondamentaux en Europe[66]. Ces emprunts réciproques ne doivent pas surprendre au regard des interactions normatives sur lesquelles s'édifie, depuis des décennies, l'espace juridique européen dans son acception la plus large.

La Charte des droits fondamentaux constitue, dans ces conditions, une pièce supplémentaire de cet édifice sans prétendre pour autant y disposer d'un monopole. Est-il même audacieux de prétendre que c'est moins le « dialogue » entre les juges qui est à l'origine de l'extraordinaire essor de la protection des droits et libertés en Europe, qu'une certaine compétition des sources et de leurs interprètes[67] ? L'avis rendu par la Cour de justice qui déclarait incompatible avec l'article 6, paragraphe 2, du traité UE le projet d'adhésion de l'Union à la CEDH, n'a en rien entravé depuis lors le travail de cette Cour ni de celle de Strasbourg, bien au contraire…[68]

A suivre…

Il est devenu banal de prétendre que les droits fondamentaux sont des normes singulières[69], présentes au sein d'ordres juridiques distincts, et qui contribuent à les consolider tout en assurant leur interconnexion[70]. La célèbre théorie des réseaux y trouva un bouillon de culture – juridique - très fertile[71]. Cette vision est confortée, si l'on ose s'exprimer de la sorte, par une forme de darwinisme un peu extravagant au terme duquel la protection des droits fondamentaux ne pourrait aller qu'en s'amplifiant, presque sans limites connues, au fur et à mesure de l'émergence de nouveaux textes, de nouvelles jurisprudences, sans même parler de la doctrine qui trouve là de quoi élaborer de nouveaux concepts, théories,

l'Union doivent être opérés au regard des droits fondamentaux garantis par la Charte », CJUE, gde ch., 16 juillet 2020, *M. Schrems*, aff. C-311/18, respectivement points 98 et 99.

[65] CJUE, gde ch., 17 décembre 2020, aff. C-336/19, préc.

[66] Cour EDH, gde ch., 13 février 2020, *Aff. N. D. et N. T. c. Espagne*, requêtes n° 8675/15 et 8697/15.

[67] G. Naziroglou, « Droit européen – Qui a le dernier mot en Europe ? », *Revue de droit public approfondi*, juin 2015, n° 1, pp. 38-49.

[68] CJUE, Ass. pl., 18 décembre 2014, Avis 2/13.

[69] Reste cependant l'épineuse question ontologique. V. Champeil-Desplats, « Identifier un concept unique de 'droits fondamentaux' ? », *RFDC*, 2019, n° 120, pp. 865-874.

[70] J. –P. Jacqué, « Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques », *RFDC*, 2007/1, pp. 3-37.

[71] F. Ost et M. Van De Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002. J. Vanderlinden, « Réseaux, pyramide et pluralisme ou Regards sur la rencontre de deux aspirants-paradigmes de la science juridique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques (RIEJ)*, 2002/2, pp. 11-36.

suppositions, etc. En somme un univers en expansion permanente, qui s'accélère périodiquement sous l'effet des *big bangs* provoqués par la société elle-même.

Toutefois, comme nous l'indiquions en introduction, le contexte actuel comporte d'éminents dangers pour la protection des droits et libertés fondamentaux, face auxquels la Charte ne saurait être regardée comme un rempart inamovible.

L'Union européenne est confrontée à la remise en cause de ses valeurs par plusieurs Etats membres, comme la Hongrie et la Pologne même s'ils ne sont pas les seuls pays réfractaires. La Cour de justice, prenant appui sur la Charte, exerce à leur endroit un contrôle attentif et d'autant plus rigoureux que les mécanismes politiques s'avèrent inopérants ou infructueux[72]. Fidèle à la recommandation de Pierre-Henri Teitgen lors des travaux préparatoires de la CEDH, le juge de l'Union promeut toujours l'idée que la souveraineté des Etats peut toujours être limitée du côté du droit[73]. Il ne reste pas moins toujours dépendant de leur bonne volonté lors de l'exécution de ses propres arrêts.

Par ailleurs, les droits fondamentaux comme les autres normes du droit de l'Union, obéissent à la logique de la primauté[74]. Or le principe de primauté, sans être remis en cause, a vu sa portée amoindrie au cours des dernières années. Quelques cours suprêmes ont décidé d'opérer un contrôle qui minimise la portée de la Charte des droits fondamentaux voire le rôle de la Cour de justice dans son application. Cette dernière a ainsi du admettre, par exemple, que la Cour constitutionnelle italienne fasse prévaloir sa propre conception du principe de légalité des délits et des peines qui s'opposait en l'espèce à l'exécution d'un arrêt antérieur de la Cour de Luxembourg[75]. La Cour constitutionnelle allemande, de son côté, n'a pas hésité à considérer que dans un domaine ayant fait l'objet d'une harmonisation totale, elle était compétente pour apprécier seule la législation nationale ainsi harmonisée à l'aune de la Charte des droits fondamentaux[76]. Il est vrai, ici, que la transposition d'une

---

[72] D'où l'importance vitale d'une collaboration étroite et d'une confiance réciproque entre les juridictions nationales et la Cour de justice.

[73] P. –H. Teitgen: « On prétend que c'est attentatoire à la souveraineté nationale [que de prévoir la création d'une Cour supranationale, future Cour européenne des droits de l'homme]. Me sera-t-il permis de dire, mes chers collègues, que la souveraineté se lit de deux côtés. L'envers de la médaille, c'est très beau et très grand peut-être. L'endroit, cela signifie aussi quelquefois, et aujourd'hui surtout, la solitude et la misère. La solitude et la misère, c'est aussi la guerre. (…) Il s'agit de limiter la souveraineté des Etats du côté du droit, et, de ce côté-là, toutes les limites sont permises », *Recueil des « Travaux préparatoires » de la CEDH*, vol. I, Nijhoff ed., 1975, p. 289.

[74] CJUE, gde ch., 26 février 2013, *S. Melloni*, aff. C-399/11 ; voy. également CJUE, gde ch., 24 octobre 2018, *XC, YB et ZA*, aff. C-234/17, points 44 et 45 : « Enfin, selon une jurisprudence constante de la Cour, les juridictions nationales chargées d'appliquer, dans le cadre de leurs compétences, les dispositions du droit de l'Union ont l'obligation d'assurer le plein effet de ces dispositions en laissant au besoin inappliquée, de leur propre autorité, toute disposition nationale contraire, sans demander ni attendre l'élimination préalable de cette disposition nationale par la voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel (…). C'est dès lors dans le respect de ce cadre constitutionnel que les droits fondamentaux, tels que reconnus en particulier par la Charte, doivent être interprétés et appliqués au sein de l'Union ».

[75] CJUE, gde ch., 5 décembre 2017, *M.A.S. et M.B.*, aff. C-42/17 ; J. Arlettaz, « La fin des *Taricco*. Le juge de l'Union face à la tradition romano-germanique », *AJDA*, 2018, p. 615.

[76] S. Geiger, « Allemagne : césure jurisprudentielle en matière de protection des droits fondamentaux européens », *RTDE*, 2020, pp. 225, à propos de la décision du juge constitutionnel allemand BVerfG, 6 novembre 2019, *Recht auf Vergessen II*, 1 BvR 276/17, NJW 2020. 314.

directive, quel que soit le niveau d'harmonisation qu'elle vise, constitue bien une mise en œuvre du droit de l'Union au sens de l'article 51 de la Charte[77]. Si ces postures constitutionnelles ne remettent *a priori* en cause, ni l'unité du droit de l'Union, ni le niveau de protection des droits fondamentaux, elles trahissent néanmoins un souci évident de consolider l'office du juge national et son ordre interne. *Last but not least*, la Cour de justice n'a pas hésité de son côté à relire sa propre jurisprudence[78], en conditionnant la primauté du droit de l'Union sur le droit national à la reconnaissance d'un effet direct des normes invoquées[79]. Or certains droits ou libertés contenus dans la Charte sont ou seront concrétisés au sein de directives alors que la Cour maintient une jurisprudence constante selon laquelle leurs dispositions ne peuvent être invoquées dans un litige horizontal entre particuliers[80].

Ces évolutions, si elles n'entament pas la richesse de la protection offerte par la Charte, constituent pourtant des signaux nous rappelant que les droits fondamentaux demeurent, quelles que soient les circonstances, des acquis provisoires et fragiles qui ne sauraient prétendre se suffire à eux-mêmes.

[77] CJUE, gde ch., 29 juillet 2019, *Funke Medien NRW GmbH*, aff. C-469/17, point 31: « Il y a lieu de relever sur ce point que, dès lors que la transposition d'une directive par les États membres relève en tout état de cause de la situation, visée à l'article 51 de la Charte, dans laquelle les États membres mettent en œuvre le droit de l'Union, le niveau de protection des droits fondamentaux prévu par la Charte doit être atteint lors d'une telle transposition, indépendamment de la marge d'appréciation dont disposent les États membres lors de cette transposition. »

[78] En particulier, CJCE, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'Etat c/ SA Simmenthal*, aff. 106/77.

[79] CJUE, gde ch., 24 juin 2019, *D. A. Poplawski*, aff. C-573/17, points 59 à 63. Cette solution a été réitérée dans des affaires ultérieures : CJUE, 4 mars 2020, *Centraal Justitieel Incassobureau, Ministerie van Veiligheid en Justitie (CJIB)*, aff. C-183/18 ; CJUE 14 mai 2020, *UY*, aff. C-615/18 ; CJUE, 30 septembre 2020, *B.*, aff. C-233/19 ; CJUE 15 octobre 2020, *E. sp. z o.o. sp. k.*, aff. C-335/19.

[80] CJUE, gde ch., 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale*, aff. C-176/12. Sauf dans l'hypothèse où la concrétisation est en quelque sorte surabondante par rapport au droit ou principe lui-même, ce dernier pouvant alors être invoqué y compris dans un litige horizontal : CJUE, gde ch., 19 avril 2016, *Dansk Industri*, aff. C-441/14.

Climate Change Litigation in the European Court of Human Rights: Causation, Imminence and Other Key Underlying Notions

Monica Feria-Tinta*

1. INTRODUCTION

Ever since the *Urgenda* case[1] was filed in the Netherlands, followed by climate change cases reaching the United Nations treaty-bodies complaint procedures, first in the *Torres Strait Islanders* case[2] (against Australia) before the Human Rights Committee, and second in the *16 children* case[3] before the Committee for the Rights of the Child, it was a mere question of time for climate change litigation to reach the European Court of Human Rights ('European Court' or 'ECtHR').

On 3 September last, the first climate change case was filed before the European Court of Human Rights. Six Portuguese children and young adults (aged 8 to 21) made an application against thirty-three State parties to the European Convention on Human Rights ('European Convention' or 'The Convention') (twenty-seven EU Members, plus the United Kingdom, Norway, Russia, Turkey and Ukraine).[4] They argue that they are victims of climate change amounting to violations of article 2 (right to life), article 8 (right to privacy) and article 14 (prohibition of discrimination) under the Convention. This case has now been followed by a case against Switzerland, filed by *Senior Women for Climate Protection* over

* Barrister at the Bar of England & Wales. MFeria-Tinta@twentyessex.com

[1] Dutch Supreme Court, *The State of The Netherlands (Ministry of Economic Affairs and Climate Policy) and Stichting Urgenda* ('*Urgenda* case'), Judgment of 20 December 2019, Case N°19/00135.

[2] *Torres Strait Islanders* case ('*Torres Strait Islanders* case'), Communication 3624/2019, currently pending before the Human Rights Committee.

[3] Case 104/2019 Argentina, 105/2019 Brazil, 106/2019 France, 107/2019 Germany, 108/2019 Turkey, currently pending before the United Nations Committee for the Rights of the Child (*'16 Children'* case). The complaint involves 16 children of various nationalities. They claim to be victims of climate change, and that the respondent States are responsible for 'a) failing to prevent foreseeable human rights violations caused by climate change by reducing its emissions at the 'highest possible ambition', and b) delaying the steep cuts in carbon emissions needed to protect the lives and welfare of children at home and abroad'. They allege violations of Article 3, 6, 24 and 30 of the UN Convention on the Rights of the Child, see Table of pending cases before the Committee of the Rights of the Child [last accessed on 25 October 2020].

[4] "Six Portuguese youth file 'unprecedented' climate lawsuit against 33 countries" *Climate Home News*, 3 September 2020. < https://www.climatechangenews.com/2020/09/03/six-portuguese-youth-file-unprecedented-climate-lawsuit-33-countries/ >[last accessed on 17 December 2020].

alleged inadequate state efforts to curb emissions.[5] A third case, relating to Austria, is potentially also on the cards.[6]

As more cases raising the issue of climate change reach the European Court, there are a number of key emerging topics the correct understanding of which is essential for the proper adjudication of such cases. This Article deals with five key topics. Namely, Jurisdictional Issues (**Section 2**); Whether climate change treaties are relevant for interpreting the European Convention on Human Rights (**Section 3**); Causation and whether it is relevant or not under the Rules of State Responsibility underlying the Convention (**Section 4**) ; The notion of 'Imminence' (**Section 5**); and The notion of Due Diligence - Duty to Protect (**Section 6**).

2. JURISDICTION IN DIAGONAL CLAIMS

Issues of jurisdiction will be essential in the adjudication of some of the climate change claims that are reaching the European Court of Human Rights.

An important distinction in that sense is to be made between diagonal claims and non-diagonal claims. Diagonal claims are transboundary claims or claims brought by individual or groups against States other than their own. The *Portuguese Youth* case is an example of a diagonal claim. It is brought by Portuguese children alleging violations of the Convention by States other than the State under whose jurisdiction they live. This is a novel type of environmental claim posing an issue of transboundary harm before the Strasbourg organ. In contrast, the *Senior Women for Climate Protection* is jurisdictionally speaking, a case falling squarely within the jurisdiction of Switzerland.

In an Article entitled '*The Rise of Environmental Law in International Dispute Resolution*'[7] I noted that the Strasbourg court, sooner or later, would have to do its own thinking on what "jurisdiction' means for transboundary environmental damage. That time seems to have arrived now.

---

[5] The case was submitted originally in Swiss domestic courts in 2016. It was elevated to the European Court of Human Rights on 27 October 2020, after a group of senior women exhausted domestic remedies on 20 May 2020, see Greenpeace international, *Climate Seniors to sue Switzerland before the European Court of Human Rights*, 27 October 2020 [last accessed on 29 October 2020]. The Swiss Supreme Court denied an appeal in the case of *Union of Swiss Senior Women for Climate Protection v Swiss Federal Council and Others* which challenged the adequacy of the Swiss government's climate change mitigation targets and implementation measures, see Swiss Federal Administrative Court, *Union of Swiss Senior Women for Climate Protection v. Swiss Federal Council and Others*, *7 November 2018* [last accessed on 29 October 2020].

[6] See *Greenpeace et al v Austria*. Greenpeace Austria and 8,063 petitioners filed a request with the Austrian Constitutional Court to invalidate tax exemptions that give credits to air travel and not railways. The request arises *inter alia* out of Article 2 and Article 8 of the European Convention on Human Rights. The claim was dismissed as inadmissible by the Constitutional Court on 30 September 2020. http://climatecasechart.com/non-us-case/greenpeace-v-austria/ [last accessed on 28 October 2020].

[7] M. Feria-Tinta and S. Milnes, 'The Rise of Environmental Law in International Dispute Resolution'' (2016) 27 *Yearbook of International Environmental Law* 64-81.

A. The Meaning of Jurisdiction in a Transboundary Environmental Harm Context

Questions of extraterritorial human rights obligations and (concomitantly) 'diagonal' claims under human rights accountability mechanisms, i. e. claims against a state other than the one in which the victim lives, have become an increasingly acute problem for the international human rights system. State practice to date is limited and cautious, while the issues have been the subject of searching academic treatment.[8]

In a sense, the entire field of 'diagonal' human rights obligations can be said to be defined by the clash between two propositions, each of them cogent and widely accepted. The first is the principle that a State which has undertaken to respect human rights should not be able to use national boundaries to escape responsibility for human rights violations which it has actually committed. As the Human Rights Committee has stated in *Sergio Euben Lopez Burgos v. Uruguay*,[9] with reference to the International Covenant on Civil and Political Rights, "it would be unconscionable to so interpret the responsibility under article 2 of the Covenant as to permit a State party to perpetrate violations of the Covenant on the territory of another State, which violations it could not perpetrate on its own territory'.[10] This principle implies that human rights accountability mechanisms should respond where there is a direct relationship between an act attributable to a State and the violation of an individual's human rights, even though the individual is located, and the violation occurs, outside the State's borders.

The second premise, in tension with the first, is that all the major international human rights treaties were conceived primarily as applicable between a State and those under its territorial jurisdiction: each State is responsible for establishing and ensuring the conditions for a dignified human life to the individuals within its boundaries. States by their very nature and the limitations on their jurisdiction cannot be expected to do the same for individuals living elsewhere. This principle, or at least a strong version of it, would hold that States can only be responsible for ensuring the human rights of individuals who are within its borders or, at the outermost, extends only to those who are in a territory over which the State concerned is exercising "effective control' at the material time.[11]

Most international lawyers would concede at least some real validity to each proposition: neither can be *a priori* rejected. But in real cases, they quickly come into mutual conflict and one must give way to the other. The much-debated *Banković v. Belgium and others*

---

[8] See, among others, Skogly and Gibney (eds), *Universal Human Rights and Extraterritorial Obligations* (2010); Langford, Vandenhole, Scheinin, and Van Genugten (eds), *Global Justice, State Duties: The Extraterritorial Scope of Economic, Social and Cultural Rights in International Law* (2013).

[9] Human Rights Committee, *Sergio Euben Lopez Burgos v. Uruguay*, Communication No. R.12/52, U.N. Doc Supp. No. 40 (A/36/40) at 176 (1981) ('*Lopez-Burgos v. Uruguay*').

[10] *Lopez-Burgos v. Uruguay, Human Rights Comm*., Commentary No. 52/1979.

[11] The ECtHR recognized 'effective control' of territory as a basis for jurisdiction under Article 1 of the ECHR in *Loizidou v. Turkey*, Application No. 15318/89, at para. 52.

case[12] is an example of the second proposition ousting the first. The ECtHR held that 'jurisdiction' in Article 1 of the European Convention was to be given its 'ordinary meaning' and that the ordinary meaning of 'jurisdiction' in international law was 'primarily territorial', with limited exceptions recognized (such as flag state jurisdiction over ships).[13] It noted that it had recognized another exception, where a state had 'effective control' over foreign territory, such as Turkey exercised in northern Cyprus.[14] It rejected the applicants' argument that 'effective control' (and hence jurisdiction) could be founded simply on the basis that the State had caused the impugned act itself.[15] It also held that jurisdiction could not be 'divided and tailored in accordance with the particular circumstances of the extra-territorial act in question',[16] i. e. a State is either internationally responsible for fulfilling all of the Conventional rights in a particular territory, or it is not responsible at all. In practice, however, neither the requirement for 'effective control' over territory nor the indivisibility principle has been adhered to in subsequent Strasbourg case law, e.g. *Pad and others v. Turkey.*[17]

By way of comparison, within the Inter-American system, the Inter-American Commission on Human Rights has inclined towards a broader approach, e.g. in *Coard*,[18] *Alejandre and*

[12] ECtHR, *Vlastimir and Borka Banković, Živana Stojanović, Mirjana Stoimenovski, Dragana Joksimović and Dragan Suković against Belgium, the Czech Republic, Denmark, France, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Spain, Turkey and the United Kingdom*, Application No. 52207/9, 12 December 2001. ('*Banković')*

[13] *Banković*, paras. 59-61.

[14] *Banković*, paras. 68-71, referring to *Loizidou* and *Cyprus v. Turkey*, Application No. 25784/94 (see especially para. 80). The ECtHR concluded in *Banković* (para. 71) that: 'In sum, the case-law of the Court demonstrates that its recognition of the exercise of extra-territorial jurisdiction by a Contracting State is exceptional: it has done so when the respondent State, through the effective control of the relevant territory and its inhabitants abroad as a consequence of military occupation or through the consent, invitation or acquiescence of the Government of that territory, exercises all or some of the public powers normally to be exercised by that Government.' (Emphasis added).

[15] *Banković*, para. 75.

[16] *Id*.

[17] For example, in *Pad and others v. Turkey*, Application No. 60167/00, 28 June 2007 the ECtHR held that Turkey had 'jurisdiction'' over the applicants' relatives when they were shot and killed by a Turkish helicopter inside Iran (see especially paras. 52-55). In *Al-Skeini v. United Kingdom*, Application No. 55721/07, 7 July 2011 ('*Al-Skeini*'), the ECtHR held that Iraqi men killed by UK armed forces in south east Iraq, some in UK detention facilities and others who had been killed by UK soldiers on street patrol, were all within the UK's 'jurisdiction' under Article 1, ECHR, notwithstanding that the UK was clearly not obliged to ensure all human rights to all people in Iraq.

[18] IACHR, *Coard et al. v. United States*, Report No. 109/99 Case 10.951 September 29, 1999.

others v. Cuba[19] and *Molina (Ecuador v. Colombia).*[20] In *Molina* the Inter-American Commission distanced itself from the logic in *Banković* by holding that a 'formal, structured and prolonged legal relation in terms of time' was not needed in order for a State to be responsible for the acts of its agents abroad.[21]

In addition, in 2017, the Inter-American Court of Human Rights issued its *Advisory Opinion 23 on Environment and Human Rights.*[22] The main significance of the Advisory Opinion in relation to the notion of 'jurisdiction' in the context of the application of a human rights treaty, is that it signals the possibility of 'diagonal' human rights claims in circumstances far broader than those which have been held admissible under the Inter-American system to date. Its reasoning may be of interest in the examination of a climate change case raising similar features before the Strasbourg court.

Up to that point, both the Inter-American system and the ECtHR have taken a cautious approach to extraterritorial obligations. The relatively few cases found to be admissible have involved direct exercises of violence by state agents outside a State's borders, and sometimes even that is not enough.[23] The Inter-American Court Advisory Opinion 23 makes it clear, however, that in principle, the Inter-American system permits cross-border human rights claims in respect of other types of conduct, such as transboundary pollution and ecological damage. Neither does it restrict such claims to damages caused by a State's agents, but holds that jurisdiction extends to activities over which a State exercises 'effective control'.

---

[19] IACHR, *Armando Alejandre Jr., Carlos Costa, Mario De La Peña, and Pablo Morales v. Cuba* Report No. 86/99, Case 11.589. The case concerned the shooting down by the Cuban air force over international waters of two civilian aircraft owned by the organization 'Brothers to the Rescue'. The Inter-American Commission on Human Rights observed (at para. 23) that:

> 'Because individual rights are inherent to the human being, all the American states are obligated to respect the protected rights of any person subject to their jurisdiction. Although this usually refers to persons who are within the territory of a state, in certain instances it can refer to extraterritorial actions, when the person is present in the territory of a state but subject to the control of another state, generally through the actions of that state's agents abroad. In principle, the investigation refers not to the nationality of the alleged victim or his presence in a particular geographic area, but to whether, in those specific circumstances, the state observed the rights of a person subject to its authority and control.'

[20] Report No. 112/10, Inter-State Petition IP-02**,** Admissibility, *Franklin Guillermo Aisalla Molina, Ecuador – Colombia.* The case concerned Colombia's alleged '*jurisdiction*' under Article 1(1) of the American Convention in respect of the killing of Ecuadorean citizens inside Ecuador by Colombian military during a cross-border raid.

[21] *Id*, at para. 99:

> 'the following is essential for the Commission in determining jurisdiction: the exercise of authority over persons by agents of a State even if not acting within their territory, without necessarily requiring the existence of a formal, structured and prolonged legal relation in terms of time to raise the responsibility of a State for acts committed by its agents abroad. At the time of examining the scope of the American Convention's jurisdiction, it is necessary to determine whether there is a causal nexus between the extraterritorial conduct of the State and the alleged violation of the rights and freedoms of an individual.'

[22] Inter-Am. CtHR, *The Environment and Human Rights*, (Advisory Opinion OC-23/18, (ser. A) No. 23, 15 November 2017 (In Spanish, in the original) ('Advisory Opinion 23').

[23] As in *Banković*.

In this context, one of the most interesting features of the Advisory Opinion 23 is the Inter-American Court's handling of the concept of 'effective control'. In summing up its answer to question (I) in the Advisory Opinion, the Inter-American Court held that:

> 'As regards transboundary harms, a person is under the jurisdiction of the State of origin if there is a causal relationship between the event that occurred in its territory and the affectation of the human rights of persons outside its territory. The exercise of jurisdiction arises when the State of origin exercises effective control over the activities carried out that caused the harm and consequent violation of human rights.'[24]

As compared to the Strasbourg case law,[25] a subtle but important shift has therefore occurred: in the Inter-American Advisory Opinion, as concerns transboundary environmental harms, 'effective control' is no longer something which has to be exercised over the territory where the victim was, nor over the victims themselves. Rather, what matters is whether the source state – State X – has effective control over the activities that caused the transboundary harm. This is significant, because the types of transboundary harm at which the Advisory Opinion Request was directed, and which it can be foreseen are sadly likely to occur with severe impacts on vulnerable people, are types of activity over which States do exercise effective control. It is hard to see how any State which decided, for example, to build a trans-isthmus canal, or license drilling in an offshore oil field, or indeed authorize any infrastructure mega-project with environmental impacts, could credibly claim that such activities were outside its effective control. It follows that the Inter-American Court's ruling permits cross-border human rights claims in respect of transboundary ecological damage to be pursued before the Inter-American System and (subject to the procedural requirements in the American Convention) before the Court itself.

The Inter-American Court was careful to emphasize in the Advisory Opinion that extraterritorial obligations are exceptional and should be restrictively construed.[26] But although the court cautioned that extraterritorial obligations are 'exceptional', its reshaping of 'effective control' opens the door to cross-border human rights claims.

Given that cross-fertilisation among international judicial bodies is common, this Advisory Opinion may be relevant to the development of the Strasbourg Court's own reasoning concerning 'jurisdiction' in the context of a claim alleging transboundary environmental harm.

[24] Advisory Opinion 23, para 104(h) (author's translation) (emphasis supplied).
[25] In particular, *Loizidou* (supra n 11) *Banković* (supra n 12), and *Al-Skeini* (supra n 17).
[26] Advisory Opinion 23, para 81, para 104(d).

B. Climate Change

The Inter-American Advisory Opinion 23 does not address climate change, but some of the Court's observations on States' duties are clearly pertinent to this ultimate example of transboundary pollution. Moreover, the Court's reasoning could be used to support an argument that a State's contribution to the accumulation of greenhouse gases in the atmosphere should result in State responsibility and accountability to victims living in other States, e.g. persons whose lands have become submerged or uncultivable due to rising sea levels. Arguably, it might be pre-empted by a myriad of hurdles. Nonetheless, it has crystallised that under the Inter-American Court's ruling States can (depending on the precise circumstances) be accountable for the emission of pollutants from activities in their territory which cause transboundary ecological harm.

Whereas in 2005, the Inter-American Commission on Human Rights decided against accepting a petition by Inuit peoples that climate change was violating their American Convention rights, in the light of the Advisory Opinion 23 the arguments of the Inuit (and other vulnerable groups for whom climate change has become an existential threat to their lands, livelihoods and cultures) benefit from enhanced weight of principle and authority. Potentially, the benefit of principle and authority in the Inter-American region, may also be taken into account by the Strasbourg Court in considering similar cases by way of analogy.

3. ARE INTERNATIONAL CLIMATE CHANGE TREATIES RELEVANT TO THE INTERPRETATION OF HUMAN RIGHTS OBLIGATIONS OF STATE PARTIES?

A second important potential issue in climate change litigation is whether international climate change treaties are relevant at all to the interpretation of human rights obligations of States parties to the human rights treaty (e.g. the European Convention on Human Rights).

It can be observed in that regard that it is an established principle that the content and standard of a State's human rights obligations can be informed by the State's obligations under other international instruments when relevant, including (where appropriate) international environmental law. For example, the Human Rights Committee held in its General Comment 36 that:

> '[o]bligations of States parties under international environmental law should thus inform the contents of article 6 of the Covenant, and the obligation of States parties to respect and ensure the right to life should also inform their relevant obligations under international environmental law.'[27]

[27] Human Rights Committee, General Comment No. 36 (2018) on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life, 30 October 2018. CCPR/C/GC/36, para 62. ('General Comment No. 36')

To continue with the example of the Human Rights Committee, the Committee adopted this approach in *Portillo Cáceres v Paraguay*[28] where the Committee considered it relevant to the content of Paraguay's obligations that Paraguay was bound by the *Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants* (one of the pollutants concerned was one where the Review Committee of the Stockholm Convention had requested a global ban in 2008).[29] Thus, relevant international climate change law (i. e. the Paris Agreement) and the State's climate change policies adopted thereunder, are relevant to the interpretation of the State's duties under the human rights treaty in question in the context of climate change, when said State is a Party to the Paris Agreement. The Human Rights Committee has taken this approach to inform the obligations of such a State under the ICCPR. For instance, in its Concluding Observations on the initial report (on its compliance with its obligations under the ICCPR) by Cabo Verde, the Committee referred to Cabo Verde's obligations under Article 6 of ICCPR in the context of *climate change.*[30] The Committee did not only recognise the particular vulnerability of small island States to the effects of climate change, it also made quite detailed recommendations on sustainable development and resilience to climate change.[31]

Indeed, it could not be otherwise, because Art. 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969 (which reflects customary international law) requires the interpreter of a treaty, to take into account any other relevant rules of international law binding on the State concerned. It is to be noted in that sense that human rights treaties are not synallagmatic treaties whose primary beneficiaries are other States. The primary beneficiaries of the obligations under a human rights treaty are not other State Parties, but individuals under the jurisdiction of the State in question.[32]

Indeed, the true significance of Article 31(3)(c) as the International Law Commission observed, is to reflect the principle of systemic integration – namely that treaties should be interpreted in the context of its normative environment.[33] As the International Law Commission pointed out, "the systemic nature of international law has received clearest formal expression in that article'.[34] This means that human rights treaties such as the European Convention of Human Rights or the ICCPR, cannot be interpreted in the vacuum. There is a normative environment (binding rules on a Respondent State) which is relevant to the interpretation of its obligations under the human rights treaty in question. As the ILC Special Rapporteur Martti Koskeniemi on Fragmentation of International Law, observed:

> 'It is sometimes suggested that international tribunals or law-applying (treaty) bodies are not entitled to apply the law that goes "beyond" the four corners of the constituting instrument […]. But if, as discussed… above,

[28] Portillo Cáceres et al. v. Paraguay, Communication No. 2751/2016, Doc. No. CCPR/C/126/D/2751/2016.
[29] Ibid at paragraph 7.3 and footnote 7 to paragraph 2.11.
[30] CCPR/C/CPV/CO/1/Add.1 §17-18.
[31] Ibid.
[32] See Crawford, Special Rapporteur on State Responsibility, A/CN.4/507 and Add. 1–4 §17.
[33] Ibid §430.
[34] Ibid § 420.

> all international law exists systemic relationship with other law, no such application can take place without situating the relevant jurisdiction-endowing instrument in its normative environment. This means that although a tribunal may only have jurisdiction in regard to a particular instrument, it must always interpret and apply that instrument in its relationship to its normative environment – that is to say "other" international law.'[35]

In the *Namibia Advisory Opinion*,[36] the International Court of Justice applied this approach and held: '…an international instrument has to be interpreted and applied within the framework of the entire legal system prevailing at the time of the interpretation'[37] Not only was the principle of systemic interpretation upheld but the ICJ also stated that that 'interpretation cannot remain unaffected by the subsequent development of law'.[38]

Such an approach to interpretation is also reflected in the works of human rights organs and courts. The Human Rights Committee, for example, has held that the ICCPR should be interpreted as a 'living instrument'.[39] For its part, the first explicit reference to the European Convention on Human Rights as a living instrument appeared in the European Court of Human Rights' case-law in the judgment of *Tyrer v. United Kingdom*[40], more than 40 years ago. The Court stated therein that the Convention "must be interpreted in light of present-day conditions'.[41] This is a principle likely to be relevant in the examination of novel claims raising climate change issues under the European Convention on Human Rights today.

4. CAUSATION

A State may argue that climate change is a 'global phenomenon' and not the sole responsibility of one single State. From that perspective, it could be argued that as a matter of international law, a State Party to a human rights treaty would be under no obligation to reduce its contribution to a global harmful phenomenon, so long as other states are continuing to contribute to it.

This approach to causation would require victims to demonstrate that a single State is responsible for the majority of climate change at a global level or exclusively responsible

---

[35] Ibid §423 (footnotes omitted).
[36] *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16.
[37] Ibid p. 19.
[38] Ibid.
[39] *Judge v. Canada*, Communication No. 829/1998, UN Doc. No. CCPR/C/78/D/829/1998, *4 Yoon and Choi v. Republic of Korea*, Communications Nos. 1321/2004 and 1322/2004 of 3 Nov. 2006, U.N. Doc. CCPR/C/88/D/1321-1322/2004, *Atasoy and Sarkut v. Turkey*, Communications Nos. 1853/2008 and 1854/2008 of 29 March 2012, U.N. Doc. CCPR/C/104/D/1853-1854/2008.
[40] *Tyrer v. United Kingdom*, Application No. 5856/72, 25 April 1978.
[41] Ibid., para 31. For an illuminating reading on the European Convention as a 'living instrument' see 'The Convention as a Living Instrument at 70', Background Document, Judicial Seminar 2020 [last accessed on 29 October 2020].

for climate change harms, to be found internationally responsible. Such a *rationale* however would lead to the absurd conclusion that no State could ever be held liable for the effects of its wrongful greenhouse gas ('GHG') emissions due to the character of climate change as a cumulative problem to which all States contribute. This in any event is simply incorrect under the Law of State Responsibility as will be seen below.

Further, it may also be argued, that to succeed, claimants would have to sufficiently substantiate any meaningful connection 'or causation' under international law between the measures taken by the State in question (or alleged failure to take measures) and the alleged violations of the Covenant/Convention.

However, causation is not the applicable test to assess the responsibility of a State in the above scenario, but rather the rules of attribution.

A. Causation Irrelevant for Assessing Obligations Concerning Adaptation

First, causation is irrelevant for assessing State obligations concerning obligations in relation to adopt adaptation measures. Even if the climate change threat were wholly extraneous to a given State, said State would still be under the same duty to take positive measures to address foreseeable climate change impacts on the human rights of those under its jurisdiction (measures of adaptation). This obligation is not dependent upon the causal relationship between a State and global climate change.

The Strasbourg case-law agrees with this approach. In the context of environmental disasters over which States have no control, the obligation of the State to take preventive operational measures comes down to adopting measures to reinforce the State's capacity to deal with the unexpected and violent nature of such natural phenomena irrespective of the origin of the threat (See *M. Özel and Others v Turkey*).[42]

B. Causation Irrelevant for Assessing State Responsibility in Relation to Mitigation

Second, the key notion to establish the responsibility of a State in relation to mitigation, does not rest on any element of causality (on the mere recognition of a link of factual causality), but on principles of attribution.[43] The Commentary of the International Law Commission's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts for example, observes that 'The different rules of attribution… have a cumulative effect, such that a State may be responsible for the effects of the conduct of private parties, if it failed to take necessary measures to prevent those effects'.[44] Failure on the part of the State to

[42] *M. Özel and Others v. Turkey*, Applications nos. 14350/05, 15245/05 and 16051/05), Judgment, 17 November 2015 at para 173.
[43] International Law Commission, *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries* (2001), p. 38.
[44] Ibid.

take action, to regulate those polluting the environment is an omission giving rise to State Responsibility.

When multiple States are responsible for the same wrongful act (i. e. high GHG emissions), the general principle is that 'each State is separately responsible for the conduct attributable to it, and that responsibility is not diminished or reduced by the fact that one or more States are also responsible for the same act'(Article 47 of State Responsibility rules).[45] For example, when multiple States pollute the same river by separate discharges of pollutants, the responsibility of each participating State is determined individually, on the basis of its own conduct and by reference to its own international obligations.[46]

Following a similar approach, in the celebrated *Potash Mines* case,[47] the Dutch Supreme Court considered a claim against multiple polluters each of which had unlawfully discharged wastes into the Rhine, holding that each defendant was responsible, *pro rata*, for its own contribution.

It is to be emphasised in that sense that the European Convention is not placed outside that general framework of general international law. The rules of State attribution are relevant to ascertain State responsibility under the Convention.[48]

C. The Applicability of the Rules of State Responsibility in a Human Rights context in relation to Climate Change

The same principle was applied to GHG emissions in the recent *Urgenda* decision, where the Dutch Supreme Court held that, while global climate change is caused by the emissions of all countries, the duty on the Netherlands was to do its part. No one State's reductions could solve climate change, but no State's reductions are negligible either.

In a statement published on 20 December 2019 in the wake of the Supreme Court's ruling, the UN High Commissioner for Human Rights, Michelle Bachelet, welcomed the *Urgenda* ruling. The UN OHCHR stated: 'The decision confirms that the Government of the Netherlands and, by implication, other governments have binding legal obligations, based on international human rights law, to undertake strong reductions in emissions of greenhouse gases.' The High Commissioner noted:

> 'This landmark ruling provides a clear path forward for concerned individuals in Europe – and around the world – to undertake climate

[45] International Law Commission, *Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, Art. 47.
[46] International Law Commission, *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries* (2001), p. 125.
[47] Dutch Supreme Court, *Handelskwekerij Bier v Mines de Potasse d'Alsace* [1976] NJ 1989.
[48] See ECtHR, *Kotov v Russia*, Application No 54522/00, 3 April 2012 [Grand Chamber] at paras 30-32; *Al Nashiri v. Poland,* Application No 28761/11, 24 July 2014, at para 207.

> litigation in order to protect human rights, and I pay tribute to the civil society groups which initiated this action.'
> 'I cannot underline too much the importance of today's decision, and the even greater importance of it being swiftly replicated in other countries.'[49]

In the relevant section below, it will be discussed that the nature of the obligations in a climate change scenario is a duty to use due diligence to protect individuals from real and foreseeable risks of severe human rights impacts *inter alia,* the duty to protect the rights to a life of those subject to its jurisdiction. This is not dependent upon the causal relationship between the State in question as a country and global climate change. As noted above, even if the climate change threat were wholly extraneous such a State would still be under the same duty to take positive measures.

In relation to the argument that a State would be violating a human rights treaty by its failure to take sufficient steps to mitigate its contribution to global climate change, the following observations can be made. First, because climate change poses severe and eminently foreseeable threats to human life and other protected rights, each State Party to the human rights treaty in question owes a duty to take positive measures to protect against those threats. That duty includes mitigation, where each State Party is obliged to do its part – not to single-handedly 'solve' climate change, which would be impossible for any one State, but to undertake its fair share of the GHG emissions reductions that are necessary, indeed to do as much as it reasonably can towards averting a global climate breakdown. Second, in this context, the Paris Agreement is relevant for interpreting the content and standard of States' duties, as States parties to this treaty have undertaken a duty to adopt GHG mitigation policies and undertaken to do so in accordance with the principles of 'highest possible ambition' and 'reflecting its common but differentiated responsibilities and respective capabilities'.[50]

In short, in the context of climate change claims a State is responsible for its own contribution, for its own lack of due diligence, for its own failure to ensure adaptation measures to protect the rights of those under its jurisdiction, and to ensure that its own obligations in relation to GHG emissions are fulfilled.

[49] United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, 'Bachelet welcomes top court's landmark decision to protect human rights for climate change', 20 December 2019 [last accessed on 30 October 2020].
[50] Paris Agreement, Art. 4.3.

5. THE NOTION OF IMMINENCE

A fourth important notion that has cropped up in human rights litigation relating to climate degradation is the notion of '*imminence*'.

In *Teitotia,*[51] a recent case decided by the Human Rights Committee, an individual sought asylum in New Zealand on the basis that the effects of climate change and sea level rise in Kiribati, his home, had forced him to migrate from the island of Tarawa in Kiribati to New Zealand. He had argued that the situation in Tarawa had become increasingly unstable and precarious due to sea level rise caused by global warming. Fresh water has become scarce because of saltwater contamination and overcrowding on Tarawa. Attempts to combat sea level rise have largely been ineffective. Inhabitable land on Tarawa has eroded, resulting in a housing crisis and land disputes that have caused numerous fatalities. The author argued that Kiribati has thus become an untenable and violent environment for him and his family.[52] He argued that should New Zealand send him back to Kiribati, his right to life (as the right not to be arbitrarily killed) would be at risk for the above reasons.

The Committee examined the right to life in the *Teitotia* case, focusing on whether the author was in any 'imminent' danger of harm to his right to life. The Committee concluded that the Author's life was not 'in imminent danger' as follows:

> 'The Committee accepts the author's claim that sea level rise is likely to render the Republic of Kiribati uninhabitable. However, it notes that the time frame of 10 to 15 years, as suggested by the author, could allow for intervening acts by the Republic of Kiribati, with the assistance of the international community, to take affirmative measures to protect and, where necessary, relocate its population.'[53]

Some observations are pertinent in relation to *Teitiota* and its treatment of the right to life. It should be noted first, that the *Teitiota* case was in essence, a deportation case. It was not a climate change case raising obligations of adaptation or mitigation by a State party under a human rights treaty. A second important observation is that the author's complaint in *Teitiota* was based on actual danger to life, not the right to life with dignity. This is an important consideration. *Teitiota*'s case argued that if he were to be back in Kiribati, the circumstances described above were threatening his right not to be arbitrarily killed. The case was not pleaded as entailing the right to life in its positive obligations, the approach for climate change litigation cases.

To continue with the example of the ICCPR, States Parties have, under Art. 6 itself and under Art. 6 in combination with Art. 2, the obligation to ensure the right to life and to

[51] Human Rights Committee, *Ioane Teitiota v New Zealand*, Opinion, 7, January 2020. CCPR/C/127/D/2728/2016 ('Teitiota' or 'Kiribati refugee case').
[52] Ibid para 2.1.
[53] Ibid para 9.12.

exercise due diligence to protect the lives of individuals against threats not attributable to the State itself.[54] This as will be seen below is a positive obligation. This due diligence obligation obliges the State Party to protect against 'reasonably foreseeable threats'.[55] States parties may be in violation of Article 6 even if such threats and situations do not result in the loss of life.[56]

Under international human rights law (see for example a long line of Strasbourg case-law), for a positive obligation by the State to arise it must be established that the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the rights of the individuals subject of its jurisdiction and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk.[57]

In the *Urgenda* case, the Dutch Supreme Court applied this test to the specific risks posed by climate change and stated :

> 'The ECtHR has on multiple occasions found that Article 2 ECHR was violated with regard to a state's acts or omissions in relation to a natural or environmental disaster. It is obliged to take appropriate steps if there is a real and immediate risk to persons and the state in question is aware of that risk. In this context, the term 'real and immediate risk' must be understood to refer to a risk that is both genuine and imminent. <u>The term 'immediate' does not refer to imminence in the sense that the risk must materialise within a short period of time, but rather that the risk in question is directly threatening the persons involved. The protection of Article 2 ECHR also regards risks that may only materialise in the longer term</u>.'[58]

The test of 'imminent threat' therefore does not imply that the risk must materialise within a short period of time, but rather that the risk is *directly threatening the persons involved*.

Where an environmental problem creates risks to life and where the state has known of those risks, over a period of years, and yet has failed to take action to address them, resulting

---

[54] E.g. *Teitiota*, at paragraph 9.4; *Portillo Cáceres* at paragraph 7.5. See also *Y. Sh. v Russian Federation*, Application No. 2815/2016, UN Doc. No. CCPR/C/128/D/2815/2016, at paragraph 8.5; Martinez v Colombia (No. 3076/2017) ('*States parties are thus under a due diligence obligation to take reasonable, positive measures that do not impose disproportionate burdens on them in response to reasonably foreseeable threats to life originating from private persons and entities whose conduct is not attributable to the State*').

[55] Ibid.

[56] *Teitiota*, para. 9.4; *Portillo Cáceres* at para. 7.3. In *Portillo Cáceres*, the victims of the violation were not only Mr Portillo Cáceres, but the other authors, because despite the '*threats to the life of the authors that were reasonably foreseeable by the State party*', '*the fumigations continued*', causing '*the serious intoxication suffered by the authors*'. Based on these facts, '.'*the Committee concludes that the facts before it disclose a violation of article 6 of the Covenant, to the detriment of Mr Portillo Cáceres and the authors of the communication.*'

[57] See for example ECtHR, *Mastromatteo v Italy*, *(Application no.37703/97),* Judgment 24 October 2002 §68; *Paul and Audrey Edwards v. the United Kingdom (Application no.46477/99),* Judgment 14 March 2002 § 55.

[58] Dutch Supreme Court, *The State of The Netherlands (Ministry of Economic Affairs and Climate Policy) and Stichting Urgenda*, supra, at para 5.2.2 (emphasis added).

in eventual loss of life and other serious human rights impacts the responsibility of the State is engaged. The case of *Oneryildiz v Turkey*[59] in the European Court of Human Rights is instructive in that regard. In respect of Article 2 the Court noted:

> '…the Turkish authorities at several levels knew or ought to have known that there was a real and immediate risk to a number of persons living near the Ümraniye municipal rubbish tip. They consequently had a positive obligation under Article 2 of the Convention to take such preventive operational measures as were necessary and sufficient to protect those individuals…'.[60]

6. THE NOTION OF DUE DILIGENCE – DUTY TO PROTECT

Finally, turning now to the nature of the obligations cross-cutting specific rights under a human rights treaty in a climate change claim.

The three main cross-cutting issues are: (A) A State's general duty to take positive measures to protect those under its jurisdiction : obligations of conduct (due diligence); (B) A State's positive duties to protect the rights of those under its jurisdiction against the known and foreseen threat of climate change impacts (measures to lessen or soften the impact of that materialization, or 'adaptation'); and (C) A State's positive duties to protect those under its jurisdiction against the known and foreseen threat of climate change impacts – by cutting greenhouse gas emissions (measures to prevent the threat from materializing or 'mitigation').

A. A State's General Duty to Take Positive Measures to Protect those under its Jurisdiction: Obligations of Conduct (Due Diligence)

The standard of conduct in climate change cases corresponds with what a responsible State ought to do under normal conditions in a situation with its best practicable and available means, with a view to fulfilling its international obligation. In international law, this concept has been expressed as a best effort standard, or 'due diligence'.[61]

The due diligence standard also varies in many contexts on the basis of common but differentiated responsibilities and respective capabilities. It is well-established that States differ significantly, but they may all face similar challenges to control the activities in their

[59] ECtHR, *Öneryıldız v. Turkey*, Application No 48939/99, 30 November 2004 [Grand Chamber].
[60] Ibid at para 101. (emphasis added).
[61] In the context of the ICCPR, the Human Rights Committee stated in General Comment 36 (§7): *'States parties must respect the right to life and have the duty to refrain from engaging in conduct resulting in arbitrary deprivation of life. States parties* ***must also ensure*** *the right to life and* ***exercise due diligence to protect the lives of individuals*** *against deprivations caused by persons or entities, whose conduct is not attributable to the State. The obligation of States parties to respect and ensure the right to life extends to reasonably foreseeable threats and life-threatening situations that can result in loss of life. States parties may be in violation of article 6 even if such threats and situations do not result in loss of life.'* In application of this rule, Australia would be responsible for example, for exercising due diligence to address foreseeable threats and life-threatening situations not attributable directly to the State but to private actors.

territory, and that this will affect the evaluation of whether they have breached their due diligence obligation.[62]

The notion of due diligence is relevant as a standard for assessing the adequacy of government action in order to ensure the protection of the human rights of claimants under the jurisdiction of a State in question. It does not depend on the source of the threat. For example, in relation to the right to life, General Comment 36 (§21) reads:

> 'The duty to take positive measures to protect the right to life derives from the general duty to ensure the rights recognized in the Covenant, which is articulated in article 2, paragraph 1, when read in conjunction with article 6, as well as from the specific duty to protect the right to life by law which is articulated in the second sentence of article 6. States parties are thus under a due diligence obligation to undertake reasonable positive measures which do not impose on them disproportionate burdens.'[63]

In *Urgenda***,** the Dutch Supreme Court held the following, in relation to the positive obligations and due diligence obligations of the State under the European Convention on Human Rights:

> '5.3.2 The obligation to take appropriate steps pursuant to Articles 2 [right to life] and 8 [right to respect for private and family life and home] ECHR also encompasses the duty of the state to take preventive measures to counter the danger, even if the materialisation of that danger is uncertain. […] The obligation pursuant to Articles 2 and 8 ECHR to take appropriate steps to counter an imminent threat may encompass both mitigation measures (measures to prevent the threat from materialising) or adaptation measures (measures to lessen or soften the impact of that materialisation). […]
>
> 5.3.3. The court may determine whether the measures taken by a state are reasonable and suitable. The policy a state implements when taking measures must be consistent and the state must take measures in good time. A state must take due diligence into account in its policy. The court can determine whether the policy implemented satisfies these requirements. In many instances found in ECtHR case law, a state's policy has been found to be inadequate, or a state has failed to provide sufficient substantiation that its policy is not inadequate.[…]
>
> 6.5. In addition, the courts can assess whether the State, with regard to the threat of a dangerous climate change, is complying with its duty mentioned

[62] Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities (n 11) 154-155, commentary to art 3, para 12, referring to Principle 11 of the Rio Declaration.
[63] Emphasis added.

above in 5.5.3 under Articles 2 and 8 ECHR to observe due diligence and pursue good governance.'[64]

Two elements of the due diligence standard of care are particularly relevant: (i) opportunity to act or prevent (ii) foreseeability of harm.[65] In brief, this means that a claim against a State would be successful if the claimant shows that the State agents knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the rights of the individuals subject of the jurisdiction of the State in question and did not take appropriate action. Indeed, under a human rights treaty, there is an obligation to address a real and immediate risk to substantive rights such as the right to life.

In other words, foreseeable impacts – indeed known and expected – mean that a State is obliged to use due diligence to avert such consequences, and, insofar as it is impossible to avert them completely, to do everything reasonable to limit the impacts. Lack of action entails the international responsibility of a State with no more.

Article 2(1) of the European Convention enjoins the State not only to refrain from the intentional and unlawful taking of life but also to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction. The ECtHR has found the positive obligation under Article 2 to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction to apply in the context of any activity, whether public or not, in which the right to life may be at stake.[66] The Court has found positive obligations to arise under Article 2 in the context of dangerous activities, including industrial or environmental disasters in the case of *Oneryildiz v Turkey, Budyayeva and Others v. Russia*,[67] *Kolyadenko and Others v. Russia*,[68] *Brincat and Others v. Malta*,[69] *M. Özel and Others v. Turkey*.[70]

B. A State's Positive Duty to Protect those under its Jurisdiction against the known and foreseen threat of Climate Change Impacts (Adaptation)

It follows from the above, that a State has positive duties to protect those under its jurisdiction against the known and foreseen threat of climate change impacts by measures to lessen or soften the impact of that materialization, or 'adaptation' measures.

This would imply the implementation of adequate measures for assisting individuals under its jurisdiction and their communities to adapt to the effects of climate change.

---

[64] Emphasis added.
[65] See above at paragraph 57 referring to ECtHR, *Mastromatteo v Italy*, Application no.37703/97, 24 October 2002, at para 68; *Paul and Audrey Edwards v. the United Kingdom*, Application no.46477/99, 14 March 2002, at para 55.
[66] ECtHR, *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania*, Application no. 47848/08, 17 July 2014 [Grand Chamber], at para 130.
[67] ECtHR, *Budayeva and Others v. Russia,* Application No 15339/02 and *others* , 20 March 2008.
[68] ECtHR, *Kolyadenko and Others v. Russia,* Application No 17423/05, 28 February 2012.
[69] ECtHR, *Brincat and Others v. Malta,* Application No 60908/11 and others, 24 July 2014.
[70] ECtHR, *M. Özel and Others v. Turkey* (*supra* n. 42).

C. A State's Positive Duties to Protect those under its Jurisdiction against the known and foreseen threat of Climate Change Impacts (Mitigation)

States would also have positive duties to protect those under its jurisdiction against the known and foreseen threat of climate change impacts – by cutting greenhouse gas emissions (measures to prevent the threat from materializing) or 'mitigation' measures.

In the *Teitiota* case, the Human Rights Committee recalled that '… climate change and unsustainable development constitute some of the most pressing and serious threats to the ability of present and future generations to enjoy the right to life.'[71] The magnitude of the threat to core human rights on such a scale has consequences for the scope of positive measures States Parties are required by human rights treaties to take in response.

In that regard, five UN treaty bodies issued a joint statement on 'Human Rights and Climate Change', setting out that existing human rights obligations under various universal human rights treaties embraced obligations on all States to strive to reduce GHG emissions:

> 'In order for States to comply with their human rights obligations, and to realize the objectives of the Paris Agreement, they must adopt and implement policies aimed at reducing emissions, which reflect the highest possible ambition, foster climate resilience and ensure that public and private investments are consistent with a pathway towards low carbon emissions and climate resilient development.
>
> In relation to efforts to reduce emissions, States parties should effectively contribute to phasing out fossils fuels, promoting renewable energy and addressing emissions from the land sector, including by combating deforestation. Additionally, States must regulate private actors, including by holding them accountable for harm they generate both domestically and extraterritorially. States should also discontinue financial incentives or investments in activities and infrastructure which are not consistent with low greenhouse gas emissions pathways, whether undertaken by public or private actors as a mitigation measure to prevent further damage and risk'.[72]

In the case of the Human Rights Committee, as seen above, the Committee has raised climate change concerns in the process of consideration of reports of States Parties to the ICCPR. It was mentioned before the case of Cabo Verde. The Committee also recently asked the government of Guyana to respond to concerns that large scale oil extraction significantly increased greenhouse gas emissions, causing ocean acidification and rising

[71] *Teitiota*, at para. 9.4.
[72] CESCR, CEDAW, CPRAMWMF, CRPD, CRC, Joint statement on '*Human Rights and Climate Change*', published 16 September 2019 [last accessed on 30 October 2020].

sea-levels.[73] In other words, under the ICCPR, the protection of the right to life requires States to review their energy policies and prevent the dangerous emission of greenhouse gases. This is an important development that the European Court of Human Rights may also consider in assessing the obligations of State parties under the European Convention on Human Rights.

It may be also relevant to note that in his 2019 annual report to the United Nations General Assembly, the UN Special Rapporteur on Human Rights and the Environment noted inter alia that:

> '…To comply with their human rights obligations, developed States… must reduce their emissions at a rate consistent with their international commitments. States must submit ambitious nationally determined contributions by 2020… All States should prepare rights-based deep decarbonization plans intended to achieve net zero carbon emissions by 2050… Four main categories of actions must be taken: addressing society's addiction to fossil fuels ; accelerating other mitigation actions ; protecting vulnerable people from climate impacts ; and providing unprecedented levels of financial support to least developed countries and small island developing States.'

7. CONCLUSION

The present Article has addressed 5 topics crucial to the proper understanding of climate change potential claims in human rights litigation : (i) Jurisdictional Issues ; (ii) Whether climate change treaties are relevant to interpret the European Convention on Human Rights ; (iii) Causation (and whether it is relevant or not under the Rules of State Responsibility underlying the Convention) ; (iv) The notion of 'Imminence'; and (v) The notion of Due Diligence - Duty to Protect as an essential notion in the context of climate change cases.

If climate change is (as it is) one of the most pressing and serious threats to human life it is not surprising that climate change litigation has now reached the European Court of Human Rights. Today, before the Court, there are diagonal claims (*Portuguese Youth* case) (that add a level of complexity to the above analysis) and non-diagonal claims (*Senior Women for Climate Protection case)* in which issues of jurisdiction are straightforward.

While climate change raises novel issues in human rights litigation, the Strasbourg case-law has long established that the European Convention on Human Rights is a 'living instrument' which 'must be interpreted in light of present-day conditions'. Doubtless the European System will rise to the challenge to deal effectively with a new wave of claims rooted on environmental degradation arguments. In order for this to happen, the European

[73] See, Center for International Environmental Law, *United Nations Rights Committee Responds to Guyana's Carbon Bomb*, 10 August 2020 [last accessed on 30 October 2020].

Convention of Human Rights is to be interpreted in its normative environment which includes relevant binding rules such as those enshrined in climate change treaties such as the Paris Agreement. This is the correct approach under international law, reflecting the principle of systemic integration.

Arguments concerning causation have also been addressed, and submitted that the correct test is rather attribution, in accordance with rules of State Responsibility. Such rules of State Responsibility are key to understand liability principles under the European Convention of Human Rights. Indeed, the international law of state responsibility enshrined in the International Law Commission Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts remains relevant for understanding attribution in the context of climate change cases under the European Convention. The European Convention on Human Rights does not exist in that sense outside the general framework of international law. In addition, the appropriate understanding of the notion of imminence (not a temporal notion) has been discussed. Finally, it is submitted that the nature of the obligations at stake are positive, due diligence obligations, crucial to the correct understanding of the underlying duties in climate change cases both in respect of mitigation and adaptation.

The above leitmotivs are to appear in climate change litigation across human rights courts and international organs. A cross-fertilisation of jurisprudential developments is likely to take place as a result. For that reason, reference to the treatment of climate change by other regions and case-law has been made in the discussion relating to the above topics.

FOCUS

Crise sanitaire et droits fondamentaux: les mutations du référé-liberté

Louis de Fournoux[*]

C'est, à de nombreux titres, une période exceptionnelle qui s'est ouverte au mois de mars 2020. Outre le bouleversement de la vie individuelle et collective, la propagation du virus de la covid-19 a entraîné une perturbation profonde du droit, qui reflète celles-ci.

La crise sanitaire déclenchée au début de l'année 2020 a provoqué chez les pouvoirs publics un réflexe très classique : élaborer, le plus rapidement possible, une loi d'exception pour faire face à ces circonstances. Par une malheureuse habitude[1], le choix du gouvernement a été de concevoir non seulement une loi de circonstance, par essence temporaire, mais également un cadre juridique général, en créant un dispositif d'exception mobilisable en cas de nouvelles crises sanitaires. Il n'a tenu qu'à l'opposition du Sénat que le dispositif conserve un caractère temporaire, par le choix d'une sorte d'expérimentation, qu'il est déjà question de pérenniser.

C'est ainsi qu'est né le cadre juridique de l'état d'urgence sanitaire ; un dispositif qui, du fait des conditions légistiques de son adoption, confond facilement la notion de catastrophe sanitaire – la condition abstraite de son déclenchement – avec la crise sanitaire actuelle – que la loi vise avant tout à traiter[2]. Ce qui ne peut que conduire à faire primer l'ordre public, sanitaire ici, sur toute autre considération, minorée par la pression des circonstances de crise.

[*] Maître de conférences à l'Université de Strasbourg, Institut de recherches Carré de Malberg (UR 3399).

[1] Roland Drago relevait déjà, à propos de la loi du 3 avril 1955 instaurant l'état d'urgence que « les textes d'exception sont rarement votés, en France, dans le calme d'une période de stabilité politique, en prévision d'un temps de crise. C'est fréquemment sous la pression des circonstances que les législateurs délibèrent et leurs actes portent ainsi la marque de leur époque et des besoins auxquels ils ont voulu parer » (R. Drago, « L'état d'urgence et les libertés publiques », *RDP*, 1955, p. 670 et s., spéc. p. 671).

[2] Le régime pérenne de l'état d'urgence sanitaire semble en effet taillé pour faire face à la propagation de la covid-19 ; la question se pose de l'adéquation de sa mobilisation pour faire face à une épidémie de moindre gravité. De plus, les mesures qu'il autorise sont marquées par le contexte actuel, puisqu'une anticipation plus scrupuleuse par les autorités sanitaires aurait pu éviter ou retarder la nécessité impérieuse du confinement.

Alors que le droit positif contenait déjà de riches[3] mais insuffisantes[4] ressources pour faire face à ce type de menace, c'est donc ce cadre calqué sur l'état d'urgence – qu'il faut désormais qualifier de « sécuritaire »[5] – qui s'est imposé à compter du 23 mars 2020[6]. L'« effet fondamental » de cette loi, comme de toute loi instaurant un état d'urgence, « réside dans une extension des pouvoirs de police administrative »[7], par la mise en place d'une police administrative spéciale ressortissant principalement à la compétence du Premier ministre et ne permettant qu'un concours de polices très limité[8]. L'exercice de ces pouvoirs vise essentiellement à protéger la santé publique et, par-là, à permettre la sauvegarde de la vie. Cet impératif absolu, on le comprend, supplante tout et permet, notamment, des restrictions drastiques et jusque-là inconnues de nombre de droits et libertés fondamentaux – au point que le terme de restriction est peut-être mal choisi et qu'il pourrait lui être préféré celui de suspension. Ainsi, le paradigme libéral classique selon lequel « la liberté est la règle et la restriction de police l'exception »[9] est inversé, puisque nombre d'activités sont interdites, interdiction parfois assortie de dérogations. Cette situation s'inscrit dans la durée, puisque les sorties de cet état d'urgence ne se font qu'au moyen d'un régime transitoire, qui maintient le droit dans un état d'exception peu à peu normalisé.

Cependant, si les états d'urgence partagent de nombreuses caractéristiques, le régime de l'état d'urgence sanitaire est marqué du sceau de la modernité dans ce sens où son encadrement législatif est plus minutieux[10]. Parmi les différents aspects de l'encadrement des pouvoirs exceptionnels conférés au gouvernement, le droit au recours juridictionnel occupe une place importante.

---

[3] Outre la théorie des circonstances exceptionnelles, qui donne au « principe de l'ordre public une extension plus grande » (CE, 28 févr. 1919, *Dames Dol et Laurent*, *Lebon* p. 208), utilisée pour ordonner la fermeture de certains établissements recevant du public et le premier confinement généralisé de la population, le Code de la santé publique disposait d'un cadre d'exception mobilisable en cas de menace sanitaire grave, dont la menace d'épidémie (Code santé pub., art. L. 3131-1 et s.). Il a toutefois été jugé que la situation sanitaire du printemps 2020 ne s'apparentait plus à une menace sanitaire, mais à sa réalisation. En outre, le dispositif se caractérise par son imprécision et une extrême largeur des pouvoirs conférés au ministre de la Santé, à qui manque une certaine légitimité pour imposer des mesures aussi restrictives que celles qui ont été prises.

[4] V. CE, avis n° 399873 du 18 mars 2020 : « l'existence d'une catastrophe sanitaire rend utile un régime particulier de l'état d'urgence pour disposer d'un cadre organisé et clair d'intervention en pareille hypothèse ». On remarquera que le vice-président du Conseil d'Etat considère que « la nécessité d'instaurer un nouveau régime d'exception n'était pas évidente » (B. Lasserre, « Conférence inaugurale "Les états d'urgence : pour quoi faire ?" », 14 oct. 2020, site du Conseil d'Etat).

[5] Cette dénomination semble s'imposer, puisqu'il n'a pas été envisagé de modifier la loi de 1955 pour y inclure les dispositions permettant la lutte contre l'épidémie, alors que l'état d'urgence peut être déclenché en cas de « calamité publique ».

[6] V. J. Petit, « L'état d'urgence sanitaire », *AJDA*, 2020, p. 833.

[7] J. Petit, *art. préc.*, p. 837.

[8] V. CE, ord., 17 avril 2020, *Commune de Sceaux*, n° 440057 : *AJDA*, 2020, p. 1013, note B. Faure ; à comparer avec CE, ord., 22 mars 2020, *Syndicat jeunes médecins*, (n° 439674 : *AJDA*, 2020, p. 851), qui aborde la possibilité d'un concours de polices avant la proclamation de l'état d'urgence sanitaire.

[9] L. Corneille, « Concl. sur CE, 10 août 1917, *Baldy* », *Lebon* p. 636, spéc., p. 640.

[10] Bien que le contrôle parlementaire, classique en la matière, soit moindre que pour l'état d'urgence de 1955 et ce d'autant qu'il a été restreint par le Conseil constitutionnel, au nom d'une conception curieuse de la séparation des pouvoirs (Cons. const., déc. n° 2020-800 DC du 11 mai 2020, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*, *JORF* du 12 mai 2020, texte n° 2, §82).

En effet le texte de loi insiste, par une disposition superflue, sur le recours au juge, plus particulièrement au juge administratif de l'urgence[11]. A cela, il faut ajouter que le texte impose à toutes les mesures prises au titre de l'état d'urgence d'être « strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu »[12]. L'accès au juge administratif, maintenu au terme d'une adaptation à la crise sanitaire[13], est un enjeu crucial en période de crise, spécialement lorsque les mesures prises s'appliquent à tous et sur tout le territoire.

L'anniversaire des vingt ans de ces procédures d'urgence allait dès lors être célébré d'une manière bien particulière : par une sollicitation extrême du juge administratif des référés – spécialement au travers du référé-liberté, qui confirme son statut de « vedette contentieuse »[14] – et sur des sujets infiniment variés. On distingue schématiquement deux types de requêtes adressées au juge des référés : celles qui visent classiquement à la protection des libertés mais aussi celles qui visent à obtenir des injonctions conduisant à davantage de restrictions des libertés, dans un but de protection de la santé – qui ont afflué dans les premiers temps de l'épidémie. Dans ces deux domaines, on peut constater une évolution dans le contentieux des droits et libertés fondamentaux. La question se pose alors de savoir si l'on peut déjà déceler dans ce mouvement un effet de cliquet, ce qui lui imprimerait un caractère durable ; ou si, au contraire, on peut affirmer que cette période restera, à proprement parler, extraordinaire.

C'est le paradoxe apparent du référé-liberté que d'être devenu « potentiellement (…) liberticide »[15] et le contexte de crise sanitaire semble avoir amplifié cette tendance **(Partie I)**. D'un autre côté, la fonction de protection des libertés a pu être affectée par la lutte contre le virus, la question étant de savoir si cela s'inscrira dans la durée **(Partie II)**.

Partie I - Des avancées dans le domaine de la carence de l'Administration

Dans un premier temps, à partir du premier confinement, l'afflux considérable de requêtes a d'abord visé à obtenir davantage protection de la part d'un Etat jugé défaillant, par injonction du juge des référés. Il s'agissait en somme de faire basculer une question éminemment politique dans la sphère juridique, ce que le juge a, dans l'ensemble, refusé. Toutefois, certaines ordonnances montrent que le contrôle opéré sur l'Administration s'est resserré : le juge a surmonté certains obstacles, traditionnels en matière de référé **(A)**, tout en pénétrant plus loin – à notre sens – dans le domaine de l'opportunité **(B)**.

[11] Code santé pub., art. L. 3131-18.
[12] Code santé pub., art. L. 3131-15.
[13] Ord. n° 2020-305 du 25 mars 2020 portant adaptation des règles applicables devant les juridictions de l'ordre administratif, *JORF* du 26 mars 2020, texte n° 7.
[14] V., à ce sujet, C. Malverti & C. Beaufils, « Le référé en liberté », *AJDA*, 2020, p. 1154.
[15] O. Le Bot, « Crise du coronavirus : le "pragmatisme" du juge du référé-liberté », *JCP G.*, 2020, comm. 434.

A. Des obstacles levés à l'office du juge du référé-liberté

L'ordonnance *Syndicat Jeunes médecins*[16], rendue le 22 mars 2020, est étonnante à plusieurs titres. Beaucoup a déjà été écrit à son sujet[17], mais tout n'a peut-être pas été dit. Pour rappel, le Conseil d'Etat était saisi, dès avant l'entrée en vigueur de la loi sur l'état d'urgence sanitaire mais après que le confinement avait été décrété, d'une demande émanant de professionnels de la santé visant à ce que le juge enjoigne au gouvernement de prononcer un confinement total de la population – avec interdiction stricte de sortir de son domicile, sauf autorisation par un médecin, ce qui impliquait également le ravitaillement de la population. Le requérant fondait sa requête sur le droit au respect de la vie, qui, depuis l'arrêt *Ville de Paris*[18], permet au juge de prononcer des injonctions en cas de carence de l'Etat, afin d'assurer la « prise en charge de l'abstention administrative »[19] au moyen du référé-liberté.

Si le Conseil d'Etat rejette cette requête – qui s'inscrit dès lors dans un certain classicisme au vu du décalage entre ce qui est demandé et ce qui est obtenu – la motivation et la décision sont très révélatrices de la position adoptée par le juge par rapport au gouvernement qu'il contrôle. Et ce d'autant qu'il semble que cette attitude ne soit pas justifiée par le contexte sanitaire extraordinaire.

On sait en effet que le juge du référé-liberté borne traditionnellement son office par une autolimitation qui prend plusieurs aspects et qui vise essentiellement à dissiper le « spectre du gouvernement des juges »[20]. Ainsi et dès lors, le juge du référé-liberté s'abstient de prescrire des « mesures d'ordre structurel reposant sur des choix de politiques publiques »[21], considérant par exemple que la demande visant à enjoindre au gouvernement de procéder à la nationalisation d'une entreprise « n'entre pas dans la catégorie de ce qu'il est dans les pouvoirs du juge des référés d'ordonner »[22]. Cette limitation a, comme il vient d'être rappelé, été opportunément utilisée dans plusieurs ordonnances rendues pendant la crise sanitaire[23]. Par ailleurs, le juge des référés se refuse à exiger l'impossible de l'Administration lorsqu'il admet, en matière de carence administrative et en s'exposant à la critique jusque dans ses propres rangs[24], que l'atteinte manifestement illégale à une liberté

[16] CE Ord., 22 mars 2020, *Syndicat jeunes médecins*, *préc.*
[17] V. notamment, outre les notes d'arrêt, l'étude critique de Pierre Delvolvé (« Sur deux ordonnances de référé-liberté (22 mars 2020-18 mai 2020) », *RFDA*, 2020, p. 641).
[18] CE Sect., 16 nov. 2011, *Ville de Paris*, n° 353172, *Lebon* p. 552 : *RFDA*, 2012, p. 269, concl. D. Botteghi.
[19] D. Botteghi, « Référé liberté et référé conservatoire en cas de menace pour la sécurité », *RFDA*, 2012, p. 269.
[20] C. Broyelle, « Regard sur le référé-liberté à l'occasion de la crise sanitaire », *AJDA*, 2020, p. 1355, spéc. p. 1356.
[21] CE, 28 juill. 2017, *SF-OIP*, n° 410677, *Lebon* p. 285.
[22] CE Ord., 29 mars 2020, *Debout la France*, n° 439798.
[23] Outre l'ordonnance *Debout la France*, v., en matière pénitentiaire, CE Ord., 8 avril 2020, *SF-OIP*, n° 439827 : *AJDA*, 2020, p. 756.
[24] Pour Clément Malverti et Cyrille Beaufils « la référence aux moyens dont dispose l'administration s'explique, selon nous, moins aisément », dès lors que, en matière de carence et notamment en ce qui concerne le droit au respect de la vie, pèse sur l'Etat « une obligation de résultat, et non de moyens » (C. Malverti & C. Beaufils, *art. préc.*, p. 1162). La Cour européenne des droits de l'homme a récemment considéré, à propos des conditions de détention, « qu'une telle

fondamentale « doit s'apprécier notamment en tenant compte des moyens dont dispose l'autorité administrative compétente et des mesures qu'elle a (…) déjà prises »[25]. Enfin, le juge tire également des dispositions qui régissent le référé-liberté des limites objectives à ses pouvoirs : il ne peut ordonner que « les mesures d'urgence qui lui apparaissent de nature à sauvegarder, dans un délai de quarante-huit heures, la liberté fondamentale »[26].

Or, dans l'ordonnance *Syndicat Jeunes médecins*, le Conseil d'Etat ne fait pas usage de la première réserve, que l'on peut qualifier de « politique » ; bien au contraire. En effet, le juge considère, avant de rejeter la requête, qu'un « confinement total de la population (…) peut être envisagé »[27] et, par-là, qu'il peut être ordonné, par voie d'injonction, par le juge du référé-liberté. Le juge ne rejette l'hypothèse qu'au regard des moyens dont l'Administration dispose. Autrement dit, on peut comprendre que si l'administration française avait été plus pléthorique – ou mieux organisée –, le juge aurait pu ordonner ce confinement total.

Doit-on comprendre dès lors que, pour le juge, ordonner un confinement strict n'est pas une mesure d'ordre structurel qui repose sur un choix politique et que cette mesure entre dans ce qu'il est dans le pouvoir du juge des référés d'ordonner ? Confinement qui, faut-il le rappeler, implique l'arrêt des transports en commun, une quasi-assignation à domicile et la mise en place d'un ravitaillement. Cela semble difficile à imaginer mais cela reste la seule hypothèse possible, puisque le juge pouvait facilement mobiliser la réserve politique pour rejeter une demande d'une telle ampleur. Et ce d'autant que le juge rejette la demande en utilisant une autre justification, les « moyens dont l'administration dispose », bien plus critiquée et qui pourrait, à terme, être considérablement remaniée, voire abandonnée. Bien entendu, il s'agit là d'un raisonnement *a contrario*. On peut se demander si le même raisonnement eût été suivi s'il avait été logistiquement envisageable d'organiser à brève échéance le confinement demandé. On peut également penser que ce raisonnement aurait pu être mobilisé face à un gouvernement qui aurait choisi, dans un premier temps et comme d'autres en Europe, la stratégie dite de « l'immunité collective » : le juge aurait pu lui enjoindre de prendre des mesures plus strictes pour faire face à l'épidémie.

Toujours est-il que le juge semble considérer cette demande comme purement administrative : elle peut, de ce fait, faire l'objet d'une injonction au gouvernement ; ce qui est surprenant. En effet, on peut considérer, au contraire, qu'une telle décision est éminemment et essentiellement politique : il s'agit d'arbitrer entre un ensemble extrêmement complexe d'intérêts – sanitaires, économiques, éducatifs, *etc.* – et de trancher,

---

approche est incompatible avec le caractère intangible du droit protégé par l'article 3 de la Convention » (Cour EDH, 30 janv. 2020, *J. M. B. et autres c/ France*, n° 9671/15, §218).

[25] V. cons. 5 de l'ordonnance examinée et, plus anciennement : CE Ord., 13 août 2010, *Ministre de l'Immigration, de l'Intégration, de l'Identité nationale et du Développement solidaire c/ Nzuzi*, n° 342330, *Lebon T.* p. 640.

[26] Cons. 5 de l'ordonnance.

[27] Cons. 8 de l'ordonnance.

ce qui relève de l'essence même du pouvoir politique. Les discussions autour des confinements suivants l'auront amplement démontré.

La surprise est d'autant plus grande lorsque l'on s'interroge sur les raisons d'une telle attitude du juge à l'égard du gouvernement qu'il contrôle. En effet, le contexte sanitaire exceptionnel dans lequel l'ordonnance est rendue n'est pas de nature à justifier un contrôle plus resserré ni des pouvoirs plus étendus – et ce d'autant que le juge ne peut tirer cette extension de ses pouvoirs des dispositions textuelles de l'état d'urgence sanitaire, inexistantes au moment où il statue. Faut-il y voir une forme de bienveillance à l'égard du requérant, ainsi qu'une forme de signal adressé au gouvernement, puisque cette ordonnance inaugure une longue série contentieuse en la matière ? Cela est plus envisageable, quand on examine la communication médiatique qui a accompagné cette décision[28].

En tout état de cause, la jurisprudence *Ville de Paris* sort complètement transformée, après cette ordonnance. En effet, l'écart est vertigineux avec ce que permettait jusqu'alors d'obtenir cette jurisprudence[29]. L'ordonnance témoigne également d'une distanciation toujours plus grande entre le droit fondamental invoqué et l'injonction prononcée – ou potentielle. Désormais, des mesures d'une grande ampleur, d'une teneur plus fortement politique et dont le lien avec la garantie des droits fondamentaux n'a rien d'évident semblent moins hors de l'atteinte du pouvoir d'injonction du juge du référé-liberté.

B. Un pas de plus dans le domaine de l'opportunité

Une autre tendance notable de l'ordonnance *Syndicat Jeunes médecins*, imitée par des suivantes, est de permettre au juge des référés de pénétrer plus avant dans ce qui relevait auparavant du domaine de l'opportunité.

Il a déjà été relevé que cette ordonnance peut être considérée comme rendue *contra legem*, dès lors que le juge prononce des injonctions sans avoir préalablement qualifié aucune atteinte à une liberté fondamentale, à rebours de la lettre du code[30]. Cela traduit, en plus de la neutralisation de la réserve politique dans cette affaire, une tendance du juge à se substituer au gouvernement, à l'opposé du principe de séparation entre l'Administration et son juge.

---

[28] Cela se confirme également *a posteriori* à la lecture de l'interview de Jean-Denis Combrexelle, Président de la section du contentieux au moment de la crise sanitaire, qui souligne que les ordonnances liées à la crise sanitaire contenaient « aussi des formes de recommandations au gouvernement » (« Le droit n'est pas uniquement une spéculation intellectuelle », *AJDA*, 2021, p. 116).

[29] Pour rappel, sa mobilisation par le juge du référé-liberté lui avait permis, notamment dans le domaine pénitentiaire, d'ordonner le suivi psychiatrique d'un détenu après une tentative de suicide (CE Ord., 20 avril 2019, n° 429686, inédit) ou encore des travaux ou la dératisation d'un centre pénitentiaire (CE, 22 déc. 2012, *SF-OIP*, n° 364584, *Lebon* p. 496). Dans un autre contexte, le juge a pu également ordonner la mise en place d'une signalisation des interdictions de baignade précisant les risques d'attaque de requin à la Réunion (CE, 13 août 2013, *Ministre de l'Intérieur c/ Cne de Saint-Leu*, n° 370902 : *AJDA*, 2013, p. 2104).

[30] V. O. Le Bot, *art. préc*.

Plus encore, l'examen des injonctions prononcées d'office, sans que le requérant n'ait formulé leur contenu, confirme cette tendance. Réunies sous la bannière du « renforcement des mesures actuelles »[31], elles consistent *in fine* à enjoindre au gouvernement de réexaminer l'opportunité de certaines dispositions : celle permettant des déplacements brefs à proximité du domicile – en tant qu'elles autorisent notamment la pratique du « jogging » – et celle permettant aux marchés ouverts de continuer à fonctionner. Ces injonctions consistent à « réexaminer » et à « évaluer les risques » de ces dispositions, ce qui témoigne d'une position proche de celle d'un supérieur hiérarchique que prend ici le Conseil d'Etat. Il n'est aucunement question de légalité, mais bien d'opportunité, comme si le juge reprenait, en la forme des référés, son rôle de conseiller du gouvernement – qui admet plus facilement une discussion de l'opportunité des mesures projetées. On s'éloigne encore de la logique de « l'illégalité évidente » qui caractérise classiquement les procédures de référé, dès lors qu'on sort du domaine de la légalité et que les remèdes prescrits ne viennent en rien pallier une défaillance évidente.

Il faut de plus rappeler que cette intrusion dans le domaine de l'opportunité se fait au détriment des libertés, dès lors que le contentieux de la carence permet d'obtenir des mesures plus restrictives des libertés, face à une administration jugée inerte ou permissive. C'est ainsi qu'aux termes de cette ordonnance, le juge du référé-liberté a pu être qualifié « d'auxiliaire de la police administrative »[32].

Cette attitude s'explique aisément par la crête sur laquelle le juge du référé est contraint de marcher. Submergé, dans un premier temps, de requêtes visant non à défendre les libertés mais à obtenir plus de protection, le juge administratif était soumis à des injonctions contradictoires de requérants inquiets et d'un gouvernement essayant tant bien que mal de fixer une doctrine sanitaire, très évolutive. On comprend et on le verra à nouveau plus loin, que le juge se sente plus libre de prononcer des injonctions à l'égard du gouvernement lorsque, comme en l'espèce, elles visent à obtenir de sa part un minimum de cohérence. Dès lors, on peut considérer, à ce stade et vu l'état du contentieux suscité par la crise sanitaire à cette époque, que le Conseil d'Etat « joue le jeu » des deux parties, en s'efforçant de les satisfaire au mieux, tout en conservant une position centrale dans ces questions de premier plan. Le « niveau de contraintes admissibles »[33] était, à cette époque, très élevé, le juge pouvait sans crainte apporter sa contribution sur un mode nouveau.

Toutefois, cette attitude du juge est réapparue avec la hausse des contaminations, à la fin de l'été : certaines ordonnances montrent notamment que les injonctions prononcées à l'égard de l'Administration sont très précises et détachées d'un pur contrôle de légalité. Le juge hésite alors de moins en moins à se substituer aux autorités administratives en leur

[31] Cons. 9 et s. de l'ordonnance.
[32] X. Dupré de Boulois, « On nous change notre… référé-liberté », *RDLF*, 2020, chron. 12.
[33] B. Stirn, « Le référé et le virus », *RFDA*, 2020, p. 634.

dictant des mesures que le respect de la légalité n'impose pas de prendre, même au titre de la carence[34].

Le bilan en matière de lutte contre la carence des autorités publiques est donc, au terme de cette période, largement excédentaire, le juge ayant agrandi ses pouvoirs et ses potentialités d'intervention. L'est-il également en matière de protection des libertés ? On peut en douter, même s'il faut nuancer une réponse trop vite donnée.

Partie II - Une protection affaiblie des libertés ?

Il peut sembler ardu d'évaluer la contribution du juge administratif à la protection des libertés durant la crise sanitaire. D'un côté, certaines décisions semblent témoigner d'un affaiblissement de cette protection, ce que révèlent les évolutions qui ont affecté le principe de proportionnalité **(A)**. Toutefois, le juge a su se poser en défenseur des libertés, mais il s'avère qu'il visait essentiellement, ce faisant, à garantir une cohérence minimale de l'action sanitaire du gouvernement **(B)**.

A. La proportionnalité dans tous ses états

Alors que les textes sur l'état d'urgence sanitaire ou ceux organisant un régime transitoire prévoient que toute restriction doit être « strictement proportionnée aux risques sanitaires encourus », on pouvait s'attendre à un contrôle plus étroit du juge en la matière.

A mesure que la situation sanitaire s'inscrivait dans la durée, la nature des requêtes adressées au juge du référé-liberté a changé, dès lors qu'il s'agissait de défendre les libertés publiques et les droits fondamentaux, selon une approche plus classique. L'occasion était alors donnée au juge de se saisir des possibilités offertes par les textes et d'exercer un véritable contrôle de proportionnalité. Et les occasions n'ont pas manqué, dès lors que le « déconfinement » des libertés a été très variable.

Les inconstances du gouvernement ont permis au juge administratif de procéder à un examen approfondi de la proportionnalité de mesures restrictives subsistantes, à l'heure du « déconfinement ». Au terme d'un examen poussé des risques sanitaires propres à chaque cas de figure soumis à son appréciation, le juge a pu apprécier la nécessité et la proportionnalité des mesures de police, surtout lorsqu'elles s'apparentaient à des interdictions générales et absolues[35]. Et de tirer toutes les conséquences de ce test en enjoignant au Premier ministre de prendre des mesures « strictement proportionnées », conformément à la loi. En cela, le Conseil d'Etat est apparu soucieux de se poser en gardien

[34] V., à propos de l'obligation de port du masque dans l'espace public dans certaines métropoles : CE Ord., 6 sept. 2020, *Min. des solidarités et de la santé*, n° 443750 et 443751 : *AJDA*, 2020, p. 1638.
[35] V. particulièrement CE Ord., 18 mai 2020, *M. W. et autres*, n° 440366 et s., cons. 25 et s., pour la liberté de culte ; CE Ord., 13 juin 2020, *Ligue des droits de l'homme, CGT et autres*, n° 440846 et s., cons. 11 et s., pour la liberté de manifester.

scrupuleux des libertés, après une période où ces dernières avaient été mises de côté, suscitant par-là de multiples critiques[36].

Il apparaît que cette séquence contentieuse a renforcé le « triple test » qui, jusqu'ici, avait pu être jugé comme n'apportant qu'une évolution cosmétique du contrôle juridictionnel de l'adéquation des mesures de police[37]. A de nombreuses occasions, le juge administratif a manifesté une tendance à séparer clairement l'examen de la nécessité de la mesure de celui de sa proportionnalité[38]. Certains tribunaux administratifs ont également censuré des mesures considérées comme inadaptées[39], fait assez rare. On pouvait alors penser que le juge administratif renouait avec sa ligne traditionnelle, en rappelant aux autorités administratives que « le sacrifice de la liberté ne peut intervenir qu'à titre d'*ultima ratio* »[40].

Toutefois, cette situation n'a pas résisté à la nouvelle aggravation de la situation sanitaire. C'est alors que le Conseil d'Etat a semblé retoucher les critères d'examen de la proportionnalité d'une mesure de police, là où les tribunaux administratifs les avaient classiquement appliqués. Tel a été le cas à propos de l'obligation de port du masque dans l'espace public : certains préfets avaient pris des arrêtés en ce sens, notamment pour les métropoles ; ces arrêtés avaient été suspendus du fait de leur caractère trop général. Saisi en appel, le Conseil d'Etat a remis en cause l'appréciation des premiers tribunaux, en considérant que la « simplicité » et la « lisibilité » d'une mesure de police, « nécessaires à sa bonne connaissance et à sa correcte application (…) sont un élément de son effectivité », qui doivent être pris en compte dans l'examen de la proportionnalité[41]. On peut comprendre que le contexte sanitaire particulier donne aux exigences d'ordre public une extension plus grande. Toutefois, dans cette ordonnance, la motivation est plus générale et détachée de ce contexte exceptionnel. En elle-même, cette solution semble plus bienveillante à l'égard des mesures générales et absolues, jusqu'ici fréquemment considérées comme illégales.

Certes, cette affaire ne met pas en cause une mesure d'interdiction, mais une obligation jugée au demeurant assez indolore, puisque la contrainte qu'elle implique « reste mesurée »[42] ; lui maintenir un caractère absolu ne semble pas problématique, même si l'ordonnance a pu être critiquée. Mais le Conseil d'Etat a réitéré le raisonnement à propos de la fermeture des salles de sport, en considérant qu'il valait mieux ordonner une fermeture généralisée plutôt que d'assortir l'interdiction d'exceptions nuisibles à la lisibilité de la mesure. La même logique a présidé au contrôle de la proportionnalité de la possibilité pour

[36] Critique qui porte notamment sur la propension du juge à protéger l'action du gouvernement en s'appuyant plus que de coutume sur sa communication et ses annonces (v. R. Letteron, « Covid-19 : le Conseil d'Etat tombe le masque », *blog Libertés chéries*, 31 mars 2020 [dernière consultation le 20 mars 2021].
[37] V. en ce sens l'étude nuancée de C. Roulhac (« La mutation du contrôle des mesures de police administrative. Retour sur l'appropriation par le juge administratif du triple test de proportionnalité », *RFDA*, 2018, p. 343).
[38] Pour un contrôle particulièrement fouillé, v. CE Ord., 29 nov. 2020, *Association Civitas et autres*, n° 446930 et s.
[39] V. par ex. TA Rennes Ord., 30 sept. 2020, *SNC KC Rennes Colombier, Syndicat Franceactive-FNEAPL et autres*, n° 2004134 et s., à propos de la fermeture des salles de sport.
[40] P. Wachsmann, *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, « Cours », 2017, 8e éd., p. 248.
[41] CE Ord., 6 sept. 2020, *Min. des solidarités et de la santé*, n° 443750.
[42] *Ibid.*, cons. 11.

les préfets d'imposer un couvre-feu, mesure pourtant attentatoire « par nature » à la liberté personnelle[43]. Dès lors, c'est le principe même de la proportionnalité, qui implique que « la police ne doit pas tirer sur les moineaux à coup de canon »[44], qui semble remis en question.

Ainsi, la crise sanitaire a révélé deux tendances opposées quant au contrôle juridictionnel des mesures de police. On peut déceler un approfondissement du contrôle dans certains cas, contrebalancé par une franchise accordée aux autorités publiques dans le choix des mesures à prendre. Et l'on constate que le texte législatif imposant la stricte proportionnalité des mesures n'oblige pas le juge à un quelconque renforcement de son contrôle : au contraire, il semble plus que jamais que plusieurs contrôles, d'intensité variable, sont réunis sous la bannière de la proportionnalité.

B. La cohérence prescrite par ordonnance

L'une des originalités du contrôle des mesures prises pour faire face à l'épidémie, pris dans sa globalité, est peut-être l'effort remarquable de la juridiction administrative d'imposer une certaine cohérence au gouvernement, dans sa stratégie de lutte contre le virus. Cela renforce à nouveau l'impression d'une tutelle exercée par le juge des référés, au nom de la protection des droits fondamentaux.

La ligne du gouvernement, après avoir été floue, est finalement apparue assez clairement : restreindre les interactions sociales lorsque cela s'impose, tout en s'efforçant de pénaliser le moins possible l'activité économique – ce qui détermine d'autres choix, comme celui de maintenir les écoles ouvertes, à l'inverse des universités. Cette primauté de la dimension économique se fait dès lors au détriment d'activités principalement hors marché, qu'elles soient culturelles ou cultuelles. Ce choix, de nature politique, n'a pas été contesté par le juge, particulièrement en période de « confinement », où le Conseil d'Etat n'a pas remis en cause la suspension de nombreuses libertés[45]. Mais le juge des référés a pu corriger certains écarts trop variables dans la restriction des activités, au nom des droits fondamentaux.

Cette ligne jurisprudentielle implique une comparaison entre les domaines d'activité, que le juge n'a pas hésité à mener, dans certains cas. Ainsi des mesures restreignant le libre exercice des cultes, en période de « déconfinement ». Pour conclure à l'atteinte grave et manifestement illégale à cette liberté fondamentale, le juge relève que « pour de nombreuses activités », le décret prévoit « des régimes moins restrictifs pour l'accès au public »[46], notamment pour les transports et les établissements commerciaux. Cette comparaison extrinsèque, si elle n'est pas inédite en matière de contrôle des mesures de

[43] CE Ord., 28 oct. 2020, *Association Le Cercle droit et liberté et autres*, n° 445487.
[44] F. Fleiner, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrecht*, Tübingen, Mohr, 1928, 8e éd., p. 404.
[45] A propos des cultes, v. CE Ord., 7 nov. 2020, *Association Civitas*, n° 445825 ; pour la fermeture des librairies qui « contribuent à l'exercice effectif de la liberté d'expression ainsi que de la libre communication des idées et des opinions », v. CE Ord., 13 nov. 2020, *Société Le Poirier-au-Loup, M. Prats et autre*, n° 445883.
[46] CE Ord., 18 mai 2020, *M. W. et autres*, *préc.*, cons. 31.

police, prend ici un relief particulier, puisqu'elle oblige le gouvernement à revoir ses priorités et à ne pas oublier les autres dimensions de la vie sociale. On peut alors penser que dès lors qu'une liberté fondamentale invocable en référé est en jeu, le juge administratif peut intervenir en ce sens. Toutefois, seule la liberté de culte semble avoir bénéficié d'un tel traitement, qui s'inscrit dans une logique de contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation : le juge distingue les lieux de culte des autres établissements ouverts au public en considérant que « les libertés fondamentales qui sont en jeu ne sont pas les mêmes »[47].

Dans cette optique, on peut regretter que l'effort du juge ne se soit pas porté dans d'autres directions, afin de ne pas laisser subsister trop de disparités dans les restrictions de libertés. Certes, la question de la fermeture des bars et restaurants a fait l'objet d'un examen minutieux, le juge étudiant explicitement la « possibilité de mesures moins contraignantes que la fermeture » pour juger que l'atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie n'était pas excessive, du fait des particularités de l'activité concernée[48]. En revanche, en ce qui concerne d'autres secteurs où les risques sanitaires peuvent être moins élevés que dans les lieux de culte, le Conseil d'Etat n'a pas étendu le bénéfice de sa décision sur ces derniers, là où les caractéristiques physiques des activités et des solutions sanitaires, reposant notamment sur une jauge, étaient pleinement comparables – cinémas et théâtres[49], locaux universitaires[50], entre autres. Bien au contraire, dans le cas des lieux culturels, le juge reconnaît à la fois l'atteinte grave à des libertés tout aussi fondamentales que la liberté de culte et la relative faiblesse des risques de contamination, mais il rejette la requête au terme d'un examen assez sommaire de la nécessité de la fermeture – liée à la reprise de l'épidémie au jour où il statue.

Enfin, il est regrettable que l'épisode de crise sanitaire n'ait pas été l'occasion de s'engager dans un examen de la proportionnalité au sens strict, celle qui implique une mise en balance des charges et des bénéfices des mesures examinées. Certes, le bénéfice sanitaire des mesures prises était fort ; mais il est des cas où il aurait fallu pouvoir soumettre au juge les charges qu'elles créaient, afin d'évaluer si elles ne sont pas hors de proportion avec ces bénéfices[51]. Cette question sera peut-être approfondie *a posteriori*, dans l'hypothèse de recours au fond.

---

[47] CE Ord., 29 nov. 2020, *Association Civitas*, *préc.*, cons. 19.
[48] CE Ord., 8 déc. 2020, *Union des métiers et des industries de l'hôtellerie et autres*, n° 446715.
[49] CE Ord., 23 déc. 2020, *M. Y. et autres*, n° 447698.
[50] CE Ord., 10 déc. 2020, *M. G. et autres*, n° 447015.
[51] Dans le dernier état de la jurisprudence, le Conseil d'Etat semble s'engager dans cette voie. Saisi à nouveau de la question de la fermeture des lieux culturels, il affirme dans une ordonnance en référé que « l'impact sur la santé mentale de la population des mesures prises (…) doit être pris en compte (…) au titre de la proportionnalité » (CE Ord., 26 févr. 2021, *M. B. et autres*, n° 449692, cons. 7), avant de reconnaître que les mesures prises ont pu contribuer à la dégradation de la santé mentale de la population (cons. 8). Pour l'heure, on peut penser qu'il s'agit d'une évaluation des bénéfices et des charges uniquement en matière de santé, le juge n'apprécie pas les autres aspects – notamment économiques – des mesures prises.

Etat des lieux du droit de vote aux États-Unis à la suite des élections de 2020

Yannick Ganne*

« L'élection du président est une cause d'agitation, non de ruine. »
Alexis de Tocqueville[1]

Comme tous les deux ans, les élections aux États-Unis sont l'occasion d'une intense production académique et médiatique en France[2]. Après un dernier mandat présidentiel préoccupant sur le plan des droits et libertés[3], l'état de santé de la démocratie américaine a été particulièrement scruté, au cours des derniers mois, car les signaux envoyés jusqu'à nous apparaissent contradictoires.

Déjà observée par Tocqueville, la centralité des choix démocratiques dans la société américaine ne fait pas de doute[4]. Sans même nous arrêter sur la régularité des opérations électorales et sur le fait qu'elles portent sur un nombre conséquent de questions et mandats[5], les élections de 2020 témoignent à première vue d'une situation démocratique satisfaisante en lien avec l'alternance politique et la hausse de la participation, deux phénomènes généralement considérés comme positifs en la matière. Le taux de participation, particulièrement élevé et renforcé par le vote par correspondance adapté à la pandémie, a ainsi été mis en avant[6], ainsi que l'alternance entre le parti républicain et le parti démocrate au Sénat fédéral et à la présidence de l'Union.

---

* Maître de conférences en droit public - CURAPP-ESS, Université de Picardie Jules Verne

[1] A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique I*, Paris, Gallimard, 1986, p. 207.

[2] Parmi les contributions francophones récentes, de divers formats, abordant les enjeux du vote, v. spé. (par ordre chronologique) : P. Ndiaye, « Le long combat pour le droit de vote aux États-Unis », *L'histoire*, juin 2020 ; H. Quanquin, « Aux États-Unis, le droit de vote reste au centre d'une bataille sans fin », *Le Monde*, 26 août 2020 ; L. Nardon, « Pourquoi Trump peut être réélu sans vraiment gagner les élections », Podcast disponible sur slate.fr, 7 octobre 2020 ; Colloque en ligne « La démocratie américaine à l'épreuve de la présidence Trump », Université de Bordeaux, 22 janvier 2021 (en particulier l'analyse d'Olivier Richomme sur « Le droit de vote à l'épreuve de la présidence Trump ») ; A. de Travy, « Centralisation et décentralisation dans les élections américaines de novembre 2020 », *JP Blog*, 6 février 2021. V. aussi le dossier « Les enjeux des élections américaines de 2020 », coordonné par Lauric Henneton dans la revue *Idées d'Amériques*, Vol. 16, 2020 (disponible en ligne).

[3] https://www.amnesty.fr/pays/etats-unis (consulté en février 2021).

[4] A. de Tocqueville, *op. cit.*, 1835 et 1840.

[5] E. Zoller, *Le droit des États-Unis*, Paris, PUF, 2001, p. 97 et s.

[6] Par ex. : « Voter Turnout Hits Historic Levels With States Still Counting Votes », *Bloomberg*, Nov. 4, 2020 ; « 2020 turnout is the highest in over a century », *The Washington Post*, Nov. 5, 2020 ; « The 2020 Election Set a Record for Voter Turnout », *The Time*, Nov. 5, 2020

Pourtant, dans le même temps, des signaux plus inquiétants ont également été émis. Le chaos insurrectionnel de Washington, le 6 janvier 2021, mériterait à lui seul, et ne manquera pas de provoquer, de nombreuses études. Au-delà de cet événement et des efforts de la précédente administration présidentielle visant à semer le doute sur l'intégrité du scrutin, la question du droit de vote s'est elle-aussi posée. S'il est bien connu, depuis les circonstances de l'élection de George W. Bush en 2000, que les mécanismes de l'élection présidentielle rendent possible la défaite du candidat ayant obtenu le plus de voix[7], les réformes récentes prises dans certains États fédérés et ayant pour effet de compliquer l'exercice du vote demeurent assez discrètes dans la littérature académique francophone. La présente étude entend y remédier en adoptant une approche mêlant le droit des libertés fondamentales[8] et le droit électoral.

L'universalité du droit de vote est un enjeu récurrent dans l'histoire des États-Unis et, comme dans la plupart des régimes démocratiques, il prend la forme d'une conquête par paliers successifs. Au sortir de la guerre de Sécession, l'adoption du XVe amendement en 1870 rend illégale la limitation du droit de vote « pour raison de race, couleur, ou condition antérieure de servitude ». En 1920, le XIXe amendement interdit de « dénier ou restreindre » le droit de vote en raison du genre[9]. Le XXIVe amendement est adopté en plein mouvement des droits civiques, en 1964, et déclare illégale toute restriction d'accès au vote liée au non-paiement de la taxe électorale ou « de tout autre impôt ». Enfin, en 1971, le XXVIe amendement permet aux citoyens et citoyennes de voter dès dix-huit ans. Ces dispositions constitutionnelles mises bout à bout, en empêchant en principe les discriminations dans l'octroi du droit de vote, entendent garantir à toutes les citoyennes majeures et à tous les citoyens majeurs et de nationalité américaine un suffrage universel.

Mais les discriminations dans l'exercice du vote ne se limitent pas aux interdictions formelles, aux règles de droit grossièrement injustes, elles apparaissent aujourd'hui, de façon indirecte, dans les difficultés que peuvent rencontrer certaines parties de la population à avoir matériellement accès aux urnes, notamment par manque de temps ou en raison de complications administratives. Les contraintes juridiques nouvelles visant à encadrer davantage le vote sont désignées, par celles et ceux qui les combattent, par une expression puissante et terrible : « *voter suppression* »[10]. Ces règles, parfois adoptées en dernières minutes[11], touchent à toutes les étapes du processus électoral : ajout de modalités

[7] Sur la décision de la Cour suprême *Bush v. Gore* : M. Rosenfeld, « Bush contre Gore : trois mauvais coups portés à la Constitution, à la Cour et à la démocratie », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 13, 2003.

[8] En effet, il « n'est plus guère contestable que les droits politiques constituent des droits fondamentaux en droit positif » (X. Dupré de Boulois, *Droits des libertés fondamentales*, PUF, p. 512).

[9] Sur les 100 ans de cet amendement, v. le dossier « Le centenaire du 19e amendement aux États-Unis : enjeux politiques et historiographiques », coordonné par Hélène Quanquin dans la revue *Idées d'Amériques*, Vol. 16, 2020.

[10] V. notamment : C. Anderson, *One Person, No Vote: How Voter Suppression Is Destroying Our Democracy*, New York, Bloomsbury Publishing, 2018. Le terme est fréquemment repris dans la presse : « Voter suppression has haunted America since it was founded », *National Geographic*, August 21, 2020 ; « 'There is a voter-suppression wing' : An ugly American tradition clouds the 2020 presidential race », *Los Angeles Times*, Oct. 24, 2020.

[11] Pour prendre l'exemple de l'État du Texas : « How Texas has made it easier and harder for people to vote in the pandemic », *The Texas Tribune*, Oct. 8, 2020.

supplémentaires pour l'inscription sur les listes, ajout de conditions pour voter par correspondance, fixation de règles plus strictes pour prouver son identité lors du vote, raccourcissement de la période d'envoi des bulletins de vote par correspondance, suppression de bureaux de vote, etc[12]. Prises pour la plupart au nom de la lutte contre la fraude, ces mesures sont dénoncées par les défenseurs des droits civiques, car elles risquent de détourner des urnes certaines catégories d'électeurs. Nous aurons l'occasion d'y revenir.

Alors que ces entraves techniques dans l'exercice du droit de vote se multiplient ces dernières années, surtout dans les États fédérés du « Sud profond », en faisant vaciller du même coup l'idéal démocratique[13], l'objectif de la présente contribution n'est pas d'entrer dans le détail de ces politiques publiques. Il ne s'agit pas non plus d'aborder directement l'impact de la crise sanitaire sur les modalités du scrutin[14]. Cette étude consiste plutôt à prendre en considération les alertes émises par les défenseurs des droits civiques et à envisager les mesures nouvelles et les projets de réforme contemporains à l'aide des clefs de lecture traditionnelles du vote aux États-Unis. Les modifications récentes du droit électoral et les altérations du droit de vote qu'elles entraînent trouvent en effet à s'expliquer par des facteurs de long terme. Elles traduisent autant un malaise actuel que les caractéristiques profondes, structurelles, de l'encadrement juridique du droit de vote aux États-Unis. La première de ces caractéristiques relève de la structure constitutionnelle fédérale **(Partie I)** et la seconde de l'impossibilité de séparer les modalités de l'exercice du vote et la lutte politique, dans le contexte américain **(Partie II)**.

Partie I - Le fédéralisme comme clef de lecture principale du droit de vote aux États-Unis

La « structure fédérale » des États-Unis influence depuis le XVIIIe siècle toutes les branches de son droit[15]. Le régime des droits fondamentaux[16], et du vote en particulier, ne fait pas exception. La Constitution fédérale se contente d'interdire certaines restrictions discriminatoires au droit de vote, ne fixant que très peu de règles techniques quant à son exercice. L'encadrement véritable de la pratique du vote – sans laquelle le droit de vote lui-même perd toute signification – relève des États fédérés et parfois même des comtés[17].

[12] Une liste plus complète de ces « coûts » du vote est proposée dans : Q. Li *et al.*, « Cost of Voting in the American States », *Election Law Journal: Rules, Politics, and Policy*, Vol. 17, 2018, 234-247. Pour une liste mise à jour des nouvelles législations relatives au vote, v. le « *State Voting Bills Tracker 2021* » du *Brennan Center for Justice* : https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/state-voting-bills-tracker-2021 (consulté en février 2021).
[13] S. Levine, « Why this election calls into question whether American is a democracy », *The Guardian*, Oct. 30, 2020.
[14] Pour un cas concret en la matière, v. l'épilogue « *Dying to vote* » de P. Shah, R. Smith, « Legacies of Segregation and Disenfranchisement: The Road from *Plessy* to *Frank* and Voter ID Laws in the United States », *The Russell Sage Foundation J. of the Social Sciences*, Vol. 7, Feb. 2021, 134-146, spé. p. 144 et s.
[15] E. Zoller, *Le droit des États-Unis*, *op. cit.*, p. 36.
[16] H. Blackmun, « La Cour Suprême des États-Unis et les droits de l'homme », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 32, 1980, 303-315.
[17] Sur la question de l'organisation décentralisée du droit de vote : J. Douglas, « The Right to Vote Under State Constitutions », *Vanderbilt L. Rev.*, Vol. 67, 2014, 89-149 ; J. Fishkin, « Equal Citizenship and the Individual Right to Vote », *Indiana L. Journal*, Vol. 86, 2011, 1289-1360. Concernant les différences entre comtés : M. Rosenfeld, art. cit., Partie I.

C'est à ce niveau local que les changements récents du droit électoral se sont développés **(B)**. Le modèle fédéral, et cela constituera sans doute un rappel tant ces éléments sont bien établis, implique également quelques compromis en lien avec l'égalité entre les électeurs. Certaines actualités en la matière requièrent que l'on s'y arrête **(A)**.

A. La structure fédérale et les enjeux de l'égalité de représentation

Le principe d'égalité du vote, parfois appelé « égalité devant le suffrage », correspond à un idéal où chaque voix a exactement le même poids dans la détermination du résultat des élections[18]. Il s'agit d'un idéal en particulier pour les élections indirectes ou lorsque le mode de scrutin vise dans le même temps d'autres objectifs, comme l'égale représentation des entités fédérées. La problématique de l'égalité devant le suffrage se pose dans tous les systèmes démocratiques, y compris en Europe. Ainsi, la Cour de Strasbourg ne déduit pas de « l'égalité de traitement de tous les citoyens dans l'exercice de leur droit de vote » le fait que « tous les bulletins doivent avoir un poids égal quant au résultat »[19].

Aux États-Unis, les élections fédérales des membres de la Chambre des représentants, du Sénat et du « *ticket* » présidentiel obéissent chacune à des règles spécifiques. Si l'on met de côté la désignation des représentants – non dénuée de limitations à l'égalité de représentation en lien avec les découpages des circonscriptions électorales – les élections présidentielles et sénatoriales fédérales ne permettent pas d'atteindre une parfaite égalité entre les électeurs. Mais cela n'est pas leur objectif : la version américaine du fédéralisme impose une égale représentation des États au Sénat quelle que soit leur population (Art. 1er Sect. 3 C.). Une voix dans le Wyoming ou le Vermont, États les moins peuplés, n'a donc pas le même poids qu'une voix en Californie ou au Texas, États les plus peuplés. On comprend dès lors l'enjeu, pour le parti démocrate, de doter la capitale fédérale – le District de Columbia – d'un statut étatique, lui permettant d'envoyer deux sénateurs au Capitole[20]. Le district étant très largement acquis aux démocrates, cela conforterait leur contrôle du Sénat[21].

Le cas de l'élection du « *ticket* » présidentiel – présidence et vice-présidence – est à part car il combine les modalités d'un scrutin indirect avec les spécificités du fédéralisme. Ce mode de scrutin repose sur l'élection d'un collège électoral composé de grands électeurs désignés au sein des États fédérés. Le nombre de grands électeurs attribué à l'avance à chacun des États ne dépend pas uniquement de sa population. Il correspond au nombre de sénateurs – toujours deux – et de représentants « auquel il a droit au Congrès » fédéral (Art.

[18] C. Castor, « L'égalité devant le suffrage », *R.F.D.C.*, n° 90, 2012, 1-34 ; R. Ghevontian, « La notion de sincérité du scrutin », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 13, 2003 ; X. Dupré de Boulois, *op. cit.*, p. 516.
[19] CourEDH, Plén, 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, req. n° 9267/81, para 54.
[20] https://statehood.dc.gov/ (consulté en février 2021). V. aussi : « Democrats introduce bill to make Washington, D.C., the 51st state », *NBC News*, Jan. 27, 2021.
[21] La question se pose aussi pour Puerto Rico. Pour une source récente en français : J. Arlettaz *et al.*, « Chronique de droit constitutionnel comparé 2020 – Les exclus du droit de vote ou les nouveaux enjeux de la citoyenneté », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2021.

2 Sect. 1ère C.). En outre, plutôt que de désigner un nombre de grands électeurs représentatif de la diversité des choix électoraux au sein de l'État, la grande majorité des États fédérés ont adopté la règle du « *winner-take-all* » qui permet au parti arrivé en tête, même d'une voix, de remporter l'ensemble des grands électeurs de cet État[22].

Au niveau agrégé, en raison de ces sources de distorsion, le « *ticket* » présidentiel victorieux n'est pas nécessairement celui qui a obtenu le plus de voix au total. Ce cas de figure, qui ne s'est produit que rarement au cours de l'histoire, est revenu au cœur de l'actualité depuis les deux occurrences récentes de 2000, lors de la très controversée élection de George W. Bush[23], et de 2016, marquant la défaite d'Hillary Clinton avec près de 3 millions de voix de plus que son adversaire conservateur. Même si, en 2020, Joseph Biden a bien obtenu la majorité des voix, cette atteinte à l'égalité de représentation demeure un enjeu politique d'importance. Les nombreuses tentatives visant à y remédier en témoignent[24].

La solution proposée la plus radicale consisterait à « abolir » le collège électoral et à faire élire le « *ticket* » présidentiel à la majorité des voix, ignorant ainsi la structure fédérale[25]. Cette idée est défendue par une partie du camp démocrate, et nous reviendrons sur ce clivage partisan, dont Hillary Clinton elle-même : « *I believe we should abolish the Electoral College and select our president by the winner of the popular vote, same as every other office* »[26]. En raison des difficultés techniques voire de l'impossibilité politique de réaliser une telle solution, qui nécessiterait le vote d'un amendement constitutionnel, le projet de suppression du collège électoral constitue avant tout une posture politique mettant en évidence la fragilité démocratique du système actuel. Cette solution, partagée par les anciens présidents Lyndon Johnson et James Carter, et ayant fait l'objet de plus d'une « centaine de propositions au Congrès »[27], a le mérite de réaffirmer l'importance de l'égalité dans le processus démocratique.

Une autre solution, moins radicale car ne nécessitant pas de révision de la Constitution fédérale, a rencontré un certain succès. Il s'agit d'un accord entre les États fédérés, le « *National Popular Vote Interstate Compact* ». Le principe est simple : les grands électeurs des États parties à l'accord devront toujours voter pour le « *ticket* » présidentiel ayant obtenu le plus de voix au niveau fédéral, quel que soit le choix des électeurs au sein de leur État de rattachement. En contournant ainsi la structure fédérale classique, l'objectif affiché est bien l'égalité de représentation : « *the Compact ensures that every vote, in every state,*

[22] Les deux exceptions sont les États du Maine et du Nebraska.
[23] M. Rosenfeld, art. cit.
[24] Sur les différentes propositions de réforme du collège électoral, les sources en français ne manquent pas : J. Boudon, *Le frein et la balance. Études de droit constitutionnel américain*, Paris, Mare & Martin, 2010, p. 66 et s ; E. Zoller, *Histoire du gouvernement présidentiel aux États-Unis*, Paris, Dalloz, 2011, p. 48 et s.
[25] Pour un ouvrage récent sur la question (d'un journaliste au *New York Times*) : J. Wegman, *Let the People Pick the President: The Case for Abolishing the Electoral College*, St Martin's Press, 2020.
[26] Tweet du 14 décembre 2020. V. aussi un tweet de la représentante démocrate au Congrès, Ayanna Pressley, en date du 7 janvier 2021 : « *Abolish the electoral college* ».
[27] J. Boudon, *op. cit.*, p. 68.

will matter in every presidential election »[28]. Ce dispositif pourrait fonctionner si un nombre d'États suffisant pour atteindre 270 grands électeurs (soit le nombre minimal pour gagner les élections présidentielles) soutenait le projet. Après l'adoption par référendum, le 3 novembre 2020, de la Proposition 113 dans le Colorado, entérinant la participation de cet État au *Compact*, 16 États fédérés représentant 196 grands électeurs soutiennent actuellement le projet. Toutefois, même si le seuil de 270 grands électeurs était atteint, la tension entre fédéralisme et droit de vote continuerait à se poser sur le plan des modalités pratiques de son exercice.

B. La structure fédérale et les enjeux de l'exercice du droit de vote

Aux États-Unis, la structure fédérale entraîne une décentralisation des règles électorales qui s'avère déterminante pour comprendre les réformes récentes. La règle est la suivante : sauf disposition fédérale contraire, les États fédérés déterminent en principe les modalités techniques du processus électoral. Il existe donc autant de régimes électoraux que d'États fédérés – voire que de comtés dans certains cas – et leur harmonisation n'est pas à l'ordre du jour. Au contraire, une tendance à la différenciation des régimes électoraux caractérise les dernières décennies, en lien avec la volonté de certaines législatures d'encadrer autant que possible l'exercice du droit de vote.

Les travaux académiques portant sur ces questions ont identifié plus d'une vingtaine de critères que les États peuvent actionner pour rendre le vote plus ou moins « coûteux »[29] : augmenter ou diminuer le nombre de bureaux de vote ouverts, ouvrir ou non l'inscription le jour de l'élection, autoriser ou non l'inscription en ligne, etc. Les « *voter ID laws* » offrent un exemple topique[30] : en 2020, alors que 15 États ne requièrent pas de document spécifique pour voter (une simple signature suffit dans certains cas) et que 17 États acceptent un document sans photo (attestation bancaire, facture avec nom et adresse), 18 États imposent désormais un document d'identité officiel avec photo pour accèder aux urnes (passeport, permis de conduire, etc.)[31].

Par dérogation au principe d'autonomie des États fédérés en matière électorale, l'État fédéral est intervenu à plusieurs reprises au cours des dernières décennies[32] pour fixer certains seuils minimaux de qualité des systèmes électoraux. Le *National Voter Registration Act* de 1993 vient ainsi encadrer la question de l'inscription sur les listes électorales, et le *Help America Vote Act* de 2002, visant à réagir aux difficultés rencontrées

[28] https://www.nationalpopularvote.com/written-explanation (consulté en février 2021).
[29] Q. Li *et al.*, art. cit.
[30] B. Highton, « Voter Identification Laws and Turnout in the United States », *The Annual Review of Political Science*, Vol. 20, 2017, 149-167.
[31] V. le bilan mis à jour de la *National Conference of State Legislatures* : https://www.ncsl.org/research/elections-and-campaigns/voter-id.aspx (consulté en février 2021).
[32] La dernière proposition de réforme fédérale en la matière vient d'être adoptée par la Chambre des représentants à majorité démocrate : il s'agit du « *For the People Act of 2021* ». Si cette proposition entre en vigueur, elle modifiera considérablement les règles électorales (https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/1/text).

lors des élections de 2000, fixe un certain nombre de règles communes en matière électorale et met en place une nouvelle agence fédérale spécialisée appelée *Election Assistance Commission*[33].

Mais c'est une législation fédérale plus ancienne qui a fait le plus parler d'elle dernièrement. Afin de contrer les règles électorales discriminatoires de la période ségrégationniste, dont il faudra que nous reparlions, le *Voting Rights Act* (VRA) de 1965 occupe une place centrale dans les débats contemporains. Certaines dispositions de cette loi permettait aux autorités fédérales d'intervenir, via une « *coverage formula* », dans les États et comtés connus pour avoir pratiqué des politiques discriminatoires par le passé. L'intervention fédérale, en amont de l'entrée en vigueur de nouvelles lois électorales, entendait bloquer les règles ayant un objectif ou un effet discriminatoire.

Ces dispositions du VRA ont connu un sérieux revers en 2013 à la suite de l'arrêt *Shelby County v. Holder*[34] : la Cour suprême, en se fondant sur le principe de souveraineté égale des États et en considérant que les « choses avaient changé » dans les États du Sud, a déclaré la « *coverage formula* » inconstitutionnelle[35]. Pour la Cour, la version américaine du fédéralisme s'oppose donc aujourd'hui à ce type de supervision. L'arrêt *Shelby*, dont l'argumentation fragile a été remarquée par la juge Ruth Bader Ginsburg dans son opinion dissidente[36], est considéré par la plupart des auteurs comme une des causes de l'accélération récente des modifications du droit électoral au niveau des États[37].

*

Si la structure fédérale permet d'entrevoir les mécanismes sous-jacents aux enjeux électoraux contemporains, le fédéralisme n'explique pas, à lui seul, les dynamiques à l'œuvre. Nous avons déjà pu le constater à plusieurs reprises : en voulant aborder la question du vote uniquement sous l'angle du fédéralisme, on passe à côté de l'essentiel. Le droit de vote et son exercice, parce qu'il s'agit d'un droit fondamental, est avant tout l'objet de luttes sociales et politiques et les élections de 2020 l'ont sans conteste confirmé.

---

[33] A. Burris, E. Fisher, « The Help America Vote Act and Election Administration : Overview and Selected Issues for the 2016 Election », *Congressional Research Service Report*, October 18, 2016.
[34] 570 U.S. 529 (2013). V. le commentaire d'I. Fassassi, « L'actualité constitutionnelle aux États-Unis », *R.F.D.C.*, n° 105, 2016, p. 220-222.
[35] Pour citer le *Chief Justice* Roberts, auteur de l'opinion de la Cour : « *Nearly 50 years later, things have changed dramatically.* ».
[36] Ruth Bader Ginsburg considère ainsi que « *The sad irony of today's decision lies in its utter failure to grasp why the VRA has proven effective* ».
[37] C. Anderson, *op. cit.* ; S. Portillo *et al.*, « The Disenfranchisement of Voters of Color », *Public Integrity*, Vol. 23, 2021, 111-128 ; « How *Shelby County v. Holder* Broke America », *The Atlantic*, July 10, 2018.

Partie II - L'exercice du droit de vote vu comme une lutte politique

Que les politiques publiques à mettre en œuvre fassent l'objet de désaccords politiques est une chose entendue en démocratie. Les luttes politiques et sociales relatives aux élections portent aujourd'hui sur une politique publique bien particulière : les modalités pratiques du vote elles-mêmes. Les récentes réformes électorales et les réactions qu'elles suscitent peuvent se lire comme une mise en lumière des schémas politiques structurels américains. Les atteintes contemporaines à l'accès matériel au vote ont ainsi été vécues comme une nouvelle étape de discrimination raciale **(A)** et reflètent, dans le même temps, l'affrontement de long terme entre les deux partis politiques qui alternent au pouvoir sur les modalités mêmes de leur duel **(B)**.

A. Les réformes électorales contemporaines ou la renaissance du mouvement des droits civiques

La fixation des modalités électorales, y compris lorsqu'elles deviennent plus restrictives (suppression de bureaux de vote, limitation du vote par correspondance, etc.), n'entraîne pas, *a priori*, de discrimination raciale. D'ailleurs, les partisans de ces réformes considèrent qu'elles poursuivent un but légitime, la lutte contre la fraude, qu'elles redonnent confiance dans le processus électoral, et qu'elles n'ont dès lors qu'un impact très limité voire nul sur les citoyens et citoyennes en règle[38]. Deux arguments permettent pourtant d'émettre des doutes sur la soi-disant neutralité raciale des récentes législations électorales restrictives aux États-Unis.

Le premier argument provient d'études quantitatives portant sur l'influence des règles électorales sur la participation de certains groupes sociaux. Ces règles requièrent parfois des étapes supplémentaires pour pouvoir voter (une inscription préalable, la fourniture de papier d'identité, etc.) ou allongent la durée du processus de vote. Cela risque de dissuader les populations des groupes minoritaires et les populations les moins favorisées socialement de se rendre aux urnes[39]. Même si les travaux académiques ne sont pas tous concordants[40], plusieurs auteurs ont montré empiriquement que les Africains-Américains – qui, par ailleurs, votent massivement pour le parti démocrate – sont particulièrement impactés par

[38] Par ex. : K. Kobach, « The Case for Voter ID », *The Wall Street Journal*, May 23, 2011.

[39] Cela a été directement souligné par la *U.S. Commission on Civil Rights* dans la lettre accompagnant son rapport de 2018 : « *In states across the country, voting procedures that wrongly prevent some citizens from voting — including but not limited to: voter identification laws, voter roll purges, proof of citizenship measures, challenges to voter eligibility, and polling places moves or closings — have been enacted and have a disparate impact on voters of color and poor citizens* » (« An Assessment of Minority Voting Rights Access in the United States », *letter of transmittal*). V. aussi : « Young, Hispanics, poor hit most by US voter ID laws: study », *Reuters*, Sept. 26, 2012 ; B. Highton, art. cit.

[40] M. Hood, C. Bullock, « Much Ado About Nothing? An Empirical Assessment of the Georgia Voter Identification Statute », *State Politics and Policy Quarterly*, Vol. 12, 2012, 394-414.

de telles règles[41]. C'est pourquoi, dans le cadre d'une affaire sur une « *voter ID law* » au Texas, la juge Ruth Bader Ginsburg n'a pas hésité à considérer cette loi d'« intentionnellement discriminatoire »[42]. En outre, les législations ayant pour but de restreindre ou de priver du droit de vote les personnes condamnées pénalement, comme en Floride, touchent de manière disproportionnée les mêmes groupes minoritaires[43]. C'est en raison de ces discriminations raciales indirectes que ces nouvelles règles électorales sont systématiquement dénoncées par les associations de lutte pour les droits civiques[44].

La longue tradition de suppression et de restriction du droit de vote à l'égard de la population Afro-Américaine aux États-Unis constitue un second argument[45]. La fin de la guerre de Sécession et l'adoption du XVe amendement ne mirent pas fin à l'oppression. S'ouvrit une nouvelle phase de discrimination – via les lois dites « *Jim Crow* » – dans de nombreux États du Sud qui portèrent en particulier sur le vote (taxes électorales, clauses du grand-père, etc.). Le mouvement des droits civiques et le *Voting Rights Act*, dont nous avons déjà fait mention, mirent un terme à ces pratiques. Les nombreuses réformes électorales faisant suite à l'arrêt *Shelby*, qui désactive le contrôle fédéral, ne s'inscrivent pas, il est vrai, dans le même cadre ouvertement discriminatoire que les lois *Jim Crow*. Mais certains auteurs les décrivent comme autant de réminiscences de la période ségrégationniste[46]. Parce qu'elles sont prises dans les mêmes États et parce qu'elles ont pour effet de compliquer le vote des mêmes populations, ces lois électorales font écho aux injustices passées. Dès lors, les législations étatiques récentes ont entraîné une réaction politique qui n'est pas sans rappeler la lutte pour les droits civiques des années 1960. Par exemple, la femme politique et ancienne candidate démocrate à la fonction de gouverneur de l'État de Géorgie, Stacey Abrams, et son mouvement « *Fair Fight* » fondé en 2018, s'inscrivent ouvertement dans cette tradition[47]. La *National Association for the Advancement of Colored People* (NAACP), fondée au début du siècle dernier, s'emploie également à dénoncer les effets discriminatoires des « *post-Shelby County voting changes* »[48].

---

[41] V. par ex. : Z. Hajnal, N. Lajevardi, L. Nielson, « Voter Identification Laws and the Suppression of Minority Votes », *The Journal of Politics*, Vol. 79, 2017 ; R. Pastor *et al.*, « Voting and ID Requirements: A Survey of Registered Voters in Three States », *The American Review of Public Administration*, Vol. 40, 2010, 461-481.

[42] Traduction de « *purposely discriminatory* », cité dans L. Denniston, « The Court won't interrupt Texas voter ID law », *SCOTUS blog*, Oct. 18, 2014.

[43] U.S. Commission on Civil Rights, *op. cit.*, spé. p. 157 et 358.

[44] Par ex. *l'American Civil Liberties Union* (ACLU) : https://www.aclu.org/issues/voting-rights (consulté en février 2021).

[45] Pour une source récente en français sur cette tradition ségrégationniste, voir P. Ndiaye, art. cit. Pour d'autres sources : M. Tushnet, « The Rights Revolution in the Twentieth Century » et M. Klarman, « Race and Rights », *in* M. Grossberg and C. Tomlins (eds.), *The Cambridge History of Law in America, Volume III*, NY, Cambridge University Press, 2008, 377-402 et 402-441.

[46] K. Bentele, E. O'Brien, « Jim Crow 2.0? Why States Consider and Adopt Restrictive Voter Access Policies », *Perspectives on Politics*, Vol. 11, 2013, 1088-1116 ; P. Shah, R. Smith, art. cit.

[47] « *From illegal voter purges to hundred of poll closures to four-hour lines, Georgia voters have faced a sophisticated, but hauntingly familiar, attack on their right to vote* » (https://fairfight.com/) (consulté en février 2021).

[48] V. le rapport du *Thurgood Marshall Institute* du *NAACP Legal Defense Fund*, « Democracy Diminished. State and Local Threats to Voting Post-*Shelby County, Alabama, v. Holder* », septembre 2016 (p. 3 pour la citation).

Dans le cadre de cette version contemporaine du mouvement des droits civiques, le droit est dénoncé, pour ses effets discriminatoires, mais il sert surtout d'outil, pour ne pas dire d'« arme »[49], dans la lutte politique. Ainsi, par exemple, une nouvelle législation fédérale est proposée, un nouveau *Voting Rights Act*, qui pourrait porter le nom de John R. Lewis, une des figures du mouvement des droits civiques décédé en 2020, afin de contrer l'impact de l'arrêt *Shelby*[50]. D'ici l'adoption d'un tel texte, les réformes électorales des États du Sud font l'objet de nombreux recours devant les tribunaux[51]. Ces recours s'avèrent d'ailleurs symétriques à ceux de l'ancienne administration présidentielle visant à remettre en cause l'élection de Joseph Biden. Les différends politiques trouvent souvent à se résoudre devant les tribunaux aux États-Unis.

B. Les modalités pratiques du vote au cœur des luttes partisanes

Toutes les élections aux États-Unis demeurent dominées par un duel entre le parti démocrate et le parti conservateur. Parce qu'elles constituent les règles du jeu du processus démocratique lui-même, il n'est guère surprenant que les deux partis se soient saisis de la question des modalités pratiques du vote. En jouant sur l'organisation même des scrutins, ils espèrent maximiser leurs chances de victoire. Si cette politisation est particulièrement nette et bien établie en matière de découpage des circonscriptions électorales, elle apparaît également comme un des principaux facteurs d'explication des restrictions récentes dans l'exercice du vote.

La question du découpage des circonscriptions électorales se pose, au niveau fédéral, pour les élections des représentants. Si le nombre de circonscriptions dévolues à chaque État est réévalué tous les dix ans pour prendre en compte les variations de la population, la manière dont elles sont découpées peut avantager un parti plutôt qu'un autre[52]. On parle de « *gerrymandering* » dans les cas les plus extrêmes[53]. Le contrôle du redécoupage dépend des États. Traditionnellement géré directement par les législatures étatiques, certains États ont aujourd'hui recours à des commissions indépendantes à cet effet (Californie, Michigan, etc.)[54]. Alors que chacun des deux partis dispose d'une instance spécifique appelant à la

[49] Ce terme s'inspire de L. Israël, *L'arme du droit*, Paris, Les Presses de Sciences Po, 2ème éd., 2020.
[50] Concernant le *John Lewis Voting Rights Advancement Act* : https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/how-to-restore-and-strengthen-voting-rights-act (consulté en février 2021).
[51] Parmi les recours non fructueux, v. notamment l'arrêt de la Cour suprême *Crawford v. Marion County Election Board* de 2008 (553 U.S. 181) dans lequel la Cour a validé une loi de l'État d'Indiana imposant la présentation d'un document d'identité avec photo pour voter. V. plus généralement : « Voter suppression : US election generates avalanche of litigation », *Financial Times*, Oct. 13, 2020.
[52] Sur la question du découpage électoral aux États-Unis, lire le commentaire d'E. Zoller sous *Davis v. Bandemer* (478 U.S. 109) (1986) dans *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, 2010, p. 570 et s. V. aussi : N. Stephanopoulos, E. McGhee, « Partisan Gerrymandering and the Efficiency Gap », *The University of Chicago L. Rev.*, Vol. 82, 2015, 831-900.
[53] La question ne manque pas de se poser à chaque redécoupage : « The Gerrymander Battles Loom, as G.O.P. Looks to Press Its Advantage », *The New York Times*, Jan. 31, 2021.
[54] Pour un état des lieux de la question : https://gerrymander.princeton.edu/ (consulté en février 2021).

« clarté » et à la « justice » des opérations de découpage[55], ces opérations ne sont pas toujours neutres. Dans une récente affaire, la Cour suprême a considéré, par 5 voix contre 4, que le découpage partisan des circonscriptions était une « question politique » qui ne relevait pas de sa compétence[56], laissant donc le champ libre aux États. Concernant les découpages à venir, certains chercheurs considèrent que le contrôle par le parti républicain de nombreuses législatures, et notamment dans plusieurs États clefs, pourrait en tant que tel lui permettre de l'emporter à la chambre des représentants fédérale en 2022[57].

Le clivage partisan apparaît tout aussi nettement dans les autres aspects de l'organisation décentralisée du processus électoral. Alors que les républicains défendent encore le principe du collège électoral pour l'élection présidentielle[58], les démocrates sont nombreux à vouloir le modifier comme nous l'avons indiqué. Alors que les républicains sont à l'origine des récentes réformes d'encadrement du vote au nom de la lutte contre la fraude[59], un grand nombre de démocrates les considèrent comme discriminatoires et inutiles. La modification des règles électorales devient une arme partisane. Cela entraîne une différenciation croissante des législations électorales des États en fonction du parti aux commandes[60] et cela accroît donc les inégalités dans les modalités d'exercice du vote entre les citoyens des États-Unis.

Les deux partis politiques semblent se rejoindre sur les objectifs : préserver la « démocratie » en garantissant le droit de vote. Mais le consensus n'est que sémantique. Quand les républicains se réfugient derrière leur défense de l'intégrité du scrutin, les démocrates revendiquent une universalité réelle du vote. Ces attitudes ne masquent pas totalement la visée électoraliste qui les accompagne[61].

*

Pour conclure ce survol des enjeux contemporains du droit de vote aux États-Unis, la mise en évidence de ces multiples fronts de lutte simultanés illustre la fragilité, bien connue, et le caractère perfectible du processus démocratique, ainsi que la complexité technique du droit électoral dans un système fédéral. Les nombreuses actualités directement liées à ce droit politique donnent en tout cas autant de sujets d'analyses aux chercheurs en droit et

[55] Il s'agit du *National Republican Redistricting Trust* (https://www.thenrrt.org/) et du *National Democratic Redistricting Committee* (https://democraticredistricting.com/) (consultés en février 2021).
[56] Il s'agit de l'arrêt *Rucho v. Common Cause* du 27 juin 2019 (588 U.S. 2019). Le *Chief Justice* Roberts, auteur de l'opinion de la Cour précise ainsi : « *federal courts are not equipped to apportion political power as a matter of fairness, nor is there any basis for concluding that they were authorized to do so* ». V. notamment : B. Cover, « Rucho for Minimalists », *Mercer L. Rev.*, Vol. 71, 2020, 695-718.
[57] « The Gerrymander Battles Loom, as G.O.P. Looks to Press Its Advantage », art. cit.
[58] Par ex. : discours de Mitch McConnell au Sénat le 6 janvier 2021 (disponible en ligne).
[59] Par ex. : A. Berman, « Republicans Are Taking Their Voter Suppression Efforts to New Extremes », *Mother Jones*, Feb. 24, 2021.
[60] B. Highton, art. cit., p. 152 et s.
[61] Cela avait déjà été remarqué : R. Erikson, L. Minnite, « Modeling Problems in the Voter Identification – Voter Turnout Debate », *Election Law Journal*, Vol. 8, 2009, 85-101, spé. p. 86.

sciences sociales[62]. Le droit électoral, également appelé « droit des élections »[63] et bénéficiant de plusieurs blogs universitaires spécialisés[64], s'est ainsi renforcé en tant que champ de recherche à part entière.

[62] R. Sobel, « Voter-ID Issues in Politics and Political Science », *Political Science and Politics*, Vol. 42, 2009, 81-85. V. les travaux de R. Hasen (*Elelction Meltdown*), N. Stephanopoulos ou encore T. Donovan (ed.), *Changing How America Votes*, Rowman & Littlefield Publishers, 2017.
[63] Par ex. : D. Tokaji, *Election Law in a Nutshell*, West Academic Publishing, 2nd ed., 2017.
[64] https://electionlawblog.org/ ; https://election.princeton.edu/ ; http://electls.blogs.wm.edu/ (consultés en février 2021).

Procédures internes et établissement de la « juridiction » de l'État au regard de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme

Alexandre Hermet[*]

L'engagement de procédures relatives à des faits extraterritoriaux devant les juridictions d'un État partie à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après la Convention) est-il, à lui seul, suffisant pour établir la « juridiction » de cet État, au sens donné par l'article 1er de la Convention à ce terme ? La jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après la Cour), et notamment les arrêts et décision *Güzelyurtlu c. Chypre et Turquie*[1], *M.N. c. Belgique*[2] et *Hanan c. Allemagne*[3], apporte de nouveaux éléments à ce propos. Dans chacune de ces affaires, la question était de savoir si l'engagement de procédures devant des juridictions – ou des autorités administratives – internes, à propos d'une situation extraterritoriale, pouvait être considéré comme le fondement de la juridiction de l'État défendeur et donc de la compétence de la Cour. Cette jurisprudence, quoiqu'elle demeure lacunaire à certains égards, laisse néanmoins entrevoir des constantes. L'importante décision *M.N. c. Belgique*, du 5 mai 2020, apporte quelques éléments contrastant avec la jurisprudence précédente ; ces évolutions ont fait l'objet d'une synthèse dans la mise à jour du 31 août 2020 du *Guide sur l'article 1 de la Convention européenne des droits de l'homme*, établi sous l'autorité du jurisconsulte de la Cour et qui contient une section consacrée au « lien juridictionnel créé par l'engagement d'une procédure civile ou pénale »[4]. Depuis, l'arrêt *Hanan c. Allemagne* a apporté de nouveaux développements et les affaires pendantes *H.F. et M.F. c. France* et *J.D. et A.D. c. France* devraient prochainement conduire la Grande Chambre à affiner sa position en la matière[5]. La présente étude sera donc consacrée à cette question de la juridiction de l'État à raison de l'engagement de procédures internes concernant une situation extraterritoriale, à l'égard de laquelle la jurisprudence de la Cour de Strasbourg

---

[*] Maître de conférences à l'Université de Strasbourg (CEIE). Cet article est en partie issu d'une communication présentée à la Fondation René Cassin – Institut international des droits de l'Homme, le 21 octobre 2020, sur le sujet : « La notion de "lien juridictionnel" dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'Homme » ; je remercie le professeur Sébastien Touzé, directeur de la Fondation, pour cette invitation.

[1] Cour EDH, GC, 20 janvier 2019, *Güzelyurtlu et a. c. Chypre et Turquie*, n° 36925/07.

[2] Cour EDH, GC., déc., 5 mai 2020, *M.N. et a. c. Belgique*, n° 3599/18.

[3] Cour EDH, GC, 16 février 2021, *Hanan c. Allemagne*, n° 4871/16, v. nos obs. à paraître *in RGDIP* 2021/2.

[4] Cour EDH, *Guide sur l'article 1 de la Convention européenne des droits de l'homme*, mis à jour au 31 août 2020, pp. 11-13, §§25-33, reproduits dans la dernière mise à jour du 31 déc. 2020 [dernière consultation le 16 avril 2021].

[5] Cour EDH, affaire communiquée le 23 janvier 2020, *H.F. et M.F. c. France*, n° 24384/19 ; affaire *J.D. et A.D. c. France*, n° 44234/20 ; la chambre à laquelle ces affaires avaient été attribuées s'est dessaisie au profit de la Grande Chambre le 16 mars 2021.

semble tâtonnante et peu stabilisée, alors même qu'elle comporte d'importants enjeux suivis de près par les États[6].

En vertu de l'art. 1er de la Convention, les États membres doivent reconnaître les droits énoncés à l'égard de « toute personne relevant de leur juridiction »[7]. La Cour a bâti une riche et foisonnante jurisprudence sur le terme « juridiction », notamment à propos de l'application extraterritoriale de la Convention. Elle a énoncé un principe, celui selon lequel la Convention a principalement vocation à s'appliquer au sein du territoire des États parties ; dans cette acception la juridiction des États est, comme le dit la Cour dans la décision *Banković*, « essentiellement territoriale »[8]. Mais des atténuations existent : la « juridiction » n'est pas limitée au seul territoire des États et peut être étendue de deux manières différentes, *ratione loci* et *ratione personae*[9]. Dans le premier cas, la jurisprudence de la Cour a élargi la « juridiction » des États aux zones sur lesquelles ils exercent un contrôle effectif[10], dans le second, elle a considéré que le « contrôle et l'autorité » sur un individu pouvaient donner naissance à la juridiction de l'État[11]. Si cette bipartition tend à se « diluer » dans la jurisprudence de la Cour[12], elle demeure le cadre régulièrement rappelé. Reste qu'aucune de ces deux hypothèses ne peut s'appliquer à l'engagement de procédures internes concernant une situation extraterritoriale.

La jurisprudence à ce propos s'est développée à partir de l'affaire *Markovic c. Italie*. Dans cette dernière, les dix requérants étaient des proches, les parents le plus souvent, de victimes tuées lors du bombardement de la Radiotélévision serbe à Belgrade par les forces de l'OTAN le 23 avril 1999. Une demande en réparation devant un tribunal civil de Rome avait été déclarée irrecevable par la justice italienne, ce que les requérants contestaient devant la Cour de Strasbourg. Dans son appréciation de la « juridiction » de l'Italie[13], la

---

[6] Pour une présentation de la position française en la matière, en particulier dans les affaires *H.F. et M.F. c. France*, *J.D. et A.D. c. France*, *Hanan c. Allemagne* et *M.N. c. Belgique*, v. N. Hajjami, « La juridiction de l'État, une notion sous tension », *AFDI*, 2019, pp. 755-760.

[7] Parmi l'abondante littérature sur ce sujet évolutif, on se limitera à mentionner quelques études récentes : Th. Fleury Graff, « Extraterritorialité et juridiction en matière de droits de l'homme – "juridiction, juridiction, quand tu nous tiens, on peut bien dire : 'adieu prudence'" », *in* SFDI, *Extraterritorialités et droit international*, Colloque d'Angers, Paris, Pedone, 2020, pp. 211-232 ; Y. Shany, « Extraterritorial Application of International Human Rights Law », *RCADI*, t. 409, 2020, pp. 8-152, spéc. 53-76 ; S. Touzé, « Si la compétence l'emportait sur le territoire ? Réflexions sur l'obsolescence de l'approche territoriale de la notion de juridiction », *Revue québécoise de droit international*, Hors-série (2020), pp. 189-200.

[8] Cour EDH, GC, déc., 12 décembre 2001, *Vlastimir et Borka Banković et a. c. Belgique et a.*, n° 52207/99, §§51-63.

[9] Cette distinction est celle proposée dans le *Guide sur l'article 1*, *op. cit.*, pp. 13 ss., spéc. §36.

[10] Parmi une importante jurisprudence, v. la synthèse dans : Cour EDH, GC, 7 juillet 2011, *Al Skeini et a. c. Royaume-Uni*, n° 55721/07, §§138-140 et dans : *M.N. et a. c. Belgique*, décision précitée, §103 ; voir aussi *Guide sur l'article 1*, *op. cit.*, pp. 18-26, §§51-75.

[11] Parmi une importante jurisprudence, v. la synthèse dans *Al Skeini*, arrêt précité, §§133-137 ; et dans *M.N. c. Belgique*, décision précitée, §§104-106 ; voir aussi *Guide sur l'article 1*, *op. cit.*, pp. 14-18, §§37-50.

[12] Y. Shany, *op. cit.*, pp. 70-75.

[13] Dans la décision partielle sur la recevabilité, la Cour avait déclaré la requête partiellement irrecevable en ce qu'elle se fondait sur une violation alléguée des articles 2, 10 et 17 de la Convention, reprenant ainsi la solution, concernant les mêmes faits, de la décision *Banković* (précitée), mais avait refusé d'étendre cette solution au grief fondé sur l'article 6 (Cour EDH, déc., 12 juin 2003, *Markovic et a. c. Italie*, n° 1398/03).

Cour se situait expressément et exclusivement dans le cadre de l'article 6[14], consacrant le droit à un procès équitable, pour affirmer que la saisine de tribunaux internes équivalait à la création d'un « lien juridictionnel ». En effet, les faits litigieux concernaient uniquement la procédure interne et non le bombardement en lui-même, ce qui permet à la Cour de neutraliser l'extranéité de la situation[15]. Dès lors, selon la Cour, « à partir du moment où une personne introduit une action civile devant les juridictions d'un État, il existe indiscutablement un "lien juridictionnel" au sens de l'article 1 de la Convention, et ce sans préjuger de l'issue de la procédure »[16]. Si la requête est ensuite rejetée au fond[17], le principe posé est clair : en cas de grief fondé sur une violation de l'article 6, l'engagement d'une procédure interne par le requérant établit la juridiction de l'État, dans la mesure où ce dernier est tenu de respecter les obligations procédurales devant l'ensemble de ses juridictions, quelle que soit la localisation des faits dont elles sont saisies.

La jurisprudence récente sur cette question s'éloigne cependant de cette solution : l'établissement d'un tel lien juridictionnel sur le fondement de l'engagement de procédures internes n'est plus si facilement établi **(Partie I)** et dépend de critères qui ne semblent pas stabilisés **(Partie II)**. Ces considérations permettent d'appréhender plus précisément la notion de « lien juridictionnel » construite par la Cour dans sa jurisprudence récente **(Partie III)**.

Partie I - La juridiction issue de l'engagement d'une procédure interne: flux et reflux du « lien juridictionnel »

Selon l'arrêt *Markovic*, l'engagement de procédures internes était suffisant pour établir un lien juridictionnel entre la partie demanderesse et l'État défendeur. Cette solution a été rendue à propos de l'article 6, c'est-à-dire une disposition protégeant des droits procéduraux **(B)**. Or la Cour a développé d'autres obligations procédurales attachées à des droits substantiels, notamment à propos des articles 2 et 3, qui sont désormais dotés de ce qu'il convient d'appeler des « volets procéduraux » **(A)**. C'est donc dans ces deux situations que la Cour s'est prononcée sur l'établissement du lien juridictionnel par l'engagement de procédures internes

[14] Cour EDH, GC, 14 décembre 2006, *Markovic et a. c. Italie*, n° 1398/03, §51 : « en ce qui concerne le grief tiré de l'article 6 en relation avec l'article 1 de la Convention, elle rappelle que le gouvernement défendeur avait, dans l'affaire *Banković* et autres, souligné la possibilité d'engager une procédure devant les juridictions nationales italiennes, ce qui portait à croire que pour des griefs autres que ceux invoqués alors l'existence d'un lien juridictionnel n'était pas à exclure ».

[15] *Ibid.*, §54 : « Même si le caractère extraterritorial des faits éventuellement à l'origine de l'action peut avoir des conséquences sur l'applicabilité de l'article 6 et sur le résultat final de la procédure, il ne peut en aucun cas en avoir sur la compétence *ratione loci* et *ratione personae* de l'État en question. En raison de l'existence d'une procédure civile devant les juridictions nationales, l'État est tenu de par l'article 1 de la Convention de garantir dans le cadre de cette procédure le respect des droits protégés par l'article 6 ».

[16] *Ibid.*, §§54-55.

[17] *Ibid.*, §§100-116.

A. Dans le cadre des volets procéduraux des articles 2 et 3

La jurisprudence s'est davantage développée à propos de l'article 2, mais elle n'est cependant pas cantonnée à ce dernier. La Cour a elle-même admis que les principes dégagés à propos du volet procédural de l'article 2 pouvaient être étendus aux articles 3 et 5[18]. Quelques importantes affaires récentes permettent de saisir ces principes.

1. *Güzelyurtlu et autres c. Chypre et Turquie* (2019)

L'arrêt *Güzelyurtlu et autres c. Chypre et Turquie* de 2019 a renouvelé la jurisprudence de la Cour en la matière. Il était question de la non-remise par la Turquie de criminels soupçonnés d'avoir assassiné trois ressortissants de Chypre du Nord sur le territoire de la République de Chypre. Les autorités judiciaires de cette dernière ont diligenté une enquête qui a permis d'identifier des suspects, mais ces derniers avaient fui en République turque de Chypre du Nord (RTCN). Cette dernière a de même ouvert une enquête, arrêté les suspects mais refusé de les extrader ; la République de Chypre a quant à elle bloqué la communication des pièces de l'enquête aux autorités de la RTCN. Les proches des victimes ont saisi la Cour pour violation des articles 2 et 13. Deux problèmes de droit ont principalement été traités dans l'arrêt : d'une part la juridiction de la Turquie et d'autre part l'existence d'une obligation de coopération issue du volet procédural de l'article 2. Si la Cour a constaté, à propos du second, une violation de l'article 2 en raison d'une absence de coopération pénale, seul le premier problème concernait la question ici étudiée. La Turquie considérait, comme les faits en cause s'étaient déroulés hors de son territoire, qu'il n'y avait pas de « lien juridictionnel » avec elle « relativement à l'obligation de coopérer »[19]. Autrement dit, un État devrait s'acquitter, selon elle, de ses obligations procédurales issues de l'article 2 dans le seul cas où il existe un lien juridictionnel entre celui-ci et la victime. En l'espèce, en l'absence d'un tel lien, la Turquie n'aurait pas été liée par le volet procédural de l'article 2. La Cour a rejeté cet argument en considérant que l'ouverture d'une enquête et de procédure par la RTCN, soumise au contrôle effectif de la Turquie, a suffi à créer un « lien juridictionnel », étendant ainsi le raisonnement de l'arrêt *Markovic* au volet procédural de l'article 2[20].

La Cour a ajouté qu'en l'absence d'ouverture d'enquête par les autorités d'un État partie à la Convention, l'obligation procédurale de l'article 2 peut néanmoins s'imposer à cet État s'il existe, là encore, un « lien juridictionnel » entre la victime et celui-ci. Il faut toutefois distinguer selon que le décès s'est déroulé sur le territoire de cet État – la juridiction sera alors territoriale – ou sur le territoire d'un autre État, cas dans lequel des « circonstances propres » à l'espèce peuvent établir un « lien juridictionnel ». La Cour reprenait ainsi la solution de l'arrêt *Rantsev c. Chypre et Russie*, rendu en 2010 sur la requête d'un

[18] Cour EDH, 11 novembre 2019, *Razvozzhayev v. Russia and Ukraine and Udaltsov v. Russia*, n°s 75734/12, 2695/15 et 55325/15, §157.
[19] *Güzelyurtlu*, arrêt précité, §173.
[20] *Ibid.*, §191.

ressortissant russe dont la fille avait été contrainte à une activité forcée et était décédée sur le territoire chypriote. Il a saisi la Cour contre la République de Chypre, mais aussi contre la Russie, qui n'aurait pas respecté les articles 2 et 4 de la Convention en n'enquêtant pas sur le décès de la victime et la traite dont elle aurait été victime. Naturellement, la Russie alléguait l'extranéité des faits en cause ; selon le requérant, en revanche, elle pouvait être tenue pour responsable de ses omissions qui étendaient leurs effets hors de son territoire[21]. La Cour, dans une approche très territoriale[22] et sans utiliser la notion de « lien juridictionnel », a considéré que les actes ou omissions de la Russie pouvaient effectivement engager sa responsabilité dans le cadre d'obligations purement procédurales. Elle reconnaissait ainsi la « juridiction » de cet État dans le cadre du volet procédural de l'article 2[23]. Lors de l'analyse, au fond, du respect de l'obligation procédurale, la Cour a ensuite affirmé que, si l'obligation de mener une enquête effective ne s'appliquait qu'à l'État sur lequel le décès a eu lieu, « des circonstances propres à la présente espèce commandent de s'écarter de [cette] analyse générale »[24]. Aucune de ces « circonstances propres » n'étant constatable en l'espèce, la Cour a rejeté le grief d'une violation du volet procédural de l'article 2 par la Russie[25]. C'est cette analyse qui est reproduite dans l'arrêt *Güzelyurtlu*, non plus dans l'appréciation, au fond, du respect par l'État défendeur de son obligation d'enquête, mais dans l'établissement préalable de la juridiction de ce dernier[26]. En raison de l'existence de circonstances propres à l'affaire – les suspects se sont réfugiés sur un territoire soumis au contrôle effectif de la Turquie – la Cour a conclu, à nouveau, à l'existence d'un lien juridictionnel[27].

En somme, selon l'arrêt *Güzeyurtlu*, deux hypothèses sont à distinguer : en cas d'ouverture d'une enquête par l'État défendeur en vertu de son droit interne, le lien juridictionnel est établi ; en revanche, en l'absence de telles procédures et si le décès ne s'est pas déroulé sur le territoire de l'État défendeur – cette considération territoriale étant suffisante pour établir la juridiction de cet État –, seules des circonstances propres à l'espèce peuvent établir ce lien juridictionnel. Appliquant ces principes d'une curieuse manière, la Cour a considéré que deux aspects de l'affaire permettaient d'établir un « lien juridictionnel » avec la Turquie : le fait que les autorités de la RTCN eussent ouvert leur propre enquête et, malgré ce premier constat, l'existence de circonstances propres à l'affaire. Elle a précisé en outre que chacune de ces deux considérations est en elle-même suffisante à établir le « lien juridictionnel » avec la Turquie[28].

---

[21] Cour EDH, 7 janvier 2010, *Rantsev c. Chypre et Russie*, n° 25965/04, §203.
[22] Elle rappelle d'ailleurs la solution *Banković* : *ibid.*, §206.
[23] *Ibid.*, §§207-208 : « le grief que le requérant tire de l'article 2 à l'égard de la Russie concerne le manquement des autorités russes à prendre des mesures d'enquête et notamment à obtenir les dépositions des témoins résidant en Russie. […] [L]a Cour est compétente pour examiner la mesure dans laquelle la Russie aurait pu, dans les limites de sa propre souveraineté territoriale, prendre des mesures pour […] enquêter sur les allégations de traite et sur les circonstances ayant mené à la mort de la victime ».
[24] *Ibid.*, §243.
[25] *Ibid.*, §§243-247.
[26] *Güzelyurtlu*, arrêt précité, §190.
[27] *Ibid.*, §§192-195.
[28] *Ibid.*, §196.

2. Romeo Castaño c. Belgique (2019)

Dans l'affaire *Romeo Castaño c. Belgique*[29] était en cause le refus des autorités belges d'exécuter un mandat d'arrêt européen émis par les autorités espagnoles à l'encontre d'une ressortissante espagnole suspectée d'être impliquée dans un assassinat. Les proches de la victime avaient saisi la Cour contre ce refus, alléguant une violation du volet procédural de l'article 2. La Belgique affirmait qu'elle n'a pas juridiction sur cette affaire, car les requérants, la victime et la suspecte sont de nationalité espagnole et l'assassinat a eu lieu sur le territoire espagnol. De plus, prenant en compte la jurisprudence *Güzelyurtlu*, l'État défendeur arguait qu'il n'avait jamais « ouvert une enquête sur l'assassinat », mais qu'il avait seulement collaboré avec l'Espagne et « ce n'est qu'au cours de cette collaboration que les juges belges, appliquant notamment l'article 3 de la Convention, ont décidé de ne pas remettre » le suspect[30]. On voit ici les efforts de la Belgique pour éviter que la Cour n'applique les principes dégagés dans l'arrêt *Güzelyurtlu* reconnaissant la « juridiction » de l'État sur le fondement de l'engagement de procédures internes. Ces efforts se sont cependant révélés vains puisque le raisonnement est repris, non plus à propos de la violation de l'obligation d'enquête du volet procédural de l'article 2, mais de l'obligation de coopération dégagée, au sein du même volet procédural, par l'arrêt *Güzelyurtlu*. Dans l'affaire *Romeo Castaño* les autorités belges n'avaient entrepris aucune procédure, mais la Cour constate néanmoins qu'il existe des « circonstances propres » à l'affaire suffisantes pour considérer qu'il existe un « lien juridictionnel » concernant le grief soulevé par les requérants sous l'angle du volet procédural de l'article 2[31]. Ces circonstances étaient simplement la présence de l'autrice présumée de l'assassinat sur le territoire belge et la connaissance qu'avaient les autorités belges de la volonté de l'Espagne de la poursuivre.

3. M.N. contre Belgique (2020)

Cette jurisprudence va connaître, en 2020, un important développement concernant le volet procédural de l'article 3 de la Convention par la décision *M.N. contre Belgique*. La Cour était saisie par des ressortissants syriens qui avaient demandé, en août 2016, des visas de court séjour à l'ambassade belge de Beyrouth pour des raisons humanitaires, car ils fuyaient la guerre civile en Syrie. Ils espéraient, grâce à ces visas, pouvoir ensuite demander l'asile en Belgique, ce qui ne pouvait être fait auprès d'un poste diplomatique[32]. Ces visas ont cependant été refusés, car, selon l'administration belge, il ne s'agissait pas de titre de séjours pouvant permettre « de s'installer de manière permanente sur le territoire de l'État en question », ce qui était la volonté non dissimulée des demandeurs[33]. Un premier recours devant le Conseil du contentieux des étrangers conduisit à l'annulation du refus de visas

[29] Cour EDH, 9 juillet 2019, *Romeo Castaño c. Belgique*, n° 8351/17.
[30] *Ibid*., §34.
[31] *Ibid*., §§41-42.
[32] *M.N. et a. c. Belgique*, décision précitée, §10.
[33] *Ibid.*, §12.

mais les autorités belges refusèrent d'exécuter cette décision. Malgré de nouvelles procédures internes, les autorités belges maintinrent leur décision initiale. Les demandeurs ont donc saisi la Cour du fait de l'inexécution de l'annulation du refus de visas. Les faits de l'affaire concernaient donc l'inexécution par les autorités belges d'une décision juridictionnelle belge. Le gouvernement défendeur soutenait néanmoins que « les griefs tirés de la violation des articles 3 et 13 sont irrecevables *ratione loci*, au motif que les requérants ne relèvent pas de sa juridiction au sens de l'article 1er de la Convention »[34]. La Cour a retenu cet argument et a rejeté la requête en se fondant sur l'extraterritorialité des actes en causes : peu importe qu'ils aient été rendus sur le territoire national, ils ont une portée extraterritoriale et ne relèvent donc pas de la « juridiction » de l'État, qui est appréhendée, dans la droite ligne de la jurisprudence *Banković*, comme essentiellement territoriale. Seules des « circonstances exceptionnelles » peuvent fonder l'application de la Convention en l'espèce, si elles permettent de « conclure à un exercice extraterritorial par la Belgique de sa juridiction à l'égard des requérants »[35]. Excluant les exceptions fondées sur le contrôle du territoire[36] ou le contrôle ou l'autorité des agents belges[37], la Cour en est venue à l'argument des requérants selon lequel la juridiction de l'État aurait été établie en raison des démarches qu'ils ont entreprises en Belgique.

La Cour devait donc « rechercher si le fait d'avoir engagé une procédure au niveau national a pu constituer une circonstance exceptionnelle suffisante pour déclencher, unilatéralement, un lien juridictionnel extraterritorial entre les requérants et la Belgique, au sens de l'article 1er de la Convention »[38]. Elle a alors refusé de suivre sa jurisprudence *Markovic*, car cet arrêt déclarait irrecevables les griefs matériels fondés sur des dispositions de la Convention autres que l'article 6[39]. Cet argument n'est pas le plus convaincant, car il aurait été cohérent de traiter de la même manière les obligations procédurales issues de cet article et celles découlant du volet procédural de l'article 3. C'est qu'à la vérité le principe de l'arrêt *Markovic* semble bel et bien remis en cause et la Cour aurait été mieux inspirée de l'abandonner expressément, d'autant qu'elle a aussi refusé de le reprendre à propos de l'article 6[40]. Elle a également écarté sa jurisprudence *Güzelyurtlu*, non pas en distinguant les volets procéduraux des articles 2 et 3, mais parce que les faits en cause dans l'affaire *M.N. c. Belgique* ne concernaient pas des procédures ouvertes à l'initiative des autorités de l'État défendeur mais des requérants[41]. Cette solution se fonde en revanche sur la décision *Abdul Wahab Khan* de 2014, qui concernait un demandeur pakistanais contestant une décision britannique annulant son titre de séjour, alors qu'il avait déjà quitté le territoire. La *Special Immigration Appeals Commission* avait considéré, conformément à la jurisprudence *Banković*, que le requérant ne relevait pas de la « juridiction » du Royaume-

[34] *Ibid.*, §78.
[35] *Ibid.*, §113.
[36] *Ibid.*, §116.
[37] *Ibid.*, §§117-119.
[38] *Ibid.*, §121.
[39] *Ibid.* §122.
[40] *Cf. infra* B.
[41] *Ibid.*, §122 ; sur ce point, *cf. infra* II, A.

Uni[42]. La requête se fondait sur la violation des articles 2, 3, 5 et 6 de la Convention. La Cour a considéré qu'aucune des deux exceptions principales à l'approche territoriale de la juridiction, à savoir le contrôle ou l'autorité d'un agent de l'État sur la partie requérante ou le contrôle effectif de l'État sur un territoire, ne trouvait application dans cette affaire où le requérant avait de lui-même quitté le territoire britannique[43]. C'est alors que la Cour a ajouté, sans vraiment développer ce point, que la juridiction ne peut être établie sur la seule base de l'engagement de procédures internes[44]. Cette motivation, assez pauvre, constitue la référence sur laquelle la Cour, dans *M.N. c. Belgique*, appuie son raisonnement : selon elle, « [l]a Cour a considéré [dans la décision *Abdul Wahab Khan*] qu'à défaut d'autres critères de rattachement, le fait pour le requérant d'avoir initié cette procédure ne suffisait pas à établir la juridiction du Royaume-Uni s'agissant du risque allégué par le requérant de subir au Pakistan des traitements contraires à l'article 3 de la Convention »[45]. Ce qui revient à écarter la solution *Markovic* à l'égard du volet procédural de l'article 3. Dès lors, en l'absence de rattachement plus approprié d'un requérant à l'État défendeur, la juridiction de ce dernier à l'égard du premier ne peut être établie sur le seul motif de l'engagement d'une procédure interne[46]. Toute solution contraire consisterait à consacrer une obligation illimitée d'accueillir les personnes menacées d'un traitement contraire à la convention[47]. Ce raisonnement conséquentialiste[48] conduit donc la Cour à restreindre la possibilité d'un lien juridictionnel à raison de l'engagement de procédures internes. Ce mouvement s'est confirmé dans la jurisprudence la plus récente de la Cour.

4. Géorgie c. Russie (II) et *Hanan c. Allemagne* (2021)

Cette jurisprudence a été à nouveau appliquée dans deux affaires récentes. La première est l'affaire *Géorgie c. Russie (II)* qui a amené la Cour, à la fin de l'arrêt, à se prononcer sur l'obligation d'enquête pesant sur la Russie en vertu de l'article 2. L'établissement du lien juridictionnel reprend la jurisprudence précédente, en considérant que des « circonstances propres à l'espèce » permettent de tenir pour établie la juridiction de la Russie dans le cadre du grief fondé sur une violation de cette obligation d'enquête[49]. Contrairement aux autres arrêts et décisions qui viennent d'être mentionnés, les développements sur cette question sont succincts et ne modifient pas l'état de la jurisprudence, sinon en ce qu'ils annoncent

[42] Cour EDH, déc., 28 janvier 2014, *Abdul Wahab Khan v. The United Kingdom*, n° 11987/11, §13.
[43] *Ibid*, §25.
[44] *Ibid.*, §28 : « The mere fact that the applicant availed himself of his right to appeal against the decision to cancel his leave to remain has no direct bearing on whether his complaints relating to the alleged real risk of his ill-treatment, detention and trial in Pakistan fall within the jurisdiction of the United Kingdom: it is the subject matter of the applicants' complaints alone that is relevant in this regard ».
[45] *M.N. et a. c. Belgique*, décision précitée, §108.
[46] *Ibid.*, §123, renvoyant à *Abdul Wahab Khan*, décision précitée, §28.
[47] *M.N. et a. c. Belgique*, décision précitée, §123.
[48] Relevé par la doctrine, not. P. Ducoulombier, « Coup d'arrêt à l'extension de la juridiction extraterritoriale des États parties à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, n° 125, 2021, pp. 77-96, spéc. 93-96.
[49] Cour EDH, GC, 21 janvier 2021, *Géorgie c. Russie (II)*, n° 38263/08, §§328-332.

une possible évolution en ce qui concerne les conditions du lien juridictionnel, confirmée par l'arrêt *Hanan c. Allemagne*[50].

Dans cette seconde affaire[51], était en cause le bombardement par les forces coalisées en Afghanistan près de Kunduz, le 4 septembre 2009, lors duquel plusieurs civils, dont les deux jeunes enfants du requérant, avaient trouvé la mort. L'ordre de cette frappe aérienne ayant été donné par un officier allemand, des procédures ont été conduites, notamment en Allemagne, pour faire la lumière sur cette opération militaire ; elles ont abouti à la mise hors de cause de l'officier. Considérant que ces procédures ne constituaient pas des enquêtes effectives, le requérant a saisi la Cour sur le fondement de l'article 2, volet procédural, et de l'article 13 de la Convention. La Cour, sans faire mention de la décision *M.N. c. Belgique* – peut-être parce qu'elle avait été rendue sur le fondement de l'article 3 – a reproduit le raisonnement qu'elle avait tenu dans le cadre de la décision *Güzelyurtlu* et a établi la « juridiction » de l'Allemagne, concernant un grief tiré de la violation du volet procédural de l'article 2, en raison des procédures engagées en Allemagne. Elle prend cependant ses distances avec sa solution de 2019, jugeant en particulier

> « inapplicable aux faits de l'espèce le principe selon lequel l'ouverture par les autorités nationales d'une enquête ou procédure pénale sur un décès survenu hors de la juridiction territoriale de l'État alors que celui-ci n'exerçait pas sur les lieux sa juridiction extraterritoriale suffit *à elle seule* pour établir un lien juridictionnel entre l'État en question et les proches de la victime qui introduisent ultérieurement une requête contre cet État »[52].

Voilà qui constitue déjà une remise en cause, soulignée par l'italique placé aux mots « à elle seule », à l'apport principal de l'arrêt *Güzelyurtlu*. La différence de fait justifiant un tel écart dans les principes tiendrait, selon la Cour, au contexte des décès qui dans l'affaire *Hanan* sont intervenus lors d'une « opération militaire extraterritoriale menée en dehors du territoire des États parties à la Convention dans le cadre d'un mandat donné par une résolution adoptée par le Conseil de sécurité agissant en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations unies »[53]. De plus, la Cour note que si le simple engagement de procédures internes à l'initiative de l'État suffisait à établir un lien juridictionnel, les États seraient dissuadés d'enquêter sur les décès survenus lors de leurs opérations militaires à l'étranger. Où l'on voit ressurgir les préoccupations et le conséquentialisme de la décision *M.N. c. Belgique* refusant d'ouvrir trop largement la notion de juridiction[54]. Le lien juridictionnel a néanmoins été établi, mais en raison de trois circonstances particulières : l'obligation de l'Allemagne, en vertu du droit humanitaire coutumier, d'enquêter sur la frappe aérienne en cause[55], la compétence pénale exclusive, établie par des accords internationaux, des États

[50] *Cf. infra*, II, C.
[51] *Hanan c. Allemagne*, arrêt précité, §§132-145.
[52] *Ibid.*, §135, italique de la Cour.
[53] *Eod. loc.*
[54] *Eod. loc.*
[55] *Ibid.*, §137.

d'envoi sur leurs troupes[56] et enfin l'obligation d'enquêter des autorités allemandes en vertu du droit interne[57]. Selon la Cour, ces trois éléments constituent des « circonstances propres » qui « combinées, sont de nature à faire naître un lien juridictionnel aux fins de l'article 1 de la Convention et à déclencher de ce fait l'application de l'obligation procédurale d'enquêter découlant de l'article 2 »[58].

Cet arrêt se démarque des précédents à la fois par une modification des critères du lien juridictionnel, qui paraît légère à la lecture de l'arrêt mais dont les conséquences peuvent être importantes[59], et par le constat en l'espèce du lien juridictionnel, fondé sur le contexte particulier d'un conflit armé international. Cette jurisprudence, établie à propos du volet procédural de l'article 2, est bien plus affinée que celle concernant l'article 6, qui n'a guère évolué depuis l'arrêt *Markovic*.

B. Dans le cadre de l'article 6

Comme dans l'affaire *Markovic*, les requérants dans l'affaire *M.N. c. Belgique* ont excipé d'une violation de l'article 6. La réception de ce moyen n'a pas été plus favorable que celle des griefs fondés sur les articles 3 et 13[60], mais le raisonnement de la Cour est ici particulièrement décousu. Plus précisément, était contesté le refus de l'État belge d'exécuter une décision de la Cour d'appel de Bruxelles[61]. Si la Cour de Strasbourg soulève la question de la « juridiction » de la Belgique dans ce cadre, c'est pour l'évacuer aussitôt en se fondant sur sa conclusion quant à l'applicabilité de l'article 6 :

> « La question se pose de savoir si la Belgique a exercé sa juridiction au sens de l'article 1er de la Convention à l'égard des requérants s'agissant des procédures intentées sur son territoire national. La Cour estime toutefois qu'il n'y a pas lieu à statuer sur cette question étant donné la conclusion à laquelle elle parvient quant à l'applicabilité de l'article 6 § 1 »[62].

Elle renvoie ainsi à un passage ultérieur de son arrêt dans lequel elle refuse l'applicabilité de l'article 6 § 1 au motif que n'entre en jeu aucun droit de caractère civil[63], le grief fondé sur une violation de cette disposition est donc irrecevable[64]. La Cour a donc purement et simplement évacué la question de la « juridiction » de l'État : parce que l'article 6 n'est pas applicable, elle refuse de statuer sur la question de savoir si la Belgique a exercé sa « juridiction » en raison des procédures intentées sur son territoire national.

---

[56] *Ibid.*, §138.
[57] *Ibid.*, §§139-141.
[58] *Ibid.*, §142 ; l'opinion partiellement dissidente jointe à l'arrêt critique cette approche, car aucune de ces circonstances n'est « propre » à l'espèce (*Opinion en partie dissidente commune aux juges Grozev, Ranzoni et Eicke*, §§19-24).
[59] *Cf. infra*, II, B.
[60] *Cf. supra*, A, *3.*
[61] *M.N. et a. c. Belgique*, décision précitée, §127.
[62] *Ibid.*, §131.
[63] *Ibid.*, §§136-140.
[64] *Ibid.*, §141, auquel il est renvoyé au §131.

En somme, dans la décision *M.N. c. Belgique* concernant les griefs fondés sur l'article 3, ainsi que l'article 13, elle a refusé de transposer sa jurisprudence *Güzelyurtlu* car l'État défendeur n'était pas à l'initiative des procédures et n'a pas appliqué la solution *Markovic* car cette dernière ne concerne que les griefs fondés sur une violation de l'article 6 ; or précisément, lorsque le moment était venu de considérer de tels griefs, la Cour a éludé la question. Reprendre la jurisprudence *Markovic*, ou au contraire procéder à un revirement et l'abandonner expressément n'aurait rien changé à la solution, car cette disposition n'était en tout état de cause pas applicable. Il faut donc analyser cette solution comme une volonté, non assumée, de ne pas discuter la pertinence de cette jurisprudence, et ainsi de ne pas la confirmer. La Cour aurait pu pourtant y apporter des atténuations, liées à la présence ou non des requérants sur le territoire national, ou d'autre nature, afin de ne pas l'appliquer. La solution choisie, celle du silence, crée donc plus d'incertitude qu'elle n'en dissipe.

Pour résumer, la jurisprudence a connu un important mouvement d'ouverture, qui reconnaissait la juridiction de l'État dès lors que des procédures internes étaient ouvertes, tant sur le fondement de l'article 6 (*Markovic*) que du volet procédural de l'article 2 (*Güzelyurtlu*, *Romeo Castaño*) ; mais après ce flux vient le temps du reflux et la Cour semble désormais revenir sur cette ouverture : en ce qui concerne le volet procédural de l'article 3 elle n'a repris qu'avec de fortes réserves sa solution relative au volet procédural de l'article 2 (*M.N. c. Belgique*), réserves qu'elle a ensuite transposées à ce dernier (*Hanan c. Allemagne*). Quant à l'article 6, celui-là même qui avait fondé la solution *Markovic*, il semble que la Cour soit désormais très réticente à reprendre cette dernière et préfère éluder la question (*M.N. c. Belgique*). La jurisprudence n'est pas encore stabilisée sur la question et le traitement, dans les mêmes arrêts et décision, des conditions du lien juridictionnel ne peut que confirmer ce constat.

Partie II - Les conditions à l'établissement du lien juridictionnel à raison de l'engagement de procédures internes

L'arrêt *Güzelyurtlu* semble faire de l'engagement de la procédure par l'État le critère permettant d'établir le lien juridictionnel. En effet, si dans l'arrêt *Markovic et autres c. Italie* les requérants, et non l'Italie, avaient initié la procédure civile[65], cette solution est désormais totalement abandonnée : la Cour n'a pas voulu l'étendre à l'article 2 et a évité de soulever la question sous l'angle de l'article 6 dans l'affaire *M.N. c. Belgique*. En ce qui concerne cette dernière disposition, les critères de l'établissement du lien juridictionnel n'ont donc plus évolué. En revanche la Cour a développé de complexes conditions lorsqu'est en cause l'article 2. Sans soulever la question d'une extension de ces critères aux requêtes fondées sur l'article 6, à laquelle il serait bien difficile de répondre, il convient donc de ne se concentrer ici que sur le volet procédural de l'article 2. En la matière, il convient de distinguer selon qu'il y a eu ouverture ou non d'une enquête par l'État

[65] *Markovic*, arrêt précité, §54.

défendeur **(A)**. Mais la jurisprudence de 2021 semble rebattre les cartes et faire de l'existence de « circonstances propres à l'espèce » le seul critère pertinent, englobant toutes les autres considérations **(B)**.

A. L'initiative des procédures

Il convient de distinguer selon que l'État défendeur a ouvert, de sa propre initiative, une enquête, ou qu'au contraire aucune procédure n'a été engagée.

Dans la première situation, la Cour a affirmé que l'ouverture d'une enquête pénale par les autorités d'un État au sujet d'un décès survenu en dehors de sa juridiction suffisait à créer un lien juridictionnel[66]. C'est donc l'initiative de l'État qui importait. L'arrêt *Güzelyurtlu* a insisté sur ce point :

> « si les autorités d'enquête ou les organes judiciaires d'un État contractant ouvrent au sujet d'un décès qui s'est produit en dehors de la juridiction dudit État leur propre enquête pénale ou leurs propres poursuites en vertu de leur droit interne (par exemple sur le fondement de dispositions relatives à la compétence universelle ou du principe de la personnalité active ou passive), l'ouverture de ladite enquête ou de ladite procédure suffit à établir un lien juridictionnel aux fins de l'article 1 »[67].

En l'espèce, c'est notamment parce que les autorités de la RTCN avaient « ouvert leur propre enquête pénale […] en application des dispositions de leur droit interne » que le « lien juridictionnel » est établi dans le cadre d'un « grief sous l'angle du volet procédural de l'article 2 de la Convention »[68]. Dans la décision *M. N. et autres*, la Cour rappelle cette condition de l'initiative ; elle semble d'ailleurs lui donner beaucoup d'importance, afin d'exclure l'application de la solution *Güzelyurtlu* :

> « la procédure dont il est question dans l'affaire *Güzelyurtlu et autres* – et qui crée un lien juridictionnel avec la Turquie – était une procédure pénale ouverte à l'initiative des autorités turques (contrôlant la « République turque de Chypre du Nord »). Elle correspond à une démarche d'un État contractant se situant dans le cadre des obligations procédurales découlant de l'article 2. Ceci est très différent d'une procédure administrative engagée à l'initiative de particuliers sans aucun lien avec l'État concerné, si ce n'est la procédure qu'ils ont eux-mêmes entamée de leur plein gré et sans que leur choix de cet État, en l'occurrence la Belgique, ne s'impose au titre d'une quelconque obligation conventionnelle »[69].

---

[66] V. déjà Cour EDH, déc., 31 juillet 2014, *Aliyeva and Aliyev v. Azerbaijan*, n° 35587/08, §§56-57.
[67] *Güzelyurtlu*, arrêt précité, §188.
[68] *Ibid.*, §191.
[69] *M.N. et a. c. Belgique*, décision précitée, §122.

La Cour met ici l'accent sur le caractère administratif de la procédure dans l'affaire *M.N. c. Belgique*[70]. Ce critère semble cependant peu pertinent pour plusieurs raisons. En premier lieu l'arrêt *Güzelyurtlu* mentionnait expressément les « *autorités* d'enquêtes ou les organes judiciaires d'un État »[71], ce qui inclut certaines autorités administratives. Ensuite, les procédures administratives peuvent souvent être contestées par voie juridictionnelle : pourquoi donc considérer que l'engagement des premières ne crée pas de lien juridictionnel contrairement à leur contestation contentieuse ? La Cour ne se prononçait pas, dans l'affaire *M.N. c. Belgique*, sur le fondement de l'article 6, qui n'est applicable qu'à certaines procédures, et sa solution est très clairement transposable à des procédures juridictionnelles. De surcroît, le raisonnement de la Cour conduit entièrement à conditionner la « juridiction » à l'existence d'un rattachement entre la partie requérante et l'État défendeur[72] ; de ce point de vue le critère du caractère administratif ou juridictionnel de la procédure n'a pas d'intérêt. Enfin, en 2020, la Cour s'appuyait sur l'affaire *Abdul Wahab Khan*, dans laquelle la procédure avait été initiée par le requérant devant les tribunaux britanniques[73], ce qui confirme que le critère essentiel, selon la Cour, réside dans cette initiative. La distinction entre procédure administrative et procédure pénale semblait ainsi seulement un moyen, bien peu solide, de justifier le refus d'appliquer la solution *Güzelyurtlu*. L'initiative de la procédure semble donc l'élément fondamental. Le récent arrêt *Géorgie c. Russie (II)* confirme encore cette solution en mentionnant que le lien juridictionnel est établi si l'État a initié une enquête ou une procédure interne concernant un décès survenu en dehors de sa juridiction[74].

En cas d'absence d'engagement de poursuites par l'État la Cour a affirmé dans l'affaire *Güzelyurtlu*, reprenant sur ce point l'arrêt *Rantsev*, qu'un lien juridictionnel peut néanmoins être établi si des « circonstances propres » à l'affaire le justifient[75]. L'arrêt du 9 juillet 2019 rendu en l'affaire *Romeo Castaño* reprend ce raisonnement[76]. En l'espèce était en cause non pas un manquement à l'obligation d'enquêter mais à celle de coopérer[77] ; ce qui n'empêche pas la Cour d'appliquer les principes qu'elle a dégagés dans l'arrêt *Güzerlyurtlu*[78] : comme il n'y avait pas d'engagement de procédures internes par l'État, elle recherche si des « circonstances propres » à l'espèce permettent d'établir un lien juridictionnel, ce qu'elle constate en l'espèce[79]. Ce raisonnement a de même été repris dans l'affaire *Makuchyan et Minasyan c. Azerbaïdjan et Hongrie*, dans lequel l'acceptation d'un jugement pénal étranger par l'État défendeur, ainsi que l'obligation de poursuivre

[70] Reprenant ce *dictum*, le *Guide sur l'article 1* (*op. cit*, p. 13, §33) fonde la particularité des solutions des affaires *M.N. c. Belgique* et *Abdul Wahab Khan* sur la distinction entre des procédures administratives, qui étaient en cause dans ces deux dernières affaires, et des procédures pénales (affaires *Markovic*, *Rantsev*, *Güzelyurtlu*).
[71] *Güzelyurtlu*, arrêt précité, §188, italique ajouté.
[72] *Cf. infra*, III.
[73] *M. N. et a. c. Belgique*, décision précitée, §123, renvoyant à *Abdul Wahab Khan*, décision précitée, §28.
[74] *Géorgie c. Russie (II)*, arrêt précité, §330.
[75] *Güzelyurtlu*, arrêt précité, §190, reprenant *Rantsev*, arrêt précité, §§243-244.
[76] *Romeo Castaño*, arrêt précité, §37.
[77] *Ibid.*, §§38-39.
[78] *Ibid.*, §§40-43.
[79] *Ibid.*, §42.

l'exécution de la peine suite au transfèrement d'un prisonnier, constituent des « circonstances spéciales » qui déterminent le lien juridictionnel « en relation avec le volet procédural de l'article 2 »[80]. En revanche, ce raisonnement n'est qu'implicitement présent dans la décision *M.N. c. Belgique*, dans lequel la Cour déclare toutefois que l'engagement d'une procédure nationale n'est pas une « circonstance exceptionnelle » établissant le lien juridictionnel[81].

En somme, dans le cadre du volet procédural de l'article 2, deux hypothèses sont en théorie à distinguer. En cas d'engagement par les autorités de l'État de poursuites ou d'une enquête, en vertu de la jurisprudence *Güzelyurtlu*, implicitement confirmée par l'arrêt *M.N. c. Belgique*, « l'ouverture de ladite enquête ou de ladite procédure suffit à établir un lien juridictionnel aux fins de l'article 1 ». En revanche, en l'absence d'engagement de telle procédure, l'obligation procédurale pèse uniquement sur l'État sur le territoire duquel le décès s'est produit ; mais les arrêts *Rantsev*, *Güzelyurtlu* et *Romeo Castaño* convergent pour reconnaître qu'à l'égard d'un autre État, « un lien juridictionnel peut néanmoins être établi et une obligation procédurale découlant de l'article 2 peut s'imposer à cet État » si des « circonstances propres » à l'espèce le justifient. Ces deux hypothèses sont résumées par la Cour dans l'arrêt *Géorgie c. Russie (II)* de janvier 2021, « un lien juridictionnel en relation avec l'obligation d'enquêter que recèle l'article 2 peut être établi si l'État contractant a ouvert une enquête ou une procédure comme prévu par le droit interne concernant un décès survenu en dehors de sa juridiction ou s'il existe des "circonstances propres" à l'espèce »[82]. Le récent arrêt *Hanan c. Allemagne* semble cependant mettre en cause cette construction.

B. L'exigence de « circonstances propres », seule condition?

La jurisprudence la plus récente tend à étendre l'exigence de « circonstances propres » à l'ensemble des situations dans lesquelles un lien juridictionnel pourrait naître de l'engagement de procédures internes. Déjà, dans les arrêts *Güzelyurtlu* et *Géorgie c. Russie (II)*, et malgré l'affirmation des principes qui viennent d'être présentés, la Cour identifiait en pratique des circonstances propres alors même que les États défendeurs, respectivement la Turquie et la Russie, avaient engagé des procédures d'enquête[83]. Les procédures engagées par les États semblent ainsi réduites à une « circonstance propre » parmi d'autres[84]. L'arrêt rendu dans l'affaire *Hanan c. Allemagne*, précise cette approche, en des termes, on l'a dit, conséquentialistes :

> « [s]i le simple fait d'ouvrir au niveau national une enquête pénale sur n'importe quel décès survenu n'importe où dans le monde suffisait à faire naître un lien juridictionnel sans qu'aucune autre condition ne soit requise,

[80] Cour EDH, 26 mai 2020, *Makuchyan et Minasyan c. Azerbaïdjan et Hongrie*, n° 17247/13, §§47-52.
[81] *M. N. et a. c. Belgique*, décision précitée, §§121-123.
[82] *Géorgie c. Russie (II)*, arrêt précité, §330.
[83] *Güzelyurtlu*, arrêt précité, §§192-195 ; *Géorgie c. Russie (II)*, arrêt précité, §§330-332.
[84] *Ibid.*, §331.

> le champ d'application de la Convention s'en trouverait élargi dans une mesure excessive »[85].

S'éloignant de la position adoptée par sa jurisprudence antérieure, la Cour a considéré que même dans le cas d'une procédure ouverte à l'initiative de l'État défendeur, des « circonstances propres » étaient nécessaires[86]. C'est restreindre encore la solution de l'arrêt *Güzelyurtlu*, qui n'imposait ces « circonstances propres » qu'en cas d'absence d'ouverture d'une enquête par l'État.

L'arrêt *Hanan c. Allemagne* précise cependant que ces « circonstances propres » ne sont exigées, alors même que l'État a ouvert une enquête, que dans deux situations : 1) lorsque la question de l'extraterritorialité se pose à propos de faits survenus hors de l'espace juridique de la Convention et 2) lorsque les faits litigieux se sont produits pendant une phase d'hostilités actives au cours d'un conflit armé[87]. En ce qui concerne la première hypothèse, la Cour renvoie « *mutatis mutandis* » aux paragraphes 54 et 55 de l'arrêt *Markovic c. Italie* ; on y trouverait cependant bien difficilement un soutien à la solution de la Cour. Celle-ci, en évoquant « l'espace juridique de la Convention » semble plutôt ressusciter un aspect oublié de l'arrêt *Banković*[88]. À propos de la seconde situation mentionnée, la Cour invoque l'arrêt *Géorgie c. Russie (II)*, qui concernait des faits survenus lors d'une « phase d'hostilité active au cours d'un conflit armé »[89]. Demeure enfin la question de savoir si le cadre construit dans la jurisprudence précédente est ignoré dans ces deux situations seulement ou s'il est définitivement abandonné. Dans ce dernier cas, plutôt que de redéfinir les conditions du lien juridictionnel, la Cour semble renoncer à tout critère : tout reposerait désormais sur des « circonstances propres », qu'elle évalue au cas par cas sans se lier par un cadre préétabli[90]. Ce faisant elle prend deux risques importants. D'une part elle refuse de se lier par des critères trop rigides. On ne saurait, à ce propos, écarter l'hypothèse selon laquelle ceux définis dans les jurisprudences *Güzelyurtlu* et suivantes ont semblé inadaptés à certaines affaires, car la distinction entre engagement de procédure et non-engagement est parfois ténue, tant une mauvaise enquête peut équivaloir à l'absence d'enquête. La Cour y aurait donc renoncé une bonne fois pour toutes[91]. Mais surtout, d'autre part, elle fait perdre en lisibilité sa jurisprudence en semblant renoncer à construire un ensemble de critères clairs et durables du lien juridictionnel, nuisant ainsi à la sécurité juridique. Il semble dès lors, au regard de ces derniers développements, que le lien juridictionnel concernant une

[85] *Hanan c. Allemagne*, arrêt précité, §135.
[86] *Ibid.*, §136.
[87] *Eod. loc.*
[88] *Banković*, décision précitée, §80.
[89] *Géorgie c. Russie (II)*, arrêt précité, §§330-332.
[90] V. par ex. *Güzelyurtlu*, arrêt précité, §190 : « La Cour considère […] qu'elle n'a pas à déterminer *in abstracto* quelles "circonstances propres" à l'espèce entraînent l'existence d'un lien juridictionnel en relation avec l'obligation procédurale d'enquêter que recèle l'article 2, puisque ces circonstances dépendront nécessairement des spécificités de chaque cause et qu'elles peuvent varier considérablement d'une affaire à l'autre ».
[91] La décision *M.N. c. Belgique* laissait déjà entrevoir une telle évolution car la Cour y précisait que les solutions *Markovic* et *Güzelyurtlu* s'expliquaient par des « circonstances particulières d'ordre procédural » (*M. N. et a. c. Belgique*, décision précitée, §107).

situation extraterritoriale dépende seulement, dans le cadre du volet procédural de l'article 2, de « circonstances propres » à l'espèce, l'engagement des procédures par l'État n'étant plus un motif créant à lui seul le lien juridictionnel mais une « circonstance propre » parmi d'autres.

Cette évolution jurisprudentielle confirmerait ainsi le mouvement de fermeture constatable depuis *M.N. c. Belgique*[92] et peut s'expliquer par une volonté de ne pas étendre le champ des obligations procédurales aux procédures concernant des faits étrangers à la juridiction de l'État défendeur. Ces obligations ne sauraient en effet dépendre uniquement de l'initiative de ces procédures, car ces dernières ne peuvent être considérées indépendamment des faits en cause, de la même manière que les volets procéduraux des articles 2 ou 3 ne peuvent être envisagés indépendamment de leur volet « matériel » et que l'article 6 ne peut être envisagé indépendamment de « droits et obligations de caractère civil » ou « de toute accusation en matière pénale ». En d'autres termes, le caractère procédural de certains droits ou obligations ne peut être considéré isolément, mais être rapporté à leur objet matériel ; dès lors, la juridiction ne peut être fondée sur la seule existence de procédures internes. C'est ce vers quoi tend la jurisprudence, encore hésitante certes, en portant au premier plan l'exigence de « circonstances propres » à l'espèce. Un tel mouvement correspond en outre mieux à l'évolution de la notion de « lien juridictionnel » dans la jurisprudence de la Cour.

Partie III - Juridiction et « lien juridictionnel »

Ces développements appellent quelques réflexions sur la notion de « lien juridictionnel » affectionnée par la Cour. Elle est apparue dans un contexte où l'engagement de procédures internes n'était pas en cause, il s'agissait des cas dans lesquels l'approche territoriale classique, y compris l'hypothèse du « contrôle effectif », qui concerne toujours un territoire, n'était pas possible. Dans la décision *Banković* la Cour a utilisé la notion[93], pour la première fois semble-t-il, mais sans qualifier un objet particulièrement nouveau ; elle a seulement refusé de suivre les demandeurs et d'accepter un « lien juridictionnel » qui ne soit pas d'ordre territorial. Dans la jurisprudence postérieure, la Cour va peu à peu systématiser la juridiction extraterritoriale à raison de l'existence du contrôle et de l'autorité d'un agent de l'État. La notion de « lien juridictionnel » a été utilisée, dans la suite de la jurisprudence *Al Skeini*, car elle renvoie à une relation de l'État à une situation qui n'est pas de nature territoriale[94]. La notion est depuis devenue usuelle ; elle semble même se distinguer de celle de juridiction : dans le cadre de procédures juridictionnelles ou

[92] *Cf. supra* I.

[93] *Banković*, décision précitée, §82 ; v. aussi §54 mentionnant « le lien réel entre les requérants et les États défendeurs » ; sur cette notion v. É. Lagrange, « L'application de la Convention de Rome à des actes accomplis par les États parties en dehors du territoire national », *RGDIP*, 2008, pp. 521-565, spéc. 538-542.

[94] V. par. ex., dans la jurisprudence récente, Cour EDH, 23 mai 2019, *Mirzoyan c. Arménie*, n° 5719/10, §§55-56 ; *Razvozzhayev v. Russia and Ukraine and Udaltsov v. Russia*, arrêt précité, §161 ; v. aussi Cour EDH, déc., 2 juillet 2019, *Miller c. Royaume-Uni*, n° 32001/18, §§76-78, qui n'établit cependant pas l'existence du « lien juridictionnel » en l'espèce.

administratives internes, le lien juridictionnel intervient en l'absence de juridiction sur les faits qui ont donné lieu à ces procédures[95], qui est recherchée en premier lieu[96], mais se caractérise par l'existence de circonstances caractérisant un rattachement entre la partie requérante et l'État défendeur.

Il s'agit donc d'identifier ce « rattachement ». La comparaison faite par la Cour dans la décision *M.N. c. Belgique* entre les solutions *Markovic* et *Güzelyurtlu* d'une part et *Abdul Wahan Khan* d'autre part est particulièrement évocatrice : dans ce dernier arrêt, qui, au contraire des deux premiers, rejette la « juridiction » de l'État, la procédure initiée par le requérant ne pouvait créer de lien juridictionnel, « à défaut d'autres critères de rattachement »[97]. La Cour précise d'ailleurs immédiatement que dans des affaires concernant l'article 8 « un lien de rattachement » pouvait « résulter d'une vie de famille ou d'une vie privée préexistante que [l'État défendeur] avait le devoir de protéger »[98]. Le rattachement dont il est question est donc établi en fonction du droit invoqué. Cette jurisprudence conduit en effet à lier l'appréciation de la juridiction des États défendeurs, au sens de l'article 1er, et la détermination de leurs obligations en vertu des dispositions substantielles de la Convention. Ainsi, la juridiction concernant les obligations procédurales se constate différemment qu'en ce qui concerne les « obligations matérielles »[99] ; dans la première situation, le rattachement doit par conséquent être d'ordre procédural.

La juridiction semble ainsi établie comme on établit la compétence de l'État[100] : la Cour européenne dans la décision *M.N. c. Belgique* se fonde sur des « critères » ou « liens » de « rattachement »[101] comme l'autorité exercée par des agents diplomatiques sur la partie

[95] Qui a par exemple justifié la juridiction des États défendeurs dans les affaires *Al Skeini* ou *Jaloud* alors que n'était en cause que le volet procédural de l'article 2 : la Cour n'a pas eu besoin de s'interroger sur un lien juridictionnel dans ce cadre puisque la juridiction de l'État défendeur s'étendait aux faits extraterritoriaux (*Al Skeini*, arrêt précité, §§149-150 ; Cour EDH, GC, 20 novembre 2014, *Jaloud c. Pays-Bas*, n° 47708/08, §152) ; cette hypothèse est prise en compte dans la jurisprudence ici analysée, qui réserve l'hypothèse du décès intervenu dans la juridiction de l'État (par ex. *Güzelyurtlu*, arrêt précité, §188), c'est-à-dire lorsque les principes habituels d'établissement de la juridiction sont applicables.

[96] Par ex., dans l'affaire *M.N. c. Belgique*, la Cour commence de même par établir si la juridiction ne peut pas être établie par le contrôle sur le territoire syrien ou libanais, ou le contrôle et l'autorité exercés par les agents diplomatiques, et c'est à défaut d'une telle juridiction qu'elle a recherché un lien juridictionnel créé par l'engagement d'une procédure interne (*M.N. et a. c. Belgique*, décision précitée, §§113-119).

[97] *M.N. et a. c. Belgique*, décision précitée, §107-108 ; les services du greffe lisent cette procédure en termes de liens de rattachement : la solution *Abdul Wahab Khan* s'expliquerait par le fait que la procédure a été initiée par le demandeur en l'absence de lien de rattachement avec le Royaume-Uni, alors que dans l'affaire *Markovic* un tel lien existait précisément en raison de l'engagement d'une procédure « *a priori* recevable » (*Guide sur l'article 1*, *op. cit.*, p. 11, §§25-26).

[98] *M.N. et a. c. Belgique*, décision précitée, §109.

[99] *Hanan*, arrêt précité, §§143-144 ; comp., Cour EDH, déc., 11 décembre 2012, *Chagos Islanders v. United Kingdom*, n° 35622/04, §66.

[100] Ce rapprochement entre la théorie des compétences de l'État en droit international public et la notion de « juridiction » de l'article 1er de la Convention est défendu par certains auteurs, not. S. Touzé, *op. cit.*

[101] *M.N. et a. c. Belgique*, décision précitée, §108-109, 118, 123.

requérante[102]. L'affinité avec la théorie des compétences est évidente[103] ; la Cour utilise d'ailleurs régulièrement la notion de « compétence juridictionnelle » pour qualifier la « juridiction » de l'État au sens de l'art. 1[104], sans qu'il n'y ait de lien avec une procédure interne. Cependant, les notions de compétence et de juridiction ne sont pas équivalentes[105]. La différence tient au rôle attribué à chacune de ces notions : la première ferait référence au cadre légal des pouvoirs de l'État alors que la seconde aurait pour fonction de constater si l'État est en situation d'agir, que ce pouvoir soit légal ou non, et par conséquent de répondre des violations de la Convention. Cette constatation est une pure question de fait. La Cour n'a en effet pas pour objet de déterminer si l'État était compétent, mais seulement s'il était en mesure d'avoir un comportement différent qui aurait préservé les droits de la partie requérante. Là est la « juridiction », au sens de l'article 1er, et cette nuance permet à la Cour de prendre en compte la capacité d'agir effectivement de l'État, au regard des droits garantis, plus que ses titres de compétence. La notion de « lien de rattachement », en ce qu'elle est précisément fondée sur des « éléments factuels et objectifs »[106], équivaut ainsi à celle de « lien juridictionnel »[107] lorsqu'elle permet de constater la « juridiction » de l'État.

En somme, ce qui compte est « la nature du lien entre les requérants et l'État défendeur »[108]. Dans l'affaire *M.N. c. Belgique*, le rattachement a ainsi été jugé trop lâche car les effets de la décision belge sur les requérants n'étaient pas suffisants à eux seuls, « ravivant » ainsi le précédent *Banković*[109]. Plus précisément, les principes affirmés dans ce dernier, fondés sur une approche territoriale de la notion de juridiction, sont peu à peu remplacés par l'examen de la relation entre les requérants et l'État défendeur[110], dépendant des « circonstances propres » à chaque affaire. En se concentrant sur la nature et l'intensité de cette relation, dans le cadre d'un droit « matériel » ou d'une obligation procédurale, la Cour semble paradoxalement donner tout son sens à la notion de « lien juridictionnel » apparue dans la même décision *Banković*..

---

[102] *Ibid*., §118.
[103] Rappr. S. Touzé, *op. cit.*, p. 195, selon qui dans *M.N. c. Belgique*, la juridiction est conditionnée à « une compétence fondée sur le lien de rattachement entre l'État et l'individu seul à même, selon la Cour, de matérialiser le pouvoir de l'État d'agir sur la situation et les droits de la personne » ; la Cour avait déjà utilisé la notion de « lien de rattachement », en lien avec la compétence de l'État, dans l'affaire *Naït-Liman* (Cour EDH, GC, 15 mars 2018, *Naït-Liman c. Suisse*, n° 51357/07, §§126, 173-220.
[104] Par. ex., *Mirzoyan c. Arménie*, arrêt précité, §55.
[105] V. not. É. Lagrange, *op. cit*., pp. 523, 527-530 ; Th. Fleury Graff, *op. cit.*, pp. 224-229.
[106] A. Miron et B. Taxil, « Les extraterritorialités, entre unilatéralisme et multilatéralisme. L'*imperium* sans le *dominium* ? », *in* SFDI, *Extraterritorialités et droit international*, Colloque d'Angers, Paris, Pedone, 2020, p. 29.
[107] Au paragraphe 109 de la décision précitée *M.N. et a. c. Belgique*, le « lien de rattachement » est un « *jurisdictional link* » dans la version anglaise, montrant ainsi que la Cour ne distingue pas vraiment ces deux notions.
[108] *M.N. et a. c. Belgique*, décision précitée, §113.
[109] P. Ducoulombier, *op. cit.*, p. 87.
[110] V. S. Touzé, *op. cit.*, spéc. 192-193, 195.

Une voie de recours dédiée aux conditions indignes de détention: vraie avancée ou impasse contentieuse ?

Julien Mouchette[*]

Le 2 octobre 2020, le Conseil constitutionnel a formulé un constat : « aucun recours devant le juge judiciaire ne permet au justiciable d'obtenir qu'il soit mis fin aux atteintes à sa dignité résultant des conditions de sa détention provisoire »[1]. Ce silence de la loi est contraire au principe constitutionnel de « sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation »[2]. Ainsi, en n'ayant pas prévu une telle voie de recours au bénéfice des détenus, le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence. Partant, le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution le second alinéa de l'article 144-1 du code de procédure pénale (CPP), qui détermine les conditions de la mise en liberté de l'individu dans le cadre d'une détention provisoire. En différant l'abrogation de cet alinéa au 1er mars 2021, le Conseil laissa au législateur le temps nécessaire pour se saisir de la question. Ce qui fut chose faite, à l'initiative du président de la commission des lois du Sénat, par le dépôt d'une proposition de loi, début février 2021, visant à créer un recours juridictionnel dédiée aux conditions de détention indignes. Suite à l'engagement de la procédure accélérée par le gouvernement le 18 février, la proposition fut adoptée définitivement le 30 mars et la loi promulguée le 8 avril 2021[3]. Or, ce qui devrait constituer une avancée majeure dans la protection des droits des personnes détenues soulève au contraire de vives inquiétudes chez les associations de défense des droits des personnes en prison et a suscité des prises de position sévères de la part de Dominique Simonnot, l'actuelle Contrôleuse générale des lieux de privation de liberté (CGLPL)[4], et de la part de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH)[5].

Le constat du Conseil constitutionnel n'est pas inédit. L'année 2020 a été marquée par plusieurs décisions juridictionnelles qui ont ciblé l'absence de mesures en France permettant de garantir, en toutes circonstances, dans les établissements pénitentiaires des conditions de vie dignes. La plus retentissante – et aussi la première – est la décision *J.M.B*.

---

[*] Maître de conférences en droit public CRDT - Université de Reims Champagne-Ardenne, Membre de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH).

[1] Cons. const., décision n° 2020-858/859 QPC du 2 octobre 2020, *M. Geoffrey F. et autre* [Conditions d'incarcération des détenus], considérant 16.

[2] *Ibid.*, considérant 12.

[3] Loi n° 2021-403 du 8 avril 2021 tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention, *JORF* n° 0084, 9 avril 2021, texte n° 3.

[4] Lettre du CGLPL au Président et aux membres de la Commissions des lois du Sénat, réf. N° 173516/MS, 2 mars 2021.

[5] CNCDH, Déclaration relative à la proposition de loi tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention, D-2021-2, 25 mars 2021.

de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) du 30 janvier 2020[6]. Saisie par 32 personnes détenues dans six établissements pénitentiaires, la Cour a jugé que la majorité d'entre elles avait subi des conditions de détention indignes en violation de l'article 3 de la Convention ; et qu'aucune d'elles n'avait pu obtenir, au moyen des voies de recours existantes en droit interne, la cessation immédiate de ces mauvais traitements. Quelques mois après cette condamnation, dans un arrêt déterminant, la chambre criminelle de la Cour de cassation a saisi le Conseil constitutionnel des deux questions prioritaires de constitutionnalité qui ont abouti à la décision évoquée plus haut ; et, surtout, dans le même temps, a créé en urgence, et en dehors du cadre légal applicable, un mécanisme d'examen des conditions de détention des personnes incarcérées dans l'attente de leurs procès. La Cour de cassation tira donc les conséquences de cette condamnation pour absence de voie de recours effective ; alors même que, dans sa jurisprudence antérieure, elle s'était montrée peu concernée par l'indignité des conditions d'incarcération des détenus[7].

L'arrêt *J.M.B.* est d'autant plus important qu'il marque un tournant dans l'appréhension de la situation française par la Cour. En effet, celle-ci, sur le modèle des arrêts pilotes, appelle explicitement à résoudre le problème structurel à l'origine des nombreuses saisines de détenus sur le terrain de l'article 3 de la Convention, à savoir : la surpopulation carcérale. Il en ressort que la création d'une nouvelle voie de recours individuelle, si elle apparaît nécessaire, ne sera pas suffisante à endiguer un phénomène général et endémique. Dans les rapports nationaux et internationaux traitant des conditions de détention en France, la surpopulation chronique est présentée comme étant la principale cause de la dégradation de ces conditions. Et, sur ce sujet, le tableau des prisons françaises est noir : vétusté, insalubrité, absence d'intimité générant violences et tensions, carences d'activités, inondations et absence de lumière suffisante pour lire ou écrire ; etc. Cet arrêt de la Cour EDH, pour ce qu'il est – un appel à la réforme structurelle -, a conjuré un temps le pessimisme de celles et ceux qui luttent pour l'amélioration des conditions de détention et qui, depuis de longues années, se heurtent à ce que Robert Badinter a appelé la « loi d'airain »[8] ; et qui repose sur le constat qu'il n'est pas permis d'espérer, dans un pays, accorder aux détenus un traitement plus favorable que le niveau de vie du plus pauvre des travailleurs. Face à cela, cette condamnation, obtenue au prix d'une véritable « guérilla contentieuse »[9] menée par des associations reconnues telles que la section française de l'observatoire international des prisons (OIP), a été décisive dans le parcours juridictionnel et, aujourd'hui, législatif de la question des conditions de détention.

---

[6] Cour EDH, 30 janvier 2020, *J.M.B. c. France*, req. n° 9671/15 et 31 autres.

[7] N. Ferran, « Combattre la surpopulation carcérale. Les coulisses d'une guérilla contentieuse », *Dedans-Dehors* (Revue de l'OIP), n° 109, décembre 2020, p. 39 et s.

[8] R. Badinter, *la Prison républicaine* (1992), Paris, Fayard, 1992, 430 p. « L'exécutif est contraint par le budget, les parlementaires par l'opinion publique. N'espérez rien d'eux », a confié Robert Badinter aux avocats présents. Faut-il pour autant désespérer ? Non, il faut se tourner vers le juge, s'appuyer sur la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme pour dénoncer les conditions de détention et obtenir la condamnation de l'État (O. Dufour, « Prison : la grande désillusion ? », Gazette du Palais, Actualités professionnelles, 27 juin 2018, dernière consultation le 20 mars 2021).

[9] N. Ferran, art. cit., p. 39.

En dépit de ce parcours et de l'objectif poursuivi, la nouvelle voie de recours, telle qu'elle est proposée, est loin de faire l'unanimité. À l'origine, le constat partagé par les institutions et les associations œuvrant pour la défense des personnes incarcérées est qu'à ce jour aucune des voies de recours existantes ne permet de mettre fin à des conditions dès lors que la principale cause est d'ordre structurel **(Partie I)**. Ce nouveau recours ne peut pas représenter une réponse adaptée si justement il fait l'impasse sur le contexte national de surpopulation carcérale et que, au contraire, il ajoute des dispositions risquant de porter atteinte aux droits fondamentaux des personnes incarcérées, parmi lesquels le droit au respect de leur vie privée et familiale **(Partie II)**.

Partie I - Un constat: l'inefficacité préventive des voies de recours ordinaires

La nécessité d'une nouvelle voie de recours s'explique pour deux raisons principales : l'inefficacité des référés administratifs **(A)** et l'aspect essentiellement complémentaire du recours indemnitaire qui, s'il permet de réparer une atteinte à la dignité, ne suffit pas à faire cesser des atteintes dès lors que celles-ci perdurent **(B)**.

A. Des procédures d'urgence à l'efficacité limitée

Jusqu'à l'adoption de la proposition de loi créant un nouveau recours[10], les référés administratifs représentaient, une décennie après leur création par la loi du 30 juin 2000[11], le moyen contentieux le plus adapté pour lutter contre les conditions de détention jugées indignes. Le juge des référés est intervenu pour la première fois en 2012 suite à la dénonciation publique par le Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL)[12], photos à l'appui[13], de « l'effroyable prison »[14] des Baumettes à Marseille. S'appuyant sur les recommandations du CGLPL, plusieurs organisations et associations, dont l'OIP, avaient demandé au juge des référés du tribunal administratif de Marseille d'enjoindre l'administration à adopter toutes les mesures de nature à faire cesser l'atteinte, sur le fondement d'une requête en référé-liberté[15]. Constatant son bien-fondé, ce dernier ordonna des mesures visant à l'amélioration des cellules, l'enlèvement périodique des détritus et, notamment, la distribution organisée de repas chauds ; et, en appel, le Conseil d'État ajouta la dératisation et la désinsectisation des locaux[16]. Ces ordonnances ont été présentées, à l'époque, comme une avancée notable puisque, pour la première fois, des obligations étaient imposées à l'administration pénitentiaire pour remédier à l'indignité des

[10] Proposition de loi tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention, procédure accélérée engagée le 18 février 2021, adoptée le 30 mars 2021.
[11] Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives.
[12] CGLPL, Recommandations en urgence relatives au centre pénitentiaire des Baumettes à Marseille, *JORF* n° 0284 du 6 décembre 2012, Texte n° 123.
[13] Voir les photos du centre pénitentiaire des Baumettes publiées à la suite des recommandations.
[14] F. Johannès, « Les Baumettes, l'effroyable prison », *Le Monde*, 6 décembre 2012.
[15] CJA, art. L. 521-2.
[16] CE, ord. réf., 22 décembre 2012, *Section française de l'observatoire international des prisons et a*., nos 364584, 364620, 364621, 364647, JCP G, n° 4, 21 janvier 2013, p. 139 et s.

conditions d'incarcération[17]. Indéniablement, ces ordonnances ont élargi l'horizon de la défense des droits des personnes détenues et auguraient un abondant contentieux de l'urgence dans ce domaine.

Toutefois, l'enthousiasme est resté mitigé[18]. Notamment, en raison de l'interprétation restrictive que le Conseil d'État a adoptée de l'office du juge des référés, dans une ordonnance du 28 juillet 2017 à propos de la maison d'arrêt de Fresnes. Selon cette jurisprudence, le juge des référés ne peut prescrire que des mesures susceptibles d'agir très rapidement sur la situation et non des « mesures d'ordre structurel reposant sur des choix de politique publique insusceptibles d'être mises en œuvre »[19]. Ce qui, en l'espèce, excluait « la réalisation de travaux lourds au sein de la maison d'arrêt de Fresnes », l'allocation « aux services judiciaires et pénitentiaires des moyens financiers, humains et matériels supplémentaires », et notamment « que soient prises des mesures de réorganisation des services ainsi qu'une circulaire de politique pénale »[20]. Cette distinction repose, en partie, sur une réticence du Conseil d'État à imposer à l'administration des mesures d'une ampleur telle qu'elle ne serait pas à même de les assumer[21]. Il en résulte donc que le juge adapte son office aux moyens de l'administration, ce qui lui a été reproché par la Cour EDH dans son arrêt *J.M.B.*[22]. De plus, cette distinction génère des différends d'appréciation sur ce qui relève ou pas d'une mesure d'ordre structurelle. Récemment, le juge des référés a pu considérer que la demande visant à remédier à l'absence d'eau chaude dans les douches du centre pénitentiaire de Faa'a Nuutania en Polynésie française « porte sur une mesure structurelle et n'est ainsi pas au nombre des mesures d'urgence que la situation permet de prendre utilement dans le cadre des pouvoirs [du] juge des référés »[23] ; alors que, dans la même ordonnance, il estime que « la présence d'eaux souillées dans la cour de promenade », lesquelles résultent d'un « problème structurel d'inclinaison des canalisations d'évacuation des eaux usées », constitue des traitements inhumains et dégradants qui justifie d'enjoindre l'administration « d'augmenter la fréquence de curage des canalisations »[24]. Ces nuances ne sont pas toujours aisées à saisir ; et participent à affaiblir la portée du référé-liberté en ce qu'il ne garantit pas à une personne détenue d'obtenir de l'administration tous les travaux nécessaires à l'amélioration de ses conditions matérielles de détention.

---

[17] « lorsque la carence de l'autorité publique crée un danger caractérisé et imminent pour la vie des personnes ou les expose à être soumises, de manière caractérisée, à un traitement inhumain ou dégradant, portant ainsi une atteinte grave et manifestement illégale à ces libertés fondamentales, et que la situation permet de prendre utilement des mesures de sauvegarde dans un délai de quarante-huit heures, le juge des référés peut, au titre de la procédure particulière prévue par l'article L. 521-2 précité, prescrire toutes les mesures de nature à faire cesser la situation résultant de cette carence » (CE, ord. réf., 22 décembre 2012).
[18] AFP, « Baumettes : la justice ordonne une première amélioration des cellules », *Le Monde*, 14 décembre 2012.
[19] CE, 28 juillet 2017, *Section française de l'OIP*, req. nº 41067, §11.
[20] *Ibid*., §9.
[21] N. Ferran, *art. cit.*, p. 41.
[22] Cour EDH, *J.M.B. et autres c. France*, *préc*., §218.
[23] CE, Ord., 2 mars 2021, req. nº 449514, *M. B... A...* §16.
[24] *Ibid.*, §11.

À côté du référé-liberté, la procédure du référé-mesures utiles est nettement moins utilisé. Prévu par l'article L. 521-3 du CJA, ce recours, conditionnée par l'urgence, permet de demander au juge d'ordonner toutes mesures utiles, sans faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative. Le relatif désintérêt pour cet outil s'explique en raison notamment de son caractère subsidiaire. Dans une décision du 5 février 2016, le Conseil d'État a rappelé le principe selon lequel le juge, « saisi sur [le fondement de l'article L.521-3 CJA], ne peut prescrire les mesures qui lui sont demandées lorsque leurs effets pourraient être obtenus par les procédures de référé régies par les articles L. 521-1 et L 521-2 »[25]. De plus, à l'instar de la jurisprudence relative au référé-liberté, le Conseil d'État a restreint le champ d'application du référé-mesures utiles en considérant que le juge des référés ne pouvait ordonner « de prendre des mesures réglementaires, y compris d'organisation des services placés sous son autorité »[26].

La Cour EDH a jugé que les deux référés administratifs étaient ineffectifs en pratique pour faire cesser rapidement l'exposition des requérants à un traitement inhumain ou dégradant. En particulier, la Cour considère, d'une part, que le pouvoir d'injonction conféré au juge des référés par la jurisprudence « a une portée limitée, notamment parce qu'il ne lui permet pas d'exiger la réalisation de travaux d'une ampleur suffisante pour mettre fin aux conséquences de la surpopulation carcérale »[27]. Elle observe en outre que le juge fait « dépendre son office du niveau des moyens de l'administration, ainsi que des actes qu'elle a déjà engagés et elle estime que la mise en œuvre des injonctions connaît des délais qui ne sont pas conformes avec l'exigence d'un redressement diligent »[28]. Dans sa décision du 2 octobre 2020, le Conseil constitutionnel dresse le même constat : « les mesures que [le juge des référés] est susceptible de prononcer [sur le fondement des articles L. 521-2 ou L. 521-3 CJA], qui peuvent dépendre de la possibilité pour l'administration de les mettre en œuvre utilement et à très bref délai, ne garantissent pas, en toutes circonstances, qu'il soit mis fin à la détention indigne »[29]. Ainsi, si le référé-liberté constitue, à n'en pas douter, un progrès en faveur du respect de l'article 3 de la Convention, il ne permet pas d'enjoindre à l'administration de réaliser des travaux susceptibles de mettre fin à des conditions de détention indignes ; ce qui renforce l'impression d'impuissance du juge face à cette situation structurelle.

B. Des recours indemnitaires insuffisants

Chronologiquement, le développement du contentieux de la responsabilité de l'État en raison des conditions de détention est intervenu avant celui des procédures d'urgence[30], même si l'usage de cette voie de recours n'en demeure pas moins récent. Ce n'est qu'à

[25] CE, Sect., 5 février 2016, req. n°393540, *M. A... B...*, §3.
[26] CE, 27 mars 2015, req. n° 385332, *Section française de l'OIP*, §2.
[27] Cour EDH, 30 janvier 2020, *J.M.B. et autres c. France*, req. n° 9671/15 et 31 autres, §217.
[28] *Ibid*.
[29] Cons. const., décision n° 2020-858/859 QPC, *préc*., §15.
[30] Sur ce sujet, voir : J. Schmitz, « Responsabilité de l'État en raison de conditions de détention », *AJDA*, 2017, p. 637 ; Y. Faure et C. Malverti, « Conditions indignes de détention : le prix du temps », *AJDA*, 2019, p. 279.

l'occasion de l'examen d'un référé provision en 2013[31] que le Conseil d'État a pu se prononcer pour la première fois sur l'existence d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'État du fait des conditions indignes de détention[32]. Depuis, l'OIP relève plus d'une trentaine de condamnations sur les cent quatre-vingt-cinq établissements pénitentiaires que compte le parc carcéral[33]. Sous certaines conditions, une personne détenue peut obtenir, en saisissant le juge du fond ou également celui de référé provision, la réparation pécuniaire d'un préjudice qu'elle a subi du fait d'un comportement fautif de l'administration pénitentiaire. Le Conseil d'État a défini un cadre d'indemnisation, jugé conforme aux exigences de la Cour européenne[34], qui consiste à apprécier l'atteinte en tenant compte de la vulnérabilité de la personne détenue ainsi que de la nature et de la durée des manquements constatés. On s'interrogera toutefois sur la possibilité de justifier, au nom du « bon ordre des établissements pénitentiaires », des conditions de détention portant atteinte à la dignité humaine, un droit intangible au sens de l'article 3 de la Cour EDH[35]. À l'occasion d'une affaire portant sur les « dysfonctionnements matériels dans l'aération et le chauffage des cellules ou de certaines douches » de la maison d'arrêt des Hauts-de-Seine[36], il précisera qu'une atteinte au principe de dignité humaine, si elle est caractérisée, engendre, « par elle-même, un préjudice moral sans que la victime ait à en établir l'existence »[37]. Dès lors, s'il revient à la personne détenue de démontrer que ses conditions de détention méconnaissent le principe de dignité humaine, il ne lui appartient pas de prouver l'existence d'un « préjudice moral », ni d'ailleurs son intensité, et ce quelle que soit la durée de détention[38].

Une fois fixé le cadre de caractérisation de l'atteinte, la jurisprudence s'est déplacée sur le terrain de la quantification du préjudice et, plus spécifiquement, du montant de l'indemnisation. Dans ce domaine, la faiblesse et la disparité territoriale des montants alloués par les juridictions du fond a suscité les critiques de l'OIP laquelle relevait que les « indemnités étaient comprises dans une "fourchette", très basse, allant de 50 à 200 € par mois »[39]. Récemment, à l'occasion de l'affaire *Barbotin*, la Cour européenne a pu relever « l'extrême modicité »[40] de l'indemnisation allouée par les juges du fond. Selon la jurisprudence *Neshkov*, la Cour européenne inclut le montant de l'indemnisation dans les éléments constitutifs de l'effectivité du recours au sens de l'article 13 de la Convention[41] ;

[31] CJA, R.541-1.
[32] CE, Sect., 6 déc. 2013, n° 363290, *Thévenot*.
[33] Infographie disponible sur le site de l'observatoire international des prisons, 40 prisons condamnées pour conditions de détention indignes [dernière consultation le 20 mars 2021].
[34] Cour EDH, 19 nov. 2020, *Barbotin c. France*, n° 25338/16 §57.
[35] P. Wachsmann, *Les droits de l'homme*, 6e éd. p. 73. Les décisions ultérieures à la décision *Thévenot* du 6 déc. 2013 avaient exclu des justifications susceptibles de limiter l'engagement de la responsabilité de l'État « la protection des victimes et la prévention de la récidive » considérant qu'ils s'agissaient de motifs sans lien avec l'appréciation de conditions de détention.
[36] CE 5 juin 2015, n° 370896, *Langlet*.
[37] *Ibid.*, §2.
[38] CE 13 janv. 2017, n° 389711.
[39] Cour EDH, 19 nov. 2020, *Barbotin c. France*, n° 25338/16 §57.
[40] *Idem.*
[41] Cour EDH, 27 janvier 2015, *Neshkov et autres c. Bulgarie*, nos 36925/10 et 5 autres, §288.

dès lors, « son insuffisance peut conduire à une violation de la règle de droit prévue par cette disposition ». Cependant, la Cour évalue l'adéquation du montant en cohérence avec le système juridique et les traditions du pays visé par le recours et en tenant compte du niveau de vie du pays ; et ce, « même si cela aboutit à l'octroi de sommes inférieures à celles fixées par la Cour dans des affaires similaires »[42]. Ce qui revient, en l'occurrence, à examiner le caractère « adéquat et suffisant »[43] de l'indemnisation du préjudice en référence aux principes et modalités d'indemnisation du « préjudice moral » en droit administratif français. En effet, il ressort de la jurisprudence du juge administratif que le préjudice qui résulte des atteintes aux droits fondamentaux est amalgamé avec les préjudices psychologiques dans la « masse imprécise du préjudice moral »[44]. Si cette communauté de préjudices est en soi contestable[45], elle a pour conséquence, par un effet de transposition pure et simple, à diminuer l'indemnisation des préjudices résultant d'une atteinte à un droit, aussi fondamental soit-il. La faiblesse de l'indemnisation tient notamment aux réticences séculaires à envisager la réparation de la souffrance morale. Pendant de longues années, la réparation pécuniaire d'un « préjudice moral » – entendu ici comme un préjudice psychologique – n'allait pas de soi, suivant le principe selon lequel les larmes ne se monnaient pas. Depuis, il existe des grilles d'indemnisation permettant l'évaluation de la douleur morale, mais celles-ci favorisent le plus souvent « une évaluation aléatoire ou une réparation amoindrie »[46]. Pour surmonter la critique, le Conseil d'État a défini, dans sa décision du 3 décembre 2018, une grille spécifique d'indemnisation forfaitaire, évolutive et revalorisée chaque année, des conditions de détention indignes : ce qui comprend notamment une hausse incrémentale des indemnisations[47]. La Cour européenne tient compte de cette avancée jurisprudentielle lorsque, dans l'arrêt *Barbotin*, elle en conclut que « le recours indemnitaire ouvert devant le juge administratif revêt, dans son principe, un caractère effectif »[48].

Toutefois, l'effectivité du recours indemnitaire, telle que constatée dans l'arrêt *Barbotin*, ne suffit pas à conclure que les victimes de mauvais traitements du fait des conditions de détention qui leur sont imposées disposent d'un système effectif de protection des droits des détenus garantis par l'article 3 de la Convention. En effet, un recours indemnitaire, sans autre voie de recours possible, pourrait être pleinement effectif que s'il permettait de faire cesser rapidement les mauvais traitements dénoncés ; ce qui, au regard de la nature de ce recours, n'est pas le cas. Dans l'arrêt *Lienhardt* du 13 septembre 2011[49], la Cour EDH rappelle que pour apprécier l'effectivité des voies de recours dans ce domaine, il importe de tenir compte de la situation de la personne victime. En l'occurrence, il convient de distinguer, au moment de l'introduction de la requête, entre la situation d'un requérant dont

[42] Cour EDH, *Barbotin c. France*, préc., §35.
[43] *Ibid*., §31.
[44] H. Belrhali, *Responsabilité administrative*, 2e éd., Issy-Lès-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, 2020, p. 307.
[45] *Ibid.*
[46] S. Hourson, « L'indemnisation de la douleur morale », *AJDA*, 2018, p. 2062.
[47] CE, sect., 3 déc. 2018, n° 412010.
[48] Cour EDH, *Barbotin c. France*, préc., § 55.
[49] Cour EDH, 13 sept. 2011, *Lienhardt c. France*, req. n° 12139/10.

la violation aurait cessé à l'issue de sa détention et celle d'un requérant qui serait encore détenu dans des conditions susceptibles de porter atteinte à sa dignité. Dans la seconde hypothèse, un recours effectif ne peut pas avoir pour seule vocation que d'obtenir la reconnaissance et la réparation de la violation alléguée, à la supposer établie[50]. En d'autres termes, si le recours indemnitaire est en principe effectif, en ce qu'il est conforme aux critères dégagés par la Cour pour l'analyse des conditions de détention indignes, il n'est pas suffisant dès lors que le détenu est encore incarcéré au moment de l'introduction de sa requête. Ainsi, la Cour EDH considère que les exigences combinées des articles 3 et 13 impliquent la coexistence de façon complémentaire de remèdes préventifs et compensatoires[51] ; « à défaut d'un tel mécanisme, combinant ces deux recours, la perspective d'une possible indemnisation risquerait de légitimer des souffrances incompatibles avec l'article 3 et d'affaiblir sérieusement l'obligation des États de mettre leurs normes en accord avec les exigences de la Convention »[52].

L'un des sujets connexes ici est celui « des fonctions d'un recours compensatoire dans le contentieux où des droits fondamentaux ont été affectés par l'action publique »[53]. En effet, la condamnation de l'État du fait des conditions de détention indignes peut aussi avoir « une dimension punitive et pédagogique »[54] ; autrement dit, au regard du second terme, une fonction préventive. Dans ce cas, le montant de l'indemnisation ne s'apprécierait plus uniquement en tenant compte de son adéquation au préjudice subi, mais au regard aussi de la ou des finalités poursuivies par le recours en plus de sa fonction principale de réparation. Le caractère « adéquat et suffisant » du montant de l'indemnisation devrait être celui qui incite l'État condamné à faire cesser des situations analogues. C'est une fonction de la responsabilité qui, pour certains auteurs, est tout à fait illusoire « dans la mesure où la réparation ne représentera, le plus souvent, qu'une somme anecdotique pour la personne publique responsable »[55]. En tout état de cause, la modicité des montants alloués à ce jour par les juges internes exclut *de facto* toute hypothèse d'une fonction pédagogique.

Partie II - Une réponse inadaptée: une voie de recours individuelle dissuasive

Les caractéristiques du nouveau recours interrogent à plusieurs égards, qu'il s'agisse des modalités du recours **(A)** ou de la non-prise en compte du contexte national de surpopulation carcérale **(B)**.

[50] *Ibid*.
[51] Cour EDH, *Neshkov et autres*, préc., §180.
[52] Cour EDH, 10 janvier 2012, *Ananyev et autres c. Russie*, req. n°s 42525/07 et 60800/08, §98.
[53] Selon les différentes fonctions de l'action indemnitaire telles qu'identifiées par Hafida Belrhali (H. Belrhali, *op. cit*., p. 56).
[54] H. Belrhali, *op. cit.*, § 58.
[55] S. Hourson, *art. cit.*

A. Des modalités de recours non conforme aux exigences de garantie des droits

Cette nouvelle voie de recours dédiée aux conditions de détention indignes a été inscrite au second alinéa de l'article 144-1 du Code de procédure pénal (CPP), réécrit pour l'occasion, et au nouvel article 803-8 du CPP. Ce recours consiste, indépendamment des procédures d'urgence évoquées plus haut, à permettre à tout détenu qui jugera ses conditions de détention « contraires à la dignité de la personne humaine » de saisir le juge de l'application des peines[56] ou, s'il est en détention provisoire, le juge des libertés et de la détention[57]. « Si les allégations figurant dans la requête sont circonstanciées, personnelles et actuelles, de sorte qu'elles constituent un commencement de preuve que les conditions de détention de la personne ne respectent pas la dignité de la personne »[58], le juge déclare alors la requête recevable ; et pourra, dès lors, faire procéder aux vérifications nécessaires et recueillir les observations de l'administration pénitentiaire dans un délai compris entre trois et dix jours. Ce n'est qu'à l'issue de ce délai, si le juge constate qu'il n'a pas été mis fin aux conditions indignes, que le détenu pourra : être transféré ; bénéficier d'une libération conditionnelle ; ou d'un aménagement de peine[59].

Si l'introduction d'un nouveau recours visant à garantir le droit au respect de la dignité en détention peut être perçue comme une « avancée majeure »[60], le dispositif actuel est insusceptible de garantir un droit au recours effectif contre des conditions de détention indignes. Au contraire, il est permis d'y voir, à l'instar du CGLPL[61] et de la CNCDH[62], une impasse contentieuse. En effet, si l'exposé des motifs[63] se réfère à la condamnation de la France par la Cour EDH, les modalités du nouveau recours ne tiennent pas compte des exigences visant à garantir l'effectivité d'un tel recours[64], à savoir : la célérité de la procédure d'une part ; et l'indépendance vis-à-vis de l'administration pénitentiaire de l'instance en charge de l'examen de la requête d'autre part[65].

En principe, lorsque des mauvais traitements sont constatés, notamment dus aux conditions de détention, une intervention en urgence s'impose afin d'en faire cesser immédiatement les effets. Dans l'hypothèse moyenne du nouveau recours, la durée entre le dépôt d'une requête par un détenu et l'intervention du juge, si l'administration n'a pas réagi pour faire cesser des conditions de détention indignes, peut atteindre soixante jours. Ce qui, selon le

[56] CPP, art. 803-8 (rédaction du texte tel qu'adopté définitivement par l'Assemblée nationale le 30 mars 2021).
[57] CPP, art. 144-1.
[58] CPP, art. 803-8, I.
[59] CPP, art. 803-8, II.
[60] Lettre du CGLPL au Président et aux membres de la Commissions des lois du Sénat, réf. N° 173516/MS, 2 mars 2021.
[61] *Ibid.*
[62] CNCDH, déclaration relative à la proposition de loi tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention, 25 mars 2021.
[63] Texte n° 362 (2020-2021) de M. François-Noël BUFFET et plusieurs de ses collègues, déposé au Sénat le 11 février 2021 - exposé des motifs.
[64] Cour EDH, *J.M.B. c. France*, préc.
[65] *Ibid.*

CGLPL, est une « durée excessive »[66] compte tenu de la situation ; et, selon la rapportrice de la commission des lois de l'Assemblée nationale, une « garantie équilibrée » puisque « ces délais sont suffisamment courts pour garantir une action rapide contre une situation inacceptable tout en demeurant raisonnables pour laisser le temps, notamment à l'administration pénitentiaire, de concevoir et de mettre en œuvre la solution la plus adaptée aux circonstances »[67].

Faut-il vraiment « laisser le temps » à l'administration pénitentiaire ? À rebours de cette analyse, la CNCDH et le CGLPL déplorent chacun le rôle qu'occupe l'administration pénitentiaire dans ce dispositif. En effet, contrairement aux référés administratifs, le juge ne pourra enjoindre à l'administration de prendre des mesures déterminées. Il devra se contenter de « faire connaître à l'administration pénitentiaire les conditions de détention qu'il estime contraires à la dignité de la personne humaine » et de fixer un délai au cours duquel l'administration est « seule compétente pour apprécier les moyens devant être mis en œuvre » pour faire cesser l'atteinte[68]. Dominique Simonnot, l'actuelle CGLPL s'étonne dans sa lettre que le « choix des mesures appropriées pour améliorer les conditions de détention échappe au contrôle du juge ». En effet, dans la mesure où les conditions de détention contestées sont « toujours connues de l'administration celle-ci se trouve en situation d'évaluer leur compatibilité avec la dignité de la personne détenue alors qu'elle s'est délibérément abstenue de les améliorer auparavant »[69].

Enfin, le dispositif repose, en grande partie, sur le transfert de la personne détenue d'un établissement pénitentiaire à l'autre, comme solution idoine à des conditions de détention indignes ; puisque, en effet, les perspectives de libération sont réservées aux prévenus et aux condamnées pour lesquels la peine est aménageable. On peut s'étonner qu'une telle proposition ait été sérieusement retenue. Car, d'une part, dans un contexte endémique de surpopulation carcérale à l'échelle du pays[70], rien ne garantit que l'établissement d'accueil présente des conditions de détention plus dignes que l'établissement de départ ; et, d'autre part, comme le souligne la CGLPL, « le recours au transfert pour le règlement de situations individuelles […] ne manquera pas de conduire au placement d'une autre personne dans les conditions contestées par le détenu transféré »[71]. De plus, le principe et les modalités du transfert des détenus, tel qu'il est prévu par la loi, font peser sur les détenus un risque d'atteinte à leurs droits fondamentaux. En effet, le texte ne dit mot, dans l'hypothèse d'un transfert, « du droit à la santé des personnes engagées dans un parcours de soin », « du droit à la réinsertion pour les personnes qui suivent une formation, travaillent ou préparent un projet d'aménagement de peine », des droits de la défense ou de leurs activités rémunérées. La seule exception opposable par le détenu au transfert vise à garantir le droit au respect de

[66] Lettre du CGLPL, préc.
[67] Rapport n° 3973 de Mme Caroline ABADIE, fait au nom de la commission des lois, déposé le 10 mars 2021, p. 18.
[68] CPP, art. 803-8, I.
[69] Lettre du CGLPL, préc.
[70] CGLPL, *Les droits fondamentaux à l'épreuve de la surpopulation carcérale*, Paris, Dalloz, 2018, 52 p.
[71] Lettre du CGLPL, préc.

la vie privée et familiale. Le texte prévoit qu'un condamné peut refuser le transfert vers un autre établissement pénitentiaire « eu égard au lieu de résidence de sa famille »[72] ; sans prévoir, toutefois, cette possibilité pour un prévenu, lesquels pourront donc « être dissuadé de signaler des conditions de détention indignes, de peur d'être éloignés de leur famille »[73]. En réalité, la procédure de transfert présente de nombreuses lacunes, tant structurelles qu'au regard des situations individuelles, qui en font, *in fine*, une mauvaise réponse apportée à l'absence de voie de recours préventive en France. L'actuelle CGLPL va plus loin dans sa critique en s'interrogeant sur les finalités visées par cette nouvelle voie de recours en ce qu'elle apparaît « plus comme une mesure susceptible de dissuader d'éventuels requérants que comme une volonté de leur offrir une solution »[74].

À l'opposé de cette solution privilégiant le transfert, la CNCDH recommande sans détour de privilégier les solutions qui consistent à vider les maisons d'arrêt surpeuplées : ainsi « s'agissant d'un prévenu, c'est plutôt la remise en liberté immédiate, le cas échéant sous contrôle judiciaire ou sous assignation à résidence avec surveillance électronique, qui devrait être privilégiée, sous réserve d'une opposition du magistrat en charge de son dossier. Pour les condamnés, le prononcé d'un aménagement de peine devrait être prioritairement envisagé s'ils y sont éligibles »[75].

B. L'évitement de la question de la surpopulation carcérale

Des deux rapports parlementaires relatifs à la proposition de loi créant un nouveau recours, seul un consacre des développements conséquents à la question de la surpopulation carcérale ; en faisant figurer explicitement dans le titre de sa première partie et d'une sous-partie l'idée que « des conditions de détention dégradées [le sont surtout] par une surpopulation carcérale chronique »[76]. Le lien entre les deux phénomènes n'est pas difficile à faire puisqu'il est largement documenté depuis des années dans les travaux, entre autres, du CGLPL[77], du CPT[78], du Défenseur des droits[79], de la CNCDH[80] ou encore d'associations reconnues telles que l'OIP. D'ailleurs, le rapport parlementaire qui le mentionne calque son constat sur celui formulé par la CGLPL dans son rapport thématique, publié en 2018, sur les droits fondamentaux à l'épreuve de la surpopulation carcérale : celle-ci augmente la promiscuité ; accélère la dégradation des locaux ; entraîne d'importantes carences en termes d'hygiène et de salubrité ; aggrave les violences et participe au développement d'un

[72] CPP, art. 803-8, II 3°.
[73] Lettre du CGLPL, préc.
[74] *Ibid.*
[75] CNCDH, *Déclaration*, préc.
[76] Rapport n° 3973 de Mme Caroline ABADIE, fait au nom de la commission des lois, déposé le 10 mars 2021, p. 7.
[77] CGLPL, *Les droits fondamentaux*, *op. cit.*
[78] Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée en France par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 15 au 27 novembre 2015, p. 23.
[79] Défenseur des droits, Avis au Parlement 12-02 du 16 octobre 2012 relatif aux moyens de lutte contre la surpopulation carcérale : les moyens de lutte contre la surpopulation carcérale.
[80] CNCDH, Avis sur la question pénitentiaire dans les Outre-mer, 18 mai 2017.

climat de tension permanente ; etc. La surpopulation « non seulement dénature le sens de la peine privative de liberté, mais porte atteinte à la dignité et à l'ensemble des droits fondamentaux des personnes détenues »[81].

S'il est difficile de ne pas faire le lien entre ces deux phénomènes récurrents, c'est que la Cour EDH y consacre de longs développements dans son arrêt *J.M.B* du 30 janvier 2020 condamnant la France pour l'indignité des conditions de détention imposées à 27 personnes. La Cour relève que la « sur-occupation des établissements concernés […] est un facteur d'aggravation de conditions de détention matérielles indignes » ; et qu'il y a « un lien direct »[82] entre la surpopulation carcérale et la violation de la Convention. Constatant « l'existence d'un problème structurel », la Cour appelle en conséquence l'État français à adopter des « mesures générales » afin d'assurer la « résorption définitive de la surpopulation carcérale » et d'améliorer les conditions matérielles de détention conformément à l'article 3 de la Convention. Elle ajoute également, en lien avec le second fondement de la condamnation – l'article 13 –, qu'il devrait être établi « un recours préventif » ouvert aux personnes dont les conditions de détention sont contraires à la dignité[83]. Il ressort des conclusions de cet arrêt que la seule création d'une voie de recours contre des conditions indignes ne saurait satisfaire les exigences fixées par la Cour EDH, puisque celle-ci identifie précisément la surpopulation comme étant à l'origine des nombreuses affaires individuelles. Si elle n'inscrit pas la France dans la liste des pays visés par un arrêt « pilote » à ce sujet, c'est tout comme. En effet, elle assure depuis un suivi des changements structurels que doit opérer l'État français. Par exemple, l'arrêt *Barbotin* relatif à l'effectivité des recours indemnitaires se termine par un rappel des réformes nécessaires à engager. La Cour indique qu'elle « ne perd pas de vue » que le sujet de l'effectivité des voies de recours contre les conditions de détention indignes « s'inscrit dans un ensemble de réformes que l'État [français] doit mettre en place pour faire face au problème de la surpopulation carcérale et pour résoudre les nombreuses affaires individuelles nées de ce problème »[84].

Mais de ces appels, le législateur n'en tire, à ce jour, aucune conclusion importante. L'auteur de la proposition de loi, François-Noël Buffet, l'admet sans embarras : « ce texte n'a pas vocation à régler, en général, le problème de la surpopulation carcérale. Il a vocation à répondre à une injonction du Conseil constitutionnel et créer une voie de droit »[85]. En effet, en décidant que l'abrogation du second alinéa de l'article 144-1 du CPP prenait effet le 1er mars 2021, le Conseil constitutionnel imposait au législateur l'adoption d'un mécanisme de recours efficace dans un délai contraint. Ce qui a donné lieu à quelques hésitations. La proposition de loi, déposée le 11 février 2020, ne fait que reprendre le

[81] CGLPL, *op. cit.*, p. 7.
[82] Cour EDH, *J.M.B. et autres*, préc., §315.
[83] *Ibid*., §316.
[84] Cour EDH, *Barbotin c. France*, préc., §58.
[85] Interrogé par P. Januelle dans « Un recours juridictionnel en cas de conditions de détention indignes », *Dalloz actualité*, 8 mars 2021.

dispositif que le Gouvernement tenta de faire adopter, avant d'y renoncer, dans le cadre de l'examen du projet de loi sur le Parquet européen et la justice pénale spécialisée en décembre 2020[86]. Peu développée, cette proposition n'avait semble-t-il d'autre objectif que de sauver les apparences. Ainsi, peut-on lire, dans un des rapports parlementaires, qu'il aurait été « regrettable de donner l'impression que la France n'apporte pas une réponse rapide à une question qui touche aux droits fondamentaux des personnes »[87]. Qu'importe si la consécration de cette voie de recours individuelle, en plus des défauts évoqués plus haut, ait l'effet d'un pansement sur une jambe de bois, elle sera améliorée, à n'en pas douter, lors de l'examen mi-avril 2021 d'un projet de loi en préparation sur la Justice[88]. Toutefois, les premières annonces faites par le Garde des Sceaux sur ce sujet n'incitent guère à l'optimisme quant à la question de la surpopulation carcérale. En effet, parmi les mesures évoquées, on trouve la suppression des crédits de réduction de peine et la poursuite du programme de construction immobilière visant à augmenter la capacité pénitentiaire[89]. Des mesures fortement critiquées par l'OIP qui considère qu'elles sont « en total décalage avec la situation critique des prisons, et qui pourraient même au contraire l'aggraver »[90] ; et qui, du reste, vont à l'encontre des préconisations formulées par le Cour EDH. Force est d'admettre que l'actuel ministre de la Justice, par ces annonces, ne rompt pas avec une politique pénale répressive qui s'appuie sur l'expansion de la capacité opérationnelle du parc pénitentiaire[91]. Or, « ce choix politique, motivé par la quête de l'encellulement individuel prévu par la loi depuis 1875, méconnaît la tendance sociologique selon laquelle l'accroissement du nombre de places crée un appel d'air propice à l'augmentation de l'effectif carcéral »[92]. Dans ce sens, le CGLPL, dans son rapport de 2018, montre qu'en trente ans, le nombre de places a doublé, passant de 30.000 à 60.000 places, et constate que « la surpopulation n'a jamais été aussi importante ! »[93].

Les solutions sont connues. Par exemple, la CNCDH et le CGLPL recommandent depuis des années de mettre fin à l'utilisation excessive des peines d'emprisonnement et dénoncent la construction de nouveaux établissements pénitentiaires. Dans sa lettre, Dominique Simonnot, l'actuelle CGLPL, rappelle justement que le nombre de détenus a connu une chute historique après le premier confinement sous le double effet du quasi-arrêt des juridictions pendant le confinement et des mesures de libération exceptionnelle en fin de peine. Cette chute montre que la surpopulation n'est pas un phénomène naturel, mais bien la conséquence de choix politiques[94]. À cet égard, elle regrette que « l'expérience tirée de

[86] Rapport n° 418 (2020-2021) de M. Christophe-André FRASSA, fait au nom de la commission des lois, déposé le 3 mars 2021, p. 9.
[87] *Ibid.*
[88] J.-B. Jacquin « Les grandes lignes de la réforme de la justice voulue par Eric Dupond-Moretti », *Le Monde,* 4 mars 2021.
[89] *Ibid.*
[90] OIP-SF, « Prisons : des annonces en décalage total avec l'urgence », communiqué de presse, 3 mars 2021.
[91] CNCDH, « Réflexions sur le sens de la peine », 24 janvier 2002.
[92] G. Salle, *La part d'ombre de l'État de droit. La question carcérale en France et en République fédérale d'Allemagne depuis 1968*, EHESS, coll. « En temps et lieux », 2009, p. 236.
[93] CGLPL, *Les droits fondamentaux à l'épreuve de la surpopulation carcérale*, Dalloz, février 2018, p. 32.
[94] Lettre du CGLPL, préc.

l'ordonnance du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 », prise pour limiter le risque épidémique en détention, n'ait pas été généralisé. Or, depuis, l'inflation carcérale a repris[95] ; la densité au plan national frôle à nouveau les 120 % en maisons d'arrêt.

Pour conclure, raisonnons par analogie : si le référé-liberté n'est pas un recours effectif au sens de la jurisprudence de la Cour EDH car insusceptible de remédier aux effets structurels liés à la surpopulation, la nouvelle voie de recours ne le sera guère plus puisque le dispositif n'intègre pas cette donnée dans l'équation. En outre, à l'échelle de la personne détenue, elle est susceptible de représenter une impasse contentieuse si l'on tient compte de ses possibles effets négatifs sur les droits des détenus : une solution qui s'avérera dans la pratique plutôt dissuasive. En définitive, cet épisode législatif montre que le traitement de la question des conditions de détentions ne pourra faire l'économie d'un traitement global de la question carcérale, et notamment de ce que Didier Fassin appelle le « moment punitif », c'est-à-dire ce moment à partir des années 80 où l'on se met à enfermer plus alors que la criminalité recule[96]. Cette démarche suppose cependant une prise de conscience de la majorité politique que l'impasse contentieuse n'est que le reflet de l'impasse du système carcéral[97].

[95] J.-B. Jacquin, « Surpopulation en prison : l'impossible équation d'Éric Dupond-Moretti », *Le Monde,* 15 février 2021.
[96] D. Fassin, *Punir, une passion contemporaine,* Paris, Ed. du Seuil, 2017.
[97] Voir, J. Lesage de La Haye, *L'abolition de la prison*, Paris, Libertalia, 2019, 185 p.

L'instrumentalisation de la laïcité face aux enjeux du « séparatisme islamiste »: du concept juridique au talisman politique

(Obs. à propos du Projet de loi confortant le respect des principes de la République, n° 3649)

Cécile Montanini*

« ''Chacun se bat pour ce qui lui manque'' aurait répliqué Surcouf à un capitaine anglais se vantant de combattre pour l'honneur et non pour l'argent. L'invocation à tout propos des valeurs de la République ou de la Démocratie est un symptôme de leur affaiblissement, car on n'éprouverait guère le besoin de clamer chaque jour des principes dont la pratique politique serait une expérience quotidienne »[1]. Ce constat fait par Alain Supiot, en introduction d'un ouvrage co-dirigé sur la responsabilité juridique, pourrait aisément être repris à l'aune du dernier projet gouvernemental visant à « conforter le respect des principes de la République ». À la suite du discours remarqué du président de la République le 2 octobre 2020 aux Mureaux, le texte initial prévoyait de lutter contre le « séparatisme », terme qui s'employait surtout pour désigner les velléités indépendantistes de certaines régions, dans certains États fédéraux d'Europe[2] et dans le reste du monde[3], et qui prit alors un sens sensiblement différent. Comme le rappelle le gouvernement dans son étude d'impact[4], la notion, largement diffusée dans les médias et l'opinion publique, de « communautarisme » suscitait un certain nombre de controverses quant à sa charge polémique et à la connotation négative qui, irrésistiblement, suivait sa mention. Défini comme une « doctrine relativiste selon laquelle la communauté existante, déterminée par une certaine unité de culture (ethnie, langue, religion, coutumes…) constitue le milieu d'accomplissement de l'être humain en même temps que la condition de son identité »[5], le communautarisme tend à « faire de la différence une réalité substantielle et déterminante, dont la valeur normative et le caractère structurant prévalent sur le commun et l'universel »[6]. S'il est dépourvu de charge péjorative dans le monde anglophone, il a

---

* Doctorante en droit public, IRCM UR 3399 – Université de Strasbourg, Chargée d'enseignement à Sciences Po Strasbourg. Cet article a été rédigé alors que le projet de loi était encore à l'étude devant le Sénat.

[1] A. Supiot, « Introduction. Face à l'insoutenable : les ressources du droit de la responsabilité », *in* A. Supuit et M. Delmas-Marty (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, PUF, 2015, p. 9.

[2] Les cas les plus fréquemment abordés étaient ceux de la Catalogne en Espagne, de l'Ecosse au Royaume-Uni, de la région flamande en Belgique ou encore du Kosovo. Voir, par exemple, B. Pellistrandi, « La crise en Catalogne, une fracture décisive », *Politique étrangère*, 2018/1, pp. 103-115.

[3] Les revendications kurdes sont, à ce titre, paradigmatiques des demandes d'application du principe onusien du droit à l'autodétermination des peuples, mais il serait aussi possible de citer, de manière non exhaustive, les mouvements « séparatistes » du Québec, du Tibet, de la Tchétchénie, de la Palestine etc. Voir, entre autres, J.-D. Mouton, « La revendication nationale kurde et le principe d'autodétermination », *Civitas Europa*, 2015/1, n°34, pp. 155-167.

[4] *Etude d'impact sur le Projet de loi confortant le respect des principes de la République*, 8 décembre 2020, 403 p. URL: https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15b3649_etude-impact.pdf [Consulté le 20 février 2021].

[5] Ch. Godin, *Dictionnaire de philosophie*, Paris, Fayard, 2004, cité dans *Ibid*., p. 8.

[6] *Ibid*.

rapidement été décrié en France où « la seule communauté juridiquement acceptable, c'est la communauté des citoyens »[7] qui transcende « par le civisme les affiliations historiques, religieuses et culturelles […] des individus et des groupes réunis dans la nation »[8]. Or, le projet porté par l'exécutif n'avait pas pour dessein de trancher le fond du débat sur l'existence voire la reconnaissance des minorités en France[9], mais bien de lutter contre une forme singulière de « communautarisme radical »[10] qui se caractériserait par « une fermeture et une hiérarchisation fortes » et se matérialiserait « par une réelle volonté de sortir du champ de la République »[11]. Il parut donc opportun de substituer au terme de « communautarisme » celui de « séparatisme » pour désigner une forme de rupture, de certains groupes religieux, avec les valeurs et principes qui ont fondé la conception républicaine de la vie en société.

Préparé bien avant le tragique assassinat de l'enseignant Samuel Paty à Conflans Saint-Honorine, le projet gouvernemental, composé de cinquante-sept articles, s'est construit autour de deux axes, l'un visant à « garantir le respect des principes républicains, dans tous les domaines » et l'autre à « consolider le régime de l'exercice des cultes »[12]. Texte fourre-tout où se succèdent des mesures hétéroclites par leur objet, mais relativement homogènes au regard des finalités poursuivies, il cherche, non pas à fournir aux pouvoirs publics de nouvelles armes juridiques face au terrorisme, mais à combattre sur le plan idéologique « l'islamisme » qui chercherait à imposer des normes religieuses dans différentes sphères de la vie politique et sociale. De manière paradoxale, c'est moins la tendance « séparatiste » de certains groupes, qui refuseraient de vivre selon la loi commune, qui est, en définitive, visée que le phénomène d'« entrisme communautariste », c'est-à-dire la pénétration des croyances et idées d'obédience islamiste dans les institutions publiques comme dans les mœurs privées.

De l'interdiction des certificats de virginité à la répression des « discours de haine » en ligne, en passant par la scolarisation obligatoire des enfants dès trois ans et la réforme du statut des associations de 1901 à objet mixte, les dispositions prévues « concernent pratiquement tous les droits et libertés publiques constitutionnellement et

[7] D. Schapper, « La citoyenneté : perspectives historiques et théoriques », *in Citoyenneté et société*, Cahiers français mai-juin 1997, n°281, p. 12.
[8] D. Schapper, *La citoyenneté à l'épreuve. La démocratie et les juifs*, Paris, Gallimard, 2018, p. 7.
[9] Minorités, qui ne sont, à l'exception de certains départements d'Outre-mer, pas reconnues sur le fondement de l'indivisibilité de la République prévue à l'article 1er de la Constitution, ainsi qu'en raison de la primauté de la souveraineté nationale sur toute allégeance particulière, comme l'article 3 du même texte en dispose : « Aucune section du peuple ne peut s'en attribuer l'exercice ».
[10] *Etude d'impact sur le Projet de loi confortant le respect des principes de la République, op. cit.,* p. 9.
[11] *Ibid*.
[12] Voir le *Dossier de presse du Ministère de l'intérieur*, 2020. URL : https://www.interieur.gouv.fr/Le-ministre/Dossiers-de-presse/Projet-de-loi-confortant-le-respect-des-principes-de-la-Republique et l'exposé des motifs du gouvernement dans le projet de loi n°3649 rectifié, pp. 3-19. Disponible ici : https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15b3649_projet-loi.pdf [Consulté le 20 février 2021].

conventionnellement garantis, et les plus éminents d'entre eux »[13], tels que la liberté de conscience et de culte, la liberté de réunion, d'expression, la liberté d'association ou encore la libre administration des collectivités territoriales. Présenté symboliquement le 9 décembre 2020[14], le projet de loi vient même jusqu'à réformer certains articles de la loi de 1905, dernière grande législation libérale de la IIIème République, qui fit de la laïcité la clé de voûte des rapports de l'État français et des religions. La loi dite de séparation de l'Église et de l'État ainsi que la loi du 2 janvier 1907 sur l'exercice des cultes n'avaient pas fait l'objet de transformations substantielles depuis leur promulgation au début du siècle dernier et pouvaient désormais apparaître inadaptées aux enjeux contemporains de radicalisation et de fondamentalisme religieux[15]. Après des débats plutôt maîtrisés, malgré quelques écarts houleux en Commission parlementaire[16], le texte fut finalement voté le 16 février 2021 en première lecture à l'Assemblée nationale par une écrasante majorité – 347 voix pour et 151 contre.

En attendant la version définitive de la loi, qui subira sans aucun doute quelques modifications après son passage au Sénat, un premier bilan peut déjà se dresser ; l'équilibre précaire trouvé en 1905 qui avait vu triompher une conception de la laïcité respectueuse des croyances et des cultes au sein d'un État neutre est aujourd'hui travaillé par des tensions inédites que tente de conjurer une approche renouvelée des relations des institutions publiques avec les religions. Le projet de loi confortant les principes de la République s'inscrit dans une tendance lourde qui cherche à affirmer une exception ou, à plus juste titre, une « singularité française »[17] où la laïcité est moins perçue comme le cadre juridique de la liberté religieuse que comme celui du contrôle accru de l'État sur les pratiques religieuses. Il faut rappeler que le concept de laïcité, bien que constitutionnalisé en 1946 et en 1958 à

[13] CE, *Avis sur un projet de loi confortant le respect, par tous, des principes de la République*, n°401549, 9 décembre 2020, p. 5. URL : https://www.conseil-etat.fr/ressources/avis-aux-pouvoirs-publics/derniers-avis-publies/avis-sur-un-projet-de-loi-confortant-le-respect-par-tous-des-principes-de-la-republique. [Consulté le 20 février 2021].

[14] Date du 115ème anniversaire de la promulgation de la loi de 1905 sur la séparation des Églises et de l'État. Depuis 2015, le 9 décembre fait l'objet d'une « journée de la laïcité » dans l'enseignement primaire et secondaire. Le 17 novembre 2020, une proposition de loi visant à instaurer une journée nationale de la laïcité (n°3565) a même été déposée devant la Commission des affaires culturelles et de l'éducation par le député Vincent Ledoux.

[15] Ces problématiques font l'objet, schématiquement, de deux interprétations par le milieu académique. Pour le politologue Gilles Kepel, les attentats qui ont endeuillé la France en 2015, 2016 et 2020, proviennent de la diffusion du salafisme djihadiste et donc d'une « radicalisation de l'islam », tandis que Olivier Roy défend, à l'inverse, que le terrorisme est nourri par une « islamisation de la radicalité », c'est-à-dire une instrumentalisation du religieux par des individus désocialisés et/ou psychologiquement déséquilibrés. Voir pour le premier, G. Kepel, *Terreur dans l'Hexagone*. *Genèse du djihad français,* Paris, Gallimard, 2017, 400 p. ; et le second, O. Roy, *Le Djihad et la mort*, Paris, Seuil, 176 p.

[16] Notamment sur la question du port du voile à l'université à la suite d'une proposition d'amendement par la députée Annie Genevard (groupe Les Républicains) qui souhaitait interdire « le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse ». Il fut rapidement écarté par la Commission, après que le Ministre de l'Intérieur, Gérald Darmanin, exprima son opposition sur le fondement de l'article 10 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen qui dispose que « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses (…) ».

[17] CE, Considérations générales : *Un siècle de laïcité*, Rapport public du Conseil d'État, 2004 (EDCE n°55), p. 359.

l'article 1er de la norme suprême[18], n'a jamais reçu de « contenu propre, positif et immuable »[19] et c'est au juge qu'est souvent revenue la charge de préciser les modalités de son application[20]. Concept mouvant et sujet aux évolutions, il renvoie, en outre, à une pluralité de libertés et de principes corollaires ; entre autres, principe d'égalité, liberté d'association, de conscience, neutralité de l'État ; qui, reconnus par diverses sources constitutionnelles et conventionnelles[21], structurent tant son appréhension par le juge que sa mise en œuvre par les pouvoirs publics. Ces dernières décennies, avec la médiatisation des pratiques musulmanes[22] et la crainte de plus en plus partagée de voir s'imposer en France un modèle de société « communautariste » à l'anglo-saxonne, une partie de la classe politique a eu tendance à s'éloigner de l'appréhension juridictionnelle de la laïcité qui a toujours concilié liberté religieuse et neutralité de l'État dans une perspective libérale. Elle renoue d'une certaine manière, mais dans une tout autre finalité, avec la conception qu'en avait développé la gauche anticléricale sous la Troisième République et qui voyait dans la loi de 1905 l'opportunité de réduire l'emprise sociale de l'Eglise catholique[23]. Aujourd'hui, le législateur semble faire de la laïcité un « talisman » politique qui fonderait et légitimerait tout texte luttant contre les manifestations religieuses obscurantistes.

Sans passer en revue l'intégralité des mesures envisagées par le gouvernement ni se positionner sur l'opportunité politique de ces dernières, une étude juridique du texte permet d'en saisir la philosophie générale et la nature des évolutions qu'il implique. La lutte contre le « séparatisme islamiste » a manifestement légitimé un durcissement des positions de l'État vis-à-vis de l'ensemble des religions, tant au regard du traitement interne du fait religieux au sein de ses organes **(Partie I)** que des relations qu'il noue avec les cultes **(Partie II)**. Une certaine « perspective gallicane »[24] s'impose, qui tend parfois à oblitérer la promesse républicaine d'émancipation et d'autonomie individuelle et sociale portée par la laïcité.

---

[18] Article 1er de la Constitution de 1958 : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances ».

[19] M. Barbier, *La laïcité,* Paris, L'Harmattan, 1995, p. 69.

[20] Voir la définition qu'en donne le Conseil constitutionnel au Considérant 5 de sa Décision n°2012-297QPC du 21 février 2013, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité* : « qu'il résulte [*du principe de laïcité*] la neutralité de l'État ; qu'il en résulte également que la République ne reconnaît aucun culte ; que le principe de laïcité impose notamment le respect de toutes les croyances, l'égalité de tous les citoyens devant la loi sans distinction de religion et que la République garantisse le libre exercice des cultes ; qu'il implique que celle-ci ne salarie aucun culte […] ».

[21] Et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme aux articles 9 et 10.

[22] Notamment « l'affaire du foulard » à Creil en 1989.

[23] Voir, pour plus de précision, J. Baubérot, *Histoire de la laïcité en France*, Paris, PUF, *QSJ*, 128 p.

[24] J. Baubérot, « Sécularisation, laïcité, laïcisation », *Empan*, 2013/2 (n° 90), p. 35. URL : https://www-cairn-info.scd-rproxy.u-strasbg.fr/revue-empan-2013-2-page-31.htm.

Partie I – La réaffirmation de la laïcité au sein des structures publiques: une nouvelle « foi civile »?

Pour mieux comprendre l'inflexion qui est à l'œuvre dans ce projet de loi, il faut revenir à l'esprit originel libéral de la loi de 1905. Une perspective dialectique doit ici être adoptée. La mutation, partielle, dans l'interprétation de la laïcité est autant le fait d'une volonté politique qui cherche à faire de la laïcité une nouvelle « foi civile » que du processus propre de sécularisation qui a conduit les religions à devenir des « sous-systèmes culturels livrés au choix privé et existentiel »[25]. Cette individualisation des pratiques religieuses qui conduit le croyant à marquer ses convictions par des signes identitaires engendre des problématiques inédites, au sein même des services publics.

Ces dernières années, la multiplication des dilemmes liés à la liberté de culte et à la neutralité de l'État, qui découlent du principe de laïcité, ont abouti dans le projet de loi à une réaffirmation intransigeante de l'obligation de neutralité pour les agents publics, quitte à aboutir à une « privatisation de la religion »[26] **(A)**. A cet égard, le cas du respect de la laïcité à l'école est devenu symptomatique des conflits qui ont émergé entre respect du pluralisme, égalité de traitement et neutralité dans un espace qui fut particulièrement investi par le régime républicain[27] et qui est à nouveau au cœur des débats publics avec, notamment, la question de la scolarisation obligatoire dès trois ans **(B)**.

A. Le renforcement de la neutralité exclusive de l'État dans ses relations avec les usagers du service public

La séparation effective des Églises et de l'État s'est réalisée à l'article 2 de la loi de 1905 qui dispose que la « République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte ». Elle implique dès lors la neutralité de l'État vis-à-vis des religions, principe qui découle autant du caractère laïque de l'État, comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel à l'occasion d'une Question Prioritaire de Constitutionnalité sur le régime concordataire de l'Alsace-Moselle[28], que du principe d'égalité[29].

L'obligation de neutralité de l'État a surtout été comprise, par une jurisprudence constante du Conseil d'État, comme une « neutralité exclusive »[30], c'est-à-dire qui suppose pour l'agent public, non seulement, de traiter les usagers du service public de « façon égale et non discriminatoire », mais aussi de s'abstenir lui-même « de toute expression

[25] *Ibid.,* p. 36.
[26] *Ibid.,* p. 35.
[27] On peut relire à ce titre la lettre de Jules Ferry aux instituteurs du 17 novembre 1883. URL : https://www.ac-paris.fr/portail/jcms/p1_1153893/lettre-aux-instituteurs-jules-ferry-17-novembre-1883 [Consulté le 20 février 2021].
[28] Considérant 5, Cons. Const., 21 février 2013, n°2012-297 QPC, *Association pour la promotion et l'extension de la laïcité*.
[29] Considérant 15, Cons. Const., 18 septembre 1986, n° 86-217 DC, *Loi relative à la liberté de communication*.
[30] X. Delgrande et D. Koussens, « La fabrique de la laïcité par le juge. Eléments de comparaison Belgique-France-Québec », *Revue Interdisciplinaire d'études juridiques*, 2020/2, Vol. 85, p. 103.

convictionnelle »[31]. Cette neutralité d'apparence dont le Conseil d'État a décliné la contrainte aux fonctionnaires, aux agents publics[32], mais aussi aux stagiaires d'un service public[33], s'est finalement retrouvée inscrite dans le statut des fonctionnaires en 2016[34]. La circonstance que le service public soit exécuté par un organisme privé n'a aucune incidence sur « la nature des obligations inhérentes à l'exécution du service public »[35], comme l'a également rappelé la chambre sociale de la Cour de cassation à propos des caisses primaires d'assurance maladie dont le règlement interdisait le port du foulard islamique[36]. Au niveau européen, la Cour de justice de l'Union européenne a même admis, sous réserve de la proportionnalité de la mesure, la possibilité pour un employeur d'une entreprise privée de prévoir un règlement qui impose la neutralité politique, philosophique et religieuse dans les relations de clientèle[37], tandis que la Cour européenne des droits de l'homme refuse de voir en l'interdiction du port de signe religieux pour les agents d'un service public une violation de l'article 9 de la Convention[38].

Dans ce contexte, l'article 1er du projet de loi apparaît superflu en transposant le régime général établi par la jurisprudence dans le domaine législatif. Tout au plus, il entérine l'évolution du droit des services publics, confronté depuis le début des années 2000 à un recul de la prise en charge directe des activités d'intérêt général par l'État et les collectivités territoriales conduisant à la contractualisation des prérogatives de puissance publique au bénéfice d'organismes privés[39]. Si le gouvernement justifie cette disposition par les difficultés qui semblent avoir été rencontrées dans certaines entreprises délégataires de transports publics[40], elle présente davantage un intérêt politique que juridique, dans la mesure où les comportements évoqués dans l'étude d'impact[41] auraient pu être censurés par le juge administratif.

De manière plus innovante, l'article 2 du projet étend la procédure du « déféré accéléré » détenu par les préfets départementaux aux actes des collectivités territoriales qui portent une « atteinte grave au principe de neutralité des services publics ». Les gouvernements s'est ainsi rangé à l'avis du Conseil d'État qui avait jugé que la création d'un nouveau déféré « assorti de la reconnaissance d'un pouvoir de substitution du préfet » modifiait « de

[31] *Ibid*.
[32] CE, avis, 3 mai 2000, *Melle Marteaux*, n° 217017.
[33] CE, 28 juill. 2017, *Boutaleb*, n° 390740.
[34] Loi n°2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires. Elle modifie l'article 25 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires : « Dans l'exercice de ses fonctions, il est tenu à l'obligation de neutralité. Le fonctionnaire exerce ses fonctions dans le respect du principe de laïcité ».
[35] CE, Sect., 31 janvier 1964, *CAF de l'arrondissement de Lyon*, Rec., p. 76.
[36] Cass. Soc., 19 mars 2013, *Mme X épouse Y c/ Assoc. Baby Loup*, n°12-11.690 : Bull. Civ., n° 76.
[37] CJUE, GC, 14 mars 2017, *Samira Achbita et Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contre G4S Secure Solutions NV*, C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203.
[38] Cour EDH, 26 novembre 2015, *Ebrahimian c. France*, req. n° 64846/11.
[39] J. Chevallier, *Le Service public*, PUF, QSJ, 2018, pp. 101-124.
[40] Notamment la RATP.
[41] *Etude d'impact sur le Projet de loi confortant le respect des principes de la République*, p. 31-32 : prières sur le lieu de travail, refus de serrer la main d'une femme ou syndicat communautariste dans les élections professionnelles.

façon excessive l'équilibre du contrôle administratif » au regard du principe de libre administration des collectivités territoriales prévu à l'article 72 de la Constitution[42]. Cette mesure constitue une surveillance plus stricte des aménagements locaux des services publics, en particulier en ce qui concerne la question des cantines et des menus de substitution qui avait atterri devant les juges du Palais-Royal en fin d'année dernière[43]. Il sera intéressant d'étudier à l'avenir si ce renforcement des pouvoirs préfectoraux altérera la conception mesurée et conciliante du Conseil d'État pour qui les repas différenciés ne sont ni une obligation ni une violation au principe de laïcité.

B. La cristallisation des tensions autour de la liberté de culte dans les services publics: le cas de l'école

De tous les services publics, c'est encore dans les établissements d'enseignement que se concentrent les enjeux les plus sensibles quant au respect des principes de laïcité et de neutralité. Si ces principes fondamentaux ne s'appliquent, traditionnellement, qu'aux agents du service public, ils sont également venus encadrer la liberté de culte des usagers depuis la loi du 15 mars 2004 qui interdit le port de « signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse ». Il s'agissait alors d'éviter toute forme de prosélytisme ou de pression religieuse dans les écoles publiques, notamment sur les jeunes filles qui étaient sommées de porter le voile, tout en permettant à celles qui souhaitaient le porter de s'inscrire dans des écoles privées sous contrat[44].

Il est significatif que les députés de la commission spéciale aient amendé le projet gouvernemental afin d'y faire figurer une nouvelle obligation de formation destinée aux enseignants et personnels d'éducation « sur le principe de laïcité ainsi que sur l'enseignement du fait religieux »[45], « compte tenu des spécificités de leurs missions et des publics auxquels ils s'adressent »[46]. Outre cette mesure, redondante avec l'article suivant qui prévoit cette formation pour l'ensemble des agents de l'Administration, les « référents laïcité » se voient consacrer un statut législatif, après leur création par une circulaire du 15 mars 2017 relative au respect du principe de laïcité dans la fonction publique. Leur mission, qui sera encore précisée par décret en Conseil d'État, consiste essentiellement à prodiguer des conseils et recommandations à tout fonctionnaire, agent contractuel ou chef

[42] CE, *Avis sur un projet de loi confortant le respect, par tous, des principes de la République*, *op. cit.*, p. 9.

[43] Que l'on songe, par exemple, à la récente décision du CE, Sect., 11 déc., 2020, *Commune de Chalon-sur-Saône*, n°426483 où le juge administratif continue de faire preuve d'une grande prudence sur ces problématiques en jugeant que les menus différenciés ne sont pas contraires, par eux-mêmes, aux principes de laïcité et de neutralité du service public.

[44] P. Weil, « La laïcité, c'est quoi en droit ? », *Dalloz Actualité*, 26 novembre 2020. URL : https://www.dalloz-actualite.fr/node/laicite-c-est-quoi-en-droit#.YDJtCHnjKUk [Consulté le 21 février 2021].

[45] Article 1er *bis* du projet de loi adopté par l'Assemblée nationale et renvoyé devant le Sénat. URL : http://www.senat.fr/leg/pjl20-369.html.

[46] Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi confortant le respect des principes de la République, *Rapport n°3797*, 25 janvier 2021, p. 48, URL : https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/csprincrep/l15b3797_rapport-fond# [Consulté le 21 février 2021].

de service qui ferait face à des problématiques liées au respect de la laïcité dans l'exercice de ses fonctions.

Au-delà de ces ajouts quasi esthétiques, une des mesures phare du projet de loi vise, dans son article 21, à « substituer au régime de déclaration préalable un régime d'autorisation préalable de l'instruction en famille »[47]. Il faut ici rappeler que contrairement aux idées reçues, Jules Ferry n'avait nullement imposé une école gratuite, laïque et obligatoire à la fin du XIXème siècle, puisqu'en bon partisan de la liberté d'enseignement, il avait seulement rendu *l'instruction*, et non la scolarisation, obligatoire[48]. Or, l'école devenant le lieu par excellence de l'apprentissage des vertus républicaines dans un contexte d'insécurité identitaire, les pouvoirs publics finissent par exiger d'elle qu'elle devienne l'instrument majeur d'un combat contre tous les fondamentalismes religieux. Dans cet esprit, il faut ramener les éventuelles « brebis galeuses » dans le troupeau de la République en formant les esprits des futurs citoyens dès leur plus jeune âge[49] et en les extirpant de leur seul noyau familial par la limitation drastique des hypothèses de l'instruction en famille. Le projet de loi voté par l'Assemblée nationale ne prévoit plus que quatre motifs pour lesquels pourrait être délivrée une autorisation préfectorale d'instruction dispensée en famille ; « l'état de santé de l'enfant, ou son handicap », « la pratique d'activités sportives ou artistiques intensives », « l'itinérance de la famille en France ou l'éloignement géographique de tout établissement scolaire public » et enfin « l'existence d'une situation propre à l'enfant motivant le projet éducatif ».

Ces motifs, établis par le Conseil d'État pour équilibrer un projet de texte qui envisageait de n'autoriser l'instruction à la maison que dans la seule hypothèse d'une « impossibilité de scolarisation » de l'enfant, permettaient notamment d'éviter une possible censure du Conseil constitutionnel sur le fondement de la liberté d'enseignement, qualifiée de principe fondamental reconnu par les lois de la République[50]. Au vu du faible nombre de familles concernées par des situations d'emprise confessionnelle ou « d'écoles de fait » mises en avant par l'étude d'impact du gouvernement et en l'absence de lien établi avec le « séparatisme islamiste », les conseillers du Palais-Royal avait jugé l'interdiction totale disproportionnée et déséquilibrée.

Cette disposition, qui revient à une tentative de *laïcisation* de l'instruction et non plus seulement de la scolarisation, est révélatrice de la centralité acquise par la question scolaire tant dans les relations que les pouvoirs publics entretiennent avec les religions que dans certaines revendications confessionnelles. Elle est également symptomatique d'une implication croissante de l'État, sous la figure déconcentrée du préfet, dans la pratique des croyances, l'organisation et le fonctionnement des cultes.

---

[47] *Ibid.,* p. 195.
[48] J. Bauberot, *La laïcité falsifiée*, La Découverte, 2014, p. 60.
[49] C'est dans cette perspective qu'il faut comprendre l'extension de l'instruction obligatoire dès l'âge de 3 ans prévue à l'article 11 de la loi n°2019-791 du 26 juillet 2019 pour une école de la confiance.
[50] CE, *Avis sur un projet de loi confortant le respect, par tous, des principes de la République*, *op.cit.,* p. 29.

Partie II – La protection de l'ordre public par le renforcement du contrôle des associations et des cultes

L'article 1 de la loi de 1905 dispose que « la République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public ». Dès lors, si la liberté de conscience – celle de croire ou de ne pas croire – est absolue, le libre exercice des cultes a, dès 1905, connu des encadrements législatifs et des limitations pour prévenir les troubles à l'ordre public. Le projet de loi, de manière assez nouvelle, vient nettement renforcer le contrôle des pouvoirs publics sur les associations cultuelles, que soient visées celles de 1905 ou celles de 1901 à objet mixte, même en l'absence de trouble public caractérisé **(A)**. La police administrative des cultes se durcit également pour faire face, non plus seulement au risque terroriste, mais à toute forme d'incitation « à la haine ou à la violence » – formule dont la plasticité ne manquera pas de faire jurisprudence **(B)**.

A. L'accroissement du contrôle de l'État sur les associations de 1901 et 1905

La séparation des Églises et de l'État n'a jamais signifié que la liberté d'association des croyants fût absolue. Les associations ont dû se placer sous le régime de 1905[51] – dont les obligations de transparence vis-à-vis de l'administration ont pour contrepartie des avantages fiscaux – ou, à partir de 1907, ont pu constituer des associations 1901 à objet mixte bénéficiant d'une plus grande liberté d'organisation. Le projet de loi cherche à inciter ces dernières, très largement investies par l'islam et le protestantisme évangélique à rejoindre le statut prévu par la loi de 1905 en imposant des contraintes similaires aux deux régimes tout en refusant aux associations 1901 à objet mixte les mêmes avantages fiscaux.

Le contrôle accru de l'État sur la vie associative se manifeste dès l'article 6 qui impose à toute association ou fondation qui sollicite une subvention publique de s'engager par un « contrat d'engagement républicain » à respecter, en plus des principes posés par la devise française, « la dignité de la personne humaine […], l'ordre public, les exigences minimales de la vie en société et les symboles fondamentaux de la République »[52]. Outre que l'idée n'est pas neuve[53] et que le terme de « contrat », comme l'a souligné le Conseil d'État, est impropre[54], la portée réelle d'un tel examen de conscience est sujette à caution. Les notions « d'ordre public » et de « dignité de la personne humaine », en effet, qui font régulièrement l'objet d'une interprétation par le juge, ne brillent pas pour autant par leur caractère univoque. Et que dire alors de l'ajout parlementaire sur les « exigences minimales de la vie

[51] Sur les 5000 associations cultuelles en France, le gouvernement estime que plus de 3500 à 4000 sont des associations protestantes, majoritairement issu du « protestantisme historique », c'est-à-dire luthérien et calviniste.
[52] Selon la dernière version du texte voté à l'Assemblée nationale le 16 février 2021.
[53] Il s'agit, peu ou prou, de reprendre les grandes lignes de la *Charte de la laïcité* proposée par le Secrétariat d'État chargé de l'égalité entre les femmes et les hommes.
[54] CE, *Avis sur un projet de loi confortant le respect, par tous, des principes de la République*, *op.cit.,* p. 11.

en société » et les « symboles fondamentaux de la République » qui se démarquent par leur inconsistance juridique ?

Le régime libéral de 1905 sur les associations à objet cultuel est également altéré par toute une série de mesures qui touchent autant la création de ces associations[55] que leur fonctionnement interne[56], en passant par le contrôle préfectoral de leurs financements[57] et l'obligation de certifier leurs comptes[58]. Si le projet de loi était adopté en l'état, le statut des associations 1905, loin d'être rendu plus attractif pour l'islam français, se caractériserait par une immixtion grandissante de l'État au détriment de la liberté du culte, alors même que la grande majorité de ces associations agissent dans le respect « des règles communes »[59].

B. Le durcissement de la police administrative en matière associative et cultuelle

Si l'activité ordinaire des associations, en particulier cultuelles, apparaît dans le projet de loi soumise à un contrôle régulier des préfectures départementales, les éventuels troubles à l'ordre public qu'elles génèreraient font également l'objet d'un encadrement renforcé par les pouvoirs publics. Le texte voté par l'Assemblée nationale prévoit, en effet, l'adaptation et l'élargissement des motifs de dissolution administrative d'une association[60] ainsi qu'une nouvelle mesure de fermeture administrative temporaire des lieux de culte[61].

L'article L.212-1 du Code de la sécurité intérieure (CSI), qui précise le régime de droit commun des dissolutions administratives, voit ainsi ses motifs étendus en permettant de dissoudre toute association ou groupement de fait qui provoquerait « des agissements violents contre les personnes ou les biens » et/ou contribuerait « par leurs agissements à la discrimination, à la haine ou à la violence envers une personne ou un groupe de personnes à raison de […] leur sexe, de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre », en plus des hypothèses de discours racistes réprimés par la loi du 1er juillet 1972. Alors que le projet originel prévoyait l'ajout de deux motifs légaux de dissolution, le gouvernement s'est finalement rangé à l'avis du Conseil d'État qui a écarté du champ de l'article les « agissements port[*a*]nt atteinte à la dignité de la personne humaine » et l'exercice de « pressions psychologiques ou physiques sur des personnes dans le but d'obtenir des actes ou des abstentions »[62] en raison des très « délicates questions d'appréciation » que ces motifs susciteraient. Le nouvel article L.212-1-1 porte la marque des évènements tragiques d'octobre dernier puisqu'il s'inspire de la jurisprudence du Conseil d'État en matière de dissolution d'association pour les agissements « d'un ou plusieurs de leurs membres

[55] Article 27 du projet de loi.
[56] Article 26 du projet de loi.
[57] Article 28 du projet de loi.
[58] Article 33 du projet de loi.
[59] CE, *Avis sur un projet de loi confortant le respect, par tous, des principes de la République*, *op.cit.,* p. 35.
[60] Article 8 du projet de loi.
[61] Article 44 du projet de loi.
[62] CE, *Avis sur un projet de loi confortant le respect, par tous, des principes de la République, op. cit.,* p. 16.

agissant en cette qualité, ou directement liés aux activités de l'association ou du groupement »[63], sur lesquels les dirigeants ont fermé les yeux. Le filtre du Conseil d'État a, dans l'ensemble, permis de soumettre les mesures gouvernementales au triple test de nécessité, d'adaptation et de proportionnalité, éliminant ainsi les dispositions les plus ambigües, susceptibles de porter atteinte à la liberté d'association.

La police spéciale des cultes n'est pas en reste dans le projet de loi puisqu'il complète, à son article 44, le dispositif prévu par la loi SILT[64] qui a introduit dans le CSI la faculté pour le préfet de « prononcer la fermeture des lieux de culte dans lesquels les propos qui sont tenus, les idées ou théories qui sont diffusées ou les activités qui se déroulent provoquent à la violence, à la haine, ou à la discrimination, provoquent à la commission d'actes de terrorisme ou font l'apologie de tels actes »[65], et cela dans la seule fin de prévenir ces mêmes actes. Cette procédure avait notamment été utilisée pour fermer la Grande Mosquée du Pantin qui, selon les faits établis par le Conseil d'État dans son ordonnance en référé, tenait lieu de diffusion de l'idéologie salafiste et dont le recteur avait diffusé sur les réseaux sociaux une vidéo contestant les enseignements laïques de Samuel Paty[66]. Au regard de cette jurisprudence, il semble que le conditionnement de la fermeture « aux seules fins de prévenir la commission d'actes de terrorisme » ait été largement entendue par le juge. Cependant, le gouvernement a tout de même pris soin de créer un nouveau motif de fermeture des lieux de culte dans lesquels « les propos qui sont tenus, les idées ou théories qui sont diffusées ou les activités qui se déroulent provoquent à la haine ou à la violence envers une personne ou un groupe de personnes ou tendent à justifier ou encourager cette haine ou cette violence ». Cette extension des motifs de fermeture s'explique par la volonté de lutter, non pas seulement contre le terrorisme, mais contre tous les actes troublant gravement l'ordre public.

***

Sans contester l'intention louable de ce projet de loi – même si l'on peut douter de la pertinence de l'instrument législatif pour résoudre les problématiques soulevées –, il est possible de s'interroger sur les effets de ce nouveau cadre légal des relations de l'État avec les religions, où dominent les mesures répressives et intrusives sur le fonctionnement des associations et des cultes. Loin de susciter l'adhésion à la République, elles pourraient contribuer à un climat de défiance réciproque.

[63] Le projet de loi s'inspire du raisonnement adopté par le Conseil d'État lors d'un référé-liberté sur la dissolution de l'association Barakacity dont le président avait diffusé des propos polémiques voire d'incitation à la haine et à la violence sur les réseaux sociaux ; CE., Ordonnance, 25 novembre 2020, n°445774, *Association Barakacity*.
[64] Loi n°2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme (SILT).
[65] Article L.227-1 du CSI.
[66] CE., Ordonnance, 25 novembre 2020, n°446303, *Fédération musulmane de Pantin*.

L'arrêt *Haqbin* à l'aune de la théorie des émotions : du paradoxe de l'accueil

(obs. sous l'arrêt CJUE, GC, 12 novembre 2020, CJUE grande chambre, arrêt du 12 novembre 2019, *Zubair Haqbin contre Federaal Agentschap voor de opvang van asielzoekers*, C-233/18, ECLI:EU:C:2019:956)

Edoardo Stoppioni*

Les psychologues ont décrit la situation de l'enfant mineur qui arrive en Europe seul pour y demander la protection internationale en termes de « paradoxe de l'accueil ». Ce paradoxe tient au fait que ces mineurs sont soumis au coût psychique d'une exigence duale. D'un côté, ils subissent la pression de l'adaptation afin de pouvoir bénéficier de l'accueil. De l'autre, ils vivent dans l'insécurité constante d'une reconduite aux frontières en cas d'erreur ou dès lors qu'ils atteignent la majorité et qu'ils échappent à une catégorie protectrice en réintégrant le droit commun. Ainsi, ils sont incités à étouffer leurs émotions tenant à la détresse de l'adaptation[1].

Le but de cet article est de lire le droit européen de la migration à la lumière de ce que j'appelle « théorie des émotions ». Je désigne par cette expression les travaux des psychologues, historiens et philosophes qui adoptent une perspective particulière et abordent une question de société à partir de l'émotion de l'individu plutôt que de la structure sociétale. C'est d'un changement de paradigme entre une approche des sciences humaines à la Descartes et une approche à la Spinoza que se réclament différents historiens à partir notamment des travaux d'Antonio Damaso[2]. Alors que Descartes avait prononcé une scission entre corps et esprit, Spinoza bien au contraire prend l'homme comme un ensemble d'appétits, de désir qui en motivent le comportement, il oppose au dualisme de Descartes un monisme qui accorde une importance centrale à l'émotion. Le but est ici de transposer cette approche des sciences sociales qui récupère une attention accrue pour les émotions : en utilisant de manière éclectique différentes approches disciplinaires, en changeant de point de regard, on pourra questionner une décision judiciaire qui semble à première vue une contribution intéressante au droit européen de la migration alors que, en réalité, elle risque d'entretenir ce « paradoxe de l'accueil » davantage que d'essayer de le corriger.

---

* Professeur de droit public à l'Université de Strasbourg (stoppioni@unistra.fr). Je remercie de tout cœur Janine Silga et Catherine Warin pour leur relecture, leurs conseils et leur amitié, qui ont largement inspiré cet article.

[1] S. Gaultier, « Les mineurs non accompagnés sont confrontés au paradoxe de l'accueil » *Actualités sociales hebdomadaires,* 2017, pp. 26-27.

[2] A. R. Damasio, *Descartes' Error : Emotion, Reason and the Human Brain*, New York, Putnam, 1994; voy. l'excellente explication de l'approche dans J. Plamper, *The History of Emotions*, Oxford, OUP, 2012, p. 18 ss.

Notre cas d'étude sera l'arrêt *Haqbin* de la CJUE[3], premier arrêt où la CJUE est amenée à se prononcer précisément sur la portée juridique du droit européen des conditions d'accueil à l'égard des mineurs non accompagnés. Mais cet arrêt est avant tout un récit de détresse, d'une expérience individuelle qui malheureusement est propre à un nombre important d'enfants migrants qui arrivent sur le sol européen avec un lourd fardeau à gérer. En ayant recours à une méthode particulière, ce commentaire veut nous inciter à prendre le temps de réfléchir aux problèmes structurels que ce récit interroge, au lieu de lire la décision exclusivement comme réceptacle de principes juridiques. C'est dans cette optique que le discours de la Cour est passé au crible de la théorie des émotions, nous permettant, ainsi, de l'observer d'un point de vue externe à la pure dogmatique du droit et d'analyser davantage les problématiques humaines qui risquent d'être neutralisées par le langage juridique. Cela nous conduit à interroger la portée du silence de la Cour, à souligner le poids de ce que la Cour ne dit pas, à côté des mérites de sa décision.

Zubair Haqbin est un mineur de nationalité afghane qui arrive seul en Belgique en 2015, pays où il dépose une demande de protection internationale. Placé dans un premier centre d'accueil en Flandres, il doit être transféré dans un autre centre à cause de son comportement agressif. Dans ce nouveau contexte, se déroulent des faits de violence particulièrement grave, le mineur étant l'un des instigateurs d'une rixe qui demande l'intervention de la police. En conséquence, le directeur du centre prononce une sanction disciplinaire d'exclusion temporaire à son encontre, impliquant une exclusion pendant 15 jours de l'aide matérielle d'accueil prévue par la directive 2013-1933 (dite directive 'accueil'). Du fait de cette exclusion, Zubair dit devoir passer plusieurs nuits dans un parc de Bruxelles[4]. Contestant le prononcé de cette sanction devant l'*Arbeidshof* (juridiction du travail compétente en Belgique pour les conditions d'accueil), la question se pose de l'articulation du régime de restriction des conditions matérielles d'accueil prévu à l'article 20 de la directive 'accueil', avec la condition de vulnérabilité particulière du mineur non accompagné. La juridiction belge pose une question préjudicielle à la CJUE sur ce point.

L'histoire de Zubair Haqbin illustre les nombreuses difficultés d'accueil auxquelles doivent faire face les demandeurs d'asile mineurs non accompagnés. Le cas particulier des mineurs non accompagnés provenant d'Afghanistan a d'ailleurs été utilisé par les psychologues pour montrer la difficulté du voyage du demandeur d'asile mineur isolé : forcés à l'indépendance à un stage précoce de leur développement, ils sont le plus souvent hantés par le sentiment de danger d'un voyage migratoire difficile, vivent leur arrivée et la procédure de demande d'asile comme des limbes obscurs qu'ils ne comprennent guère, mais surtout sont

[3] CJUE, GC, 12 novembre 2019, *Zubair Haqbin c. Federaal Agentschap voor de opvang van asielzoekers*, C-233/18, ECLI:EU:C:2019:956.
[4] *Haqbin*, *cit.*, points 18-20.

traumatisés par la coupure de leur lien familial et social[5]. Alors que tout ce qu'ils ont à leur arrivée en Europe consiste dans l'aide matérielle d'accueil, le cas de Zubair Haqbin fait état des difficultés importantes d'accès à la justice de ces demandeurs concernant ces conditions d'accueil. Il suffit de penser que son référé devant le juge bruxellois en contestation de la mesure disciplinaire avait été rejeté en raison de l'absence d'urgence, puisqu'il n'avait pas pu apporter la preuve du fait qu'il se trouvait sans aucun domicile fixe au moment de la procédure[6].

La CJUE décide d'examiner ensemble les différentes questions posées par le juge national et rédige une dissertation juridique portant sur le pouvoir de restriction des États membres des conditions matérielles d'accueil de manière générale[7], avant de conclure de manière assez abrupte sur le cas des personnes vulnérables[8]. En lisant la directive à la lumière de la Charte des droits fondamentaux, la Cour répond qu'un État membre « ne peut pas prévoir (…) une sanction consistant à retirer, même de manière temporaire, le bénéfice des conditions matérielles d'accueil (…) dès lors qu'elle aurait pour effet de priver ce demandeur de la possibilité de faire face à ses besoins les plus élémentaires »[9]. Pour parvenir à cette conclusion, la CJUE a recours au concept de dignité comme limite au pouvoir de restriction des conditions matérielles d'accueil des États membres **(Partie I)**. D'autre part, la Cour traite de manière rapide et sibylline la question de la position particulière du mineur non accompagné, en affirmant que « s'agissant d'un mineur non accompagné, ces sanctions doivent, eu égard, notamment, à l'article 24 de la charte des droits fondamentaux, être adoptées en prenant particulièrement en compte l'intérêt supérieur de l'enfant »[10]. La rapidité de l'analyse sur ce point montre que la CJUE n'explore pas toute la latitude du concept de vulnérabilité dans le régime juridique des conditions d'accueil des demandeurs de protection internationale, ce qui crée un hiatus important entre les travaux des théoriciens des émotions et le discours juridique sur ce point **(Partie II)**.

Partie I - Le discours judiciaire: la dignité, limite au pouvoir

L'apport fondamental de la réflexion de la Cour à l'édifice du droit européen de la migration et de l'asile consiste à mettre en avant le rôle fondamental que joue la dignité en son sein. En effet, la Cour identifie dans l'exigence du respect de la dignité de la personne humaine, à la fois le souffle irriguant l'ensemble du fonctionnement de la directive accueil et une exigence minimale limitant le pouvoir de sanction des États membres[11]. Le respect de la dignité fixe donc le périmètre des obligations des États en matière d'accueil : elle justifie

[5] S. Thommessen, P. Corcoran, B. Todd, « Experiences of Arriving to Sweden as an Unaccompanied Asylum-seeking Minor from Afghanistan: An Interpretative Phenomenological Analysis », *Psychology of Violence*, vol. 5(4), 2015, pp. 374-383.
[6] *Haqbin*, *cit.*, point 21.
[7] *Haqbin*, *cit.*, point 31-52.
[8] *Haqbin*, *cit.*, point 53-56.
[9] *Haqbin*, *cit.*, point 56.
[10] *Haqbin*, *cit.*, point 56.
[11] *Haqbin*, *cit.*, points 45 et 46.

l'obligation même d'agir en assurant des conditions matérielles suffisantes à garantir un niveau de vie digne et elle constitue la soupape de sécurité corsetant le pouvoir d'amincissement de cette obligation, en cas de comportement fautif du demandeur.

A. Une limite au pouvoir de sanction des États

L'affaire *Haqbin* interroge avant tout le système de limites à l'obligation des États membres de faire « en sorte que les demandeurs aient accès aux conditions matérielles d'accueil lorsqu'ils présentent leur demande de protection internationale », au sens de l'article 17 de la directive accueil. En effet, comme la Cour le souligne d'emblée, « l'obligation pour les États membres de faire en sorte que les demandeurs aient accès aux conditions matérielles d'accueil *n'est pas absolue* »[12]. Ces limites sont prévues à l'article 20 de la directive, permettant aux États de limiter, voire retirer, les conditions d'accueil en cas de comportement fautif du demandeur. Il s'agit des cas où le demandeur viole les obligations administratives qui lui sont fixées concernant le lieu de résidence ou l'obligation de se présenter aux autorités (paragraphe 1), se montre négligeant en omettant d'introduire sa demande de protection internationale dès que possible (paragraphe 2), ou abuse de ces conditions en dissimulant ses ressources financières réelles (paragraphe 3). Les faits de l'espèce, en revanche, soulevaient des problèmes d'interprétation du paragraphe 4 de l'article 20, permettant aux États membres de « déterminer les sanctions applicables en cas de manquement grave au règlement des centres d'hébergement ainsi que de comportement particulièrement violent ». Ce dernier paragraphe est le plus ambigu, puisqu'il ne précise pas explicitement – contrairement aux trois autres – la possibilité de limiter ou retirer le bénéfice des conditions matérielles d'accueil.

La question qui se pose est donc celle de la nature des limitations aux conditions matérielles d'accueil : l'article 20 prévoit-t-il une faculté de réduction ou de suspension d'une aide qui reste nécessaire et fondamentale, ou bien sommes-nous face à une véritable faculté *punitive* des États membres ? À cet égard, lors de l'audience de la Grande Chambre, le juge rapporteur Vilaras avait interrogé la Commission précisément sur l'évolution de la position des institutions européennes à cet égard. Le Comité de contact, mis en place pour aider à la transposition de la directive semblait, en effet exclure nettement la nature punitive de l'article 20, celui-ci ne devant pas s'entendre comme un moyen de sanction, alors que désormais la Commission et la quasi-totalité des autres parties intervenantes sont d'accord pour affirmer la *ratio* punitive de la disposition. Selon les termes de la Commission, cet article autoriserait les États membres à « mal faire sur le plan des conditions matérielles », en réponse à la situation de danger créée[13].

---

[12] *Haqbin*, *cit.*, point 35 (nous soulignons).

[13] E. Stoppioni, «L'audience de la CJUE dans l'affaire Haqbin (C-233/18) : la prise en compte de la vulnérabilité d'un mineur non accompagné au sens de la directive accueil », *Blog de droit européen*, accessible sur https://blogdroiteuropeen.com/2019/03/13/laudience-de-la-cjue-dans-laffaire-haqbin-c-233-18-la-prise-en-compte-de-la-vulnerabilite-dun-mineur-non-accompagne-au-sens-de-la-directive-accueil/ (dernière consultation le 20 mars 2021).

Sur ce point, la Cour confirme la position de la Commission. Le considérant 25 de la directive confirme qu'elle a eu pour but de « limiter les possibilités d'abus du système d'accueil en précisant les circonstances dans lesquelles le bénéfice des conditions matérielles d'accueil pour les demandeurs peut être limité ou retiré ». Or, c'est à plus forte raison, selon la Cour, que les États membres doivent pouvoir disposer de cette faculté de limitation pour sanctionner un comportement dangereux pour l'ordre public[14]. La Cour voit dans la structure de l'article 20 un véritable *crescendo* d'intensité dans le comportement fautif du demandeur de protection, allant de la simple violation d'obligations administratives jusqu'au comportement dangereux pour la collectivité, en passant par l'abus financier du système. Néanmoins, et c'est là qu'entre en jeu le principe de dignité, le pouvoir de sanction des États ne saurait être illimité.

B. La source d'une obligation de surveillance

Le contentieux de la Cour ayant clarifié la portée de la directive 'accueil' étant peu fourni, il faut d'abord saluer l'arrêt *Haqbin* pour son apport de clarification. Notamment, la Cour y explique avec force, en quoi constitue l'obligation de « garantir un niveau de vie digne », au sens de l'article 20(5) de la directive, qui constitue, d'un point de vue théorique, un pilier fondamental pour la compréhension de la philosophie de la directive au sens large. La Cour forge ce qu'on pourrait qualifier d'obligation de surveillance pérenne, en ce sens qu'elle interprète le verbe « garantir » comme impliquant le devoir d'assurer « en permanence et sans interruption » un niveau de vie digne. De plus, elle y jouxte une obligation de surveillance ultérieure : l'État doit assumer ou assurer la prestation des conditions minimales, en veillant au respect du droit de l'Union par les éventuelles personnes privées auxquelles il aurait délégué leur octroi[15].

La Cour vient confirmer sa jurisprudence précédente qui avait rappelé sans cesse la teneur de l'obligation des États membres d'assurer des conditions matérielles d'accueil face à leurs tentatives de la limiter. Dans une affaire *Cimade et GISTI*,[16] le gouvernement français cherchait en effet à en restreindre le champ d'application, en soutenant que la directive n'obligeait pas à assurer ces conditions d'accueil aux demandeurs de protection « dublinés », qui faisaient l'objet d'une procédure de détermination de l'État responsable de l'examen de leur demande au sens du règlement Dublin. Le raisonnement consistait à nier l'existence d'un fait déclencheur du droit aux conditions d'accueil, celui-ci ne surgissant pas dès le dépôt de la demande mais dès que celle-ci était présentée à l'État réellement responsable de cette demande, ce qui aurait été le résultat d'une lecture croisée (peu orthodoxe) des directives 'accueil' et 'procédure', ainsi que du règlement Dublin II (à

[14] *Haqbin*, *cit.*, point 44.
[15] *Haqbin*, *cit.*, point 50.
[16] CJUE, 27 septembre 2012, *Cimade et GISTI*, C-179/11, ECLI:EU:C:2012:594, point 37.

l'époque)[17]. La Cour suit son Avocat général Eleanor Sharpston, qui soutenait de manière éloquente que « le régime de protection des demandeurs d'asile dans son ensemble repose sur l'idée qu'il doit être assuré là où les demandeurs se trouvent. Une telle approche me semble refléter la réalité. La présence des demandeurs d'asile sur le territoire de l'Union n'est pas le résultat des mesures d'une politique planifiée qui peut être réglementée à l'avance. Dans un monde idéal, le problème ne se poserait pas. Chaque État membre doit faire face aux problèmes soulevés par la présence de demandeurs d'asile sur son territoire, tout en se conformant aux obligations qui lui incombent en vertu du droit de l'Union »[18].

L'arrêt *Saciri* avait préparé le terrain pour le raisonnement déployé dans l'arrêt *Haqbin*. La Cour y affirmait clairement que « l'économie générale et la finalité de la directive 2003/9 ainsi que le respect des droits fondamentaux, notamment les exigences de l'article 1er de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne selon lequel la dignité humaine doit être respectée et protégée, s'opposent à ce qu'un demandeur d'asile soit privé, fût-ce pendant une période temporaire, après l'introduction d'une demande d'asile, de la protection des normes minimales établies par cette directive »[19]. La Cour s'appuie donc sur le principe de dignité pour dégager cette obligation de l'État membre (désigné dans l'affaire *Cimade et GISTI*) de « veiller à ce que le montant total des allocations financières couvrant les conditions matérielles d'accueil soit suffisant pour garantir un niveau de vie digne et adéquat pour la santé ainsi que pour assurer la subsistance des demandeurs d'asile, en leur permettant notamment de disposer d'un hébergement ». Mais à côté du principe de dignité, la Cour rappelle furtivement l'importance de prendre en compte « l'intérêt des personnes ayant des besoins particuliers », c'est-à-dire les cas de vulnérabilité[20].

C. La dignité à l'aune de la théorie des émotions

L'arrêt *Haqbin* permet de saisir les tenants et aboutissants concrets du principe de dignité, souvent analysé de manière très abstraite en philosophie et en théorie des droits de l'homme. En tirant les enseignements de ces réflexions du point de vue de la théorie des émotions, il est possible de repenser la dignité non pas comme une idée abstraite et absolue mais comme quelque chose de profondément subjectif et lié aux passions humaines. Elle est irrémédiablement liée à des émotions telles que l'orgueil, l'estime de soi ou la confiance en soi ; ou encore à des émotions négatives telles que l'embarras, l'humiliation, le dégoût et la honte[21]. Là où les littératures philosophique et juridique ont généralement tendance à lier la dignité à l'idée d'autonomie individuelle propre au libéralisme, la sociologie et

[17] F. Julien-Lafarrière, « La Cour de justice de l'Union européenne et le droit de l'asile : entre droits de l'homme et prérogatives des États », *CRDF*, n. 13, 2015, p. 39-54, p. 42.
[18] Conclusions du 15 mai 2012, ECLI:EU:C:2012:298, §83.
[19] CJUE, 27 février 2014, *Federaal agentschap voor de opvang van asielzoekers c. Saciri*, C-79/13, ECLI:EU:C:2014:103, point 35.
[20] *Saciri*, *cit.*, point 46.
[21] S. Marks, « Have you seen dignity? », *The 2020 Annual Lecture for the Centre for Critical International Law*, accessible sur https://www.kent.ac.uk/law/news/4979/watch-cecils-annual-lecture-with-professor-susan-marks-have-you-seen-dignity (dernière consultation le 20 mars 2021).

l'anthropologie ont tendance à mettre l'accent sur l'expérience individuelle de la dignité, fondée sur le respect de soi mais aussi sur l'attribution à un groupe d'attributs sociaux de propreté et respectabilité. Ainsi, contrairement à la vision kantienne de la dignité comme valeur sans prix, l'approche de la théorie des émotions permet de penser que la dignité a bien un prix et est distribuée de manière inégalitaire dans la société.

Tel est peut-être l'un des apports fondamentaux de l'arrêt : montrer que la dignité n'est pas un concept *in abstracto* mais est ontologiquement liée à des conditions matérielles minimales. Néanmoins, et c'est une limite importante de l'arrêt, le sens de la dignité est ici strictement lié à la vulnérabilité, ce que la Cour semble négliger.

Partie II - Le silence judiciaire: la vulnérabilité paupérisée

Ce qui frappe le plus, en comparant la structure du raisonnement de la Cour à la manière dont les questions avaient été traitées lors de l'audience, est le traitement complètement spéculaire de la question de la vulnérabilité du mineur non accompagné. Lors de l'audience, afin de répondre aux questions des juges sur cette articulation, le représentant de la Commission avait employé une métaphore intéressante. Il faudrait réfléchir en termes de cercles concentriques : il existe à côté d'un niveau général d'accueil, qui s'applique à tous les demandeurs de protection internationale majeurs, différents niveaux d'exigence renforcée selon la vulnérabilité de l'individu. Les mineurs non accompagnés se situeraient au niveau le plus important de cette échelle de vulnérabilité, que la Commission a pu appeler « vulnérabilité automatique »[22].

A. Une attention moindre à la situation particulière du mineur non accompagné

Il est très frappant de voir que la Cour balaye la question de la vulnérabilité en quatre courts paragraphes finaux, où elle pose deux idées fondamentales. D'une part, « lorsque le demandeur est, comme dans l'affaire au principal, un mineur non accompagné, c'est-à-dire une 'personne vulnérable', au sens de l'article 21 de la directive 2013-1933, les autorités des États membres doivent, lors de l'adoption de sanctions au titre de l'article 20, paragraphe 4, de cette directive, prendre en compte de manière accrue , ainsi qu'il ressort de l'article 20, paragraphe 5, deuxième phrase, de ladite directive, la situation particulière du mineur ainsi que le principe de proportionnalité »[23]. Ainsi, la vulnérabilité doit avoir un impact sur l'appréciation de la proportionnalité, sur la concrétisation individuelle du pouvoir de sanction en en tenant dûment compte de sa situation particulière. D'autre part, « s'agissant d'un mineur non accompagné, ces sanctions doivent, eu égard, notamment, à l'article 24 de la charte des droits fondamentaux, être adoptées en prenant particulièrement en compte l'intérêt supérieur de l'enfant »[24]. L'appréciation de la proportionnalité de la

[22] E. Stoppioni, « L'audience de la CJUE dans l'affaire Haqbin (C-233/18) », *cit.*
[23] *Haqbin*, *cit.*, point 53.
[24] *Haqbin*, *cit.*, point 56.

sanction doit donc, concernant un mineur non accompagné, prendre avant tout en compte le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant.

D'un point de vue structurel, traiter de la vulnérabilité en second lieu, de manière subsidiaire par rapport à un raisonnement bien plus structuré et ancré sur l'idée générale de dignité, pourrait avoir un effet protecteur. On peut se dire, en effet, que la volonté de la Cour est d'affirmer avec force que les limites au pouvoir de sanction, en matière de conditions d'accueil, sont d'ordre général et ne se limitent pas au cas particulier du mineur vulnérable. C'est pour préserver la force de l'argument général concernant l'interdiction pour un État membre d'aller trop loin dans la sanction, c'est-à-dire dans la réduction des conditions d'accueil, que la Cour limite ses analyses de la vulnérabilité. Or, on perçoit tout de même que cet objectif n'exclut pas *a priori* une prise en compte sérieuse et étayée de la place de la vulnérabilité dans ce contexte.

Cela est d'autant plus frappant que, pendant l'audience, un nombre important de questions avaient été soulevées en relation à cette notion. Il avait notamment été question de la place de l'article 24 de la directive, relatif au cas spécifique des mineurs non accompagnés, dans l'interprétation des autres dispositions de celle-ci. Dans quelle mesure les dispositions du chapitre IV de la directive portant sur les personnes vulnérables, et plus particulièrement les articles 23 et 24 (relatifs à la situation du mineur), constitueraient donc des facteurs déterminants pour savoir si un régime d'accueil est adapté à la condition du mineur non accompagné ? Le silence de la Cour sur ce point soulève une grande perplexité.

La section de la décision sur le droit applicable restitue pourtant les articles 21 et 23-24 comme faisant partie du cadre juridique pertinent à la prise de décision[25]. La position de la Commission à l'audience, qui n'est pas restituée dans l'arrêt, tendait à minimiser la place de l'article 24 en tant que facteur de régulation particulière du pouvoir de sanction. L'article 24 n'apporterait rien de particulier à la question des sanctions en cas de comportement grave du mineur.

Il est très regrettable que la Cour n'ait pas souhaité exploiter les dispositions plus protectrices des personnes plus vulnérables à l'appui d'une interprétation systémique de l'article 20 de la directive. On peut en effet se demander si le texte des articles 23 et 24 ne prévoit pas des exigences de protection accrues qui étaient, en tout état de cause, des éléments structurant du contrôle de proportionnalité que la Cour évoque de manière sibylline. L'article 23 pose clairement des précautions ultérieures que les États membres doivent observer concernant les conditions d'accueil. L'exigence que « les États membres garantissent un niveau de vie adéquat pour le développement physique, mental, spirituel, moral et social du mineur » (alinéa 1) ou qu'ils mettent à disposition des « soins de santé mentale appropriés » et un « soutien qualifié » (alinéa 4) ne constituent-t-elles pas des lignes directrices pour la relativisation du pouvoir de sanction étatique dans le cas du mineur

[25] *Haqbin*, *cit.*, points 12-15.

vulnérable ? De même, la Cour ne traite pas la question de savoir si l'article 24(2) prévoit une obligation de continuité de la prise en charge des mineurs non accompagnés, « à compter de la date à laquelle ils sont admis sur le territoire jusqu'à celle à laquelle ils doivent quitter le territoire de l'État membre », ce qu'une lecture croisée des alinéas 5 et 6 de l'article 20 aurait pourtant permis, en ce qu'ils demandent une décision individualisée et fondée sur « la situation particulière de la personne concernée »[26]. Le silence de la Cour interpelle, tant il semble minimiser le fait que le cas d'espèce concernait la situation particulièrement difficile d'un mineur non accompagné.

B. Le silence de la Cour au prisme de la théorie des émotions: repenser la vulnérabilité

Le discours de la Cour, en passant sous silence l'impact réel de l'échelle de la vulnérabilité sur les conditions d'accueil, reproduit en droit les paradoxes de l'accueil. Comme l'indiquent les travaux des psychologues sur les mineurs non accompagnés, « l'identification des signes d'un TSPT [trouble de stress post-traumatique] reste largement sous-évaluée dans le cadre de l'accueil de cette population », alors que le trouble de stress post-traumatique des mineurs non accompagnés a ceci de particulier qu'il est tout particulièrement « comorbide à la dépression et à l'anxiété, ce qui implique, pour les professionnels, d'accroître leur vigilance concernant des plaintes somatiques et signes de détresse psychologique »[27]. D'après ces travaux, il est important de comprendre que la situation émotionnelle du mineur non accompagné implique des strates de vulnérabilité superposées. Les études portant sur les problèmes émotionnels de ces jeunes sont généralement classées en deux courants. Un premier courant se focalise sur les expériences passées du vécu : en dépit du besoin de tout mineur de protection et de soutien de la part de l'adulte, ces mineurs doivent composer avec l'expérience traumatique de la séparation de leur famille (ce qu'on a appelé le phénomène des « *children out of bounds* »[28]). Ils sont donc considérés comme « les plus vulnérables de tous », car ils ont dû sectionner leur lien à l'environnement familial et avec leur pays et culture d'origine[29].

Un second courant de la littérature incite, en revanche, à changer de perspective et à se focaliser sur l'enfant en tant que migrant[30]. De ce dernier point de vue, s'ajoutent deux niveaux de vulnérabilité plus spécifiques. L'un est lié à la situation de « vulnérabilité interculturelle »[31], due à la difficulté de composer à la fois avec un environnement nouveau,

[26] B. Jurik, « Sanctions au sens de la directive 'accueil' : une pierre ou un gravillon dans l'édifice du droit européen d'asile », *JADE*, vol. 22, 9 mars 2020, https://revue-jade.eu/article/view/3120 (dernière consultation le 20 mars 2021).
[27] G. Sydney, « Stress post-traumatique et alliance thérapeutique auprès de mineurs non accompagnés », *Rhizome*, vol. 3, 2018, p. 15-16.
[28] E. Chin, « Children out of bounds in globalizing times », *Postcolonial Studies*, vol. 6(3), 2003, pp. 309–325.
[29] K. Halvorsen, « Separated children seeking asylum: The most vulnerable of all », *Forced Migration Review*, vol. 12, 2002, pp 34–36.
[30] U. Wernesjö, « Unaccompanied asylum-seeking children: Whose perspective? », *Childhood*, vol. 19(4), 2012, pp.495-507.
[31] G. Sydney, *cit.*, p. 16.

leurs conditions d'accueil, l'incompréhension de leur situation administrative et juridique[32]. L'autre est la condition de vulnérabilité qui tient au « paradoxe de l'accueil ». Les études quantitatives, effectuées à partir de l'exemple suédois, finnois[33] ou belge[34] notamment, ont pu démontrer que la vaste majorité des mineurs non accompagnés étaient atteints de problèmes de nature psychiatrique et que cette situation devait donc guider leurs exigences en termes d'accueil.

Ces études soulignent le risque de « othering these children and young persons as a deviant category »[35]. C'est pourquoi il serait tout particulièrement nécessaire de combiner les différentes études (psychologiques, sociologiques et postcoloniales par exemple) afin de saisir la complexité de ce phénomène. Le silence de la Cour sur la vulnérabilité automatique du mineur non accompagné n'a-t-il pas un effet de « othering » ? Foucault a bien montré que le pouvoir tend à la construction de catégories qu'il situe ainsi aux marges de la société. Le discours juridique risque de réitérer ce problème s'il ne prend pas au sérieux la complexité de la catégorie.

Comme le souligne J.-Y. Carlier[36], le concept de vulnérabilité a investi le droit après avoir été élaboré dans le cadre de sciences sociales telles que la psychologie, la philosophie ou la sociologie[37]. Dans ces dernières, c'est notamment l'apport des doctrines féministes qui a permis l'émergence du concept et plus précisément les écrits de Carol Gilligan et son éthique du *care*[38]. Le propre de la vulnérabilité est donc de constituer un vecteur d'humanisation, alors que le contentieux international et européen utilise le mot sans véritablement lui attribuer un poids spécifique.

Tel est le cas notamment de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans l'affaire *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, la Cour EDH a développé ce que l'on peut appeler une approche de vulnérabilité à l'égard des demandeurs d'asile. La Cour affirme qu'elle « accorde un poids important au statut du requérant qui est demandeur d'asile et appartient de ce fait à un groupe de la population particulièrement défavorisé et vulnérable qui a besoin d'une protection spéciale », ce qui dérive d'un « consensus à l'échelle internationale et européenne, comme cela ressort de la Convention de Genève, du mandat et des activités du HCR ainsi que des normes figurant dans la directive Accueil de l'Union

[32] M. Vervliet, J. Lammertyn, E. Broekaert, I. Derluyn, « Longitudinal follow-up of the mental health of unaccompanied refugee minors », *European Child & Adolescent Psychiatry*, vol. *23*, 2014, pp. 337-346.
[33] A. Sourander, «Behavioural problems and traumatic events of unaccompanied refugee minors», *Child Abuse and Neglect*, vol. 22(7), 1998, pp. 719–727.
[34] I. Derluyn, E. Broekaert, « Unaccompanied refugee children and adolescent: The glaring contrast between a legal and a psychological perspective », *International Journal of Law and Psychiatry*, vol. 31(4), 2008, pp. 319–330.
[35] U. Wernesjö, *cit*., p. 507.
[36] J.-Y. Carlier , « Des droits de l'homme vulnérable à la vulnérabilité des droits de l'homme, la fragilité des équilibres », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 79, 2017, pp. 175-204.
[37] M. Fineman, « The vulnerable Subject : Anchoring Equality in the Human Condition », *Yale Journal of Law and Feminism*, vol. 20, 2008, n° 1, pp. 8-40.
[38] C. Gilligan, *Une voix différente. Pour une éthique du care*, Paris, Flammarion, 2008.

européenne »[39]. L'état de vulnérabilité sert à la Cour pour déterminer l'existence de la violation de l'article 3 de la Convention : les conditions de détention près de l'aéroport d'Athènes atteignent le seuil de traitements inhumains et dégradants dans le cas du demandeur d'asile, quand bien même sa durée eût été brève, compte tenu du fait que « la détresse du requérant a été accentuée par la vulnérabilité inhérente à sa qualité de demandeur d'asile »[40]. Néanmoins, dans le contexte spécifique de l'humanité en mer, la Cour EDH a pu nuancer cette approche de vulnérabilité dans son affaire *Khlaifia c. Italie*. En argumentant *a contrario* par rapport à son arrêt *M.S.S.*, la Cour refuse de constater de violation de l'article 3 car « les intéressés, qui n'étaient pas demandeurs d'asile, n'avaient pas la vulnérabilité spécifique inhérente à cette qualité et qu'ils n'ont pas allégué avoir vécu des expériences traumatisantes dans leur pays d'origine […]. De plus, ils n'appartenaient ni à la catégorie des personnes âgées ni à celle des mineurs »[41]. Samantha Besson a notamment souligné l'importance de ces fluctuations jurisprudentielles entre vulnérabilité générale et spéciale et regrette « l'absence de contrôle et de rigueur de ce nouvel élément normatif fondamental dans le raisonnement de la Cour », qui est presque en train de devenir « un oreiller de paresse »[42].

Contrairement aux juristes, les philosophes de la migration ont développé celle que l'on appelle l'approche de vulnérabilité pour penser la condition du migrant. Comme le constate Matthew Gibney, d'un point de vue éthique les individus ont des obligations morales « générales » (à l'égard de l'humanité) et « spéciales » (à l'égard de communautés proches, comme la famille). Si normalement on a tendance à faire prévaloir les obligations spéciales, le principe d'humanité devrait mener à renforcer les obligations que nous avons à l'égard des personnes plus vulnérables, surtout quand le coût social d'une telle démarche est relativement faible[43].

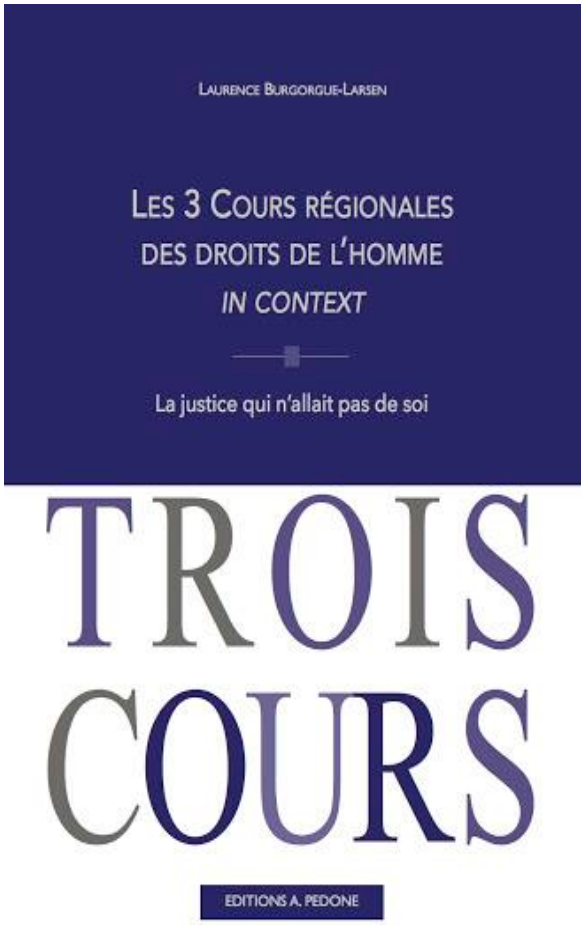
L'arrêt *Haqbin* participe de ce mouvement jurisprudentiel qui mobilise de manière assez confuse la vulnérabilité et ne clarifie pas sa finalité. En se focalisant, comme elle l'a fait, sur la dignité humaine et en balayant très rapidement la question de la vulnérabilité particulière du mineur non accompagné, la CJUE reste à un niveau d'abstraction qui ne se saisit pas de la complexité de cette situation. Le Cour se limite à plaquer cet élément en fin de raisonnement, sans décortiquer son importance ou son impact réel. Or, pour reprendre les idées de Gilligan et Gibney, le propre de la vulnérabilité du migrant devrait être la prise en compte de l'exigence d'un passage d'une obligation (morale ou juridique) à une autre, de prendre acte de l'état spécifique d'un individu et de son exigence particulière de *care*.

[39] CourEDH, GC, 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09, para 251.
[40] Ibid., para 233.
[41] CourEDH, 15 décembre 2016, *Khlaifia et autres c. Italie*, req. n° 16483/12, para 194.
[42] S. Besson, « La vulnérabilité et la structure des droits de l'homme. L'exemple de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » *in* L. Burgorgue Larsen (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014, pp 80-81.
[43] M. Gibney, *The Ethics and Politics of Asylum: Liberal Democracy and the Response to Refugees*, Cambridge, CUP, 2004, p. 5 ss.

Fort regrettablement, la CJUE ici entretient un discours qui ne déconstruit pas juridiquement le paradoxe de l'accueil.

RECENSION

Les 3 Cours régionales des droits de l'homme *in context*. La justice qui n'allait pas de soi, Laurence Burgorgue-Larsen, Pedone, 2020, 586 p., ISBN : 978-2-233-00955-5



La nouvelle monographie du Pr. Burgorgue-Larsen, publiée chez Pedone (2020, 588 p.), est un travail remarquable, à la fois sur l'ampleur du champ de la recherche et la qualité des analyses ce qui confirme l'idée qu'« on est rarement comparatiste par accident » (P. Legrand, *Le droit comparé*, Puf, Que sais-je ?, 1999, p. 51). A partir d'un ensemble de 498 pages, réparties en trois titres, l'auteure propose au lecteur une analyse de l'évolution et du fonctionnement de la Cour européenne des droits de l'homme, de la Cour interaméricaine des droits de l'homme et de la Cour africaine des droits de l'homme. Une tâche qui peut être plus difficile qu'il n'y paraît dans la mesure où le lecteur est invité à sortir de sa zone de confort, à mettre de côté son « conformisme » et à réfléchir à l'altérité.Suivant une démarche macro-comparative, l'auteure délivre une analyse fournie sur les modalités de mise en œuvre des idéaux universalistes par les 3 Cours régionales des droits de l'homme tout en tenant compte du fait que « théoriser à l'extrême, c'est simplifier à outrance » (p. 364).

Fidèle à cette idée, l'auteure opte dès l'introduction de son ouvrage pour une démonstration comparative d'une grande envergure sans pour autant sacrifier au nom d'un prétendu universalisme, les spécificités de chacun des systèmes examinés. Des spécificités communes, tout d'abord, aux 3 Cours régionales car « la justice des droits de l'homme ne vas pas de soi » (p. 13). « Créature des États, elle est faite pour corseter leur pouvoir et dompter leur autorité. (…) Sans les États, point de justice des droits de l'homme » (p. 13). Une dépendance sempiternelle qui, même couplée avec l'hétérogénéité des engagements

auxquels les Etats ont consentis, n'a pas entravé la sophistication progressive des trois systèmes régionaux de protection des droits de l'homme. Loin de rester de simples « Tigres de papier » (p. 16), les trois traités que sont la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Convention américaine des droits de l'homme et la Charte africaine des droits et devoirs de l'homme et des peuples – complétée par le Protocole portant création de la Cour africaine – se sont dotés d'organes impartiaux et indépendants qui garantissent le respect de leur contenu par les États et qui cautionnent le développement des droits inscrits. Une juridictionnalisation qui s'est profondément ancrée depuis quelques décennies sur le sol des trois continents examinés et qui fonctionne de manière satisfaisante. Ce sont aussi ces spécificités qui nous permettent de dissocier les trois systèmes examinés. Dans cette perspective, c'est aussi la comparaison entre ces 3 systèmes régionaux de protection des droits de l'homme qui ne va pas de soi. Comme l'auteure l'observe : « incontestablement éloignées par un ensemble d'éléments d'ordre politique, technique et sociologique, les 3 Cours régionales de protection des droits de l'homme sont pourtant reliées par des éléments matériels et des questionnements communs indiscutables » (p. 19).

Cette brève introduction est complétée par un chapitre préliminaire, intitulé *Création*, qui analyse le contexte dans lequel les trois 3 Cours régionales de protection des droits de l'homme ont déployé leurs efforts pour promouvoir, protéger et développer les droits de l'homme. Ainsi, le lecteur est invité à prendre connaissance du contexte réactionnaire dans lequel cette justice transnationale *pro persona* a émergé : sur le continent européen, c'était l'installation de la guerre froide, dès 1947, qui fut « l'aiguillon principal » après la deuxième guerre mondiale qui a amené les États à franchir le cap pour protéger les droits de l'homme sur la scène internationale (p. 25) ; sur le continent américain, l'action proactive de mise en œuvre d'une solidarité latino-américaine effective et efficace était le résultat d'une volonté de réduire le risque d'une mainmise nord-américaine sur la politique intérieure et les ressources des États du Sud (p. 33) ; alors que sur le continent noir c'était la volonté de s'émanciper d'une longue domination occidentale qui a conduit les États africains à maximiser « la puissance des principes de souveraineté et de non-ingérence dans les affaires intérieures » (p. 43).

Une fois le contexte précisé et les connexions établies, l'auteure se livre à une analyse approfondie sur les modalités de mise en œuvre d'une justice transnationale dans le domaine des droits de l'homme. En effet, rien n'est laissé au hasard et les intitulés des trois titres principaux de l'ouvrage (*Evolution*, *Interprétation* et *Application*) sont suffisamment larges pour masquer – bon gré mal gré – les quelques différences matérielles et conceptuelles de trajectoire suivie par les 3 systèmes régionaux de protection des droits de l'homme.

Le premier titre, intitulé *Évolution*, aspire à décrypter le développement de la *praxis* des trois systèmes à travers le temps et l'espace. Une évolution qui est propre à chaque système et qui s'explique tant par la spécificité des textes de protection que par l'hétérogénéité des

défis géopolitiques apparaissant sur les trois continents. L'auteure met ainsi en exergue non seulement les similitudes mais aussi les dissemblances entre les trois *mécanos* juridictionnels en décrivant les tensions entre la politique extérieure des États et celle des organisations régionales (p. 77). Dans ce contexte, elle met l'accent sur l'efficacité difficile des trois systèmes examinés (p. 80) car « le jeu du consensualisme ne disparaît point dans l'univers humaniste » (p. 79). En effet, la défiance étatique à l'égard de ces trois systèmes se manifeste de manière récurrente mais toujours variable et a conduit – dans des situations extrêmes – jusqu'à la dénonciation de la participation des États à ces systèmes de protection collective des droits de l'homme. Qu'il s'agisse de la dénonciation de la Convention européenne par la Grèce au moment de la dictature des Colonels en 1969 (p. 101), de la dénonciation de la Convention américaine par l'île de Trinité-et-Tobago en 1998 et par le Venezuela en 1999 (p. 103), l'« irréductible souveraineté » des Etats peut toujours faire obstacle au bon fonctionnement de ces trois systèmes. Plus récemment, la dénonciation des déclarations facultatives d'acceptation de la juridiction de la Cour africaine des droits de l'homme par le Rwanda en 2016, la Tanzanie en 2019, le Bénin et la Côte d'Ivoire en 2020 (p. 107) confirme à nouveau l'idée que « l'autoritarisme se conjugue mal avec le contrôle international » (p. 114).

En dehors de ces situations extrêmes révélatrices d'une rivalité infra-systémique entre des États qui résistent et des organisations régionales qui insistent, l'auteure propose aussi une analyse sur les phénomènes de rivalité intra-systémique. À cet égard, les analyses proposées sur les relations entre la Commission interaméricaine et la Cour interaméricaine des droits de l'homme témoignent du fait que le « Graal de l'efficacité est loin d'être toujours au rendez-vous » (p. 146). Dans la même perspective, les développements consacrés à la « rhétorique de la réforme » (p. 149) sont aussi intéressants. Bien qu'elle n'ait jamais empêché la sophistication du fonctionnement de ces trois systèmes examinés, les « réformes sur réformes » ont toujours augmenter les risques d'un affaiblissement de leur efficacité (p. 158). Une dérégulation normative due au fait que les États participent aux trois mécanismes de manière variable (p. 171) et qui peut, selon l'auteure, être partiellement redressée par une légitimité sociologique associée aux modalités d'élection des juges (p. 197).

Le deuxième titre, intitulé *Interprétation*, porte sur l'essence même de la fonction de juger, à savoir le pouvoir de dire le droit. L'analyse est à juste titre sélective dans la mesure où l'office interprétatif des 3 Cours régionales a été largement (j'oserai même utiliser l'adjectif suffisamment) débattu par la doctrine francophone et anglophone. A ce titre, l'auteure se focalise sur certains aspects qui n'ont pas encore été suffisamment exploités, du moins par la doctrine francophone. Il s'agit de l'incontournable « optique cosmopolitique » (p. 248) des 3 juridictions examinées qui, en dépit des différentes techniques qui innervent leurs textes de référence, a favorisé, voire accéléré, l'avènement d'un universalisme interprétatif. Si, en effet, l'ouverture – l'auteur utilise le terme décloisonnement – aux sources extérieures relève du commun (p. 249), leurs politiques jurisprudentielles interprétatives sont différentes (p. 270). Bien que la Convention de Vienne sur le droit des traités eût toujours

mentionnée tel un « mantra symbolique » (p. 252), les 3 Cours ont opté pour une approche « holistique » (p. 270) – où les instruments de caractère universel et régional sont mobilisés pour faciliter l'interprétation décloisonnée de leurs chartes constitutives. A ce phénomène, l'auteure attache un double effet positif : l'accroissement de la protection des droits inscrits dans les textes (p. 290) et l'accroissement des obligations des États (p. 325). Une mention particulière doit également être faite aux analyses consacrées au binôme non-discrimination/vulnérabilité (pp. 326-341) qui permettent au lecteur de comprendre les préoccupations propres à chacune des 3 Cours examinées.

Le troisième titre, intitulé *Application*, marque une ouverture vers le droit constitutionnel comparé. Loin de se limiter aux mécanismes d'exécution des arrêts et décisions rendues par les 3 Cours régionales, l'auteure inscrit ses développements dans une perspective plus large qui associe l'être et le devenir, ou pour mieux dire, l'être en devenir. Pour reprendre la formule si pertinente du juge F. Tulkens, « un arrêt [d'une juridiction régionale] n'est pas une fin en soi : il est la promesse d'un changement pour l'avenir, le début d'un processus qui doit permettre aux droits et libertés d'entrer dans la voie de l'effectivité » (*L'exécution et les effets des arrêts de la CourEDH*, Dialogue entre juges, séminaire organisé à la CourEDH, 2016, p. 101).

Après une analyse étoffée sur les modalités d'internationalisation des constitutions nationales qui montre que ce processus est loin d'être parachevé aujourd'hui (p. 338), la démonstration est orientée vers les différentes « synergies nationales et régionales » qui sont susceptibles de favoriser une application rapide et efficace des décisions et arrêts des organes régionaux de protection des droits de l'homme (p. 365). En ce qui concerne les synergies nationales, le lecteur peut se réjouir des explications fournies concernant le rôle des institutions nationales de protection des droits de l'homme et des acteurs de la société civile (p. 409) dans la mesure où ces acteurs de terrain sont régulièrement écartés par le champ de recherche de ce type de travaux académiques, ou même délibérément détachés à cause de leur fonction technique. En ce qui concerne les synergies régionales – l'auteur utilise le terme « synergies de contrôle » (p. 439), les résultats de la comparaison sont aussi instructifs. Si la mécanique réparatrice ne se décline pas de la même manière dans les trois systèmes de garantie des droits de l'homme, les mentalités se sont transformées sous le choc de l'impératif d'une exécution intégrale et appropriée. Ce constat touche même le système européen de protection des droits de l'homme où « la *summa divisio* originelle – qui consistait à séparer de façon étanche les fonctions respectives de la Cour (juger) et du Comité (surveiller) – vola en éclats sous le poids des contraintes » (p. 449).

Dans la conclusion, l'auteure fournit une appréciation globale de l'efficacité des 3 Cours examinées qui se construit sur la base d'une formule simple mais aucunement simpliste : « entre le passé et le présent, quel futur ? » (p. 486) se demande l'auteure en essayant d'entamer un dialogue avec le lecteur. « Un futur qui tire les enseignements du passé » pourrait lui retoquer un lecteur averti dans la mesure où « les vents ne furent jamais à l'arrêt. Il y eut [toujours] des périodes d'accalmie, mais aussi des épreuves où tempêtes et ouragans

se déchaînèrent » (p. 487). La réponse n'est évidemment pas aussi simple et l'auteure semble vouloir à juste titre alerter le lecteur sur le devenir de trois systèmes régionaux de protection des droits de l'homme. « [A]lors que les trois systèmes furent créés à des époques où les discours et les politiques à l'égard des droits étaient en vogue » souligne-t-elle, « ils évoluent de nos jours dans un contexte hostile où les démocraties et le multilatéralisme sont attaqués, voire démantelés » (p. 492).

Un dernier mérite de ce travail – pas de moindre importance – porte sur la richesse des références bibliographiques. Aucune idée développée dans le corps du texte n'est orpheline. Dès les premières pages, le lecteur perçoit l'intention de l'auteure non seulement d'étayer ses propos par le recours aux sources de première main mais aussi de sa volonté de lui offrir de la matière à réfléchir. A cet égard, plusieurs notes en bas de page s'inscrivent dans la continuité des analyses principales et contiennent des informations qui pourraient – dans certains cas – faire l'objet d'une analyse à part. Fruit du goût incontestable de l'auteur pour l'altérité, les notes en bas de pages lui sert pour se positionner par rapport à ses prédécesseurs, aux recherches que ceux-ci ont menées et aux enseignements qu'ils ont préconisés et pour entamer un dialogue – si précieux mais aussi si rare – entre la doctrine francophone et les doctrines anglophone et hispanophone.

Reste une interrogation à examiner. La pratique judiciaire des 3 Cours régionales de protection des droits de l'homme, même perfectible, ainsi que leurs similarités structurelles et matérielles, même imparfaites et partielles, peuvent-elles accélérer l'avènement d'un *ius commune* dans le domaine des droits fondamentaux ? Dans l'affirmatif, sa gloire sera pérenne ou éphémère ? C'est au lecteur gourmant de se faire une idée en lisant cette monographie brillante et aux États de décider du sort des trois systèmes régionaux de protection des droits de l'homme.

Bonne lecture !

***Recension par Christos Giannopoulos,**
MdC en droit public, université de Strasbourg

Les méthodes d'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne, Koen Lenaerts, José A. Gutierrez-Fons, Larcier, 2020, 214 p., ISBN 9782-8027-66827

Cet ouvrage est le bienvenu, non pas seulement en raison de la rareté des études exhaustives relative aux méthodes d'interprétation de la CJUE comme le souligne dans son excellente préface Fabrice Picod, mais aussi en raison de la personnalité de ses auteurs impliqués dans le travail quotidien de la Cour de justice puisque l'un d'entre eux en est le président et que l'autre y est référendaire.

L'étude porte sur tous les valets dans lesquels la Cour est appelée à statuer. Un premier chapitre porte sur les méthodes « classiques » d'interprétation (interprétation littérale, contextuelle et téléologique) pour, dans un deuxième chapitre, aborder la manière dont le droit de l'Union est interprété à l'aune du droit international et des traditions constitutionnelles communes aux États membres avant, dans un dernier chapitre traiter de l'interprétation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Ce dernier chapitre devrait tout particulièrement intéresser les lecteurs de cette revue puisqu'il constitue un remarquable synthèse de la façon dont la Cour de justice a appréhendé la Charte qu'il s'agisse de son champ d'application, des limitations aux droits fondamentaux ou des rapports entre la Charte et la Convention européenne des droits de l'homme ou entre le Charte et le droit constitutionnel national. Le lecteur sera frappé par la manière dont les auteurs montrent l'ouverture de la Cour tant à la Convention, mais aussi à la diversité des systèmes nationaux. Alors que les critiques adressés à la Cour, notamment au niveau national, insistaient sur la nécessité que celle-ci reconnaissent le pluralisme comme en attestent les jurisprudences constitutionnelles allemande et italienne (V. notamment Cour constitutionnelle allemande, Décisions du 6 Novembre 2019, 1 BvR 7/13 et 1 BvR 276/17, relatives au droit à l'oubli dans le cadre de la protection des données ; Cour constitutionnelle italienne, Arrêt du 7 novembre 2017, 269/17 et arrêt du 23 janvier 2019, 20/19), les auteurs montrent combien, dans divers domaines de

sa jurisprudence, la Cour porte une attention soutenue à la diversité au point de conclure l'ouvrage par un hommage au pluralisme constitutionnel qui permet d'établir, disent-ils, un espace constitutionnel commun où les idées circulent librement dans le cadre d'un dialogue constructif entre les juges (p. 169). De la même manière, les auteurs montrent combien le droit de l'Union doit être considéré comme un « droit vivant » (notion que la Cour utilisera à propos de la Charte, Arrêt du 17 décembre 2020, gr. ch., C-336/19, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a*, ECLI:EU:C:2020:1031) tout en insistant sur la manière dont, en cas d'absence de consensus entre les États membres, le droit doit être garanti en limitant les effets de l'arrêt (à propos du mariage entre personnes du même sexe (p. 100 et svtes).

Sur les méthodes d'interprétation, on appréciera à propos de l'interprétation littérale, les développements liés au multilinguisme dans l'Union européenne et à propos de l'interprétation contextuelle, l'analyse du recours croissant aux actes préparatoires lié à la transparence croissante du mécanisme décisionnel de l'Union. S'agissant de l'analyse téléologique, les auteurs s'attachent à démontrer combien les reproches d'activisme judiciaire liés à l'emploi de la méthode ne sont pas fondés.

L'ouvrage montre que l'usage de la méthode d'interprétation littérale constitue le point d'ancrage en raison de l'exigence de sécurité juridique et de protection des particuliers. Cependant, elle peut se heurter à la nature même des traités qui reposent sur des objectifs fonctionnels dont l'utilité est limitée dans le cadre d'une interprétation littérale. La méthode systématique permet de replacer le texte à interpréter dans le système d'ensemble et permet d'établir la cohérence entre le texte et le système. En raison même du caractère fonctionnel des traités, la Cour est amenée à en combler les lacunes en s'appuyant sur la méthode téléologique. Les objectifs définis dans les traités, les valeurs inspirées des traditions constitutionnelles communes constituent autant de guides dans l'interprétation du droit de l'Union. Les dispositions à interpréter, les mots utilisés, le contexte constituent autant d'éléments qui guident le choix de la méthode d'interprétation. Les développements de l'ouvrage s'appuient sur une abondante jurisprudence.

Au total, cet ouvrage, au-delà de son objet, repose sur une vision forte de la nature de l'Union et de l'indispensable prise en en compte aussi bien de ses valeurs que de du particularisme des États membres. À ce titre, il en appelle à la réflexion de ses lecteurs et doit orner toutes les bibliothèques de ceux qui enseignent ou pratiquent le droit de l'Union.

***Recension par Jean Paul Jacqué,**
Professeur émérite à l'Université de Srasbourg,
Directeur général honoraire au Conseil de l'Union européenne

DOCTRINE | EDITOR'S CHOICE

Branko Lubarda, The Rights of Persons with Disabilities in the Case-law of the European Court of Human Rights 6

Johan Callewaert, No Case to Answer for the European Public Prosecutor under the European Convention on Human Rights? Considerations on Convention Liability for Actions of the European Public Prosecutor's Office 20

Christophe Maubernard, La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: Un instrument de droit vivant… et donc fragile 36

Monica Feria-Tinta, Climate Change Litigation in the European Court of Human Rights: Causation, Imminence and Other Key Underlying Notions 52

FOCUS

Louis De Fournoux, Crise sanitaire et droits fondamentaux: les mutations du référé-liberté 73

Yannick Ganne, Etat des lieux du droit de vote aux Etats-Unis à la suite des élections de 2020 84

Alexandre Hermet, Procédures internes et établissement de la « juridiction » de l'Etat au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 96

Julien Mouchette, Une voie de recours dédiée aux conditions indignes de détention: vraie avancée ou impasse contentieuse? 114

Cécile Montanini, L'instrumentalisation de la laïcité face aux enjeux du « séparatisme islamiste »: du concept juridique au talisman politique 128

Edoardo Stoppioni, L'arrêt *Haqbin* à l'aune de la théorie des émotions: du paradoxe de l'accueil 139

RECENSION

Laurence Burgorgue-Larsen, Les 3 Cours régionales des droits de l'homme *in context*. La justice qui n'allait pas de soi, Pedone, 2020, 586 p. 152

Koen Lanaerts, José A. Gutierrez-Fons, Les méthodes d'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne, Bruylant, 2020, 214 p. 157

ISSN 2726-1263
WWW.EUROPEDESLIBERTES.EU