



Les tierces-interventions du Défenseur des droits devant la Cour européenne des droits de l'homme

Alexandre Palanco

ABSTRACT

While the French Defender of Rights' missions to domestic authorities are frequently highlighted, its role at european and international level remains unknown. There is, however, an obvious complementarity between the two dimensions. This complementarity is particularly noticeable when reading the third-party interventions of the Defender of Rights before the European Court of Human Rights. Indeed, those interventions extend and supplement its action concerning systemic or structural failures affecting rights and freedoms. Far from being satisfied with enlightening the european judge on the context of the cases, the Defender of Rights intends to make of its interventions real contributions to the jurisprudential function of the ECtHR and to the evolution of european standards of protection.

RESUME

Si les missions du Défenseur des droits auprès des autorités internes sont fréquemment mises en lumière, son rôle aux niveaux européen et international reste méconnu. Il existe pourtant une évidente complémentarité entre les deux dimensions, particulièrement perceptible à la lecture des tierces-interventions du Défenseur des droits devant la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, ces dernières prolongent et complètent son action concernant les défaillances systémiques ou structurelles affectant les droits et libertés. Loin de se contenter d'éclairer le juge européen sur le contexte des affaires dont il est saisi, le Défenseur des droits entend faire de ses interventions de véritables contributions à la fonction jurisprudentielle de la Cour EDH et à l'évolution des standards européens de protection.

MOTS-CLES

Défenseur des droits – Cour européenne des droits de l'homme – Tierce-intervention – Evolution jurisprudentielle – Fonction jurisprudentielle

Pour citer l'article :

Alexandre Palanco, « Les tierces-interventions du Défenseur des droits devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Europe des Droits & Libertés/Europe of Rights & Liberties*, septembre 2021/2, n° 4, pp. 251-266.

La reproduction ou représentation de cet article n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site de l'*Europe des Droits & Libertés/Europe of Rights & Liberties*. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France.

© 2021 Europe des Droits & Libertés / Europe of Rights & Liberties

Les tierces-interventions du Défenseur des droits devant la Cour européenne des droits de l'homme

Alexandre Palanco*

Le Défenseur des droits, institué par la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 (dite de modernisation des institutions de la V^e République), revêt aujourd'hui un rôle pivot dans la protection des droits des citoyens et des libertés fondamentales au niveau national. Inspiré de la tradition des *ombudsmän* scandinaves³⁹³, il réunit en effet en une seule « personne » les pouvoirs et les missions de quatre anciennes autorités administratives indépendantes : le Médiateur de la République, le Défenseur des enfants, la Commission nationale de déontologie de la sécurité et la Haute Autorité de lutte contre les discriminations³⁹⁴.

Si son action auprès des institutions et juridictions nationales est aujourd'hui bien connue et régulièrement étudiée par la doctrine³⁹⁵, l'action internationale du Défenseur des droits reste sans doute un peu plus confidentielle³⁹⁶. D'une part, il peut être associé, à la demande du Premier ministre, à la préparation de la position française dans les négociations internationales³⁹⁷. D'autre part, afin de veiller au respect par la France de ses engagements conventionnels³⁹⁸, l'autorité collabore aujourd'hui avec plusieurs organisations internationales³⁹⁹.

Ainsi, il est chargé de la rédaction et de la présentation de rapports indépendants devant le Comité des droits de l'enfant (« Comité IDE »). Il a également été désigné officiellement mécanisme de suivi indépendant de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées (« CIDPH ») et contribue à l'élaboration de

* Enseignant-chercheur en droit public, UR – Confluence Sciences et Humanités (UCLy), Membre associé de l'I.D.E.D.H. (Université de Montpellier).

³⁹³ Sans pour autant en revêtir tous les atours : voir notamment A. Legrand, « Ombudsmän nordiques et Défenseur des droits », *Revue française d'administration publique*, 2011/3 (n° 139), p. 499.

³⁹⁴ Sur la genèse de cette autorité, O. Renaudie, « La genèse complexe du Défenseur des droits », *Revue française d'administration publique*, 2011/3 (n° 139), p. 397.

³⁹⁵ Pour quelques exemples récents, voir D. Löhner, « La fonction d'aide à l'accès au juge du Défenseur des droits », *Revue française de droit constitutionnel*, 2020, p. 189 ; C. Rivière, « La contribution du Défenseur des droits au respect effectif des droits des étrangers », *Titre VII*, 2021/1 (n° 6), p. 58 ; S. Sereno, « Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi : Un bilan en demi-teinte ou quand la volonté ne suffit pas... », *Revue de Droit du Travail*, Dalloz, 2019, p. 4212 ; J. de Saint Sernin, « Le Défenseur des droits et le juge administratif : d'une coopération informative réciproque à un appui juridictionnel limité ». *Revue française de droit administratif*, Dalloz, 2018, p. 332.

³⁹⁶ Sur cette question, voir J. Toubon, « Le Défenseur des droits, garant du respect des engagements européens et internationaux pris par la France », IOI-Europe Conference, *The Ombudsman In An Open And Participatory Society*, Bruxelles, Octobre 2018.

³⁹⁷ Art. 32 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

³⁹⁸ Art. 4 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

³⁹⁹ Sur cette question, voir notamment Assemblée Nationale, *Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement par la Commission des lois constitutionnelles, de la légalisation et de l'administration générale de la République en conclusion des travaux d'une mission d'information sur le Défenseur des droits*, 15 juillet 2020.

rapports au sein d'autres organes onusiens⁴⁰⁰. Il a été désigné organisme compétent au titre de l'article 4 de la directive européenne du 16 avril 2016 relative à l'exercice des droits des travailleurs de l'Union européenne et de leur famille. Il participe aux travaux de la Commission des droits de l'Homme, de la Commission européenne pour l'élimination du racisme et de l'intolérance (« ECRI ») du Conseil de l'Europe, et du Comité européen pour la prévention de la Torture (« CPT »). Enfin, il collabore occasionnellement avec l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et l'institut de l'Union européenne pour l'égalité de genre (EIGE).

En outre, le Défenseur des droits a développé depuis 2014 une activité de « tiers-intervenant » auprès de plusieurs institutions en charge de la protection des droits fondamentaux : la Cour européenne des droits de l'homme (« Cour EDH »), le Service de l'exécution des arrêts de la Cour EDH du Conseil de l'Europe (« SERVEX »), le Comité européen des droits sociaux (« Comité EDS »), la Cour de justice de l'Union européenne (« CJUE ») ainsi que du Comité des droits de l'enfant (« Comité IDE »).

C'est donc devant la Cour EDH que le Défenseur des droits a initié cette fonction de « tiers-intervenant » auprès des institutions européennes, puis internationales, sur le fondement de l'article 36 de la Convention européenne des droits de l'homme (« CEDH ») qui permet à toute personne intéressée, autre que le requérant, de présenter des observations écrites⁴⁰¹. La procédure de tierce-intervention, permettant « à une personnalité ou à un organe non-partie à une procédure judiciaire de donner des informations de nature à éclairer le tribunal sur des questions de faits ou de droit »⁴⁰², contribue à placer le juge dans une situation optimale pour trancher une question inédite ou une proposition de revirement. Elle est précieuse pour deux raisons principalement. D'une part, ces interventions permettent un décroisement⁴⁰³ de la jurisprudence de la Cour en transmettant d'importantes informations concernant les ordres juridiques internes ou la jurisprudence des autres tribunaux internationaux. Les tiers intervenant pallient ainsi les lacunes de la Cour, pour laquelle il reste difficile d'entreprendre des études comparées de grande ampleur. D'autre part, ces interventions peuvent déborder le débat juridique dans des affaires d'une particulière sensibilité⁴⁰⁴ : « la référence au mémoire de l'*amicus* permet donc de faire état de convictions idéologiques à l'égard de questions éthiques et d'énoncer les grands principes à l'appui de la défense de certains

⁴⁰⁰ Conseil des droits de l'Homme, Comité des droits de l'Homme, Comité pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CERD), le Comité pour l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes (CEDAW).

⁴⁰¹ Concernant cette procédure devant la Cour EDH, voir notamment : E. Decaux et C. Pettiti, *La tierce intervention devant la Cour EDH*, Bruxelles, Bruylant, 2009 ; L.-A. Sicilianos, « La tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme », in H. Ruiz-Fabri et J.-M. Sorel (dir.), *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2005 ; A. Lester, « *Amici Curiae* : Third-Party Interventions Before European Court of Human Rights » in *Protecting Human Rights : The European Dimension. Studies in Honour of Gerard J. Wiarda*, Cologne, Carl Heymanns Verlag KG, 1988, p. 341 ; L. Burgorgue-Larsen, « Les interventions éclairées devant la Cour européenne des droits de l'homme ou le rôle stratégique des *amici curiae* », in *La conscience des droits, Mélanges J.-P. Costa*, Paris, Dalloz, 2011, p. 67.

⁴⁰² J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 62.

⁴⁰³ H. Ascencio, « *L'amicus curiae* devant les juridictions internationales », *RGDIP*, 2001, p. 924.

⁴⁰⁴ N. Bürli, « *Amicus Curiae* As a Means to Reinforce the Legitimacy of the European Court of Human Rights », in S. Phlogaites, T. Zwart, J. Fraser (eds), *The European Court of Human Rights and its Discontents : Turning Criticism into Strength*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013, p. 141.

intérêts »⁴⁰⁵. La tierce intervention contribue ainsi à accroître la pertinence de la décision rendue et la qualité de sa motivation⁴⁰⁶ : « [de] cette ouverture démocratique du procès naît la confrontation entre ces divers acteurs et la richesse des débats qui contribuent à l'amélioration de la décision du juge éclairé »⁴⁰⁷. Ainsi, la procédure a prouvé son efficacité en contribuant à plusieurs évolutions jurisprudentielles fondamentales⁴⁰⁸.

En sept ans, le Défenseur des droits a déposé au moins seize observations dans des affaires relevant de son champ de compétence tel que défini à l'article 4 de la loi organique : trois interventions concernent la question de la rétention administrative des enfants⁴⁰⁹ ; trois interventions concernent l'accueil et la prise en charge des mineurs non accompagnés⁴¹⁰ ; une intervention concerne les conditions d'évacuation d'un campement de familles roms⁴¹¹ ; une intervention concerne la réadmission d'une famille de demandeurs d'asile vers la Hongrie⁴¹² ; deux interventions concernent les conditions d'accueil des demandeurs d'asile⁴¹³ ; une intervention concerne le refus de prestations familiales opposé aux enfants entrés en France hors de la procédure de regroupement familial⁴¹⁴ ; deux interventions concernent l'effectivité des voies de recours aux fins de contestation des conditions de détentions⁴¹⁵ ; deux interventions concernent des

⁴⁰⁵ L. Hennebel, « Le rôle des *amici curiae* devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 71/2007, p. 644.

⁴⁰⁶ N. Bürli, « Amicus curiae as a means to reinforce the legitimacy of the European Court of Human Rights », préc., p. 142.

⁴⁰⁷ L. Hennebel, « Le rôle des *amici curiae* devant la Cour européenne des droits de l'homme », préc., p. 643.

⁴⁰⁸ Voir notamment sur cette question L.-A. Sicilianos, « La tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme », préc., p. 143.

⁴⁰⁹ Décision 2019-074 du 22 mars 2019 relative à une tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme portant sur le placement en rétention administrative d'enfant dans le cadre de la requête *M.D. c. France* ; Décision 2018-174 du 18 juin 2018 relative à une tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *L. P. C. France* ; Décision MDE-2015-035 du 16 février 2015 relative à une tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme portant sur le placement en rétention administrative d'enfants, *R.K. c. France*.

⁴¹⁰ Décision 2018-058 du 9 février 2018 relative à une tierce intervention devant la cour européenne des droits de l'homme portant sur l'affaire *Moustahi c. France* (Mayotte) ; Décision 2018-003 du 19 janvier 2018 relative à une tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme portant sur la question du respect des obligations de l'Etat en matière de protection, d'accueil et de prise en charge des mineurs non accompagnés migrants, *Khan c. France* (Lande de Calais) ; Décision 2017-205 du 28 juin 2017 relative à une tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme portant sur la protection, l'accueil et de la prise en charge des mineurs non accompagnés (Italie).

⁴¹¹ Décision MLD-MDE-MSP-MDS-2014-111 du 1er septembre 2014 relative à la conformité des conditions d'évacuation d'un campement avec les articles 3, 8 et 13 de la CEDH.

⁴¹² Décision 2017-059 du 9 février 2017 relative à une tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme portant sur la procédure de réadmission vers la Hongrie visant une famille de migrant souhaitant solliciter l'asile en France, *A.S. et G.S. c. France*.

⁴¹³ Décision MLD-2015-221 du 22 septembre 2015 relative au respect des conditions matérielles d'accueil des demandeurs d'asile ; Décision MSP-2014-087 du 19 juin 2014 relative à une tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme portant sur l'accueil des demandeurs d'asile, *N.H. c. France*.

⁴¹⁴ Décision MLD-MDE-MSP-2014-082 du 3 juin 2014 relative à une tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme portant sur des refus de prestations familiales opposés aux enfants entrés en France hors de la procédure de regroupement familial.

⁴¹⁵ Décision 2018-148 du 23 mai 2018 relative à une tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme dans plusieurs affaires illustrant les difficultés rencontrées par les personnes détenues pour faire respecter leurs droits ; Décision 2017-118 du 23 mars 2017 relative à une tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme portant sur l'effectivité des recours mettant en cause des conditions de détention contraires à l'article 3, *R.I. et autres c. France*.

questions de bioéthique⁴¹⁶ ; une intervention concerne l'usage des techniques de renseignement et leurs incidences concernant les avocats et les journalistes⁴¹⁷.

Malgré un intérêt plus marqué pour certaines problématiques – les droits des étrangers et notamment des mineurs étrangers – les interventions du Défenseur des droits auprès de la Cour EDH concernent des sujets variés. Ainsi, cet article n'aura pas pour vocation de présenter de manière exhaustive la position ou l'argumentation déployée dans ces interventions. Il s'agira plus humblement de tenter de comprendre la démarche choisie par le Défenseur des droits, la finalité des interventions ainsi que leurs articulations avec les autres missions de l'autorité, notamment au niveau national.

Or l'analyse de la liste des observations permet de constater que le Défenseur des droits intervient devant la Cour EDH en qualité de tiers-intervenant lorsque les problématiques portées au niveau européen recourent des préoccupations qu'il traite de façon récurrente à travers l'instruction de réclamations individuelles et l'examen des textes législatifs et réglementaires. Ainsi, dépassant le simple cadre de l'espèce, ses interventions visent en réalité à prolonger son action menée au niveau interne aux fins de résorption des défaillances structurelles ou systémiques⁴¹⁸ affectant la protection des droits et libertés (**Partie I**). Dans cette perspective, il œuvre principalement au renforcement de l'effectivité des droits et entend, par-delà un rôle d'information sur le contexte de l'affaire (**Partie II**), participer à la fonction jurisprudentielle de la Cour EDH et à l'évolution des standards européens de protection (**Partie III**).

Partie I - Prolonger l'action interne: les fondements de la tierce intervention du Défenseur des droits devant la Cour EDH

A la lecture de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, aucune disposition ne semble directement lui octroyer compétence pour intervenir auprès d'une juridiction supranationale. Plusieurs éléments permettent en revanche, sans doute indirectement, de soutenir le choix de l'institution d'assurer ce rôle.

1. En effet, l'article 4 de la loi organique confère au Défenseur des droits une mission de « garant du respect des engagements européens et internationaux pris par la France »⁴¹⁹. Cette mission se matérialise par la défense et la promotion des droits de

⁴¹⁶ Décision 2019-016 du 22 janvier 2019 portant observations devant la CEDH dans le cadre d'une demande d'avis consultatif de la Cour de cassation portant sur la reconnaissance dans l'ordre juridique interne du lien de filiation, légalement établi à l'étranger, entre les enfants nés d'une gestation pour autrui (GPA) et leurs parents ; Décision 2017-184 du 8 juin 2017 relative à une tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme portant sur les conditions d'accès à la procréation médicalement assistée (PMA) pour les couples de femmes sur le territoire national.

⁴¹⁷ Décision 2017-280 du 27 septembre 2017 relative à une tierce intervention devant la cour européenne des droits de l'homme portant sur la loi relative au renseignement du 24 juillet 2015 : *association confraternelle de la presse judiciaire contre la France et 11 autres requêtes*.

⁴¹⁸ Bien que les termes « structurel » et « systémique » renvoient sans doute à des qualités distinctes, nous les utiliserons ici indifféremment, à l'instar de la Cour EDH (voir pour exemple Cour EDH, G. Ch., 29 mars 2006, *Scordino c. Italie n° 1*, req. n° 36813/97), pour signifier un « problème à grande échelle ».

⁴¹⁹ J. Toubon, « Le Défenseur des droits, garant du respect des engagements européens et internationaux pris par la France », préc.

l'enfant, notamment ceux consacrés par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France ainsi que la lutte contre les discriminations, notamment celles prohibées par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France⁴²⁰. Dans cette optique, la loi organique lui octroie des pouvoirs – recommandations de modifications législatives ou règlementaires, consultation par le Premier ministre ou les présidents des assemblées parlementaires⁴²¹ – lui permettant notamment d'interpeller les autorités nationales quant à leur obligation de se conformer aux engagements internationaux⁴²².

En outre, l'article 33 de la loi organique consacre un droit d'intervention devant les « juridictions civiles, administratives et pénales » par la présentation d'observations écrites ou orales⁴²³. Ce statut d'*amicus curiae* – reconnu par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat – permet au Défenseur des droits d'intervenir « en toute indépendance »⁴²⁴ pour livrer son expertise à la juridiction devant laquelle se tient le litige. A ce titre, le Défenseur des droits est en mesure de rappeler au juge « qu'en tant que gardien des droits de l'homme et des libertés, il lui appartient de garantir l'effectivité des droits garantis par les traités et de contrôler la conformité de la loi à ces textes »⁴²⁵. Les références à la CEDH, à la jurisprudence de la Cour EDH ainsi qu'à d'autres instruments internationaux sont ainsi pléthores au sein des observations communiquées par le Défenseur aux juridictions nationales⁴²⁶, lui permettant de souligner, devant les juridictions nationales, les défaillances structurelles ou systémiques – potentiellement inconventionnelles – du système juridique français.

Cette mission d'intervention auprès des juridictions était déjà reconnue à la HALDE en des termes identiques à l'article 13 de la loi du 30 décembre 2004 portant sa création⁴²⁷. Si la multiplication des interventions de la Haute autorité devant les juridictions internes avait causé un certain nombre de débats – notamment au regard du droit à un procès équitable⁴²⁸ – celle-ci n'est jamais intervenue devant une juridiction supranationale. Cette posture semble raisonnable dans la mesure où la formulation des deux dispositions semble exclusivement viser les juridictions internes. Toutefois, le Défenseur des droits a quant à lui fait le choix d'intervenir régulièrement en qualité de tiers intervenant devant

⁴²⁰ Art. 4 de la loi organique, préc.

⁴²¹ Art. 32 de la loi organique, préc.

⁴²² J. Toubon, « Le Défenseur des droits, garant du respect des engagements européens et internationaux pris par la France », préc.

⁴²³ Art. 33 de la loi organique, préc.

⁴²⁴ J. Toubon, « Le Défenseur des droits, garant du respect des engagements européens et internationaux pris par la France », préc.

⁴²⁵ *Idem*.

⁴²⁶ Voir récemment Décision 2021-184 du 25 juin 2021 relative aux difficultés d'un mineur non accompagné à bénéficier d'une mesure de placement au titre de l'article 375 du code civil (visant notamment la Convention internationale relative aux droits de l'enfant) ; Décision 2021-169 du 8 juin 2021 relative au refus d'inscription sur la liste des demandeurs d'emploi opposé à un doctorant étranger muni d'un titre de séjour portant la mention « étudiant » (visant notamment la CEDH).

⁴²⁷ Art. 13 de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE).

⁴²⁸ Voir en ce sens Cour de cassation, Chambre sociale, 2 juin 2010, 08-40.628, Publié au bulletin.

la Cour EDH au visa de l'article 33 dans le cadre des contentieux relevant de son champ de compétence⁴²⁹.

2. Par-delà la lettre du texte, le choix du Défenseur des droits d'intervenir devant les juridictions européennes et particulièrement devant la Cour EDH nous paraît présenter de solides arguments. La dimension « interne » de l'action du Défenseur des droits aux fins de résolutions des défaillances structurelles dans le respect des engagements internationaux de la France – auprès des autorités et des juridictions nationales – ne saurait être pleinement effective sans un versant « externe », permettant une intervention devant les institutions supranationales ou internationales chargées de ce contrôle. En d'autres termes, les interventions du Défenseur des droits semblent répondre à une logique de subsidiarité : l'intervention devant la Cour EDH est toujours consécutive de son impuissance à résoudre une défaillance structurelle par le biais de ses moyens d'action au niveau interne (via l'article 32 de la loi organique auprès des autorités législatives et réglementaires et via l'article 33 de la loi organique). Elle constitue donc comme le prolongement des compétences internes attribuées au Défenseur des droits et lui permettent d'assurer ses missions dans le cadre d'une approche globale de la protection des droits. L'intervention devant la Cour EDH joue en réalité un rôle similaire aux interventions devant les juridictions nationales s'agissant du respect des engagements internationaux : contester la conventionalité du droit interne afin de remédier aux défaillances structurelles.

La toute première intervention du Défenseur des droits devant la Cour EDH illustre parfaitement cette complémentarité des moyens d'action (individuels et collectifs mais aussi internes et externes)⁴³⁰. Concernant l'exigence d'un certificat médical de l'OFII pour justifier de l'arrivée des enfants via le regroupement familial et conditionnant l'octroi de certaines prestations sociales, la HALDE – saisie de plusieurs réclamations individuelles – a présenté de nombreuses observations devant les juridictions nationales. Ces dernières ont très largement reconnu le caractère discriminatoire des dispositions litigieuses du Code de la sécurité sociale et leur non-compatibilité avec les articles 8 à 14 de la CEDH. Ces décisions ont cependant été jugées conformes à cette même CEDH par la Cour de cassation, en assemblée plénière, dans une décision du 3 juin 2011⁴³¹. Le Défenseur des droits – également saisi de nombreuses réclamations individuelles – a continué de présenter des observations devant la Cour de cassation⁴³². Dans la continuité de son action et de celle de la HALDE avant lui, il présente également une tierce intervention devant la Cour EDH reprenant l'essentiel des arguments présentés devant les juridictions internes⁴³³.

⁴²⁹ Voir notamment Décision MDE-2015-035, préc

⁴³⁰ La complémentarité des moyens d'action individuels et collectifs est mise en avant par le Défenseur des droits lui-même. Voir en ce sens le Rapport de l'Assemblée Nationale du 15 juillet 2020, préc : « M. Jacques Toubon a rappelé lors de son audition du 4 juin 2020 que les moyens d'action individuels et collectifs, loin de s'opposer, fonctionnent de concert. Les réclamations adressées au Défenseur des droits permettent de nourrir une réflexion d'ensemble et rendent possible une intervention de l'institution dans le débat public, de même qu'elles orientent les recommandations de modification législative et réglementaire ».

⁴³¹ Cour de cassation., Ass. plén., 3 juin 2011, n° 09-71.352 et n° 09-69.052, Publié au bulletin.

⁴³² Décision MLD-2013-49 du 14 mars 2013 relative à une réclamation portant sur le refus de prestations familiales opposé à un enfant entré en France en dehors de la procédure du regroupement familial.

⁴³³ Décision MLD-MDE-MSP-2014-082, préc.

De même, concernant la protection du droit au respect de la vie privée et familiales des « Roms » évacués des terrains qu'ils occupaient sans titre, le Défenseur des droits a établi un bilan de l'application de la circulaire interministérielle du 26 août 2012 relative à l'anticipation et à l'accompagnement des opérations d'évacuation des campements illicites à destination du Premier ministre, dans laquelle il formule plusieurs recommandations⁴³⁴. Il a ensuite poursuivi son action en présentant plusieurs observations devant les tribunaux nationaux, défendant la nécessité au regard des normes européennes de laisser un délai suffisant aux occupants pour quitter les lieux dans des conditions décentes⁴³⁵. Enfin, prolongeant son action, il a également formé une tierce intervention devant la Cour EDH reprenant l'essentiel des constats et recommandations préalablement établis⁴³⁶.

Ainsi les deux dimensions – interne et externe – se nourrissent l'une et l'autre dans la perspective d'une résolution des violations structurelles des normes internationales. D'une part, le Défenseur des droits acquiert par l'usage des moyens d'actions internes (via le traitement des réclamations individuelles puis l'élaboration de rapports à destination des autorités ou dans le cadre d'intervention auprès des juridictions internes) une expertise concernant un domaine ou une question de droit qui pourra ensuite être mise à profit de la juridiction supranationale. D'autre part, la dimension externe permet de prolonger les actions du Défenseur des droits dont la voix n'aurait pas été entendue au niveau interne.

A travers ces deux exemples et la liste des domaines d'intervention, il apparaît surtout que les observations transmises par le Défenseur des droits ont vocation à dépasser le simple cadre du litige opposant un ou plusieurs requérants au gouvernement français pour se placer sur le terrain plus global de la résolution des violations structurelles ou systèmes de la Convention.

Partie II - Convaincre de l'existence d'une défaillance structurelle: la présentation du contexte de l'affaire

La première fonction que peut revêtir l'*amicus curiae* consiste à porter à la connaissance de la juridiction des éléments de contexte lui permettant de trancher les litiges. Devant la Cour EDH, ces éléments de contexte – aujourd'hui identifiables dans la partie « en fait » des arrêts – comprennent en réalité des aspects factuels mais aussi des aspects juridiques, concernant notamment le droit en vigueur dans l'Etat requérant.

Cette première fonction est évidemment très présente dans les interventions présentées par le Défenseur des droits, lesquelles visent essentiellement des problèmes systémiques préalablement identifiés. L'objectif semble donc de démontrer que derrière la situation

⁴³⁴ Bilan d'application de la circulaire interministérielle du 26 août 2012 relative à l'anticipation et à l'accompagnement des opérations d'évacuation des campements illicites. Août 2012-mai 2013.

⁴³⁵ Voir pour exemple : Décision MLD-2013-61 du 22 mars 2013 relative à une procédure d'expulsion d'occupants sans droit ni titre d'un terrain (devant le juge de l'exécution du Tribunal de grande instance de Nantes).

⁴³⁶ Décision n° MDE-MSP-MDS-2014-111, préc.

d'un requérant se trouve une véritable défaillance de grande ampleur nécessitant l'adoption de mesures générales.

A travers l'ensemble de ses missions – rédaction de rapport, traitement des requêtes individuelles, missions *in situ* – il acquiert une connaissance approfondie des problématiques nationales entrant dans son champ de compétence qu'il mobilise par la suite au sein des interventions. Ces éléments sont fréquemment repris par la Cour EDH dans sa motivation, notamment pour corroborer la version du requérant lorsque cette dernière concorde avec l'analyse du Défenseur des droits et d'autres autorités ou ONG⁴³⁷.

1. Concernant le contexte juridique, les interventions du Défenseur des droits vont bien au-delà d'une simple présentation du droit national applicable. Ce dernier est généralement bien connu de la Cour EDH, soit par l'intermédiaire des observations écrites présentées par les parties soit par le biais des recherches menées par le service du juriconsulte. En revanche, ces interventions apparaissent précieuses pour le juge européen en ce qu'elles permettent la mise au jour des défaillances ou des incohérences du droit national applicable. Ainsi, les observations produites par le Défenseur des droits constituent sur ce point un élément important de contradictoire face aux positions présentées par l'Etat français.

La défaillance la plus fréquemment évoquée par le Défenseur des droits concerne l'effectivité des normes juridiques mises en place sur le plan national. Un exemple récurrent concerne la question du placement des mineurs en rétention administrative. Si le Défenseur des droits concède l'interdiction de principe établie par le droit national à l'article L.551-1 du CESEDA, il souligne néanmoins que la teneur des dérogations aux principes conduit en réalité à légaliser la pratique⁴³⁸. De même, concernant la situation spécifique sur l'île de Mayotte, le Défenseur des droits dénonce dans son intervention la pratique du rattachement artificiel des enfants isolés à des tiers majeurs sans lien juridique aux fins de contournement de l'interdiction⁴³⁹. Concernant l'accueil et la prise en charge des mineurs présents dans la Lande de Calais, le Défenseur des droits insiste notamment sur le « défaut de mise en œuvre des dispositifs juridiques existant [permettant] le regroupement familial » des mineurs et le « manque de moyens dévolus à l'information » des mineurs sur les choix qui s'ouvrent à eux⁴⁴⁰.

La question de l'effectivité des voies de recours internes constitue également un point d'intérêt récurrent dans les interventions présentées par le Défenseur des droits. Ainsi, concernant la question des conditions de détentions contraires à l'article 3, il a présenté à diverses reprises les recours offerts aux détenus par le droit national afin de mettre en

⁴³⁷ Pour un exemple de cette concordance des faits exposés contredisant la version du Gouvernement, voir notamment Cour EDH, 28 février 2019, *Khan c. France*, req. n°12267/16, para. 86.

⁴³⁸ Voir Décision n° 2019-074, préc et Décision n° 2018-174, préc. Il avait par ailleurs soutenu la même position dans son Défenseur des droits, Avis 16-02 du 6 janvier 2016.

⁴³⁹ Voir Décision n° 2018-058, préc. Cette situation avait préalablement été dénoncé par le Défenseur des droits (Décision n° 2015-002) ainsi que le Contrôle général des lieux de privations de libertés (Rapport d'activité, 2016).

⁴⁴⁰ Voir Décision n° 2018-003, préc. Il avait déjà souligné ces défaillances dans un rapport de 2015 : Défenseur des droits, Rapport Exilés et droits fondamentaux : la situation sur le territoire de Calais, octobre 2015.

exergue leur incompatibilité avec les standards posés par la Cour EDH sur le terrain de l'article 13 CEDH⁴⁴¹. De même, dans son intervention concernant la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement, le Défenseur des droits reconnaît l'existence d'une voie de recours juridictionnelle devant le Conseil d'Etat mais conteste sa conformité avec le standard établi par la Cour EDH : absence de notification *a posteriori* de la surveillance, impossibilité pour le requérant obtenant gain de cause de se voir communiquer les informations recueillies, annulation et destruction des communications laissées à la discrétion du juge⁴⁴².

Une autre défaillance du droit national plusieurs fois mise en exergue par le Défenseur des droits dans ses interventions concerne les divergences de jurisprudence. La divergence peut tout d'abord être invoquée dans les interventions pour souligner l'instabilité jurisprudentielle. Ainsi, concernant la procédure de réadmission vers la Hongrie d'une famille sollicitant l'asile en France, le Défenseur de droits souligne l'existence de positions contraires de la part des juridictions nationales concernant l'existence de défaillances systématiques visant la procédure d'asile et les conditions d'accueil dans ce pays.

L'existence de positions divergentes entre juridictions du fond lui permet également de démontrer qu'une autre interprétation du droit national que celle défendue par le Gouvernement est non seulement possible, mais également plus bénéfique sur le plan de la protection des droits. Tel est notamment le cas dans son intervention de janvier 2019 concernant la question de la reconnaissance dans l'ordre juridique interne du lien de filiation, légalement établi à l'étranger, entre les enfants nés d'une gestation pour autrui (« GPA ») et leurs parents⁴⁴³. Après avoir effectué un rappel précis de la jurisprudence de la Cour de cassation à la suite des arrêts *Menesson* et *Labassée*⁴⁴⁴ privilégiant la transcription du lien de filiation biologique, le Défenseur des droits souligne la position constamment divergente du TGI de Nantes. Ce dernier fait en effet prévaloir « la réalité juridique » sur la « réalité biologique » en ordonnant la transcription complète des actes de naissance étrangers des enfants nés de GPA, position à laquelle le Défenseur des droits souscrit⁴⁴⁵.

2. Concernant les éléments factuels de contexte des affaires devant lesquelles il est amené à présenter des interventions, le Défenseur des droits utilise plusieurs types d'arguments visant à éclairer (ou convaincre) la Cour EDH, notamment la mobilisation de rapports institutionnels nationaux ou internationaux et la présentation de statistiques. Ces arguments ne sont toutefois pas exhaustifs et peuvent varier en fonction des spécificités de l'affaire. A titre d'exemple, le Défenseur des droits a pu évoquer plusieurs études scientifiques pour démontrer l'ampleur des incidences psychologiques de la

⁴⁴¹ Voir Décision n° 2018-148, préc et Décision n° 2017-118.

⁴⁴² Voir Décision n° 2017-280, préc. Il avait déjà défendu cette position dans les avis adressés au Parlement : Défenseur des droits, Avis n° 15-04 et 15-09 des 2 et 29 avril 2015, n° 15-21 et 15-22 des 21 septembre et 7 octobre 2015.

⁴⁴³ Décision n° 2019-016, préc.

⁴⁴⁴ Cour EDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France* et *Labassée c. France*, req. n° 65192/11 et 65941/11.

⁴⁴⁵ Par exemple, TGI Nantes, 14 décembre 2017, 16/04096 ; 13 mai 2015, 14/07497 ; 17 septembre 2015, 15/02603 ; 24 novembre 2016, n° 15/06805.

rétenion administrative sur les mineurs⁴⁴⁶ ou encore l'absence de fiabilité des tests osseux pour déterminer l'âge d'un individu⁴⁴⁷. De même, il peut lui arriver de mettre en avant quelques exemples de situations concrètes – autres que celle des requérants de l'espèce – auquel il a pu être confronté dans le cadre du traitement des requêtes individuelles et qui attestent de la récurrence du problème soulevé⁴⁴⁸ et ses conséquences⁴⁴⁹.

Premièrement donc, le Défenseur mobilise de façon abondante des rapports institutionnels afin d'attester du contexte factuel entourant une affaire portée devant la Cour EDH⁴⁵⁰. A cette fin, trois catégories d'institutions dont les expertises sont reprises au sein des interventions peuvent être distinguées. Premièrement, ainsi que nous l'avons évoqué précédemment, le Défenseur des droits fait très fréquemment références aux avis, rapports ou décisions qu'il a lui-même rédigés dans le contexte national notamment. Comme il l'indique lui-même à plusieurs reprises dans ses interventions, les missions d'observations, la rédaction de rapports et le traitement des requêtes individuelles nourrissent en effet la formulation d'observation devant les juridictions⁴⁵¹. A titre d'exemple, le Défenseur des droits a, depuis 2012, effectué plusieurs missions d'observations à Mayotte se concrétisant par la publication de rapports⁴⁵² qui serviront ensuite de sources pour les interventions devant les juridictions nationales⁴⁵³ et devant la Cour EDH⁴⁵⁴. De même, dans l'affaire *Khan c. France*, la Cour écarte l'argument du Gouvernement invoquant l'absence d'adhésion des mineurs aux mesures de prise en charge proposées, en se référant aux observations du Défenseur des droits – selon lesquelles les réticences des mineurs s'expliquent par le caractère inadapté à leur situation des structures d'accueil⁴⁵⁵.

Deuxièmement, le Défenseur des droits se réfère régulièrement aux expertises institutionnelles produites au niveau national. Tel est notamment le cas des rapports produits par des institutions spécialisées telles que le Contrôleur général des lieux de privations de libertés (« CGLPL »)⁴⁵⁶ dont les missions d'observation en milieux pénitentiaires et les rapports en découlant constituent une source d'informations précieuse pour la juridiction européenne. Les rapports parlementaires sont également mobilisés dans les interventions du Défenseur des droits en particulier pour ce qui

⁴⁴⁶ Décision 2018-058 et 2019-074, préc. A titre d'exemple, le Défenseur des droits cite deux études : Farmer, A. (2013), Impact of immigration detention on children, Forced Migration Review ; Kronick, R., Rousseau, C., Cleveland, J. (2015), Asylum seeking children's experiences of detention in Canada.

⁴⁴⁷ Décision 2017-205, préc.

⁴⁴⁸ Décision 2018-174, préc., concernant la rétention administrative des enfants.

⁴⁴⁹ Décision MLD-MDE-MSP-2014-082, préc., pour des exemples de situations rencontrées par le Défenseur des droits et illustrant le caractère non pertinent de l'exigence du certificat OFII aux fins de versement des prestations sociales pour parvenir au but prétendument poursuivi.

⁴⁵⁰ Ces rapports peuvent également être mobilisés au soutien d'une proposition d'évolution du standard de protection de la Cour EDH (voir *infra*).

⁴⁵¹ Voir notamment Décision n°2018-058, préc.

⁴⁵² Défenseur des droits, Rapport sur la protection des droits de l'enfant à Mayotte, 2013 ; Rapport, Situation sur les droits et la protection des enfants à Mayotte, 2015 ; Rapport « Les droits fondamentaux des étrangers en France », mai 2016.

⁴⁵³ Voir notamment Décisions n° 2013-87 et 2015-002.

⁴⁵⁴ Décision n° 2018-058, préc.

⁴⁵⁵ Cour EDH, *Khan c. France*, préc., para. 90.

⁴⁵⁶ Voir notamment Décision n° 2019-74, préc. ; Décision n° 2019-16, préc. ; Décision n° 2017-118, préc.

concerne les conditions de détention⁴⁵⁷ ou encore les conditions d'accueil des demandeurs d'asile⁴⁵⁸.

Troisièmement, les interventions du Défenseur des droits font un recours parcimonieux aux rapports et expertises d'institutions européennes et internationales afin de consolider les constatations factuelles opérées par lui-même ou par d'autres autorités nationales⁴⁵⁹. Ainsi, concernant le problème de la surpopulation carcérale dans les prisons françaises, il appuie notamment son propos en se référant aux observations finales du Comité contre la torture de l'ONU concernant le rapport périodique de la France⁴⁶⁰. De même, concernant la gravité des conditions de vie et les risques encourus par les mineurs dans la Lande de Calais, son analyse de la situation sur place est confortée par un renvoi aux Observations finales du Comité des droits de l'enfant, du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale⁴⁶¹ mais également au Rapport de visite du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe⁴⁶². Les constatations effectuées par des institutions internationales sont également particulièrement précieuses pour le Défenseur des droits lorsque son intervention vise à souligner l'existence de violations des droits de l'homme dans un autre Etat que la France. Ainsi, il s'appuie notamment sur les communiqués du HCR et les observations écrites du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe pour démontrer l'existence de défaillances systémiques concernant l'accueil et les conditions de vie des réfugiés en Hongrie dans le cadre d'une affaire de réadmission⁴⁶³.

La mobilisation de ces rapports permet également au Défenseur des droits de mettre en exergue un certain nombre de statistiques illustrant le caractère systémique de la violation dénoncée par le requérant. Les chiffres communiqués ont alors une double finalité : aider la Cour EDH à mesurer l'ampleur du phénomène dénoncé et la conduire à l'édiction de mesures générales que l'Etat devra adopter afin de le résorber.

Ces statistiques sont notamment mobilisées dans l'intervention du Défenseur des droits de 2017 relative au problème de la surpopulation carcérale. Le taux de remplissage national supérieur à 100% ainsi que des exemples d'établissements pénitentiaires dans lesquels ce taux peut dépasser les 140 voire les 200% constituent alors un indice accablant de l'ampleur du phénomène en France⁴⁶⁴. Les statistiques permettent également de contester l'effectivité du principe d'encellulement individuel ou encore de constater l'existence d'un nombre conséquent de matelas posés à même le sol dans les

⁴⁵⁷ Décision n° 2019-16, préc.

⁴⁵⁸ Décision MSP-2014-087, préc.

⁴⁵⁹ Le recours aux sources européennes et internationales est plus abondant concernant l'interprétation et l'évolution des normes de protections (voir *infra*).

⁴⁶⁰ Décision n° 2017-118 préc. se référant à Comité contre la Torture, *Observations finales concernant le septième rapport périodique de la France*, CAT/C/FRA/CO/7, 10 juin 2016.

⁴⁶¹ Décision n° 2018-003 préc. se référant à Comité des droits de l'enfant, France, *Observations finales*, CRC/C/FRA/CO/5, 23 février 2016 ; Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, France, *Observations finales*, CERD/C/FRA/CO/20- 21, 10 juin 2015.

⁴⁶² Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, *Rapport de visite concernant la France*, 17 février 2015.

⁴⁶³ Décision n° 2017-059, préc.

⁴⁶⁴ Décision n° 2017-118, préc.

établissements français⁴⁶⁵. De même, concernant la rétention administrative des mineurs, l'évolution des chiffres concernant le nombre d'enfants placés en rétention permet de souligner tout à la fois l'augmentation inquiétante de la pratique et de confirmer le manque d'effectivité du principe de non-enfermement en métropole⁴⁶⁶ et à Mayotte⁴⁶⁷.

Les observations du Défenseur des droits permettent donc de fournir à la Cour EDH des informations précieuses concernant le contexte de l'affaire dans laquelle elle doit se prononcer. Toutefois, l'objectif des interventions dépasse la simple identification et description des défaillances structurelles affectant l'ordre juridique français ou européen. S'engageant dans un véritable « dialogue » avec le juge européen, le Défenseur des droits entend proposer des remèdes à ces défaillances.

Partie III - Proposer des remèdes à l'existence de défaillances structurelles: l'adoption de mesures générales et l'évolution des standards de protection

Face à ces défaillances systémiques ou structurelles, la finalité des interventions du Défenseur des droits dépasse la simple résolution du litige en l'espèce. En réalité, il s'agit toujours d'orienter la décision de la Cour EDH dans le sens de l'édiction de mesures générales que l'Etat devra adopter pour résoudre la défaillance et se mettre en conformité avec le standard conventionnel.

1. Cet objectif apparait de façon tout à fait explicite dans les interventions relatives à la surpopulation carcérale, en particulier s'agissant de la question de l'effectivité des voies de recours internes ouvertes aux détenus. Dans une intervention de 2017⁴⁶⁸, le Défenseur des droits cite la jurisprudence de la Cour rappelant que lorsque les conditions de détention indignes sont liées à un problème structurel de surpopulation carcérale, les mesures individuelles doivent être complétées par « des mesures plus générales propres à résoudre les problèmes de violations massives et simultanées de droits des détenus résultant de mauvaises conditions dans tel ou tel établissement pénitentiaire »⁴⁶⁹. Il rappelle également la pratique récente de la Cour consistant à adopter des arrêts pilotes ou des arrêts de principe indiquant à l'Etat un délai pour remédier à la défaillance, voire les mesures à adopter : concernant la surpopulation carcérale, la Cour EDH a ainsi déjà indiqué que le recours large aux mesures pénales alternatives et la réduction du recours à la détention provisoire constituent des solutions appropriées⁴⁷⁰. Sans préjuger de la position des juges européens, le Défenseur des droits invite ainsi la Cour EDH, dans l'hypothèse où les voies des recours internes ne seraient pas considérées comme effectives, à « indiquer éventuellement à la France de prendre des mesures générales de nature à assurer l'effectivité des recours internes et à permettre de mettre fin rapidement aux conditions de détention indignes causées par la surpopulation carcérale, la vétusté

⁴⁶⁵ *Idem*. Ces statistiques sont actualisées dans la Décision n° 2018-148, préc.

⁴⁶⁶ Décision n° 2019-074, préc. Ces chiffres sont repris dans la Décision n° 2018-174, préc.

⁴⁶⁷ Décision n° 2018-058, préc.

⁴⁶⁸ Décision n° 2017-118, préc.

⁴⁶⁹ *Idem*, citant Cour EDH, 10 janvier 2012, *Ananyev et autres c. Russie*, req. n° 42525/07 et 60800/08, para. 219.

⁴⁷⁰ *Idem*, citant Cour EDH, 8 janvier 2013, *Torreggiani et autres c. Italie*, req. n° 43517/09 et autres, para. 94 et Cour EDH, 10 mars 2015, *Varga et autres c. Hongrie*, req. n° 14097/12 et autres, para.104.

et l'insalubrité des établissements pénitentiaires, et à juguler le contentieux national et européen croissant en la matière »⁴⁷¹.

Pour mettre en œuvre cet objectif et convaincre la Cour EDH d'aller dans son sens, le Défenseur des droits développe des méthodes argumentatives remarquablement similaires à celles employées par la Cour elle-même. Il n'hésite d'ailleurs pas à rappeler ces grands principes d'interprétation : l'interprétation nécessairement évolutive de la CEDH⁴⁷², la protection de droits concrets et effectifs⁴⁷³ ou encore l'interprétation consensuelle déployée par la Cour EDH⁴⁷⁴.

Surtout, le Défenseur des droits propose systématiquement un rappel de la jurisprudence pertinente de la Cour EDH, permettant d'inscrire ses observations dans la continuité des décisions antérieures du juge européen. Ce souci de justifier constamment la cohérence de ses propositions avec la jurisprudence strasbourgeoise est par ailleurs complété par un recours à des sources « secondaires », notamment des sources normatives externes, de la doctrine ou encore des expertises scientifiques. Ainsi, après un rappel complet de la jurisprudence de la Cour EDH à partir de l'arrêt *Menesson c. France*⁴⁷⁵, le Défenseur des droits suggère-t-il d'imposer à la France la prévalence de la filiation d'intention sur le *principe mater certa est*⁴⁷⁶. Outre la mise en exergue des conséquences de la priorité donnée en droit interne à la réalité biologique, le Défenseur des droits s'appuie sur la doctrine interne avant d'exclure les autres solutions juridiques (adoption, acte de reconnaissance ou filiation d'état) qu'il juge contraire aux articles 8 et 14 de la Convention. Concernant la question de la prise en charge par les Etats des mineurs non accompagnés, le Défenseur des droits rappelle en détail la jurisprudence de la Cour EDH issue des arrêts *Rahimi c. Grèce*⁴⁷⁷, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*⁴⁷⁸ ainsi que *Abdullahi Elmi et Aweys Abubakar c. Malte*⁴⁷⁹. Dans la continuité de cette jurisprudence et en se fondant sur un appui massif à des sources externes⁴⁸⁰, il rappelle à la Cour EDH la « nécessité d'interdire le recours au test osseux, ou *a minima*,

⁴⁷¹ Décision n° 2017-118, préc. Voir également la position similaire retenue dans la Décision n° 2018-148, préc.

⁴⁷² Décision n° 2015-35 se référant à Cour EDH, G.Ch., 28 juillet 1999, *Selmouni c. France*, req. n° 25803/94, para.101 : « La Convention est un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles et des conceptions prévalant de nos jours dans les Etats démocratiques ; et le niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales implique, parallèlement et inéluctablement, une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques ».

⁴⁷³ Décision MSP-2014-087 citant en exemple Cour EDH, 13 mai 1980, *Artico c. Italie*, req. n°6694/74, para. 33.

⁴⁷⁴ Décision n° 2017-184 se référant à Cour EDH, 11 juillet 2002, *Goodwin c. Royaume-Uni*, req n° 28957/95 : « En constante évolution, l'amplitude de la marge d'appréciation octroyée par la Cour aux Etats est étroitement liée à l'existence d'un consensus au sein des Etats membres du conseil de l'Europe dans la matière considérée, lequel fixe le standard européen de protection des droits fondamentaux à partir duquel la Cour porte son appréciation ».

⁴⁷⁵ Cour EDH, *Menesson c. France*, préc.

⁴⁷⁶ *Idem*.

⁴⁷⁷ Cour EDH, 5 avril 2011, *Rahimi c. Grèce*, req. n° 8687/08.

⁴⁷⁸ Cour EDH, 12 octobre 2006, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, req. n° [13178/03](#).

⁴⁷⁹ Cour EDH, 22 novembre 2016, *Abdullahi Elmi et Aweys Abubakar c. Malte*, req. n° 25794/13 et 28151/13.

⁴⁸⁰ Le Défenseur des droits se réfère notamment à de nombreux constats de violations de la CIDE dans les observations du Comité (aussi bien concernant la question de l'accueil des mineurs que sur celle de la détermination de leur âge), aux rapports du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, de la Rapporteuse spéciale de l'ONU sur la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie impliquant des enfants, à la Résolution du Parlement européen du 12 septembre 2013 sur la situation des mineurs non accompagnés dans l'Union européenne.

d'adopter des normes communes fondées sur les meilleures pratiques en vigueur en matière de détermination de l'âge »⁴⁸¹. Concernant la question de l'éloignement des mineurs non accompagnés sur l'île de Mayotte, il rappelle les obligations de l'État en matière d'effectivité du recours – établies par la Cour EDH dans son arrêt *De Souza Ribeiro c. France*⁴⁸² – pour soutenir que la procédure dérogatoire applicable à Mayotte n'est pas conforme aux exigences de l'article 13 et demander l'alignement des règles applicables en Outre-mer sur les règles du contentieux administratif des obligations de quitter le territoire français (OQTF) de droit commun. Il se fonde également sur l'arrêt *M.S.S c. Belgique et Grèce*⁴⁸³ ainsi que sur le droit de l'Union européenne et le droit international pour inviter la Cour à rappeler aux Etats leurs obligations, tant sur la question de la réadmission des demandeurs d'asile⁴⁸⁴ que sur les problématiques liées à leur accueil⁴⁸⁵. Dans une intervention de 2014, il fonde ses observations sur un rappel de la jurisprudence de la Cour EDH relative aux articles 8 et 14 CEDH ainsi que 8 et 1P1 CEDH – notamment les arrêts *Petrovic c. Autriche*⁴⁸⁶ et *Gaygusuz c. Autriche*⁴⁸⁷ concernant l'application de ces articles aux prestations sociales et familiales ainsi que l'ajustement de la marge d'appréciation des Etats en fonction du motif de discrimination⁴⁸⁸. Ce rappel, ainsi que la présentation des conséquences de la législation nationale, le conduisent à considérer que l'exigence d'un certificat OFII pour l'accès aux aides sociales est à la fois contraire aux article 8 et 14 CEDH et 1P1 et 14 CEDH.

2. Enfin, trois contentieux attirent l'attention du lecteur et témoignent d'une véritable volonté du Défenseur des droits de contribuer à la construction et à l'évolution du standard européen en matière de protection des droits fondamentaux. Par les observations déposées, l'autorité invite alors la Cour EDH à opérer un revirement de jurisprudence ou à renforcer les obligations à la charge des Etats afin de remédier aux défaillances structurelles ou systémiques.

Tout d'abord, concernant la rétention administrative des mineurs le Défenseur des droits réitère dans plusieurs interventions les recommandations faites aux autorités nationales⁴⁸⁹. S'il qualifie l'arrêt *Popov c. France*⁴⁹⁰ d'« avancée significative dans la prohibition de l'enfermement des enfants migrants »⁴⁹¹, il invite la Cour EDH à aller plus loin dans la protection des droits. Rappelant les conditions posées par le juge européen pour considérer que la rétention administrative d'un enfant constitue une violation de la CEDH⁴⁹², le Défenseur des droits propose un alignement sur le standard

⁴⁸¹ Décision n° 2017-205, préc.

⁴⁸² Cour EDH, G. Ch., 13 décembre 2012, *De Souza Ribeiro c. France*, req. n° 22689/07.

⁴⁸³ Cour EDH, G. Ch., 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09.

⁴⁸⁴ Décision n° 2017-059, préc.

⁴⁸⁵ Décision n° 2014-087, préc.

⁴⁸⁶ Cour EDH, 27 mars 1998, *Petrovic c. Autriche*, req. n° 20458/92.

⁴⁸⁷ Cour EDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, req. n° 17371/90.

⁴⁸⁸ Décision MLD-MDE-MSP-2014-082, préc.

⁴⁸⁹ Décision MDE-2015-035 préc. ; Décision n°2018-174, préc. ; Décision n° 2019-074, préc.

⁴⁹⁰ Cour EDH, 19 janvier 2012, *Popov c. France*, req. n° 39472/07 et 39474/07.

⁴⁹¹ Décision MDE-2015-035 préc. ; Décision n° 2018-174, préc.

⁴⁹² Trois facteurs sont ainsi mis en avant dans la jurisprudence de la Cour EDH : le bas-âge des enfants, la durée de rétention et le caractère inadapté des locaux (voir en ce sens Cour EDH, 19 janvier 2012, *Popov c. France*, req. n° 39472/07 et 39474/07, para. 103 et Cour EDH, 12 juillet 2016, *A.B. et autres c. France*, req. n° 11593/12, para. 109).

posé par le Comité international des droits de l'enfant dans le sens d'une condamnation absolue de l'enfermement des mineurs sur le terrain des articles 3, 5 et 8 de la Convention. Outre le recours aux observations du Comité IDE⁴⁹³, il invoque également plusieurs autres sources notamment européennes⁴⁹⁴ et scientifiques⁴⁹⁵ pour justifier ce revirement plus propice à la protection de l'intérêt de l'enfant, notamment pour sa santé et son développement. Il ne sera toutefois pas suivi la Cour EDH qui continuera de sanctionner la France en suivant la méthodologie de l'arrêt *Popov*⁴⁹⁶.

Ensuite, concernant la question de la surpopulation carcérale, le Défenseur des droits rappelle dans deux interventions la très dense jurisprudence de la Cour EDH sur le terrain de l'article 3 CEDH⁴⁹⁷. Dans les arrêts *Ananyev et Mursic*⁴⁹⁸, le juge européen considère en effet que l'espace minimum vital ou personnel constitue un critère important dans les affaires dénonçant le caractère indigne des conditions de détention. Cependant, son approche, parfaitement décrite dans les interventions, apparaît plus restrictive que les standards développés par le Comité européen pour la prévention de la torture et des traitements inhumains ou dégradants⁴⁹⁹. Le Défenseur des droits propose ainsi un alignement de la Cour EDH sur les standards développés par le Comité, contestant la justification apportée par les juges européens à cette divergence⁵⁰⁰. Pour cela, il leur oppose leur propre vision de la sécurité juridique et le besoin de cohérence dans la protection des droits au sein du Conseil de l'Europe⁵⁰¹. En outre, il invoque la jurisprudence des organes de protection de la Convention interaméricaine qui ne fixent pas de critères objectifs relatifs à l'espace minimum vital mais considèrent que la détention en établissement surpeuplé constitue une violation de l'intégrité personnelle⁵⁰². Sur cette question à nouveau, l'évolution souhaitée par le Défenseur des droits n'a pas été suivie d'effet.

Enfin, concernant l'ouverture de la PMA pour les couples de femmes⁵⁰³, le Défenseur des droits rappelle la position antérieure de la Cour EDH à l'issue de l'affaire *Gas et Dubois c. France* : l'accès à ces techniques étant subordonné à l'existence d'un but

⁴⁹³ Notamment l'Observation générale conjointe CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, 16 novembre 2017.

⁴⁹⁴ Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Rapport sur la France, 2014 ; Conseil de l'Europe, Commissaire aux droits de l'homme, janvier 2017 ; Représentant spécial du Secrétaire général sur les migrations et les réfugiés du Conseil de l'Europe, Rapport thématique sur les enfants migrants et réfugiés, SG/Inf(2017) ; Résolution du Parlement européen du 3 mai 2018 sur la protection des enfants migrants (2018/2666(RSP)).

⁴⁹⁵ Voir *supra*.

⁴⁹⁶ Cour EDH, 22 juillet 2021, *M.D. et A.D. c. France*, req. n° 57035/18, para.63.

⁴⁹⁷ Décision n° 2018-148, préc. et Décision n° 2017-118, préc.

⁴⁹⁸ Cour EDH, 10 janvier 2012, *Ananyev et autres c. Russie*, req. n° 42525/07 et 60800/08 ; Cour EDH, G. Ch., 20 octobre 2016, *Muršić c. Croatie*, req. n° 7334/13.

⁴⁹⁹ Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT), CPT/Inf (2015) 44, *Espace vital par détenu dans les établissements pénitentiaires : Normes du CPT*.

⁵⁰⁰ Cour EDH, G. Ch., *Muršić c. Croatie*, préc., para. 113.

⁵⁰¹ Décision n° 2018-148, préc. : « [s]i la différence de missions assignées à la Cour et au Comité ne fait aucun doute, l'objectif de protection des droits fondamentaux est le même et devrait conduire à l'adoption de règles identiques au sein du Conseil de l'Europe. Il en va du respect du principe de sécurité juridique, que la Cour a reconnu comme étant "nécessairement inhérent au droit de la Convention". »

⁵⁰² Voir notamment Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, OEA/Ser/L/V/II.131 doc. 26, adoptées par la Commission durant la 13^{ème} session ordinaire, du 3 au 14 mars 2008, spécialement le principe XVII.

⁵⁰³ Décision n° 2017-184, préc.

thérapeutique, il n'est de fait autorisé qu'au profit des couples hétérosexuels infertiles, situation qui n'est pas comparable à celle des couples de même sexe⁵⁰⁴. Néanmoins, l'autorité rappelle également la jurisprudence constante de la Cour EDH concernant l'interprétation des dispositions conventionnelles à la lumière des conditions de vie actuelles, lesquelles « ont considérablement évoluées depuis le rendu de cet arrêt notamment avec l'adoption de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe »⁵⁰⁵. Le Défenseur des droits fait alors appel à une méthode d'interprétation bien connue du juge européen, l'interprétation consensuelle, soulignant l'isolement de la législation française sur ce point. L'objectif affiché est bien de conduire la Cour EDH à réduire la marge d'appréciation concédée à la France, entraînant ainsi un constat de violation et la nécessité d'une révision de la législation pertinente. A nouveau, les observations du Défenseur des droits n'ont sur ce point pas été suivi d'effet à Strasbourg, la requête ayant en l'espèce été déclarée irrecevable pour non-épuisement des voies de recours internes⁵⁰⁶.

* * *

Si les observations du Défenseur des droits constituent sans aucun doute des sources d'informations précieuses pour la Cour EDH – comme en témoigne leur évocation régulière dans la motivation des arrêts – le bilan semble plus contrasté concernant leur incidence sur l'évolution du standard de protection offert par le juge européen. Faut-il y voir un lien quelconque avec l'absence d'intervention devant la juridiction depuis mars 2019 ? Il convient en toute hypothèse, pour évaluer la portée de ce mode d'action, de le replacer dans le contexte global de l'activité du Défenseur des droits – dont les interventions ne sont qu'une composante – mais aussi des autres organes nationaux de protection des droits. L'exemple de l'accès de la PMA aux couples de femmes, finalement ouvert par le législateur dans la loi bioéthique⁵⁰⁷, en témoigne : la synergie des acteurs et des méthodes favorise (parfois) la progression des droits.

⁵⁰⁴ Cour EDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c. France*, req n° 25951/07, para.63.

⁵⁰⁵ Cour EDH, 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, req n° 5856/72, para.31.

⁵⁰⁶ Cour EDH, déc., 16 janvier 2018, *Charron et Merle-Montet c. France*, req. n° 22612/15.

⁵⁰⁷ Art. L. 2141-2 modifié par la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique.